

VERGİ USUL KANUNU'NDA YER ALAN “USULSÜZLÜK” KAVRAMI ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME

*A Legal Evaluation on the Concept of “Irregularity”
in the Tax Procedure Law*

Murat BATI*
Devrim Doğa DİNÇER**

Özet

Vergi Usul Kanunu'nun 336 ve 339'uncu maddelerinde yer alan “usulsüzlük” ifadesine “özel usulsüzlük” kabahatinin de dahil olup olmadığı hususunda hem öğretide hem de yargı içtihatlarında tam bir kavram birliği bulunmamaktadır. Bu durum birçok alana olumsuz sirayet etmektedir. Ancak vergi idaresi hem VUK m.336'da hem de m.339'da usulsüzlük kavramından sadece m.352'deki kabahatleri anlamakta ve bu şekilde uygulama yapmaktadır. Vergi idaresi, öğreti ve yargı içtihatlarında sağlanmayan kavram birliği telafisi güç sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle bu makalede bu husus tartışılmış ve çözüm önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi cezaları, usulsüzlük, özel usulsüzlük

Abstract

There is no unanimity in both doctrine and jurisprudence as to whether the “special irregularity” offense is included in the expression “irregularity” in Articles 336 and 339 of the Tax Procedure Law. This situation has a negative impact on many areas. However, the tax administration interprets the concept of irregularity in both Article 336 and Article 339 of the Tax Procedure Law as only the offenses specified in Article 352, and implements it accordingly. The absence of conceptual consensus in the tax administration, the academia and the jurisprudence causes irreparable consequences. Therefore, in this article, this issue is discussed and a solution is proposed.

Keywords: Tax penalties, irregularity, special irregularity

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Prof. Dr., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, murat.bati@omu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3615-6851>

** Avukat, Samsun Barosu, av.dogadincer@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6193-1875>

GİRİŞ

Kamunun normal gelirleri arasında sayılan vergi, kamu harcamalarını finanse etmek amacıyla ve maliye politikası aracı olarak kullanılan gerek merkezi yönetim gerekse yetki verilen *–belediyeler gibi–* diğer kamu kurum ve kuruluşlar tarafından tahsil edilen hem cebri hem de karşılıksız olan en önemli kamu geliridir¹. Anayasa m.73/1 hükmü uyarınca *“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.”* Anayasa m.73/1.fıkra da görüldüğü üzere vergiler, cebri nitelik göstermektedir. Bu nedenle vergi yükümlülerinin üzerine düşen yükümlülüklerini zamanında, tam ve eksiksiz yapmaları Anayasal bir görevdir. Bu yükümlülüklerin zamanında, tam ve eksiksiz yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla başta 213 sayılı Vergi Usul Kanunu² (VUK) olmak üzere mevzuata bazı müeyyideler konulmuştur. Söz konusu yükümlülükler riayet edilmemesi durumunda idari para cezalarının yanında ayrıca hapis cezaları ve/veya adli para cezalarının uygulanması da söz konusudur³. Diğer bir ifadeyle ikili bir tasnifle suçlar için öngörülen müeyyideler hapis veya adli para cezası ile güvenlik tedbirleri iken kaba- hatler için öngörülen müeyyideler idari para cezalarıdır.

Bu bağlamda vergi kabahatlerinin işlenmesi halinde vergi idaresince vergi ziyayı ve usulsüzlük cezaları uygulanacak; vergi suçlarının işlenmesi halinde ise ceza mahkemelerince yapılacak yargılama neticesinde hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulama alanı bulacaktır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun ceza hükümlerine ilişkin genel esasları Dördüncü Kitap, Birinci Kısım altında düzenlenmiş olup m.331 *“Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyayı cezası⁴ ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.”* hükmü ile vergi cezaları; vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Vergi cezalarını düzenleyen İkinci Kısımın İkinci Bölümünde *“Usulsüzlük”* başlığı altında birinci derece usulsüzlükler, ikinci derece usulsüzlükler ve özel usulsüzlükler hükme bağlanmıştır. Bu meyanda *“usulsüzlük”* kavramının üst kavram niteliği taşıdığı ileri sürülebilir. Ancak yasa hükümlerinin birlikte incelenmesinden yasa koyucunun özel usulsüzlükleri kastetmek için kullandığı ifadelerde bir kavram birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu durum VUK’un 336 ile 339’uncu maddesinin uygulanmasında **usulsüzlük** kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda tereddüt görüldüğünden *“usulsüzlük”* kavramından ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaç hale gelmiştir.

¹ Murat Batı, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (4. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024) 39; Murat Batı, Vergi Reformları ve Öneriler (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 417 Ankara 2023) 11.

² Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705

³ Batı (n 1) 373.

⁴ Vergi ziyayı cezası hakkında detaylı bilgi için bakınız; Batı (n 1) 389; Elif Sonsuzoğlu, ‘Vergi Ziyayı Cezasının Anayasa Mahkemesince İptali ve Yarattığı Yeni Sorunlar’ (2005) Mevzuat Dergisi 33, 42.

Şöyle ki uygulamada yaşanan tereddüdün giderilmesi, “*usulsüzlük*” kavramının yorumlanması ile kapsamının belirlenmesine bağlıdır. Bu itibarla bu çalışmada, VUK’un vergi cezaları için öngördüğü sistematik çerçevede “*usulsüzlük*” kavramı yorumlanacak, yasa koyucunun iradesinin ne yönde olduğu ilgili hükümlerin yürürlük tarihindeki ilk hali esas alınmak suretiyle yasal değişiklikler de gözetilerek belirlenmeye çalışılacak ve en nihayetinde 336 ve 339’uncu madde hükümlerinin uygulanması sırasında yaşanan soruna içtihatlardan da yararlanılarak çözüm aranmaya çalışacaktır.

1. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Öngördüğü Ceza Sistematiği İçerisinde “*Usulsüzlükler*”

Anayasa’nın “vergi ödevi” kenar başlıklı 73’üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca *herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür*. Vergiler, cebri nitelikte olduğundan beyanname verme, işe başlamayı, adres değişikliğini vs. bildirme, defter tutma gibi usuli yükümlülüklerin tam ve gereği gibi yerine getirilmemesi, birtakım yasal müeyyidelerin tatbiki ile sonuçlanmaktadır.

Suçlar, hapis veya adli para cezası ve güvenlik tedbirleri ile; kabahatler ise idari para cezaları ile yaptırıma bağlanmıştır. Bu itibarla vergi kabahatlerinin işlenmesi halinde vergi idaresince vergi ziyai ve usulsüzlük cezaları uygulanacak iken vergi suçlarının işlenmesi halinde ceza mahkemelerince yapılacak yargılama neticesinde hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulama alanı bulacaktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında kaçakçılık, vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefin özel işini yapma suçları düzenlenmiştir. 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.5: “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmü uyarınca ceza içeren yasalarda yer alması hasebiyle mezkûr vergi suçlarına ilişkin olarak 5237 sayılı TCK genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu minvalde vergi suçları bakımından 5237 sayılı TCK, genel kanun niteliği taşımaktadır.

Vergi kabahatleri bakımından ise 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu genel kanun niteliğindedir. Buna göre VUK kapsamında düzenlenmiş olan vergi ziyai ve usulsüzlük kabahatlerine ilişkin olarak Kabahatler Kanunu’na göre özel kanun niteliğindeki VUK hükümleri öncelikli uygulanacak, hüküm bulunmayan hallerde Kabahatler Kanunu’na başvurulacaktır.

Beş kitaptan müteşekkil VUK’un⁵ “*Ceza Hükümleri*” başlıklı Dördüncü Kitabının “*Genel Esaslar*” başlıklı Birinci Kısım altında yer alan m.331: “*Vergi kanun-*

⁵ Vergi Usul Kanunu 1 ilâ 3’üncü maddeleri ve geçici maddeler dışında ayrıca;

- *Vergilendirme (VUK m.4 ilâ m.152/A),*
- *Mükellefin ödevleri (VUK m.153 ilâ mük. m.257),*
- *Değerleme (VUK m.258 ilâ m.330),*



ları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.” hükmü ile vergi cezaları, vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezaları olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Mezkûr tasnife uygun olarak Dördüncü Kitabın “*Vergi Cezaları*” başlıklı İkinci Kısımının Birinci Bölümünde “*Vergi Ziyaı Cezası*”, İkinci Bölümünde ise “*Usulsüzlük*” başlığı tercih edilmiştir.

VUK’un ortaya koyduğu sistematik takip edildiğinde (genel) usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiil ve cezalarını hükme bağlayan maddelerin yer aldığı bölüm başlığının “*Usulsüzlük*” olarak tercih edilmiş olması, kavramın, üst kavram olarak kullanılması hasebiyle dikkat çekicidir.

Usulsüzlük, VUK m.351’de *vergi kanunlarının şekle ve usule mütaallik* hükümlerine riayet edilmemesidir *şeklinde tanımlanmıştır*. VUK m.351’deki tanımdan da anlaşılacağı üzere usulsüzlük, vergi yasalarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uygun davranılmamasıdır. Bu nedenle yükümlülere uymaları adına bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Bu yükümlülükler, VUK’un “*Mükelleflerin Ödevleri*” başlıklı İkinci Kitabında hüküm altına alınmıştır. Buna göre zikredilen ödevler, bildirim ödevini (VUK m.153 ilâ m.170), defter tutma ödevini (VUK m.171 ilâ m.226), vesikalar ödevini (VUK m.227 ilâ mük. m.242), ekim ve sayım beyanı ödevini (VUK m.243 ilâ m.246), vergi karnesi ödevini (VUK mük. m.247 ilâ m.252), muhafaza ve ibraz ödevini (VUK m.253 ilâ mük. m.257) yerine getirmektir.

Şekle ve usule uygun davranmamanın yaptırımı, VUK m.352 ve müteakip maddelerinde öngörülmüş olan tümüyle maktu ve/veya nispi idari para cezalarıdır. Usulsüzlük cezaları VUK m.352’de yazılı usulsüzlük cezaları ile özel usulsüzlük cezaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Esasen VUK m.352 hükmü “*Usulsüzlük Dereceleri ve Cezaları*” başlığını taşımasına rağmen birçok yazar⁶ anlatımı kolaylaştırmak adına VUK m.352’de düzenlenen usulsüzlüklere *genel usulsüzlük* demiştir. Biz de bu çalışmada VUK m.352’de yer alan usulsüzlüklere bazı durumlarda genel usulsüzlük demeyi tercih edeceğiz.

VUK m.352’de yer alan (genel) usulsüzlükler, birinci derece usulsüzlükler ve ikinci derece usulsüzlüklerden oluşmaktadır. Genel usulsüzlük cezaları Vergi Usul Kanunu’na *bağlı 1 sayılı cetvelde*⁷ gösterilmektedir.

- *Ceza hükümleri (VUK m.331 ilâ m.376 (Ek m.1 ilâ Ek m.11 uzlaşma hükümleri dahil),*
 - *Vergi davaları (VUK m.377 ilâ m.415)*
- olmak üzere toplamda 5 kitaptan oluşur.

⁶ Salim Ateş Oktar, Vergi Hukuku (16. Baskı, Türkmen Kitabevi İstanbul 2022) 460; Turgut Candan, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, (5. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2022) 348.

⁷ Aşağıdaki tabloda 2025 yılı için mükellef yapısına göre 1 Sayılı Usulsüzlük Cezalarına Ait Cetvelde yer alan birinci ve ikinci derece usulsüzlük cezalarının maktu tutarları bulunmaktadır.

Özel usulsüzlükler, vergilendirme sürecinin sağlıklı işlemesi adına gerekli olan fatura, fiş, serbest meslek makbuzu ve bunun gibi belgelerin verilmemesi ya da alınmaması, bankadan kira ödemesinin yapılmaması gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Özel usulsüzlük cezaları, VUK m.353 hükmü uyarınca *fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması*, VUK m.355 hükmü uyarınca *damga vergisi ödenmemiş ya da noksan ödenmiş kağıtların noterlerce tasdik edilmesi*, VUK m.107/A, m.152/A, m.153/A, m.86, m.148, m.149 ve m.150 uyarınca *bilgi vermekten çekinenler* ile VUK m.256, m.257, mükerrer m.257 hükümlerinde belirtilen durumlara uyulmaması ve *GVK m.98/A uyarınca* düzenlenen mecburiyetlere uyulmaması halinde uygulama alanı bulmaktadır⁸.

2. Yasa Koyucunun Kavramsal Olarak “Usulsüzlük” Tercihi ve Bu Tercihin Uygulamada Yarattığı Tereddütler

213 Sayılı VUK hükümleri incelendiğinde usulsüzlükler için yasa koyucunun genel olarak “*usulsüzlük*” kavramını tercih ettiği görülmektedir. Ancak özel usulsüzlükler yönünden muhtelif hükümlerde açıkça belirtme yoluna gidildiğinden salt “*usulsüzlük*” kavramının kullanıldığı hükümlerin kapsam itibarıyla nasıl yorumlanacağı ve özel usulsüzlükler yönünden uygulama alanı bulup bulmayacağı izaha muhtaçtır.

Tek fiil ve çeşitli suç işlenmesi halini hükme bağlayan maddelerden VUK m.336/1 “*Cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırı kesilir.*” hükmü uyarınca tek fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatinin işlenmesi halinde yalnızca ağır olan ceza kesilecektir. Ancak izah olunduğu üzere madde metninde geçen “*usulsüzlük*” kavramından kapsam itibarıyla ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Benzer biçimde tekerrür halini hükme bağlayan VUK m.339 “*Vergi ziyasına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyayı cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar*

Mükellefiyet Türü	Birinci derece usulsüzlük cezaları (TL)	İkinci derece usulsüzlük cezaları (TL)
Sermaye şirketleri	28.000 ₺	14.000 ₺
Sermaye şirketi dışında kalan birinci sınıf tüccarlar ve serbest meslek erbabı	14.000 ₺	7.000 ₺
İkinci sınıf tüccarlar	7.000 ₺	5.000 ₺
Yukarıdakiler dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	5.000 ₺	3.200 ₺
Kazancı basit usulde tespit edilenler	3.200 ₺	2.100 ₺
Gelir vergisinden muaf esnaf	2.100 ₺	1.400 ₺

⁸ Batı (n 1) 408.



tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyai cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki, artırım tutarı kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yükseğinden) fazla olamaz.” hükmünde de görüldüğü üzere tartışılan “usulsüzlük” kavramının tercih edildiği görülmektedir.

Mezkûr tercihin uygulamada özel usulsüzlükler yönünden yarattığı tereddüdün giderilebilmesi adına “usulsüzlük” kavramının irdelenmesi ve yapılacak yorum faaliyetleri neticesinde kapsamının ortaya konulması gerekmektedir.

2.1. Vergi Usul Kanunu’nun 336’ncı Maddesinin Uygulaması ve “Usulsüzlük” Kavramının Yarattığı Tereddüt

VUK m.336 uyarınca⁹ cezayı gerektiren **tek bir fiil ile vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa** bunlara ait cezalardan sadece **miktar itibarıyla en ağır kesilir**. Usulsüzlük cezası kesilen bir fiil ile vergi ziyaya da sebebiyet verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde, daha önce usulsüzlük cezası kesilmiş olması, bu cezanın ziyaa uğratan vergiden dolayı kesilmesi gereken vergi ziyai cezası ile karşılaştırılması ve eksik kesilen cezanın tamamlanması gerekmektedir.

VUK m.336’ya göre, bir fiil ile ziyaa uğratan vergi nev’i aynı olup da bu tek fiil aynı zamanda hem vergi ziyai hem de usulsüzlük cezalarının kesilmesini gerektirmekteyse, bu durumda fıkri içtima kuralları uygulanır ve mükellef hakkında bu cezalardan **en ağır kesilir**.

Kanun maddesinde geçen “miktar itibarıyla en ağır kesilir” cümlesi uyarınca *ağır olan ceza kesilir ama ağır olmayan ceza kesilmez*. Yani ağır olmayan ceza önce kesilip sonra silinmez; bu ceza hiç **kesilmez**. Olası bir durumda iki ceza da kesilirse ya idare fark ettiği anda bunu re’sen düzeltir ya da cezanın muhatabı fark ettiğinde düzeltme hükümleri uyarınca düzeltilmesini ister¹⁰.

VUK’un “*vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağır kesilir.*” şeklindeki 336’ncı maddesinin birinci fıkrasında geçen **usulsüzlük kabahati** sadece VUK m.352’deki (genel) usulsüzlüğü mü yoksa özel usulsüzlüğü mü kapsar mahiyette olduğu tartışma konusudur.

2.2. Vergi Usul Kanunu’nun 336’ncı Maddesinde Yer Alan “Usulsüzlük” Kavramının Yorumlanması

VUK m.3/A “...*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.*” hükmü ile vergi yasalarının yorumlanmasında dört temel yorum

⁹ VUK m.336/1 “Cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağır kesilir.”

¹⁰ Batı (n 1) 432.

metoduna işaret edilmiştir. Bununla birlikte lafzi yorum metodunun öncelendiği görülmektedir.

Yasa koyucunun tercih ettiği “*usulsüzlük*” kavramının yorumlanmasında lafzın açık olmadığı kabulü ile sair yorum metotlarından da faydalanılması gerektiği düşünülmektedir. Kanaatimizce yasa koyucunun iradesinin ortaya konulabilmesi adına madde metninin ilk haliyle değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Bu sebeple 213 sayılı VUK’un yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1961 itibarıyla m.336¹¹ “*Cezayı-istilzam eden tek bir fiil ile kaçakçılık ve usulsüzlük veyahut kusur ile usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırı kesilir.*” hükmünde geçen “*usulsüzlük*” kavramının yasa koyucu tarafından özel usulsüzlükleri de kapsar biçimde kullanılıp kullanılmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Mezkûr metnin bağlamından koparılmadan yorumlanması ise ancak VUK’un yürürlüğe girdiği tarihte ortaya koyduğu sistematüğün takibi ile mümkündür.

Beş kitaptan müteşekkil VUK’un “*Ceza Hükümleri*” başlıklı Dördüncü Kitabının “*Genel Esaslar*” başlıklı Birinci Kısım altında yer alan m.331 “*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (kaçakçılık, kusur ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.*” hükmü uyarınca vergi cezaları, kaçakçılık, kusur ve usulsüzlük cezaları olarak tasnif edilmiştir.

Mezkûr tasnife uygun olarak “*Vergi Cezaları*” başlıklı İkinci Kısımın Birinci Bölümü için “*Kaçakçılık*”, İkinci Bölümü için “*Kusur*” ve Üçüncü Bölümü için “*Usulsüzlük*” başlığı tercih edilmiştir. Genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiil ve cezalarını hükme bağlayan maddelerin yer aldığı bölüm başlığının “*Usulsüzlük*” olarak tercih edilmiş olması, kavramın, üst kavram olarak kullanılması hasebiyle dikkat çekicidir.

Üçüncü Bölüm “*Usulsüzlük*” başlığı altında özel usulsüzlük cezalarını düzenleyen 353’üncü madde hükmünde fatura ve benzeri evrak vermeyen ve almayanların cezası “*...bu vesikalara yazılması gereken meblağın yüzde üçü (çiftçiler için yüzde biri) nispetinde usulsüzlük cezası...*” olarak belirlenmiştir. Benzer biçimde veraset ve intikal vergisinde usulsüzlükleri düzenleyen 354’üncü ve damga resminde usulsüzlükleri düzenleyen 355’nci maddede “*usulsüzlük cezası*” ifadesi tercih edilmiştir. Yasa koyucunun bu tercihi, “*usulsüzlük*” kavramının özel usulsüzlükleri de kapsayan üst kavram olma niteliğini güçlendirmektedir.

Özel usulsüzlüklere ilişkin esaslı düzenlemelerin dayanak aldığı 31.12.1980 tarih ve 2365 sayılı Yasa¹² ile özel usulsüzlükler ve cezalarını hükme bağlayan m.353 ve

¹¹ 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10705.pdf>> erişim: 05.02.2025.

¹² 31.12.1980 tarih ve 2365 sayılı 4.1.1961 Gün ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402365.pdf> erişim: 08.02.2025.



m.355 hükümlerinde değişikliğe gidilmiş, bilgi vermekten çekinenler ile 257'nci madde hükmüne uymayanlar için mük. m.355 ihdas edilmiş, m.354 ise kaldırılmıştır.

2365 sayılı Yasa ile ihdas olunan hükümlerde "özel usulsüzlük cezası" ifadesinin tercih edildiği görülmekle birlikte değişikliğe gidilen hükümlerde geçen "*usulsüzlük cezası*" ifadesinin aynen korunduğunun altını çizmek gerekmektedir. Öyle ki fatura ve benzeri evrak vermeyen ve almayanların cezasını hükme bağlayan 353'üncü maddenin birinci fıkrasında öngörülen "*usulsüzlük cezası*" ifadesi aynen korunmuş, eklenen fıkralarda ise "özel usulsüzlük cezası" kesileceği öngörülmüştür.

Buna ilaveten aynı maddede özel usulsüzlük cezaları kastedilerek bir takvim yılı içinde "*yukarıda yazılı usulsüzlükler*" için kesilecek cezalarda üst sınır öngörülmüştür. 2365 sayılı Yasa değişiklikleri sırasında korunan kapsayıcı ifadenin 23.06.1982 tarih ve 2686 sayılı Yasa¹³ değişiklikleri sırasında da korunduğu anlaşılmaktadır.

Mezkûr değişikliklerin gerçekleştirildiği tarihlerde yasanın özel usulsüzlüklere ilişkin hükümleri de ihtiva ettiği gözetildiğinde aksi yönde herhangi bir düzenlemeye yer verilmeyerek "*usulsüzlük*" kavramının kapsam itibarıyla geniş yorumlanmasına örtülü olarak cevaz verildiği ileri sürülebilir.

Nitekim aksi yöndeki tek düzenleme VUK'un 353'üncü maddesinin son fıkrası olup ilk haliyle "*Yukarıdaki fıkroda yazılı usulsüzlükler neticesinde vergi ziyayı da husule geldiği takdirde*" ve 2365 sayılı Yasa ile değişik "*Bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyayı da meydana geldiği takdirde*" kesilen cezalara ilişkin 336'ncı madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak altını çizmek gerekir ki bu belirtme 353'üncü madde hükmünde yer alan özel usulsüzlüklerle sınırlıdır.

Nihayetinde VUK'ta özel usulsüzlük cezaları m.353 ve daha birçok maddede düzenlenmiştir. Bugün için yürürlükteki haliyle VUK'un "*Bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyayı da meydana geldiği takdirde bu ziyanı gerektirdiği vergi cezaları ayrıca kesilir ve bu cezalar hakkında 336'ncı madde hükmü uygulanmaz.*" şeklindeki **özel usulsüzlükler ve cezaları** kenar başlıklı 353'üncü maddesinin son fıkrasında VUK m.353'te sayılan özel usulsüzlükler için VUK'un 336'ncı maddesinin uygulanamayacağı açık şekilde belirtilmiştir.

Bu noktada VUK m.353 dışında düzenlenen özel usulsüzlük cezaları ile birlikte vergi ziyayı cezasının varlığı halinde VUK m.336'nın uygulanıp uygulanmayacağı tartışma götürcek mahiyettedir. Şayet VUK m.336'da geçen **usulsüzlük** ibaresi sadece **VUK m.352'de sayılan usulsüzlükleri** kapsar mahiyetteyse neden VUK m.353/son fıkroda düzenlenen özel usulsüzlükler VUK m.336'dan ayrı tutulmuştur?

Danıştay VDDK'nin 23.10.2024 tarih ve Esas No: 2023/1711, Karar No: 2024/947 sayılı kararında "Kanun koyucu bu belirlemeyi yaparken 336. maddede belirtilen usulsüzlük ifadesinin aynı zamanda özel usulsüzlükleri de kapsadığını

¹³ 23.06.1982 tarih ve 2686 sayılı 213 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, <<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/213-sayili-vergi-usul-kanununda-degisiklik-yapilmasi-hakkinda-kanun-17739-2686-1>> erişim: 08.02.2025.

kabul etmiş, anılan maddede yer verilen hükmün uygulanmayacağına ilişkin kuralı açıkça 353. maddede sayılan usulsüzlük fiilleri ile sınırlandırmış, usulsüzlük fiillerinin yer aldığı diğer maddelerde (352, 355 ve mükerrer 355 maddesinde) bu yönde bir istisna hükmüne yer vermemiştir." ifadesiyle "usulsüzlük" kavramının özel usulsüzlükleri de kapsadığı yönünde kanaate varılmıştır.

Bayraklı'ya göre Kanun, görünürde birleşme hükümlerinin düzenlendiği madde hükmünde "usulsüzlük" ifadesini kullanmışsa da özel usulsüzlük kastedildiği zaman bunu muhtelif madde hükümlerinde açıkça belirttiğinden ve özel usulsüzlükle vergi kaybına neden olan suçlarda görünürde birleşme hükümlerinin uygulanmayacağını öngördüğünden, burada anlaşılması gereken genel usulsüzlüktür¹⁴.

Gerçekten de 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Yasa¹⁵ ile gerçekleştirilen değişiklikler sonrası ilgili hükümlerin ekserisinde "özel usulsüzlük" ifadesinin geçtiği görülmektedir. Ancak bugün yürürlükteki haliyle "usulsüzlük" kavramının yer aldığı VUK hükümleri birlikte incelendiğinde özel usulsüzlükleri kastetmek için kullanılan ifadelerde birlik olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce mezkûr kullanımın yasa koyucunun bilinçli tercihinin dayandığını söylemekse güçtür. Zira izah olunan yasal değişikliklerle beraber "özel usulsüzlük" ifadesinin tercih edildiği ancak ilgili hükümlerde geçen "usulsüzlük" kavramının da yer yer korunduğu görülmektedir.

Bugün için yürürlükteki haliyle VUK'un cezalarda indirimi düzenleyen 376'ncı maddesinde, kanun yolundan vazgeçmeyi düzenleyen 379'uncu maddesinde ve yine uzlaşmayı düzenleyen Ek m.1 hükmünde "usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının" denilmek suretiyle açıkça belirtme yoluna gidilmiştir. Ancak izah olunduğu üzere yasa koyucunun iradesinin doğru bir biçimde ortaya konulması, ilgili hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihteki metnin yorumlanmasına bağlıdır.

VUK'un cezalarda indirimi düzenleyen 376'ncı maddesi ilk haliyle, yasal tasnife uygun olarak "kaçakçılık, kusur ve usulsüzlük cezaları" ifadesini ihtiva etmektedir. Ancak kanaatimizce yasa koyucunun iradesini ortaya koyan ifade, özel usulsüzlüklere ilişkin esaslı düzenlemelerin yer aldığı 2365 sayılı Yasa ile değişik "kaçakçılık, ağır kusur, kusur ve usulsüzlük (Özel usulsüzlükler hariç) cezaları" ifadesidir. Zira parantez içi ibare göstermektedir ki "usulsüzlük" kavramı özel usulsüzlükleri de

¹⁴ Hasan Hüseyin Bayraklı, 'Vergi Usul Kanununa Göre Vergi Suçlarında Görünürde Birleşme (Fikri İçtima)' (1988) 6 [1] Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 441.

¹⁵ 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 2978 Sayılı Ücretlilere Vergi İadesi Hakkında Kanun, 492 Sayılı Harçlar Kanunu, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, 210 Sayılı Değerli Kâğıtlar Kanunu, 1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu, 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3074 Sayılı Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanunu, 2380 Sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergi Gelirlerinde Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile 6802 Sayılı Gider Vergileri Kanununda Değişiklikler Yapılması ve Bu Kanunlara Bazı Hükümler Eklenmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki 1 Sayılı Cetvele Yeni Kadrolar Eklenmesi Hakkında Kanun, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18955.pdf>> erişim: 18.02.2025.

ihtiva eden üst kavramdır. Mezkûr ifadenin 2686 sayılı Yasa değişiklikleri sırasında korunduğu görülmektedir.

Bugün için yürürlükteki haliyle “*özel usulsüzlük*” belirtmesinin dayanağının 3239 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile özel usulsüzlüklerin de cezalarda indirim kapsamına alınması olduğu kanaatindeyiz.

Diğer taraftan ceza kesmede zamanaşımını düzenleyen VUK m.374/1 hükmünde “...353 ve mükerrer 355 inci maddeler uyarınca kesilecek usulsüzlük cezalarında, usulsüzlüğün yapıldığı yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak beş yıl...” denilmek suretiyle VUK m.353 ve mük. m.355 ile hükme bağlanan özel usulsüzlükler için “*usulsüzlük*” ifadesinin kullanılmış olması, her zaman için açıkça belirtilme yoluna gidilmediğini göstermektedir. Buradan hareketle de yine “*usulsüzlük*” kavramının kapsam itibarıyla genel usulsüzlüklerle sınırlı olmadığı sonucuna varılabilir.

Ne var ki vergi idaresi, uygulamada VUK m.336’da geçen **usulsüzlük** kabahatinden sadece VUK m.352’de sayılan kabahatleri (genel usulsüzlük) anlamakta ve uygulamayı da buna göre yapmaktadır. Vergi idaresi, VUK m.353 ve özel usulsüzlük kabahatlerini içeren diğer hükümlerde yer alan özel usulsüzlükleri, VUK m.336 uygulamasına dahil etmemektedir.

Oysa 16.03.1970 tarih ve 15 Seri No’lu Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Genel Tebliği’nde¹⁶ özel usulsüzlük cezası tatbikatında yanlış uygulamalara yer verildiği ifade olunmuş ve “*Vergi Usul Kanununun 342 nci maddesine göre kendilerine tebligatla 15 günlük süre verilen mükellefler, bu süre içinde de beyanname vermemiş bulunurlar ve kendilerine vergi tarh olunması icap ederse bu halde ziyaı doğmuş olacak mükellefler hakkında kusur veya kaçakçılık cezalarından birisinin tatbiki de bahis konusu olacaktır. Ancak, kesilecek ceza miktarı, 354 üncü maddenin, daha sonra verenerlere 100 liradan az 2000 liradan çok olmamak şartıyla verginin % 5’i tutarında usulsüzlük cezası kesilir hükmündeki cezadan az olamayacaktır. Başka bir deyimle, 354 üncü maddedeki usulsüzlük cezası ile kusur veya kaçakçılık cezalarından miktar itibarıyla ağır olanı kesilecektir.*” denilmek suretiyle 354’üncü maddesi uyarınca kesilecek özel usulsüzlük cezasının 336’ncı maddesi gereği kaçakçılık/kusur cezası ile kıyaslanması ve miktar itibarıyla ağır olanın kesilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

Bugün için güncelliği kalmamış olmakla birlikte mezkûr Tebliğ, vergi idaresinin “*usulsüzlük*” kavramının yorumlanmasında daha geniş bir tutum benimsediğini göstermektedir.

Konuyla alakalı güncel yargı kararları incelendiğinde de kavramın geniş yorumlandığı görülmektedir.

¹⁶ 16.03.1970 tarih ve 15 Seri No’lu Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Genel Tebliği, <<https://gib.gov.tr/node/87220>> erişim: 21.02.2025.

Nitekim **Danıştay Üçüncü Daire'nin 14.02.2023 tarih ve Esas No: 2020/2377, Karar No: 2023/282 sayılı kararı** usulsüzlük ifadesinin aynı zamanda özel usulsüzlükleri de kapsadığı, cezayı gerektiren tek bir fiil ile vergi ziyayı ve özel usulsüzlük suçunun birlikte işlenmesi halinde sadece miktar itibarıyla daha ağır olan cezanın kesilmesi gerektiği şeklindedir.

Aynı yönde **Danıştay Üçüncü Dairenin 16.11.2020 tarih ve Esas No: 2019/2642, Karar No: 2020/4618 sayılı kararı** "213 sayılı Kanun'un 256. maddesinde anılan yükümlülüğün süresinde yerine getirilmemesi nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesilen olayda yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler karşısında, Kanun'un 336. maddesinde yer alan "usulsüzlük" ibaresinin "özel usulsüzlük cezasını" da kapsayıp kapsamadığının ortaya konulması önem arz etmektedir.

Kanun'un 331. maddesinde usulsüzlükten başka özel usulsüzlük cezası ifadesine ayrıca yer verilmediği görülmektedir. Anılan hükümlerin Kanun'un sistematüğindeki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı göz önüne tutulduğunda, Dördüncü Kitabın İkinci Kısımında yer alan "İkinci Bölüm"ün başlığının usulsüzlük cezası olması ve bu başlığın altında hem usulsüzlük cezası ve hem de özel usulsüzlük cezasının düzenlenmesi nedeniyle ayrıca belirtilmediği hallerde "usulsüzlük" deyiminden hem usulsüzlük cezasının hem de özel usulsüzlük cezasının anlaşılması gerekmektedir.

Kanun'un 353. maddesinde bu maddede yazılı usulsüzlük fiillerinin aynı zamanda vergi ziyayına da sebebiyet vermesi halinde vergi ziyayı cezası da kesileceği ve bu halde Kanun'un 336. maddesinde yer alan usulsüzlük cezası ile vergi ziyayı cezasının kıyaslanmasına ve hangisinin kesileceğinin belirlenmesine yönelik kuralın uygulanmayacağı açıklanmıştır. **Kanun koyucu bu belirlemeyi yaparken 336. maddede belirtilen usulsüzlük ifadesinin aynı zamanda özel usulsüzlükleri de kapsadığını kabul etmiş**, anılan maddede yer verilen hükmün uygulanmayacağına ilişkin kuralı açıkça 353. maddede sayılan usulsüzlük fiilleri ile sınırlandırmış, usulsüzlük fiillerinin yer aldığı diğer maddelerde (352, 355 ve mükerrer 355 maddesinde) bu yönde bir istisna hükmüne yer vermemiştir.

Bu durumda, cezayı gerektiren tek bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük suçunun birlikte işlenmesi halinde, vergi ziyayı cezası ile mükerrer 355. maddeye istinaden kesilen özel usulsüzlük cezası karşılaştırılarak bu cezalardan sadece miktar itibarıyla daha ağır olan ceza kesilebilecektir." şeklindedir.

Danıştayın aynı yönde güncel kararları da¹⁷ bulunmaktadır. Söz konusu kararlar da geçen ortak düşünce VUK m.336 ve m.339'da geçen "usulsüzlük" ifadesinden özel usulsüzlüğün de anlaşılması gerektiğidir.

¹⁷ Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2019/647, K: 2022/1424, T: 30/03/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2019/974, K: 2022/1422, T: 30/03/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2019/2404, K: 2022/1748, T: 12/04/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2019/2480, K: 2022/3581, T: 04/10/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2019/7114, K: 2022/1169, T: 17/03/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/771, K: 2022/5830, T: 29/12/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/1635, K: 2023/115, T: 26/01/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/1812, K: 2023/1095, T: 30/03/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E:

Bununla birlikte aksi yönde kavramın dar yorumlandığı Danıştay kararları da bulunmaktadır.

Nitekim **Danıştay Dokuzuncu Dairenin 30.11.2023 tarih ve Esas No: 2022/4589, Karar No: 2023/5007 sayılı kararı** "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 331. maddesinde; vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenlerin, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılacakları hükmüne yer verilmiş ise de; aynı Kanun'da, "Usulsüzlük" başlığında "Usulsüzlük Dereceleri ve Cezaları" alt başlığı altında 352. maddede birinci ve ikinci derece usulsüzlüklere, "Özel Usulsüzlükler ve Cezaları" alt başlığı altında ise 353, 355 ve mükerrer 355. maddelerinde özel usulsüzlük fiilleri ve cezalarına ayrı olarak yer verilmiştir. Bu durumda, Kanun'un 331. maddesinde bahsedilen usulsüzlük cezası deyiminden sadece birinci ve ikinci derece usulsüzlüklerin anlaşılması gerekmekte olup bu sebeple; Kanun'un 336. maddesinde belirtilen, cezayı istilzam eden tek bir fiil ile vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırının kesileceği hükmünün özel usulsüzlük cezalarını kapsamadığı açıktır.

Ayrıca; 213 sayılı Kanun'un 353 maddesinde, bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda aynı zaman da vergi ziyai da meydana geldiği takdirde vergi ziyai cezasının ayrıca kesileceği ve bu cezalar hakkında 336. madde hükmünün uygulanamayacağı yönündeki kısıtlamasına benzer bir şekilde, mükerrer 355. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında ve sonradan eklenen son fıkrasında da ayrıca ceza kesilemeyen haller belirtilmiş, bu istisnai haller dışındaki fiiller için ise böyle bir kısıtlama getirilmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 336. maddesinde cezayı gerektiren tek bir fiille vergi ziyai ve usulsüzlük birlikte işlendiği hallerde bunlara ait

2020/1911, K: 2023/979, T: 23/03/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/2141, K: 2023/793, T: 14/03/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/2142, K: 2023/796, T: 14/03/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/2377, K: 2023/282, T: 14/02/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/3476, K: 2024/776, T: 21/02/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2020/4169, K: 2023/103, T: 26/01/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2021/785, K: 2022/4162, T: 31/10/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2021/956, K: 2024/3081, T: 17/05/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2021/3327, K: 2023/607, T: 02/03/2023; Danıştay Dördüncü Dairesi, E: 2022/51, K: 2022/5200, T: 27/09/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2022/590, K: 2024/2511, T: 02/05/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2022/777, K: 2024/2723, T: 07/05/2024; Danıştay Dördüncü Dairesi, E: 2022/4087, K: 2022/5668, T: 17/10/2022; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/2533, K: 2024/1050, T: 29/02/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/3587, K: 2024/3478, T: 28/05/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/3614, K: 2024/1902, T: 03/04/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/3743, K: 2024/2754, T: 08/05/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/3759, K: 2024/1658, T: 20/03/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/4130, K: 2024/2847, T: 09/05/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/5441, K: 2024/6980, T: 17/12/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/5582, K: 2024/251, T: 05/02/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/9740, K: 2023/4713, T: 21/11/2023; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2024/1719, K: 2024/5306, T: 14/10/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2024/2880, K: 2024/4800, T: 24/09/2024; Danıştay Üçüncü Dairesi, E: 2023/2220, K: 2023/3660, T: 10/10/2023 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> erişim: 21.02.2025.

cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırının kesileceğinin belirtilmesi karşısında bu hükmün sadece 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 352. maddesinde sayılan usulsüzlük cezaları için geçerli olduğu ve 213 sayılı Kanun’un mükerrer 355. maddesinde sayılan cezalara teşmil ettirilmeyeceği, defter ve belgeleri ibraz etmeme fiili nedeniyle vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezasının ayrı olarak kesilebileceği ve defter - belge ibraz etmeme fiilinin cezası olan özel usulsüzlük cezası ile katma değer vergilerinin indirim reddinden kaynaklanan vergi ziyai cezalarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği” şeklindedir.

Danıştayın az da olsa aksi yönde güncel kararları da¹⁸ bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda geçen ortak düşünce VUK m.336 ve m.339’da geçen “usulsüzlük” ifadesinden özel usulsüzlüğün anlaşılmaması gerektirir.

Birbirine zıt iki perspektiften verilen bu kararların incelenmesinden anlaşılan odur ki Danıştay nezdinden de “usulsüzlük” kavramının nasıl yorumlanması gerektiği hususunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. İçtihatların birleştirilmesi önerilebilse de kanaatimizce kalıcı çözüm için yasa değişikliği ile hukuki belirliliğin sağlanması şarttır.

Konu hakkında **Şenyüz**¹⁹ kanun koyucunun özel usulsüzlük kabahatlerinde fikri içtimayı kabul etmemesinin nedeni özel usulsüzlük kabahatiyle belge düzenine aykırılıkların daha fazla cezalandırılmasının sağlanarak bu suretle kanuna aykırı fiillerin meydana gelmesinin önlenmesidir şeklinde ifade etmiştir.

Karakoç’a²⁰ göre özel usulsüzlük kabahatleri, vergi ziyai kabahatlerinin teşebbüs hali niteliğindedir. Vergi ziyai, teşebbüs halinde tespit edilirse özel usulsüzlük olarak cezalandırılması gerekir. Böyle bir tespit ve cezalandırma sayesinde çoğu zaman vergi ziyai önlenmiş olacağından hesap dönemi kapandığından vergi ziyainın kabahatinin işlenmesi mümkün olmadığından buna ilişkin cezanın kesilmesine de gerek kalmamaktadır. Buna karşılık vergi ziyai kabahatinin teşebbüs aşamasını oluşturan özel usulsüzlük kabahatleri hesap döneminde tespit edil(e)mediğinden özel usulsüzlük cezası kesil(e)mediği durumlarda hesap dönemi kapandıktan sonra vergi ziyai gerçekleşmiş olduğundan artık vergi ziyai kabahatinin teşebbüs halinden değil, tamamlanmış vergi ziyai kabahatinden söz etmek gerekir. Tamamlanmış vergi ziyai kabahati için ceza kesilmesi halinde ayrıca bu kabahatin teşebbüs halini oluşturan özel usulsüzlük kabahatinin cezalandırılması düşünülemez. Bu itibarla VUK m.353’ün özel usulsüzlük kabahati ile vergi ziyaina da yol açması halinde özel usulsüzlük ile vergi ziyai cezasının ayrı ayrı kesilmesi gerektiğine ilişkin hükmün hukuki dayanağı ve uygulama imkânı bulunmamaktadır.

¹⁸ Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E: 2022/4589, K: 2023/5007, T: 30/11/2023; Danıştay Dördüncü Dairesi, E: 2023/2245, K: 2023/2456, T: 03/05/2023; Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E: 2023/4813, K: 2024/4419, T: 26/09/2024; Danıştay Dokuzuncu Dairesi, E: 2023/7544, K: 2024/1198, T: 12/03/2024 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> erişim: 21.02.2025.

¹⁹ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (12. Baskı, Ekin Kitabevi Bursa 2022) 246.

²⁰ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara 2019) 130.



Candan'a²¹ göre usulsüzlük cezasının kesilebilmesi için vergilendirme döneminin sona ermesini beklemek zorunluluğu yoktur. Bu yüzden evvelce usulsüzlük sayılarak cezalandırılan bir eylemin vergi ziyasına da neden olduğu daha sonra anlaşılmış olabilir. VUK m.336/2. fıkra bu durumu düzenlemektedir. Mezkûr fıkraya göre şayet vergi ziyası sebebiyle kesilmesi gereken cezanın miktar itibarıyla eylem için daha önce kesilen usulsüzlük cezasından daha ağır ve fazla olduğu anlaşılırsa bu durumda noksan olan ceza miktarı ikmal edilir.

Öner'e²² göre VUK m.353'te sayılan özel usulsüzlükler dışındaki özel usulsüzlükler yönünden VUK m.336'da yer alan içtima hükümleri geçerlidir.

Bu kapsamda VUK m.336'da geçen **usulsüzlük** ifadesinden hem genel (VUK m.352) hem de özel usulsüzlük cezasının anlaşılması gerektiği, özel usulsüzlüğü düzenleyen kanun maddelerinde (VUK m.353 gibi) özel olarak VUK m.336'nın uygulanmayacağı açıkça belirtildiği durumlar hariç olmak üzere hem vergi ziyası hem de tüm usulsüzlük cezaları açısından VUK m.336'nın uygulanması gerektiği, Vergi idaresinin mezkur konu hakkında Kanun'un ilk halinden şimdiye kadar tartışma yaratacak şekilde düzenlemeler yaparak karmaşıklık yarattığı ve bu yüzden de söz konusu tartışmayı ortadan kaldıracak şekilde bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Vergi Usul Kanunu m.339 Uyarınca "Usulsüzlük" Kavramının Yarattığı Tereddüt

Tekerrür, bir ceza mahkumiyetine uğradıktan sonra, yeniden suç işleyen kimsenin durumu olarak tanımlanabilir²³. Bu durumdaki bir kimse *mükerrir* sıfatını kazanır.

VUK m.339 "Vergi ziyasına sebebiyet vermektan veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyası cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyası cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki, artırım tutarı kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yüksekinden) fazla olamaz." ifadesiyle *tekerrür*, sadece **vergi ziyası cezası ile usulsüzlüklere ilişkin** olmak üzere hükme bağlanmıştır. Tekerrür uygulamasında beş ve iki yıllık sürelerin hesaplanmasında artırım esas alınan cezaların kesinleşme tarihi dikkate alınmaktadır.

VUK m.339 hükmü uyarınca tekerrürden bahsedilebilmesi için *vergi ziyası ya da usulsüzlük kabahatlerinden birine neden olunmuş olması, cezaların kesinleşmiş bulunması, cezaların usulüne uygun olarak ve yetkililerce kesilip yine usulüne uygun*

²¹ Candan (n 6) 160.

²² Erdoğan Öner, Vergi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022) 160.

²³ Candan (n 6) 111.

olarak tebliğ edilmiş olması, ilk cezanın kesilmesine sebebiyet veren kabahatin te-
kerrüre konu son kabahatle aynı türden olması, her ikisinin aynı vergi mükellefi
ya da vergi sorumlusu tarafından işlenmiş bulunması, kesilen ilk cezanın ortadan
kalkmamış ya da mahiyetinin değişmemiş olması, ikinci cezanın hükmünde belirt-
len beş ve iki yıllık süreler içerisinde kesilmiş olması koşullarının birlikte gerçek-
leşmesi ve nihayetinde artırım tutarı için öngörülen üst sınıra uyulmuş olması da
gerekmektedir.

Ancak **özel usulsüzlük cezaları ile suçlara** ilişkin tekerrür düzenlemesinin uy-
gulanıp uygulanmamasında tereddüt söz konusudur. Zira yasa koyucu, VUK'un iç-
timayı hükme bağlayan 336'ncı maddesinde olduğu gibi tekerrürü hükme bağlayan
339'uncu maddesinde de "usulsüzlük" kavramını tercih etmiştir.

3.1. Vergi Usul Kanunu m.339'da Yer Alan "Usulsüzlük" Kavramının Yorumlanması

213 sayılı VUK'un yürürlüğe girdiği tarihteki ilk haliyle tekerrürü düzenleyen
m.339 hükmü "*Kaçakçılık, kusur veya usulsüzlükten dolayı cezalandırılan ve cezası
da kesinleşen bir kimse, aynı neviden bir fiili cezanın kesinleştiği tarihi takibeden
yılın başından başlamak üzere kaçakçılıkta beş yıl, kusurda üç yıl, usulsüzlükte iki
yıl zarfında tekrar işlerse cezası: Kaçakçılıkta yarısı, kusurda üçte biri, usulsüzlükte
dörtte biri nispetinde artırılır.*" şeklindedir.

VUK'un yürürlük tarihinde ortaya koyduğu sistematik takip edildiğinde, genel
usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiil ve cezalarını hükme bağlayan maddelerin yer
aldığı bölüm başlığının "*Usulsüzlük*" olarak tercih edildiği, *özel usulsüzlükler için
de "usulsüzlük"* ifadesinin kullanıldığı, yasal değişikliklerle birlikte tercih edilen
ifadenin "*özel usulsüzlük*" yönünde evrildiği ve fakat her zaman için açıkça belirtilme
yoluna gidilmediği, nihayetinde bugün yürürlükteki haliyle bile ilgili hükümlerde
özel usulsüzlükleri kastetmek için kullanılan ifadeler arasında birlik bulunmadığı
anlaşılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı açıklamalara bir üst başlık altında yer verildi-
ğinden tekrara düşmemek adına atıf yapmakla yetiniyoruz.

Konuyla alakalı **Bayraklı** ve **Bozdağ**²⁴ "*usulsüzlük kabahati*" kavramının hem
genel hem de özel usulsüzlük kabahatlerini kapsadığı, dolayısıyla VUK kapsa-
mında düzenlenen tüm vergi kabahatlerine tekerrür hükümlerinin uygulanmasının
mümkün olduğu görüşündedir.

Aynı yönde **Bozdoğanoglu** ve **Yurtlu'ya**²⁵ göre lafzi yorumun ötesinde *küçükten
büyüğe akıl yürütme ile kamu düzenini daha az ihlal eden ve vergi ziyanına daha az
elverişli olduğundan tehlike kabahati olarak değerlendirilen genel usulsüzlükler*

²⁴ Hasan Hüseyin Bayraklı ve Ahmet Bozdağ, 'Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür
(Afyonkarahisar Örneği)' (2008) 10 [2] Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi 386, 387.

²⁵ Burçin Bozdoğanoglu ve Vakkas Yurtlu, 'Kabahatlerde Tekerrür Açısından Özellikli Bir Durum:
Özel Usulsüzlükler' (2021) 6 [1] International Journal of Public Finance 92.



yönünden uygulanabilir olan tekerrür hükümlerinin yakın tehlike kabahati olarak nitelendirilen özel usulsüzlükler yönünden evleviyetle uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Ancak **Rençber'e**²⁶ göre usulsüzlük ve özel usulsüzlük ayrımı bulunan yasada şekle ve usule ilişkin hükümlere aykırılıktan ziyade daha çok dönem içinde yapılan ve vergi ziyaına elverişli fiillerin cezalandırılmasına yönelmekle özel usulsüzlükler; "usulsüzlük" tanımına uymamaktadır ve tekerrür kapsamında değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır.

Gülçiçek'e²⁷ göre ise tekerrür kapsamına alınmış olsaydı madde metninde mutlaka "özel usulsüzlük" ifadesi geçerdi.

Yasa koyucunun özel usulsüzlükleri kastetmek için kullandığı kavramlar arasında birlik bulunmadığı dikkate alınacak olursa bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nihayetinde bugün yürürlükteki haliyle özel usulsüzlüklerin tekerrür kapsamı dışında tutulmasını emredici herhangi bir hüküm de yasada yer almamaktadır. Yalnız bu noktada özel usulsüzlüklere ilişkin esaslı düzenlemelerin dayanak aldığı 2365 sayılı Yasa'nın 31.12.1980 tarihli olması düşündürücüdür.

Bu konuda **Bozdoğanoglu ve Yurtlu'ya**²⁸ göre özel usulsüzlüklere ilişkin düzenlemelerin tekerrür müessesesinden sonra yürürlüğe girmiş olması, özel usulsüzlüklerin tekerrür kapsamında değerlendirilemeyeceği anlamına gelmemektedir.

Özbalcı'ya²⁹ göre özel usulsüzlüklerde fiilin yeniden işlenmesi, 353'üncü madde hükmünde özel düzenlemeye bağlanmış olup 339'uncu madde hükmüne göre artırım yapılmasına imkan bulunmamaktadır.

Diri ve Türkes'e³⁰ göre de tekerrüre dair kendine özgü düzenlemelerden ötürü özel usulsüzlükleri ilgili madde kapsamında değerlendirmek, teknik olarak yasa yapısına ters düşer ve mükerrerliğe neden olur.

Gerçekten de VUK'un "Bilgi vermekten çekinenler ile 107/A, 152/A, 153/A, mükerrer 242, 256, 257, mükerrer 257 nci madde ve Gelir Vergisi Kanununun 98/A maddesi hükmüne uymayanlar için ceza" başlıklı mük. 355'inci madde hükmünde özel usulsüzlük cezası kesilmesine karşın mecburiyetleri yerine getirmeyenlere süre tanınarak ilgili mecburiyetleri yerine getirmelerinin tebliğ olunacağı, aksi takdirde bir kat artırımlı ceza uygulanacağı öngörülmüştür.

²⁶ Altan Rençber, 'Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür' (2017) [61] Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 79, 80.

²⁷ Bayram Gülçiçek, 'Vergi Usul Kanununa Göre Tekerrür ve Fiil Ayrılığı Müessesesinin Birlikte Uygulanması' (2014) [179] Vergi Raporu 57, 58.

²⁸ Bozdoğanoglu ve Yurtlu (n 25) 92.

²⁹ Yılmaz Özbalcı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Güncelleyen: Cenk Murat Arslan (HUZ Akademi Yayıncılık İstanbul 2023) 953.

³⁰ Mehmet Diri ve Asım Türkes, 'Vergi Cezalarında Tekerrür Uygulanması' (2013) [166] Vergi Raporu 80.

Kanaatimizce VUK mük. m.355 hükmü, özel usulsüzlükler yönünden tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Organ ve Çevikcan'a³¹ göre VUK'un ceza kesmede zamanaşımını düzenleyen 374'üncü maddede zamanaşımı sürelerinin vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezası için 5 yıl, usulsüzlük için 2 yıl olarak belirlenmiş olması karşısında 5 yıllık sürenin tekerrür hükmünde yalnız vergi ziyayı için öngörülmüş olması hükmün özel usulsüzlükleri kapsamadığını göstermektedir.

Uygulamada vergi idaresi, VUK m.339'da geçen usulsüzlük ibaresinden sadece VUK m.352'deki (*genel*) usulsüzlükleri anlamakta ve özel usulsüzlüklere tekerrür hükümlerini uygulamamaktadır.

Ancak **Danıştay Üçüncü Dairenin 16.11.2020 tarih ve Esas No: 2019/2642, Karar No: 2020/4618 sayılı kararında** da izah olunduğu üzere ayrıca belirtilmediği hallerde "usulsüzlük" deyiminden hem usulsüzlük cezasının hem de özel usulsüzlük cezasının anlaşılması gerekmektedir.

Aynı yönde **Danıştay VDDK'nin 21.10.2020 tarih ve Esas No: 2019/1467, Karar No: 2020/1051 sayılı kararında** VUK m.339'da genel-özel usulsüzlük ayrımı yapılmadığından usulsüzlük kavramından hem genel hem de özel usulsüzlüğün anlaşılması gerekmektedir. Benzer durum Danıştay Üçüncü Dairenin 16.11.2020 tarih ve Esas No: 2019/2642, Karar No: 2020/4618 sayılı kararında da bulunmaktadır³².

Bu kapsamda yukarıda detaylı bahsedildiği üzere bu kısımda da **usulsüzlük** kabahatinden özel **usulsüzlüğün** de anlaşılması gerektiği ve **özel usulsüzlük cezalarına da tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz**.

Zira aynı yönde yargı kararları da³³ bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda geçen ortak düşünce VUK m.336 ve m.339'da geçen "usulsüzlük" ifadesinden özel usulsüzlüğün de anlaşılması gerektiğidir.

³¹ İbrahim Organ ve Fatih Çevikcan, 'Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür ve Aksayan Yönleri' (2011) [141] Vergi Raporu 59.

³² Candan (n 6) 181.

³³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü Vergi Dava Dairesi, E: 2024/148, K: 2024/1137, T: 30/04/2024; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/413, K: 2024/1366, T: 27/11/2024; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2025/433, K: 2025/309, T: 27/02/2025; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2025/234, K: 2025/118, T: 29/01/2025; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü Vergi Dava Dairesi, E: 2025/3, K: 2025/85, T: 23/01/2025; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/3032, K: 2024/3104, T: 24/12/2024; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/674, K: 2024/862, T: 28/03/2024; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/766, K: 2024/1248, T: 31/10/2024; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi, E: 2024/845, K: 2024/1180, T: 29/03/2024; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1160, K: 2024/1459, T: 30/04/2024; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1249, K: 2024/1672, T: 27/06/2024; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1425, K: 2024/1582, T: 23/12/2024; İzmir Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1445, K: 2024/2021, T: 26/11/2024;



Az da olsa aksi yönde güncel kararlar da³⁴ bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda geçen ortak düşünce VUK m.336 ve m. 339'da geçen "usulsüzlük" ifadesinden özel usulsüzlüğün anlaşılmaması gerektirir.

4. Hukuk Devleti İlkesi Penceresinden Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri

Anayasa m.2 "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" hükmü uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir.

Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin 22.06.2016 tarih ve E.2016/13, K.2016/127 sayılı kararında³⁵ "*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet*" olarak tanımlanmıştır.

Mezkûr kararda "*Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamlaştırmakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*" ifadesiyle hukuki güvenlik ilkesine işaret edilmiştir.

Hukuki güvenlik ilkesi; somut olaya tatbik olunacak hukuki normların önceden bilinmesi olup kanunilik, belirlilik, kıyas yasağı ve geçmişe yürümezlik ilkelerini beraberinde getirmektedir³⁶.

Anayasa Mahkemesi 29.04.2021 tarih ve E.2020/80, K.2021/34 sayılı kararında³⁷ *yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal*

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1600, K: 2024/2456, T: 19/09/2024 <<https://www.lexpera.com.tr/> ; <https://kazanci.com.tr/>> erişim: 01.03.2025.

³⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/203, K: 2024/473, T: 22/05/2024; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi Vergi Dava Dairesi, E: 2024/232, K: 2024/761, T: 18/04/2024; Adana Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2024/1226, K: 2024/1445, T: 10/10/2024; Konya Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dava Dairesi, E: 2023/1013, K: 2024/33, T: 15/01/2024 <<https://www.lexpera.com.tr/> ; <https://kazanci.com.tr/>> erişim: 01.03.2025.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 2016/13, K: 2016/127, T: 22.06.2016, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-127-nrm.pdf>> erişim: 06.03.2025.

³⁶ Batı (n 1) 53.

³⁷ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210622-13.pdf>> erişim: 07.03.2025.

yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır demektir.

Bu minvalde vergilemede belirlilik ilkesi uyarınca vergi mevzuatı hem idare açısından hem de yükümlüler açısından kuşkuya yer vermeyecek kadar açık ve net olmalıdır. Aksi durumda vergi idaresi bazı durumlarda yükümlü açısından telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek uygulamalar yapabilmektedir.

Esasen VUK m.351 hükmünde “*vergi kanunlarının şekle ve usule mütaallik hükümlerine riayet edilmemesi*” olarak tanım altına alınan “*usulsüzlük*” kavramının tek başına soyut ve muğlak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak bugün için yürürlükteki haliyle VUK hükümleri incelendiğinde özel usulsüzlüklere ilişkin kavramsal birliğin tam anlamıyla sağlanamadığı görülmektedir. Bu nedenle salt “*usulsüzlük*” kavramının geçtiği hükümlerin özel usulsüzlükler yönünden uygulanmasında tereddüt yaşanmaktadır ve yaşanan tereddüt ortaya koymaktadır ki “*usulsüzlük*” kavramı artık soyut ve muğlaktır. Nihayetinde hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi zedelenmektedir.

Uygulamada vergi idaresinin kavramı dar yorumladığı anlaşılmaktadır. Ancak konuyla alakalı yargısal içtihatların incelenmesinden yargının kavramı geniş yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Ne var ki aksi yönde verilen kararlar da bulunmaktadır. Bu nedenle uygulamada bir kavram birliğinin sağlanması adına içtihatların birleştirilmesi önerilebilirse de kanaatimizce kalıcı çözüm için kanuni düzenleme şarttır. Bu sayede özel usulsüzlükler için kullanılan kavramlarda birliğin sağlanması arzu edilmektedir. Vergi hukukunda özel önemi haiz kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir. Zira aksi takdirde yürütme ve/veya yargı erkinin adeta yasa koyucu yerine geçerek işlem tesis etmesinden endişe edilir ki fonksiyon gaspı yaratan bu durumun önüne geçilmediği takdirde erkler ayrılığı ilkesi de ihlal edilmiş olur.

5. 5018 sayılı Kanun Açısından Değerlendirme

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu³⁸ **Kamu zararı** kenar başlıklı m.71 uyarınca kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Aynı maddede kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak filler de sayılmıştır. Buna göre 5018 sayılı Kanun m.71/2.fıkra (e) bendi *idare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması* şeklindedir. Bu minvalde kamu gelirlerinin mevzuatın gerektirdiği şekilde tarh, tahakkuk ve tahsil edilmesi gerektiği aksi durumda kamu zararı doğacağı hüküm altına alınmıştır.

Yine aynı maddede “*Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir*” şek-

³⁸ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/12/20031224.htm#1>> erişim: 07.03.2025.

indeki fıkrası uyarınca kamu zararına sebebiyet verenlerden faiziyle birlikte tahsil edileceği tereddütsüz şekilde ortaya konulmuştur.

VUK m.336 uyarınca her ne kadar özel usulsüzlük kabahatinin, usulsüzlük kapsamında ele alınmamış olması Hazine nezdinde bir maddi zarar oluşturmaya da vergi idaresi VUK m.339'da yer alan tekerrür hükümlerini özel usulsüzlüğü kapsayacak şekilde değerlendirmedikten Hazine açısından bir gelir kaybı oluşmaktadır.

Bu itibarla gerek VUK m.336 gerekse de VUK m.339'da yer alan usulsüzlük kabahatlerini sadece VUK m.352'de yer alan (genel) usulsüzlüklerden ibaret görüp bu minvalde uygulama yapan vergi idaresinin özellikle VUK m.339 açısından 5018 sayılı Kanun m.71/2.fıkra (e) bendi kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadarki süre zarfında makaleye konu husus incelendiğinde yasa koyucunun özel usulsüzlükleri kastetmek için kimi zaman açıkça belirtme yoluna gittiği kimi zaman "usulsüzlük" ifadesiyle yetindiği görülmektedir. Kavram birliğinin sağlanamamış olması salt "usulsüzlük" kavramının tercih edildiği hükümlerin özel usulsüzlükler yönünden uygulanması hususunda tereddüt yaratmaktadır. Nitekim VUK'un fikri içtimayı hükme bağlayan 336'ncı maddesi ile tekerrürü hükme bağlayan 339'uncu maddesinin özel usulsüzlükler yönünden uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır.

Kanaatimizce VUK'un yürürlük tarihinde ortaya koyduğu sistematik ve gerçekleştirilen yasal değişiklikler takip edildiğinde "usulsüzlük" kavramının hem genel hem de özel usulsüzlükleri kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla aksi öngörülmedikçe "usulsüzlük" kavramının geçtiği hükümlerin özel usulsüzlükler için de uygulanması mümkündür. Ne var ki uygulamada vergi idaresi kavramı dar yorumlamaktadır. Yüksek yargı ise kavramı geniş yorumlama eğilimindeyse de yeknesaklaşmış bir uygulamanın bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir.

Son tahlilde kavramın uygulamada yarattığı tereddüdün hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini zedelediği dikkate alınarak kavramsal birliği sağlayacak nitelikte yasa değişikliğinin ivedilikle gerçekleştirilmesi önerilmektedir.

KAYNAKÇA

Batı M, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) (4. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2024)
— —, Vergi Reformları ve Öneriler (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 417 Ankara 2023)

Bayraklı HH, 'Vergi Usul Kanununa Göre Vergi Suçlarında Görünürde Birleşme (Fikri İçtima)' (1988) 6 [1] Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 435-447.

— — ve Bozdağ A, 'Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür (Afyonkarahisar Örneği)' (2008) 10 [2] Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi 375-396.

Bozdoğanoglu B ve Yurtlu V, 'Kabahatlerde Tekerrür Açısından Özellikli Bir Durum: Özel Usulsüzlükler' (2021) 6 [1] International Journal of Public Finance 79-96.

Candan T, Vergisel Kabahatler ve Suçlar (5. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2022)

Diri M ve Türkeş A, 'Vergi Cezalarında Tekerrür Uygulaması' (2013) [166] Vergi Raporu 79-86.

Gülçiçek B, 'Vergi Usul Kanununa Göre Tekerrür ve Fiil Ayrılığı Müessesesinin Birlikte Uygulanması' (2014) [179] Vergi Raporu 54-63.

Karakoç Y, Vergi Ceza Hukuku (2. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara 2019)

Oktar SA, Vergi Hukuku (16. Baskı, Türkmen Kitabevi İstanbul 2022)

Organ İ ve Çevikcan F, 'Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür ve Aksayan Yönleri' (2011) [141] Vergi Raporu 54-66.

Öner E, Vergi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2022)

Özbalcı Y, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları Güncelleyen: Cenk Murat Arslan (HUZ Akademi Yayıncılık İstanbul 2023)

Rençber A, 'Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür' (2017) [61] Maliye Araştırma Merkezi Konferansları.

Sonsuzoglu E, 'Vergi Ziya-ı Cezasının Anayasa Mahkemesince İptali ve Yarattığı Yeni Sorunlar' (2005) Mevzuat Dergisi 33-42.

Şenyüz D, Vergi Ceza Hukuku (12.Baskı, Ekin Kitabevi Bursa 2022)

Çevrimiçi kaynaklar

Danistay.gov.tr

Gib.gov.tr

<https://kazanci.com.tr>

<https://www.lexpera.com.tr/>

Resmigazete.gov.tr

SANIĞIN DURUŞMAYA SEGBİS ARACILIĞIYLA KATILMASI VE ESAS HAKKINDA MÜTALAA İLE SON SÖZ UYGULAMASI

The Participation of the Accused in the Hearing via SEGBİS, the Public Prosecutor's Opinion on the Merits, and the Practice of the Accused's Final Statement

Berrin AKBULUT*

Özet

Ceza muhakemesinde kural, sanığın duruşmada bizzat hazır olmasıdır. Ancak istisnai hâllerde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilir. Bu istisnalardan biri de sanığın SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) aracılığıyla duruşmalara katılmasıdır. SEGBİS uygulaması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 196. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Teknolojik alanda yaşanan gelişmeler ceza muhakemesini de etkilemiş olup sanığın sorgulanmasında ve duruşmaya katılmasında mahkemenin SEGBİS uygulamasına başvurması kabul edilmiştir. 4. fıkra düzenlemesi herhangi bir suç sınırlaması öngörmeksizin yurt içinde bulunan sanığın duruşmada dinlenilmesini hükme bağlamaktadır. Ancak düzenlemeye göre SEGBİS uygulamasına her durumda başvurulamamaktadır. CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasına göre, duruşmada sanığın SEGBİS aracılığıyla dinlenilebilmesi için mahkeme tarafından SEGBİS uygulamasının zorunlu görülmesi gerekmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları gereğince sanığın duruşmada bizzat bulunma hakkından açık veya zımni şekilde feragat ettiği hâllerde sanık, SEGBİS aracılığıyla da duruşmaya katılabilmektedir. Çalışmada ayrıca esas hakkında mütalaa ve sanığa son sözün verilmesi, SEGBİS uygulaması ile bağlantılı şekilde açıklanacaktır.

Yapılan bu çalışmada sanığın duruşmada bizzat hazır olmasının istisnasını oluşturan SEGBİS uygulamasının şartları, duruşmada hazır bulunmadan feragat etmenin ne anlama geldiği, esas hakkındaki mütalaanın ve son sözün SEGBİS uygulamasındaki rolü, yüksek mahkeme kararlarına da yer verilerek ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sanık, duruşma, AİHM, feragat, mahkeme

Abstract

In criminal procedure, the general rule is that the accused must be physically present at the hearing. However, in exceptional circumstances, the hearing may proceed in the absence of the accused. One such exception is the accused's participation in the hearing via SEGBİS (Audio and Video Information System). The use of SEGBİS is regulated under paragraph 4 of Article 196 of the Code of Criminal Procedure (CPC). Developments in the technological field have affected criminal proceedings, and the use of SEGBİS by the court has been accepted for the accused's

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.04.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, bakbulut@selcuk.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8045-2784>



interrogation and participation in hearings. The provision in paragraph 4 allows for the accused residing within the country to be heard via SEGBİS without any restriction regarding the type of offence. However, SEGBİS cannot be applied in all circumstances. According to Article 196(4), the court must deem it necessary to employ SEGBİS for the accused to be heard through this system. Furthermore, in accordance with the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR), the Constitutional Court, and the Court of Cassation, if the accused expressly or implicitly waives the right to be physically present at the hearing, participation via SEGBİS becomes permissible. This study will also explain the public prosecutor's opinion on the merits and the accused's right to make a final statement in connection with application of SEGBİS.

In this study, the conditions under which SEGBİS can be used as an exception to the accused's physical presence at the hearing, the meaning of waiving the right to be present at the hearing, and the roles of the public prosecutor's opinion on the merits of the case and the accused's final statement under the SEGBİS procedure will be examined with reference to high court decisions.

Keywords: Accused, hearing, ECHR, waiver, court

GİRİŞ

İşlendiği iddia edilen fiille ve faille ilgili yapılan kovuşturmada sanığın kendisi hakkında yürütülen muhakeme faaliyetine katılarak kendisini savunması adil yargılanma hakkının gereği olarak kabul edilmektedir. Ancak sanığın duruşmada her zaman hazır bulunması bazı nedenlerle (güvenlik, sağlık, uzaklık gibi) mümkün olmayabilmektedir. SEGBİS uygulamasında sanığın yokluğunda duruşmanın yapılması yerine teknolojik gelişmelerden yararlanmak suretiyle bizzat duruşmada hazır olamayacak sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılımı sağlanarak muhakemesi gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde sanığın savunma hakkı sağlandığı gibi silahların eşitliği ve çelişmeli muhakemenin gerçekleştirilmesi de mümkün olmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak duruşmada ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasaktır. Ancak kanun koyucu kişilerin ceza muhakemesi işlemlerine katılmasında sorun bulunan bazı hâllerde buna istisna getirebilmektedir. CMK'nın 183. maddesine göre, 180. maddenin beşinci fıkrası (tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmelerine imkân veren) ile 196. maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaktır. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanmaktadır.

SEGBİS yoluyla duruşmaya katılmak, duruşmada bizzat hazır bulunmaya göre sanığa yargı makamları önünde sözlü olarak ifade etme ve yargılama sürecine aktif olarak katılma açısından daha sınırlı yarar sağlamaktadır. Çünkü SEGBİS uygulaması ne kadar iyi gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, duruşmada hazır olmadaki faydayla aynı ölçüde yarar sağlamamaktadır. Bu husus göz önüne alınarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi, SEGBİS uygulamasının hak ihlaline neden olmaması için dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğunu kararlarında ortaya koymaktadır.

Duruşmalara SEGBİS aracılığıyla katılma bugün birçok ülkede uygulanmaktadır. Örneğin İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 144. maddesinde, sanığın duruşmaya bizzat katılmasının mümkün olmadığı veya duruşmaya katılması mümkün olmakla beraber aşırı masraflı ve sorunlu olabileceği hâllerde, duruşmanın ses ve görüntü bilişim sistemi yöntemiyle yapılması kabul edilmektedir¹. Aslında ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla duruşmaya katılınması Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamış ve daha sonra diğer ülkelere yayılmıştır. Kıta Avrupası'nda ise mafya bağlantılı davalar ile İtalya'da uygulamaya girmiştir. Zira sanıkların duruşma salonuna getirilmesinde yaşanan güvenlik sorunları bu sistemin uygulanmasına başlanması sonucunu doğurmuştur².

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 233. maddesinde sanığın ses ve görüntü aktarımı suretiyle bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına yer verilmektedir. 233. maddeye göre, *“1) Hükmedilebilecek ceza, tek başına veya diğerleri ile birlikte sadece altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 180 güne kadar para cezası, ceza saklı tutularak yapılan ihtar, araç sürme yasağı, mülkiyetin devlete geçmesi, müsadere, imha veya kullanılamaz hâle getirme ise sanığın talebi üzerine duruşmadan bağışık tutulabilir. Sanığın yokluğunda daha ağır bir cezaya veya bir güvenlik tedbirine hükmedilemez. Araç sürme yasağı verilmesi mümkündür. 2) Sanık duruşmadan bağışık tutulduğunda, iddia hakkında naip veya istinabe olunan hâkim tarafından sorguya çekilir. Sorgu sırasında sanığa, duruşmanın kendisinin yokluğunda yapılmasıyla doğuracağı hukuki sonuçlarının geçerli olacağı bilgisi verilir ve sanığa duruşmadan bağışık tutulması talebinde hâlâ ısrarlı olup olmadığı sorulur. Mahkeme, 1. cümle uyarınca, naiplik veya istinabe yoluna başvurmada duruşmanın yapıldığı yerden başka bir yerde bulunan sanığın iddia hakkındaki sorgusunu, sanığın bulunduğu yerden eş zamanlı duruşma salonuna ses ve görüntü aktarımı yoluyla da yapabilir. 3. Cumhuriyet savcısı ve müdafii sorgu için belirlenen tarih bildirilir; sorguda hazır bulunmaları zorunlu değildir. Sorguya ilişkin tutanak duruşmada okunur”*. Görüldüğü gibi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, hükmedilecek belirli miktardaki cezalar için SEGBİS uygulamasını kabul etmiş, her tür ceza için sanığın bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına yer vermemiştir. Ayrıca düzenleme, sanığın duruşmadan bağışık tutulduğunda naip hâkim veya istinabe hâkim aracılığıyla dinlenebilmesine imkân tanıdığı gibi, buna alternatif olarak eş zamanlı şekilde duruşmaya ses ve görüntü aktarımı suretiyle katılarak sorgusunun yapılmasını

¹ Seda Gayretli Aydın, ‘Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma’ (2017) 19 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan Özel Sayısı 2109.

² Duruşmaya uzaktan katılma yönteminin ortaya çıkışıyla ilgili olarak bkz: Fahri Gökçen Taner ve Akif Yıldırım, ‘Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülöklere İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma’ (2021) 70 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 234.



da kabul etmiştir³. Bir başka ifadeyle düzenleme SEGBİS'in uygulamasını naip hâkim veya istinabe yoluna başvurmada onun yerine uygulanacak yöntem olarak kabul etmiş, Türk hukukundaki gibi istinabeden bağımsız olarak başvurulacak usul olarak hükme bağlamamıştır.

SEGBİS uygulamasına ilişkin uluslararası sözleşmelerde de hüküm bulunmaktadır. Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi'ne İkinci Ek Protokol m. 9' da⁴ ve Avrupa Konseyinin 16 Şubat 2022 tarihli (AB) 2022/228 Yönergesi m. 24'te ses ve görüntü bilişim sistemi aracılığıyla duruşmaya katılmaya yer verilmiştir.

I. SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI

Ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreye ayrılmaktadır. Kovuşturmada kural, sanığın duruşmada hazır bulunmasıdır. Soruşturma evresinde ise şüphelinin ifadesinin alınması, sorgulanması söz konusu olmakla beraber yapılan bütün işlemlerde hazır bulunması kabul edilmemektedir (CMK m. 169). Kovuşturma evresinde yargılama yapılarak mahkûmiyet hükmü verilebilecek olması nedeniyle sanığın duruşmaya katılarak savunmasını yapmasına imkân sağlanmaktadır. Sanığın duruşmada hazır olması aynı zamanda hâkimin sanıkla ilgili kanaat sahibi olmasını sağlamakta; cezanın bireyselleştirilmesinde (takdiri indirim nedenlerinde, TCK m. 50, m. 51, CMK m. 231) mahkemeye katkı sunmaktadır⁵. CMK'nın 217. maddesine (1. fıkrasına) göre, "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir". Kanun 217. maddesiyle, hâkimin araya vasıta koymadan doğrudan doğruya duruşmadan kanaat edinerek karar vermesini istemiştir. Bu duruşmanın (veya delillerin) doğrudan doğruyalığı veya vasıtasızlık ilkesi olarak ifade edilmektedir. Bu ilke gereğince hüküm verecek makamın sanığı veya tanığı bizzat dinlemesi, görüp duyması, mümkün olduğunca keşfi duruşmada yapması gerekmektedir. Hüküm verecek makamın araya bir vasıta koyması hâlinde ise edinilen kanaat doğrudan değil dolaylı nitelik taşımaktadır⁶.

³ Sanığın yokluğunda duruşma için bkz: Detlef Burhoff, 'Die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten: § 233 StPO und seine Praxis' (2018) 18/19 ZAP 939 vd.

⁴ Düzenleme tanık ve bilirkişilerle ilgili olmakla beraber şüpheli ve sanığın dinlenmesine ilişkin de hüküm yer almaktadır: "Taraflar yanı sıra takdir ederlerse uygun olduğu durumlarda ve kendi yetkili adli makamlarının onayıyla sanık veya şüphelinin video konferans aracılığıyla duruşmaya katılması için bu maddenin hükümlerine başvurulabilir. Bu durumda, Tarafların kendi ulusal hukukları ve ilgili uluslararası belgeler uyarınca, video konferans gerçekleştirme kararı ve video konferansın hangi yolla gerçekleştirileceği ilgili Taraflar arasında anlaşmayla belirlenir. Sanığın veya şüphelinin katıldığı duruşmalar sadece söz konusu kişinin kendi rızası doğrultusunda gerçekleştirilir."

⁵ Sanığın duruşmada hazır bulunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Erkan Sarıtaş, 'Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma' (2020) 78 [3] İstanbul Hukuk Mecmuası 1530 vd.

⁶ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bs Seçkin Yayınevi 2024) 479.

Ceza muhakemesinde sanık kavramı CMK'nın 2. maddesinde tanımlanmıştır. 2. maddeye göre sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. Kovuşturma iddianamenin kabulüyle başladığından hakkında iddianame kabul edilen kişi sanık sıfatını almaktadır. Düzenlemeden de ortaya çıktığı gibi kanun koyucu sanığı kovuşturma evresi için kabul ettiğinden ve bu sıfatın hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceğini belirttiğinden istinaf aşamasında da temyiz aşamasında da hakkında kanun yoluna başvurulmuş kişi sanık olarak nitelendirilmektedir. Sanık kural olarak kovuşturma aşamasında suç şüphesi altında kişi olmakla beraber TCK m. 31 gereğince ancak fiili işlediği esnada 12 yaşından büyük olan kişiler sanık olabilir. Fiili işlediği esnada 12 yaşından küçük olan çocuklar ise sanık olamamakta, ancak şüpheli sıfatını alabilmektedirler. Görüldüğü gibi buradaki sanıklık yaşı fiilin işlendiği zamana göre belirlenmekte, işlemin yapıldığı zamana göre değerlendirilmemektedir.

Ceza muhakemesinde sanık kavramı, faillik ve şeriklik şekillerini, dolaylı faili ve araç kişiyi kapsamaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda ceza hukukundaki gibi suç işlediği iddia edilen kişiye suçun işlenmesindeki katkısına göre farklı isimlendirme yapılmamakta; ceza muhakemesi evresine göre ya şüpheli veya sanık ifadesi kullanılmaktadır. Sadece çocuklar için hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında suça sürüklenen çocuk ifadesi kullanılmaktadır (ÇKK m. 3). Bir olayda doğrudan fail, müşterek fail, şerik, dolaylı fail ve araç kişiden birkaçı bulunmaktaysa hepsi kovuşturma evresinde sanık olduğundan kural olarak duruşmada hazır bulunmaları gerekmektedir. Bazıları duruşmaya gelmemişse ceza muhakemesi hukukundaki duruşmada hazır bulunmaya ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirme yaparak hareket etmek gerekmektedir.

Duruşma, uyuşmazlık hakkında karar verecek yargılama makamı önünde aleni olarak gerçekleşen, delillerin tartışıldığı, iddia ve savunmanın aktif rol aldığı kovuşturma evresinden birini oluşturmaktadır. Duruşmanın amacı, delillerin tartışılması sonucunda sanığın suçluluğu veya suçsuzluğu konusunda hüküm verecek mahkemede kanaat oluşmasını sağlamaktır⁷. İlk derece mahkemelerinde yapılan duruşma evresi, CMK'nın 182 ilâ 222. maddelerinde ayrıntılı düzenlenmiş ve sıkı kurallara bağlanmıştır. Duruşma önce yoklamayla başlamaktadır. Yoklamada sanığın ve müdafisinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri kontrol edilir. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar. Duruşmada sırasıyla, sanığın açık kimliği saptanmakta, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınmakta, iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılmaktadır. Daha sonra sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147. maddede

⁷ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. bs Beta Yayınevi 2024) 791.



belirtilen diğer hakları bildirilmektedir. Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılmaktadır (CMK m. 191). Sanığın duruşmadaki sorgusu, mahkeme tarafından kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini ifade etmektedir (CMK m. 2). Sanığın sorgusundan sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır, deliller tek tek ortaya konulduktan sonra taraflara delillere karşı söyleyecekleri sorulur, tüm deliller ortaya konulduktan sonra da delillerin tartışılması gerçekleştirilir. Tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilir. Bu tartışmada Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafisinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafisi ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilmektedir. Hükümden önce son sözün ise hazır bulunan sanığa verilmesi gerekmektedir. Daha sonra ise hüküm verme aşamasına geçilir.

Bölge adliye mahkemelerinde yapılan istinaf incelemesinde ve Yargıtay aşamasında yapılan temyiz incelemesinde de duruşma yapılması mümkün olup aşağıda incelenecektir.

Kovuşturma, hakkında iddianame düzenlenen kişinin suçu işleyip işlemediğinin tespiti için yapıldığından sanığın duruşmada hazır bulunup kendisini savunması kabul edilmiştir. CMK'nin 193. maddesine göre, kanunun kabul ettiği istisnalar dışında hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılması söz konusu değildir. CMK'nin 193. maddesine göre gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilmesi söz konusudur. Ancak CMK m. 206'ya göre, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmamaktadır. Sanık olmasa bile deliller duruşmada ortaya konulabilmektedir⁸. Bu durumda ortaya konulan delillerin, sonradan gelen sanığa bildirilmesi gerekmektedir. CMK'nın 199. maddesine göre de mahkeme, sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilmektedir. Ancak bu hükümler sanığın hazır bulunmaya zorlanması, sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılması anlamına gelmemektedir⁹.

Sanığın duruşmada hazır bulunması onun için hem hak hem de yükümlülüktür. Yargılamayı yapan hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi ve vereceği kararın sağlıklı olması için hakkında mahkûmiyet kararı vereceği kişiyi görmesi önem taşımaktadır¹⁰. Sanık duruşmada hazır olduğunda hükmü verecek makam, sanı-

⁸ Doktrinde iki hükmün birbiriyle çeliştiği belirtilmektedir. Zira CMK m. 206 gereğince sanık hazır bulunmaksızın duruşmanın yapılabileceği anlaşılmakta olup 193'ü hükümsüz kıldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla hükmün erken dinleme yapılabilen hâllerle sınırlı tutulmasının daha uygun olduğu ifade edilmektedir: Centel ve Zafer (n 7) 813.

⁹ Şahin ve Göktürk (n 6) 173.

¹⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. bs Seçkin Yayınevi 2024) 125.

ğın yüz ifadelerini, vücut hareketlerini izleyebilmekte, sesindeki değişimleri fark edebilmektedir. Şüphelinin soruşturma evresindeki beyanı bu evre bakımından beyan delili niteliğinde olup sanık duruşmada dinlenmediği müddetçe soruşturma aşamasındaki beyanları belge delili olarak belirli hâllerde duruşmada okunabilmektedir. Oysa sanığın kovuşturma aşamasında yaptığı açıklamalar beyan delili olarak hükümde bizzat değerlendirilmektedir¹¹. Dolayısıyla sanığın duruşmada dinlenmesi hüküm açısından önem taşımaktadır. Ayrıca sanığın duruşmada dinlenmesi mağdurun, suçtan zarar görenin, katılanın yüz yüze gelmesini sağlamakta, katılanın mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltmesine imkân sağlamaktadır. Böylece sanığın beyanının tartışılması mümkün olmakta, maddi gerçeğe ulaşılması gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca yargılamada yalnızca iddia makamının dinlenmesi, savunmaya yer verilmemesi silahların eşitliğine ve adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Sanığın duruşmada hazır bulunması sanığın fiziksel özelliklerinin tespiti açısından da önem taşıyabilmektedir. Zira sanığın fiziksel özellikleri maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından anlam ifade edebilmektedir. Yine sanığın duruşmada bulunması yüzleştirme işleminin yapılması açısından önem arz etmektedir¹². Haktır, zira suç isnadı altında bulunan kişinin savunmasını yapabilmesi, hak arama ve hâkim önünde sorununu anlatabilme hakkını kullanabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunma ve yargılamaya katılma hakkının bulunması gerekir¹³. Hazır bulunan sanık, davaya aktif olarak katılabilecek, gerektiğinde delil gösterebilecek, bizzat savunmasını yapabilecektir¹⁴. Hak olması nedeniyle duruşmaya katılma iradesinin kural olarak engellenmemesi gerekmektedir.

Sanığın duruşmada hazır bulunması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) düzenlenmemiştir. Ancak Mahkeme, AİHS'nin 6. maddesinin sanığın bizzat dinlenilmesini açıkça düzenlememekle beraber, maddenin amacı ve hedefi bir bütün olarak ele alındığında, “bir suçla itham edilen” bir kişinin duruşmaya katılma hakkına sahip olduğunun anlaşıldığını belirtmektedir¹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre adil bir yargılamanın yapılmasında hakkında karar verecek mahkeme nezdinde sanığın hazır bulunmasının büyük bir önemi bulunmaktadır. Ayrıca sanığın beyanlarının doğruluğunun anlaşılması ve bu beyanların menfaatleri korunması gereken mağdur ve tanıkların beyanları ile karşılaştırılmasının gerekmesi de sanığın duruşmada hazır olmasını önemli kılmaktadır¹⁶. Tarafların duruşmada hazır bulunma hakkı, hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri-

¹¹ Şahin ve Göktürk (n 6) 409.

¹² Sarıtaş (n 5) 1536.

¹³ Centel ve Zafer (n 7) 813.

¹⁴ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. bs Nisan Kitabevi 2023) 418.

¹⁵ Colozza v İtalya B no 9024/80 (AİHM, 12.2.1985) 27.

¹⁶ Marcello Viola v İtalya B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 50.



ne işlerlik kazandırmaktadır. AİHM'e göre sanık duruşmada hazır bulunmadan Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen «bizzat savunma», «tanık sorgulama veya sorgulatma» ve «ücretsiz tercüman yardımından yararlanma» haklarının kullanılması zordur. Dolayısıyla sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü Sözleşme'nin 6. maddesinin temel gerekliliklerindendir¹⁷. Mahkemeye göre bu hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil; aynı zamanda duruşma sürecini dinlemeyi, takip etmeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içermektedir¹⁸. Ancak Mahkemeye göre sanığın duruşmada bizzat hazır bulunma hakkı mutlak değildir. Sanık ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla da duruşmaya katılabilir. Bunun için sanığın yargılamaları takip edebilmesinin, teknik engeller olmaksızın dinlenebilmesinin ve bir avukatla etkili ve gizli iletişimin sağlanmasının temin edilmesi gerekmektedir¹⁹.

Sanığın duruşmada hazır olması sanık hakkında mahkûmiyet kararı veya mahkûmiyet kararı niteliğindeki kararların (ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararı) verilmesinde önem taşımaktadır. Zira CMK m. 193/2'ye göre sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilmektedir. Ancak suçu işlediğinin tespiti hâlinde verilecek olan kararlarda (mahkûmiyet kararında, ceza verilmesine yer olmadığı kararında ve güvenlik tedbiri kararlarında), bu kararların verilmesi için sanığın savunmasını yapabilmesi, hâkimin bizzat sanığı görmesi, beyanını duruşmada alması, dolayısıyla da sanığın duruşmada hazır olması gerekmektedir.

Sanığın duruşmada hazır olması, ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda geçerli olduğu gibi, bölge adliye mahkemelerinde yapılan duruşmalarda da söz konusudur. Bununla beraber sanık, davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluğunda bitirilebilmektedir. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise mutlaka sanığın dinlenmesi aranmaktadır (CMK m. 282).

Yargıtay incelemesinde ise kural olarak duruşma yapılması kabul edilmemiştir. Ancak hükümde verilen ceza on yıl veya daha fazla hapis cezası ise Yargıtay duruşma yapılmasını uygun görebilmektedir. Bu hâlde Yargıtay incelemesi, duruşmalı yapılabilir. Duruşma yapılmasının uygun görüldüğü duruşmalı

¹⁷ Marcello Viola v İtalya B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 52.

¹⁸ Emrah Yayla [GK], B no 2017/38732, (AYM, 6.2.2020) 60. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen Sözleşme’nin 6. maddesinin amaç ve hedefleri bir bütün olarak gözetildiğinde suç isnadı altında olan bir kimsenin yargılamaya katılma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir”, Şehrivan Çoban [GK], B no 2017/22672 (AYM, 6.2.2020) 54.

¹⁹ Sakhnovskiy v Rusya B no 21272/03, (AİHM, 2.10.2010).

temyiz incelemesinde sanığın duruşmaya katılması zorunlu kabul edilmemiştir. CMK m. 299'a göre sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir. Sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay sanık veya müdafîsi gelmese de duruşmayı yapıp karar verebilmektedir.

II. SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASININ İSTİSNALARI

Sanığın duruşmada hazır bulunması kural olmakla beraber, CMK m. 193'te de belirtildiği gibi bunun istisnaları bulunmaktadır. Bunlar sanığın yokluğu, gaiplik ve kaçaklıktır. Konumuz bu olmadığı için istisnalar kısaca belirtilecektir.

Sanığın yokluğu hâlinde, kendisine ulaşılabilecek olan bir sanık bulunmakla beraber hazır bulunmasına gerek görülmemektedir. Ancak mahkeme her zaman gerektiğinde sanığın hazır bulunmasına karar verebilir (CMK m. 199). CMK m. 194, 195, 196, 200 ve 204. maddelerde düzenlenen hâller sanığın yokluğu kapsamında nitelendirilmektedir²⁰. Bu maddelerde düzenlenen hâllerden biri de CMK m. 196/4'te yer alan ve inceleme konumuz olan sanığın SEGBİS suretiyle sorgusunun yapılmasıdır.

Sanığın hazır bulunmasının istisnalarından gaiplik CMK'nın 244, 245 ve 246. maddelerinde düzenlenmiştir²¹. Gaip, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanığa denilmektedir (m. 244).

Kaçaklık ise CMK m. 247 ve 248'de düzenlenmiştir²². Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilmektedir (CMK m. 247).

III. SANIĞIN DURUŞMAYA SEGBİS ARACILIĞIYLA KATILMASI

A. Genel Olarak

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) ülkemizde 2013 yılından beri kullanılmaktadır. SEGBİS uygulaması Adalet Bakanlığının Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ile bağlantılı olarak kurularak 2013 yılından kullanılmaya başlanmıştır. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik 20/09/2011 tarih ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sistemin kullanılmasının nedeni Adalet Bakanlığının 14.12.2011 tarihli 150 Nolu Genelgesinde, "Bu sistemin kullanılması sonucunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 52, 58, 94, 147/1-h, 180, 196 ve 219. maddelerinde öngörülen

²⁰ Şahin ve Göktürk (n 6) 75-77.

²¹ Gaiplik için bkz: Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. bs Adalet Yayınevi 2024) 103 vd.

²² Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 21) 109 vd.



ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkânlardan yararlanma, sesli ve görüntülü iletişim tekniğini kullanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması; ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması; mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukûfiyeti; yol tutuklaması uygulamasından kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması gibi faydalar sağlanabilecektir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. maddesinin son fıkrasında, yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargı organlarının görevi olarak belirlenmiş olup, SEGBİS kullanımıyla bu görevin daha etkin olarak yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

SEGBİS'in kullanımıyla, ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen 'makul sürede hâkim önüne çıkarılma', 6. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen 'kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde makul sürede yargılanma' ilkeleri doğrultusunda insan hakları ihlallerinin önleneyeceği; dolayısıyla, ülkemizin maddî ve manevî tazminata mahkûm edilmesinin bu suretle önüne geçileceği düşünülmektedir" şeklinde belirtilmiştir.

Sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılması, CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmektedir²³. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 196. maddenin 4. fıkrası, "yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır" hükmünü taşımaktaydı. Düzenlemede SEGBİS ile sanığın sorgulanmasının mümkün olması hâlinde istinabe yerine bu yöntemin kullanılması öngörülmekteydi. Daha sonra olağanüstü hâl döneminde 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinde konuya ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından,

²³ "SEGBİS ile ilgili ilk çalışmalar 2005 yılında Avrupa Birliği Mali İş Birliği Programı kapsamında başlamıştır. 2011 yılında Van'dan İstanbul'a mahkûm taşıyan ceza infaz kurumu aracında Kayseri'nin Pınarbaşı ilçesi yakınlarında motorunda oluşan bir arıza sebebiyle çıkan yangında 5 mahkûmun yanarak can vermesi, SEGBİS'in ne kadar gerekli olduğunu bir kez daha ortaya koymuştur. SEGBİS Yönetmeliği 20 Eylül 2011 tarih ve 28060 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından 14.12.2011 tarihinde SEGBİS konulu 150 numaralı Genelge yayımlanmış ve SEGBİS'in kullanımına yönelik hususlara değinilmiştir. 2012 yılında da ilk defa ceza mahkemelerinde kullanılmaya başlanmıştır", T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü, *Uyap Bilişim Sistemi* (Ocak 2021), 73. https://bigm.adalet.gov.tr/kitap/uyap_bilisim_sistemi_kitabi.pdf, (E.T.19.04.2025).

olağanüstü hâlin devamı süresince” hâkim veya mahkeme uygun gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle şüpheli veya sanığı sorgulayabilmekte yahut duruşmalara katılmasına karar verilebilmektedir (m. 6). Düzenlemelerden anlaşıldığı gibi, 196. maddenin 4. fıkrası ilk hâlinde sadece sanık ve sanığın kovuşturma aşamasındaki sorgusuyla ilgiliydi ve 196. maddede belirtilen durumlarla sınırlıydı. 667 sayılı KHK ise belirli suçlar ve belirli dönem için görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılmasını kabul etmiş, sadece sanığın sorgusu için değil duruşmalara katılması için de görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin uygulanmasını hükme bağlamıştır. Daha sonra 694 sayılı KHK’nın 147. maddesiyle 196. maddenin 4. fıkrasında değişiklik yapılmış, 147. madde hükmü 7078 sayılı Kanunla (m. 142) aynen kabul edilerek kanunlaşmış, 196. maddenin 4. fıkrası bugünkü hâlini almıştır²⁴. Ceza Muhakemesi Kanunumuzda 196. madde dışında başka konularda da görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin veya teknik imkânların kullanılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır (CMK m. 52, 58, 147, 180 ve 219). SEGBİS Yönetmeliği ise Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında

²⁴ SEGBİS’in amaçları Adalet Bakanlığı Tarafından Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Bilgisayar ve UYAP Bilişim Sistemi Ders Notunda “*SEGBİSİN AMAÇLARI*”:

- Duruşma ve diğer adli işlemlerin ses ve görüntü bilişim sistemleri ile kaydedilmesi,
- Yargılama mahkemesine fiziken gitme imkânı olmayan veya başka bir yerde bulunan kişilerin hızlı ve etkin bir şekilde ve daha az masrafla dinlenilebilmesi,
- İnsan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi
- Mahkeme Heyeti ile farklı yerdeki tarafların yüz yüze ilkesi gereği aynı odadaymış gibi iletişim kurlmaları,
- Yol tutuklamalarından dolayı oluşan mağduriyetlerin en aza indirilmesi.
- Sanık ve hükümlülerin saatlerce süren duruşma yolculuklarını ortadan kaldırmak, hürriyetin gereksiz sınırlandırılması Ceza İnfaz Kurumlarının içinde uzun yolculukların önüne geçilmiş oldu
- Yurt dışında bulunan taraflarında duruşmalara katılmalarını sağlamak.
- Duruşma tutanakları üzerindeki ihtilaflar, talimatlarda yaşanan sıkıntıların önüne geçilmiş oldu.
- Sanıkların mahkemesine zamanında çıkarılamaması, adaletin gecikmesi gibi sorunların önüne geçilmiş oldu.
- Bir sanığın veya tutuklunun duruşmaya getirilmesi sırasında asker, polis ve araç çıkarılması ve bunun yanı sıra yol harcırahı gibi maliyetlerin önüne geçilmiş olur.
- 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 141 inci maddesinin son fıkrasında, yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargı organlarının görevi olarak belirlenmiş olup, SEGBİS kullanımıyla bu görevin daha etkin olarak yerine getirilmesi amaçlanmıştır.
- SEGBİS’in kullanımıyla, ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesinin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen “makul sürede hâkim önüne çıkarılma”, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde makul sürede yargılanma” ilkeleri doğrultusunda insan hakları ihlallerinin önleneyeceği; dolayısıyla, Ülkemizin maddî ve manevî tazminata mahkûm edilmesinin bu suretle önüne geçileceği düşünülmektedir” şeklinde belirtilmiştir. Bkz.: T.C. Adalet Bakanlığı, Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi Bilgisayar ve UYAP Bilişim Sistemi Ders Notu, <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015465619-BİLGİSAYAR%20VE%20UYAP%20BİLİŞİM%20SİSTEMİ.pdf>, 44 (E.T.18.04.2025). Ayrıca SEGBİS’in yargı alanında sunduğu imkânlar için bkz: Erdal Yerdelen, ‘Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı’ (Çeviri) (2019) 1 [2] Bilişim Hukuku Dergisi 273-275.



Yönetmelik ismiyle 20 Eylül 2011 tarih ve 28060 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe koyulmuştur²⁵.

CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrası²⁶, “*Hâkim veya mahkemenin zorunlu görüldüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.*” hükmünü taşımaktadır. Düzenlemeyi de anlaşıldığı gibi, SEGBİS sadece sanığın sorgusunun yapılması yönünden kabul edilmemiş; aynı zamanda sanığın duruşmaya katılımı açısından da hükme bağlanmıştır. Fıkranın ilk düzenlemesi genişletilerek sadece sanığın sorgusunun yapıldığı duruşmaya değil, diğer ceza muhakemesi işlemlerinin yapıldığı duruşmaya katılması da sağlanmıştır. Ayrıca düzenlemede sadece sanık açısından değil; şüpheli açısından da soruşturma evresinde yapılan sorguda SEGBİS'in uygulanması hükme bağlanmıştır. Hâkim veya mahkeme ibaresiyle bu husus 4. fıkrada açıkça ifade edilmiştir. Düzenlemede SEGBİS uygulamasına her durumda başvurulması kabul edilmemiş, zorunlu görülen hâllerde SEGBİS aracılığıyla sanığın sorgusunun yapılacağı veya duruşmaya katılacağı hükme bağlanmıştır. Getirilen düzenleme SEGBİS uygulamasına başvurmak için suç veya ceza miktarı sınırlaması öngörmemiştir. CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasının ilk şeklinde yukarıdaki fıkralar ibaresiyle diğer hükümlere yollama yaptığından alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda istinabe yoluna gidilemediğinden bu yola başvurulması da söz konusu değildi.

SEGBİS, “UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi” ifade etmektedir (Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 6)²⁷. Adalet Bakanlığı Tarafından hazırlanan Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Bilgisayar ve UYAP Bilişim Sistemi Ders Notunda “*SEGBİS, duruşmaların sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmasına, duruşmanın yapıldığı mekânda bulunamayan tarafların video konferans yöntemiyle duruşmaya katılmalarına imkân sağlayan sistemdir*” şeklinde tanımlanmıştır²⁸. SEGBİS'te görüntünün, sanığın yüz ifadelerini, vücut hareketlerini,

²⁵ Metin içinde SEGBİS Yönetmeliği ifadesi, bu Yönetmeliği belirtmek için kullanılmaktadır.

²⁶ Düzenlemenin sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu görüşü için bkz: Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. bs Seçkin Yayınevi 2024) 223.

²⁷ SEGBİS tanımlaması için bkz: Gizem Dursun, ‘Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi’ (2016) 11 [143-144] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135.

²⁸ Adalet Bakanlığı, *Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Bilgisayar ve UYAP Bilişim Sistemi Ders Notu*, <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015465619-BİLGİSAYAR%20VE%20UYAP%20BİLİŞİM%20SİSTEMİ.pdf>, s. 44 (E.T.18.04.2025). Bir başka tanımda “Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) duruşma salonlarında ve cezaevlerinde yüz yüzelik ilkesine dayanılarak görüntülü ve sesli olarak görüşmelerin yapıldığı ve bu görüşmelerin kayıt altına

tavır ve davranışlarını gözlemlemeye imkân verecek nitelikte; sesin ise ilgilinin duygularını anlamaya ve söylediklerini anlaşılır şekilde dinlemeye imkân verecek şekilde olması gerekir (Yönetmelik m. 4). Ses ve görüntü kayıtları sanığa veya diğer kişilere verilmez. Ancak kayıtların yazılı tutanağa dönüştürülmesi söz konusu olduğu için bu tutanağa dönüştürülen kayıtların verilebilmesi mümkündür (Yönetmelik m. 8).

Doktrinde SEGBİS uygulamasına ilişkin belirlemeler yapılmaktadır. Doktrinde SEGBİS usulünün vasıtasızlık ilkesine kısmen uygun olduğu ifade edilmektedir²⁹. Yine istinabe kurumunun yarattığı sorunlar göz önüne alındığında iyi bir alternatif olma potansiyeline sahip olduğu ancak hiçbir zaman yüz yüze liğin alternatifi olamayacağı da belirtilmektedir³⁰. SEGBİS uygulanarak sanığın dinlenmesinin, sorgusunun yapılmasının kayıtların tekrar tekrar dinlenmesine ve izlenmesine imkân tanıdığı, hataları azalttığı, muhakeme süjelerini yüz yüze getirdiği, kayıtların kanun yolu mercilerince izlenebilmesine imkân tanıdığı, tanıkların korkmadan beyanda bulunmasına katkı sunduğu, doğrudan doğruyalık, silahların eşitliği ve yüz yüzelik ilkelerinin uygulanmasını sağladığı, yargılama makamının sanığın hâl ve hareketlerinin izlenmesini mümkün kıldığı, yol tutuklamasının ortaya çıkardığı sakıncaları giderdiği ileri sürülmektedir³¹. Buna karşılık SEGBİS uygulamasının duruşmanın doğrudan doğruyalığına ve savunma hakkına zarar vermemesi gerektiği, hiçbir mikrofonun teknik özelliklerinin veya kameranın çözünürlüğünün insanın gözünden, kulağından daha duyarlı olamayacağı, hâkimin duruşmaya tam hâkim olamayacağı, kameranın görüş açısı dışında ne olduğunun hiç kimse tarafından bilinemeyeceği, zorunlu hâller için istisna kabul edildiğinin unutulmaması gerektiği ifade edilmektedir³². Yine SEGBİS uygulamasına ilişkin düzenlemenin sanığın özgür iradesiyle ifade vermesi açısından yeterli teminatı sağlamadığı, savunma hakkını koruma açısından AIHM standartlarını sağlamaktan uzak olduğu, sanığın müdafisi ile görüşmesini güvence altına almadığı, makul sürede yargılama için savunma hakkından feragat edilemeyeceği de belirtilmektedir³³.

SEGBİS uygulamasına getirilen eleştiriler yüzleştirme için de söz konusu olabilecektir. Yüzleştirme, şüpheli veya sanığın tanık ile karşı karşıya getirilmesidir.

alındığı sistemdir” şeklinde tanımlanmıştır: T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü, *Uyap Bilişim Sistemi* (Ocak 2021) 73. https://bigm.adalet.gov.tr/kitap/uyap_bilisim_sistemi_kitabi.pdf (E.T. 19.04.2025).

²⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 131

³⁰ Fahri Gökçen Taner, ‘AIHM İctihadi İşığında Türkiye’de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi’ (2020) Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt III 921 https://taner.av.tr/Makaleler/pdf/AIHM_Ictihadi_Isiginda_Turkiyede_SEGBIS.pdf, (E.T. 17.04.2025).

³¹ Yerdelen (n 24) 273-275.

³² Centel ve Zafer (n 7) 815.

³³ Bkz: Taner (n 30) 927, 928.



Yüzleştirme işlemi CMK m. 52/2’de düzenlenmiştir. Buna göre, tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleriyle ve şüpheliyle yüzleştirilebileceklerdir. Düzenleme soruşturma evresi için sınırlama getirmiş, kovuşturma evresi için herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer vermemiştir. Bunun nedeninin sanık ile mağdur veya tanığın ilk defa duruşmada karşılaştıklarında içinde bulundukları ruh hâlinin hâkim tarafından izlenebilmesi olduğu ifade edilmektedir³⁴. Dolayısıyla kovuşturma evresinde tanık ile sanık yüzleştirilebilecektir. Eğer duruşmada SEGBİS uygulamasına gidilmişse yüzleştirme de SEGBİS aracılığıyla yapılacaktır. Dolayısıyla tanığın sanığı duruşmada bizzat görmesiyle, SEGBİS uygulaması yoluyla görmesi aynı nitelikte olmayacaktır. Yüzleştirmede görüntünün kalitesi, kameranın çözünürlüğü yapılan işlemi etkileyecektir. Ceza muhakemesinde teşhis de mümkündür. Teşhis şüpheli veya sanığın kişi olarak belirlenmesi için yapılan bir işlemdir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda teşhis düzenlenmemiştir. Ancak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) Ek m. 6’da (f. 9 -17) teşhise (görüntüsünden ve fotoğrafından teşhise) ilişkin hükümlere yer verilmiştir³⁵. Bu düzenleme şüphelinin teşhisiyle ilgili kabul edilmiş olmakla beraber, ceza muhakemesinde hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında teşhis kabul edilmektedir³⁶. Ancak doktrinde duruşmada

³⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu Ceza Muhakemesi Hukuku (12. bs Seçkin Yayınevi 2024) 685, 686.

³⁵ Ek madde 6: “Polis, olaydaki failin, gözetilme alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması hâlinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir.

Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz.

İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması hâlinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur.

Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir.

Teşhis işlemi en az iki kez tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceği hatırlatılır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur.

Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir. Teşhis işlemi tutanağa bağlanır”.

³⁶ “Soruşturma aşamasında eşkâl bilgilerini verdiği ve görse tanıyabileceğini beyan ettiği sanığı fotoğraflardan teşhis eden mağdurun kovuşturma aşamasında sanığı görmediğini ve teşhis işlemini polislerin % 90 bu şahıslar demeleri üzerine yaptığını beyan etmesi, soruşturma aşamasında sanığı aynı şekilde fotoğraflardan teşhis eden tanık ...’ın kovuşturma aşamasında kesin bir şekilde teşhis edemediğini beyan etmesi ve sanığın da aşamalarda tutarlı sa- vunmaları ile eylemi gerçekleştirmede beyan etmesi karşısında; sanığın beraatı yerine yetersiz gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi”, Y 17 CD, E. 2018/7208, K. 2019/8341, T. 28.05.2019; “Müştekiler ile sanığın yüz yüze getirilmesiyle müştekilere canlı teşhis yaptırılması, mümkün olmadığı takdirde sanığın teşhise elverişli fotoğrafları getirilip müştekilere teşhis yaptırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması”, Y 22 CD, E. 2015/5624, K. 2015/7335, T. 18.11.2015.

tek bir kişi gösterilerek bunun sanık olup olmadığının sorulmasında kanunun öngördüğü koruyucu garantilerin ortadan kalktığı, bu şekilde yapılan teşhisin birbirine benzeyen birkaç kişinin bir araya getirilerek yapılan teşhisten ispat değerinin az olduğu belirtilmektedir³⁷. Anayasa Mahkemesi SEGBİS aracılığıyla tanığın dinlendiği ve bu tanığın teşhis işlemini de yaptığı olayda hak ihlali kararı vermiştir. 62 celsede tamamlanan ilk derece yargılamasında başvuru, diğer sanıklarla birlikte savunmasının alındığı 3 ilâ 10 arası celselerde duruşmada müdafii de olmak suretiyle hazır bulunmuştur. 10. celse sonunda Mahkeme 21/11/2017 tarihinde yapılması kararlaştırılan bir sonraki celseye katılımının başvurunun İnfaz Kurumundan Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla sağlanmasına karar vermiştir. 10. celse sonunda başvurunun bir sonraki celseye infaz kurumundan SEGBİS aracılığıyla katılmasına karar vermiştir. “Celse arasında Mahkeme, terör örgütü üyeliği suçundan farklı kişiler hakkında ayrı bir dosyada devam eden yargılama sırasında tanık sıfatıyla ifadesi alınan M.A.nın kendisi hakkında terör örgütünün askerî mahrem yapılanmasında yer alan mensuplarından sorumlu abi konumunda olduğu iddiasıyla yürütülen soruşturma sırasında kolluk tarafından alınan ifadesiyle M.A.ya yaptırılan fotoğraf teşhisine dair tutanağı, başvuru yönünden de anlatımlar bulunduğu gerekçesiyle dosya arasına almış ve bu kişinin 21/11/2017 tarihli celsede hazır bulunması hususunda kolluğa 2/10/2017 tarihinde yazı yazmıştır”. Yargılamanın 21/11/2017 tarihli celsesinde tanık M.A. ve başvuru müdafii hazır bulunmuş, başvurunun duruşmaya katılımı ise SEGBİS aracılığıyla sağlanmıştır. Anılan celsede M. A. nin tanık sıfatıyla ifadesi alınmıştır. Tanık bu celsede dinlenmiş ve duruşma tutanağına göre kendisine SEGBİS üzerinden gösterilen başvuru teşhis etmiştir. Başvuru ise; tanığın beyanlarını inkâr ederek tanığı tanımadığını, onun ya da başka bir örgüt mensubunun evine gitmediğini savunmuştur. Başvuru celse arasında Mahkemeye sunduğu 27/11/2017 ve 23/1/2018 tarihli dilekçelerde, duruşma sırasında tanığın kendisini başta tanıyamadığını ve mübaşir tarafından ayağa kaldırılması üzerine tanığın teşhis ettiğini ancak esasa etkili olan bu hususun duruşma tutanağında belirtilmediğini ifade ederek tutanak içeriğine itiraz etmiştir. Başvuru SEGBİS aracılığıyla katıldığı 46. celsede bağlantıda kesintiler yaşandığı için duruşmada bizzat hazır bulunmak istediğini ve önceki celse ifadesi alınan tanık M. A. ya soru sormadığını beyan etmiştir. Yargılamanın bir sonraki celsesinde yeniden SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılımı sağlanan başvuru, tanık M.A.nın beyanlarının araştırılması hususunu yinelemiş, ayrıca başvuru müdafii de tanığın ifadesinin yeniden alınmasını, ayrıca tanığın ifadesinde geçen ve başvuru teşhis etmediği söylenen diğer örgüt mensuplarının tespit edilerek bu kişilerin de tanık sıfatıyla dinlenilmelerini talep etmiştir. Bir sonraki celse sonunda ise mahkeme SEGBİS bağlantılarında kopmalar meydana geldiği ve bir sonraki celsede karar verileceği gerekçesiyle sanığın duruşmada hazır edilmesi talimatını vermiştir.

³⁷ Yenisey ve Nuhoğlu (n 34) 684.



Hüküm kesinleştikten sonra başvuru Anayasa Mahkemesinin rızasına aykırı olarak esaslı işlemlerin yapıldığı celselere katılımını SEGBİS aracılığıyla sağladığını, özellikle tanık M.A.nın ifadesinin alındığı celsede SEGBİS ile duruşmaya katılması ve tanığın bu celsede bulunacağından haberdar olmadığı için tanığı etkili şekilde sorgulayamadığını, tanığa yaptırılan teşhisin de duruşmada hazır bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı şekilde gerçekleştirildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararda başvurunun SEGBİS aracılığıyla katıldığı celsede, tanık M.A. nın önceki beyanlarından ve duruşmada hazır edileceğinden haberdar olmadığını, tanığa SEGBİS yoluyla yaptırılan teşhis sırasında usulî hatalar yapıldığını ve savunmasını önceden hazırlayamadığını için tanığı sorgulama hakkını etkili şekilde kullanamadığını belirterek hak ihlali kararı vermiştir³⁸. Mahkeme bir başka kararında mahkemede yapılacak teşhisin önemine vurgu yapmış ve teşhisin SEGBİS aracılığıyla dahi yaptırılmamasını eleştirmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, “Duruşma devresinde başvurularda olayları kendi bakış açısına göre anlatma ve delillerini sunma imkânı tanınmıştır. Ancak Mahkemenin 5271 sayılı Kanun’un 180. maddesinin “...tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır.” şeklindeki (5) numaralı fıkrasına rağmen katılanlar ile H.Ç. dışındaki tanıkları Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) yoluyla neden dinlemediğine ilişkin bir bilgi ve belgeye de ulaşamamıştır. Tanıkların yazılı beyanları duruşmada okunmuş ve müdafiler istinabe yoluyla ifade alma işlemi sırasında tanıklara soru sorabilmiş ise de başvuru, istinabe yoluyla ifade veren tanıkların beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadıklarından ses ve görüntü nakli yoluyla da olsa onları sorgulayamamış; sorulan sorulara verdikleri cevaplar hakkında izlenim edinme fırsatı elde edememiştir. Bu yüzden tanıkların gösterdiği reaksiyonlar konusunda Mahkemenin dikkatini çekememiş, tanıkların beyanlarının güvenilirliği test edilememiştir. Esas hakkında karar veren Mahkeme de tanıklar beyanda bulunurken gösterdikleri reaksiyonlarla ilgili olarak izlenim edinememiş, gözlem yapamamıştır. Sonuç olarak fiziksel teşhis somut olayın kendine özgü koşullarında son derece önem taşıdığı” şeklinde belirleme yapmıştır. Teşhis farklı şekilde gerçekleştirilebilmektedir (yüz yüze görüntü teşhisi, fotoğraf teşhisi, ses teşhisi, parmak izi teşhisi gibi)³⁹. Ses teşhisine ilişkin düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Doktrinde mahkemenin canlı ses teşhisini keşif işlemi çerçevesinde veya re’sen araştırma ilkesinin gereği olarak uygulayabileceği belirtilmektedir⁴⁰. Dolayısıyla yüz yüze veya ses teşhisinde SEGBİS kullanılıyorsa

³⁸ Ahmet Tanık Aydın [2.B.], B no 2021/26906, (AYM, 18.9.2024) 4 vd.

³⁹ Bkz: Hüsnü Sefa Eryıldız ve Merve Şahin Akdemir, ‘AİHM ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Soruşturma Yöntemi Olarak Teşhis’ (2024) SÜHFD 32 [3] 1689-1730, 1693 vd.

⁴⁰ Centel ve Zafer (n 7) 371.

SEGBİS'e yönelik yukarıda belirtilen sakıncalar burada da karşımıza çıkacaktır. Ayrıca temel hakları ilgilendirdiği için CMK'da kovuşturma evresinde yapılacak teşhise ilişkin düzenleme getirilmesi, güvencelerin sağlanması gerekmektedir⁴¹.

SEGBİS uygulamasına ilişkin AİHM kararları da bulunmaktadır. Bu kararlar istinaf ve temyiz yargılamalarına ilişkindir. AİHM, sanığın duruşmada bizzat bulunmasının büyük bir önemi bulunduğunu, bunu hak olarak kabul ettiğini belirtmekle birlikte bunun mutlak olmadığını benimsemekte; dolayısıyla da sanığın ses ve görüntü bilişim sistemi ile duruşmalara katılmasının tek başına Sözleşme'ye aykırı nitelik taşımadığını kabul etmektedir. Ancak her bir davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşıması ve uygulamaya ilişkin koşulların Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen savunma haklarının gereklilikleriyle uyumlu olması aranmalıdır. AİHM, kargaşanın ve suçun (örneğin suikastın) önlenmesi, mağdurun ve tanıkların yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarının korunması ve makul sürede yargılama gibi nedenlerle hareket edildiğinde meşru amacın bulunduğunu kabul etmektedir⁴². Mahkeme ayrıca yargılama sürecinde savunmanın haklarına saygı gösterilip gösterilmediğine de bakmaktadır⁴³. Mahkemeye göre sanığa etkili müdafî yardımından yararlanma imkânı verilmelidir. Kişiyi duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı veren bir ses-görüntü sistemi bulunması ve aynı şekilde kişinin kendisinin de diğer taraflar, hâkim ve tanıklar tarafından duyulabilmesi ve görülebilmesi gerekmektedir. Teknik sorunlar sebebiyle duruşma salonu ile sanığın bulunduğu yer arasındaki ses ve görüntü bağlantısında zorluklar yaşanabilmektedir. Ancak sanığın duruşmalara ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamanın diğer taraflarına nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediği ve Sözleşme'nin

⁴¹ Hacı Sülük ve Ömer Sülük [1. B.], B No 2021/5155 (AYM 13/3/2025) 98.

⁴² Mahkeme Asciutto/İtalya kararında da bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve yöntemin uygulandığı koşulların savunma haklarına riayet edip etmediğini incelemiştir. Söz konusu kararda özellikle başvurunun mafya üyesi olma suçundan yargılandığı göz önüne alınmış, kaçma veya suikasta uğrama riskinin bulunması nedeniyle duruşma salonuna transferinin ağır güvenlik tedbirleri alınmasını gerektirdiğini ifade etmiş ve davanın duruşma salonunda hazır bulunan diğer tarafları ile tanıklara baskı uygulama gücünün bulunduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme ses ve görüntü bilişim sistemi uygulanmasının kamu düzenini koruma, tanıkların ve mağdurların güvenliğini ve özgürlüğünü sağlama, aynı zamanda yargılamayı makul sürede tamamlama gibi meşru amaçlar taşıdığı kanaatine varmıştır. Savunma hakkı çerçevesinde yaptığı incelemede ise başvurunun duruşmada hazır bulunan kişileri görme ve söylenenleri duyma imkânına sahip olduğunu, yargılamada teknik nitelikte sorunlar yaşandığı hususunda bir şikâyetin dile getirilmediğini ve ilgili mevzuata göre başvurunun müdafisinin ses ve görüntü bilişim sistemi bağlantısı kurulma odada hazır bulunma hakkına sahip olduğunu, başvurunun ses ve görüntü bilişim sistemi ile ağır ceza mahkemesi ve istinaf mahkemesindeki duruşmalara katılımının davanın diğer tarafına göre savunma açısından başvurucağı dezavantajlı duruma düşürmediğini belirtmiş ve savunma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bkz: Asciutto v İtalya, B no 35795/02 (AİHM, 27/11/2007) 63 vd.

⁴³ Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 67-72.



6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma fırsatının bulunduğu durumlarda adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir⁴⁴.

AİHM, sanığın bizzat duruşmada hazır olmadığı hâllerde müdafî yardımından yararlanmasına özel önem vermektedir. Sanığın avukatıyla görüşmesi için gerekli zaman ve imkânlarla sahip olması gerekliliğini kabul etmektedir. Mahkeme, aynı zamanda sanığın üçüncü bir kişinin duymayacağı bir şekilde avukatıyla görüşmesini adil yargılanma hakkının gereği olarak nitelendirmektedir. AİHM Sakhnovskiy/Rusya kararında, sanığın duruşmaya bizzat katılma talebinin kabul görmediği, ancak müdafîi talebi nedeniyle atanan müdafîsiyle duruşmadan önce on beş dakika duruşmanın yapıldığı yerdeki ses ve görüntü bilişim tekniği sistemi aracılığıyla herkesin dışarı çıkarılarak görüştürüldüğü olayda sanığın avukatıyla görüşmesinin yeterli gizliliği sağlayıp sağlamadığının şüpheli olduğunu, duruşmadan önce özel bir telefon görüşmesinin organize edebileceğini veya sanığın tutuklu bulunduğu yerde müdafîi tayin edilebileceğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁵. Mahkeme ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla yapılan duruşmalarda sanığın avukatının hazır bulunmadığı hâllerde yerel mahkemenin şu hususları yerine getirmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Birincisi müdafîin hazır bulunmama nedenlerinin incelenmesi, ikincisi sanığın, yargılamaya devam etmek isteyip istemediğinin sorgulanması; üçüncüsü ise sanığın müdafîsi olmadan devam etmek istememesi hâlinde sanığa yeni bir müdafîin atanması veya duruşma tarihinin yeniden belirlenmesidir. Ses ve görüntü bilişim sistemi aracılığıyla yapılacak duruşmadan kısa bir süre önce sanığa müdafî atanmasının adli yardımın etkililiğini zayıflatabileceğini ifade etmektedir⁴⁶. Ancak Mahkeme ses ve görüntü bilişim sistemi uygulamasına yargılayanın hangi aşamasında başvurulduğuna ve duruşmada hangi işlemlerin yapıldığına da önem vermektedir. Golubev başvurusunda başvuru duruşmada bizzat hazır bulunma talebinde bu-

⁴⁴ Mahkeme kararında sanığın, duruşma salonunda bulunan müdafîi ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşme hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir veri olmadığını, başvuranın ya da avukatının ses veya görüntü sorunlarına ilişkin hususları temyiz yargılamasının hiçbir aşamasında gündeme getirmediğine vurgu yapmıştır: Marcello Viola v İtalya, no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 73-77. “Bununla birlikte video konferans uygulaması, diğer hususların yanında tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması amacını taşımaktadır (Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 70). Bu nitelikteki imkânlarla başvurmak bizzat duruşmada hazır bulunma hakkının amaçlarıyla çelişmemektedir. Fakat tutuklunun veya hükümlünün yargılama sürecini takip edebilmesi, duruşmada dinlenen insanları görebilmesi ve sarf edilen ifadelerden haberdar olabilmesi, ayrıca kendisinin de mahkeme, tanıklar ve diğer ilgililer tarafından görülmesinin ve dinlenilmesinin teknik engeller bulunmaksızın garanti edilmesi gerekir”, Y 3 CD, E. 2022/2090, K. 2024/7637 T. 04.06.2024

⁴⁵ Sakhnovskiy v Rusya, B no 21272/03 (AİHM, 02.11.2010) 103 vd.

⁴⁶ Dmitry Gurin, ‘Çevrimiçi Duruşmalar; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifi’, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/cevrimici-durusma-aihm-perspektifi-dmitry-gurin04-01-202112-04.pdf> (E.T. 15.07.2025).

lunmamış ve iki avukatının katıldığı duruşmanın yapıldığı ses ve görüntü bilişim sistemi kullanılmasına itiraz etmemiştir. Ancak “başvurucu temyiz incelemesi aşamasında gerçekleşen duruşmaya bizzat katılamamasından ve avukatlarıyla serbestçe görüşmemesinden yakınmış, fakat İHAM bir dizi faktörü dikkate alarak yargılamanın bir bütün olarak adil/dürüst olduğuna karar vermiştir (Golubev/ Rusya, B. No: 26260/02, 09/11/2006, kabul edilemezlik kararı). İHAM; başvurunun duruşmada hazır bulunma yönünde bir talepte bulunmadığını ve video konferans yöntemine itiraz etmediğini, başvurunun duruşmada iki avukatla temsil edildiğini, her ne kadar duruşma esnasında avukatları ile özel bir şekilde görüşmemesi nedeniyle iddia makamı karşısında zayıf konumda kaldığı düşünülse de, başvurunun duruşma öncesinde avukatları ile özel ortamda görüşme ve avukatlarından birisinin video konferans sırasında yanında bulunmasını isteme hakkına sahip olduğunu, bir an için başvurunun duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmediği düşünülse bile, somut vakadaki temyiz duruşmasında yeni bir delilin incelenmediğini, mevcut deliller ışığında tarafların iddia ve savunmalarının dinlendiğini, başvurunun söz alabildiğini ve soru sorabildiğini, duruşmaya etkin bir şekilde katılmasını engelleyecek herhangi bir sorun yaşanmadığını kaydederek, başvurunun şikayetini dayanaktan yoksun bulmuştur”⁴⁷.

B. SANIĞIN SEGBİS YOLUYLA DURUŞMAYA KATILMASININ ŞARTLARI

Sanığın duruşmada hazır olması esas olduğundan CMK’nın 196. maddesinin 4. fıkrası, SEGBİS uygulaması yoluyla sanığın duruşmaya katılmasını belirli şartlarla sınırlamıştır. Maddeye göre SEGBİS yoluyla sanığın duruşmaya katılması mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda mümkündür⁴⁸. Zorunluluğun olmadığı durumlarda SEGBİS uygulamasına başvurulmaması gerekmektedir. Mahkemenin kararında SEGBİS uygulamasının neden zorunlu görüldüğünün, neden sanığın duruşmada hazır bulunma talebinin kabul edilmediğinin gösterilmesi gerekmektedir. Zorunlu görülme, sanığın duruşmada bulunmasını engelleyen veya zorlayıcı nitelikteki nedenleri ifade etmektedir⁴⁹. Örneğin mağdurların ve tanıkların sağlığının, özgürlüğünün ve güvenliğinin korunması, sanığın kaçma ve suikasta uğrama riski, şiddet olayları, kamu düzeni, güvenlik riski, terör, örgüt, bulaşıcı hastalık ve toplum sağlığı, fiziksel veya ruhsal hastalık, sanığın duruşmaya getirilme imkânının olmaması, doğal afet, olağanüstü durum gibi nedenler zorunlu görülme kapsamında görülebilir.

⁴⁷ Ersan Şen, Erkan Duymaz, ‘SEGBİS’in Genel Uygulamaya Dönüşmesi Sorunu ve AYM’nin Tutumu’, <https://sen.av.tr/tr/makale/segbisin-genel-uygulamaya-donusmesi-sorunu-ve-aymnin-tutumu> (E.T. 15.07.2025)

⁴⁸ Zorunlu gördüğü ifadesinin belirsiz olup, SEGBİS usulünün uygulanmasının tamamen hâkim ya da mahkemenin takdirine bıraktığına ilişkin olarak bkz: Özбек, Doğan ve Bacaksız, (n 10) 131.

⁴⁹ S.Ö. [GK], B no 2020/38783 (AYM, 4/7/2024), 6, Hasan Tahsin Gökcan Karşıoy Gerekçesi.



CMK'nın 196. maddesinde belirtilen düzenlemede kural bu olmakla beraber, uygulanması için bazı hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Sanığın duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmemiş olduğu veya SEGBİS yöntemiyle dinlenilmesine itiraz etmemiş olduğu hâllerde zorunluluk olmasa bile sanık SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılabilmektedir. Bu hâlde sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir⁵⁰. Yargıtay kararlarında da SEGBİS uygulamasına zorunlu görülen hâllerde başvurulması gerektiği kabul edilmekte ancak sanığın SEGBİS uygulamasına itiraz etmediği, zımnen kabul ettiği hâllerde de SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılmasının hukuka aykırı olmadığı ifade edilmektedir. Ancak bunun için SEGBİS uygulamasının silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkesi çerçevesinde sanığın savunmasında zafiyet oluşturmaması gerekir. Yargıtay'a göre, *"duruşmalarda zorunluluk nedeni gösterilmeden SEGBİS vasıtasıyla, sanığın müdafî huzurunda savunmasının alındığı görülmüş ise de sanığın yargılamanın hiçbir aşamasında itiraz etmeyerek zımnen kabul etmiş olması, bu yöntemle savunmasının alınmasının, silahların eşitliği ve yargılama ilkesi çerçevesinde savunmasında zafiyet yaratmadığı anlaşılmakla sanık ve müdafisinin temyiz sebepleri yerinde görülmemiş... hükmünde hukuka aykırılık tespit edilmemiştir"*⁵¹.

⁵⁰ S.Ö. [GK], B No 2020/38783 (AYM 4/7/2024). Söz konusu karara konu olan olayda başvuru, infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçundan yargılanmış ve mahkûm olmuştur. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama iki celsede tamamlanmıştır. Yargılamanın ilk celsesine başvuru SEGBİS'le bağlantı sağlanamaması nedeniyle hazır edilememiştir. Sonraki celseye ise tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumundan SEGBİS aracılığıyla katılmıştır. Söz konusu celseye SEGBİS aracılığı ile katılan başvurunun SEGBİS bağlantısında sorun yaşamadığı, tüm bu süreçte duruşmalara bizzat katılmayı talep etmediği kararda belirtilmiştir. Başvuru, istinaf dilekçesinde diğer nedenlerin yanında duruşmalara bizzat katılamaması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını belirterek hükmün bozulmasını talep etmiştir. Hükmü, kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, *"Somut olayda duruşma hazırlığı işlemleri kapsamında Mahkemece düzenlenen Tensip Tutanağı'nda başvurunun duruşmada SEGBİS aracılığıyla hazır edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme, duruşmanın SEGBİS aracılığıyla yapılacağı hususunu da içeren Tensip Tutanağı'nı başvuruca tebliğ etmiştir. Yargılamanın 16/1/2020 tarihli ilk celsesinde SEGBİS bağlantısının sağlanamaması nedeniyle başvuru duruşmada hazır edilememiş, Mahkeme bir sonraki celsede başvurunun yine SEGBİS aracılığıyla hazır edilmesine karar vermiştir. Başvuru, duruşmanın 10/3/2020 tarihli ikinci celsesine SEGBİS aracılığıyla katılmış, celsede başvurunun sorgusu yapılmış ve SEGBİS bağlantısında ses ve görüntü kalitesiyle ilgili sorun yaşandığına ilişkin bir iddia ve itiraza duruşma tutanakları ve başvuru formunda yer verilmemiştir. Ayrıca başvurunun celsede veya celse aralarında duruşmalara bizzat katılmayı talep ettiğine dair bilgi ya da belge de bulunmadığı görülmüştür. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde somut olayda yukarıda anılan kararlarda yer alan ilkelerden ve ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı ve başvurunun duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin feragat etme iradesini zımnen ortaya koyduğu sonucuna ulaşılmıştır. 19. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir"* şeklinde değerlendirme yapmıştır.

⁵¹ Y 10 CD, E. 2024/8762 K. 2025/339, T. 13.1.2025. Aynı yönde Y 8 CD, E. 2024/1195, K. 2024/9312 T. 04.12.2024; Y 3 CD, E. 2022/3836, K. 2024/12875 T. 31.10.2024. *"Sanığın Tercüman aracılığıyla*

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragati açıkça veya örtülü olabilmektedir. Her iki durumda da feragatin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması gerekmektedir⁵². Ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesini meşru olmaktan çıkaran üstün bir kamu yararının bulunmaması (kamu yararına aykırılık taşımaması) gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkından feragat için sanığa bu haktan vazgeçmesiyle orantılı asgari güvencelerin de sağlanması zorunludur. Bunun yanında örtülü feragatin geçerli olabilmesi için sanığın feragatin sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Yargı organlarının bu konuda varsayıma dayalı bir değerlendirme yapmaları kabul edilmemektedir. Adil yargılanma hakkı güvencelerinden feragat iradesi, bunu gösteren olguların bulunmasından veya suç isnadı altındaki kişinin tutum ve davranışlarından anlaşılabilmektedir⁵³. Sanığın duruşmadan feragat

segbis sistemi üzerinden savunma vermeye rızasının olduğu beyan etmesi üzerine savunmasının alınmasının, sanığın tercümanın bulunduğu celse de esas hakkındaki mütalaaya karşı diyecekleri ve son sözü sorulduğundan savunma hakkının kısıtlanmadığı, gerekçenin somut olay ve olgularla örtüşür şekilde sanığın mahkûmiyetine ilişkin gerekçenin yerinde olduğu anlaşılmakla; sanık ve müdafinin temyiz sebepleri yerinde görülmemiş, hükümler açıklanan gerekçeler, tüm dosya kapsamına göre usul ve yasaya uygun bulunarak, aşağıda belirtilenler dışında hükümden hukuka aykırılık tespit edilmemiştir” Y 10 CD, E. 2022/12136, K. 2024/19980 T. 10.06.2024. “pandemi döneminde SEGBİS marifetiyle savunmasının alınmasına rıza gösteren sanığın savunma hakkının kısıtlanmadığı ve etkin pişmanlık konusunda sanığın temyiz aşamasında gönderdiği dilekçesinde uyuşturucuyu aldığını belirttiği ... hakkında sanık ya da müdafii tarafından delilleriyle birlikte suç duyurusunda bulunulması ve adı geçen kişilerin dava açılıp mahkûm”, Y 8 CD, E. 2024/1099, K. 2024/4233 T. 16.05.2024.

⁵² “Somut olayda başvuru savunmasının alındığı, esas hakkındaki mütalaanın sunulduğu ve hükmün kurulduğu celselerde hazır bulunmuş (bkz. §§ 4, 12), tanık M.A.nın ifadesinin alındığı 21/11/2017 tarihli celse ile sonraki iki celseye SEGBİS aracılığı ile katılmıştır (bkz. §§ 5-6, 9-10). Başvurucunun doğrudan duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiğine dair bir beyanı bulunmamaktadır. Dahası başvuru 21/11/2017 tarihinden sonraki celsede de SEGBİS bağlantısında kesintiler olması nedeniyle duruşmaya bizzat katılmak istediğini dile getirmişti (bkz. § 10). Bu çerçevede duruşmada hazır bulunma hakkından açık bir şekilde feragat etmeyen başvuru zımnen feragat iradesinin ortaya konulduğunu gösteren somut olguların varlığından söz etmek de mümkün gözükmemektedir” Ahmet Tarık Aydın [2.B.], B no 2021/26906, (AYM, 18.09.2024) 25.

⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararları: Şehrihan Çoban [GK], B no 2017/22672 (AYM, 6/2/2020) 95; Emrah Yayla [GK], B no: 2017/38732 (AYM, 6/2/2020) 75; S.Ö. [GK], B no 2020/38783 (AYM, 4/7/2024) 16; Ansar Onat [2.B.], B no 2019/14515, (AYM, 15/6/2022) 21. “Somut olayda, başvuru doğrudan duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiğine dair bir beyanı bulunmamakta ise de istemine aykırı olarak SEGBİS yoluyla duruşmalara katılmak zorunda bırakıldığını söylemek de mümkün gözükmemektedir. Zira duruşmalara SEGBİS aracılığı ile katıldığı sırada başvuru, bu duruma yönelik herhangi bir itiraz ileri sürmemiştir. Yine yargılamaya uzaktan katılım sürecinde ses ve görüntü kalitesiyle ilgili sorun yaşandığına ilişkin bir iddia ve itiraza duruşma tutanakları ve başvuru formunda yer verilmemiştir. Başvurucunun duruşmalara bizzat katılma talebini celse aralarında Mahkemeye iletmemiş olması da dikkate alındığında söz konusu hakka ilişkin feragat etme iradesini zımnen ortaya koyduğu açıktır. Ayrıca başvuru SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılımının sonuçlarını makul olarak öngörebilecek durumda olmadığına dair somut bir veri bulunmadığı gibi duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ile ilgili asgari usul güvencelerinin kendisine sağlanmadığına yönelik bir iddiası da başvuru formuna yansımamıştır. Buna ek olarak başvuru duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme iradesini gösterdiğine ilişkin kabulü meşru olmaktan çıkaracak üstün bir kamu yararının mevcut olduğundan söz etmek de



etmesine rağmen belirtilen hususlara aykırılık varsa feragat geçerli olmayacak; sanığın duruşmada hazır olması söz konusu olacaktır⁵⁴.

Sanık SEGBİS yoluyla duruşmaya katılmayı kabul etmemişse veya itiraz etmişse kural olarak duruşmada bulunma isteğine imkân tanınması, SEGBİS ile duruşmaya katılmaya zorlanmaması gerekir. Yargıtay'a göre, "AİHS, Anayasa ve kanunlarımıza göre; hak ve özgürlüklerin asıl, kısıtlamaların istisna olduğu, kısıtlamaların zorunlu hâllerde ve kanunla getirilebildiği, bu çerçevede yüz yüzelik ve silahların eşitliği ilkeleri ile adil yargılanma hakkının gereği olarak sanığın yargılandığı mahkemenin huzurunda bizzat savunma yapmak istemesi hâlinde buna imkân tanınması, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmaması; savunma hakkı ve yüz yüzelik ilkesinin gereği olduğu gözetilerek, yargılamanın yapıldığı ilden farklı bir yerde tutuklu olan ve her aşamada mahkeme huzurunda savunmasını yapmak isteyen ayrıca bunu temyiz nedeni yapan sanığın bu yöndeki talepleri hakkında herhangi bir karar verilmeden SEGBİS yöntemiyle dinlenilmesine devam edilmesinin savunma hakkını ihlal edecek nitelikte olması nedeniyle yasal ve yeterli bulunmadığından yargılamanın sanık hazır bulundurulmaksızın SEGBİS yöntemiyle savunması alınıp son sözü sorulmak suretiyle tamamlanıp 5271 sayılı Kanun'un 289 uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi kapsamında aynı Kanun'un 196 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması, Kanuna aykırı"⁵⁵dir.

-somut olayın koşullarında- mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla başvurusunun duruşmada hazır bulunma hakkına bir müdahalede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır", Ansar Onat [2.B.], B no 2019/14515 (AYM, 15/6/2022) 21, 23.

⁵⁴ "Her ne kadar başvuru, 11/6/2019 tarihli celsede duruşmaya katılımının rızasına aykırı olarak SEGBİS aracılığıyla sağlanması şeklinde gelişen fiili durum karşısında bu şekilde de savunma yapabileceğini beyan etmişse de başvuru müdafinin başvurusunun duruşmada bizzat hazır bulundurulması yönündeki talebini Mahkemeye ilettiği ve bu husustaki itirazların kanun yolu başvuru dilekçelerinde de ileri sürüldüğü dikkate alındığında başvurusunun açık bir şekilde duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiğini söylemek de mümkün gözükmemektedir", Burhan Kaya [2.B.], B no 2021/36153 (AYM, 18/7/2024) 43.

⁵⁵ Y 3 CD, E. 2024/5473 K. 2024/8943 T. 2.7.2024; "...ısrarla duruşmalara katılmak isteyen sanığın bizzat mahkeme huzurunda ve müdafii yardımından istifade ile savunmasının alınması ve duruşmalara katılımının sağlanabilmesi için ertelenmesi yerine, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmak suretiyle yargılamaya devam edilmesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş...". Y 6 CD, E. 2021/12028, K. 2021/9993, T. 27.05.2021; "AİHS, Anayasa ve kanunlarımıza göre; hak ve özgürlüklerin asıl, kısıtlamaların istisna olduğu, kısıtlamaların zorunlu hâllerde ve kanunla getirilebildiği bu çerçevede yüz yüzelik ve silahların eşitliği ilkeleri ile adil yargılanma hakkının gereği olarak sanığın yargılandığı mahkemenin huzurunda bizzat savunma yapmak istemesi hâlinde buna imkân tanınması, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmaması; savunma hakkı ve yüz yüzelik ilkesinin gereği olduğu gözetilerek, yargılamanın yapıldığı ilden farklı bir yerde tutuklu olan, her aşamada mahkeme huzurunda savunmasını yapmak isteyen ve esas hakkındaki mütalaya karşı son savunması SEGBİS ile alınan, ayrıca bunu temyiz nedeni yapan sanığın bu yöndeki taleplerinin yerinde olmayan gerekçe ile reddine karar verilerek SEGBİS yöntemiyle dinlenilmesine devam edilmesinin savunma hakkını ihlal edecek nitelikte olması nedeniyle yasal ve yeterli bulunmadığından yargılamanın sanık hazır bulundurulmaksızın SEGBİS yöntemiyle birleşen iddianamelere ilişkin savunması alınıp son sözü sorulmak suretiyle tamamlanıp 5271 sayılı Kanun'un 289 uncu maddesinin

Sanık duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmesine rağmen SEGBİS aracılığıyla duruşmalara katılmasında zorunluluk görülürse CMK m. 196/4'ün uygulanması mümkündür. Bu hâlde mahkemenin SEGBİS yoluyla duruşmaya katılımının neden zorunlu olduğunu, duruşmada bizzat hazır bulunmayı imkânsız hâle getiren veya büyük ölçüde zorlaştıran koşulların neler olduğunu kararında göstermesi gerekmektedir⁵⁶. Ayrıca duruşmada hazır bulunmak isteyen tarafın bu talebinin karşılanması için alternatif tedbirlerin uygulanabilirliğinin de göz önünde tutulması şarttır. Eğer sanık hazır olmaksızın duruşma yapılmışsa sanığın duruşmaya katılmasını mümkün kılmayan olaya özgü koşulların varlığının gösterilmesi ve yeni bir duruşma günü verilmesi dâhil başka alternatiflerin sonuçsuz kaldığının ortaya koyulması gerekmektedir⁵⁷. Anayasa Mahkemesi, aynı şehirdeki infaz kurumunda kalan kişinin duruşmada bizzat bulunma talebinin reddedilerek duruşmaya SEGBİS ile devam edildiği olayda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, “Hâkimliğin yukarıda aktarılan gerekçesi aslında başvurusunun duruşmada bulunma talebinin somut yargılamayla bağlantılı olmayan genel bir sebeple ve kategorik olarak reddedil-

birinci fıkrasının (h) bendi kapsamında aynı Kanun'un 196 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması, Kanuna aykırı”, Y 3 CD, E. 2021/11970, K. 2024/4976 T. 3.4.2024. Aynı yönde Y 3 CD, E. 2021/20669, K. 2024/584 T. 16.01.2024. “sanık ...'in Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 13.12.2017 tarihli ve 2017/1916 Esas, 2017/5104 Karar sayılı bozma kararını müteakip yakalandığında SEGBİS yoluyla savunmalarının alınmasının ardından sanık müdafince 05.10.2022 tarihinde havale edilerek dosyasına konulan aynı tarihli dilekçesi ile sanığın bizzat mahkemede hazır edilmesini talep ederek SEGBİS yoluyla savunma ve son sözünün sorulmasına itiraz ettiği hâlde, karar duruşmasında hazır bulundurulmaksızın yazılı şekilde SEGBİS sistemi ile duruşmaya katılımı sağlanarak mahkûmiyet hükmü kurulması suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (Ludi/İsviçre, B. No: 12433/86, 15/06/1992 P. 49/50; Artico/İtalya, B. No: 6694/74, 13/5/1980 P. 33...../İtalya, B. No: 56581/00, 1/3/2006 P. 81) kararlarında da belirtildiği üzere savunma hakları kısıtlanarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesine, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nin 193. maddesine muhalefet edilmesi, hukuka aykırı bulunmuştur”, Y 1 CD, E. 2023/1760, K. 2023/5997, T. 09.10.2023.

⁵⁶ “SEGBİS'in kullanılması yoluyla duruşmaya katılmanın duruşmada bizzat hazır bulunmaya göre kişilere kendilerini yargı makamları önünde sözlü olarak ifade etme ve yargılamaya sürecine aktif olarak katılım sağlama yönünden daha sınırlı bir menfaat sağladığı da göz ardı edilmemelidir. Bu durumda kişinin duruşmada bizzat hazır bulunma hakkına belirli ölçüde sınırlama getiren bir uygulama olan SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılımının neden gerekli olduğu derece mahkemelerince gösterilmelidir. Bu gerekliliğin ortaya konulması bağlamında, kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmelerine rağmen SEGBİS yoluyla katılımlarının neden yeterli görüldüğünün ve duruşmada bizzat hazır bulunmayı imkânsız hâle getiren veya büyük ölçüde zorlaştıran koşulların neler olduğunun ifade edilmesi gerekir. Bu çerçevede talepte bulunan kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmasına imkân sağlayan alternatif tedbirlerin uygulanabilirliğinin hatırdta tutulması önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın önemine istinaden kanun koyucu da 5271 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda hâkim veya mahkemenin ancak zorunlu gördüğü durumlarda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılma karar verilebileceğini düzenlemiştir”, Emrah Yayla [GK], B no 2017/38732 (AYM, 6/2/2020) 73.

⁵⁷ Şehrihan Çoban [GK], B no 2017/22672 (AYM, 6/2/2020) 93. Anayasa Mahkemesi incelemeyi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık açısından yapmaktadır.



diğini göstermektedir. Anılan gerekçe her durumda duruşmada bulunma talebinin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Somut olayda başvurunun duruşmaya katılması yönünde hiçbir çaba gösterilmemiş, aynı şehir merkezinde bulunan bir ceza infaz kurumundan duruşmaya katılamamanın niçin gerekli görüldüğü açıklanmamıştır. Bu çerçevede Hâkimlikçe hiçbir alternatif değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler de sunulmadan -genel ve kategorik bir yaklaşımla- başvurunun duruşmada hazır bulunma talepleri reddedilmiştir. Uyuşmazlığın bizzat duruşmada bulunmayı gerektiren bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda Hâkimlikçe herhangi bir değerlendirme yapılmadan genel ve kategorik bir sebeple başvurunun yokluğunda duruşma yapılması ve duruşmada hazır bulunma hakkına müdahale için en uygun aracın seçilmemesi müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmıştır”⁵⁸.

Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlara ilişkin duruşmada, hükmü değiştirebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya başka esaslı işlemlerin yapıldığı aşamalarda sanığın duruşmada hazır bulunması esastır. İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin ortaya konulduğu oturumlarda kural olarak sanığın hazır bulunması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, “21/11/2017 tarihine kadar yapılan celselerde bizzat hazır bulundurulan başvurunun 21/11/2017 tarihli celsede hangi nedenle SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılımının sağlanmasına karar verildiğinin ortaya konulmaması ve bu celsede mahkûmiyet kararında belirleyici delil olarak değerlendirilen tanık M. A. nın beyanının alınmasına dair esaslı işlemin yapılması nedeniyle müdahalenin gerekli olmadığı değerlendirilmiştir. Başvurunun bir sonraki celsede bağlantılarda kesinti olması nedeniyle duruşmaya bizzat katılmak istediğini dile getirmesi ve Mahkemenin de sonradan benzer nedenle sanıkların duruşmaya katılımlarının SEGBİS ile sağlanmasından vazgeçmesi, başvurunun tanık M. A. nın ifadesinin alındığı ve kendisinin SEGBİS yoluyla katıldığı oturumda, bu tanığın önceki beyanlarından ve duruşmada hazır edileceğinden haberdar olmadığına, tanığa SEGBİS yoluyla yaptırılan teşhis sırasında usulî hatalar yapıldığına ve savunmasını önceden hazırlayamadığı için tanığı sorgulama hakkını etkili şekilde kullanamadığına ilişkin itirazlarını sonraki celselerin yanı sıra istinaf ve temyiz dilekçelerinde de dile getirmesi dikkate alındığında yukarıda anılan kararlarda yer alan ilkelerden ve ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” şeklinde belirleme yapmıştır⁵⁹. Ancak belirtilen hâllerde de zorunlu görülmek şartıyla sanık SEGBİS yoluyla duruşmaya katılabilir. Bu hâlde mahkemenin zorunlu gördüğü durumu yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde kararında göstermesi, alternatif tedbirlerin sonuçsuz

⁵⁸ Emrah Yayla (2) [2.B.], B no: 2017/34742 (AYM, 13/10/2020) 35.

⁵⁹ Ahmet Tanık Aydın [2. B.], B no 2021/26906 (AYM, 18/09/2024) 28.

kaldığını ortaya koyması gerekir⁶⁰. Ayrıca sanık açıkça SEGBİS uygulamasını kabul etmişse kendisi duruşmada hazır olmaksızın bu işlemlerin SEGBİS yoluyla yapılması mümkündür. Yargıtay da verdiği kararlarda yapılan belirlemeler şeklinde karar vermektedir: “Yargılama aşamasında Manisa T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan sanık hakkında, sanık müdafî tarafından huzurda dinlenilmesini talep edilmesine rağmen, hükümden önce 25.08.2017 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı KHK’nın 147 nci maddesiyle değiştirilen ve 08.03.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7078 sayılı Kanun’un 142. maddesi ile de kanunlaştırılan CMK’nın 196/4 üncü maddesinde öngörülen zorunluluk hâlinin ne olduğu belirtilmeden mahkeme salonunda hazır bulundurulmayıp SEGBİS yöntemiyle esas hakkındaki savunması ve son sözü sorulmak suretiyle yargılamanın tamamlanıp CMK’nın 289/1-h maddesi kapsamında aynı Kanunun 196/4 üncü maddesine muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması suretiyle hüküm kurulması” bozmayı gerektirmiştir⁶¹.

Pandemi döneminde SEGBİS uygulaması için zorunlu neden olarak Covid-19 tedbirleri gösterilmiştir⁶²: “sanıkların bizzat duruşmada hazır bulundurulması

⁶⁰ Y 3 CD, E. 2022/2090, K. 2024/7637 T. 04.06.2024; Y 3 CD, E. 2022/3691, K. 2024/11856 T. 21.10.2024. “101. İlk oturumda bizzat hazır bulundurularak sonraki oturumlarda sesli ve görüntülü iletişim tekniği kullanılmak suretiyle duruşmaya katılımı sağlanmaya çalışılan, ancak değişik tarihlerde yazılı dilekçelerle duruşmalara bizzat katılmak istediğini ısrarla belirten başvurucunun yokluğunda Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü bildirmiş ve Mahkemece hüküm verilmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme esas hakkındaki mütalaanın okunduğu ve başvuru hakkında hüküm verildiği, yani esaslı işlemlerin yapıldığı oturumlara başvurucunun katılma taleplerini reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin güvenlik gerekçesi makul görülmele birlikte örneğin duruşmanın daha uygun başka bir günde yapılabilmesi önünde herhangi bir engel olup olmadığı araştırılmamıştır. Başvurucunun duruşmaya katılmasını mümkün kılmayan olaya özgü koşulların varlığı gösterilmemiş ve yeni bir duruşma günü verilmesi dâhil başka alternatiflerin de sonuçsuz kaldığı ortaya konulmamıştır. Başvurucu anılan hakkından feragat de etmemiştir. Mahkemenin, başvuru duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntemi denemeden ve bunun mümkün olmayıp SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğunu göstermeden başvuru talebini reddettiği görülmektedir. 102. Bu çerçevede derece mahkemelerince diğer alternatifler değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler sunulmadan doğrudan başvuru duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesi, en uygun aracın seçilmemesi sebebiyle müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmaktadır. Dolayısıyla başvuru esas hakkında işlemlerin yapıldığı duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesinin zorunlu olduğu derece mahkemelerince somut bir biçimde ortaya konulmadığı için müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır”: Emrah Yayla [GK], B no 2017/38732 (AYM, 6/2/2020) 71.

⁶¹ Y 3 CD, E. 2022/3691, K. 2024/11856 T. 21.10.2024. Aynı yönde Y 3 CD, E. 2022/484, K. 2024/3678 T. 12.03.2024; Y 3 CD, E. 2023/12097, K. 2024/3381 T. 06.03.2024; Y 3 CD, E. 2021/20116, K. 2024/1952 T. 13.02.2024; Y 3 CD, E. 2023/18438, K. 2024/3126 T. 06.02.2024; Y 3 CD, E. 2021/7431, K. 2023/10215 T. 04.12.2023; Y 3 CD, E. 2021/2265, K. 2023/7102 T. 11.10.2023; Y 3 CD, E. 2021/4374, K. 2023/7330 T. 03.10.2023; Y 3 CD, E. 2021/3852, K. 2023/4510 T. 21.06.2023; Y 3 CD, E. 2021/18736, K. 2023/4577 T. 20.06.2023; Y 3 CD, E. 2021/16260, K. 2023/4308 T. 14.06.2023.

⁶² SEGBİS’in pandemi döneminde uygulanmasına ilişkin olarak bkz.: Ramadan Sanıvar, ‘Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/Segbis Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde



yerine SEGBİS sistemi üzerinden hazır edilmek suretiyle kovuşturma yapılarak hüküm verilmesi eleştirilmiş ancak Covid-19 tedbirleri kapsamında sanıkların duruşmada bizzat hazır bulundurulmasının kişi ve kamu sağlığı üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler ve 5271 sayılı Kanun'un 196'ncı maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında oluşan zorunluluk hâli dikkate alınarak" mahkeme kararı usul ve yasaya uygun bulunarak, hüküm onanmıştır⁶³. "Yargılamanın birinci ve ikinci celsesinde SEGBİS ile kendisini rahat ifade edemediğini beyan eden ve Mahkeme huzuruna getirilmek istenen sanık için ilgili Ceza İnfaz Kurumuna yazılan müzekkere sonrası sanığın yeniden SEGBİS ortamında hazır edildiği, bu kez sanık ve müdafisinin savunmalarını yaparak bu hususta itiraz ileri sürmedikleri, hüküm celsesinde Mahkeme huzurunda hazır edilmesine karar verilen sanığın Covid-19 temaslı olması nedeniyle 27.02.2022-10.03.2022 tarihleri arasında hazır edilmesinin risk teşkil etmesi nedeniyle SEGBİS vasıtası ile hazır edildiği anlaşılmış olup yargılamanın yapıldığı zaman diliminin Covid-19 salgınına ilişkin tedbirlerin uygulandığı bir süreç olduğu, sanığın savunmasının tespit edildiği 11.11.2021 tarihli celsede savunmasının tespit yöntemine ilişkin gerek sanığın gerekse müdafisinin itirazı bulunmadığı, sanığın SEGBİS üzerinde detaylı savunmasının alındığı ve savunma hakkının kısıtlanmadığı anlaşılmış olup Tebliğnamenin bu husustaki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir"⁶⁴. Pandemi döneminde sanığın talebine uygun olarak duruşmada hazır edilmesi sağlanarak duruşmanın yapılması da söz konusu olmuştur⁶⁵.

Sanığın duruşmalara SEGBİS aracılığıyla katılımına karar verilmesi hâlinde sanığın duruşmada hazır bulunmamasının adil yargılamaya bir bütün hâlinde zarar verip vermediğine bakılmaktadır. Bu çerçevede SEGBİS yoluyla duruşmaya katılan sanığın diğer tarafça ileri sürülen görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olamadığı veya bunlara yorum yapıp yapamadığı, dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanmasında makul bir fırsata sahip olup olmadığı, yokluğunda gerçekleştirilen işlemin sanığın duruşmada fiziken hazır bu-

Uygulanabilirliği İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM'in) Segbis Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılama Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler' (2021) 18 [2] Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1618 vd.

⁶³ Y 10 CD, E. 2022/470 K. 2023/11470 T. 21.12.2023.

⁶⁴ Y 1 CD, E. 2022/9623, K. 2023/6921 T. 09.11.2023. Aynı yönde bkz.: Y 10 CD, E. 2021/9432, K. 2023/711 T. 07.02.2023; Y 10 CD, E. 2021/5999, K. 2023/248 T. 16.01.2023. "4. "pandemi döneminde SEGBİS marifetiyle savunmasının alınmasına rıza gösteren sanığın savunma hakkının kısıtlanmadığı ve etkin pişmanlık konusunda sanığın temyiz aşamasında gönderdiği dilekçesinde uyuşturucuyu aldığını belirttiği ... hakkında sanık ya da müdafii tarafından delilleriyle birlikte suç duyurusunda bulunulması ve adı geçen kişilerin dava açılıp mahkûm", Y 8 CD, E. 2024/1099, K. 2024/4233 T. 16.05.2024.

⁶⁵ Pandemi döneminde uygulama için bkz.: Mehmet Çatlı ve Elifsu Beyza Demir, 'Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS' (2021) 3 [2] Bilişim Hukuku Dergisi 254 vd.

lunmasını gerektiren bir işlem olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁶. Değerlendirme yapılırken sanığın kendini savunma imkânına sahip olması, duruşma sürecine etkin bir şekilde katılması, sanığın duruşma salonundakileri net bir biçimde görebilmesi, söylenenleri duyabilmesi, herhangi bir sınırlama olmadan savunmasını yapabilmesi ve karşı tarafa soru yöneltebilmesi ve müdafî yardımından yararlanma imkânına sahip olması önem taşımaktadır⁶⁷. Bu anlamda müdafîin sanığa hukuki yardımda bulunması, müdafîin duruşma salonunda bulunması, sanığın yanında olmaması hâlinde ise sanığın müdafîisi ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşme hakkına sahip olması gerekmektedir. Uygulamada teknik nedenlerden kaynaklanan sıkıntıların yaşandığı, görüşmelerde kesintilerin bulunduğu bazen de hâkimin duruşma bitmeden SEGBİS uygulamasına son verdiğinin görüldüğü, bu anlamda uygulamanın dezavantajlarının bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁸.

CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrası, daha önce de belirtildiği gibi SEGBİS uygulaması için herhangi bir suç sınırlaması veya ceza belirlemesi yapmamıştır. Ancak SEGBİS uygulaması yoluna giderken üstün kamu yararı olup olmadığı veya hapis cezası gerektiren suçlara ilişkin duruşma olup olmadığı (hükmü değiştirebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya başka esaslı işlemlerin yapıp yapılmadığı) dikkate alınacaktır. Anayasa Mahkemesi de cezanın ağırlığına bakmaktadır. Mahkeme müebbet hapis cezası verilmesi söz konusu olan yargılamayla ilgili olarak, “suç tipi için kanunda belirlenen cezanın ağırlığı arttıkça duruşmada hazır bulunarak savunma yapmanın da öneminin artacağı hususunda tartışma bulunmamaktadır. Buna göre başvurucuya isnat edilen suçun cezasının müebbet hapis cezası olması ve başvurucunun bu suçtan 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırıldığı dikkate alındığında bizzat duruşmada hazır bulunmak suretiyle savunma yapma yönündeki talebinin önem arz ettiği vurgulanmalıdır” şeklinde değerlendirme yapmıştır⁶⁹.

CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrası gereğince SEGBİS uygulaması için sanığın yurt içinde bulunması gerekmektedir. Yurt içinde bulunan sanığın SEGBİS uygulaması yoluyla duruşmalara katılması 4. fıkra gereğince aranmıştır. Bunun nedeni ceza muhakemesi hukukunda sanığın duruşmada hazır bulunmasının asıl olarak kabul edilmesidir. Hatta failin Türkiye’de bulunması kovuşturma şartı olarak

⁶⁶ Şehrihan Çoban [GK], B no 2017/22672 (AYM, 6/2/2020) 94; Y 3 CD, E. 2022/2090, K. 2024/7637 T. 04.06.2024; Y 3 CD, E. 2022/3691, K. 2024/11856 T. 21.10.2024.

⁶⁷ Ömer Yılmaz, ‘Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında SEGBİS’ <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/9052023125709omer.pdf>, (E.T. 15.07.2025) 26.

⁶⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 10) 131. Doktrinde bazı yazarlar da sanığın mahkeme salonunda yapılan yargılamayı düzenli bir şekilde takip edemediğini, SEGBİS’de yaşanan teknik sorunların duruşmanın ertelenmesine neden olduğunu, bunun da makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açtığını belirtmektedirler: Ahmet Mert Duygun ve Özgün Özyüksel, ‘SEGBİS Yolu ile Yapılan Ceza Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmesi Meselesi: Suçluların İadesine İlişkin Bir Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararının Tekrar Akla Getirdikleri’ (2025) 83 [1] Ankara Barosu Dergisi 511.

⁶⁹ Burhan Kaya [2.B.], B no 2021/36153 (AYM, 18/7/2024) 44.



kabul edilmektedir. Yargıtay bu şart gerçekleşmeden düzenlenen iddianamenin iadesini hukuka uygun kabul etmektedir: “Ancak TCK’nın 12/2. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede, Türk vatandaşı aleyhine işleyen yabancı uyruklu şahsın yargılana-bilmesi için, failin Türkiye’de bulunması ve bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması gerekmektedir...Bu hususlar kovuşturma şartı olduğundan bu şart gerçekleşmeden kamu davası açılmamalıdır. Sonuç olarak, yurtdışında suç işleyen şüphelinin dava açıldığı dönem itibariyle Türkiye’de olmadığı, hakkında bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilip verilmediğinin araştırılmadığı ve yetki konusunda CMK’nın 14. maddesinin değerlendirilmediği belirlendiğinden, iddianamenin kovuşturma şartının oluşmadığı gerekçesiyle iadesi kararının hukuka uygun olması karşısında, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmiştir”⁷⁰. Ancak doktrinde bazı yazarlar sanığın hazır bulunmasını yargılama şartı olarak kabul etmektedirler⁷¹. Kanun koyucu her iki görüşü de karşılayacak bir belirleme yapmıştır. Yurt dışında bulunan sanıklar için CMK m. 196/4 değil, uluslararası adli yardımlaşma hükümleri çerçevesinde hareket edilecektir. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik’in 11. maddesine göre uluslararası karşılıklı adli yardımlaşma çerçevesinde SEGBİS kullanılabilir. Dinlemenin ne şekilde yapılacağı ve ücret konusu, taraflar arasındaki mutabakatla sağlanacaktır. SEGBİS ile adli yardımlaşma talepleri için sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin uygulanması talebi örneğinin doldurulması gerekmektedir. Bu örnek doldurulduktan sonra bakanlık (Adalet Bakanlığı) aracılığıyla SEGBİS gerçekleştirilmektedir.

SEGBİS uygulamasında başka bir yerde bulunan sanığın yanında hâkim veya savcının bulunması da mümkündür. Buna ilişkin CMK’da bir hüküm bulunmamakla beraber, SEGBİS Yönetmeliği’nin 18. maddesinde düzenleme yer almaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesine göre, SEGBİS ile dinlemeyi talep eden Cumhuriyet savcılığı, hâkim ve mahkeme dinleme sırasında dinlenecek kişinin bulunduğu yerde Cumhuriyet savcısı veya hâkimin hazır bulunmasını talep edebilmektedir. Düzenleme gereğince bunu ancak SEGBİS uygulamasını isteyen makam talep edecek olup zorunlu değildir. Savunma makamının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla konumuz açısından hüküm değerlendirildiğinde SEGBİS aracılığıyla duruşmada dinlenen sanığın yanında mahkemenin istemesi hâlinde hâkim bulunabilecektir. Savunma makamının böyle bir yetkisi yoksa da sanığın müdafisi dinleme sırasında bir sorun yaşanacağını düşünüyorsa dinlemeyi talep eden mahkemeden sanığın yanında bir hâkimin bulunmasını isteyebilecektir. Mahkeme de bu isteği yerinde görürse sanığın yanında hâkimin bulunması noktasında talepte bulunabilecektir. Her ne kadar doktrinde sanığın özgür iradesiyle

⁷⁰ Y 4 CD, E. 2014/35158, K. 2015/27194, T. 16.04.2015.

⁷¹ Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Güncellenmiş 18. bs Seçkin Yayınevi 2024) 70.

ifade vermesinin önemli olduğu, dolayısıyla da CMK m. 196/4 hükmünün sanığın cezaevi görevlileriyle problem yaşadığı hâllerde özgür iradeyle ifade verme açısından yeterli teminatı sağlamadığı belirtilmekteyse de⁷² Yönetmeliğin 18. maddesi bu konuda mahkeme aracılığıyla gereken korumayı sağlayacaktır.

SEGBİS aracılığıyla sanığın dinlenmesinin söz konusu olduğu hâlde kişiye bilgi verilmesi gerekmektedir. Yönetmeliği 19. maddesinde, “İlgililere görüntü ve ses kaydının yapılacağı konusunda bilgi verilir” hükmüyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Düzenlemeyle kişinin ses ve görüntüsü kişisel veri olduğu için sanığa veya dinlenecek kişiye bilgi verilmesi kabul edilmiştir. Ancak 19. maddede ilgililerin rızasının alınması gerektiği kabul edilmemiştir. Rızalarının alınmasının kabul edilmemesi Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 5., 6. ve 28. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Kanunun 5. ve 6. maddesinde, kanunlarda açıkça öngörülen hâllerde kişinin rızasının aranmayacağı belirtilmektedir. CMK’nın 196/4’te SEGBİS uygulamasına açıkça yer verildiği için rıza gerekmemektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28. maddesinde ise, kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi hâlinde kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla duruşmada SEGBİS uygulaması duruşma işlemi, yani kovuşturma işlemi olduğundan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun rızaya ilişkin hükümlerine ve diğer hükümlerine tabi değildir. Bunun dışında sanık açısından bilgi verilmesi kişisel veri olmanın dışında da önem taşımaktadır. Bu düzenleme sanık açısından oldukça önemlidir. Zira sanığın susma hakkı bulunduğundan, ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılma zorunluluğu olmadığından bilgi verilmeden yapılacak bir SEGBİS uygulaması hukuka aykırılık taşıyacaktır.

C. ESAS HAKKINDA MÜTALAADA VE SON SÖZÜN SANIĞA VERİLMESİNDE SEGBİS

1. Esas Hakkındaki Mütalaa ve SEGBİS

CMK’nın 216. maddesine göre, deliller ortaya koyulduktan sonra deliller ile ilgili tartışmaya geçilmektedir. Delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilmektedir. Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafisi ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilmektedir.

Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, CMK’nın 216. maddesinde açıkça Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaa vereceğine ilişkin bir belirleme yer al-

⁷² Taner (n 30) 927.



mamaktadır⁷³. Ancak CMK m. 216 gereğince Cumhuriyet savcısının görüşünün alınması esas hakkında mütalaa niteliğinde değerlendirilmektedir. Esas hakkındaki mütalaa ifadesi CMK’da sadece tercüman bulundurulacak hâllere ilişkin Kanunun 202. maddesinin 4. fıkrasında geçmektedir. CMK’nın 216. madde düzenlemesinde esas hakkındaki mütalaanın nasıl olacağına ilişkin bir tespit de yer almamaktadır. Uygulamada ceza muhakemesi kurallarının her konuyu ayrıntısıyla düzenlemesi beklenmediğinden kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olmamak ve kanunun ruhuna uygun olmak şartıyla yorum ve kıyas yapılması kabul edildiğinden Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaada bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴. Dolayısıyla uygulamada Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaa vermesi kabul edilmekte ve Cumhuriyet savcısının görüşünün mahkûmiyet yönünde olması durumunda, uygulanması talep edilen yasa ve maddelerinin de açıkça mütalaada belirtilmesi istenmektedir⁷⁵. Aksine uygulama savunma hakkının kısıtlanması anlamı taşıyacaktır⁷⁶. Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasında sanığın cezalandırılmasını düşünüyorsa daha önceki mütalaaları cezalandırma isteği şeklinde nitelendirilmemektedir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından sanığa son sözü sorulmadan önce müdafîye otomatik olarak söz verilmeyeceği, onun istemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷.

Delillerin tartışılmasının kabul edilmesinin nedeni hükmün kolektif verilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla da delillerin ortaya koyulmasından sonra iddia ve savunma makamına söz verilmektedir. Böylece uyuşmazlığı çözecek yargılama makamına ışık tutmak üzere hükmün nasıl olması gerektiği konusunda taraflara mütalaalarını bildirmelerine imkân tanınmaktadır⁷⁸. Cumhuriyet savcısı tarafından uyuşmazlık konusu olayla ilgili son görüşünü bildirmesi, esas hakkında mütalaayı oluşturmaktadır. Cumhuriyet savcısı birden fazla görüş sunabilir. Bu görüşlerinde değişikliğe gidebilir. Dolayısıyla en son yaptığı belirleme esas hakkındaki mütalaasını oluşturacaktır.

⁷³ Esas hakkında mütalaa için bkz: Ersan Şen ve Tamer Berk Bayraklı, ‘Esas Hakkında Mütalaa’, <https://sen.av.tr/tr/makale/esas-hakkinda-mutalaa> (E.T. 18.04.2025)

⁷⁴ CGK, E. 2022/612, K. 2023/216, T. 12.04.2023. Aynı yönde CGK, E. 2022/470, K. 2023/243, T. 03.05.2023; CGK, E. 2023/76, K. 2023/658, T. 13.12.2023. Aynı şekilde Centel ve Zafer (n 7) 837.

⁷⁵ CGK, E. 2022/470, K. 2023/243, T. 03.05.2023; CGK, E. 2023/76 K. 2023/658, T. 13.12.2023.

⁷⁶ “Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasını yargılama konusu olan tüm suçlar yönünden açıklaması ve bu mütalaanın mahkûmiyet yönünde olması durumunda uygulanması talep edilen kanun ve maddelerini de kapsamı zorunlu kabul edildiğinden, Cumhuriyet savcısının sanığın da bulunduğu 28.05.2015 tarihli celsede esas hakkında mütalaa olarak açıkladığı ancak yukarıda izah edildiği şekilde suç isimleri ve uygulanması istenen kanun maddelerini içermeyen mütalaasıyla birlikte sanığın son savunması alınarak mahkûmiyet hükmü kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” Y 16 CD, E. 2017/2491, K. 2017/5658, T. 20.12.2017.

⁷⁷ Yenisey ve Nuhoglu, (n 34) 802, 804.

⁷⁸ Yenisey ve Nuhoglu, (n 34) 802.

Yukarıda yapılan belirlemelerden sonra esas hakkındaki mütalaayı, Cumhuriyet savcısının delillerin tartışılmasından ve sanığa son söz verilmeden önce uyuşmazlık konusu olayla ilgili son görüşünü ifade etmesi şeklinde tanımlayabiliriz. Cumhuriyet savcısı mütalaasında uyuşmazlığın hem maddi yönüyle hem de hukuki yönüyle görüşünü açıklayacaktır. Cumhuriyet savcısının, esasa ilişkin görüşünü anlaşılır ve açık bir biçimde belirtmesi gerekir. Zira sanığın sağlıklı bir savunma yapabilmesi ancak sağlıklı bir iddia ile mümkün olabilir⁷⁹. Cumhuriyet savcısının önceki karar gibi hüküm kurulmasını istemesi, kovuşturma aşamasında yeni deliller ortaya çıkmasına, delillerin tartışılmasına rağmen iddianamenin aynısının esas hakkındaki mütalaa olarak ifade edilmesi usulüne uygun esas hakkındaki mütalaa niteliğinde değildir⁸⁰.

Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaada bulunması CMK m. 216'da zorunlu olarak kabul edilmemiştir. Ancak uygulamada duruşmaya katılan savcının esas hakkında mütalaa vermesi zorunlu olarak nitelendirilmektedir. Eğer Cumhuriyet savcısı esas hakkında mütalaada bulunmak istemiyorsa hükmün kolektifliğini sağlamak için başka Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılarak ondan mütalaa alınması gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre, "diğer ilgililerin bir şey söylemeksizin işi mahkemenin kararına terk etmeleri mümkün görülebilmekle beraber, savcı bakımından böyle bir şey söz konusu olamaz; savcı her hâlde en son iddialarını söylemelidir. Bu itibarla, savcılık talep veya iddia durumunda olduğu konularda keyfiyeti hâkime (veya hâkimin takdirine) bıraktığını beyan ile yetinemez... Savcının esas hakkındaki mütalâasının alınması mecburî olmakla beraber, yargıcın bu ödevini yerine getirmekten kaçınan savcıyı zorlamak yetkisi bulunmadığından, bu gibi hâllerde son kararın esas hakkındaki mütalâa alınmadan verilebilmesi de kabul edilmektedir. Ancak böyle bir durum ceza muhakemesi hükmünün kolektif olmasına engel teşkil edeceğinden, yargıç veya mahkeme başkanı hiç olmazsa makamın başı olan savcıya müracaat edebilmeli ve esas hakkındaki mütalâasını vermeyi reddeden yardımcı yerine bir başkasının duruşmaya çıkarılmasını talep edebilmelidir..."⁸¹. Doktrinde bazı yazarlar tarafından Yargıtay gibi belirleme yapılmakta ve Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaa vermesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir⁸². Diğer ilgililerin bir şey söylemeksizin işi mahkemenin kararına terk etmeleri mümkün kabul edilirken savcı bakımından böyle bir şeyin mümkün olamayacağı, savcının herhâlde en son iddialarını söylemesi gerektiği benimsenmektedir. Bu nedenle de savcılığın

⁷⁹ Centel ve Zafer, (n 7) 837.

⁸⁰ Centel ve Zafer (n 7) 838, dipnot 157. Cumhuriyet savcısının mütalaasını değiştirmesine ilişkin olarak bkz.: Ersan Şen, Ali Kemal Yıldız, 'Cumhuriyet Savcısının Mütalaasını Değiştirmesi Mümkün müdür?', <https://www.hukukihaber.net/cumhuriyet-savcisinin-mutalaasini-degistirmesi-mumkun-mudur>. (E.T. 18.04.2025).

⁸¹ CGK, E. 2022/612, K. 2023/216 T. 12.04.2023.

⁸² Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (23 bs Adalet Yayınevi 2024) 670; Centel ve Zafer, (n 7) 838.



talep veya iddia durumunda olduğu konularda keyfiyeti hâkime bırakamayacağı belirtilmektedir⁸³. Biz de Yargıtay ve son görüşe katılıyoruz. Duruşma aşamasında da iddianame geçerli olduğundan (hüküm iddianamede gösterilen fiil ve fail hakkında verilmesinden hareketle) Cumhuriyet savcısı da duruşmaya katılarak deliller hakkında bilgi sahibi olduğundan Cumhuriyet savcısının iddianamedeki görüşte ısrar edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Ayrıca esas hakkındaki mütalaasının alınmasından sonra CMK'nın 216. maddesi gereğince sıralama gözetilerek taraflara söz hakkı tanınacağından, Cumhuriyet savcısının, davanın esasına ilişkin görüşü alınmadan sanığa esas hakkında savunma yapma imkânının tanınması veya tanınmaması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır⁸⁴.

Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasını hükmün bozulmasından sonra tekrar yapılan yargılamada da vermesi gerekmektedir. Cumhuriyet savcısının görüşünün sorulmadan yargılamanın bitirilmesi hukuka aykırılık olarak nitelendirilmektedir⁸⁵.

Yukarıda yapılan belirlemelerden sonra sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılmasının söz konusu olduğu hâllerde de Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasını vermesi daha sonra son sözün sanığa verilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaa vermemesi, sanığa SEGBİS aracılığıyla son sözü sorulsa bile hukuka kesin aykırılık teşkil edecektir. Esas hakkında mütalaada bulunulması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için sanığın Cumhuriyet savcısı tarafından ileri sürdüğü görüş hakkında bilgi sahibi olması, bunlara karşı diyeceğinin sorulması, yorum yapma imkânının tanınması, dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanması gerekmektedir. Bu anlamda sanık ve müdafisine Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasına karşı savunma yapabilmeleri için süre verilmesi gerekmektedir⁸⁶.

⁸³ Centel ve Zafer (n 7) 838.

⁸⁴ “Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasının alınmasından sonra yine CMK'nın 216. maddesinde yer alan sıralama gözetilerek taraflara söz hakkı tanınacağından, Cumhuriyet savcısının, davanın esasına ilişkin görüşü alınmaksızın ve hazır bulunan sanığa esas hakkında savunma yapma imkânı tanınmaksızın hüküm kurulması, ceza muhakemesinde sanığın en önemli haklarından biri olan savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır” ...Bozma üzerine yapılan yargılamanın 15.10.2020 tarihli oturumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından bozma ilamına karşı beyan edilen “Usul ve yasaya uygun Yargıtay bozma ilamına uyulsun” şeklindeki sözlerin esas hakkında mütalaa olarak geçerli ve yeterli kabul edilmesi olanağı bulunmadığı, ... Cumhuriyet savcısına esas hakkındaki mütalaasının sorulmamasının, hazır edilen sanık ve müdafisine esas hakkında savunma yapma ve son sözü söyleme hakkı verilmeksizin direnme kararı verilerek önceki hükmün kurulmasının CMK'nın 216. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu ve savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilmelidir”, CGK, E. 2022/612, K. 2023/216 T. 12.04.2023,.

⁸⁵ Bkz: Centel ve Zafer (n 7) 837, dipnot 153. “Bozma üzerine yapılan yargılamanın 15.10.2020 tarihli celse oturumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından bozma ilamına karşı ileri sürülen; “önceki kararda ısrar edilmesi ve direnilmesi” şeklindeki düşüncenin esas hakkında mütalaa olarak geçerli ve yeterli kabul edilmesi olanağı bulunmadığı”, CGK, E. 2022/470, K. 2023/243, T. 03.05.2023.

⁸⁶ Doktrinde bu sürenin iki haftadan daha az olmaması gerektiği belirtilmektedir: Dülger ve Taşkın (n 18) 748, 749.

2. Son Sözün Sanığa Verilmesi ve SEGBİS

CMK'nın 216. maddesinin 3. fıkrasına göre, hükümden önce son sözün sanığa verilmesi gerekmektedir. Bu aşamada zorunlu müdafinin hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmemektedir⁸⁷. Düzenlemedeki ikinci cümle 25.08.2017 tarihli ve 30165 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname'nin 148. maddesi ile üçüncü fıkraya "Bu aşamada zorunlu müdafinin hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez" hükmü olarak eklenmiştir.

CMK'nın 216. maddesinin 3. fıkrasına göre hüküm kurulmadan önce mutlaka son sözün sanığa verilmesi gerekmektedir. Sanığın savunma hakkı açısından önemli görüldüğünden kanunda açıkça öngörülmüştür. Yargıtay'a göre sanığa son sözün verilmesi hükmü silahların eşitliği ve suçsuzluk karinesi ilkelerinin gereği olarak düzenlenmiştir⁸⁸. Dolayısıyla tartışma bölümünü içeren duruşmanın muhakkak son sözü ile bitmesi ve hâkimler son sözün etkisine yenileri katılmadan kararlarını vermeleri gerekmektedir. Sanık son savunmasında yeni bir delilin ortaya koyulmasını istemişse ve bu istek mahkeme tarafından kabul edilmişse tartışma bölümünün tekrarlanması veya tekrar iddia ve savunma makamına son söz sorulduğunda yine son sözün sanığa verilmesi gerekmektedir⁸⁹.

Sanık son savunmasını kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapmak istediğinde tercüman yardımıyla yararlanabilmektedir. Bu durumda tercüme hizmetleri, adli yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listeden sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilecektir (CMK m. 202).

Daha önce de belirtildiği gibi, sanığın ilk ve son savunmasının kural olarak sanığın bizzat hazır bulunduğu duruşmada alınması gerekmele birlikte zorunlu görülen hâllerde veya sanığın açık kabulünün söz konusu olduğu hâllerde SEGBİS uygulaması yoluna da gidilmektedir. Sanığa son sözün verilmesi kural olduğundan SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılınan hâllerde sanığa son sözün mutlaka verilmesi gerekir.

Sanığa son sözün verilmesi kuralı ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda uygulanması gerektiği gibi bozmadan sonra başlayan yargılamalarda da uygulanmalıdır. Son sözün sanığa verilmesi kuralına uyulmaması, sanığın savunma hakkının sınırlandırılmasına neden olacağı gibi CMK'nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasına da açıkça aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla da sanığa son sözün verilmemesi hukuka kesin aykırılık (mutlak bozma sebebi) teşkil edecektir⁹⁰.

⁸⁷ Zorunlu müdafii ile ihtiyari müdafii arasında bu şekilde ayırım yapılması doktrinde eleştirilmektedir: Yenisey ve Nuhoglu (n 34) 804.

⁸⁸ CGK, E. 2023/516, K. 2023/693, T. 26.12.2023.

⁸⁹ Yenisey ve Nuhoglu (n 34) 802, 803; CGK, E. 2020/129, K. 2020/230, T. 28.05.2020.

⁹⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 34) 804.



CMK'nın 307. maddesine göre, Yargıtay'dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin bozmaya karşı diyeceklerini ilgililere sorması gerekmektedir. Bozmaya karşı diyecekleri yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde SEGBİS aracılığıyla da sorulabilecektir. Sanık SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılmışsa bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması gerekmektedir. Aksine uygulama hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bozma kararından sonra yargılamaya devam olunduğundan, dava henüz sonuçlanmamış bulunduğu, son sözün sanığa verilmesi kuralı, bozmadan sonra başlayan yargılamalarda da kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak aynen geçerlidir⁹¹. Yargıtay'a göre, "savunma hakkı ile yakından ilgili olan son sözün sanığa ait bulunduğu ilişkin usul kuralı emredici nitelikte olup bu kurala uyulmaması kanuna mutlak aykırılık oluşturmaktadır... ayrıca duruşmada SEGBİS yoluyla hazır edilen sanık ve duruşma salonundaki müdafisine esasa ilişkin savunma imkânı tanınmadan ve sanığa son sözü sorulmadan duruşmaya son verilip direnmeye konu hükmün kurulduğu anlaşılan dosyada; Cumhuriyet savcısına esas hakkındaki mütalaa'sının sorulmamasının, hazır edilen sanık ve müdafisine esas hakkında savunma yapma ve son sözü söyleme hakkı verilmeksizin direnme kararı verilerek önceki hükmün kurulmasının CMK'nın 216. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu ve savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilmelidir. Savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usûle aykırılıklar nedeniyle İlk Derece Mahkemesinin direnme kararına konu hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir"⁹².

D. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ İNCELEMESİNDE SEGBİS

Sanığın bölge adliye mahkemesinde yapılan duruşmalarda da hazır bulunması söz konusudur. Ancak CMK'nın 282. maddesine göre, "Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluklarında" bitirilebilmektedir. Dolayısıyla bu hükme göre sanığın davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek dava yokluğunda bitirilebilecektir. Yapılan bu düzenlemeyle sanığa kendisini savunma imkânının tanındığı, ancak sanığın duruşmaya gelmemek suretiyle bu hakkı kullanmak istemediği hâllerde yargılamanın kanun yolu aşaması olması nedeniyle sanığın mutlaka duruşmada dinlenmesinin gerekmediği ortaya konmuştur.

AİHM'e göre olayın sadece hukuki boyutunun ele alındığı (temyiz gibi) kanun yollarında sanığın sorgusunun zorunlu olmadığı; ancak özellikle hem maddi boyutun ele alındığı hem de ayrıca bir mahkûmiyet hükmünün kurulabildiği kanun yolu incelemelerinde, delillerin doğrudan değerlendirmeye alınıp sanığın dinlenmesi gerekmektedir. Ancak mahkemeye göre kanun yolu mahkemesinin hem maddi yönden

⁹¹ CGK, E. 2022/470, K. 2023/243, T. 03.05.2023.

⁹² CGK, E. 2022/470, K. 2023/243, T. 03.05.2023; CGK, E. 2022/612, K. 2023/216, T. 12.04.2023.

hem de hukuki yönden inceleme yaptığı hâllerde bile Sözleşme'nin 6. maddesi her zaman kamuya açık duruşma yapılmasını ve sanığın duruşmaya şahsen katılma hakkı verilmesini düzenlememektedir⁹³. Doktrindeki bazı yazarlar ise, istinaf yargılamasında da sanığın sorgusunun yapılması gerektiğini, sanığın sorgulanmadan mahkûmiyet kararının verilemeyeceğini (CMK m. 193/2) ifade etmektedirler⁹⁴.

Bölge adliye mahkemelerinde yapılan yargılamalarda sanık duruşmaya katılmaktan feragat edebilir. Sanığın duruşmaya bizzat katılmaktan feragat etmesi hâlinde sanık duruşmaya SEGBİS aracılığıyla da katılabilecektir⁹⁵. CMK'nın 282.

⁹³ Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 56. “Uyumsuzluk konusu olayda, Marcello Viola, 2. derece (second set) istinaf yargılaması sırasında yapılan duruşmalara (appeal hearings), rızası olmaksızın ses ve görüntü bilişim sistemi kullanılmak suretiyle katılma imkânı bulabilmiş, tutuklu bulunduğu hapishaneden duruşma salonuna getirilmemiştir. İstinaf mahkemesi tarafından bu şekilde yapılan yargılama sonucu verilen hükme karşı temyize başvuran Viola'nın bu başvurusu da reddedilmiştir. Viola bunun üzerine AİHM'ye başvurmuştur. İtalyan devleti savunmasında ses ve görüntü bilişim sistemi ile sanığın yargılamaya etkin katılımının sağlandığını ileri sürmüştür. Ayrıca sanığın yakın tarihlerde farklı mahkemelerde davaları bulunmaktadır. Bu bağlamda ses ve görüntü bilişim sisteminin kullanımı zaruret arz etmektedir. Bunun yanında sanıkla müdafî arasında başka birisinin dinleme olanağı bulunmayan özel bir hat ile duruşma sırasında iletişim kurabilme imkânı vardır. Bir başka deyişle istinaf duruşması sırasında duruşma salonunda bulunan müdafî ile Viola, 3. kişilerin dinleyemeyeceği biçimde iletişim kurabilmiştir. Ayrıca müdafî, duruşma sırasında, duruşmaya başka bir avukat gönderip, kendisi sanığın yanında bulunma imkânına da sahiptir. Davada ayrıca AİHM, olayın sadece hukuki boyutunun ele alındığı (temyiz gibi) kanun yollarında sanığın sorgusunun zorunlu olmadığı; ancak özellikle hem maddi boyutun ele alındığı hem de ayrıca bir mahkûmiyet hükmünün kurulabildiği kanun yolu incelemelerinde, delillerin doğrudan değerlendirmeye alınıp sanığın dinlenmesi gerektiğine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Sonuçta ise AİHM, sanığın ulusal mahkemeler nezdinde ses ve görüntü bilişim sisteminin iyi, çalışmadığına ilişkin bir şikâyetle bulunmaması, müdafî ile mahrem şekilde görüşme olanağının bulunması, ayrıca müdafîin sanığın yanında bulunmasına imkân tanınması gibi hususları göz önünde bulundurarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu bağlamda AİHM'ye göre istinaf yargılamalarındaki sorguda, SEGBİS türü sistemlerin kullanılabilmesi mümkündür. 1) Ancak bunun için, kamusal güvenlik, firar tehlikesi, sanığın sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunması gibi SEGBİS kullanımını meşru gösterecek zorunlu sebepler bulunmalı, 2) Sanığın müdafî ile duruşma sırasında mahrem şekilde görüşme ve onun hukuki yardımından faydalanma imkânı olmalı, 3) Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi, görüntü ve ses iletimi açısından sağlıklı bir alt yapıya sahip olmalı, sistemin kullanımı sırasında ses ve görüntünün iletimi, sanığın duruşmadaki işlemleri takip edebilme ve duruşmaya etkin olarak katılımı bakımından dezavantajlar ortaya çıkarmamalıdır”, Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler” (2017) 8 [2] İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 124, 125.

⁹⁴ Karakehya ve Tunçer (n 90) 122.

⁹⁵ “ilk derece mahkemesinde icra olunan öğrenme yargılaması kapsamında, aleni duruşmada savunmasını usulüne uygun olarak yapmış, silahların eşitliği bağlamında, delillere ulaşma, itiraz etme, tanık ve bilirkişileri sorgulama veya yeni delil ikame etme gibi temel savunma argümanlarını kısıtlama olmadan katılmış olan sanığın, müdafîi marifetiyle temsil edildiği bölge adliye mahkemesince yapılacak duruşmaya davet edilmesine rağmen katılmamasının, tek başına yargılamanın icrası ile yokluğunda bitirilmesine, diğer kişilerin dinlenmesine ve delil toplanmasına hukuki bir engel teşkil etmeyeceğinin ve bu cümleden olarak bu yönüyle bir yükümlülük altına sokulmadıkça duruşmalara katılmaktan feragat etmesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmayacağına kabulü gerekir”, CGK, E. 2023/216, K. 2024/315 T. 16.10.2024.



maddesine göre, bölge adliye mahkemesince sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise herhâlde sanığın duruşmada dinlenmesi gerekmektedir. Bu hâlde sanığın kural olarak duruşmada bizzat hazır olması gerekmektedir. Ancak ilk derece mahkemelerinde kabul edildiği gibi zorunlu görülen hâllerde veya sanığın kabul etmesi, feragat etmesi şartıyla SEGBİS aracılığıyla da duruşmaya katılabilip dinlenebilecektir. Sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılması durumunda mutlaka sanığa son sözünün verilmesi de gerekmektedir. Ancak CMK m. 282 gereğince ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda olduğu gibi “suç, yalnız veya birlikte adlî para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma” yapılabilecektir. Bu durumda sanığa gönderilecek davetiyede gelmese bile duruşmanın yapılacağını yazılması gerekmektedir.

AİHM Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 kararına konu olan olayda, istinaf yargılamasına rızası dışında ses ve görüntü bilişim sistemi kullanılmak suretiyle katılan başvuranın talebiyle ilgili adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Olayda hükûmet tarafından tehlikeli tutukluların transferinde kamu güvenliği ve kamu düzeni sorunu ortaya çıktığı, bu tutukluların saldırıya uğrama veya firar etme ihtimalinin bulunduğu, sanıkların duruşma salonunda fiziksel olarak hazır bulunmalarının tanıkların ve mağdurların korkutulması riskini de artırdığı gerekçe olarak gösterilmiştir⁹⁶.

E. YARGITAY İNCELEMESİNDE SEGBİS

Yargıtay tarafından yapılan incelemede kural olarak duruşma yapılması kabul edilmemiştir. CMK’nın 299. maddesine göre, “on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini uygun görmesi hâlinde duruşma yoluyla” yapabilmektedir. Eğer Yargıtay duruşma yapılmasına kara vermişse maddeye göre “duruşma gününden sanığa, katılana, müdafî ve vekile” haber verilmektedir. Düzenlemeye göre sanık, duruşmada bizzat hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilme hakkına sahiptir. Yine maddeye göre sanık, tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunuyorsa duruşmaya katılmak isteminde bulunamamaktadır. Bu hükümlerden Yargıtay tarafından yapılan incelemelerde duruşma yapılması zorunlu görülmediği için sanığın temyiz incelemesinde hazır bulunması gerekmektedir şeklinde bir belirleme yapamıyoruz. Ancak on yıl ve daha fazla hapis cezası içeren hükümlerde duruşma yapılması uygun görülmüşse sanık savunma hakkının gereği olarak duruşmaya şahsen katılabilecektir. Şahsen katılmasının söz konusu olduğu bu hâllerde sanığın SEGBİS aracılığıyla da duruşmaya katılmasının söz konusu olabileceğini kabul etmekteyiz. Ancak sanığın temyiz incelemesindeki duruşmada hazır olmasının veya SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılmasının ilk derece mahkemelerinde yapı-

⁹⁶ Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 39.

lan yargılamalardaki gibi katı uygulanması, aynı güvencelere sahip olması söz konusu değildir. AİHM'e göre, temyiz aşamasında sanığın duruşma salonunda şahsen hazır bulunması ilk derece mahkemesinde görülmekte olan duruşmalar- da hazır bulunmasına göre nispeten daha az önemlidir. Ancak Mahkemeye göre iç hukuk düzenindeki işlemlerin tümü ve temyiz mahkemesinin buradaki rolü de göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkemeye göre, sadece hukuki konuların incelendiği temyiz mahkemesi veya Yargıtay tarafından sanığa şahsen dinlenme imkânı verilmemiş olsa bile ilk derece mahkemesinde aleni duruşmanın yapılmış olması şartı ile Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri karşılanmıştır. Üst mahkemenin davayı hem maddi hem de hukuki yönden inceleme yetkisinin bulunduğu hâllerde bile Sözleşmenin 6. maddesi her zaman aleni duruşma yapılmasını ve sanığın duruşmaya şahsen katılma hakkının verilmesini düzenlenmemektedir. Mahkemeye göre dikkat edilmesi gereken husus, diğer hususların yanında, temyiz mahkemesinde işlemlerin taşıdığı özel nitelikler ve savunma hakkının korunmasıdır. Ayrıca temyiz mahkemesinin verilecek kararların temyiz eden açısından taşıdığı önemi de göz önüne almasıdır. Ancak, bir üst mahkeme hem maddi yönden hem de hukuki yönden inceleme yapıyorsa ve mahkûmiyet veya beraat kararı verebiliyorsa sanığın suçu işlemediğini kanıtlayacak nitelikteki delilleri doğrudan değerlendirmesi ve ona göre karar vermesi gerekmektedir⁹⁷. Mahkeme, Medvedev v Rusya kararında Moskova'da tutuklu bulunan başvuranın, Moskova'da yapılan temyiz duruşmasında bizzat hazır bulunma imkânı bulamadığını belirterek başvuranın mahkeme salonunda hazır bulundurulması yerine duruşmaya ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla katılmasının neden gerekli olduğu ve müdafisi ile özel olarak görüşmesine neden fırsat tanınmadığı konularında hiçbir gerekçe sunulmadığını, dolayısıyla da adil/dürüst yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yine Grigoryevskikh v Rusya kararında temyiz duruşmasının ses ve görüntü bilişim sistemi yoluyla gerçekleştirildiği ve başvurunun işitme sorunlarının kendisini etkili bir şekilde savunmasını engellediğini ileri sürdüğü olayda 6. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Alppi /Finlandiya (k.k.) kararında ise ses ve görüntü bilişim sistemi kullanımının, COVID-19'un yayılmasının azaltılmasına dayanan meşru amacı izlediği kanaatine varmış, ancak ilgilinin suçluluğunun daha önceden tespit edilmiş olduğunun, temyiz incelemesinin cezanın belirlenmesine ilişkin daha teknik nitelikteki hukuki konularla ilgili olduğunun üzerinde durarak başvurunun şikâyetini dayanaktan yoksun bulmuştur⁹⁹.

⁹⁷ Bkz: Marcello Viola v İtalya, B no 45106/04 (AİHM, 5.1.2007) 54 vd.

⁹⁸ Gennadiy Medvedev v Rusya, B no 34184/03 (AİHM, 24/07/2012) 30, 31.

⁹⁹ Bkz: 'Ana Tema 6. madde (Ceza Yönü) Video Konferans Yoluyla Yapılan Duruşmalar', Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM-BP), <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/hearings-via-video-link-tur> (E.T. 15.05.2025) 2 vd.

SONUÇ

CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılması, sanığın duruşmada bizzat hazır bulunma kuralına istisna teşkil ettiği ve sanık açısından duruşmada hazır bulunmaya göre bazı olumsuzlukları beraberinde getirmesi nedeniyle SEGBİS'e ancak zorunlu görülen hâllerde başvurulması kabul edilmiştir. Sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılması için ayrıca mahkemenin kararı da gerekmektedir. CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrası gereğince SEGBİS uygulaması için sanığın yurt içinde bulunması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemede SEGBİS'in uygulanması için suç veya ceza sınırlaması getirilmemiştir. SEGBİS uygulamasının hak ihlali doğurmaması için aranan şartlar ise AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmiştir. Yargıtay kararlarında da AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının göz önüne alındığı görülmektedir.

Esas hakkında mütalaa ile ilgili olarak uygulamada sorun yaşanmakta, esas hakkındaki mütalaa alınmadan karar verilebildiği görülmektedir. Bu sorun SEGBİS uygulamasıyla sanığın duruşmaya katılması hâllerinde de söz konusu olabilmektedir. Ancak SEGBİS ile sanığın duruşmaya katıldığı hâllerde de esas hakkındaki mütalaanın alınması ve sanığa son sözün verilmesi gerekmektedir. Sanığa duruşmada son sözün verilmesi gerekmektedir. Son sözün sanığın bizzat hazır olduğu duruşmada alınması kural olmakla beraber sanığın açıkça kabul ettiği veya zorunlu görülen hâllerde SEGBİS aracılığıyla da sanığa son sözü sorulmalıdır. Tüm bu hâllerde SEGBİS'in hak ihlaline neden olmaması için silahların eşitliğine, savunma hakkının kısıtlanmamasına, iddia makamına göre sanığın dezavantajlı olmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Sanığın SEGBİS aracılığıyla duruşmaya katılmasının genel olarak değerlendirilmesi yapıldığında, uygulamada SEGBİS uygulamasına zorunlu görülen hâller gösterilmeden başvurulduğu, özenli davranılmadığı, savunma hakkının etkili şekilde kullanımında sorun olduğu görülmektedir. Teknik aksaklıklar ve teknik sistemin kalitesinin düşüklüğü sistemin diğer bir dezavantajını oluşturmaktadır. Sanığın iddia makamına göre dezavantajlı duruma düşmemesi ve savunma hakkını kullanabilmesi, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için SEGBİS sisteminin teknik alt yapısının güçlendirilmesi, uygulanmasında kurallara ve esaslara uyulması ve uygulayıcılara gereken desteğin sağlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

‘Ana Tema 6. madde (Ceza Yönetimi) Video Konferans Yoluyla Yapılan Duruşmalar’, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM-BP), <https://ks.echr.coe.int/document-s/d/echr-ks/hearings-via-video-link-tur> (E.T. 15.05.2025) 1-6.

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22 bs Beta yayınevi 2024).

Çatlı M ve Demir EB, 'Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS' (2021) 3 [2] Bilişim Hukuku Dergisi 230-265.

Burhoff D, 'Die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten: § 233 StPO und seine Praxis' (2018) 18/19 ZAP s. 939 vd.

Dursun G, 'Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi' (2016) 11 [143-144] Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 127-157.

Duygun AM ve Özyüksel Ö, 'SEGBİS Yolu ile Yapılan Ceza Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Etmesi Meselesi: Suçluların İadesine İlişkin Bir Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararının Tekrar Akla Getirdikleri' (2025) 83 [1] Ankara Barosu Dergisi 485-515.

Dülger MV ve Taşkın ŞC, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2 bs Seçkin Yayınevi 2024).

Eryıldız HS ve Akdemir MŞ, 'AİHM ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Soruşturma Yöntemi Olarak Teşhis' (2024) SÜHFD 32 [3] 1689-1730

Gayretli Aydın S, 'Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma' (2017) 19 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 2101-2126.

Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8 bs Adalet Yayınevi 2024).

Gurin D, 'Çevrimiçi Duruşmalar; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifi', <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/cevrimici-durusma-aihm-perspektifi-dmitry-gurin04-01-202112-04.pdf> (E.T. 15.07.2025).

Karakehya H ve İnce Tunçer A, 'İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler' (2017) 8 [2] İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-136.

Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5 bs Nisan Kitabevi 2023).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17 bs Seçkin Yayınevi 2024).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Alan E, Sırma Gezer Ö, Saygılar YF, Özaydın Ö, Tütüncü EE, Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Güncellenmiş 18.bs Seçkin Yayınevi 2024).

Sanıvar R, 'Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/Segbis Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM'in) Segbis Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil



Yargılanma Hakkı Çerçevesinde elello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler' (2021) 18 [2] Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1615-1666.

Sarıtaş E, 'Ceza Muhakemesinde Saniğin Yokluğunda Duruşma' (2020) 78 [3] İstanbul Hukuk Mecmuası 1525-1591.

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15 bs Seçkin Yayınevi 2024).

Şen E ve Bayraklı TB, 'Esas Hakkında Mütalaa', <https://sen.av.tr/tr/makale/esas-hakkinda-mutalaa>, (E.T. 18.04.2025).

Şen E ve Duymaz E, 'SEGBİS'in Genel Uygulamaya Dönüşmesi Sorunu ve AYM'nin Tutumu', <https://sen.av.tr/tr/makale/segbisin-genel-uygulamaya-donusmesi-sorunu-ve-aymnin-tutumu> (E.T. 15.07.2025)

Şen E ve Yıldız AK, 'Cumhuriyet Savcısının Mütalaasını Değiştirmesi Mümkün müdür?', <https://www.hukukihaber.net/cumhuriyet-savcisinin-mutalaasini-degistirmesi-mumkun-mudur>, (E.T. 18.04.2025).

T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü, *Uyap Bilişim Sistemi* (Ocak 2021) https://bigm.adalet.gov.tr/kitap/uyap_bilisim_sistemi_kitabi.pdf, (E.T. 19.04.2025).

T.C. Adalet Bakanlığı, *Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi Bilgisayar ve UYAP Bilişim Sistemi Ders Notu*, <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015465619-BİLGİSAYAR%20VE%20UYAP%20BİLİŞİM%20SİSTEMİ.pdf>, (E.T. 18.04.2025).

Taner FG ve Yıldırım A, 'Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülöklere İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma' (2021) 70 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229-293.

Taner FG, "AİHM İçtihadı Işığında Türkiye'de SEGBİS Kullanımının Müdafî Yardımından Faydalanma ve Duruşmaya Etkili Katılım Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi" (2020) Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt III, 919-933, https://taner.av.tr/Makaleler/pdf/AIHM_Ictihadi_Isiginda_Turkiyede_SEGBIS.pdf (E.T. 17.04.2025).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (23 bs Adalet Yayınevi 2024).

Yenisey F, Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12 bs Seçkin Yayınevi 2024).

Yerdelen E, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı" (Çeviri) (2019) 1 [2] Bilişim Hukuku Dergisi 271-287.

Yılmaz Ö, 'Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında SEGBİS' <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/9052023125709omer.pdf> (E.T. 15.07.2025).

GÜMRÜK HUKUKUNDA MENŞE ŞAHADETNAMESİ VE BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARI

*The Certificate of Origin and the Crimes of Document Forgery under
Customs Law*

Rahime ERBAŞ*

Öz

Menşe şahadetnamesi, yalnızca bir ticaret belgesi değil; aynı zamanda ekonomik kimliğin ve devletin egemenlik yetkisinin bir yansımasıdır. Çalışmada ilk olarak, menşe şahadetnamesinin anlamı ve işlevi, gümrük mevzuatına dayanarak net bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. Ardından, bu belge özelinde TCK'nın belgede sahtecilik suçlarına dair hükümleri ele alınmış ve menşe şahadetnamesinin sahte veya gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmesinin hukuki sonuçları detaylı bir şekilde incelenmiştir. Ancak bu belgelerin sahte veya gerçeğe aykırı düzenlenmesi hâlinde, Türk ceza hukukunun söz konusu davranışları nasıl değerlendireceği konusunun halen belirsizliğini koruduğu görülmüştür. Uygulamada ve teoride var olan kanuni boşluklar dikkate alınarak, Türk ceza hukukunun sahtecilik hükümlerinin uluslararası belge sirkülasyonunu da kapsayacak şekilde güncellenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda, menşe şahadetnamesinin uluslararası düzeyde de kamu güvenliğini zedelemeyen etkin bir şekilde işlevini yerine getirebilmesi için mevcut mevzuattaki boşlukların giderilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Menşe şahadetnamesi, belgede sahtecilik, resmi belgede sahtecilik, gümrük, vergi, kamu güveni, uluslararası ticaret hukuku

Abstract

The certificate of origin does not appear merely a commercial document, but also it reflects economic identity of a county and the sovereign authority of the state. This study first put forth the meaning and function of the certificate of origin from the custom law-related provisions. Then, it analyzes the provisions of the Turkish Penal Code (TPC) regarding document forgery are addressed, specifically in the context of certificates of origin, and the legal consequences of issuing such documents falsely or inaccurately. However, the approach of Turkish criminal law toward such falsifications of foreign documents remains ambiguous. Considering the legal loopholes, the study concludes that the forgery provisions of TPC should be revisited in a way to encompassing the international circulation of documents. As such, it concludes that in order for the certificate of origin to effectively fulfill its function in cross-border commerce without undermining public security, the current legal loophole must be resolved.

Keywords: Certificate of origin, forgery, forgery of official documents, customs, taxation, public confidence, international trade law

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi/Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, erbas@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6257-4312>

GİRİŞ

“Menşe” terimi, sözlük anlamı itibarıyla “köken”,¹ “çıkış noktası”, “kaynak yer” ya da bir şeyin “doğduğu ve neşet ettiği yer” anlamlarını taşır.² Gümrük hukuku bağlamında ise, bir ürünün hangi ülkeye ait olduğunu, yani üretildiği veya elde edildiği ülkeyi belirtmek amacıyla kullanılır. Bu kapsamda düzenlenen menşe şahadetnamesi, bir ürünün menşe ülkesini (resmi olarak) belgeleyen ve uluslararası ticarete önemli bir işlev gören temel belgelerdendir. Kamuoyunda “ticaret politikasının önemli bir aracı, ticaret savaşlarının önemli bir silahıdır”³ şeklinde betimlenmektedir. Öğretide ise eşyanın/ürünün “ekonomik milliyeti” şeklinde nitelendirilen⁴ bu belgeye, hukuki açıdan eşyaların pasaport belgesi diyebiliriz.

Kökeni, 1887 yılında İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilen bir düzenlemeye (İngilizce özgün: *Merchandise Marks Act 1887*)⁵ dayanmaktadır. Bu düzenleme ile, Birleşik Krallık’a ithal edilebilmesi için malların üzerlerinde üretildikleri ülkenin belirtilmesi mecburiyeti, hukuki olarak ilk kez öngörülmüştür.⁶ Buna ilave olarak menşe ülkeye ilişkin doğrudan yanıltıcı ibareler bakımından da “örneğin *Almanya’da üretilmiş bıçakların üzerinde “Sheffield” ibaresiyle ithal*

¹ TDK Sözlük, ‘Menşe’, <<https://sozluk.gov.tr/?ara=men%C5%9Fe>> erişim tarihi: 12.07.2025.

² Gümrük hukuku dışında “menşe” kavramı, bilhassa fikri ve sınai mülkiyet hukukunda (22/12/2016 tarih ve 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu) örneğin Malatya Kayısısı, Antep Baklavası ve İznik Çinişi şeklindeki coğrafi işaretler konusunda yerleşik bir kavramdır. Coğrafi işaretler bağlamında “menşe” kavramını ürünün kaynaklandığı yer ve çıktığı yer olarak daha önce tanımlayan çalışma için bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. bs., Arıkan 2012) 22. Biz de buradan hareketle menşe terimini “çıkış noktası”, “kaynak yer” ya da bir şeyin “doğduğu ve neşet ettiği yer” olarak açıkladık.

³ Oregon Tech, ‘Menşe Belgesi Nedir?’ [Oregon Tech], 00:36, <https://youtu.be/XK8dz_e0eyo?si=k_jRyctonieRSLlu> erişim tarihi: 23.04.2025. Ayrıca bkz.: İbrahim Aytekin ve Okyay Uçan, ‘Ticaret Savaşları ve Korumacı Politikalar: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye İlişkileri Bakımından Bir İnceleme’ (2018) 7(2) Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 851, 851.

⁴ Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, “Menşe”, <<https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/mense>> erişim tarihi: 03. 04. 2025. Ayrıca bkz.: Ümit Engin Tekin, ‘Tercihli Ticaret Anlaşmalarında Menşe Kuralının Önemi’ (2019) 5(1) International Journal of Academic Value Studies 12,16; Hamit Yumuk, *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 257.

⁵ Merchandise Marks Act 1887, <<https://archive.org/details/merchandisemark00payngoog/page/n13/mode/2up?q=origin>> erişim tarihi: 13.07.2025.

⁶ Bu mecburiyet 16. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “Birleşik Krallık’taki herhangi bir imalatçıya, satıcıya veya tacire ait olduğu ya da ait olduğu izlenimini veren herhangi bir ad veya ticari marka taşıyan tüm bu mallar ile yabancı menşeli tüm mallar – eğer söz konusu ad veya ticari marka, malların üretildiği ya da imal edildiği ülkeye dair açık bir ibare taşımamakta ise – Birleşik Krallık’a ithal edilmesi yasaklanmıştır. Bu bölümün hükümleri saklı kalmak kaydıyla, söz konusu mallar, 1876 tarihli Gümrük Konsolidasyon Kanunu’nun 42. maddesinde açıkça belirtilmiş yasaklı mallar arasında sayılır”, Merchandise Marks Act 1887; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/50-51/28/pdfs/ukpga_18870028_en.pdf> erişim tarihi: 13.07.2025

edilmesi hâlinde, bunun hileli bir işlem”⁷ olacağı belirtilmiştir. “Benzer şekilde, Fransız menşeli olduğu izlenimini verebilecek “Mode de Paris” gibi ifadeler, eğer mallar Almanya’da üretilmişse, hukuka aykırı kabul edilir.”⁸ Bu şekilde, rekabet avantajı elde etmeleri için malları destekleme imkanı bakımından rekabet hukuku da düzenlenmeye çalışılmıştır.⁹ Bu yakın tarihsel gelişimine¹⁰ rağmen, menşe konusu günümüz itibarıyla hızla gelişmiş ve menşe şahadetnamesi başta olmak üzere tüm menşe belgeleri elektronik ortamda düzenlenip uluslararası platformlarda takip edilebilir bir yapıya evrilmeye başlamıştır. Menşe belgesi, uluslararası kullanımda da “Certificate of Origin (CO)” olarak İngilizce kavramsallaştırılmıştır. Nitekim Ticaret Bakanlığı da menşe kavramını şu şekilde açıklamaktadır:

*“Menşe bir eşyanın ekonomik milliyetidir. Örneğin; Türkiye’de hasat edilen bitkisel ürünler, Türkiye’de doğmuş ve yetiştirilmiş canlı hayvanlar vs. Menşe kavramı önemlidir çünkü eşyanın ithalatı sırasında gümrük vergilerinin hesaplanması, ticaret politikası önlemlerinin uygulanması (gözetim ve korunma önlemleri, miktar kısıtlamaları, anti-damping vergisi vs.) menşe ülkeye göre belirlenmektedir. Ayrıca, dış ticarete ilişkin istatistik tutulması bakımından da menşe önem arzemektedir”.*¹¹

Gümrük trafiğinde ithalat sırasında uygulanacak vergilendirme, ithalatçı ve ihracatçı firmaların mensup olduğu ülkeler arasında bir anlaşmanın varlığına bağlı olarak değişebilir. Eğer iki ülke arasında bir tercihli ticaret anlaşması mevcutsa, bu durumda eşyanın *tercihli menşei* esas alınır (Gümrük Kanunu md. 22). Ancak herhangi bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, *tercihli olmayan menşe* kuralları uygulanır (Gümrük Kanunu md. 17-21). Yekûn teşkil eden ise bu çalışmanın konusunu oluşturan menşe şahadetnamesinin ifade ettiği- ithalatçı ve ihracatçı firmanın iki ülkesi arasında anlaşmanın olmadığı- durumlardır. Zira “*Tercihli olmayan menşe kuralları, ülkelerin dış ticaret politikasının omurgasını*

⁷ Merchandise Marks Act 1887, 17 <<https://archive.org/details/merchandisemark00payngoog/page/n13/mode/2up?q=origin>> erişim tarihi: 13.07.2025.

⁸ ibid. 62.

⁹ Constantin Frank-Fahle, ‘Made in Germany– Herkunftsbezeichnung und Ursprungszeugnis im Lichte des Auslandsgeschäfts’ (2020) 66 (1-2) RIW 12.

¹⁰ Birleşik Krallık’a ait bu 1887 tarihli Düzenlemenin gerekçesinde uluslararası bir mutabakat girişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin: “Ulusal malların yanlış menşe işaretiyle etiketlenmesi ve malların menşeinin gerçeğe aykırı şekilde belirtilmesi yoluyla ulusal ticarete verilen zarar, yabancı hükümetlerin uzun süredir gündeminde yer almaktaydı. Bu mesele üzerine, 1883 yılında Paris’te bir Uluslararası Konferans düzenlenmiş ve bu konuda bir uzlaşmaya varılmıştır. Bu uzlaşma, 1883 Paris Sözleşmesi’ne yansıtılmıştır” (Merchandise Marks Act 1887, 2 <<https://archive.org/details/merchandisemark00payngoog/page/n13/mode/2up?q=origin>> erişim tarihi: 13.07.2025.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, ‘Menşe’, <<https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/mense>> erişim tarihi: 03.04.2025.



oluşturan ticaret politikası önlemlerinin gereğince ve etkin bir şekilde uygulanabilmesini sağlarlar”¹².

Devletler, nitekim ticaret politikalarını belirlerken toptancı bir anlayış yerine ülke bazlı (A ülkesi veya A ve B ülkeleri gibi) çeşitli sınırlamalar veya yasaklar getirebilmektedir.¹³ Yakın zamanda ABD başkanı *Donald Trump*, birçok ülkeye ithalatta değişen miktarlarda vergi oranlarını arttırarak -örneğin Çin’e % 54, Vietnam’a % 46, AB’ye % 20, İsviçre’ye % 32, Güney Kore’ye % 26, İngiltere’ye % 10 ve Türkiye’ye % 10 şeklinde- yeni gümrük tarifelerini ilan etti.¹⁴ *Trump* bu şekilde ülkesinin menfaatlerini -yerli üretimi/üreticiyi- gümrük trafiğini ithalat yönünden seyreterek koruma politikası gütmektedir.¹⁵ Ülkemiz açısından 2018 yılında ABD başkanı *Donald Trump*, Türkiye’den satın alınan çelik ve alüminyumda gümrük vergisinin iki katına çıkarılmasına onay vermiş; Türk makamları da buna misilleme olarak 15 Ağustos 2018 tarihinde ABD menşeli bazı ithal ürünlere %50 ve %100’den daha fazla ilave gümrük vergisi ile karşılık vermiştir.¹⁶

Bazı durumlarda devletler belirli ülkelerden ithalata siyasi tercihler ya da halk sağlığının korunması kaygısı gibi muhtelif nedenlerle de yasak getirebilmektedirler. Diğer bir anlatımla, bu yasakların uluslararası yükümlülükler, dahil olunan ekonomik topluluklar veya belirli ülkelerin belirli ürünler bakımından tehlikelilik içermesi gibi çok değişik sebepleri olabilmektedir.¹⁷ Örneğin, ülkemizde 28.06.2005 tarihinde 2005/1271 sayılı Bakanlık Onay’ı ile 7404 tarife pozisyonunda bakır hurda ticari tanımlı eşyanın Irak ve Suriye Arap Cumhuriyeti’nden

¹² Ticaret Bakanlığı, ‘Ticari İşlemler’, <[¹³ Oregon Tech \(n 3\)](https://gumrukrehberi.gov.tr/sayfa/tercihli-olmayan-men%C5%9Fekurallar%C4%B1-ne-anlama-gelir#:~:text=Mal%C4%B1n%20ithalat%C3%A7%C4%B1s%C4%B1%20ve%20ihracat%C3%A7%C4%B1s%C4%B1%20olan,e%C5%9Fyan%C4%B1n%20tercihli%20olmayan%20men%C5%9Ffe%E2%80%9D%20denir.> erişim tarihi: 24 Nisan 2025.</p></div><div data-bbox=)

¹⁴ Jennifer Clarke, ‘What are tariffs and why is Trump using them?’, BBC News (Londra, 7 April 2025) <<https://www.bbc.com/news/articles/cn93e12rypg0>> erişim tarihi: 7 Nisan 2025.

¹⁵ ibid.

¹⁶ Aytekin ve Uçan (n 3) 858.

¹⁷ Bölgesel bir birlik olarak Avrupa Birliği’nin siyasi ve askeri gerekçelerle yasaklama getirdiği bir örnek için bkz.: Avrupa Birliği’nin Myanmar (Burma)’a yönelik uygulanan yaptırımları konu alan Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (AB) No 401/2013. Bu düzenlemeyle, Myanmar (Burma) ile ilgili olarak çeşitli önlemler kapsamında bilhassa Myanmar/Burma menşeli belirli ihracat kalemlerinin yönelik kısıtlamalar ile bazı kişi ve kuruluşlara ait malvarlıklarının dondurulması öngörülmektedir. Bkz.: Council Regulation (EU) No 401/2013 of 2 May 2013 concerning restrictive measures in respect of Myanmar/Burma and repealing Regulation (EC) No 194/2008 [2013] OJ L121/1 <<http://data.europa.eu/eli/reg/2013/401/oj>> erişim tarihi: 13 Temmuz 2025. Bu yasaklar 30 Nisan 2026 yılına kadar uzatılmıştır. Bkz.: Council of the European Union, ‘Timeline – EU Sanctions against Myanmar’ (Council of the EU) <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-myanmar/timeline-sanctions-against-myanmar/>> erişim tarihi: 13 Temmuz 2025. Bu Tüzük’ün Almanya’da ihlali iddialarını konu bir karar için bkz.: BGH (3. Strafsenat), Beschluss vom 25.11.2024 – 3 StR 373/21 (BGH Beschl. v. 25.11.2024 – 3 StR 373/21, BeckRS 2024, 39356), <<https://beck-online.beck.de/Home>> erişim tarihi: 13.07.2025.

ithali yasaklanmıştır. Çünkü bu ülkelerdeki savaş, çatışma ve güvenlik sorunları, bakır hurdalarla ilgili de şüphe doğurabilmektedir. Ancak bu yasaklar veya sınırlamalar, devletlerin değişen ticaret politikalarına ve ithalat yapılacak ülkedeki çeşitli değişimlere de bağlı olduğundan kalıcı olmamaktadır. Gerçekten, menşe bazlı yasakların veya sınırlamaların sıklıkla değişikliğe uğradığı görülmektedir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz örnekte de 28.06.2005 tarihli ve 2005/1271 sayılı Bakanlık Onay'ı ile 7404 tarife pozisyonunda bakır hurda ticari tanımlı eşyanın Irak ve Suriye Arap Cumhuriyeti'nden ithalat yasağının da 03.11.2022 tarihinde belirli koşullar altında kaldırıldığı görülmektedir. Buna göre, İthalat Genel Müdürlüğü'nden alınan 03.11.2022 tarihli ve 79710716 sayılı yazıda, *"..kullanıcı sektörlerden gelen talepler ve girdi temininde yaşanan sıkıntıların giderilmesi amacıyla hali hazırda belirlenen şartların sağlanarak ilgili gümrük idaresine tevsiki halinde Irak çıkışlı/menşeli demir-çelik hurdalarına (GTP 7204) yönelik uygulanan ithalat yasağının kaldırılmasının uygun görüldüğü"* belirtilmiştir.

Menşe bazlı yasaklar veya sınırlamalar; halk sağlığının korunması, uluslararası yükümlülöklere riayetin sağlanması, istatistiklerin tutulması ve ülkenin ticaret politikalarının gerçekleştirilmesi gibi birçok amaca hizmet etmektedir. En önemlisi devletlerin başka ölkelerle ithalat ve ihracatı sırasında çeşitli vergi uygulamalarına gitmesidir. Yukarıda değindiğimiz ABD başkanı *Donald Trump*'ın ölkö bazlı yeni gümrük tarifesi örneğinde ise konu doğrudan *"vergi"* ile ilgilidir. Gerçekten, serbest dolaşıma giriş rejiminde ölkelere uygulanan bu sınırlamaların sebepleri farklı olsa da tüm bu hallerde en önemli ortak sonuç, genellikle vergi noktasında karşımıza çıkmaktadır. Farklı bir anlatımla, menşe şahadetnamesi, ithalat ve ihracatta bazı hallerde hiç, bazı hallerde daha az; bazı hallerde ise daha fazla vergi ödenmesi ile sonuçlanmaktadır. Bu bağlamda menşe şahadetnamesine ilişkin sahtecilik veya herhangi bir kötüye kullanım, devletin vergi zararına da neden olabilmektedir. Bilhassa yukarıda verdiğimiz örneklerdeki gibi eşyanın menşei esas alınan ilave gümrük vergisi (İGV) hallerinde bu kayıp yüksek olabilir. Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 2014 yılında verdiği karara konu olan olayda düşük vergi ödemek için sahte menşe şahadetnamesi kullanıldığı iddiası vardır.¹⁸ Bu halde sahteciliğin oluşması halinde ayrıca Kaçakçılık Kanunu md. 3/2'de düzenlenen *"Eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ölköye sokan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır"* hükmü de uygulanır. TCK md. 212 atfı ile ilgili belgede sahtecilik suçu ile kaçakçılık suçu arasında gerçek içtima yapılır. Bu halde ayrıca Gümrük Kanunu'ndaki gümrük vergisine ilişkin cezai hükümler (md. 231-241) de saklıdır.¹⁹

¹⁸ Yargıtay 7. CD., E. 2013/7696, K. 2014/7129, T. 25.3.2014.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanmasının 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344.maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Buna göre, Anayasa



Bununla birlikte menşe şahadetnamesinin ithalat yasağı olan ülkeleri belirlemek için kullanıldığı durumlarda (örneğin A ülkesinden B ürünlerinin ithalatının yapılmasının yasaklandığı) devletin vergi ile ilgili kaybı söz konusu olmamaktadır. Ancak bu durumda yasaklama nedenine göre ceza hukukunda kamu sağlığı başta olmak üzere çeşitli hukuki değerler gündeme gelebilir. Ayrıca Kaçakçılık Kanunu md. 3/7’de düzenlenen “İthali kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokan kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İthali yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır” hükmü de uygulanabilir. Ancak bunun için ithalin kanun ile yasaklanmış olması gerekir. Yukarıda verdiğimiz bakır hurda örneğinde Irak ve Suriye Arap Cumhuriyeti’nden bakır hurda ticari tanımlı eşyanın ithali, 5/1271 sayılı Bakanlık Onay’ı ile 7404 tarife pozisyonunda yasaklanmıştır. İthali düzenleyici işlemlerle yasaklananlar bakımından Gümrük Kanunu md.235’teki kabahat (idari suç) uygulama alanı bulur.

Bu işlevlerinden anlaşılacağı üzere menşe şahadetnamesi düzenlenmesi, bilhassa ithalatta önem kazanmaktadır. Gerçekten menşe şahadetnamesi düzenlenmesi mecburiyeti noktasında devletler ihracata ve ithalata göre ikili ayırım yapmaktadır. Türk hukukunda ihracatta menşe şahadetnamesi düzenlenmesi mecburi değilken; ithalatta, “*Serbest Dolaşıma Giriş Rejimi*” gereğince kural olarak mecburidir. Gümrük Yönetmeliği’nin 205. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Serbest dolaşıma girişte, ticaret politikası önlemlerine, ilave gümrük vergisine veya ek mali yükümlülük gibi diğer mali yükümlülüklerle tabi eşyanın menşei, menşe şahadetnamesi ile ispat olunur. Menşe şahadetnamesi, eşyanın serbest dolaşıma girişine ilişkin beyanname ekinde ibraz edilir*”. İstisna ise aynı Yönetmeliğin 39. maddesinde; “*Menşe şahadetnamesi aranılmayacak eşya*” olarak “*Ticari mahiyette olmayan ve CIF kıymeti 430 Avro’yu geçmeyen eşya için menşe şahadetnamesi aranmaz*” şeklinde belirtilmiştir.

Gümrük trafiğinde eşyanın/ürünün “ekonomik milliyeti” şeklinde nitelendirilen²⁰ bu menşe şahadetnamesi gibi menşei temsil eden örneğin *A.TR Dolaşım Belgesi*, *D-8 Menşe İspat Belgesi* veya *EUR-MED Dolaşım Belgesi* gibi başka belge türleri de mevcuttur. Tüm bu belgeler, ortak olarak “menşe belgeleri” olarak nitelendirilmekle birlikte; bu belgeler eşyanın tercihli- tercihsiz menşei göstermesine göre ikiye ayrılır. 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği’nde tüm belgeler, oldukça kazuistik bir gö-

Mahkemesi, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul ettiği *aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama (ne bis in idem)* ilkesine Anayasa’da açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen, somut olayda bu ilkenin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. Bkz.: AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, T. 04.11.2021, para.26 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2019-4-k-2021-78-t-4-11-2021>> erişim tarihi:05.05.2025.

²⁰ Bkz. Yukarıda dipnot 4.

rünüm arz eden 4. maddesinde tanımlanarak sıralanmıştır. Buna göre, “Eşyanın tercihli menşeyini gösteren ve ihracatçı tarafından 3 üncü maddede belirtilen mevzuat ile belirlenen şekle uygun olarak düzenlenen EUR.1 ve EUR-MED Dolaşım Belgelerini, İran Menşe İspat Belgesini, Malezya Menşe Belgesini, D-8 Menşe İspat Belgesini, TR-AZ Menşe İspat Belgesini, TPS-OIC Menşe İspat Belgesini, menşe beyanlarını, fatura beyanlarını, EUR-MED Fatura Beyanlarını, tedarikçi beyanlarını, Form A Menşe Belgeleri”, menşe ispat belgeleri olarak sıralanmıştır (md.4/j). Bu çalışmanın konusunu oluşturan menşe şahadetnamesi ise yine aynı Tebliğde “eşyanın tercihsiz menşeyini gösteren, bir örneği Gümrük Yönetmeliğinin Ek-7’sinde yer alan belge” olarak tasnif edilmiştir (md.4/k).

Türk hukukunda menşe şahadetnamesi, en temelde 27/10/1999 Tarih ve 4458 Sayılı Gümrük Kanunu’nun 17 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Gümrük Kanunu’nda Menşe şahadetnamesine ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği; maddi ve şekli hususların ise Gümrük Kanunu’nun 21. Maddesinin atfıyla 07.10.2009 Tarih ve 27369 Resmî Gazete Sayılı Gümrük Yönetmeliği’nde düzenlendiği görülmektedir. Bunların haricinde; 2014/01 tarihli “A.TR Dolaşım Belgeleri, Menşe İspat Belgeleri ve Menşe Şahadetnamelerinin Sonradan Kontrolüne İlişkin İşlemler” konulu Genelge ile 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10), bu alanın hususi mevzuatını oluşturmaktadır. Bunların haricinde, gerçeğe aykırı ve sahte menşe şahadetnamelerinin gümrük işlemlerinde sunulması halinde 5237 Sayılı TCK’nın belgede sahtecilik hükümleri (md.204-212) ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun “kaçakçılık suçları” olarak düzenlediği 4. maddesi bu alanın en temel ceza hukuku düzenlemelerini oluşturur.

Bu çalışmada gümrük trafiğinde eşyanın/ürünün hukuki açıdan pasaport belgesi işlevi gören bir belge olarak menşe şahadetnamesi, TCK’nın belgede sahtecilik suçları hükümleri doğrultusunda ele alınacaktır. Çalışmada ilk olarak menşe şahadetnamesinin Türk gümrük hukukundaki kurucu unsurları ve düzenleme koşulları ortaya konulacaktır. Her ne kadar Milletlerarası Ticaret Odası’nın (*International Chamber of Commerce- ICC*) bu tür belgelerin düzenlenme koşullarında yeknesaklığı sağlamak için girişimleri²¹ olsa da halihazırda tüm dünyaya bu yeknesaklığın teşmil edilemediği görülmektedir. Gerçekten bu belge ile ilgili öğretilerde haklı olarak “menşe kuralları açısından bugün için dünyada ciddi bir karmaşa yaşanmaktadır”²² tespiti yapılmaktadır. Bunun yanı sıra en temel mesele özel hukuktaki netliğin aksine, yurt dışında düzenlenen ve Türkiye’de kullanılan belgelerin, TCK’nın belgede sahtecilik hükümleri ile korunup korunmayacağı;

²¹ Bkz.: <<https://certificates.iccwbo.org/>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

²² Kenan Güler, WPS NO/ 162/ 2018-05, *Ticaretin Kolaylaştırılmasında Bir Engel Menşe Kuralları* (Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü) 3, <<https://www.ticaret.edu.tr/uploads/dosyalar/921/162%20T%98CARET%98N%20KOLAYLA%98TIRILMASINDA%20B%98R%20ENGEL%20MEN%98E%20KURALLARI.pdf>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

şayet korunacaksa hangi düzeyde (resmi/özel belge koruması gibi) korunacağı konusunun henüz yeterince aydınlatılmamış olmasıdır. Zira bu aydınlatılmama durumu, başkaca ön soruların belirsiz kalmasının bir sonucudur. Söz gelimi menşe şahadetnamesi özelinde belirtildiği gibi belgenin düzenlediği ülkelerdeki belge düzenleme koşullarının ne olduğu sorusu cevaplanmalıdır.

Diğer bir taraftan yabancı ülkede düzenlenen belgeler konusu, belgede sahtecilik suçları ile korunan hukuki değer in ne olduğunun da yeniden düşünülmesini gerektirmektedir.²³ Örneğin belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki değerin, o belgelere yönelik toplumun/kamunun güveni olduğunu söylediğimizde, yabancı ülkede düzenlenen belgelere yönelik kamunun güveninin olduğu söylenebilecek midir?

Türk öğretisinde yabancı ülke hukuk sistemlerine ait belgelerin Türk hukukundaki belgelerden ayırt edilme gereği duyulmamıştır. Hatta Erman/Özek’e göre “bütün kanunlar milli evrakta yapılan sahtekarlıkla, yabancı evrakta işlenen sahtekarlık arasında fark gözetmemektedir”.²⁴ Nitekim öğretide yabancı ülkelerde düzenlenen belgelerin akıbeti, genellikle belge unsuru anlatılırken tıpkı elektronik belgeler gibi bir belge çeşidi, örneğin “yabancı devlet makamları tarafından hazırlanan resmi belge”²⁵ olarak açıklanmaktadır. Daha da önemlisi bu belgelere yönelik sahtecilikler hukuki değerle ilişkilendirilerek açıklanmamaktadır. Yabancı hukuk sistemlerindeki resmi belgeler (örneğin özel kanunlar gereği resmi belge kabul edilen veya resmi belge hükmündeki belgeler) olarak ele alınmamaktadır. Yalnızca “yabancı devlet tarafından düzenleme” ile sınırlı olarak konuya değinilmektedir. Genellikle HMK’nın yabancı ülkelerdeki belgelerle ilgili ispat bağlamındaki hükmü, yabancı ülkelerdeki belgelerle ilgili temel bir tutamak noktası olarak öne çıkmaktadır.²⁶ Buna göre yabancı ülkenin resmi belgesinin Türk hukukunda resmi belge olarak korunabilmesi için bunların verildiği devletin yetkili makamı veya konsolosluk tarafından onaylanması aranmaktadır.²⁷ Yine ispat gibi

²³ Krş. Sahir Erman ve Çetin Özek, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1996) 225- 226

²⁴ Erman ve Özek (n 23) 221 ff.

²⁵ Örneğin bkz.: Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5.bs Adalet 2018) 87; Mehmet Sıddık Çinko, *Türk Hukukunda Resmi Belgede Sahtecilik Suçu* (Yeditepe Üniversitesi 2022) 117; Tuba Keleş Pekmez, *Belge Suçları* (TCK M. 204-212) (On İki Levha Yayıncılık 2025)

²⁶ Gökçen (n 25) 87; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19.bs Seçkin 2024) 865; Hasan Tahsin Gökçen ve Mustafa Artuç, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt (M.197-254)* (Adalet 2021) 6958; Nurullah Tekin, ‘Resmi Belgede Sahtecilik Suçunda Bazı Özel Durumlar’ (Ekim 2014) 5(19) TAAD 903, 920-923; Çinko (n 25) 117;

²⁷ Gökçen (n 25) 87. HMK’nın ilgili hükmü şöyledir: “Yabancı resmî belgelerin yetkili makamlar tarafından onaylanması zorunluluğu: Madde 224: (1) Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır.

Türk hukukunda değer ifade etmesinden hareket edilmektedir.²⁸ Burada yaklaşımda bir hata söz konusudur. Hatanın kaynağı ise ceza hukuku ile özel hukuk ve bilhassa özel hukuktaki ispat normunun- açık düzenleme ile somutlaşmış olması sebebiyle- ayırt edilmemesidir. Farklı bir anlatımla yabancı hukuk sistemlerindeki belgelere Türk ceza hukuku korumasının gerekliliği perspektifiyle yaklaşılmamaktadır. Bunun yerine somut olay bazlı ilerlendiği görülmektedir.²⁹ Nitekim TCK'nın belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerin korumasının yabancı bir devlete ait resmi belgeyi de kapsayıp kapsamadığının tartışmalı olduğu ve ağırlık görüşünde kapsamaması gerektiği yönünde olduğu belirtilmektedir.³⁰ Tartışmalar, “yabancı devlet tarafından düzenleme” ile sınırlı olarak ilerlese de Yargıtay yabancı ülkenin devleti tarafından bizzat düzenlenen kimlik belgesini TCK md. 204/3 bağlamında “*kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde*”³¹ kabul etmediği içtihadı da mevcuttur.³²

Literatürdeki genel eğilim dikkate alındığında, belgede sahtecilik suçlarını konu alan bazı çalışmalarda yabancı belgelere ya çok kısa değinildiği ya da hiç değinilmediği görülmektedir. Oysa nasıl ki ülke içinde belgelerin dolaşımı söz konusuysa, benzer şekilde uluslararası düzeyde de belgelerin dolaşımı bulunmaktadır. Yine, nasıl ki ülke içinde belgelerin dolaşımında önemli işlevler söz konusuysa, benzer şekilde uluslararası düzeyde belgelerin dolaşımında da önemli işlevler bulunmaktadır. Ancak ülkeler arası belge dolaşımında (sirkülasyonunda) ortaya çıkabilecek sahtecilik ve gerçeğe aykırılık halleri yeterince analiz edilmemiş; bu alan, Türk ceza hukukundaki sahtecilik suçlarının genel hükümlerinin oluşturulmasında kapsamlı şekilde dikkate alınmamıştır. Menşe şahadetnamesi gibi gümrük hukukunda yüksek işlevi olan bir belgeye yönelik gerçeğe aykırılıkların ve sahteciliklerin ele alınması ihtiyacı da işte bu şekilde hasıl olmuştur.

Yabancı ülkede düzenlenen belgelerle ilgili üçüncü ana bir zorluk nedeni ise ceza hukukunun ve dolayısıyla ceza yargılamasının mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Çünkü ceza hukuku özel hukukun (milletlerarası özel hukuk) aksine *locus regit actum* (işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tabi olması) kuralı ile hareket etmekle yetinemez. Devletlerin egemenliğini (*jus puniendi*) ve kamu gücünü yansıtan ceza hukukunda, devletin yabancı ülkedeki işlemi tanınması da

(2) Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır”.

²⁸ Bkz.: Koray Doğan, ‘Ceza Hukukunda Belge Kavramı’ (2010) 14 Ceza Hukuku Dergisi 51, 64.

²⁹ Değişen Yargıtay kararları için bkz.: Gökçen (n 25) 87.

³⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (22.bs Seçkin 2024) 926.

³¹ TCK md.204/3'teki bu nitelikli hal, 765 sayılı TCK döneminde “*isbat kudreti bakımından resmi evrak*” şeklindeki olağan resmi belgelere göre daha fazla kamu güvenin söz konusu olduğu durumu ifade etmektedir. İfade ve açıklamaları için bkz.: Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler; C: II* (Seçkin 1993) 1681.

³² Yargıtay 11. CD., E. 2009/14902, K. 2012/1493, T. 14.02.2012, aktaran: Gökçen (n 25) 87.



gerekir. Örneğin İsviçre Ceza Kanunu'nda yabancı hukuk sistemlerine ait belgeler (md. 255) ile para ve kıymetli evrakların (md.251) da ceza kanunundaki sahtecilik hükümlerinin konusunu oluşturacağı hüküm altına alınmıştır. Bu tanıma da bir yöntemdir. Bu İsviçre düzenlemesi Erman/Özek'in belirttiğinin aksine bütün kanunların "...*milli evrakta yapılan sahtekarlıkla, yabancı evrakta işlenen sahtekarlık arasında fark gözetmeme..*"³³ kabulünün bir göstergesi değildir. Bu, bir tanıma göstergesidir.

Tanıma noktasında milletlerarası kamu hukukunda mütekabiliyet ilkesi ve bu bağlamda çok sayıda iki taraflı anlaşmalar devreye girmektedir. Nitekim menşe belgelerinin türlerinde örneğin Türkiye- Güney Kore arasındaki serbest ticaret anlaşması gereğince kabul edilen menşe belgesi; Türkiye- Singapur arasındaki serbest ticaret anlaşması gereğince kabul edilen menşe belgesi veya Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasındaki serbest ticaret anlaşması gereğince kabul edilen menşe belgesi gibi yahut da İran Menşe İspat Belgesi veya Malezya Menşe Belgesi gibi çeşitli menşe belge türlerinin tanımlarına rastlanılmaktadır.³⁴ Böyle olunca menşe şahadetnamesinin sahtecilik hükümlerine göre korunmasının, "Türk hukukunda düzenlenen menşe şahadetnameleri" ve "yabancı ülke hukuk sistemlerinde düzenlenen menşe şahadetnameleri" olarak ikiye ayırmak suretiyle incelenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ikili ayırmada kullandığımız terminolojiye dikkat çekmek isteriz. Burada özellikle "Türkiye'de düzenlenen menşe şahadetnameleri" ve "yurt dışında düzenlenen menşe şahadetnameleri" olarak ifade etmedik. Çünkü yabancı bir kamu görevlisi tarafından Türkiye'de belge düzenlenmesi söz konusu olabileceği gibi bir Türk vatandaşı veya Türk kamu görevlisi tarafından yurt dışında belge düzenlenmesi söz konusu olabilir. Burada ölçüt, hangi hukuk sistemine göre düzenlendiği olmalıdır. Buraya kadarki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, bu çalışmada asıl meseleyi teşkil eden ve zorluklar içeren husus, yabancı ülke hukuk sistemlerinde düzenlenen menşe şahadetnamelerindeki gerçeğe aykırılık ve sahteciliklerin TCK md. 204-212'de düzenlenen hükümler bakımından ortaya konulmasıdır.

I. TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENEN MENŞE ŞAHADETNAMELERİ

Gümrük Kanunu'nda menşe belgeleri, "Eşyanın Tercihli Olmayan Menşei" (md.17-21) ve "Eşyanın Tercihli Menşei" (md. 22) olarak iki türe ayrılarak düzenlenmiştir. Eğer iki ülke arasında bir tercihli ticaret anlaşması mevcutsa, bu durumda eşyanın *tercihli menşei*; herhangi bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, *tercihli olmayan menşe* kuralları uygulanır. Bu ayrıma göre menşe şahadetnamesi ise, *Eşyanın Tercihli Olmayan Menşei* kategorisindedir. Keza "Eş-

³³ Erman ve Özek (n 23) 225- 226.

³⁴ Bkz.: 11 Nisan 2023 Tarihli ve 32160 Sayılı Resmi Gazete Gümrük Genel Tebliği'nde (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10) "Tanımlar" başlıklı 4. Madde, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230411-4.htm>>erişim tarihi: 06.04.2024.

yanın tercihsiz menşeyini gösterenler, örneği Gümrük Yönetmeliğinin Ek-7’inde yer alan belge..” olarak 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği’nde (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10) 4. maddede tanımlanmıştır. Bunun haricinde başta “menşe ispat belgeleri”³⁵ olmak üzere çeşitli menşe belge türleri de mevcuttur.

Gümrük Kanunu’nun 18. Maddesinin (1) numaralı cümlesinde “Tümüyle bir ülkede elde edilen veya üretilen eşya, o ülke menşelidir” denildikten sonra aynı maddenin (2) numaralı cümlesinde “Tümüyle bir ülkede elde edilen veya üretilen eşya” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği a)’dan j)’ye kadar listelenmek suretiyle gösterilmiştir. Buna göre;

“O ülkede... çıkartılan madencilik ürünleri (a), toplanan bitkisel ürünler (b), doğan ve yetiştirilen canlı hayvanlar (c), yetiştirilen canlı hayvanlardan elde edilen ürünler (d), tutulan ve avlanan balıkçılık ve avcılık ürünleri (e), kayıtlı veya tescilli olup, o ülkenin bandırasını taşıyan araçlar tarafından herhangi bir ülkenin kara suları dışındaki denizlerden çıkartılan av ürünleri ve diğer deniz ürünleri (f), kayıtlı ya da tescilli olan ve ülkenin bandırasını taşıyan, fabrika gemilerde (f) bendinde öngörülen ürünlerden elde edilen eşya (g), kara suları dışındaki denizlerin dibinden ya da deniz dibindeki toprağın altından münhasır işletme hakkına sahip olarak o ülke tarafından çıkartılan ürünler (h), Sadece hammadde elde etmek için o ülkede toplanan, imalat işlemlerinden veya kullanım kalıntılarından elde edilen atık ve artıklar (i) ve son olarak buraya kadarki bentlerde sayılan eşyadan üretimin herhangi bir aşamasında elde edilen eşya ile bunların türevlerinden elde edilen eşya j) anlaşılır”. Yine “o ülkede” ifadesinin, o ülkenin karasularını da kapsayacağı kabul edilmiştir (md. 18/3).

Bazı hallerde üretim birden fazla ülkede gerçekleşebilmektedir. Bu husus da Gümrük Kanunu’nun 19. maddesinde; “Üretimin birden fazla ülkede gerçekleştirilen eşyanın bir ülke menşeli sayılabilmesi için o ülkede yeni bir ürün imal edilmesi veya imalatın önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin o ülkede bu amaçla donatılmış işletmelerde yapılması gerekir” şeklinde öngörülmüştür. Bu da göstermektedir ki bir ürün, birden fazla ülke çıkışlı olabilir, ancak yine de tek ülke çıkışlı sayılması mümkündür. Bunun için “yeni bir ürün imal edilmesi” veya “imalatın önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eyle-

³⁵ 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği’nde (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10) 4. Madde: “Menşe ispat belgeleri: Eşyanın tercihli menşeyini gösteren ve ihracatçı tarafından 3 üncü maddede belirtilen mevzuat ile belirlenen şekle uygun olarak düzenlenen EUR.1 ve EUR-MED Dolaşım Belgelerini, İran Menşe İspat Belgesini, Malezya Menşe Belgesini, D-8 Menşe İspat Belgesini, TR-AZ Menşe İspat Belgesini, TPS-OIC Menşe İspat Belgesini, menşe beyanlarını, fatura beyanlarını, EUR-MED Fatura Beyanlarını, tedarikçi beyanlarını, Form A Menşe Belgelerini, ifade eder” (<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230411-4.htm>> erişim tarihi: 06.04.2024).



min o ülkede bu amaçla donatılmış işletmelerde yapılması” şartlarından birinin sağlanmış olması zorunludur.

Örneğin, Avrupa Birliği, Konsey Tüzüğü (AB) No 401/2013 ile Myanmar (Burma) ile ilgili olarak 30 Nisan 2026 tarihine kadar çeşitli önlemler kapsamında bilhassa Myanmar (Burma) menşeli belirli ihracat kalemlerinin yönelik kısıtlamalar getirmiştir.³⁶ 2024 yılında Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) kararına konu olan bir olayda “tedarikçi To., tik ağaçlarını [*Tectona grandis*]³⁷ önce Myanmar’da kesmiş, ardından bu kütükleri Tayvan’a sevk etmiş ve kendi yerel tesislerinde işlemiştir. Alman yerel mahkemesinin tespitlerine göre, Almanya’daki şirket To. ’dan Myanmar menşeli, ancak Tayvan’da işlenmiş iki tür tik ağacı satın almıştır: İlki, dalları ve kabuğu temizlenmiş, kare kütükler (teak-squares) hâline getirilmiş ağaçlardır. İkincisi ise kereste hâline getirilmiş, yani kalas ya da tahta hâline getirilmiş ürünlerdir. Hüküm gerekçelerine göre sanık A, bazı durumlarda teslim edilen ürünlerin aslında yalnızca dalları ve kabukları alınmış ham kütükler olduğunu beyan etmiştir. Bu işlemlerden sonra, Tayvan makamlarınca düzenlenen ve menşenin Tayvan olduğunu belirten menşe şahadetnameleriyle donatılan kereste, deniz yoluyla Tayvan’dan H. limanına gönderilmiş ve orada sanık A’nın şirketi tarafından teslim alınmıştır. Temmuz 2008 ile Mayıs 2011 arasındaki dönemde şirket, bu tedarikçiden toplam 26 adet dava konusu işlemde tik ağacı satın almış ve bu ağaçları AB gümrük bölgesine ithal etmiştir”.³⁸ Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) Myanmar Ambargo Tüzüğü’ne aykırılık söz konusu olmadığını, zira tik ağaçlarının doğrudan Myanmar’dan ithal edilmemiş olduğunu, bunun yerine önceden üçüncü bir ülkeye sevk edilip orada işlenmiş veya başka bir gemiye aktarıldığını belirtmiştir.³⁹

Gümrük Kanunu’nun 21. maddesinin (1) numaralı cümlesinde “Menşe şahadetnamesi aranacak haller ile menşe şahadetnamelerinin şekli ve içereceği bilgilere ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir” hükmü ile menşe şahadetnamesi ile ilgili ikinci temel kaynağın bir yönetmelik olduğuna işaret edilmiştir. Bu şekilde yukarıda belirttiğimiz gibi menşe şahadetnamesinin maddi ve şekli şartlarının idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlendiği görülmektedir. Bundan başka, menşe şahadetnamesi her ne kadar uluslararası (sınırı aşan) ticari faaliyetlerde işlevi olan bir belge olsa da bazı uluslararası hükümler haricinde düzenleniş biçimi, düzenleme yetkilisi ve içeriği gibi belgenin kurucu (inşai) unsurlarında karşılaştırmalı hukukta herhangi bir birliğin de olmadığı görülmektedir.

³⁶ Bkz.: dn. 11.

³⁷ Tarafımızca eklendi.

³⁸ BGH (3. Strafsenat), Beschluss vom 25.11.2024 – 3 StR 373/21 (BGH Beschl. v. 25.11.2024 – 3 StR 373/21, BeckRS 2024, 39356), para.8.

³⁹ BGH (3. Strafsenat), Beschluss vom 25.11.2024 – 3 StR 373/21 (BGH Beschl. v. 25.11.2024 – 3 StR 373/21, BeckRS 2024, 39356), Leitsätze no. 1.

Bu nedenle belgede sahtecilik suçları açısından bu belgelerin, “resmi belge”, “resmi belge hükmünde belge” yoksa “özel belge” niteliğinin saptanması için öncelikle Türkiye’de düzenlenen menşe şahadetnamesi ve yurt dışında düzenlenen menşe şahadetnamesi olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Türk hukukunda menşe şahadetnamesine ilişkin genel hükümlerin Gümrük Kanunu’nda düzenlendiği; menşe şahadetnamesinin maddi ve şekli hususlarının ise Gümrük Kanunu’nun 21. maddesinin atfıyla 07.10.2009 Tarih ve 27369 Resmî Gazete Sayılı Gümrük Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Geçici maddeleri haricinde toplamda 591 tane madde içeren Gümrük Yönetmeliği’nin İkinci Bölümü sadece menşe şahadetnamesine hasredilmiştir. Bu bölümde 40.maddede Türkiye’ye ithalatı yabancı ülkelerde düzenlenen “*menşe şahadetnamesinde bulunacak bilgiler*” şeklindedir. Bu bilgiler aynı Yönetmeliğin 42. Maddesinin atfıyla “*Türkiye’den ihracatta düzenlenecek menşe şahadetnamelerine*” de uygulanır. Buna göre 40. madde şöyledir:

“(1) Menşe şahadetnamesi, ürünün teşhis edilmesini sağlamak üzere gerekli tüm ayrıntıları taşır. Buna göre, menşe şahadetnamelerinde aşağıda yazılı bilgilerin bulunması zorunludur:

a) Eşyayı gönderenin adı, soyadı,

b) Türkiye’deki alıcısının adı, soyadı,

c) Kapların marka, numara ve sayıları,

ç) Eşyanın cinsi, nev’i, daralı ve net ağırlıkları veya diğer ölçüleri (litre, metreküp vb.),

d) Şahadetnameyi veren makamın tasdik şerhi, (tarih, imza ile mührü veya kaşesi)

e) Menşe şahadetnamesi eşyanın o ülkede gördüğü değişiklik ve işlemlerden ötürü o ülke menşeli addedilerek verilmiş ise bu husustaki etraflı açıklamalar.

(2) Birinci fıkranın (a), (b), (ç) ve (e) bentlerinde belirtilen hususlarda noksanlık ve yanlışlığın bulunması halinde, menşe şahadetnamesi gümrük idare amirinin onayı ile işleme konulur.

(3) Menşe şahadetnamesinde eşyanın menşe ülkesi tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmelidir.

(4) Birinci fıkrada belirtilen bilgileri içeren menşe şahadetnamelerinin ibrazına rağmen şüphe durumunda ek kanıtları isteme konusunda gümrük idareleri yetkilidir.”



Bu şekilde menşe şahadetnamesinde bulunacak bilgilerin sıralandığı 40. maddenin 1. fıkrasının d) bendinde menşe şahadetnamesinde “**Şahadetnameyi veren makamın tasdik şerhi, (tarih, imza ile mührü veya kaşesi)**” zorunlu unsurlardan biri olarak belirtilmiştir. İfadede geçenin hangi makam olduğu veya hangi makamın mührü veya kaşesinin arandığı belirtilmemiştir. Bunun sebebi menşe şahadetnamesinin her ne kadar uluslararası (sınırı aşan) ticari faaliyetlerde işlevi olan bir belge olsa da bazı sınırlı uluslararası hükümler haricinde düzenleniş biçimi, yetkilisi ve içeriği gibi belgenin kurucu (inşai) unsurlarında karşılaştırmalı hukukta herhangi bir birliğin olmayışıdır. Bununla birlikte belgenin resmi belge sıfatına sahip olduğu ve bu belgeye ilişkin sahtecilik fiillerinin resmi belgede sahtecilik kapsamında cezalandırılması genel kabuldür.⁴⁰ Bu nedenle Gümrük Yönetmeliği’nin menşe şahadetnamesini “resmi belge” olarak addettiği; hükümde geçen “makam”, “makamın tasdik şerhi”, “mührü veya kaşesi” ibarelerinden anlaşılmaktadır. Bu da kanun koyucunun menşe şahadetnamesini “resmi belge hükmünde” addettiğini göstermektedir.

Menşe şahadetnamesi düzenleme yetkisi, birçok ülkede ülkenin ilgili meslek odası veya birliğine verilmektedir. Örneğin Alman hukukunda bu yetki, Sanayi ve Ticaret Odaları’na verilmiştir. Alman hukukunda da menşe Şahadetnamesi (Almanca: *Ursprungszeugnis*) resmi belge kabul edilmektedir.⁴¹ Benzer şekilde Türk hukukunda da düzenleme yetkisi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne verilmiştir. Gümrük Yönetmeliği’nin Türkiye’den ihracatta düzenlenecek menşe şahadetnameleri başlıklı 42. maddesi şu şekildedir:

“(1) 40 ıncı maddede sayılan unsurları taşıyan menşe şahadetnamesi ve başvuru formu ek-7’deki örneğe uygun olarak hazırlanır.

(2) Menşe şahadetnamesi ihracatçının veya ihracatçının sorumluluğundaki yetkili temsilcisinin yazılı başvurusuna binaen düzenlenir. Bu amaçla ihracatçı veya yetkili (Değişik ibare:RG-31/3/2010-27538) temsilcisi örneği ek-7.3’te yer alan başvuru formunu doldurur. Ancak ihracatın düzenli aralıklarla yapılması ve eşyanın öngörülen menşe şartlarını karşıladığına ilişkin gerekli teminatların verilmesi kaydıyla yetkili makamlar her bir ihracat işlemi için ayrı bir başvuru formu istemeyebilir. (Mülga dört ve beşinci cümleler:RG-2/12/2010-27773) (...)

(3) Ek-7’ye uygun olarak hazırlanan menşe şahadetnameleri; uzunlukta –5 mm veya +8 mm. lik tolerans kabul edilebilir olmakla birlikte 210 x

⁴⁰ Örneğin Alman hukukunda da menşe Şahadetnamesi (Almanca: *Ursprungszeugnis*) resmi belge kabul edilmekte ve sahtecilik de Alman Ceza Kanunu’nun resmi belgede sahteciliği cezalandıran 271. Maddesi kapsamında ele alınmaktadır. Bkz.: Frank-Fahle (n 9) 13, dn. 19.

⁴¹ Bkz.: <<https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Internationalisierung/Exportdokumente-Zoll-Exportkontrolle/Ursprungszeugnis/>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

297 mm. ebatlarında ve en az 64 gr/m2 ağırlığında, seri numarasını havi, mekanik ve kimyasal araçlarla yapılmış herhangi bir tahrifatı ortaya koyan meneviş desenli baskılı zemine sahip olmalıdır. Başvuru formu Türkçe dilinde, menşe şahadetnamesi ise Türkçe, İngilizce ve Fransızca dillerinde basılır. Menşe şahadetnamelerinde basıldığı matbaanın adı, adresi ve basım yeri veya matbaanın teşhis edilmesini mümkün kılan işareti bulunur. Menşe şahadetnamesi biri meneviş desenli baskılı zeminli, ikisi beyaz olan üç nüshalık takım halindedir.

(4) Başvuru formu Türkçe dilinde, menşe şahadetnamesi ise Türkçe ya da ticaretin gereklerine göre herhangi bir dilde doldurulur. Daktilo veya bilgisayar kullanılarak ya da elle büyük harflerle doldurulan başvuru formu ile menşe şahadetnamesi birbirleriyle aynı olmalıdır, nüshaları ile birlikte aynı seri numarasını taşımalıdır.

(5) Yetkili makamlar, menşe şahadetnamesi düzenlenmesi için yapılan başvuru esnasında ihracatçıdan, eşyanın Türkiye menşeli olduğunu tevsik edici gerekli görülen her tür bilgiyi talep edebilir.

(6) Başvuru formu ve menşe şahadetnamesi nüshalarının saklama süreleri için Kanunda öngörülen süre esas alınır”.

Bu hükme göre menşe şahadetnamesi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne ihracatçının veya ihracatçının sorumluluğundaki yetkili temsilcisinin yazılı başvurusuna binaen düzenlenmektedir. Nitekim menşe şahadetnamesi düzenlenmesi talebi, satıcının (ihracatçının) sorumluluğundadır. Bu nedenle ürünlerini ihraç etmek isteyen ihracatçılar ülkelerinin yetkili makamından bir talepte bulunmaktadır. Ülkemizde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *Menşe ve Dolaşım Belgeleri Otomasyon Sistemi (MEDOS) isimli* başvuru sürecini bireylerin yönetebilmesi için online bir sistem kurmuştur.⁴²

İhracatçı veya yetkili temsilcisi, Gümrük Yönetmeliği’nin ek-7.3’te yer alan başvuru formunu doldurur (md. 42/2). Hükümde menşe şahadetnamesinin fiziki koşulları ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre başvuru formu Türkçe dilinde, menşe şahadetnamesi ise Türkçe, İngilizce ve Fransızca dillerinde basılmakta; şahadetnamelerde basıldığı matbaanın adı, adresi ve basım yeri veya matbaanın teşhis edilmesini mümkün kılan işareti bulunmak zorundadır. Menşe şahadetnamesi biri meneviş desenli baskılı zeminli, ikisi beyaz olan üç nüshalık takım halindedir (md. 42/3). Başvuru formu Türkçe dilinde olması kaydıyla, menşe şahadetnamesi ise Türkçe ya da ticaretin gereklerine göre herhangi bir dilde doldurulmaktadır. Daktilo veya bilgisayar kullanılarak ya da elle büyük harflerle doldurulan başvuru formu ile menşe şahadetnamesi birbirleriyle aynı olmalıdır,

⁴² Bkz.: <<https://www.tobb.org.tr/ABDID/DisTicaret/Sayfalar/MEDOS.php>> erişim tarihi: 04.04.2025.

nüşhaları ile aynı seri numarasını taşımalıdır (md. 42/4). Önemli bir noktada aynı hükmün 5. fıkrasında düzenlenmiştir Buna göre;

“Yetkili makamlar, menşe şahadetnamesi düzenlenmesi için yapılan başvuru esnasında ihracatçıdan, eşyanın Türkiye menşeli olduğunu tevsik edici gerekli görülen her tür bilgiyi talep edebilir”.

Yetkili makamlar ise, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’dir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 5/3/1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Bu Kanun’un 2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmasıyla 1/6/2004 tarihinde yürürlüğe giren 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu’nda düzenlenmektedir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşudur. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanun’un 26. maddesinde odalarca düzenlenecek veya onaylanacak belgeler ile verilecek hizmetler arasında menşe şahadetnamesi de sıralanmıştır.

Türk ceza hukukunda bir belgenin resmi belge olarak kabul edilebilmesi için öğretide üç temel unsur; kamu görevlisi tarafından düzenlenme, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemesi ve kanundaki usullere uygun olması şeklinde sıralanır.⁴³ Bu bağlamda Türk hukukunda düzenlenen menşe şahadetnamesinin resmi belge sıfatına sahip olduğu sonucuna varılır. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanun’un 4. maddesinde odaların *“tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları”* olduğu belirtilmiştir. Nitekim Türk hukukunda meslek odalarının yetkililerinin düzenlediği belgelerin resmi belge niteliğindedir.⁴⁴

Bu şekilde Türkiye’de ihracatçının talebi ile ilgili eşya özelinde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından düzenlenen menşe şahadetnamesi, resmi belgede sahtecilik hükümleri ile korunur. Sahte ve gerçeğe aykırı menşe şahadetnamesi düzenlenmesi, gerçek bir menşe şahadetnamesinin değiştirilmesi veya sahte menşe şahadetnamesinin kullanılması halinde TCK md. 204’te düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu; ve gerçek bir menşe şahadetnamesinin bozulması, yok edilmesi veya gizlenmesi halinde de md. 205’te düzenlenen resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçu gündeme gelebilir.

Ayrıca TCK md. 206’te düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu da söz konusu olabilir. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu bakımından belgeyi düzenleyen kamu görevlisinin araştırma yükümlülüğünün olup olmaması, suçun oluşumu bakımından belirleyicidir. Gümrük Yönetmeliği’nin 42. maddesinin 5. fıkrasında *“Yetkili makamlar, menşe şahadetname-*

⁴³ Gökçen (n 25) 77-87; M. Emin Artuk Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (21.bs Adalet 2024) 755-758; Doğan (n 28) 57; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10.bs Adalet 2024) 865-866; Tekin (n 26) 910-911; Keleş Pekmez (n 25) 77 vd.

⁴⁴ Bkz.: Gökcan ve Artuç (n 26) 6960.

si düzenlenmesi için yapılan başvuru esnasında ihracatçıdan, eşyanın Türkiye menşeli olduğunu tevsik edici gerekli görülen her tür bilgiyi talep edebilir” şeklindeki düzenleme ile başvuruya bağlı olmanın yanı sıra ve başvurusunun getirdikleri ile bağlı olmanın esas olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre bir ihracatçı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne yaptığı başvuru esnasında veya sonradan yukarıdaki hükümler çerçevesinde talep edilen ilave bilgilerde gerçeğe aykırılık olması durumunda bu şekilde bilgi veren ihracatçı veya temsilcisi açısından Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu (TCK md. 206) oluşabilir. Buraya kadarki açıklamalarımız, Türk hukukunda düzenlenen menşe şahadetnameleri bakımındandır. Yukarıda sıraladığımız unsurları içermeyen menşe şahadetnameleri bakımından, özel belgede sahtecilik hükümleri (TCK md. 207 ve 208) bakidir.

II. YABANCI ÜLKE HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENEN MENŞE ŞAHADETNAMELERİ

Yabancı ülkelerde düzenlenmiş ve Türk gümrük idarelerine ibraz edilmiş menşe şahadetnamelerinin TCK’nın belgede sahtecilik hükümleri ile korunup korunmayacağı; şayet korunacaksa hangi düzeyde (resmi/özel belge koruması gibi) korunacağı konusu henüz yeterince aydınlatılmamıştır. Örneğin Faruk Erem, yabancı resmi belgelerin, Türk ceza hukukunda özel belge statüsünde korunması gerektiğini savunmuştur.⁴⁵ Bunun bir adım ötesinde, menşe şahadetnamesi yukarıda ortaya koyduğumuz üzere Türk hukukunda resmi belgede sahtecilik hükümleri ile korunduğundan, yabancı hukuk sistemlerinde düzenlenenlerin de resmi belgede sahtecilik hükümleri ile korunup korunamayacağı, esaslı bir hukuki sorun teşkil etmektedir.

Bu sorununun üç ana nedeni çalışmanın giriş kısmında ortaya konulmuştu. Belgede sahtecilik suçları kapsamında incelemeye geçmeden öncelikle, menşe şahadetnamesinin işlevinin daha iyi anlaşılabilmesi için milletlerarası satım sözleşmesinde tarafların menşe şahadetnamesiyle ilgili tarafların yükümlülükleri ortaya konulacaktır (A). Bunun üzerine “sahtecilik suçlarının konusu olarak yabancı ülkedeki menşe şahadetnameleri” ele alınacaktır (B). Nihayetinde de menşe şahadetnamesiyle ilgili gümrük idaresinin ibraz ve sonrasındaki yükümlülükleri (C) araştırılacaktır.

A. Tarafların Yükümlülükleri

Belgede sahtecilik hükümleri açısından değerlendirme yapmadan önce yabancı ülkelerde düzenlenmiş ve Türk gümrük idarelerine ibraz edilmiş menşe şahadetnamelerinin milletlerarası satım sözleşmesinin satıcıya yüklediği bir yan edim olduğunun belirtilmesi gerekir. Buna göre menşe şahadetnamesi düzenlenmesinin temini, satıcının (ihracatçının) sorumluluğundadır. Bu nedenle ürünle-

⁴⁵ Erem (n 31) 1682. Ayrıca bkz.: Hasan Tahsin Gökcan, ‘Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)’ (2009) 3 Ankara Barosu Dergisi 93, 116- 117, dn. 36.



rini ihraç etmek isteyen ihracatçılar ülkelerinin yetkili makamından bir talepte bulunmaktadır. Nitekim Ülkemizde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *Menşe ve Dolaşım Belgeleri Otomasyon Sistemi (MEDOS)* isimli başvuru sürecini bireylerin yönetebilmesi için online bir sistem kurmuştur.⁴⁶

Ticaret yaşamında ve dolayısıyla ticaret hukukunda tacirin basiretli davranma yükümlülüğü olmakla birlikte aynı zamanda ticari yaşamda, bilhassa uluslararası (sınırı aşan) ticari faaliyetlerde “güven” unsuru da ticari yaşamı mümkün kılan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu “güven” unsuru, hızlı ticari yaşamın da zorunlu kıldığı bir unsurdur. Bu nedenledir ki sözleşme hukukunda ihracatçının menşe ile ilgili ithalatçıya karşı sorumlulukları devam etmektedir. Nitekim milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelerde satıcının ayrıca teslimde menşe şahadetnamesini de teslim etmesi öngörülür.⁴⁷ Teslimde belgeler de söz konusu ise ve satıcının belgelerle ilgili bir ihlal durumu var ise alıcının sözleşmeden dönme hakkı, ancak ihlalin esaslı olmasına bağlı tutulmaktadır.⁴⁸ Nitekim menşe şahadetnamesini gerçeği yansıtmadığı haller, örneğin İngiltere yerine Güney Afrika olarak menşenin belirtildiği hallerde esaslı ihlal olarak kabul edilmemektedir.⁴⁹

Milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelerde menşe şahadetnamesini düzenleme yükümlülüğünün satıcıda olduğu ve menşe şahadetnamesinin gerçeği yansıtmadığı hallerde alıcı lehine sözleşmenin esaslı ihlali imkânı olmadığı bilgisini dikkate aldığımızda failler bakımından “sahte resmi belgeyi kullanmak” suçu bakımından belgenin sahte olduğunu bilerek ve isteyerek kullanma şeklinde manevi unsurunun gerçekleşebileceğini ispat edilmesi, güçtür.

Özellikle milletlerarası mal satımındaki CIF (*Cost, Insurance and Freight*) teslim gibi teslim yöntemlerinin türü ve çeşitliliği de satım sözleşmesinin taraflarının yükümlülüklerini şekillendirmektedir. Örneğin, navlun ve sigorta masrafları ödenmiş olarak teslim anlamına gelen CIF teslimde tüm belge düzenleme ve navlun ihracatçıya aittir. Ayrıca CIF teslimde ithalatçının belgenin doğruluğunu garanti etmesi beklenememekte ve ithalatçının belgeye müdahalesi söz konusu olmamaktadır.

⁴⁶ Bkz.: <<https://www.tobb.org.tr/ABDID/DisTicaret/Sayfalar/MEDOS.php>> erişim tarihi: 04.04.2025.

⁴⁷ Merve Akbulut, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Esaslı İhlal ve Sözleşmeden Dönme’ (2016) 14-15 <https://www.researchgate.net/publication/343046198_Milletlerarası_Mal_Satımına_Iliskin_Sozlesmeler_Hakkında_Birlesmis_Milletler_Antlasmasi_CISG_Kapsamında_Esasli_Ihlal_ve_Sozlesmeden_Donme> erişim tarihi: 05.05.2025.

⁴⁸ ibid. 14.

⁴⁹ ibid.

B. Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Yabancı Ülkedeki Menşe Şahadetnameleri

Burada ikinci adım, yabancı bir hukuk sisteminde düzenlenen menşe şahadetnamesinde olması gerekenlerin ne olacağına ilişkindir. Bu konuda uluslararası bir düzenleme mevcut değildir. Yukarıda birçok kez vurguladığımız üzere, Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chambers of Commers-ICC*) bu tür belgelerin düzenlenme koşullarında yeknesaklığı sağlamak için bazı standartlar sağlamaya çalışmaktadır. Örneğin bu belgelerin kontrolü için bir web sitesi oluşturulmuştur.⁵⁰ Ancak yine de uygulamada tüm belgelerin bu sistemde çıkmadığı veya eksik çıktığı iddiaları da söz konusudur. Bu problem özellikle Avrupa hukukunun dışındaki ülkeler açısından, örneğin Çin, İran veya Hindistan gibi ülkeler bakımından daha da derinleşmektedir. Nitekim öğretide haklı olarak “*menşe kuralları açısından bugün için dünyada ciddi bir karmaşa yaşanmaktadır*”⁵¹ tespiti yapıldığını tekrar vurgulamamız gerekir.

Keza bugün menşe şahadetnamesini elektronik ortamda düzenleme yoluna giden ülkeler de mevcuttur.⁵² 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği’nin 5. maddesinin 2. fıkrasında “*Belgeleri elektronik ortamda düzenleyen ülkelerin isimleri, Bakanlık resmî internet sitesinden duyurulur*” şeklinde belirtilmiştir. Çin, Fas ve Ekvator gibi ülkelerin yanı sıra çoğu Avrupa Birliği ülkesinin bulunduğu bu listenin 14 Temmuz 2023 itibarıyla nitekim Ticaret Bakanlığı’nın resmî internet sitesinden ilan edilmiş olduğu görülmektedir.⁵³

Bu noktada ilk olarak yabancı bir hukuk sisteminde düzenlenen menşe şahadetnamesinde Türk hukukundaki menşe şahadetnamesinin unsurlarını arayıp aramayacağımız sorusu gündeme gelmektedir. Gümrük Yönetmeliği’nin 40. maddesinde Türkiye’ye ithalatta yabancı ülkelere düzenlenen “*menşe şahadetnamesinde bulunacak bilgiler*” sıralanmıştır. Bunlara yukarıda değinilmiştir. Bu bilgileri, Türk gümrük idarelerinin kendilerine bir menşe şahadetnamesi ibraz edildiğinde aramaları gerekmektedir. Bu gümrük idari işlemlerinin bir parçasıdır.

⁵⁰ Bkz.: <<https://certificates.iccwbo.org/>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

⁵¹ Güler (n 22) 3.

⁵² Örneğin Almanya’da dijital olarak imzalanan menşe şahadetnamesi örneği için bkz.: <<https://cert.ihk.de/#/home>> erişim tarihi:13.07.2025.

⁵³ Nitekim Bakanlığımıza 14 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla menşe ve dolaşım belgelerini elektronik ortamda düzenlediğine dair bildirimde bulunan ülkelerin adları, ilgili belge türleriyle birlikte şu adreste ilan edilmiştir: Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, ‘Elektronik Menşe ve Dolaşım Belgesi Düzenleyen Ülkeler Listesi’, <<https://ticaret.gov.tr/data/64b6a65113b87636c4a7f95b/Elektronik%20Men%C5%9Fe%20ve%20Dola%C5%9F%C4%B1m%20Belgesi%20D%C3%BCzenleyen%20%C3%9C%C3%9Ckeler%20Listesi%20-%20%C4%B0internet%20Sitesi.pdf>> erişim tarihi:13.07.2025. Ayrıca daha güncel bir liste için bkz.: <https://www.gumruk.com.tr/files/elektronik_mense_ve_dolasim_belgesi_duzenleyen_ulkeler_listesi_ek.htm> erişim tarihi:13.07.2025.

Ancak bu belgelerle ilgili sahtecilik iddiası söz konusu olduğunda nasıl ilerlenecektir? Diğer bir ifadeyle, bu belgeler üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik fiillerinin, TCK'nın belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinde hangi kavramsal karşılığa tekabül ettiği tartışılmalıdır. Bu bilhassa “resmi belge” veya “resmi belge hükmünde belge” nitelendirilmesinde önem arz etmektedir.

Türk öğretisinde resmi belgede sahtecilik suçunun konusunun yabancı kamu görevlileri tarafından düzenlenen belgeler de olabileceği kural olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ Ancak bunun için yabancı ülkede o kişinin o hukuk sisteminde “kamu görevlisi” sıfatına sahip olup olmadığı; “söz konusu belgeyi görevi gereği düzenleyip düzenlemediği”; o ülkedeki kanundaki usullere uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Tersine bir durumda, başka ülkelerin hukuk sistemlerinde düzenlenen belgelerin Türk hukukundaki karşılıklarına bakılarak,⁵⁵ Türk hukukunda geçerli düzenleyici makam ve düzenleme şartları üzerinden bir suçun unsurlarının oluştuğunu kabul etmek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle örneğin yabancı ülkede düzenlendiği iddia edilen bir belgenin resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilmesi için yabancı ülkede düzenlenen belgenin TCK md. 204'ün konusunu oluşturabilmesi için sıraladığımız şartları karşılaması gerekir. Buna göre ilgili ülke hukukunda menşe şahadetnamesinin “özel belge” mi, “resmi belge” mi yoksa “resmi belge hükmünde belge” mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Uygulamada gümrük işlemleri sırasında yabancı ülke kaynaklı menşe şahadetnamesinin beyanname ekleri olarak sunulması ve bu şekilde “vizeleme işlemi” ile resmi belge muamelesine tabi tutulduğu görülmektedir. 11 Nisan 2023 Resmi Gazete Tarihli ve 32160 Resmi Gazete Sayılı Gümrük Genel Tebliği'nde “*gerekli kontroller yapıldıktan sonra onaylanan gümrük idarelerince vize edilmesini müteakip geçerlilik kazanan belge*” (md. 4) ibaresinde bu durum belirtilmektedir.

Bu şekilde hukukumuzda söz konusu vizeleme işlemi ile yabancı ülke kaynaklı menşe şahadetnamelerinin “resmi belge hükmünde belge” niteliği addedilebileceği akla gelse de TCK'da “Resmi belge hükmünde belgeler”, md. 210/1'de sınırlı sayıda (tahdidi) olarak sayılmıştır.⁵⁶ Buna göre, “Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. Bu hükümde geçen geçen “emtiayı temsil eden belge”, Türk Ticaret Kanunu'nun 834. maddesi ile açıklanmakta ise de menşe şahadetnamesi ne TCK'da ne de Türk Ticaret Kanunu'nda geçmek-

⁵⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 26) 865; Gökcan ve Artuç (n 26) 6958; Çinko (n 25) 117.

⁵⁵ Bkz.: Gümrük Yönetmeliği “Türkiye’den ihracatta düzenlenecek menşe şahadetnameleri” başlıklı 42. madde.

⁵⁶ Bkz.: Rahime Erbaş, ‘Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi’ (2013) 71(1) İÜHF 331.

tedir. Keza, özel bir belgenin kamu görevlisince onaylanması, ona resmi belge özelliği kazandırmaz.

2023 yılına ait Gümrük Genel Tebliği'nde “*gerekli kontroller yapıldıktan sonra onaylanan gümrük idarelerince vize edilmesini müteakip geçerlilik kazanan belge*” (md. 4) ibaresinde “geçerlilik kazanmasından” bahsedilmekte; belirtilen vizelemenin yabancı ülkede düzenlenen belgeyi “resmi belge hükmünde kılmasından” bahsedilmemektedir. Ayrıca vurgulanması gerekir ki; vizeleme ile yabancı ülkede düzenlenen belgeye geçerlilik kazandırıldığını öngören norm, bir tebliğdir; kanun hükmü değildir. Kanaatimizce bu konuda hukukumuzda kanun boşluğu söz konusudur. Ancak her halükarda, bu vizeleme işlemini bir onaylama/tasdik olarak nitelendirdiğimizde ve bu tanıma ile belgeyi resmi belge olarak kabul ettiğimiz ihtimalde de belgenin ibrazı anına kadar, resmi belgenin varlığından bahsedemeyiz. Farklı bir anlatımla, bu halde gerçeğe aykırı veya sahte bir menşe şahadetnamesinin gümrük makamlarına ibraz edilmesi durumunda, sahte resmi belgeyi kullanmak suçu oluşmayacaktır. Menşe şahadetnamesini temin etme, milletlerarası sözleşmelerde satıcı da olması sebebiyle ithalatçı bakımından sahte resmi belgeyi düzenlemek de gündeme gelmeyecektir. Bu hallerde özel belgede sahteciliğin tartışılması gerekir.⁵⁷ Bilhassa ithalatçı firmaya yurt dışındaki ihracatçı firmanın sunduğu sahte menşe şahadetnamesinin kullanılması ve düzenlendiği ülkede resmi belge niteliği ve düzenlenme koşullarının tespit edilemediği halde TCK md. 207/2 söz konusu olacaktır.

Bu noktada sadece öneminden, işlevinden veya sunulduğu makamdan hareketle bir belgenin “resmîlik” sıfatı kazanamayacağını vurgulanması gerekmektedir. Keza Türk hukukunda yabancı ülkedeki belgenin değer ifade etmesinden de tek başına hareket edilmemesi gerekir.⁵⁸ Bunun için “kamu görevlisi”, “görev” ve “kanun tarafından usullerinin öngörülmesi” şeklindeki unsurların tamamlanması gerekir yahut ayrı bir hükmün sevk edilmesi gerekir. Nasıl ki resmi belgeler gibi ticari yaşamda yüksek önemi ve işlevi olan kamusal belgeler, TCK m. 210/1 kapsamında kıymetli evrak olarak kabul edilmişse; kamu görevlisi sıfatı taşımayan sağlık mesleği mensuplarının düzenlediği belgeler de kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarının düzenlediği belgelerle aynı öneme ve işleve sahip olmasına rağmen, kanun koyucu bu belgeler için ayrı bir hüküm sevk etme gereği duymuş ve TCK m. 210/2'yi ihdas etmiştir.

O halde yabancı ülkelerde düzenlenmiş olan ve Türk gümrük idarelerine ibraz edilen menşe şahadetnamesinin ilgili ülke hukukunda resmi belge olarak kabul edilip edilmediğine göre ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğer ilgili ülkede resmi belge addedilmemekte (özel belge ise) ise o halde yukarıda belirttiğimiz gibi

⁵⁷ Özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin detaylı açıklamaları için bkz.: Handan Yokuş Sevrük, ‘Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m.207)’ (2019) 24 (41) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229.

⁵⁸ Karş. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 26) 865.

Türkiye’de gümrük işlemleri sırasında yabancı ülke kaynaklı menşe şahadetnamesinin beyanname ekleri olarak sunulması ve bu şekilde “vizeleme işlemi” ile resmi belge niteliği kazanılmaz.

Eğer ilgili ülkede resmi belge addedilmekte (resmi belge veya resmi belge hükmünde belge ise) ise o halde yukarıda belirttiğimiz gibi Türkiye’de gümrük işlemleri sırasında yabancı ülke kaynaklı menşe şahadetnamesinin beyanname ekleri olarak sunulması ve bu şekilde “vizeleme işlemi” ile resmi belge niteliği kazanılır.⁵⁹ Çünkü vizeleme işlemi, yabancı ülkedeki resmi belgenin tanınması anlamına gelecektir. Özel hukuk açısından *locus regit actum* (işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tabi olması) kuralı gereğince belge düzenlendiği ülkede geçerli olan kurallara göre düzenlenmiş ise o ülkede geçerli olup ayrıca ülke dışında da ispat kuvvetine tabi olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰ Nitekim HMK’da delil hukuku bağlamında “Yabancı resmî belgelerin yetkili makamlar tarafından onaylanması zorunluluğu” başlıklı 224. madde⁶¹ sevk edilmiştir. Ancak ceza hukukunda devletin yabancı ülkede düzenlenen belgeleri tanınması gerekmektedir. Bu tanıma devlet tarafından yapılmadıkça, yabancı ülkelere düzenlenen belgeler resmi belge olarak korunamazlar. Nitekim İsviçre Ceza Kanunu’nun “Yabancı Ülkelerin Belgeleri” başlıklı 255. maddesinde; ceza kanununun 251 ve 254. maddesi arasında düzenlenen belgede sahtecilik suçlarının yabancı ülkelere ait belgelerle ilgili de uygulanacağı belirtilmiştir. Keza aynı şekilde, yabancı ülkelere ait para ve kıymetli evrakların da İsviçre Ceza Kanunu’nun para ve kıymetli belgelere ilişkin sahtecilik kapsamında olduğu hüküm altına alınmıştır (md. 250).

Nitekim Kanun koyucu Gümrük trafiğine konu olan şeyin hayvan olması durumunda bu boşluğu görmüştür. 15 Mart 1988 Tarihli ve 20109 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği’nin⁶² “Sınırlarda

⁵⁹ Bu çerçevede haklı olarak ilgili ülkenin mevzuatının, içtihatlarının ve doktrininin dikkate alınmasının zorunlu olacağı; bunun da çoğu durumda uluslararası adli yardımlaşma yollarına başvurmayı gerektireceği, bu tür süreçlerin uygulamada hızlı ve etkili bir biçimde yürütülmesinin ciddi zorluklar barındırabileceği itirazı yapılabilir. Bu durumda vurgulamamız gerekir ki; aksine bir düzenleme bulunmadıkça milletlerarası hukukta kaide, işlemlerin geçerliliğinin düzenlendikleri yer hukukuna göre değerlendirilmesidir (Latince: *locus regit actum* ilkesi). Nitekim menşe şahadetnamesi bakımından bu tür durumlarda, uluslararası adli yardımlaşma mekanizmalarının işletilmesi yerine, gümrük mevzuatında bu tespitin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin usuller gösterilmiştir. Bu usullere çalışmanın devamında yer verilmiştir. Bu usullerin takip edilmeksizin varılan tespitler, hukuka aykırı tespitler haline gelmektedir.

⁶⁰ Çinko (n 25) 117.

⁶¹ Madde 224- “(1) Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır. (2) Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır”. Ayrıca bkz.: Çinko (n 25) 117-118.

⁶² 08.05.1986 Tarih ve 3285 Sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu’na dayanan Yönetmelik <<https://www.resmigazete.gov.tr/arxiv/19109.pdf>> erişim tarihi: 04.04. 2025. Dikkat çekmemiz gerekir ki Yönetmelik mevzuat bilgi sisteminde meri mevzuatta erişilebilir olmakla birlikte Yönetmelik’in dayandığı bu Kanun, mülgadır.

Sağlık Zabıtası” başlıklı İkinci Bölümü’nün “Menşe Şahadetnamesi ve Veteriner Sağlık Raporu Aranması Mecburiyeti” başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“Yurda kara, su ve hava yollarıyla ithal olunacak hayvan ve maddelerinin sahipleri, vekilleri veya nakledicileri bunların çıkış yerinde salgın ve bulaşıcı hayvan hastalığı olmadığına ve sağlıklı bulunduklarına dair menşe ve resmi veteriner hekim tarafından verilmiş sağlık raporunu göstermeye mecburdurlar.

Menşe ve veteriner sağlık raporları ayrı ayrı veya tek bir belge halinde düzenlenmiş olabilir. Bunların mutlaka hayvan ve hayvan maddelerinin çıktıkları ülkenin yetkili devlet veterineri tarafından imzalanıp bağlı bulunduğu servisin resmi mühürü ile de tasdik edilmiş olması gereklidir.

Sağlık raporları özel veteriner hekim tarafından tanzim edilmiş ise, bunların yetkili devlet veteriner hekimi tarafından tasdik edilmiş olması mecburidir”.

Söz konusu hükme göre yurt dışından ithal edilecek hayvanlarla ilgili menşe ve veteriner sağlık raporlarının “..*mutlaka hayvan ve hayvan maddelerinin çıktıkları ülkenin yetkili devlet veterineri tarafından imzalanıp bağlı bulunduğu servisin resmi mühürü ile de tasdik edilmiş olması gereklidir*”. Devamında “*sağlık raporları özel veteriner hekim tarafından tanzim edilmiş ise, bunların yetkili devlet veteriner hekimi tarafından tasdik edilmiş olması mecburidir*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, kamu görevlisi olmayan veteriner hekimlerin düzenleyeceği menşe şahadetnamelerinin ayrıca o ülkenin devlet veteriner hekiminin kontrolü ile onaylanması ile resmi belge haline getirilmesi aranmaktadır.

Yukarıda Türk hukukunda düzenlenen menşe şahadetnameleri (A) başlığında sıraladığımız unsurları içermeyen yahut ilgili ülkede düzenlenip de Türk ceza hukukunda bir belgenin resmi belge olarak kabul edilebilmesi için aranan kamu görevlisi tarafından düzenlenme, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemesi ve kanundaki usullere uygun olması şeklindeki unsurları içermeyen menşe şahadetnameleri bakımından, özel belgede sahtecilik hükümleri (TCK md. 207 ve 208) bakidir.

Son olarak bugün menşe şahadetnamesini elektronik ortamda düzenleme yoluna giden ülkeleri dikkate alarak elektronik menşe şahadetnamelerindeki olası sahteciliği değerlendirmek gerekir. Halihazırda Türk ceza hukuku literatüründe elektronik belgelerin de TCK’daki belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturup oluşturmayacağına yönelik temel bir tartışma mevcuttur.⁶³ Bir grup yazar

⁶³ Güncel bir çalışma için bkz.: Kelep Pekmez (n 25) 42 vd.



bu soruya olumlu bakarken; diğer bir grup olumsuz yaklaşmaktadır.⁶⁴ En temelde vurgulamamız gerekir ki menşe şahadetnamesi özelinde belgede sahtecilik suçlarının genel hükümlerine (suçun konusuna) ilişkin temel bir meseleyi çözme hedefi, bu çalışmanın sınırlarını aşmakta; müstakil bir çalışmayı hak etmektedir. Ancak yine de menşe şahadetnameleri özelinde kısaca bir değerlendirme yapmamız gerekir ise elektronik menşe şahadetnamelerinin en baştan TCK'nın belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturmayacağını söylemek, isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü bir belgenin elektronik olarak düzenlenmiş olmasından tam olarak ne anlaşılmaması gerektiğinin, yeterince netliğe kavuşturulmamış olduğu görülmektedir. Nitekim menşe şahadetnamesi örneğinde hem elektronik hem de kağıt kullanımının olduğu “karma” üçüncü bir grup olduğunu da görmekteyiz.⁶⁵ Söz gelimi Almanya’da dijital olarak imzalanan menşe şahadetnamesi örneği incelendiğinde uluslararası standartlara uygun maktu formun devam ettirildiği görülmektedir. İmzanın dijital olarak atıldığı, resmi formlar üzerine yazdırıldığı belirtilmektedir.⁶⁶ Bu halde ikili bir ayrım ile ilerlemek gerekir. Bu şekilde resmi form üzerine yazdırıldığı haller, belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturabilir. Ancak menşe şahadetnamesinin düzenlendiği bilişim sistemleri üzerinde söz konusu menşe şahadetnamesinin gerçeğe aykırı düzenlenmesi, değiştirilmesi ve kullanılması hallerinde bilişim suçları gündeme gelecektir.

C. Gümrük İdaresinin İbraz ve Sonrasındaki Yükümlülükleri

TCK'nın 204. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “sahte resmi belgeyi kullanmak” suçu için sahtecilik bakımından aldatma yeteneğinin belirlenmesi; TCK 206. maddesinde düzenlenen “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçu için menşe şahadetnamesine ilişkin gümrük müdürlüğünün yetki ve sorumluluklarının ortaya konulması zorunludur. Buna göre, TCK md. 204/1’de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu bakımından aldatıcılık yeteneği, genellikle söz konusu suçun “Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek” veya “gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek” hareketleri bakımından tartışılmaktadır. Bu fiiller bağlamında aldatıcılık belgelerin ilk bakışta sahteliğinin anlaşılabilmesi şeklinde açıklanmaktadır.⁶⁷ Oysa Yargıtay da resmi belgede sahtecilik suçunda, yabancı belgelerle ilgili “sahte resmi belgeyi

⁶⁴ Bu tartışmaları oldukça iyi tasnif eden bir çalışma için bkz.: Hazel Ateş Sarıdağ, ‘Elektronik Ortamda Düzenlenen Gerçeğe Aykırı İşe Giriş Bildirgesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) 1(2) Konya Barosu Dergisi 119, 127- 130.

⁶⁵ Kanaatimizce hem elektronik hem de kağıt kullanımının olduğu “karma” üçüncü bir grubun en iyi örneklerinden birisi, biyometrik pasaportlardır. Günümüzde yaygınlaşmakta olan ülkemizde düzenlenen- e-pasaport olarak da ifade edilen- biyometrik pasaport uygulamasında dijital ortama aktarılacak ve burada oluşturulan bilgilerle resmi bir pasaport belgesi kağıt formunda hazırlanılarak vatandaşlara verilmesi söz konusudur.

⁶⁶ <<https://cert.ihk.de/#/home>> erişim tarihi:13.07.2025.

⁶⁷ Gökcan ve Artuç (n 26) 6969.

kullanmak” hareketi bakımından da aldatma yeteneğinin araştırılması gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre;

*“Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği’nin 5. maddesinde, yapılması gereken araştırmalar arasında ‘belgenin orijinal olup olmadığı...’ sayılması, YÖK tarafından yapılması zorunlu olan araştırma sonunda Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla sahteliğin belirlenmiş olduğu anlaşıldığından, sahtecilik suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden, Kazakistan’dan alınan diplomalar yönünden mutaden araştırma yapılmadığına ilişkin cevabi yazı esas alınarak karar verilmesi kanuna aykırıdır”.*⁶⁸

Ayrıca, Yargıtay kararlarında sahteliğin açıkça anlaşılmasına rağmen belgenin kamu görevlileri tarafından işleme konulmuş olmasının belgenin aldatıcılık yeteneği olduğunu göstermediği kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay’ın 2008 yılında verdiği bir kararı şöyledir; *“aslı bulunmayan bir sahte pasaportun resmi işlemde geçmiş olması, aldatma yeteneğinin bulunduğunu kanıtlamaz”*.⁶⁹ Buradan hareketle bir belgenin aldatma yeteneği bulunmamasına karşın işlem yapan görevlinin dikkatsizliği sebebiyle belgenin kabul görmesi halinde bu durumun aldatma yeteneğinin varlığını göstermediği öğretide vurgulanmaktadır.⁷⁰

TCK’nın 204. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “sahte resmi belgeyi kullanmak” suçu için sahtecilik bakımından aldatma yeteneğinin belirlenmesi için iddianamede kullanıldığı ve sahte olduğu iddia edilen suçun konusu olan menşe şahadetnamesine ilişkin gümrük müdürlüğünün yetki ve sorumlulukları bakımından ise; bu durumun Gümrük Yönetmeliği’nin “Muayene ve tahakkuk” başlıklı 460. maddesinin 4. fıkrasında geçen *“Muayene sırasında kolilerin içinden çıkan fatura ve menşe şahadetnamesi gibi belgeler gümrük idaresince alınarak muayene, tespit ve tahakkukta dikkate alınmak üzere beyannamesine eklenir”* hükmüyle uyumlu olduğu görülmektedir. 11 Nisan 2023 tarihli ve 32160 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Gümrük Genel Tebliği’nin “İthalatta ibraz edilen belgelerin gümrük müdürlüğünce kontrolü” başlıklı 5. maddesi yabancı ülke hukukunda düzenlenmiş menşe şahadetnamesinin ibraz halinde gümrük görevlilerinin izlemesi gereken ilk adımları şu şekilde sıralamıştır:

(1) İthalat sırasında ibraz edilen A.TR Dolaşım Belgelerinin, menşe ispat belgelerinin ve menşe şahadetnamelerinin;

- a) Doldurulması zorunlu olan tüm kutularının doldurulup doldurulmadığı,*
- b) Şekil ve içerik itibarıyla ilgili olduğu karar ve yönetmelik hükümlerine uygun olup olmadığı,*

⁶⁸ Yargıtay, 11. CD., E. 2201/2797, T. 14.4.2008, aktaran: Gökcan (n 45) 117, dn.140, ayrıca aynı eser 105.

⁶⁹ Yargıtay, 11. CD. E. 7204/11740, T. 12.11.2008, Karar için bkz.: Gökcan ve Artuç (n 26) 6969.

⁷⁰ Gökcan ve Artuç (n 26) 6969.

c) Mühürlenmesi zorunlu olan belgeler açısından, kullanılan mühürlerin ilgili ülke tarafından iletilen örneklerine uygun olup olmadığı,

hususları belgenin ibraz edildiği gümrük müdürlüğü tarafından kontrol edilir.

(2) Belgeleri elektronik ortamda düzenleyen ülkelerin isimleri, Bakanlık resmi internet sitesinden duyurulur.

(3) İthal eşyasının cins, nevi, nitelik ve miktar itibarıyla A.TR Dolaşım Belgeleri, menşe ispat belgeleri ve menşe şahadetnamelerinde yer alan bilgilerin ilgili gümrük beyannamesinde yer alan bilgilerle uyumlu olup olmadığı ithalat işleminin yapıldığı gümrük müdürlüğü tarafından kontrol edilir.

Bu ilk adımlardan sonra gümrük görevlilerinin menşe şahadetnamesinin geçerliliğine ilişkin şüphelerinin oluşması veya şüphelerinin giderilememesi durumunda daha detaylı bir usul öngörülmüştür. Buna göre Gümrük Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında "Menşe şahadetnamesinin ibrazına rağmen ciddi bir şüphe durumunda, ek kanıtları isteme konusunda gümrük idareleri yetkilidir" hükmüne yer verilmiştir. Gümrük Yönetmeliği'nin "Menşe şahadetnamesinde bulunacak bilgiler" başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrasında menşe şahadetnamele-
rinde bulunması zorunlu yazılı bilgiler a)'dan e) cümlesine kadar sıralanmıştır. Devamında maddenin 2. fıkrasında "Birinci fıkranın (a), (b), (ç) ve (e) bentlerinde belirtilen hususlarda noksanlık ve yanlışlığın bulunması halinde, menşe şahadetnamesi gümrük idare amirinin onayı ile işleme konulur" şeklinde; 3. fıkrasında "(3) Menşe şahadetnamesinde eşyanın menşe ülkesi tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmelidir"; 4. fıkrasında "Birinci fıkra da belirtilen bilgileri içeren menşe şahadetnamelerinin ibrazına rağmen şüphe durumunda ek kanıtları isteme konusunda gümrük idareleri yetkilidir" şeklinde belirtilmiştir.

Daha da önemlisi Gümrük Yönetmeliği'nin "menşe şahadetnamelerinin incelenmesi ve sonradan kontrolü" başlıklı 41. maddesi, Gümrük idarelerinin bu konudaki yükümlülüklerini detaylı bir şekilde düzenlemektedir. Buna göre:

(1) "Gümrük idarelerine ibraz olunan menşe şahadetnamelerinde yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı olduğu yönünde şüphe veya ihbar bulunması halinde, gümrük idaresince eşya, eşyanın orijinal ambalajı, markası ve patenti gibi hususlarda inceleme yapılır. İnceleme sonucunda şahadettenin sıhhati konusunda bir aykırılığın tespiti halinde duruma göre 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanır.

(2) Gümrük idaresince yapılan inceleme sonucunda şahadettenin gerçekliği veya eşyanın gerçek menşesine ilişkin bilgilerin doğruluğu hakkında yeterli bir kanaat elde olunamaz ve tereddüt devam eder ise, şahadetname bu kanaati uyandıran tüm bilgi ve belgeler ile birlikte sonradan kontrol talebiyle Müsteşarlığa gönderilir. Müsteşarlıkça ihracatçı ülke gümrük idaresi nezdinde yapılan incelemeler sonucunda

elde olunacak bilgiler çerçevesinde, duruma göre yukarıda belirtilen şekilde işlem yapılması için keyfiyet ilgili gümrük idaresine bildirilir.

(3) (Değişik:RG-24/5/2019-30783) Ticaret politikası önlemlerine, ilave gümrük vergisine veya ek mali yükümlülük gibi diğer mali yükümlülüklerle tabi olan eşya için yükümlülerce yazılı olarak talepte bulunulması halinde, tahsil edilmesi gereken vergi veya diğer mali yükümlülükler (Mülga ibare: RG-1/4/2020-31086) (...) teminata bağlanmak suretiyle eşya araştırma sonucu beklenmeden teslim edilebilir.”

Türk gümrük idarelerine sunulan ve sahteliği yönünde şüphe oluşması durumunda söz konusu belge ile ilgili araştırmada izlenecek usuller belirlenmiştir. Farklı bir anlatımla, yabancı ülkede düzenlenen menşe şahadetnamesinin gerçeğe uygunluk araştırmasının hukuka uygun bir şekilde nasıl yapılması gerektiği mevzuatımızda gösterilmiştir. Burada ilk olarak 2023 yılına kadar yürürlükte kalan 2014/01 tarihli “A.TR Dolaşım Belgeleri, Menşe İspat Belgeleri ve Menşe Şahadetnamelerinin Sonradan Kontrolüne İlişkin İşlemler” konulu Genelge karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu Genelge’nin “İhracatta Düzenlenmiş Olan Belgelerin Sonradan Kontrolü” başlıklı kısımda şu şekilde belirtilmiştir:

“Serbest dolaşıma giriş gerçekleştikten sonra yapılan kontrol ve denetimlerde doğruluğundan şüphe duyulan belgeler, ihracatçı ülke nezdinde sonradan kontrolünün yapılmasını teminen gümrük idaresinin bağlı bulunduğu Gümrük ve Ticaret Bölge Müdürlüğüne intikal ettirilir ve ihracatçı ülke gümrük idaresinden alınacak cevaba göre işlem yapılır. Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı tarafından yapılan kontrol ve denetimlerde doğruluğundan şüphe duyulan belgeler ise kontrol talebinde bulunan müfettiş tarafından, ihracatçı ülke nezdinde sonradan kontrolünün yapılmasını teminen gümrük idaresinin bağlı bulunduğu Gümrük ve Ticaret Bölge Müdürlüğüne intikal ettirilir ve ihracatçı ülke gümrük idaresinden alınacak cevaba göre işlem yapılır. (04.02.2015 tarih ve 2015/3 AB Dış İliş. Gn.Md. Genelgeleri ile değişik)”.

Yine bu araştırmanın nasıl yapılacağı hususu, 11 Nisan 2023 tarihli ve 32160 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Gümrük Genel Tebliği’nde (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10) ise “İthalat gerçekleştikten sonra sonradan kontrol talebinde bulunulması” başlıklı 13. maddede düzenlenmiştir.⁷¹ Buna göre;

⁷¹ Gümrük Genel Tebliği (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10) md. 13 (RG 11 Nisan 2023/32160) için bkz.: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230411-4.htm>> erişim tarihi: 06.04.2024.

“(1) İthalat gerçekleştirildikten sonra yapılan kontrol ve denetimlerde doğruluğundan şüphe duyulması veya sondaj usulüne başvurulması halinde, A.TR Dolaşım Belgeleri ve menşe ispat belgeleri sonradan kontrolünün yapılmasını teminen sonradan kontrol gerekçeleri de belirtilmek suretiyle Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlükleri tarafından ihracatçı ülke gümrük idaresine gönderilir ve alınacak cevaba göre işlem yapılır.

(2) İthalat gerçekleştirildikten sonra, Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı başta olmak üzere, Bakanlık merkez ve taşra birimleri tarafından yapılan kontrol ve denetimlerde doğruluğundan şüphe duyulan belgeler ise, kontrol talebinde bulunan müfettiş/birim amiri tarafından ihracatçı ülke nezdinde sonradan kontrolünün yapılmasını teminen gümrük müdürlüğünün bağlı bulunduğu Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğüne intikal ettirilir ve ihracatçı ülke gümrük idaresinden alınacak cevaba göre işlem yapılır.”

Oysaki Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 2014 yılında verdiği kararda farklı bir ülke menşei iddiası var ise bunu gösteren bir tespitin de zorunlu olduğunu belirtmiş ve ayrıca bu kararda fotokopi niteliğindeki belgeye itibar edilerek karar verilmesi yasaya aykırı bulmuştur. Karar şöyledir:

“Sanık hakkında Çin menşei olan eşyayı, kotadan kaçınmak ve eksik gümrük vergisi ödemek için sahte menşe şahadetnamesi ile Malezya menşei olarak gösterdiğinden bahisle dava açılmış olup, mahkemeye alınan bilirkişi raporunda eşyanın Çin menşei olduğunu gösteren bir tespitin bulunmadığı, Karaçi Büyükelçiliğimiz tarafından onaylanan orijinal menşe şahadetnamesinde eşyaların Malezya menşei olduğu belirtildiği halde bu hususlara itibar edilmeme nedeni gösterilmeden Halkalı Gümrük Müdürlüğü tarafından Gümrük İdaresi Hukuk İşleri Servis Şefliğine hitaben yazılan menşe şahadetnamesinin Jhelum Ticaret ve Sanayi Odasının düzenlenmediğine ilişkin onaysız fotokopi niteliğindeki belgeye itibar edilerek yazılı şekilde karar verilmesi, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Yasa’nın 8/1.maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA, 25.03.2014 günü oybirliğiyle karar verildi.”⁷²

⁷² Yargıtay 7. CD., E. 2013/7696 K. 2014/7129 T. 25.3.2014.

SONUÇ

Bu çalışmada, uluslararası ticaretin görünmeyen ama kritik aktörlerinden biri olan menşe şahadetnamesi, TCK'nın belgede sahtecilik hükümleri bağlamında mercek altına alınmıştır. Çalışma kapsamında, TCK'nın belgede sahtecilik suçları açısından hem Türk hukukunda düzenlenen hem de yabancı hukuk sistemlerine göre hazırlanan menşe şahadetnameleri arasındaki fark ortaya konulmuş, fiziki düzenleme yerinden ziyade belgenin hangi hukuk sistemine tabi olarak oluşturulduğunun belirleyici olduğu vurgulanmıştır. Mevcut belirsizliklerin, yalnızca uygulamada değil, teorik düzeyde de ciddi bir boşluk yarattığı ortaya çıkmıştır. Görülmüştür ki, menşe belgeleri yalnızca bir ticaret aracı değil; aynı zamanda ekonomik kimliğin ve hukuki güvenliğin taşıyıcısıdır. Ancak, bu belgelerin sahte veya gerçeğe aykırı düzenlenmesi durumunda TCK hükümlerinin ne ölçüde ve nasıl uygulanacağı hâlâ gri bir alandır. Bu belirsizlik, aslında Faruk Erem'in şu sözleriyle belirttiği daha genel bir sorunun parçasıdır: *“Evrakta sahtekârlığa müteallik kanun hükümlerinde bugünün ihtiyaçlarına uygunluk görülmemektedir. Açık bir ekonomik sistem içinde muameleler gelişmiş ve muamelelerin tevsiği sadece evraka geçirilmekten gayri şekillere yönelmiştir. Bu gelişmeyi ceza kanunlarının aynı hızla izlediği söylenemez”*.⁷³

Çalışmanın vardığı temel çıkarım olarak, küresel ticaretin hızla değişen dinamikleri karşısında, Türk ceza hukukunun belgede sahtecilik suçlarına ilişkin hükümlerinin güncellenmesi ve yeniden yorumlanması kaçınılmaz hale gelmiştir. Elbette yabancı hukuk sistemlerinde düzenlenen menşe şahadetnamelerinin her halükarda özel belgede sahtecilik hükümleri (TCK md. 207 ve 208) ile korunması bakidir. Ancak menşe şahadetnameleri gibi kritik işlevlere sahip belgelerin, uluslararası dolaşımda da kamu güvenliğini sarsmadan korunabilmesi için, mevcut yasal boşluğun ivedilikle giderilmesi gerekmektedir. Nasıl ki rüşvet suçu bakımından (TCK m. 252/9) uluslararası yükümlülükler gereği etkin mücadele amacıyla yabancı kamu görevlileri de dahil edilerek *“yabancı unsurlu rüşvet suçu”*⁷⁴ kabul edilmiş ise, benzer şekilde yabancı hukuk sistemlerinde düzenlenen belgelerin de belgede sahtecilik suçunun konusuna dâhil edilmesi ile *“yabancı unsurlu belgede sahtecilik suçlarının”* düzenlenmesi mümkündür. Bu yaklaşım, yabancı belgelerin korunmasını ceza hukuku bakımından ilke hâline getirerek, sistematik bir düzenlemeye konu edilebilir.

Bu doğrultuda, tıpkı çek, poliçe ve bono gibi kambiyo senetlerinin kritik işlevleri nedeniyle TCK m. 210'de “resmî belge hükmünde belgeler” olarak düzenlenmesinde olduğu gibi, yabancı ülke hukuk sistemlerinde düzenlenen menşe şahadetnameleri (elektronik ortamda düzenlenenler dâhil) için de benzer nite-

⁷³ Erem (n 31) 1673.

⁷⁴ Örneğin bkz.: Hasan Tahsin Gökcan, *Görevi Kötüye Kullanma (Zimmet – İrtikap – Rüşvet) ve Denetim Görevini İhmal Suçları* (Adalet 2022) 820- 822.



likte bir hüküm sevk edilmesi mümkündür. Ancak belgede sahtecilik suçlarının genel teorisinden çıkılarak menşe şahadetnamesine özgü, yalnızca bu belgeye ilişkin müstakil bir düzenleme yapılması isabetli değildir. Bunun yerine, belgede sahtecilik suçlarının yalnızca yurt içi değil; uluslararası belge sirkülasyonunu da kapsayacak şekilde güncellenmesi doğrultusunda TCK'da yabancı belgelerle ilgili kapsayıcı bir teori inşa edilmesi, menşe şahadetnamesinin de bu çerçevede bir alt kategori olarak ele alınması daha sistematik ve işlevsel bir yaklaşım olacaktır. Bu şekilde somut olaya göre değişen bir uygulamanın önüne geçilebilir.

Bu çalışma menşe şahadetnamesinin Türk ceza hukuku açısından münhasıran inceleyen ilk çalışmalardan olduğundan çalışmanın önemli bir kısmı, menşe şahadetnamesini tanıtmakla ve belgede sahtecilik suçları özelinde ceza hukuku problemlerine hasredilmiştir. Menşe şahadetnamesi, gerek normatif gerek uygulamaya ilişkin yönleriyle daha derinlemesine araştırmalara oldukça açıktır. Bundan sonraki çalışmalarda örneğin, elektronik ortamda düzenlenen menşe şahadetnamesi derinlemesine ele alınabilir. Yabancı hukuk sistemlerinin yabancı menşe şahadetnamesi ile ilgili belgede sahtecilik suçları başta olmak üzere olası suç tiplerini nasıl ele aldıkları incelenebilir ve bir karşılaştırmalı analiz yapılabilir. Resim daha da büyütülerek menşe şahadetnamesi dahil olmak üzere tüm menşe belgeleri incelenebilir.

Ceza hukukunun kriminolojinin sınırlarının belirleyicisi olduğu tespiti⁷⁵ dikkate aldığımızda menşe şahadetnamesiyle ilgili bu ceza hukuku çalışmasından hareketle kriminolojik açıdan da çalışma önerileri sıralamamız faydalı olabilir. Buna göre, ülkemizde gümrük idarelerine ibraz edilen yabancı hukuk sistemlerine ait menşe şahadetnamelerinin sayısı ile bunlar arasında sahte ya da gerçeğe aykırı olduğu tespit edilenlerin oranı belirlenebilir. Hangi ülkelerden gelen belgelerde sahtecilik vakalarının daha yoğunlaştığı, buna karşılık hangi ülkelerden gelen belgelerde bu tür sorunların daha az yaşandığı istatistiksel olarak analiz edilebilir. Ayrıca, sahte veya gerçeğe aykırı menşe belgelerinde yıllara göre artış gösteren dönemler tespit edilebilir. Menşe şahadetnameleri üzerindeki sahtecilik fiillerinin ne şekilde gerçekleştirildiği ve hangi yöntemlerin tercih edildiği analiz edilebilir. Öte yandan, gümrük görevlilerinin bu tür belgeleri incelerken sahip oldukları bilgi düzeyi, uygulama pratiği ve sahteciliğe ilişkin farkındalıkları ölçülerek alana özgü eğitim ihtiyaçları belirlenebilir. Ayrıca ülkemizde hangi şehirdeki gümrük idarelerinin bu tür sahte belgelerle daha sık karşılaştığı ortaya konabilir. Sınır kapıları, limanlar veya havaalanları gibi farklı gümrük noktaları arasında karşılaştırmalı analizler yapılarak, yerel bazda bir "sıcak nokta" haritaları oluşturulabilir. Böylece sahtecilik riskinin yüksek olduğu yerler tespit edilerek, denetim ve önleme stratejileri bu doğrultuda bölgesel olarak yoğunlaştırılabilir.

⁷⁵ Hans- Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts- Allgemeiner Teil* (Duncker & Humblot 1988) 36.

Bu tür ampirik çalışmalar, hem ceza hukuku hem de uygulayıcı kurumlar açısından daha hedefe yönelik ve etkili politikaların geliştirilmesine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Literatür

Akbulut M, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Esaslı İhlal ve Sözleşmeden Dönme’ (2016) 14-15 <https://www.researchgate.net/publication/343046198_Milletlerarası_Mal_Satımına_Iliskın_Sozlesmeler_Hakkında_Birlesmis_Milletler_Antlasması_CISG_Kapsamında_Esaslı_Ihlal_ve_Sozlesmeden_Donme> erişim tarihi: 05.05.2025.

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (21.bs Adalet 2024).

Ateş Sarıdağ H, ‘Elektronik Ortamda Düzenlenen Gerçeğe Aykırı İşe Giriş Bildirgesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) 1(2) Konya Barosu Dergisi 119.

Aytekin İ ve Uçan O, ‘Ticaret Savaşları ve Korumacı Politikalar: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye İlişkileri Bakımından Bir İnceleme’ (2018) 7(2) Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 851.

Çinko MS, *Türk Hukukunda Resmi Belgede Sahtecilik Suçu* (Yeditepe Üniversitesi 2022)

Doğan K, ‘Ceza Hukukunda Belge Kavramı’ (2010) 14 Ceza Hukuku Dergisi 51.

Erbaş R, ‘Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi’ (2013) 71(1) İÜHF 331.

Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C: II* (Seçkin 1993).

Erman S ve Özek Ç, *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1996).

Frank-Fahle C, ‘Made in Germany – Herkunftsbezeichnung und Ursprungszeugnis im Lichte des Auslandsverkehrs’ (2020) 66 (1-2) RIW 12.

Gökcan HT, *Görevi Kötüye Kullanma (Zimmet – İrtikap – Rüşvet) ve Denetim Görevini İhmal Suçları* (Adalet 2022).

Gökcan HT, ‘Resmi Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204)’ (2009) 3 Ankara Barosu Dergisi 93.

Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt (M.197-254)* (Adalet 2021).

Gökçen A, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5.bs Adalet 2018).

Güler K, WPS NO/ 162/ 2018-05, *Ticaretin Kolaylaştırılmasında Bir Engel Menşe Kuralları* (Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü) 3, <<https://www.ticaret.edu.tr/uploads/dosyalar/921/162%20T%98CARET%98N%20KOLAYLA%9E-TIRILMASINDA%20B%98R%20ENGEL%20MEN%9EE%20KURALLARI.pdf>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

Jescheck HH, *Lehrbuch des Strafrechts- Allgemeiner Teil* (Duncker & Humblot 1988).

Kelep Pekmez T, *Belge Suçları* (TCK M. 204-212) (On İki Levha Yayıncılık 2025).

Koca M ve Üzülmaz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (10.bs Adalet 2024).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19.bs Seçkin 2024).

Sevük HY, ‘Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m.207)’ (2019) 24(41) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229.

Tekin N, ‘Resmi Belgede Sahtecilik Suçunda Bazı Özel Durumlar’ (Ekim 2014) 5 (19) TAAD 903.

Tekin ÜE, ‘Tercihli Ticaret Anlaşmalarında Menşe Kuralının Önemi’(2019) 5 (1) International Journal of Academic Value Studies 12.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. bs., Arıkan, 2012).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (22.bs., Seçkin, 2024).

Yumuk H, *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021) 257.

Elektronik Kaynaklar

Clarke J, ‘What are tariffs and why is Trump using them?’, BBC News (Londra, 7 April 2025) <<https://www.bbc.com/news/articles/cn93e12rypgo>> erişim tarihi: 7 Nisan 2025.

<<https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Internationalisierung/Exportdokumente-Zoll-Exportkontrolle/Ursprungszeugnis/>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

<https://www.gumruk.com.tr/files/elektronik_mense_ve_dolasim_belgesi_duzenleyen_ulkeler_listesi_ek.htm> erişim tarihi:13.07.2025.

<<https://www.tobb.org.tr/ABDID/DisTicaret/Sayfalar/MEDOS.php>> erişim tarihi: 04.04.2025.

<<https://cert.ihk.de/#/home>> erişim tarihi:13.07.2025.

<<https://certificates.iccwbo.org/>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

Oregon Tech, ‘Menşe Belgesi Nedir?’|Oregon Tech’, 00:36, <https://youtu.be/XK8dz_e0eyo?si=k_jRyctonieRSLLu> erişim tarihi: 23.04.2025.

TDK Sözlük, ‘Menşe’, <<https://sozluk.gov.tr/?ara=men%C5%9Fe>> erişim tarihi: 12.07.2025.

Ticaret Bakanlığı, ‘Ticari İşlemler’, <<https://gumrukrehberi.gov.tr/sayfa/tercihli-olmayan-men%C5%9Fe-kurallar%C4%B1-ne-anlama-gelir#:~:text=Mal%C4%B1n%20ithalat%C3%A7%C4%B1s%C4%B1%20ve%20ihracat%C3%A7%C4%B1s%C4%B1%20olan,e%C5%9Fyan%C4%B1n%20tercihli%20olmayan%20men%C5%9Fei%E2%80%9D%20denir.>> erişim tarihi: 24 Nisan 2025.

Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, ‘Elektronik Menşe ve Dolaşım Belgesi Düzenleyen Ülkeler Listesi’, <<https://ticaret.gov.tr/data/64b6a65113b87636c4a7f95b/Elektronik%20Men%C5%9Fe%20ve%20Dola%C5%9F%C4%B1m%20Belgesi%20D%C3%BCzenleyen%20%C3%9Clkeler%20Listesi%20-%20%C4%B0nternet%20Sitesi.pdf>> erişim tarihi: 13.07.2025.

Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, “Menşe”, <<https://ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/ticari/mense>> erişim tarihi: 03. 04. 2025.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 2019/4, K. 2021/78, T. 04.11.2021. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-2019-4-k-2021-78-t-4-11-2021>> erişim tarihi: 05.05.2025.

BGH (3. Strafsenat), Beschluss vom 25.11.2024 – 3 StR 373/21 (BGH Beschl. v. 25.11.2024 – 3 StR 373/21, BeckRS 2024, 39356), <<https://beck-online.beck.de/Home>> erişim tarihi: 13. 07. 2025.

Yargıtay 7. CD., E. 2013/7696 K. 2014/7129 T. 25.3.2014.

Yargıtay 11. CD., E. 2009/14902, K. 2012/1493, T. 14.02.2012.

Yargıtay, 11.CD., E. 2201/2797, T. 14.4.2008.

Yargıtay, 11. CD. E. 7204/11740, T. 12.11.2008.

Mevzuat

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

4458 Sayılı Gümrük Kanunu

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu



6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (AB) No 401/2013.

Council Regulation (EU) No 401/2013 of 2 May 2013 concerning restrictive measures in respect of Myanmar/Burma and repealing Regulation (EC) No 194/2008 [2013] OJ L121/1 <<http://data.europa.eu/eli/reg/2013/401/oj>> erişim tarihi: 13 Temmuz 2025.

Council of the European Union, ‘Timeline – EU Sanctions against Myanmar’ (Council of the EU) <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions-against-myanmar/timeline-sanctions-against-myanmar/>> erişim tarihi: 13 Temmuz 2025.

08.05.1986 Tarih ve 3285 Sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu’na dayanan Yönetmelik <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19109.pdf>> erişim tarihi: 04.04. 2025.

Gümrük Genel Tebliği (Uluslararası Anlaşmalar- Seri No:10), RG (11.04.2023/32160) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230411-4.htm>> erişim tarihi: 06.04.2024.

Merchandise Marks Act 1887, <<https://archive.org/details/merchandisemark-00payngoog/page/n13/mode/2up?q=origin>> erişim tarihi: 13.07.2025.

Merchandise Marks Act 1887; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/50-51/28/pdfs/ukpga_18870028_en.pdf> erişim tarihi: 13.07.2025.

SUÇ SONUCU OLUŞAN GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN (TCK m. 99/6) BELİRSİZLİĞİ VE YARATTIĞI SORUNLAR

*Problems and Uncertainty of Regulation
on Abortion of Pregnancy Resulting from a Crime*

Meral EKİCİ*

Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT**

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 99/6'da kendisine karşı işlenen bir suç sonucu hamile kalan kadının gebeliğini 21. haftaya kadar sonlandırabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre; suç sonucu gebe kalmış bir kadının gebeliğinin 21. haftaya kadar uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması halinde, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyecektir. Düzenleme ilk bakışta açık görünse de öğretide eleştirilerek, uygulamada ise sorunlara neden olmaktadır. Bu bağlamda; kurumun hukuki niteliği, gebeliğin oluşmasına neden olan öncül suçların neler olabileceği, gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin nasıl tespit edileceği ve son olarak gebeliğin sonlandırılmasında kimlerin rızasının alınması gerektiği sorularının cevaplanması gerekmektedir. Çalışmamızda bu sorular ayrı başlıklar altında ele alınmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çocuk düşürme, gebeliğin sonlandırılmasında süre, suç sonucu oluşmuş gebelik, öncül suç, rıza

Abstract

Article 99/6 of the Turkish Penal Code, Law No 5237, stipulates that a woman who becomes pregnant as a result of a crime committed against her can have her pregnancy aborted until the 21st week of pregnancy. According to this provision, if the pregnancy of a woman who has become pregnant as a result of a crime is aborted in a hospital environment by specialist physicians until the 21st week, the abortion will not be punished. Although the regulation of this provision seems clear, it causes criticism in the doctrine and problems in practice. In this context, it is necessary to answer the questions regarding the nature of the institution, the antecedent crimes that cause the occurrence of pregnancy, the determination of the occurrence of pregnancy resulting from a crime, and finally, from whom the consent to the abortion of pregnancy is obtained. In our study, these questions are discussed under separate headings. Proposed solutions are also presented.

Keywords: Abortion, duration of abortion, pregnancy resulting from a crime, antecedent crimes, consent

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.01.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, meral.ekici@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5857-5662>

** Öğr. Gör. Dr., Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü, ocelikbasbozkurt@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0821-6944>

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Çocuk Düşürtme" başlıklı 99. maddesinin 6. fıkrasında: *"Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir."* hükmü yer almaktadır.¹ Bu hükme göre kendisine karşı işlenen bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliği 21. haftaya kadar sonlandırılabilir.² Böyle bir düzenlemeye neden gerek duyulduğu ve düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda, Kanunun gerekçesinde açıklama yapılmamıştır.

Söz konusu düzenleme öğretide tartışmalara, uygulamada ise pek çok probleme neden olmaktadır. Bu tartışmalardan ilki kurumun hukuki niteliğine ilişkindir. Hükmün bir hukuka uygunluk nedeni mi, kusurluluğu kaldıran hal mi yoksa şahsi cezasızlık sebebi mi olduğunu kanun metninden veya gerekçeden çıkarmak mümkün değildir. Ancak TCK m. 99/6'nın hukuki niteliği konusunda ulaşılabilecek sonuçlar, hekim ve gebe kadın hakkında verilecek hüküm açısından belirleyicidir. Bu nedenle hükmün hukuki niteliğinin ne olduğu önemli bir konudur.

Düzenlemeden kaynaklanan ikinci sorun; TCK m. 99/6'da yer alan gebeliğin "kadının mağduru olduğu bir suç sonucu" oluşmuş olması ifadesinin anlam ve kapsamının belirsizliğidir. Bu durum TCK m. 99/6 açısından çözülmesi gereken bir "öncül suç" sorununa neden olmaktadır. Kanun koyucu, TCK m. 99/6'da gebeliğin kadının mağduru olduğu hangi suç veya suçların sonucunda oluşmuş olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama yapmak³ ve TCK m. 99/6 açısından öncül

¹ 765 sayılı TCK m. 472'de çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının "şeref ve namusu kurtarma" saikiyle işlenmesi cezaı hafifleten bir neden kabul edilmekteydi. 765 sayılı TCK m. 472: *"471'inci madde dışında bu fasılda yazılı olan fiiller kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş ise verilecek ceza yarıdan üçte ikiye kadar indirilir."* şeklindeydi. 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısının "suç sonucu gebelik" başlıklı 154. maddesinde ise şu düzenleme önerilmiştir: *"154 üncü madde dışında kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde çocuğu düşürüne veya düşürtene ceza verilmez"*. Bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bası Beta Basım 2001) 210.

² Sürenin belirlenmesinde TCK'nın kabul sürecinde tasarı üzerine çalışan Adalet Komisyonunda ve Adalet Alt Komisyonunda yapılan tartışmalar etkili olmuştur. 2003 Ceza Kanunu Tasarısında bir süre sınırlaması yapılmamasına rağmen, Adalet Alt Komisyonunda ceninin dış ortamda yaşayabilme süresi dikkate alınarak 24 haftalık bir sınırlama getirilmiştir. Ancak Adalet Komisyonunda suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması için 24 hafta beklenmesinin haklı görülemeyeceği gerekçesiyle süre 20 haftaya düşürülmüştür. Yasa yapım sürecine ilişkin olarak bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (4. Bası Seçkin Yayıncılık 2024) 263.

³ Benzer bir düzenleme Alman Ceza Kanunu (AICK) §218a/III'de de yer almaktadır. Kanunun bu paragrafına göre gebelik AICK §§176-179 arasında düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçları sonucunda oluşmuşsa 12. hafta tamamlanıncaya kadar sonlandırılabilir. Kanun açıkça madde numarası zikrettiği için, AICK §182'de düzenlenmiş olan gençlerin cinsel istismarı veya §173'de düzenlenmiş olan akrabalar arası rızaya dayalı cinsel ilişki (enest) suçları sonucunda oluşmuş olan gebelikler, bu fıkraya dayanılarak sonlandırılmaz. Bkz. Michael Lindemann, *in*

suçları açıkça belirlemek yerine, genel ifadeler kullanmıştır. Kanun koyucunun gebeliğin “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu” oluşmuş olması ifadesini kullanırken, öncül suçlara ilişkin bir sınırlama yapmak isteyip istemediği veya madde metninde bu ifadeyi kullanmayı tercih etmesindeki amacın ne olduğu konusunda, gerekçede veya meclis tutanaklarında açıklama bulunmamaktadır. Ancak TCK m. 99/6 açısından öncül suçların, sadece cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla mı sınırlı olduğu; yoksa kadının “hileli evlenme (TCK m. 230/1, 3)” veya “fuhuş (TCK m. 227)” gibi başka bir suç sonucunda gebe kalması durumunda da hükmün uygulanıp uygulanamayacağı sorusu cevaplanmalıdır.

TCK m. 99/6’ya ilişkin üçüncü sorun; gebeliğin bir suç sonucu meydana geldiğinin nasıl tespit edileceğidir.⁴ Çünkü rahim tahliyesi hekim tarafından yapılacağından, gebe kadın hekime başvurduğunda, hekimin kadının beyanına itibar ederek harekete geçip geçemeyeceği veya adli makamlarla irtibata geçmesinin zorunlu olup olmadığı da belirsizdir. Hekimin adli makamlarca verilecek bir kararı beklemesi, gebe kadın açısından telafisi imkânsız zararların doğmasına neden olabilir. Uygulamada adli mercilerin ihmali, özensizliği, yavaşlığı daha açık bir ifadeyle gebeliğin sonlandırılmasına yönelik talebi sürüncemede bırakmaları; mağdur kadını, kendisine karşı işlenmiş olan suçun neticelerine katlanmak, gebeliği sürdürmek ve çocuğu dünyaya getirmek zorunda bırakmaktadır.⁵

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 11, §§ 211-231 (13. Auflage De Gruyter 2023) kn. 58; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen StGB §218 a (60. Auflage CH Beck 2013) kn. 39.

⁴ Bu sorun karşılaştırmalı hukukta da tartışılmıştır. Örneğin, suç endikasyonunun yasal olarak tanınması halinde, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının ispatının zor olacağı ve bunun uzun zaman alacağı, bu süre zarfında gebeliğe son verebilme olasılığının tıbbi olarak mümkün olmayacağı gibi gerekçelerle, suç endikasyonunun gebeliğin hukuken sonlandırılması nedenleri arasında düzenlenmesini öngören fıkra 1916 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Tasarısından çıkarılmıştır. Bkz. Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kitabevi 1994) 182. Çalışmada ‘suç endikasyonu’ ifadesi gebeliğin “bir suç sonucunda oluşmuş olması” nedeniyle sonlandırılması anlamında kullanılmaktadır. Endikasyon tıbbi bir terimdir ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için aranan şartlardan biridir. Tıbbi müdahalenin yapılmasında, zorunluluk bulunmasını ifade etmektedir. Bkz. Hakan Hakeri, *Tip Hukuku* (3. Baskı Seçkin Yayıncılık 2010) 196. Ancak endikasyonun gebeliğin hangi sebeplerle sonlandırılabilirliğini tespit eden bir model olarak sadece tıbbi değil, sosyal veya psikolojik olabileceği de kabul edilmektedir. Önder (n 4) 179-182; Onur Koru, ‘Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı’ (2021) 12 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 491, 493-499. TCK m. 99/6 hükmü açısından da tıbbi müdahalenin yapılmasını gerektiren sebep öncül bir suçtan kaynaklandığı için, söz konusu durum ‘suç endikasyonu’ olarak ifade edilmektedir.

⁵ Bu husus uygulamada birden fazla Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Bu kararlardan ilki olan ve sonraki kararlara da emsal teşkil eden *R.G Başvurusunda*, Mahkeme ihlal kararı vermiştir. Söz konusu olayda aşağıda görüleceği üzere, gebeliğin suç sonucu olup olmadığı ve gebeliğin sonlandırılmasına kimin ne şekilde karar vereceği yargılama makamları arasında uyumsuzluk konusu olmuştur. 20 haftalık süre kaçırıldığı için, rahim tahliyesi gerçekleştirilememiş ve başvuru mağdur olmuştur. Karara konu olayda süreç şu şekilde ilerlemiştir: “Başvurucu 7/1/2000 doğumlu olup olayların geçtiği tarihte on sekiz yaşından küçüktür. Başvurucunun 15/5/2017 tarihinde Mut Devlet Hastanesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Polikliniğinde yapılan muayenesinde on hafta üç günlük gebe olduğu tespit edilmiştir. Başvurucunun yaşının küçük olması ve farklı kişilerle birlikte

olduğunu beyan etmesi üzerine bu durum aynı gün Mut Emniyet Müdürlüğüne bildirilmiş ve olay Mut Cumhuriyet Başsavcılığına intikal etmiştir. Başsavcılıkça başvurunun birlikte olduğunu bildirdiği S.K., D.K. ve S.Ö. ile on sekiz yaşından küçük A.U.Y. ve M.Ç. isimli kişiler hakkında soruşturma başlatılmıştır. Başsavcılıkça yürütülmekte olan soruşturma kapsamında Şiddet Önleme ve İzleme Merkezine 18/5/2017 tarihli yazı yazılmıştır. Bu yazıda, mağdur olan başvurunun ailesinin gebeliğin sonlandırılması talebiyle Başsavcılığa müracaat etmesi dolayısıyla kısa zamanda kürtaj işleminin gerçekleştirilebileceği ancak bebeğin babasının tespit edilmesi için başvurucuya uygulanacak bu işlemde önce Başsavcılığa bilgi verilmesi ve DNA örnekleri alınmadan kürtaj işlemine başlanmaması gerektiği bildirilmiştir. Başvurunun anne ve babası ise Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Talep Başsavcılık tarafından gebeliğin sonlandırılması talebinde bulunulması gerektiği ve talep edenlerin bu hususta başvuruda bulunma haklarının olmadığı ifade edilerek usulden reddedilmiştir. Bu karar üzerine başvurunun anne ve babası bu defa Başsavcılığa hitaben yazdıkları aynı tarihli dilekçede, Hâkimlik kararında gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin talebin Başsavcılıkça yapılması gerektiğine işaret edildiğinden bahsederek Başsavcılıktan bu hususta talepte bulunulmasını istemişlerdir. Başsavcılık ise bu talep üzerine başvurunun anne ve babası olan müştekilerin talepleri hususunda gereğinin takdir ve ifası için Hâkimlikçe karar verilmesi gerektiğini belirterek soruşturma dosyasını Hâkimliğe göndermiştir. Hâkimlik ise gebeliğin sonlandırılmasını isteme hakkı ve tıbbi müdahale kavramı üzerinde açıklamalarda bulunulduktan sonra talebin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ancak Başsavcılık talebinde ve soruşturma dosyası kapsamında başvurunun ait herhangi bir talep ve rızaya ilişkin beyanın olmadığını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. Kararda ayrıca TCK m. 99/6'nın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu sonuçlu oluşan gebeliklerde uygulanıp uygulanmayacağına açık ve belirli olmadığından söz edilmiştir. Soruşturma dosyası kapsamında, suça sürüklenen çocuk ve şüpheli beyanlarından ceninin biyolojik babası henüz tespit edilemediği gibi suçun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda kalması hâlinde ceninin yaşam hakkının ihlal edileceğinden ve henüz başvurunun hangi suçun mağduru olduğu belirlenemediğinden talebin reddedildiği açıklanmıştır. Başvurucuya yönelik gerçekleştirildiği iddia edilen çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan Başsavcılıkça yürütülen soruşturma kapsamında Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan raporda, yaşının küçük olması ve annenin ruhsal açıdan travmatik süreç yaşamasından dolayı gebeliğin sonlandırılmasının hem anne hem de ceninin (bebek) tıbbi yararına olacağı... şeklinde kanaate varıldığı bildirilmiştir. Başvurucu, anne ve babasının Başsavcılığa hitaben birlikte yazdıkları dilekçede, Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan Adli Tıp Kurulu raporundan da söz ederek kürtaja izin verilmesi hususunda talepte bulunulmasını istemişlerdir. Başsavcılık aynı tarihte gebeliğin sonlandırılması talebi hususunda bir karar verilmesi için soruşturma dosyasını Hâkimliğe tekrar göndermiştir. Hâkimlik bu defa talebi, Adli Tıp Kurulu raporunun yeterince ayrıntılı düzenlenmediği ve normal gebelik komplikasyonları dışında olumsuz bir durumun olmadığı, ayrıca gebeliğin sonlandırılması veya sonlandırılmaması hâlinde risklerin birbirine eşit olup sonuçlar arasında herhangi bir üstünlük bulunmadığını; gebeliği anne yönünden sağlık sorunu yaratmadığı veya diğer bir zorunluluk hâli olmadığı sürece gebeliği sonlandırmanın yaşam hakkı ihlali sayılacağı gerekçesi ile reddetmiştir. Bunun üzerine Başsavcılık bu defa gebeliğin sonlandırılması talebi hususunda bir karar verilmesi için soruşturma dosyasını Mut Sulh Hukuk Mahkemesine göndermiştir. Mut Sulh Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vermiş ve dosyanın resen görevli ve yetkili Mut Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesi için Başsavcılığa iade etmiştir. Karar gerekçesinde, suç sonucu oluşan gebelik ile ilgili yürütülen soruşturma doğrultusunda talebi değerlendirmenin sulh ceza hâkimliğinin görevi olduğu ve itiraz mercisinin göreve ilişkin karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bunun üzerine Başsavcılık 7/7/2017 tarihli yazı ile soruşturma dosyasını Mut Sulh Ceza Hâkimliğine göndermiştir. Hâkimlik 10/7/2017 tarihli kararı ile söz konusu talebin değerlendirilerek daha öncesinde bir karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği gerekçesiyle Başsavcılık talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu 11/12/2017 tarihinde bebeği dünyaya getirmiştir. ” Anayasa Mahkemesi R.G. Başvurusu, Başvuru Numarası 2017/31619, K. 23/7/2020, prg 9-34; Benzer olayları içeren kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi

TCK m. 99/6'ya ilişkin dördüncü sorun, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) m. 6'dan kaynaklanmaktadır. NPHK m. 6'da gebeliğin 10. haftası doluncaya kadar yapılacak olan rahim tahliyelerinde, gebenin rızasının yanında evli ise eşin, küçük veya kısıtlı ise kanuni temsilcinin de rızasının alınacağı düzenlenmiştir. Ancak eşin veya kanuni temsilcinin rızasının, TCK m. 99/6'nın uygulandığı durumlarda da alınması gerekip gerekmediği belirsizdir. Rahim tahliyesine rıza göstermesi gereken kişinin, aynı zamanda suçun faili olması durumunda nasıl bir yol izleneceği de mevzuatta gösterilmemiştir. Örneğin 16 yaşında bir kız çocuğu babasının cinsel saldırısı sonucunda veya boşanma aşamasında bulunan bir kadın kocasının⁶ veya resmî evliliği devam ederken kocası dışında bir başkasının cinsel saldırısı sonucunda gebe kalırsa, kanuni temsilcinin veya kocanın rıza göstermesi gerekli midir?

I. TCK M. 99/6 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

TCK m. 99/6'de yer alan hüküm suç mağduru kadının korunması için getirilmiş çok önemli bir düzenlemedir. Zira bir kadının kendisine karşı işlenen bir suç sonucunda hamile kalmasının ağır sosyal, ekonomik ve psikolojik sonuçları vardır. Bu nedenle Türk ceza hukuku öğretisinde suç sonucu oluşan gebeliklerin kadının rızasıyla sonlandırılmasına olumlu yaklaşılmaktadır.⁷ Öğretide cinsel saldırıya uğramış bir kadının, saldırıyı gerçekleştiren failin çocuğunu taşımasının onun için bir eziyet olacağına; böyle bir durumun kadının ruh sağlığını bozacağına; doğurmak zorunda kaldığı çocuğun kadına maruz kaldığı fiili hatırlatacağına haklı olarak işaret edilmektedir.⁸ Cinsel saldırıya uğrayan bir kadını, hamileliği boyunca ona maruz kaldığı olayı hatırlatacak bedensel bir değişime zorlamanın, kadının ruh sağlığını ciddi şekilde bozabileceğine; bu nedenle kadının kendisine veya aslında hiçbir suçu olmayan bebeğe zarar verebileceğine, bebeğiyle duygusal yakınlık kurmadığı için, ona gerekli şefkat ve özeni gösteremeyeceğine ilişkin görüşlere katılıyoruz.⁹

C.Ö. Başvurusu, Başvuru Numarası 2020/26150, K 2/11/2023, prg 1-7; Anayasa Mahkemesi A.J. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2020/11939, K 17/4/2024, prg 1-11.

⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi; kocasıyla ayrı yaşayan ve kocasının cinsel saldırısı neticesinde gebe kalan Suriye uyruklu 4 çocuk annesi bir kadının, 14. haftada gebe olduğunu öğrenir öğrenmez TCK m. 99/6'nın uygulanması için savcılığa yaptığı başvuru süruncemede bırakılarak 20 haftalık yasal sürenin kaçırılmasına neden olunan bir olayda, başvurunun Anayasa m. 17'de düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi A.J. Başvurusu, prg 24.

⁷ Önder (n 4) 181-182; Tülay Kitapçıoğlu, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu' (2012) 18 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 297, 325.

⁸ Önder (n 4) 181.

⁹ Sibel Can, 'Çocuk Düşürme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi' 1 (2015) Ankara Barosu Dergisi 80, 101.



Ancak TCK m. 99/6'ya dayanarak rahim tahliyesi yapılabilmesi için bazı yasal şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir: *Gebeliğin suç sonucu oluşması, gebelik süresinin 20 haftayı aşmamış olması, kadının rızasının bulunması ve gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması*. Gebeliğin suç sonucu oluşması ve kadının rahim tahliyesine rıza göstermesi, hükümle ilgili tartışmalı konular olduğundan ayrı başlıklar altında incelenecektir. Gebelik süresinin 20 haftadan az olması ve hastane ortamında sona erdirilmesi şartları ise aşağıda kısaca açıklanacaktır.

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, gebeliğin sonlandırılabilmesi için aranan ilk şart; gebelik süresinin yirmi haftayı¹⁰ geçmemiş olmasıdır.¹¹ Kanunda gerek çocuk düşürme gerekse çocuk düşürtme suçları bakımından yalnızca gebelik süresinin belirli bir haftadan fazla olmaması gerektiği belirtilmiş, ancak sürenin başlangıcı ve hesaplanmasına ilişkin bir kriter getirilmemiştir. Sürenin belirlenmesi tıp uygulayıcılarına bırakılmıştır.¹² Tıp literatüründe ve uygulamasında ise gebelik süresi, kadının son âdetinin ilk gününden itibaren hesaplanmakta ve gebelik takibinde de bu süre dikkate alınmaktadır.¹³ Bu nedenle süre tespiti hekim tarafından yapılır ve sadece 20 haftalık sürenin aşılmadığı tespit edilirse gebelik sonlandırılır. Kadına gebelik süresinin 20 haftayı aştığı bilgisi verilmeden ve kadının rızası alınmadan gebelik sonlandırılırsa TCK m. 99/1'deki suç oluşur. Süresine ilişkin bilgi verildikten sonra, 20 haftayı geçmiş

¹⁰ 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısında süreye ilişkin bir sınırlama yoktu. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporunda (1/593), “*Maddeye göre, çocuk düşürme ve düşürtme (alma) fiillerinin, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması nedeniyle işlenmiş bulunması hâlinde ceza verilmeyecektir.*” ifadesi yer almaktadır. Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/593), S. Sayısı: 664, Dönem: 22, Yasama Yılı:2, 88. Erişim: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.

¹¹ Bu süre ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir. İngiltere’de 24 haftaya kadar, İsveç ve Norveç yasalarında 18 haftaya kadar, İtalya’da ise suç mağduru olmak nedeniyle belirtilmese de sosyal nedenlerle gebeliğe 90 güne kadar son verilmesi mümkün kılınmıştır. Aktaran: Kitapçıoğlu, (n 7) 324; Recep Gülşen, ‘Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin 20. Haftaya Kadar Sona Erdirilebilmesi’ in *Tıp Hukukunun Güncel Sorunları* (TBB Yayını 2008) 1226. Almanya’da da suç endikasyonu nedeniyle 12. hafta doluncaya kadar gebeliğin sonlandırılması hukuka uygundur. Ayrıca sosyal endikasyon nedeniyle 22. hafta doluncaya kadar belirli koşullar altında gebeliğin sonlandırılması ise AİCK § 218a/IV’de düzenlenmiştir.

¹² Melike Şentürk-Tur, ‘Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı’ (2023) 27(3) AHBVÜHFD 383, 398.

¹³ Bu sürenin hesaplanması konusundaki yöntemlere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Şentürk-Tur (n 12) 390-392 vd. Yazara göre son adet tarihinden itibaren gebelik süresi hesaplandığında henüz döllenmenin gerçekleşmediği ortalama 2 haftalık süre gebelik hesabına dahil edildiği için, gebeliğin sonlandırılmasında bu 2 haftadan hiç faydalanılmamaktadır. Bu nedenle mevzuatta belirtilen yasal süreler olması gerekenden 2 hafta daha az hesaplanmakta ve netice olarak kadın bakımından dezavantaja dönüşmektedir. Bu hesaplama yöntemiyle kadın 10 haftalık yasal sürenin, fiilen sadece 8 haftasından yararlanabilmektedir. Şentürk-Tur (n 12) 399.

olan gebeliğin kadının rızasıyla sonlandırılması durumunda ise hem hekimin hem de kadının TCK m. 99/2 gereğince cezai sorumluluğu doğar.¹⁴

TCK m. 99/6'nın uygulanabilmesi için aranan bir diğer şart gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesidir. NPHK m. 5/2 hükmü¹⁵ dikkate alındığında buradaki hekimin kadın, hastalıkları ve doğum uzmanı¹⁶ olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷ Süresi 10 haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesi, hekimin özel muayenehanesinde veya kliniğinde yapılamaz. Bu işlemin hastanede yapılması zorunludur.¹⁸ Kadının sağlığı ve yaşamını koruma amacıyla öngörülen bu husus 2827 sayılı NPHK¹⁹ ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan "*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*"ün²⁰, "on haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesinin yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar" başlıklı 6. maddesinde; "*On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla*²¹ özel hasta-

¹⁴ Özen'e göre; gebelik süresinin 20 haftadan fazla olması halinde cezalandırmanın ne şekilde yapılacağı açık değildir ve söz konusu hükmün 1. fıkrasının da uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü birinci fıkraya göre kadının rızasının olması gerekmektedir. Bu nedenle Kanunda bir boşluk ortaya çıkmaktadır. Bkz. Mustafa Özen, 'Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (2007) 2 (5) Terazi Hukuk Dergisi 97, 99. Can'a göre ise suç sonucu oluşan gebelikte süre 20 haftayı aşmışsa hem rahim tahliyesine rıza gösteren kadın hem de bunu gerçekleştiren hekim TCK m. 99/2 gereğince cezalandırılmalıdır. Can (n 9) 99.

¹⁵ NPHK m. 5/2: "*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*".

¹⁶ Bir görüşe göre; madde metninde, "yetkili hekim" şeklinde değil sadece "uzman hekim" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir. Buna göre; uzman hekimin, bir kadın doğum uzmanı olduğu açıkça ifade edilmeli, "yetkili uzman" hekim olarak bu ibare düzeltilmelidir. Yoksa bir uzman dış hekimi bile hastane ortamında bir gebeliği sonlandırırsa, kanun metnine göre cezasızlık sebebi mümkün olacaktır. Hüseyin Ertuğrul, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 108.

¹⁷ Işıl Güney-Tunalı, 'Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu' (2016) 11 (119) Terazi Hukuk Dergisi 256, 263.

¹⁸ Hakeri'ye göre; normal rahim tahliyesinden farklı olarak burada hastane şartı konulmuş olması haklı görülmeyecek olmakla birlikte, ilerlemiş bir gebeliğin sonlandırılmasında var olan risk nedeniyle rahim tahliyesinin sağlıklı bir ortamda yapılmasına olanak sağlanmış ve kadın bakımından oluşabilecek tehlikenin tıbben değerlendirilmesine imkan sağlayacak bir ortam şartı konulmuştur. Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 4) 434.

¹⁹ Kanunun Amaç başlıklı m. 1 hükmü şu şekildedir: "*Bu Kanunun amacı, nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektir.*".

²⁰ Bu mevzuat çalışmada kısaca "Tüzük" olarak ifade edilecektir. Tüzük'ün Amaç başlıklı m. 1 hükmü şu şekildedir: "*Bu Tüzüğün amacı, rahim tahliyesinde acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğunu ve yapılacak ihbarların şekil ve mahiyetini, rahim tahliyesini ve sterilizasyonu kabul edenlerden istenecek izin belgesinin şeklini ve doldurulma esaslarını, rahim tahliyesi ve sterilizasyonun yapılacağı yerleri, bu yerlerde bulunması gereken sağlık koşulları ve diğer koşullarla buraların denetim ve gözetim esaslarını belirlemektir.*"

²¹ Yataklı tedavi kurumları; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 4'te ; "*Hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphe edenlerin ve sağlık durumlarını kontrol ettirmek isteyenlerin, ayakta-*



nelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Gebeliğin yetkisiz kişiler tarafından sonlandırılması durumunda kadının rızasının bir önemi yoktur ve gebeliği sonlandıran kişi veya kişiler çocuk düşürtme suçundan sorumludur (TCK m. 99/5).²² Suç mağduru kadın, süresi 10 haftayı geçen gebeliği yetkili hekime başvurmadan bizzat kendisi sonlandırdığında ise; TCK m. 99/6'da aranan uzman hekim ve hastane şartları gerçekleşmediği için, kadının eylemi TCK m. 100'de düzenlenmiş olan “çocuk düşürme” suçunu oluşturur.

II. TCK M. 99/6'YA İLİŞKİN TARTIŞMALI HUSUSLAR

A. Hükmün Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

TCK m. 99'da yer alan düzenlemeye göre rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi (1. fıkra) ve rızaya dayalı olsa bile tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde süresi on haftadan fazla olan gebeliğin sonlandırılması (2. fıkra) suçtur. Gebeliğin kaç haftalık olduğundan bağımsız olarak, kadının rızası alınmadan gerçekleştirilen rahim tahliyeleri çocuk düşürtme suçuna vücut verir. Kadının rızası ise, 10 haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması açısından tipikliği ortadan kaldıran bir nedendir.²³ Çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin yaklaşımın tarihsel süreç içinde değişmesi, insanların en azından belli bir süreye kadar çocuk sahibi olmak veya olmamak konusunda özgürce karar verebileceklerinin kabul edilmesine neden olmuştur. Bu özgürlüğün kabul edilmesi, aynı zamanda kadının belli bir süreye kadar hamileliğe son verme hakkına sahip olduğunun da kabulünü gerektirmiştir.²⁴ Kadının rızasıyla yapılan ve 10 haftalık süreyi aşmayan rahim tahliyeleri, kadının tasarruf alanında kaldığı için TCK m. 99/2 anlamında tipe uygun eylemler değildir.²⁵ Bu nedenle bu filler suç teşkil etmez. Bununla birlikte, kanun koyucu rızanın hukuki etkisini süreyle sınırlandırdığı için, gebelik süresinin 10 haftayı aşması durumunda kadının rızasının kural olarak hukuki değeri yoktur.²⁶

veya yatarak müşahade, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri, aynı zamanda doğum yapılan kurumlardır.” şeklinde tanımlanmıştır.

²² Can (n 9) 100; Tahir Hami Topaç, ‘Çocuk Düşürtme Suçu’ (2013) 2 Ceza Hukuku Dergisi 147, 186.

²³ Meral Ekici-Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 99-100. Öğretide rızanın 10 haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasında bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Güney-Tunalı (n 17) 262.

²⁴ Dönmezer (n 1) 199.

²⁵ Ekici-Şahin (n 23) 106.

²⁶ Belirli bir süreye (TCK açısından 10 hafta) kadar olan gebeliklerde, rahim tahliyesinin kadın açısından bir hak olarak kabul edilmesine kadar geçirdiği aşamalar konusunda bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Türk Ceza Hukukunda Kadın* (Seçkin Yayıncılık 2013) 234.

TCK çocuk düşürtme ve düşürme konusunda cezai çerçeveyi belirlemiştir. Rahim tahliyesinin ne zaman ve nasıl yapılacağı ise 2827 sayılı NPHK ve Tüzük'te düzenlenmiştir.²⁷ TCK m. 99, TCK m. 100 ve 2827 sayılı NPHK m. 5'te yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukukunda kural olarak “rızaaya dayalı süre esaslı rahim tahliyesi” sisteminin²⁸ benimsendiği görülmektedir. Ancak Türk hukuk sisteminde “rızaaya dayalı süre” sistemine, “endikasyon” sistemiyle

²⁷ NPHK Gebeliğin sona erdirilmesi: Madde 5– “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekli ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.”

Tüzük: On haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi: Madde 3– “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir. Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görenek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstürel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapılabilirler.” On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar: Madde 4– “On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini, a) Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde, b) Pratisyen hekimler menstürel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. 2758 On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur.” On haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesi: Madde 5– “Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.”

²⁸ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 50; Dilek Özge Erdem, ‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65 (4) AÜHFD 1637, 1640. Çocuk düşürtme eylemlerinin cezalandırılması konusunda; süre, endikasyon ve acil durum sistemi olmak üzere üç sistem öne çıkmaktadır. Endikasyon sistemi de kendi içinde tıbbi, sosyal, suç endikasyonu ve embriyopatik endikasyon olarak dört alt kategoriye ayrılmaktadır. Türk hukukunda kural olarak rızaaya dayalı süre sistemi benimsenmiştir. Sosyal endikasyon dışında kalan diğer endikasyon modelleri ise rızaaya dayalı süre sisteminin uygulanmadığı durumlarda devreye girmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem (n 28) 1640.



istisnalar getiren düzenlemeler de mevcuttur.²⁹ Bu düzenlemelerden ilki NPHK m. 5/2’de yer alan “*tıbbi endikasyon*” ve “*embriyopatik endikasyon*” sistemleridir.³⁰ NPHK m. 5/2’ye göre: “*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*”. Maddede öngörülen gebeliğin annenin hayatını tehdit eden tehlikeli bir durum yaratması “*tıbbi endikasyona*”; doğacak çocuk veya onu takip eden nesiller açısından ağır bir maluliyet tehlikesinin var olması ise “*embriyopatik endikasyona*” karşılık gelmektedir.³¹ Rızaya dayalı süre sisteminde istisna getiren endikasyon modellerinden biri de “*suç endikasyonu*”dur.³² Ancak bu model NPHK’da değil, TCK m. 99/6’da düzenlenmiştir.

²⁹ AICK §218a/I’de de kural olarak süre sistemi benimsenmiştir. Bununla birlikte §218a/II’de tıbbi endikasyon, §218a/III’te ise suç endikasyonu modeli düzenlenmiştir. Paragrafın 4. fıkrasında ise kadın açısından bir şahsi cezasızlık nedeni yer almaktadır. Buna göre; gebeliği sonlandırmak isteyen kadın bir hekimden danışmanlık hizmeti aldıktan sonra, 22. hafta dolmadan gebeliği sonlandırırsa kadına ceza verilmez. Ancak bunun için gebelik süresinin 22 haftayı geçmemiş olması ve gebeliğin kadına danışmanlık yapan hekim dışında başka bir hekim tarafından sonlandırılması gerekir. Ayrıca kadının danışmanlık hizmeti almasının üzerinden en az 3 gün geçmiş olmalıdır. Aynı paragrafın 2. cümlesinde “kadının içinde bulunduğu zor şartlar” nedeniyle 22. haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesi durumunda da cezalandırılmayabileceği düzenlenmiştir. “Kadının içinde bulunduğu zor şartlar” ifadesi, kadının sosyal çevresinin gebeliği onaylamaması, çevre baskısı, gebe kadının anne olmak için yeterince olgun ve bilinçli olmaması veya çocuk sayısının kadının bakamayacağı kadar çok olması gibi yaşam koşullarındaki zorluklara ilişkin sosyal ve ekonomik nedenleri kapsamaktadır. AICK §218a/IV’te yer alan bu düzenleme, öğretide “sosyal endikasyon” olarak adlandırılmaktadır. Bu düzenlemeyle 12 haftalık süreyi kaçırmış, ancak gebeliği sonlandırmakta kararlı olan kadının, yasa dışı yollara başvurmak yerine bir hekime gitmesi amaçlanmıştır. Bkz. Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich ve Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch* (2. Auflage Giesking 2009) §5, kn. 76-78. Ancak sosyal-ekonomik endikasyon, sadece gebe kadın açısından şahsi cezasızlık nedeni öngürdüğü için, gebeliği sonlandıran hekimin cezai sorumluluğu devam edecektir. Bu yüzden kadının sosyal ve ekonomik endikasyon nedeniyle gebeliğini sonlandırma talebini karşılayacak hekim bulmak Almanya’da pek mümkün değildir. Bu durumun, kadınların yurt dışına gitmek zorunda kalmalarına yani bir tür “kürtaj turizmine” neden olacağına ilişkin eleştiriler getirilmektedir.

³⁰ Erdem (n 28) 1640; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 253.

³¹ Öğretide NPHK m. 5/2’de belirlenen bu iki endikasyon sistemi “tıbbi zorunluluk halleri” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Serap Keskin-Kızıroğlu, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 165, 180-181. Ayrıca NPHK m. 5/2 düzenlemesinde yer alan endikasyon Yurtcan tarafından “*olağan endikasyon*” olarak da sınıflandırılmıştır. Yazara göre aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan “*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde, durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.*” hükmü ise “*olağanüstü endikasyon*”dur. Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması- Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürtme Suçları*, (2. Bası Kazancı Kitap Ticaret 1990) 55-56.

³² Bu husus öğretide Önder tarafından endikasyon modeli altında, hukuki ve ahlaki sebepler başlığıyla incelenmiştir. Yazara göre; bu sebepler, kadının ırzına geçilmiş veya fücür eyleminin sonucu olarak gebe kalması gibi halleri konu etmektedir. Önder (n 4) 181.

2. TCK m. 99/6'nın Hukuki Niteliği

Suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması öğretide; “suç endikasyonu”³³, “kriminolojik endikasyon”³⁴, “hukuki endikasyon”³⁵ veya “etik endikasyon, insani endikasyon, tecavüz endikasyonu”³⁶ gibi farklı terimlerle adlandırılmaktadır. Terminolojideki çeşitlilik, düzenlemenin hukuki niteliği konusunda da kendini göstermektedir.³⁷ TCK m. 99/6'nın hukuki niteliğine ilişkin tespit, yukarıda da belirtildiği gibi yargılama sonunda hekim ve gebe kadın hakkında verilecek hükmü belirleyecektir.

Bu konuda ortaya konan görüşlerden ilki; TCK m. 99/6'daki suç endikasyonunun kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğu yönündedir. Bu görüşe taraftar olan yazarlardan Özgenç'e göre; suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılmasının nedeni, bu durumda kusurluluğu ortadan kaldıran “zorunluluk halinin”³⁸ bulunmasıdır. Ancak burada eylem kadının rızasına tabi kılınmıştır. Kadının rızası, süresi 10 haftayı aşan gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun hale getirmez. Fakat kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden hekim de yararlanabilir.³⁹ Bu yaklaşım, kadının rızasıyla gebeliği sonlandıran hekimin üçüncü kişi için

³³ Can (n 9) 97.

³⁴ Merve Çetiner, ‘Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 89-90.

³⁵ AICK §218a/III'teki düzenlemenin arka planında, 2. Dünya Savaşından sonra Almanya'nın Sovyet işgali altında bulunan bölgelerinde Kızıl Ordu tarafından gerçekleştirilen toplu tecavüzler yer almaktadır. Bkz. Reinhard Maurach, Friedrich-Christian Schoeder, Manfred Maiwald, Andreas Hoyer ve Carsten Momsen, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband I* (11. Auflage C.F. Müller 2019) §5, kn. 13. İstatistiklere göre 2023 yılında Almanya'da yapılan 106.218 rahim tahliyesi işleminin, %4'ü tıbbi veya kriminal endikasyon nedeniyle yapılmıştır. Bkz. Erişim: [³⁶ Barış Işık, ‘Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu \(TCK 99/6\)’ \(2015\) 3 \(2\) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 25, 29.](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/232/umfrage/anzahl-der-schwangerschaftsabbrueche-in-deutschland/#~:text=Rund%2096%20Prozent%20der%20Abbr%C3%BCche,ambulant%20in%20gyn%C3%A4kologischen%20Praxen%20vorgenommen., Erişim Tarihi: 08.08.2024. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra da düşman askerlerinin tecavüzü sonucu gebe kalan ve çocuğunu düşürten kadınların durumu tartışılmış ve Fransa'da haklarında beraat kararları verilmiştir. İtalya'da ise genel af çıkartılmıştır. Bkz. Erman ve Özek, Erman Sahir, <i>Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar</i> (Dünya Yayıncılık 1994) 189, dn:12.</p></div><div data-bbox=)

³⁷ AICK §218a/III'de suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun olacağı açıkça düzenlendiği için hükmün hukuki niteliği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Alman hukukunda suç endikasyonunun hukuki niteliğinin “fili hukuka uygun hale getiren zorunluluk hali” olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Fischer (n 3) kn. 14; Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II* (18. Auflage C.H Beck 2017) §11, kn. 27; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Vermögensrechte* (6. Auflage Nomos 2014) §6, kn.7; Reinhard Merkel, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (Hrsg. Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Ullrich Paefgenrank Saliger), *Strafgesetzbuch* (6. Auflage Nomos 2023) §218a, kn. 144.

³⁸ Zorunluluk halinin hukuki niteliği Türk ceza hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Ancak bu konu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle çalışmada, zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin olarak müelliflerin kabul ettiği görüşlerin aktarılmasıyla yetinilmiştir.

³⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası Seçkin Yayıncılık 2023) 378.

zorunluluk hali kapsamında hareket ettiğini ve bu nedenle kendisine kusur yüklenemeyeceğini kabul etmektedir.⁴⁰

Ancak TCK m. 99/6'da yer alan düzenlemenin hukuki niteliğinin kusurluluğu ortadan kaldıran “zorunluluk hali” olduğunu kabul eden yazarlardan bazıları, burada genel değil özel bir zorunluluk hali olduğu kanaatindedir.⁴¹ Zira TCK m. 99/6 ile suç sonucu oluşan çocuğu taşımak istemeyen annenin menfaati ceninin menfaatinden üstün tutularak, kadının psikolojik yıkım yaşamasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu nedenle suç neticesinde oluşan gebelik, kadının rızasıyla sonlandırılıyorsa kadının içinde bulunduğu zorunluluk halinden hekim de yararlanır.⁴² Özel bir zorunluluk hali görüşüne taraftar olan yazarlardan *Hakeri*, burada gebe kadın açısından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu, ancak rıza tek başına yeterli görülmediğinden hekimin de cezalandırılmaması sonucuna ulaşabilmek için özel düzenleme yapıldığını belirtmektedir. Yazara göre bu düzenleme kusurluluğu kaldıran özel bir zorunluluk hali olduğundan, tehlikenin ağır olması koşulu aranmayabilir. Çünkü suç sonucu oluşan gebelik, gebe kadın açısından mutlak bir tehlike yaratır.⁴³

Öğretide savunulan ikinci görüş; TCK m. 99/6'da yer alan düzenlemenin hukuki niteliğinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değil bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündedir.⁴⁴ Bununla birlikte, düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul eden yazarlar arasında, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin hangisi olduğu konusunda görüş ayrılıkları vardır.

Örneğin *Hafizoğulları ve Özen*'e göre⁴⁵ TCK m. 99/6, “hakkın kullanılması”⁴⁶ kapsamında değerlendirilmesi gereken bir “hukuka uygunluk nedenidir”. TCK'nın bu hükmüyle suç mağduru olan kadına belirli bir süre içinde gebeliği

⁴⁰ Aynı yönde Işık (n 36) 34.

⁴¹ *Hakeri*, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 265; Topaç (n 22) 181.

⁴² Topaç (n 22) 181; Gülşen (n 11) 1216.

⁴³ *Hakeri*, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 265.

⁴⁴ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar* (6. Baskı USA Yayıncılık 2017) 145; Keskin-Kızıroğlu (n 31) 182. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu ve m. 49/3'de düzenlenmiş olan zorunluluk halinin hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni kabul edildiği dönemde yazdığı eserinde Erman, “...bu fiilleri her şart altında cezalandırmanın gerekli olduğuna kani olanlar dahi, bazı durumlarda ‘ızzar hali’ kavramını zorlamak yoluna gitmişler ve özellikle ırzına geçilmesi sonucu gebe kalan kadının çocuğunu aldırtmasının ızzar halini teşkil edeceğini kabul etmişlerdir.” ifadesine yer vermiştir. Erman ve Özek (n 34) 189. Erem'in aktardığına göre; İtalyan ceza hukuku öğretisinde ırzına geçilmesinden sonra gebe kalan kadın, zaruret hali içinde olduğundan, rahim tahliyesinin ızzar (zorunluluk) hali kapsamında hukuka uygun olacağı görüşünü savunanlar olduğu gibi, bu görüşe karşı çıkarak özel düzenleme yapılması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Bkz. Faruk Erem, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler C. 2* (Ajans-Türk Matbacılık Sanayii 1968) 320.

⁴⁵ *Hafizoğulları ve Özen*, *Ceza Özel* (n 44) 145.

⁴⁶ *Hakeri*'ye göre; TCK m. 99/6'nın hukuki niteliğini “hakkın kullanılması” olarak açıklayan görüşler isabetli değildir. Zira gebeliği sonlandırmak bir hak olsaydı, suç sonucu oluşan gebeliğin kadın

sonlandırma hakkı tanınmaktadır. Ancak bu hukuka uygunluk nedeninden, hükümde öngörülen şartlar gerçekleştiğinde yararlanılabilir.⁴⁷

TCK m. 99/6'nın hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşüne taraftar olan *Keskin-Kiziroğlu*⁴⁸ ve Ünver'e⁴⁹ göre ise burada genel hukuka uygunluk nedenlerinden biri değil, "özel bir hukuka uygunluk nedeni" düzenlenmiştir. Bu nedenle TCK m. 99/6'da belirtilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilen rahim tahliyesi hukuka aykırı olmaz.

Öğretide savunulan üçüncü bir görüşe göre; TCK m. 99/6'da yer alan düzenleme bir "cezasızlık nedenidir".⁵⁰ Burada suç mağduru kadının rızasıyla gebeliği sonlandıran hekimin cezalandırılmasını önleyen bir şahsi cezasızlık nedeni düzenlenmiştir.⁵¹

Diğer bir görüşe göre ise; TCK m. 99/6 "tipikliği ortadan kaldıran bir nedendir".⁵² Bu görüş, TCK m. 99/6'nın çocuk düşürtme suçunu uzman hekim açısından sınırlandıran bir düzenleme olduğunu kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle gebeliğin TCK m. 99/6'da gösterilen şartlar altında sonlandırılması, hekim açısından eylemin tipik olmasını önler. Bu görüşe göre suç sonucu oluşan gebelik 20. hafta dolmadan bir uzman hekim tarafından sonlandırılırsa, eylem çocuk

tarafından bizzat sonlandırması durumunda da ceza verilmemesi gerekirdi. Bkz. Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 265.

⁴⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Ceza Özel* (n 44) 145. Ancak Yazarlara göre; uzman olmayan hekim tarafından rahim tahliyesi gerçekleştirilmediğinde kimin neden sorumlu olacağı belli değildir. Bu konuda tartışmalar için ayrıca bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Ceza Özel* (n 44) 145. TCK m. 99/6'daki düzenlemenin hukuki niteliğinin, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü için ayrıca bkz. Muhammet Hamza Muş, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu* (Adalet Yayınevi 2019) 107. Yazara göre; gebeliği sonlandıran hekimin yaptığı müdahale, hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. Hekimin tedavi amaçlı tıbbi müdahaleleri de hakkın kullanılması niteliğindedir. Ancak bu durumda kadının rızasının olması ve hekimin yetkili hekim olması gerekmektedir.

⁴⁸ Keskin-Kiziroğlu (n 31) 182.

⁴⁹ Yener Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2006) 6(2) YÜHFD 173, 210.

⁵⁰ Recep Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (2016) (127) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73, 114. Aynı yönde; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023) 319; Mustafa Ruhan Erdem, Durmuş Tezcan ve Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Bası Seçkin Yayıncılık 2023) 310, Güney-Tunalı (n 17) 263. Salih Oktar, *Türk Hukukunda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları* (TCK m. 99-100), (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2013) 216 vd. Mehmet Nihat Kanbur, 'Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu' iç (Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara Türkiye Barolar Birliği Yayınları 1. Baskı Nisan 2008)1229, 1251.

⁵¹ Kitapçioğlu (n 7) 324.

⁵² M Emre Tulay, "Gebeliğin Sonlandırılması Eyleminde Hekimin Faillik Durumu" iç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi 8-10 Ocak 2021 Bildiri Kitabı Cilt 1) 187, 193.



düşürtme suçuna vücut vermeyeceğinden, hekime yardım eden diğer kişiler de cezalandırılmaz.⁵³

TCK m. 99/6’da yer alan düzenlemenin hukuki niteliğinin belirlenmesinin, gebeliği sonlandıran hekim hakkında yargılama neticesinde verilecek olan hüküm açısından son derece önemli olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Zira TCK m. 99/6’da yer alan düzenlemenin hukuki niteliğinin; “kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali” veya “şahsi cezasızlık nedeni” olduğu kabul edilirse, hekim hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223’ün 3. ve 4. fıkraları gereğince “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilir. Bu kabule göre; suç sonucu oluşan gebeliğin TCK m. 99/6’daki şartlar altında sonlandırılması, tipik haksızlığı ortadan kaldırmaz ve fiilin suç olma vasfı değişmez. Hekim, eylem hukuka uygun olduğu için değil, kusuru olmadığı veya şahsi cezasızlık nedeni bulunduğu için cezalandırılmaz.

Ancak bu iki görüş, TCK m. 99/6’nın gebe kadına bakan yönüne değinmemektedir. Oysa ki TCK m. 99/6’nın gebe kadını ilgilendiren bir yönü bulunmaktadır. Zira TCK m. 99/2’nin ikinci cümlesinde süresi on haftayı aşmış olan gebeliğin tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızasıyla sonlandırılması durumunda, gebe kadının da cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu açıdan TCK m. 99/2 hem hekimin hem de gebe kadının cezalandırılmasını öngören çok failli bir suçtur.⁵⁴ TCK m. 99/6 ise sadece uzman hekimi muhatap alarak, gebeliği sonlandıran kişinin cezalandırılmayacağına amirdir.⁵⁵ Bu durumda, eğer hükmün hukuki niteliğinin kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali veya şahsi cezasızlık nedeni olduğu kabul edilirse, TCK m. 99/6’dan sadece hekim yararlanabilir. Gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın ise hükümden yararlanamaz. Kusurluluğu etkileyen nedenler veya şahsi cezasızlık nedenleri eylemin suç olma vasfını değiştirmedikten, kadının TCK m. 99/2’den doğan cezai sorumluluğu da devam eder.

Buna karşın düzenlemenin hukuki niteliğinin bir “hukuka uygunluk nedeni” olduğunun kabul edilmesi durumunda ise; TCK m. 99/6’daki şartlar altında gerçekleştirilen rahim tahliyesinin hukuka aykırı yani suç olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu durumda fiil sadece hekim açısından değil, herkes açısından hukuka uygun olacağından, hem hekim hem de gebe kadın hakkında CMK m. 223/2 gereğince beraat kararı verilir.

Kanaatimizce, gebeliğin TCK m. 99/6’da gösterilen şartlar altında sonlandırılmasını kusurluluğu etkileyen nedenler veya cezalandırmanın diğer şartları kapsamında açıklamak isabetli değildir. Öncelikle, TCK m. 99/6’da yer alan dü-

⁵³ ibid 193.

⁵⁴ Türkan Yalçın Sancar, Çok Failli Suçlar (Seçkin Yayıncılık 1998) 183.

⁵⁵ 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısının suç sonucu gebeliği düzenleyen m. 154, hem çocuğu düşürene hem de düşürtene ceza vermeyeceği şeklinde kaleme alınmıştır.

zenlemenin kusurluluğu etkileyen zorunluluk hali⁵⁶ kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Zira bir suç neticesinde oluşan gebeliğin sonlandırılmasında, kusurluluğu etkileyen zorunluluk halinin şartları mevcut değildir.⁵⁷ Suç neticesinde oluşan gebeliğin, gebe kadının psikolojisi veya sosyal statüsü üzerinde olumsuz etkileri olsa bile, bu durum salgın hastalık, depresyon, sel, yangın veya vahşi hayvan saldırısı gibi zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin genel şartlarından oldukça farklıdır. Zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin şartlarından olan “bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunmasına” ilişkin şart, burada mevcut değildir. Zira gebelik tek başına bir tehlike arz etmez. Burada, NPHK m. 5 ve Tüzük m. 5’te belirtildiği gibi, kadının hayatı veya sağlığı ya da doğacak çocuğun veya onu takip eden nesillerin sağlığı açısından tehlike arz eden bir durum da yoktur. Bu nedenle gebeliğin, kadının veya çocuğun sağlığı açısından somut bir tehlike yaratmadığı durumlarda, TCK m. 25/2’de aranan ağır bir tehlikenin⁵⁸ varolması şartı gerçekleşmez. Suç neticesinde oluşan gebeliğin negatif etkisi kadının ruh sağlığının halihazırda bozulmuş olması gibi somut bir tehlike olarak⁵⁹ ortaya çıkmadığı sürece, dikkate alınamaz. Gelecekte ortaya çıkması olası tehlikeler muhakkak değildir.⁶⁰

TCK m. 99/6’nın bir cezasızlık sebebi olduğu yönündeki görüşler de isabetli değildir. Her ne kadar TCK m. 99/6’da “... ceza verilmez” ifadesine yer verilmişse de, buradan hareketle hükmün hukuki niteliği açıklanamaz. Çünkü TCK’da madde metninde aynı ifadeye yer verilmiş olmasına rağmen, hukuki niteliği farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin TCK m. 24’te “kanunun hükmünü yerine

⁵⁶ Zorunluluk halinin hem hukuka aykırılığı hem de kusurluluğu ortadan kaldıran iki yönü bulunduğu ve AİCK §34 ve §35’te olduğu gibi Türk Ceza Kanununda da iki kurumun ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşler ve haklı eleştiriler için bkz. Veli Özer Özбек ve Koray Doğan, ‘Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği’ (2007) 9(2) DEÜHFD 195, 205. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022) 323 vd.; Zeynel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin Yayıncılık 2010) 47 vd.

⁵⁷ Aynı yönde Muş (n 47) 119.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Muş (n 47) 119. Ancak Hakeri’ye göre; suç endikasyonu özel bir zorunluluk hali olduğu için, tehlikenin ağır olması koşulu aranmayabilir. Hakeri, *Tip Ceza Hukuku* (n 2) 265. Hakeri’nin bu görüşüne özel zorunluluk hallerinde tehlikenin ağır olmasının aranmayacağına ilişkin, herhangi bir kural bulunmadığı gerekçesiyle katılmıyoruz. Zira hırsızlık suçuna ilişkin zorunluluk halinin düzenlendiği TCK m. 147’de “ağır ve acil bir ihtiyacın” karşılanmasından söz edilmesi, “tehlikenin ağır olması” şartının yalnızca genel değil özel zorunluluk hallerinde de arandığını göstermektedir.

⁵⁹ Nitekim 1927 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi verdiği bir kararda, kadının gebeliğin yarattığı ruhsal bunalım nedeniyle intihar etme tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla gebeliğin sonlandırılmasını hukuka uygun bulmuştur. Bkz. RG 61, 242 (254), aktaran: Hans Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5. Auflage Duncker&Humblot 1996) 359; ayrıca bkz. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1* (Şafak Basım Yayım 1982) 263.

⁶⁰ Hakeri’ye göre ise bu durumda tehlike muhakkaktır. Bkz. Hakeri, *Tip Ceza Hukuku* (n 2) 265.



getirene ceza verilmez”⁶¹ ifadesi yer almaktadır, ancak kanun hükmünü yerine getirme bir cezasızlık nedeni değil, hukuka uygunluk nedenidir.

Öte yandan, TCK m. 99/6’nın hukuki niteliğinin “şahsi cezasızlık nedeni” olduğunun kabul edilmesi halinde, bu nedenin rahim tahliyesini gerçekleştiren hekimin yani “failin” hangi şahsi özelliğine dayandığı da izah edilmelidir. Çünkü şahsi cezasızlık nedenleri, suç işlendiği anda mevcut olan ve tüm unsurlarıyla oluşan bir suçta, “failin” cezalandırılmasını engelleyen şahsi sebeplerdir.⁶² TCK m. 99/6 bakımından failin şahsında bulunan özellik hekimlik mesleğini icra etmesi ise, bu durumda da söz konusu cezasızlık nedeninden neden her hekimin değil de sadece uzman hekimlerin, üstelik her uzman hekimin değil, sadece gebeliği hastane ortamında sonlandıran uzman hekimin yararlanmasına müsaade edildiği açıklanmalıdır. Ancak TCK m. 99/6’nın hukuki niteliğinin “cezasızlık nedeni” olduğunu kabul edenler, bu hususlara ilişkin bir açıklama yapmamışlardır.

Ayrıca TCK m. 99/6’da gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği belirtilmektedir. TCK m. 40/1 gereğince şahsi cezasızlık nedenlerinden sadece bu nedeni şahsında bulunduran kişiler yararlanabilir.⁶³ Bu durumda gebeliği sonlandıran hekime ceza verilmeyecek ve fakat hekime yardım eden diğer sağlık personeline ceza verilebilecektir. Bunun yanında yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, TCK m. 99/2 çok failli bir suç olarak düzenlenmiş⁶⁴ ve süresi 10 haftayı aşan gebelikler rızaya dayalı olarak sonlandırılmış olsa bile, rıza gösteren kadın da cezalandırılacaktır. Yani bu durumda her fail kendi fiilinden sorumlu olduğuna göre kadının TCK m. 99/2’den doğan cezai sorumluluğu devam eder. Bu durumda hukuk mantığı gereği “suç mağduru kadının ve hekime yardım eden kişilerin cezai sorumluluğu devam ederken, gebeliği sonlandıran hekimin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanacağı” sonucu çıkar. Ancak böyle bir sonuç, ceza adaletinin sağlanmasını hedefleyen TCK’nın genel amacına uygun olmayacağından, kanaatimizce kabul edilemez.

Hükmün hukuki niteliğini, tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak açıklayan görüş⁶⁵ de isabetli değildir. Çünkü TCK m. 99/2’de tıbbi zorunluluk olmadan süresi 10 haftayı aşmış olan gebeliklerin sonlandırılması suç olarak düzenlenmiştir. On hafta dolmadan kadının rızasıyla yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen rahim tahliyesi veya kadının kendi isteğiyle çocuğunu düşürmesi herhangi bir suç tipini ihlal etmeyecek, dolayısıyla suç oluşturmayacaktır. Ancak kanun koyucu,

⁶¹ Aynı şekilde meşru savunma (TCK m. 25/1) ve hakkın kullanılması (TCK m. 26) hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin düzenlenmelerde de “ceza verilmez” ifadesi kullanılmıştır.

⁶² Erkan Sarıtış ve Hazal Algan Canseven, ‘Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata’ (2023) 11 (1) Journal of Penal Law and Criminology 1, 3-4.

⁶³ Zeynel T. Kargal, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (2011) 7 Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 38, 45.

⁶⁴ Yalçın Sancar, Çok Failli Suç (n 54) 182- 184.

⁶⁵ Tulay (n 52) 193.

ceninin gelecekteki, potansiyel yaşam hakkının, 10. haftadan itibaren korunması gereken hukuki değerlerden biri olduğunu kabul etmektedir.⁶⁶ Bununla birlikte 10. hafta dolmadan kadının rızasıyla ve yetkili kişilerce gerçekleştirilen rahim tahliyesi herhangi bir hukuki değeri ihlal etmez. Kadının burada mutlak tasarruf yetkisi hukuken tanınmış ve 10. haftaya kadar olan gebeliği sonlandırmanın kadının hakkı olduğu kabul edilmiştir.⁶⁷ Gebeliğin 10. haftasından sonra gerçekleştirilen rahim tahliyeleri ise, kadının rızası olsun ya da olmasın TCK m. 99 ile korunan hukuki değerlerden biri olan ceninin potansiyel yaşam hakkını ihlal eder. Ne var ki tipikliği ortadan kaldıran nedenlerin temel özelliği, söz konusu nedenlerin bulunması durumunda eylemin tipe uygun olmamasıdır. Tipikliği ortadan kaldıran nedenlerin somut olayda mevcut olması, rızanın TCK m. 116 veya TCK m. 102’de üstlendiği fonksiyonda olduğu gibi, suç tipleriyle koruma altına alınmış olan hukuki değerlerin ihlal edilmesini önler. Diğer bir ifadeyle tipikliği ortadan kaldıran nedenlerin hukuki sonucu, eylemin tipe uygun olmaması ve hukuki değer ihlalinin gerçekleşmemesidir. Fakat TCK m. 99/6’ya baktığımızda; ne kadının rızası ne gebeliğin bir suç neticesinde meydana gelmiş olması ne de gebeliğin hastane ortamında bir uzman hekim tarafından sonlandırılması, ceninin gelecekteki potansiyel yaşam hakkının ihlal edilmesini önler. Gebeliğin TCK m. 99/6’da öngörülen şartlar altında sonlandırılması, 10. haftadan itibaren hukuken koruma altına alınmış olan ceninin potansiyel yaşam hakkının ihlal edildiği gerçeğini değiştirmez. Hangi şartlar altında olursa olsun 10. haftadan sonra gerçekleştirilen rahim tahliyeleri, ceninin potansiyel yaşam hakkını ihlal eden bir eylemdir. Bu gerekçeyle TCK m. 99/6’nın hukuki niteliğinin tipikliği kaldıran bir neden olduğu görüşüne iştirak etmiyoruz.

TCK m. 99/6’da yer alan düzenlemenin hukuki niteliğini, hukuka uygunluk nedeni olarak açıklayan görüşler daha isabetlidir. Zira TCK m. 99/6’nın yalnızca hekimi değil, gebe kadını da ceza tehdidinden kurtarması, sadece düzenlemenin hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu hipotezinde mümkündür. Kanaatimizce, TCK m. 99/6 ile kanun koyucu suç mağduru kadına bir hak tanımaktadır. Bu hak, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının çocuğu doğurmak istememesi durumunda “gebeliğin sonlandırılmasını talep

⁶⁶ TCK m. 99 ile korunan hukuki değer ne olduğu öğretide her zaman tartışmalı bir konu olmuştur. Ancak çocuk düşürme ve düşürme suçlarıyla birden fazla hukuki değer bir arada korunduğu öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Örneğin öğretide savunulan bir görüşe göre TCK m. 99 ile ceninin yaşam hakkı dışında ayrıca kadının sağlığı, ulusun, ırkın, toplumun varlığını sürdürme hakkı, aile bireyinin var olma hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikası korunmaktadır. TCK m. 100’de ise ceninin potansiyel yaşam hakkının yanında devletin nüfus politikası ve kadının sağlığı da himaye edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Özel Hükümler* (n 50) 311 321. TCK m. 99’da ceninin gelecekteki yaşam hakkının yanında, kadının sağlığının, TCK m. 100’de ise sadece ceninin potansiyel yaşam hakkının korunduğu görüşü için ise bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 298. Bu konuya bilimsel olarak tatmin edici bir cevap verilmesinin mümkün olmadığı görüşü için bkz. Yalçın-Sancar, *Kadın* (n 26) 235.

⁶⁷ Dönmezer (n 1) 199.



etme hakkıdır”.⁶⁸ Bu hakkın kaynağı ise doğrudan doğruya TCK m. 99/6’da yer alan düzenlemedir. Kanun koyucunun, 10 haftayı geçen gebeliklerde hukuken geçersiz saydığı kadının rızasına, gebeliğin kadına karşı işlenen bir suç sonucu oluşması durumunda belli sınırlar içinde de olsa hukuki değer atfetmesi, suç mağduru kadına bir hak tanıdığını göstermektedir. Ceninin menfaatleri karşısında, 10 hafta ile sınırlanmış olan kadının kendi bedeni ve geleceği üzerindeki tasarruf yetkisi, suç sonucu oluşan gebelik söz konusu olduğunda 20 haftaya çıkartılmıştır. Ancak diğer hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi, TCK m. 99/6’da kadına tanınmış olan “gebeliğin sonlandırılmasını talep etme” hakkının da hukuki sınırları vardır. Kadın bu hakkını kanunda belirtilen şartlar ve sınırlar içinde kullandığında, eylem TCK m. 99/2 anlamında tipe uygun bir fiil olsa da hukuka aykırı olmaz. Bununla birlikte TCK m. 99/6 kadına gebeliği doğrudan doğruya sonlandırma hakkı vermemektedir. TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçu, kadının “gebeliğin sonlandırılmasını talep etme hakkının” yasal sınırını oluşturmaktadır. Kanun koyucunun bu yolla, kadının hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek bir yönteme başvurmasını engellemek istediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bir suç neticesinde oluşmuş olsa bile; 10 haftayı geçen gebeliğin kadın tarafından bizzat sonlandırılması hukuka aykırı olmaya devam eder. Örneğin 18 haftalık çocuğu kasten düşüren kadın, TCK m. 100 gereğince çocuk düşürme suçundan sorumludur.⁶⁹ Çünkü suç endikasyonu TCK m. 100’de dikkate alınmamış, sadece TCK m. 99 ve çocuk düşürtme suçunun iki failininde biriyle sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Suç mağduru kadına, maruz kaldığı suç neticesinde oluşan gebeliğin sonlandırılmasını talep etme hakkı tanıyan hüküm, hekime ise suç mağduru kadının talebi üzerine bu gebeliği sonlandırma yetkisi vermektedir. TCK m. 99/6’daki şartlar altında gebeliği sonlandıran hekim, kanunun kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanır. Bu nedenle TCK m. 99/6’nın hekim açısından hukuki niteliği kanun hükmünü icradır (TCK m. 24/1). Kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekim, kanunen suç mağduru kadının gebeliğini sonlandırmaya yetkili kılınmıştır.⁷⁰

⁶⁸ Hakeri’ye göre TCK m. 99/6’nın hukuki niteliğini “hakkın kullanılması” olarak açıklayan görüşler isabetli değildir. Zira gebeliği sonlandırmak bir hak olsaydı, suç sonucu oluşan gebeliği hekim yerine kadının bizzat sonlandırması durumunda da ceza verilmemesi gerekirdi. Bkz. Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 2) 265.

⁶⁹ Oktar’a göre ise böyle bir durumda, gebeliğini bizzat sonlandıran kadına ceza verilmez. Bkz. Oktar (n 50) 220.

⁷⁰ Hekimlik mesleğinin icrasının hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne ilişkin olarak bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı Seçkin Yayıncılık 2020) 314; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı Adalet Yayınevi 2013) 417. Zeki Hafızogulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı USA Yayıncılık 2019) 228.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle TCK m. 99/6'nın hukuki niteliğinin kadın açısından hakkın kullanılması (TCK m. 26/1), hekim açısından ise kanun hükmünü icra (TCK m. 24/1) kapsamında değerlendirilmesi gereken özel bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul ediyoruz. Bu nedenle TCK m. 99/6'daki şartlar oluşuktan sonra gebeliği sonlandıran hekim hakkında verilmesi gereken karar; ceza verilmesine yer olmadığı değil, beraattir. Aynı şekilde rahim tahliyesine rıza gösteren gebe kadın hakkında da TCK m. 99/2'den beraat kararı verilmelidir. Kanaatimizce, bu kabul TCK'nın hedeflediği ceza adaletinin sağlanması fikrine de uygun olacaktır.

B. Gebeliğin Suç Sonucu Meydana Gelmiş Olması Kavramı ve Gebeliğe Neden Olan Öncül Suçlar

TCK m. 99/6'nın uygulanabilmesi, gebeliğin bir suç sonucu meydana gelmiş olmasına bağlıdır. Hükümde gebeliğe neden olan suçlar sınırlanmamış, madde gerekçesinde de gebeliğin hangi suçlar neticesinde oluşmuş olması gerektiğine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle TCK m. 99/6 açısından hangi suçların “öncül suç” kabul edileceği tartışmalıdır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre; gebelik, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar sonucunda oluşabileceği gibi, TCK veya başka bir kanunda düzenlenmiş olan suçlar neticesinde de oluşabilir.⁷¹ Bu görüşe taraftar olan yazarlar, hükümde öncül suçların türüne veya nerede düzenlendiğine ilişkin bir sınırlama yapılmadığından, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar dışında kalan diğer suçların da TCK m. 99/6 açısından öncül suç olabileceğini kabul etmektedirler.⁷²

Gerçekten de gebelik, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar dışında kadının rızası olmaksızın eşine ait olmayan spermle yapay dölleme⁷³ veya kadının fuhşa zorlanması (TCK m. 227)⁷⁴ ya da birden çok evlilik veya hileli evlenme

⁷¹ Oktar (n 50) 217.

⁷² Ünver (n 49) 206.

⁷³ Öğretide bu konuya ilişkin olarak Adana Balcalı Hastanesinde yaşandığı belirtilen bir olay aktarılmaktadır. Söz konusu olayda bir hekimin başkalarından aldığı spermle kadın hastalarının hamile kalmasını sağladığı iddia edilmiş, ilgili hekim TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmıştır. Bkz. Işık (n 36) 39.

⁷⁴ Türk ceza hukukunda fuhuş suçunun mağdurunun kendisine fuhuş yaptırdan kişiler olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Özel Hükümler* (n 50) 918; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 5. Cilt, m. 197-254 (2. Bası Adalet Yayınevi 2021) 7575. Yargıtay'ın da kendi istekleriyle fuhuş yapan kişileri dahi mağdur kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Y 18 CD, E 2016/14213 K. 2019/1534, 16.01.2019; Y 5 CD, E 2011/290 K 2011/3015, 13.04.2011. Erişim: uyap.gov.tr. Ancak Zafer'e göre soyut tehlike suçları olan fuhuş suçu, bir çocuğun veya yetişkinin fuhuşa teşvik edilmesi, fuhuşun kolaylaştırılması, fuhuş maksadıyla kişilerin temin edilmesi veya fuhuşa aracılık edilmesiyle tamamlanır. Suç tipiyle korunan hukuki değer genel ahlak olduğundan, mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Kendilerine fuhuş yaptırdan kişiler ise suçun konusudur. Bkz. Hamide Zafer, 'Fuhuş Suçu' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan (Özel Sayı)) 3157, 3165-3166.



(TCK m. 230) gibi suçlar neticesinde de oluşabilir.⁷⁵ Ancak bu suçların TCK m. 99/6 açısından öncül suç olup olmadıkları, hükmün anlamından hareketle tespit edilebilir. Madde metninde yer alan “kadının mağduru olduğu bir suç” ifadesinin hangi suçları kapsadığı tarihsel, lafzi ve amaçsal yorum yöntemleri kullanılarak belirlenebilir.⁷⁶

Bununla birlikte tarihsel yorum yöntemi⁷⁷, hangi suçların öncül suç olduğunun belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Çünkü kanun koyucunun TCK m. 99/6’yı düzenlemesindeki amacının ne olduğunu ortaya koyan bir açıklama veya tartışma, madde gerekçesinde olmadığı gibi meclis tutanaklarında da bulunmamaktadır. Lafzi yorum yöntemi kullanıldığında ise hükmün dilbilimsel, anlambilimsel ve gramatik olarak analiz edilmesi gerekir.⁷⁸ TCK m. 99/6’ya bakıldığında, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması” şeklinde genel bir ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Fıkra da kadının mağdur olduğu belirli bir veya birden fazla suçtan söz edilmemektedir. Bunun anlamı, gebeliğe neden olan suçun, kadının mağdur olduğu herhangi bir suç olabileceğidir. Hükmünde, öncül suçların türüne veya gebeliğin öncül suçun doğrudan veya dolaylı sonucu olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Hükmün lafzı yorumundan, kadının cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar dışında, TCK m. 227’deki fuhuş veya TCK m. 230’daki birden çok evlilik veya hileyle evlenme gibi başka bir suçun mağduru olması durumunda da TCK m. 99/6’nın uygulanması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Amaçsal (*teleological*) yorum yönteminde⁷⁹ ise kanunun amacı, kanunun uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre belirlenir. Bu yöntemden hareket edildiğinde, kanunun amacının suç endikasyonunu geniş yorumlamak ve kadının doğrudan veya dolaylı olarak mağdur olduğu her suçta, süresi 10 haftayı geçmiş olan gebeliklerin sonlandırılmasına kapı aralamak olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Bu düzenleme cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçun mağduru olan kadınların yaşadığı mağduriyetin ağırlaşmasını önlemek ve kadını korumak amacıyla yapılmıştır. Öte yandan TCK m. 99/6 süresi 10 haftayı aşan gebelikleri belli şartlar altında ve belirli sınırlar dahilinde hukuka uygun kabul eden, istisnai bir düzenlemedir. İstisnaların dar yorumlanması gerektiği ise genel bir hukuk ilkesidir.⁸⁰ TCK m. 227 veya TCK m. 230’da öncelikle topluma ait hukuki değerler korunduğu için, bu suçların birincil mağduru toplumdur. Fuhşa zorlanan veya

⁷⁵ Çetiner (n 33) 91. Aksi yönde bkz. Topaç (n 22) 183.

⁷⁶ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (14. Baskı Ekin Yayınevi 2017) 277 vd. Sururi Aktaş, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (2011) 15 (3-4) 1, 7.

⁷⁷ Aktaş (n 76) 4 vd.

⁷⁸ ibid 8 vd.

⁷⁹ Gözler (n 76) 284; Aktaş (n 76) 16 vd.

⁸⁰ Aynur Yongalık, ‘İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi’ (2011) 60 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 11.

kendi rızalarıyla fuhuş yapan kişilerin mağduriyeti ise asli değil ikincil niteliktedir. Buna karşın TCK m. 102-104 arasında düzenlenmiş olan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, kişilere karşı işlenen suçlardır ve bu suç tipleriyle korunan hukuki değerler bireylere ait olduğundan, mağdur da belirli bir kişidir. Bu nedenle kanun koyucunun TCK m. 99/6’da yer alan “kadının mağduru olduğu bir suç” ifadesiyle, sadece kadının doğrudan mağdur olduğu TCK m. 102, m. 103 ve 104’te düzenlenmiş olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, öncül suç olarak belirlemeyi amaçladığı kanaatindeyiz.⁸¹

Gebeliğin sonlandırılması talebiyle hekime başvuran kişinin 15 yaşını tamamlamamış bir çocuk olması durumunda, çocuğun gebeliğine neden olan fiilin TCK m. 99/6 anlamında bir öncül suç olup olmadığı tartışmadan varestedir. Bu çocukların gebe kalmasına neden olan her suç TCK m. 99/6 anlamında bir öncül suç olduğu gibi bu çocuklar da her zaman söz konusu suçun doğrudan mağdurdur. Zira TCK m. 103 gereğince 15 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel davranışlara gösterdiği rıza hiçbir şekilde geçerli değildir. Bu çocukların rızası olsun ya da olmasın, bunlara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturur. Bu durumda, 15 yaşını tamamlamamış bir çocuk veya kanuni temsilcisi rahim tahliyesi talebiyle hekime başvurduğunda, hekimin gebeliğin bir suç neticesinde oluşup oluşmadığını araştırması dahi gerekmez. 15 yaşını tamamlamamış bir çocuk gebeyse tartışmasız, suç mağdurdur. Bu çocuğun gebelik süresi 20 haftayı aşmamışsa, hekim gebeliği bir an önce sonlandırmalıdır. 20 haftalık sürenin kaçırılmaması için, hekim TCK m. 280’de düzenlenmiş olan bildirim yükümlülüğünü gebeliği sonlandırdıktan sonra da yerine getirebilir. Bu durumda önce bildirim, sonra gebeliğin sonlandırılması gibi bir şart aranmamalıdır.

Çocuğun yaşının 15-18 aralığında olması da gebeliğin bir suç neticesinde meydana gelmiş olup olmadığı konusunda tereddüt yaratan bir durum değildir.⁸² Çünkü TCK m. 104’te reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. Kanun, 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların cinsel ilişkiye gösterdiği rızaya hukuki geçerlilik tanımamaktadır.⁸³ Çocuk kendi rızasıyla girdiği cinsel ilişki neticesinde hamile kalmış olsa bile, söz konusu cinsel ilişki, TCK m. 104’te düzenlenmiş olan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu oluşturur. Örneğin 16 yaşında bir çocuğun arkadaşıyla veya kendisiyle arasında evlenme yasağı bulunan bir akrabasıyla girdiği cinsel ilişki, çocuğun rızası olsa bile suçtur. Bu tür

⁸¹ Aynı yönde bkz. Handan Yokuş Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı Adalet Yayınevi 2022) 343; Gülşen (n 11) 1218; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt, m. 86-140* (2. Bası Adalet Yayınevi 2021) 3667-3668. Kanbur (n 50) 1218-1219.

⁸² TCK m. 104’ün düzenlenişinin ve TCK m. 102/2, 2. cümlesinin TCK m. 99/6’nın uygulanması konusunda tereddüt yarattığına ilişkin olarak bkz. Gülşen (n 11) 1219.

⁸³ Medeni Kanun gereğince evlenmeyle reşit olan çocuklar bu değerlendirmenin dışındadır.



bir cinsel ilişki sonucunda oluşan gebelik ise TCK m. 99/6 anlamında “bir suç” neticesinde oluşmuş gebeliktir.

Bizim bu görüşümüze, 15-18 yaş aralığında bulunan çocuğun cinsel ilişkiye rızasının bulunduğu ve gebeliğin de bu ilişki neticesinde oluştuğu, dolayısıyla burada bir suç endikasyonunun bulunmadığı iddiasıyla karşı çıkılabilir. Nitekim, yerel mahkemelerin TCK m. 104 kapsamında yapılan başvuruları sürüncemede bırakma gerekçeleri de çoğu zaman bu şekildedir. Bazı mahkemeler, TCK m. 104’te fail ve mağdurun belirlenemediğini, çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterdiğini, dolayısıyla gebe kalan 15 yaşını tamamlamış çocuğun TCK m. 99/6 anlamında bir suç mağduru olmadığını gerekçe göstererek rahim tahliyesi konusunda karar vermektan kaçınmaktadır.⁸⁴ Ancak yerel mahkemelerin bu tutumu hukuka aykırıdır. TCK’da açıkça suç olarak düzenlenmiş bir fiil neticesinde gebe kalan çocuğun veya kanuni temsilcilerinin rahim tahliyesi talebiyle yaptıkları başvuruların, TCK m. 99/6’nın “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu kapsamadığı gerekçesiyle reddedilmesinin hukuki gerekçesi bulunmamaktadır. Kanun koyucunun suç saydığı bir eylemi, uygulamacıların görmezden gelmesi, yok sayması, kanun koyucunun geçerlilik tanımadığı çocuğun iradesine, uygulamacının “çocuğun rızası var” gerekçesiyle değer atfetmesi, en hafif ifadeyle Kanunu ve kanun koyucunun iradesini tanınamaktır. Oysaki TCK m. 103’te olduğu gibi TCK m. 104’ün işlenmesiyle oluşan gebelikler de çocuğa karşı işlenen ve çocuğun mağdur olduğu bir suç neticesinde oluşmaktadır. TCK m. 104’de fail ve mağdurun belli olmadığı iddiası da burada makul bir gerekçe değildir. Zira suçun mağdur ve failinin belirlenmesi sorunu, yetişkinlerin çocuklarla girdiği cinsel ilişkide değil, çocukların kendi aralarında girdiği cinsel ilişkide ortaya çıkmaktadır.⁸⁵ Kaldı ki bu durumda bile her iki çocuk da müşteki/şüpheli sıfatını almakta ve Yargıtay uygulamasında kız çocuğu mağdur, erkek çocuğu ise fail kabul edilmektedir.⁸⁶ Bu nedenle hekimler, yaşı ne olursa olsun kendilerine başvuran çocukların 20. haftayı aşmamış olan gebeliklerini, çocuğun bir suç mağduru olup olmadığı veya gebeliğin bir suç neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tereddüt etmeden sonlandırmalıdır. Hekimin kontrol etmesi gereken tek husus, 17 yaşından büyükse çocuğun evlilikle reşit kılınmış olup olmadığıdır. Çocuklar konusunda hekimin adli mercilerden gelecek bir kararı beklemesine gerek yoktur. Hekim TCK m. 280 gereğince yapmak zorunda olduğu bildirimi, çocuğun gebeliğini sonlandırdıktan sonra da yapabilir.

⁸⁴ Örnek için bkz. Anayasa Mahkemesi R.G Başvurusu, prg. 33.

⁸⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Meral Ekici, ‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Bağlamında Akran Sorunu’ in Türkan Yalçın (Yayına Hazırlayan) *Çocuk Yazıları* (Savaş Yayınevi, Ankara 2022) 385, 412 vd. TCK m. 104’ün düzenlenmesindeki hatanın etkisinin TCK m. 99/6’da ortaya çıktığı konusunda bkz. Kanbur (n 50) 1219.

⁸⁶ Yargıtay 14 CD, E 2019/6141 K 2020/2763, 29.06.2020; Yargıtay 14 CD, E 2016/9665 K 2021/2204, 18.03.2021. Yargıtay kararlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ekici, ‘TCK m. 104’ (n 85) 421.

Yukarıda da belirtildiği gibi, öğretide 2238 sayılı Kanun’a aykırı olarak yapay dölleme yöntemiyle oluşan gebeliklerin de TCK m. 99/6 kapsamında olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁸⁷ Örneğin Ünver, suçla gebelik arasında nedensellik bağı bulunması şartıyla nitelikli cinsel saldırı suçu dışında ayrıca; kadına zorla sperm enjekte edilmesi veya kadının spermlerin bulunduğu bir yere çıplak olarak oturtulması veya zorla suni dölleme ya da klonlama fiillerinin de TCK m. 99/6 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.⁸⁸ Ancak hükmün getirilmesindeki temel düşüncenin, suç mağduru kadının korunması; normun amacının ise cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların mağduru olan kadınların mağduriyetlerinin ağırlaşmasını önlemek olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce yapay dölleme yöntemiyle oluşan gebeliklerin sonlandırılması TCK m. 99/6’nın amacı ve kapsamı dışındadır.

Aynı şekilde, 18 yaşını tamamlamış olan kadının rızasının bulunduğu fuhuş veya enstet ilişki sonucunda hamile kalması durumunda da TCK m. 99/6 uygulanamaz.⁸⁹ Zira bu eylemler açısından reşit kadının rızası, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların oluşmasına engel olur. Reşit olan kadının rızasıyla gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara vücut vermez. Kadının rızasıyla gerçekleşen cinsel davranışlar neticesinde oluşan gebelikler, TCK m. 99/6 anlamında suç sonucu oluşmuş gebelik olarak nitelendirilemez. TCK m. 103 ve TCK m. 104’teki gibi kanunun rızaya geçerlilik tanımadığı, herhangi bir değer atfetmediği suçlar ise bu değerlendirmenin dışındadır.

TCK’nın aksine karşılaştırmalı hukukta öncül suçlara ilişkin daha açık düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin AİCK doğrudan madde numarası vererek AİCK §176 ve §178 arasında düzenlenmiş olan cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları neticesinde hamile kalan kadın ve çocukların gebeliklerinin sonlandırılmasının hukuka uygun olacağını açıkça düzenlemiştir. TCK açısından da olması gereken budur.⁹⁰ TCK m. 99/6’da yapılacak bir değişiklikte öncül suçların hangileri olduğu belirlenerek, tartışmalara son verilebilir. Fakat böyle bir değişiklik yapılmadan da normun amacından hareketle; öncül suçların, nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların nitelikli cinsel istismarı (TCK m. 103) ve reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) suçlarıyla sınırlı olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

⁸⁷ Çetiner (n 33) 91; Topaç (n 22) 182; Tulay (n 52) 188; Işık (n 36) 39; Ünver’e göre; gebelik ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Yazar, yapay dölleme yanında, zorla sperm şırınga edilmesi veya spermlerin bulunduğu yere çıplak oturtulma, sperm bulaşmış bir bez vs. zorla vajinaya sürme, klonlama örneklerini de vermektedir. Ünver (n 49) 206.

⁸⁸ Ünver (n 49) 206.

⁸⁹ Gülşen (n 11) 1218. Suç endikasyonunun, kadının ırzına geçilmesi yani cinsel saldırıya uğraması veya fücür eylemi sonucunda oluşan gebeliklerin sonlandırılmasını kapsadığına ilişkin olarak bkz. Önder (n 4) 181.

⁹⁰ Öğretide Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104) ve Eşe Karşı Cinsel Saldırı (TCK m. 102/2, 2. cümle) açısından özel düzenleme yapılması gerektiği, aksi halde TCK m. 99/6’nın kötüye kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kanbur (n 50) 1219.

C. Gebeliğin Suç Sonucu Oluştüğünün Tespiti

Bir suçun işlenip işlenmediği hukuki bir sorun iken; kadının gebe olup olmadığı, hatta nasıl gebe kaldığının tespiti tıbbi bir sorundur.⁹¹ TCK m. 99/6'da bu yönde herhangi bir ifadeye yer verilmemesi önemli bir eksiklik olup, söz konusu tespitlerin kim/kimler tarafından yapılacağı tartışmalıdır.⁹² Bu bağlamda şu soruların cevaplanması gerekmektedir: Hekim rahim tahliyesini gerçekleştirmeden önce adli makamlarla irtibata geçerek, fiilin adli makamlar tarafından suç olarak nitelendirilip nitelendirilmediğini araştırmalı mıdır? Yoksa, hekim yapmış olduğu muayeneyi ve mağdur kadının beyanını esas alarak, gebeliğin suç sonucu olduğu kanaatine ulaşırsa adli mercilerle irtibata geçmeden de rahim tahliyesi yapabilir mi?⁹³

TCK m. 99/6'nın lafzı dikkate alındığında; kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde gebe kaldığının tespit edilmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu sonuca sadece yargılamanın tamamlanmasıyla ulaşılabilir.⁹⁴ Ne var ki 20 haftalık süre sınırı ve ceza yargılamalarının çok uzun sürdüğü gerçeği dikkate alındığında, kanunun lafzına göre hareket edilmesi hükmün uygulan-

⁹¹ Işık (n 36) 35.

⁹² Topaç (n 22) 183; Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 311; Ertuğrul (n 16) 108; Kitapçıoğlu (n 7) 325; Yalçın-Sancar, *Kadın* (n 26) 234; Muş (n 47) 120; Burcu Dönmez, 'TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması' (2009) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 134; Seden Dürüstkan ve Gürkan Sert, 'Eşin Cinsel Saldırısı ile Gebe Kalan Kadın Açısından Çocuk Düşürme Suçu ve Hekimin Suçu Bildirmeme Suçu', II. Uluslararası Şiddeti Anlamak Kongresi, 16-18 Ekim 2020, Erişim: https://www.researchgate.net/publication/363186924_Esinin_Cinsel_Saldirisi_ile_Gebe_Kalan_Kadin_Acisinden_Cocuk_Dusurme_Sucu_ve_Hekimin_Sucu_Bildirmeme_Sucu, 5. Keza bu konuda yukarıda bahsi geçen Anayasa Mahkemesi R.G Başvurusunda da, "Anayasa Mahkemesinin 13/11/2019 tarihli yazısı üzerine 5237 sayılı Kanun'un 99. maddesinin (6) numaralı fıkrası kapsamında suç sonucu oluşan ve on hafta ile yirmi hafta arasındaki gebeliklerin sonlandırılması kararının usulüyle ilgili ve kararı alacak makama ilişkin yasal çerçeve hakkında Sağlık Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 2/12/2019 tarihli yazısında söz konusu hususları açıklığa kavuşturacak bir düzenleme bulunmadığı, Bakanlık Mevzuat Genel Müdürlüğünün 3/12/2019 tarihli yazısında da bu konuyla ilgili olarak ikincil mevzuatta düzenlemeye rastlanmadığı bildirilmiştir." ifadesine yer verilmiştir. Bu da göstermektedir ki gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararın usulü ve kararı verecek makamla ilgili olarak Sağlık Bakanlığı da net bir görüş ortaya koyamamıştır. Anayasa Mahkemesi R.G Başvurusu prg 37.

⁹³ AİCK 12 haftaya kadar olan gebeliklerin rızayla sonlandırılmasını cezalandırmamaktadır. Ancak bu durumda dahi gebe kadına zorunlu danışmanlık hizmeti verilmesi ve buna eşlik eden sosyal önlemlerle, kadın çocuğu doğurmaya ikna edilmeye çalışılmaktadır. Gebeliğin sonlandırılması için ayrıca tıbbi- sosyal ve kriminolojik endikasyona dayanılabilmektedir. Bkz. Lindemann, *Vor §§218* (n 3) kn. 2. Alman hukukunda hekim hekimlik tecrübelerine dayanarak gebeliğin bir suç sonucunda meydana geldiği kanaatine ulaşırsa, adli mercilerle irtibata geçmeksizin 12. haftaya kadar olan gebelikleri sonlandırabilir. Bkz. Lindemann, *Vor §§ 218* (n 3) kn. 32; ayrıca bkz. Johannes Wessels ve Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil II* (40. Auflage C.F. Müller 2016) kn. 235.

⁹⁴ Işık (n 36) 35-36.

bilirliğini fiilen ortadan kaldırır.⁹⁵ Bu nedenle öğretide, konuya ilişkin aşağıda aktarıldığı gibi çok sayıda çözüm önerisi getirilmiştir.

Bir görüşe göre; TCK m. 99/6'ya dayanılarak rahim tahliyesi sadece Cumhuriyet savcısı tarafından iddianamenin düzenlenmesinden sonra, savcının talebi üzerine yapılmalıdır. Keza tahliye edilen rahimden elde edilen doku ve diğer tıbbi ürünlerin delil olarak saklanması veya ayrıntılı inceleme yapılması için muhafaza altına alınması gerekebilir.⁹⁶

Başka bir görüşe göre ise; mevcut düzenlemede en azından soruşturmaya başlanmış olma şartı dahi öngörülmediğinden, kanun değişene kadar öncül suçla ilişkin olayın adliyeye intikal etmiş olması şartı aranmalıdır. Hekim, sadece kadının beyanına güvenerek rahim tahliyesi yapmamalıdır. Olayın adli makamlara intikal etmiş olması, hekime belirli bir güvence sağlayacaktır. Adli makamlara yapılacak bir bildirim, rahim tahliyesi konusunda hekime yetki verebilir. Bu görüş, suç mağduru olduğunu iddia eden kadının sahte ihbarda bulunması durumunda, gebeliği sonlandıran hekimin çocuk düşürme kastıyla hareket etmediğinden cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Sahte ihbarda bulunan kadının ise çocuk düşürme suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁷ Kadın açısından ayrıca iftira veya suç uydurma suçlarının da söz konusu olabileceği belirtilmektedir.⁹⁸

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise; TCK m. 99/6 düzenlemesi yalnızca mağdurun suç sonucu gebe kaldığı yönündeki beyanı esas alınarak rahim tahliyesi yapılmasına imkân vermez. Bir suç olgusundan bahsedildiği için bu suç sebebiyle mutlaka soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olması ve rahim tahliyesinin Cumhuriyet savcısı veya davanın görüldüğü mahkemenin bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Eğer herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmadan gebelik sonlandırılırsa TCK m. 99/6 uygulanamaz.⁹⁹

Bu konuda ortaya konan başka bir görüşe göre; kadının suç mağduru olduğu ve gebeliğin bu suç neticesinde gerçekleştiği adli tıp raporuyla tespit edilmeli, ayrıca bu tespit bilirkişi raporuyla da desteklenmelidir. Kadının suç mağduru olduğu tıbbi raporlarla ortaya konsa bile, gebeliğin sonlandırılmasına hekim tek başına karar vermemelidir. Hekim soruşturma aşamasında savcıdan veya sulh ceza hakiminden gebeliğin sonlandırılması yönünde karar verilmesi için talepte

⁹⁵ Keskin-Kiziroğlu (n 31) 183; benzer yönde Dönmez (n 92) 134.

⁹⁶ Doğan (n 50) 115.

⁹⁷ Hakeri, Tıp Hukuku (n 4) 433.

⁹⁸ Topaç (n 22) 185. Bir görüşe göre; beyanın doğru olmadığı tespit edilirse kadın ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalmalıdır. Yargılama sonunda kadının beyanının gerçek olmadığının anlaşılmasının iftira suçunun nitelikli hali olması önerilmekte ve kadının hem çocuk düşürme hem de nitelikli iftira suçlarından cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir. Böyle bir düzenlemeyle TCK m. 99/6'nın kötüye kullanılmasının da önlenileceği iddia edilmektedir. Işık (n 36) 51.

⁹⁹ Özgenç (n 39) 376.



bulunmalı, isnat edilen suçun gerçekliğini ve adliyeye intikal etmiş olup olmadığını araştırmalıdır.¹⁰⁰

Gebeliğin sonlandırılmasına kimin karar vereceği konusunda ortaya konan diğer bir görüşe göre ise; 10 haftalık süreyi geçiren ama gebeliği sona erdirmek isteyen kadın suç sonucu mağdur olduğunu ileri sürebilir. Bu nedenle gebeliğe son verilebilmesi için, Cumhuriyet Başsavcılığı ile irtibata geçilmesi, kadının gebeliğe neden olabilecek bir suçun mağduru olduğu konusunda soruşturma olup olmadığının sorulması, böyle bir soruşturma yoksa da hekim tarafından durumun resmi mercilere bildirilmesi gerekir. Şüpheli hakkında iddianame tanzim edilirse gebeliğin suç sonucu olduğu kabul edilmelidir. 20 haftalık sürenin geçirilmemesi için, hekimin savcılığın soruşturmayı tamamlamasını beklemesi yeterli görülmemelidir. Soruşturmanın 20 haftalık süreyi aşacak şekilde uzun sürme olasılığının bulunduğu durumlarda ise Cumhuriyet savcısının 20 haftalık süre dolmadan¹⁰¹ dosyada bulunan mevcut delillerle gebeliğin suç sonucu olduğu konusunda bir kanaati varsa, sulh ceza hakiminden gebeliğin sonlandırılmasını talep etmesi ve hâkimin kararı üzerine de hekimin gebeliğin sonlandırması önerilmektedir.¹⁰²

Kadının suç sonucu gebe kaldığı gerekçesiyle rahim tahliyesi için hekime başvurması durumunda, hekimin durumu zaten TCK m. 279 veya TCK m. 280 gereğince adli makamlara bildirmekle yükümlü olduğuna işaret edenler de vardır.¹⁰³ Bu yazarlara göre; buradaki esas mesele, hekimin söz konusu bildirimini rahim tahliyesinden önce mi yoksa sonra mı yapacağıdır. Zaman kaybını önlemek amacıyla hekimlerin durumu tespit edip, adli makamlara sonradan bildirmek şartıyla mağduru en yakın uzman hekime yönlendirmeleri ve operasyonun derhal yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁴

Öğretide, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının adli değil tıbbi makamlar tarafından tespit edilmesini önerenler de olmuştur. Buna göre; tıbbi makamlar mağdur üzerinde delil araştırması yapmak için, adli makamlardan alınacak bir karara ihtiyaç duyar. Ancak tıbbi makamlar tarafından hazırlanan rapor cinsel ilişkinin rızayla mı yoksa rıza olmadan mı gerçekleştiğini ortaya koyar. Suça ilişkin hukuki bir tespit olmasa bile, rıza olmadan gerçekleşen eylem cinsel saldırı suçunu oluşturacağından, gebeliğin de suç sonucu gerçekleştiği zımnen kabul edilir. Bu

¹⁰⁰ Kitapçıoğlu (n 7) 326. Gülşen'e göre ise soruşturma aşamasında gebe kadının isteği üzerine Cumhuriyet savcısı CMK m 162 gereğince sulh ceza hakiminden karar talep etmelidir. Suç sonucu oluşan gebelik ancak bu karar verildikten sonra sonlandırılmalıdır. Bkz. Gülşen (n 11) 1218.

¹⁰¹ Yazara göre; 20 haftalık sürenin geçeceğini öngören Cumhuriyet Savcısının kanaatini bildirmek suretiyle süreci başlatması, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin sürenin geçmesine engel olacak ve kadının yeniden ve telafisi mümkün olmayacak şekilde mağdur edilmesinin önüne geçilmesini sağlayacaktır. Topaç (n 22) 193.

¹⁰² Topaç (n 22) 183-185.

¹⁰³ Işık (n 36) 37.

¹⁰⁴ Işık (n 36) 39.

hususu da dikkate alan görüşe göre; suç sonucu gebe kalındığı iddiasının varlığı halinde gebeliğin sona erdirilmesi için hem hukukun hem güvenliğin sağlanması hem de yapılan eylemde hekimin ve mağdurun hukuka uygunluk şartlarını taşıması için adli makamdan karar alınması ön şart olarak görülebilir. Ancak duruma göre değişmekle birlikte adli makamlara başvurarak karar alınması kolay ve hızlı olmayabilecektir. Bu nedenle kadının rızası olduğu dikkate alınarak psikolojik ve fizyolojik inceleme sonucunda rapora dayanarak adli bir karara ihtiyaç duyulmaksızın gebeliğin sonlandırılması da mümkün olabilmelidir.¹⁰⁵

Yukarıda da aktarıldığı gibi, öğretilerdeki genel kanaat hekimin gebeliği sonlandırmadan önce, adli makamlarla irtibata geçmesi gerektiği yönündedir. Ancak kanaatimizce suç sonucu gebe kaldığı gerekçesiyle rahim tahliyesi için başvuran kadının yaşına göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. TCK m. 99/6'ya dayanarak gebeliğin sonlandırılması talebiyle hekime başvuran kişi çocuksa, gebeliğin çocuğun mağduru olduğu bir suç neticesinde meydana geldiği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur.¹⁰⁶ Bu durumda 20 haftalık sürenin kaçırılmaması için hekim gebeliği sonlandırdıktan sonra, TCK m. 279 ve TCK m. 280'den kaynaklanan yükümlükleri gereği adli makamlara bildirimde bulunabilir. Önce bildirim, sonra rahim tahliyesi gibi bir zorunluluk bulunmadığı gibi, gebeliğin sonlandırılması için savcılığın veya mahkemenin bir karar vermesinin beklenmesine de gerek yoktur. Çünkü çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar neticesinde oluşan gebeliğin, çocuğun mağduru olduğu bir suç neticesinde oluştuğu ve bu gebeliğin 20 haftaya kadar uzman hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılabilceği, TCK m. 103 ve m. 104'te yapılan düzenlemelerle açıkça belirlenmiştir. Kanun koyucu, çocuğun cinsel ilişkiye yönelik rızasına hiçbir değer atfetmemiştir. TCK m. 103, TCK m. 104 ve TCK m. 99/6 birlikte değerlendirildiğinde, çocukların gebeliğini 20 haftaya kadar sonlandırma konusunda hekimlerin kanunen yetkilendirilmiş oldukları görülmektedir.

Gebeliği sonlandırma talebiyle hekime başvuran kadının reşit olduğu durumlarda ise salt kadının beyanına dayanılarak gebelik sonlandırılmamalıdır. Hükümde yer verilen “suç sonucu” ifadesi gebeliğe neden olan eylemin suç olup olmadığının tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. TCK çocuklarda olduğu gibi yetişkinlere karşı işlenen ve gebeliğe neden olan fiillerin tamamının suç olduğuna ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bilakis yetişkinler cinsel özgürlükleri üzerinde hukuki sınırlar dahilinde, diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler. TCK çocukların cinsel dokunulmazlığını korurken, yetişkinlerin cinsel özgürlüğünü yalnızca bu özgürlüğü ihlal eden fiillere karşı korumaktadır. Dolayısıyla gebelik, kadının cinsel özgürlüğünü ihlal eden bir fiil neticesinde gerçekleşmiş

¹⁰⁵ Dürüstkan ve Sert (n 92) 5.

¹⁰⁶ Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi burada bahsedilen çocuklar resmî olarak evli olmayan ve dolayısıyla hukuken reşit kılınmamış çocuklardır. Hukuken reşit olan çocuklar hakkında TCK m. 99/6 uygulanması ise 18 yaşını tamamlayarak reşit olan kadınlarla aynı olmalıdır.



olabileceği gibi, kadının rızasıyla girdiği cinsel ilişki sonucunda da oluşmuş olabilir. Ancak burada daraltıcı yorum yapılmalı ve kanunda yer alan “suç sonucu” ifadesi, yargılama makamının karar vermesinin beklenmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Kanundaki 20 haftalık süre bunu mümkün kılmamaktadır.

Kanaatimizce, süre açısından makul ve normun kötüye kullanılmasını engelleyebilecek olan yöntem “bildirim” yöntemidir. Buna göre hekim öncelikle kendi hekimlik tecrübelerine dayanarak, gebeliğin bir suç sonucu meydana gelip gelmediğini değerlendirmelidir. Hekimin tecrübeleri kadının suç mağduru olduğu iddiasını destekliyorsa savcılığa bir soruşturma olup olmadığı sorulmalı; eğer bir soruşturma yoksa adli makamlara durum bildirilmelidir. Zaten mevcut olan veya hekimin bildirimiyile başlatılmış olan toplanan deliller; gebeliğin kadına karşı işlenen bir suç neticesinde olduğu yönünde yeterli şüphe oluşturuyorsa, yani iddianame düzenlenmesine yetecek nitelikteyse, savcı hekime durumu bildirmelidir. Hükmün uygulanmasına ilişkin olarak, kanun savcı, hâkim veya mahkeme kararı alınması gerektiğine ilişkin bir şart öngörmemiştir. Bu nedenle açık bir yasal düzenleme yapıncaya kadar; hekimin, savcılığa durumu bildirmesi, bilgi talep etmesi ve savcının iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphenin mevcut olduğuna ilişkin vereceği cevap üzerine, gebeliği sonlandırması hukuka aykırı olmayacaktır. Ancak burada savcılıkla irtibata geçilmesinin nedeni, karar beklenmesi değil, hükmün amacı dışında kötüye kullanmasına engel olmaktır.

Kadının, gebeliğin mağduru olduğu bir suç neticesinde olduğu konusunda hekimi ve savcıyı yanıltması durumunda ise hem hekim hem de savcı hakkında TCK m. 30/3 hükmü uygulanacaktır. Yalan söyleyip hekimi ve savcıyı yanıltarak, gebeliğin sonlandırılmasını sağlayan kadının ise; dolaylı fail olarak TCK m. 100’den sorumluluğu devam eder. Bu çözüm, hükmün amacı dışında kötüye kullanılmasını belli ölçüde önleyecektir.

D. Gebeliğin Sonlandırılmasında Eşin ve Yasal Temsilcinin Rızası

TCK m. 99/6’da yer alan düzenlemeye göre; kendisine karşı işlenen bir suç sonucunda gebe kalan kadın, söz konusu gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermiş olmalıdır. Ancak suç sonucu gebe kalmış olmasına rağmen, kadın gebeliği sonlandırmak istemiyorsa, kadının iradesine saygı gösterilmelidir.

NPHK m. 6’da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. NPHK m. 6’ya göre rahim tahliyesi; 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklarda, çocuğun rızası ve velinin izniyle; vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde, reşit olmayan kişinin ve vasinin rızasıyla birlikte sulh hakiminin izniyle gerçekleştirilir. Akıl hastalığı nedeniyle irade serbestisine sahip olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılmasında, kadının rızası aranmaz. Kadın evlyise eşinin de rıza göstermesi gerekir. Aynı husus Tüzük m. 13’te de yer al-

maktadır.¹⁰⁷ Ancak söz konusu rızanın, TCK m. 99/6 hükmü gereğince yapılacak rahim tahliyesinde de aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.

Öğretide TCK m. 99/6 bağlamında olmasa da rahim tahliyesinde izne ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre; gebeliğin sonlandırılması için gereken izin bir hukuka uygunluk sebebidir ve bu şart tamamlanmadan yapılan rahim tahliyesi doktorun hukuki sorumluluğunu gerektiren haksız bir fiildir.¹⁰⁸ Diğer bir görüşe göre ise, eşin rızasının aranmasına ilişkin düzenleme, Mülga Medeni Kanun m. 152’de yer alan “*Koca birliğin reisidir.*” hükmünden kaynaklanmaktadır. Ancak ilgili Kanun mülga edilmesine rağmen bu hükümler güncellenmemiştir.¹⁰⁹ 4271 sayılı Medeni Kanun’un kocanın aile birliğinin reisi olduğuna ilişkin hükmü ortadan kaldırıldığından Tüzük’ün m.13/1-d ve NPHK m. 6/2 hükmünü uygulama imkânı kalmamıştır. Bu durumda eşin izni olmadan evli kadının rızası üzerine gebeliğin sonlandırılması¹¹⁰ hekim açısından hukuki sorumluluk doğurmaz.¹¹¹ Bu görüş, NPHK’da kocanın veya kanuni temsilcinin izni alınmadan rahim tahliyesi yapılması durumunda idari ya da cezai bir yaptırım öngörülmemiş olmasına da dikkat çekmektedir. Buna göre; TCK’nın çocuk düşürme suçlarına ilişkin hükümlerinde yalnızca kadının rızası veya rızasının bulunmaması suçun unsuru olarak düzenlenmiştir.¹¹² TCK’da yer alan düzenlemeye göre 10 haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasında kadının rızası varsa fiil suç teşkil etmez. Eşin rızasının bulunmaması, fiilin tipe uygun olması yani suç teşkil etmesi için aranan şartlardan biri değildir.¹¹³ Eşin rızasının alınmamasının hem TCK hem de NPHK tarafından yaptırıma bağlanmamış olması, kanun koyucunun eşin rızası konusunda ısrarcı olmadığını ortaya koymaktadır. Bu durumda eşin rızası alınması koşulu ihmal edilebilir.¹¹⁴

¹⁰⁷ Eşin rızasının gerekli olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz: Kudret Güven, ‘Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu’ (2016) 2 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 29-31.

¹⁰⁸ Güven (n 107) 14.

¹⁰⁹ Doğan (n 50) 103.

¹¹⁰ Doğan (n 50) 103. Ancak Yargıtay, boşanma davasında, kendisini ailesi ile oturmaya zorlayan ailesine karşı müdahalesiz kalan kocasının davranışına karşılık kocasının izni olmadan hamileliğini sonlandıran kadının eylemini kusurlu saymıştır. Yargıtay 2 HD E 2013/1405 K 2012/2013. Aktaran: Topaç (n 22) 179.

¹¹¹ Ayrıca eşin rızasının yokluğuna rağmen kadının gebeliği sonlandırmak istediği hallerde Güven’e göre; Medeni Kanun m. 195/1’de yer alan, *evlilik birliği içinde önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde hakim*in müdahalesinin istenebileceğine ilişkin düzenleme rahim tahliyesinde de kullanılabilir. Yazar, evli kadının rahim tahliyesi konusunda eşinin izin vermemesi üzerine mahkemeye başvurarak mahkeme izni ile rahim tahliyesini gerçekleştirebileceğini önermiştir. Güven (n 107) 29

¹¹² Keskin-Kızıroğlu (n 31) 73-174.

¹¹³ Topaç (n 22) 79.

¹¹⁴ Güven (n 107) 32. Yazara göre en kısa zamanda NPHK’nın TCK ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Güven (n 107) 32.



Öğretide savunulan doğrudan TCK m. 99/6 hükmünün değerlendiren bir görüşe göre ise; kadının uğradığı cinsel saldırı suçu sonucunda gebe kalması durumunda, TCK m. 99/6 hükmünün uygulanabilmesi için gebe kadının rızası yeterlidir ve eşin rızasının alınmasına gerek yoktur.¹¹⁵ Çünkü TCK m. 99/6'da sadece kadının rızasının bulunması gerektiği belirtilmiş, ayrıca bir başkasının rızası aranmamıştır. NPHK m. 6/2'de eşin rızasının aranmasının TCK m. 99/6 açısından bir önemi yoktur. Zira NPHK m. 6/2'de süresi on haftadan fazla olmayan gebeliğin sonlandırılmasının yasal koşulları düzenlenmiştir. Gebelik süresinin 10 haftayı aştığı hallerde ise eşin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu görüşü savunanlar, mevzuat birliğinin sağlanması için NPHK m. 6/2'ye *"TCK 102/2'de düzenlenen eşe karşı cinsel saldırı şüphesi sonucu gebe kalan kadının TCK m. 99/6 hükmü gereğince gebeliğini sonlandırmak istemesi halinde gebe kadının eşinin rızası aranmaz."* şeklinde bir düzenleme eklenmesini önermektedirler.¹¹⁶

Kanaatimizce de NPHK m. 6'da yer alan kadın dışında başkalarının da rızasının alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler, TCK m. 99/6'daki şartlar altında gebeliğin sonlandırılması durumunda uygulanmamalıdır. TCK m. 99/6 olağanüstü şartlar altında gebeliğin sonlandırılmasına izin veren istisnai bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin uygulanmasında, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olağan prosedürün işletilmesi beklenemez. Gebelik kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde oluşmuşsa burada koca veya kanuni temsilci açısından gözetilmesi gereken bir menfaat yoktur.

Öte yandan gebeliğe neden olan suçun faili, NPHK m. 6 gereğince rıza göstermesi gereken kişiler de olabilir. İki kanun birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 99/6'nın uygulanmasında NPHK m. 6'nın uygulanamayacağı açıktır. Gebelik süresi on haftayı geçmiş olsun ya da olmasın, TCK m. 99/6'nın uygulanmasında kadının rızası dışında başka birinin rızasına gerek yoktur. Bu durumda kadın dışında başka birinin rızasını aramak, hükmün amacıyla da bağdaşmaz.¹¹⁷ Çünkü kendisine karşı işlenen bir suç neticesinde gebe kalmış olan kadının rahim tahliyesine başkasının izin vermesi beklenirse, bu kişiler izin vermediğinde, kadın çocuğu doğurmak zorunda kalır. Bu durumda kadın ikinci bir mağduriyet yaşar ve psikolojik olarak yıpranır. Oysa ki TCK m. 99/6, tam da buna engel olmayı amaçlamaktadır.

¹¹⁵ Oktar (n 50) 219; Muş (n 47) 122. Aynı yönde Alper Uyumaz ve Yasemin Avcı, 'Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 608-609.

¹¹⁶ Muş (n 47) 122.

¹¹⁷ Benzer yönde; Güven (n 107) 31-32; Dönmez (n 92) 114. Yazar burada NPHK m. 8/2 gereğince hekimin para cezasıyla cezalandırılacağını belirtse de ilgili hüküm yapılan değişiklikte birlikte yalnızca Kanunun 3. maddesine aykırılıkları para cezasına bağlamış olup, rahim tahliyesi ile ilgili düzenlemeye yapılan bir atıf söz konusu değildir. Dönmez (n 92) 114.

SONUÇ

TCK m. 99/6 gerek öğretide gerekse uygulanma çok tartışmalı bir düzenlemedir. Hükümün belirsizliği, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da görüldüğü gibi telafisi imkansız mağduriyetlere yol açmaktadır. Düzenlemeye ilişkin sorunlar bir an önce giderilmelidir.

TCK m. 99/6'ya ilişkin ilk sorun, hukuki niteliğinin belirsizliğidir. Hükümün hukuki niteliği, yargılama sonunda hem hekim hem de gebe kadın hakkında verilecek olan karar açısından belirleyicidir. Kanaatimizce, bu hüküm kendine özgü, özel bir hukuka uygunluk nedenidir. TCK m. 99/6 suç mağduru kadına 20. haftaya kadar olan gebeliği sonlandırmayı talep etme hakkı tanımaktadır. Yani bu hükme dayanılarak ve hükümde belirtilen şartlar altında gerçekleştirilen rahim tahliyeleri, gebe kadın açısından hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygundur. Hekim ise suç mağduru kadının gebeliğini 20 haftaya kadar sonlandırma konusunda TCK m. 99/6'nın kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullandığı için cezalandırılmaz. Mağdur kadının rızası üzerine rahim tahliyesi gerçekleştiren hekim kanun hükmünü icra ettiği için, fiil hukuka uygundur. Bu nedenle gebelik TCK m. 99/6 kapsamında sonlandırıldığında hem hekim hem de kadın hakkında çocuk düşürtme suçundan beraat kararı verilmelidir.

İkinci sorun, TCK m. 99/6 açısından hangi suçların öncül suç olduğudur. Bu bağlamda çeşitli görüşler öne sürülmüş olsa da, kanaatimizce burada amaçsal yorum yapmak ve istisnai hükümlerin dar yorumlanacağı ilkesini dikkate almak gerekir. Buradan hareketle ulaşılabilecek sonuç; TCK m. 99/6 açısından öncül suçların cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla sınırlı olduğudur. Yapay dölleme, fuhuş veya hileli evlenme gibi suçlardan biri sonucu gebe kalan kadın, bu hükümden yararlanamaz. Buna karşın cinsel saldırı, cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının mağduru olanlar, TCK m. 99/6'ya dayanarak gebeliğin sonlandırılmasını talep edebilir.

Hükümden kaynaklanan ve uygulamada en çok problem yaratan sorun ise gebeliğin suç sonucu oluştuğunun nasıl tespit edileceğidir. Kanun gebeliğin suç sonucu oluştuğunun nasıl tespit edileceği konusunda sustuğu için, uygulamada 20 haftalık sürenin kaçırılmasına neden olan vakalarla karşılaşmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi eğer gebeliğin sonlandırılmasını talep eden kişi reşit değilse, bu gebeliğin bir suç neticesinde oluştuğunu kanun koyucu “çocukların cinsel istismarının” ve “reşit olmayanla cinsel ilişkinin” suç olduğunu düzenleyerek zaten belirlemiştir. Bu durumda çocuğun evlilik yoluyla reşit olup olmadığını tespit etmek dışında hekimin değerlendirmesi veya başka bir makamın kararını beklemesini gerektiren, yoruma açık bir durum yoktur. Çocuk ya çocuğun cinsel istismarı (TCK m. 103) ya da reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) suçu neticesinde gebe kalmıştır. Her iki eylem de suç olduğuna göre gebeliğin çocuğun mağduru olduğu bir suç neticesinde gerçekleştiği de doğrudan kanun tarafından tespit edilmektedir. Bu durumda uzman hekim rıza, süre ve hastane şartlarına



riayet ederek çocuğun gebeliğini kanunun kendisine verdiği yetkiyle sonlandırmalıdır. Bunun için savcının veya hakimın kararını beklemesine gerek yoktur. Hekim TCK m. 280’den kaynaklanan bildirim yükümlülüğünü, 20 haftalık süre sınırının kaçırılma tehlikesinin bulunduğu vakalarda, gebeliği sonlandırdıktan sonra da yerine getirebilir.

Gebe kadının reşit olması durumunda ise hekim, yalnızca kadının beyanıyla rahim tahliyesine girişmemelidir. Çünkü, TCK m. 99/6’da yer alan “suç sonucu” ifadesi, gebeliğe neden olan fiilin suç olup olmadığının tespitini gerekli kılmaktadır. Ancak kanunda yer alan “suç sonucu” ifadesi yargılama makamının karar vermesinin beklenmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Keza Kanundaki 20 haftalık süre sınırlaması mahkeme kararının beklenmesine imkân tanımamaktadır. Kanaatimizce, belirttiğimiz gibi süre açısından makul ve normun kötüye kullanılması engelleyebilecek olan yöntem “bildirim” yöntemidir. Buna göre hekim öncelikle kendi hekimlik tecrübelerine dayanarak, gebeliğin bir suç sonucu meydana gelip gelmediğini değerlendirmelidir. Hekimin tecrübeleri kadının suç mağduru olduğu iddiasını destekliyorsa savcılığa bir soruşturma olup olmadığı sorulmalı; eğer bir soruşturma yoksa adli makamlara durum bildirilmelidir. Ardından savcı CMK m. 170 gereğince yaptığı soruşturma sonunda, suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheyi oluşturan ve iddianame düzenlenmeye yetecek delile ulaştığını bildiren bir yazı gönderirse, hekim gebeliği sonlandırmalıdır. Kadının, gebeliğin mağduru olduğu bir suç neticesinde oluştuğu konusunda hekimi ve savcuyu yanıltması durumunda ise hem hekim hem de savcı hakkında TCK m. 30/3 hükmü uygulama alanı bulur. Hekim ve savcuyu hataya sevk ederek, gebeliğin sonlandırılmasını sağlayan kadının ise; olarak TCK m. 100’den sorumluluğu devam eder. Bu çözüm, TCK m. 99/6’nın kötüye kullanılmasını belli ölçüde önleyecektir.

NPHK m. 6’da yer alan rahim tahliyesi öncesinde çocuğun vasisinin, evli kadının ise eşinin rızasının alınması gerekliliğine ilişkin düzenleme, suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında uygulanamaz. Zira gebeliğe neden olan suçun faili, NPHK m. 6 gereğince rıza göstermesi gereken kişiler olabilir. İki kanun birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 99/6’nın uygulanmasında NPHK m. 6’nın uygulanamayacağı açıktır. TCK m. 99/6’nın uygulanmasında bu kişilerin rızasını aramak hükmün amacıyla bağdaşmaz. Çünkü suç sonucu gebe kalan kadının rahim tahliyesi için başkasının izin vermesi beklenirse, bu kişiler izin vermediğinde, kadın çocuğu doğurmak zorunda kalır. Bu durumda kadın ikinci bir mağduriyet yaşar ve psikolojik olarak yıpranır.

KAYNAKÇA

- Aktaş S, 'Hukukta Yorum Çabaları' (2011) 15 (3-4) 1-33
- Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya AC, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı Adalet Yayınevi 2013)
- Arzt G, Weber U, Heinrich B ve Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch* (2. Auflage Giesking 2009)
- Can S, 'Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi' 1 (2015) Ankara Barosu Dergisi 80-104
- Çetiner M, 'Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022)
- Doğan R, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (2016) (127) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73-120
- Dönmez B, 'TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması' (2009) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-142
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bası Beta Basım 2001)
- Dürüstkan S ve Sert G, 'Eşin Cinsel Saldırısı ile Gebe Kalan Kadın Açısından Çocuk Düşürtme Suçu ve Hekimin Suçu Bildirmeme Suçu', II. Uluslararası Şiddeti Anlamak Kongresi, 16-18 Ekim 2020, Erişim: https://www.researchgate.net/publication/363186924_Esinin_Cinsel_Saldirisi_ile_Gebe_Kalan_Kadin_Acisin_dan_Cocuk_Dusurtme_Sucu_ve_Hekimin_Sucu_Bildirmeme_Sucu
- Ekici M, 'Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Bağlamında Akran Sorunu' in Türkan Yalçın (Yayına Hazırlayan) *Çocuk Yazıları* (Savaş Yayınevi, Ankara 2022) 385-433
- Ekici-Şahin M, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Erdem DÖ, 'Çocuk Düşürtme Düzenlemesi' (2016) 65 (4) AÜHFD 1637-1688
- Erdem MR, Tezcan D ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Bası Seçkin Yayıncılık 2023)
- Erem F, *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, 2. Cilt (Ajans-Türk Matbacılık Sanayii Ankara 1968)
- Erman ve Özek, Sahir E, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1994)



Ertuğrul H, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016)

Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen StGB §218 a* (60. Auflage CH Beck 2013)

Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, m. 197-254* (2. Bası Adalet Yayınevi 2021)

Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt, m. 86-140* (2. Bası Adalet Yayınevi 2021)

Gözler K, *Hukuka Giriş* (14. Baskı Ekin Yayınevi 2017)

Gülşen R, ‘Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin 20. Haftaya Kadar Sona Erdirilebilmesi’ in *Tıp Hukukunun Güncel Sorunları* (TBB Yayını 2008) 1209-1227

Güney-Tunalı I, ‘Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu’ (2016) 11 (119) Terazi Hukuk Dergisi 256-271

Güven K, ‘Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu’ (2016) 2 (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-35

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı USA Yayıncılık 2019)

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar* (6. Baskı USA Yayıncılık 2017)

Hakeri H, *Tıp Ceza Hukuku* (4. Bası Seçkin Yayıncılık 2024)

Hakeri H, *Tıp Hukuku* (3. Baskı Seçkin Yayıncılık 2010)

Işık B, ‘Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürülmesi Suçu (TCK 99/6)’ (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 25-55

Jescheck HH ve Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5. Auflage Duncker&Humblot 1996)

Kanbur MN, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu” iç (Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara Türkiye Barolar Birliği Yayınları 1. Baskı Nisan 2008) 1229-1258

Kangal ZT, ‘Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler’ (2011) 7 Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 38-60

Kangal ZT, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin Yayıncılık 2010)



Keskin-Kızıroğlu S, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (2013) 19 (2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 165-190

Kindhäuser U, *Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Vermögensrechte* (6. Auflage Nomos 2014)

Kitapçıoğlu T, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu' (2012) 18 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 297-332

Koru O, 'Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı' (2021) 12 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 491-500

Lindemann M, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 11, §§ 211-231* (13. Auflage De Gruyter 2023)

Maurach R, Schoeder FC, Maiwald M, Hoyer A ve Momsen C, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1* (11. Auflage C.F. Müller 2019)

Merkel R, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (Hrsg. Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Ullrich Paefgenrank Saliger), *Strafgesetzbuch* (6. Auflage Nomos 2023)

Muş MH, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu* (Adalet Yayınevi 2019)

Oktar S, *Türk Hukukunda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları* (TCK m. 99-100), (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2013)

Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kitabevi 1994)

Özbek VÖ ve Doğan K, 'Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği' (2007) 9(2) *DEÜHFD* 195-222

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı Seçkin Yayıncılık 2020)

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023)

Özen M, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) 2 (5) *Terazi Hukuk Dergisi* 97-101

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası Seçkin Yayıncılık 2023)

Rengier R, *Strafrecht Besonderer Teil II* (18. Auflage C.H Beck 2017)

Sarıtaş E ve Canseven HA, 'Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata' (2023) 11 (1) *Journal of Penal Law and Criminology* 1-25



Şentürk-Tur M, ‘Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı’ (2023) 27(3) AHBVÜHFD 383-414

Topaç TH, ‘Çocuk Düşürtme Suçu’ (2013) 2 Ceza Hukuku Dergisi 147-198

Tulay ME, “Gebeliğin Sonlandırılması Eyleminde Hekimin Faillik Durumu” iç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi 8-10 Ocak 2021 Bildiri Kitabı Cilt 1) 187-196

Uyumaz A ve Avcı Y, ‘Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması’ (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579-638

Ünver Y, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2006) 6(2) YÜHFD 173-230

Wessels J ve Hettinger M, *Strafrecht Besonderer Teil II* (40. Auflage C.F. Müller 2016)

Yalçın-Sancar T, Çok Failli Suçlar (Seçkin Yayıncılık 1998)

Yalçın-Sancar T, *Türk Ceza Hukukunda Kadın* (Seçkin Yayıncılık 2013)

Yokuş-Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı Adalet Yayınevi 2022)

Yongalık A, ‘İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi’ (2011) 60 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-18

Yurtcan E, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması- Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürtme Suçları*, (2. Bası Kazancı Kitap Ticaret 1990)

Yüce TT, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt I* (Şafak Basım Yayım 1982)

Zafer H, ‘Fuhuş Suçu’ (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan (Özel Sayı)) 3157-3183



UZLAŞTIRMA KURUMUNUN AŞIL TOPUĞU: MÜZAKERELERİN GİZLİLİĞİ İLKESİ

*The Achilles' Heel of Conciliation:
The Principle of Confidentiality of Discussions*

Ali Tanju SARIGÜL*

Özet

Onarıcı adalet anlayışının bir uygulaması olan uzlaştırma kurumu, failin topluma entegrasyonu ve kısa sürede mağdurun zararın giderilmesine imkân vermesi nedeniyle toplumsal uzlaşıya önemli bir katkı sağlamaktadır. Taraflar arasında bir kolaylaştırıcı marifetiyle sağlanan diyalog sayesinde failin gerçekleştirdiği fiilin sonuçlarıyla yüzleşmesi mümkün olmaktadır. Uzlaştırmanın toplumsal uzlaşıya katkı sunabilmesi, ancak samimi bir diyalog ortamının sağlandığı müzakereler sayesinde mümkün olabilmektedir. Uzlaştırma sürecinin kuşkusuz en önemli evresini teşkil eden müzakerelerde amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olmayıp, diyalog yolu ile fail ve mağdur arasındaki ilişkinin düzeltilmesidir. Müzakerelerin amacına ulaşabilmesinin olmazsa olmaz koşulu, hayati öneme sahip olması nedeniyle aşıl topuğu olarak nitelendirdiğimiz müzakerelerin gizliliği ilkesidir. Müzakerelerin gizliliği ilkesi sayesinde taraflar konuşmaların ileride kendi aleyhine kullanılmayacağını bilerek özgürce, güven içinde müzakerelerde konuşabileceklerdir. Aksi durumda müzakerelerin samimi ve dürüst bir şekilde yapılması zor olduğundan uzlaşma ihtimali çok daha az olacaktır. Müzakere sürecinde söylenen söz ya da ibraz edilen belgelerin ileride muhakeme sürecinde delil olarak kullanılmayacak olması ve sürece katılanların tanık olarak dinlenmelerinin mümkün olmaması, gizlilik ilkesi bakımından vazgeçilmez ilkelere. Delil yasağı ilkesinin sadece soruşturma ve kovuşturma aşamaları için değil, hukuk yargısı, idari yargı ya da vergi yargısı gibi diğer tüm yargı kollarındaki yargılamalar bakımından uygulanması gerekir. Müzakerelerin gizliliği ilkesinin bir diğer gereği de; müzakereye katılacak kişilerin sınırlandırılmış olmasıdır. Müzakerelerin gizliliği ilkesine ilişkin tartışmaların, özellikle gizliliğin konu bakımından kapsamı ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu tartışmalarda; uzlaştırma süreci ve özellikle onarıcı adaletin doğası göz önüne alındığında, uzlaştırmanın amacıyla daha uyumlu sonuçlara ulaşılacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı adalet, fail-mağdur uzlaştırması, müzakerenin gizliliği

Abstract

The institution of conciliation, which is an application of the restorative justice approach, makes an important contribution to social reconciliation as it enables the integration of the perpetrator into society and the compensation of the victim's damages in a short time. Thanks to the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, atanju.sarigul@hku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4112-0311>



dialogue between the parties through a facilitator, it is possible for the perpetrator to face the consequences of the act he/she committed. The contribution of conciliation to social reconciliation is only possible through discussions enabled by a sincere dialogue environment. The aim of the discussions, which undoubtedly constitute the most important phase of the reconciliation process, is not to reveal the material truth, but to improve the relationship between the perpetrator and the victim through dialogue. The sine qua non condition for the discussions to achieve their goal is the principle of confidentiality of the discussions, which we characterize as the Achilles' heel because of its vital importance. The principle of confidentiality of discussions allows the parties to speak freely and confidently in discussions, knowing that the conversations cannot be used against them in the future. Otherwise, since it is difficult to conduct discussions in a sincere and honest manner, the possibility of reconciliation will be much less likely. The fact that the words spoken or documents submitted during the discussion process will not be used as evidence in the judicial proceedings in the future and that it is not possible for the participants to be heard as witnesses are indispensable principles in terms of the principle of confidentiality. The principle of the prohibition of evidence should be applied not only to the investigation and prosecution phases, but also to proceedings in all other jurisdictions, such as civil, administrative, judicial or tax jurisdictions. Another requirement of the principle of confidentiality of discussions is the limitation of the persons participating in the discussions. It is understood that the discussions on the principle of confidentiality of discussions are particularly related to the scope of confidentiality in terms of subject matter. Considering the nature of the conciliation process and especially the nature of restorative justice in these discussions, we believe that conclusions that are more compatible with the purpose of conciliation can be reached.

Keywords: Restorative justice, victim- offender reconciliation, confidentiality of discussions

GİRİŞ

Geleneksel Ceza Hukuku, failin gerçekleştirdiği fiili, ceza kanununun ihlal edilmiş olması olarak görmektedir¹. Geçmiş onbir-onikinci yüzyıllara dayanan bu anlayış çerçevesinde; kanun hükmünün ihlali dolayısıyla suç devlete karşı işlenmiş olarak kabul edilmekte, dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları fail ve devlet olarak kabul görmektedir². Cezalandırıcı adalet olarak nitelendirilen ve günümüz ceza hukuku sistemlerinin temel yapısını oluşturduğu kabul edilen bu geleneksel sistemde aslında asıl amaç, failden öç alma değil, toplumsal hayatın menfaatlerinin ferdi ve kolektif himayesidir³. Bu sayede toplumsal düzeni koruyan normlara uyulması sağlanmakta, kuralların ihlali halinde ise cezanın uygulanması suretiyle toplumsal düzenin yeniden sağlanması mümkün olmaktadır.

Suçun devlete karşı işlendiğinin kabulü, failin fiiline verilecek tepkinin de tamamen devlet tarafından belirlenmesi bizi fail merkezli bir ceza adalet sistemine

¹ Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, (1. bs Seçkin Yayınevi 2020) 41.

² Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (1. bs Seçkin Yayınevi 2019) 13, 14; Benzer açıklamalar için bkz. Mary Allen Reimund, "Confidentiality in Victim Offender Mediation: A False Promise?" (2004 Vol. 2) *Journal Of Dispute Resolution*, 403.

³ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, (2. Baskı, US-A Yayıncılık, 1996) 173. Bir himaye vasıtası olan hukuk normları sistemi Rocco tarafından himaye hukuku olarak isimlendirilmektedir (Hafizoğulları, (n 3) 173).

yönlendirmektedir⁴. Bu anlayışın en temel sorunu da bu noktada, suçtan doğrudan zarar gören mağdurun görmezden gelinmesidir. Geleneksel anlayış, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde mağdurun zararını, ihtiyaç ve tercihlerini dikkate almamakta, tamamen faile ne ceza verilmesi gerektiğine odaklanmaktadır⁵.

Geleneksel anlayışın etkisiyle ceza adalet sistemine duyulan memnuniyetsizlik, suça karşı alternatif cevapların aranmasına vesile olmuştur. Öncelikle failin gerçekleştirdiği tipik fiil nedeniyle oluşan suç, salt fail-devlet arasındaki bir cezalandırma ilişkisinden farklı bakabilmek gerekmektedir. Suça, “*kişiler arasındaki beşeri ilişkilerin ihlali*” olarak bakmak⁶, ceza adalet sistemindeki “suç” ve “suçluluk”tan ziyade, “sorumluluk” ve “zararın onarımı” kavramlarının öne çıkarılması gerekmektedir⁷. Suçun, salt bir kanun hükmü ihlali olarak görülme-yip, bunun yanında mağdur ve fail arasındaki bir uyumsuzluk olarak da nitelen-dirilmesi⁸ ve bu sayede suçtan zarar gören mağdura sürece katılım imkânının sunulması onarıcı adalet yaklaşımının bir sonucudur.

Geleneksel ceza adalet sisteminin özellikle mağduru göz ardı etmesi ve cezanın faillerin ıslahında ve topluma kazandırılmasında ne derece etkili olduğu konusundaki tereddütler⁹, onarıcı adalet kavramının ve uygulamalarının günümüz hukuk sistemlerinde daha fazla yer almasına neden olmuştur.

Onarıcı adalet yaklaşımları, uyumsuzluğun taraflarının sürece katılmalarını sağlayarak, sorunun çözümüne ortak etmektedir. Bu sayede mağdura verilen zararı telafi etmeye ve aynı zamanda da faili yaptıklarından sorumlu tutan bir sürece yönlendirmektedir¹⁰.

Onarıcı adaletin bir uygulaması da, konumuzu teşkil eden “*fail-mağdur uzlaşması*”dır¹¹. İlk olarak 1974 yılında Kanada’da gerçekleştirilen fail-mağdur uz-

⁴ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (5. bs Yetkin Yayınevi 2022) 1275.

⁵ Akbulut/Aksan (n 2) 14; Özbek (n 4) 1275.

⁶ Değirmenci (n 1) 64; Özbek (n 4) 1281.

⁷ Galma Jahic/Burcu Yeşiladalı, “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım, *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 16.

⁸ Akbulut/Aksan (n 2) 17.

⁹ Akbulut/Aksan (n 2) 16; Aynı yönde açıklamalar için bkz. Özbek (n 4) 1275; Yavuz, onarıcı adalet kavramını; geleneksel ceza adaleti anlayışının ve kurumlarının mahsurlarını ortadan kaldırmak amacıyla alternatif bir adalet yöntemi olarak ortaya çıkan bir düşünce, teori, akım olarak nitelendirmektedir. (Hakan A. Yavuz, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, (2015) 6 (23) TAAD 86.

¹⁰ *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı*, United Nations Office on Drugs and Crimes, (United Nations Newyork, 2006) 33 vd.

¹¹ Uzlaştırma kavramı ile ilgili öğretilerde tartışmalar bulunmaktadır. Öğretilerde uzlaştırma kavramı yerine fail-mağdur uzlaşması (*Victim-Offender Reconciliation*), mağdur-fail arabuluculuğu (*Victim-Offender Mediation*) kavramları da kullanılmaktadır. Biz kanunu esas alarak uzlaştırma kavramını kullanmayı



laştırması kurumu¹² ceza muhakemesini tamamlayan, esnek ve sorun çözücü bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. 1970 ve 1980’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde de ilk onarıcı adalet girişimlerinden olan fail-mağdur uzlaşması, bu ülkede en yaygın kullanılan onarıcı adalet uygulamalarından birisi olmuştur¹⁴.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “*ceza adaletinin basitleştirilmesi*” konusundaki R (87) 18 nolu ve 15 Eylül 1999 tarihli R (99) 19 nolu Tavsiye Kararları uzlaştırmanın yasal zemininin oluşturulmasında temel metinler olarak karşımıza çıkmaktadır. R (99) 19 nolu Tavsiye Kararında; basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uzlaşmazlığın mahkeme dışında uzlaştırma yolu ile çözülmesi kabul edilmiştir¹⁵. R (99)19 sayılı Tavsiye Kararında ise; ceza muhakemesinde uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin genel ve kapsamlı ilkeler önerilmektedir¹⁶.

I. UZLAŞTIRMA VE ONARICI ADALET KAVRAMLARI, TEMEL İLKELER

Uzlaştırma kurumunun onarıcı adalet anlayışının bir yansıması olduğu dikkate alındığında öncelikle onarıcı adaletin uluslararası metinlerde ifade edilen ilkelerinin ortaya konması gerekmektedir.

Öğretide; onarıcı adaletin tanımlanmasının hiç de kolay olmadığı ifade edilmektedir. Zira kullanılan tanımlar “kişisel deneyimlerimize, kültürümüze ve dünya görüşümüze, konuştuğumuz kitleye, uygulayıcı veya akademisyen olarak deneyimlerimize, mağduriyet ve suç anlayışımıza, belirli bir uygulama ile ilgili deneyimlerimize” dayandığından farklılık gösterebilmektedir. Onarıcı adalet hareketinin önde gelen isimlerinden Howard Zehr; “*Onarıcı adalet, belirli bir suçta payı olanları mümkün olduğu ölçüde sürece dahil etmek ve iyileşmek ve işleri mümkün olduğunca yoluna koymak amacıyla zararları, ihtiyaçları ve yükümlülükleri kolektif olarak belirlemek ve ele almak için bir süreçtir.*” Şeklinde bir tanımlama yapmaktadır¹⁷. Bu tanım çerçevesinde onarıcı adaletin hedefleri; kararlarda suçtan en çok etkilenenlerinin söz sahibi olmasını sağlamak, adaleti

tercih ediyoruz (Kavram tartışmaları hakkında bkz. Akbulut/Aksan (n 2) 26-27, Değirmenci (n 1) 86-87.

¹² Değirmenci (n 1) 65.

¹³ Özbek (n 4) 1290.

¹⁴ Reimund (n 2) 404. Amerika Birleşik Devletleri’nde fail-mağdur uzlaşması başlangıçta sadece hafif nitelikteki suçlar ve yetişkinlerden ziyade çocuklar (*juveniles*) bakımından öngörülmüştü (Reimund (n 2) 404, 405).

¹⁵ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. bs Seçkin Yayınevi 2023) 878.

¹⁶ Selman Dursun, “Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri” (Rize 2017) *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu*, 60.

¹⁷ Reimund (n 2) 403, 404.

daha iyileştirici - ideal olarak daha dönüştürücü - hale getirmek ve gelecekte suç işleme olasılığını azaltmak olarak ifade edilmektedir¹⁸.

Onarıcı adaletin en yaygın uygulanan yöntemlerinden biri olan fail-mağdur uzlaşması, eğitimli bir uzlaştırmacının yönetiminde, mağdura faille buluşma ve suçun hayatını nasıl etkilediğini tartışma, endişelerini ve duygularını ifade etme ve bir tazminat anlaşması yapma fırsatı verir. Süreç, “*mağdurun suçun fiziksel, duygusal ve mali etkilerini suçluya anlatabildiği ve suç ve suçlu hakkında süregelen sorulara cevap alabildiği*” güvenli bir ortam sağlayarak iyileşmeyi destekler. Uzlaştırma sırasında fail, suçun mağduru nasıl etkilediğini öğrenir ve davranışlarının sorumluluğunu üstlenme fırsatı bulur¹⁹.

Avrupa Konseyinin ceza konularında arabuluculuk (uzlaştırma) konusundaki ilk tavsiye kararının 1985 yılında benimsenmiş olduğu ve 2006 yılına kadar birçok tavsiye kararının alındığı görülmektedir²⁰. R (85)11 sayılı Tavsiye Kararında; hükümetlere arabuluculuk ve uzlaşmanın olası avantajlarını incelemeleri tavsiye edilmektedir²¹. Avrupa Konseyi “*Ceza Adaletinin Basitleştirilmesi*” başlıklı R (87) 18 sayılı Kararında ise; mahkeme dışı çözümün ceza adaletinin uygulanmasında yaşanan gecikmelere çare olarak görülen yollardan birisi olduğu ifade edilmektedir²².

Uzlaştırma ile ilgili ilkelerin ayrıntılı bir şekilde ortaya konduğu temel referans niteliğindeki uluslararası metin kuşkusuz Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza İşlerinde Arabuluculuk (*Mediation in Penal Matters*) başlıklı R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararıdır²³.

R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı ile ilgili dikkati çeken husus, onarıcı adalet yerine uzlaştırmayı somut olarak düzenlemesidir²⁴. Metnin dibacesinde; mağdurun, failin, suçtan etkilenme ihtimali olan diğer kişiler ile toplumun ceza usul işlemlerine aktif katılımının artırılmasına vurgu yapılmaktadır. Dibacede ayrıca mağdurun zararının giderilmesi, kendisinden özür dilenmesi ve mağduriyetinin sonuçlarının ele alınmasında daha güçlü bir sese sahip olmasına temas edilirken,

¹⁸ Reimund (n 2) 404.

¹⁹ Reimund (n 2) 404.

²⁰ Dursun (n 16) 53.

²¹ Jolien Willemsens, “Onarıcı Adalet ve Uluslararası Standartlar, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler Tarafından Başlatılan Girişimler”, *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı* (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 30.

²² Willemsens (n 21) 31.

²³ Tavsiye Kararı, 15 Eylül 1999 tarihli 679.oturumunda Bakanlar komitesince kabul edilmiştir. Kararın Türkçe tercümesi için bkz. <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915521710.pdf>> (erişim tarihi: 07.10.2024). Kararın İngilizce metni için bkz. <[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec\(99\)19%20\(1\).pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/rec(99)19%20(1).pdf)> (erişim tarihi 07.10.2024).

²⁴ Değirmenci (n 1) 99. Onarıcı adalet uygulamaları yerine sadece uzlaştırma ile ilgili somut tavsiyelere yer verilmesi, uygulamaya katkı sunması ve uygulamanın somutlaştırılması bakımından yerinde olmuştur (Değirmenci (n 1) 99, 100).



failin de sorumluluk duygusunun teşvik edilmesi, rehabilitasyonu ve topluma entegrasyonunun önemine işaret edilmektedir. Tavsiye Kararında; esnek, kapsamlı, sorun çözücü ve katılımcı seçeneğin, geleneksel cezalandırma yöntemlerini tamamlayan ya da ceza muhakemesine alternatif olduğuna işaret edilmektedir. Dibacede; suçun önlenmesinde, işlenmesinde ve ortaya çıkardığı uyuşmazlığın giderilmesinde, bireyin ve toplumun önemli olan fonksiyonunun değerini arttırabileceğini, bu sayede daha az baskıcı ve daha yapıcı ceza adaletini teşvik edeceğinin önemine vurgu yapılmaktadır²⁵.

Tavsiye Kararı, dibaceyi takip eden otuz dört maddeyi ve çok sayıda kural ve ilkeleri içermektedir. Arabuluculuğa (uzlaştırma) ceza muhakemesi sürecinin her aşamasında başvurulabilmesi bu ilkelerden birisidir (Genel İlkeler, m.4). Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma evrelerinde erişilebilir olması gerekir. Öğretide genişletici bir yorumla infaz aşamasında bile erişilebilir olması gerektiği şeklindeki bir yoruma da rastlamaktayız²⁶. Ceza muhakemesi sürecinin (*at all stages of the criminal justice process*) olağanüstü kanun yolları süreçleri istisna olmak üzere, hükmün kesinleşmesi ile sona erdiği dikkate alındığında; bu yoruma katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Ancak infaz sürecine ilişkin bir hüküm bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir²⁷.

R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararında; uzlaştırma müzakerelerinin tarafların özgür iradeleriyle rıza göstermeleri halinde gerçekleştirilebileceği ve bu rızanın uzlaştırma süreci esnasında geri alınabileceği genel ilkeler başlığı altında birinci ilke olarak yer almaktadır. Onarıcı adaletin bir uygulaması olması münasebetiyle tarafların uzlaştırma sürecine katılmalarının gönüllü olması gerekir. Tarafların sürecin ceza soruşturması/kovuşturması bakımından olası sonuçları konusunda tam olarak bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme çerçevesinde rıza göstermek suretiyle katılmaları gerekmektedir²⁸. Ne mağdur ne de failin onarıcı adalet sürecine ve sürecin sonuçlarını kabul etmeye zorlanmaması veya adil olmayan biçimde ikna edilmemesi²⁹, uzlaşmaları ya da uzlaşmamaları konusunda bir baskı ve yönlendirme yapılmaması gerekmektedir³⁰.

²⁵ Nuri Berkay Özgenç, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma* (1 bs Legal Yayınevi 2015) 198-200.

²⁶ Willemsens (n 21) 33. *Değirmenci*, burada hükmün infaz aşamasına ilişkin bir açıklamaya yer verilmediğini, bunun bir eksiklik olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir (Değirmenci (n 1) 99-100).

²⁷ Değirmenci (n 1) 99.

²⁸ Özbek (n 4) 1285; Willemsens (n 21) 32.

²⁹ *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı* (n 11) 34.

³⁰ Değirmenci (n 1) 141; Olgun Değirmenci, “Uzlaştırma Seçimi, Temel ve Etik İlkeleri ve Uzlaştırmacı Eğitimi”, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı*, (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı 2021) 147; Olgun Değirmenci, “Uygulamacının On Sorusu Işığında Uzlaştırma”, (2019) 14 (151) *Terazi Hukuk Dergisi*, 667,668.

İkinci genel ilke ise; çalışmamızın asıl konusunu oluşturan müzakerelerin, tartışmaların (*discussions*) gizli olması gerektiğidir. Uzlaştırma sürecindeki görüşmeler, taraflar aksine bir karar almadıkça gizlidir (m.2). Müzakerelerin gizliliği, diyalog esasına dayalı uzlaştırma sürecinin en hayati noktası, bir anlamda Aşıl topuğudur³¹.

Tavsiye Kararında gizlilik ile ilgili iki ayrı istisnaya rastlamaktayız. İlk olarak Kararın 2. maddesinde belirtildiği üzere taraflar gizlilik ilkesini kaldıracak şekilde aralarında anlaşabilecektir. Bu durumda karşılıklı anlaşmanın kapsamı çerçevesinde taraflarca müzakere içeriğinin açıklanması söz konusu olabilecektir. Diğer bir istisna olarak ise, uzlaştırma görüşmeleri esnasında yakın bir zamanda işleme ihtimali bulunan bir suç hakkında edinilen bilginin uzlaştırmacı tarafından yetkili mercilere bildirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır (m.30).

Konumuzun kapsamı itibariyle söz konusu Tavsiye Kararının tüm maddelerine değinmek mümkün olmamakla birlikte; Tavsiye Kararı bir bütün halinde değerlendirildiğinde, genel ilkelerin somut bir şekilde ifade edilmiş olması önemlidir. Ayrıca sadece uzlaştırma sürecindeki gözetilmesi gereken ilkeler ile yetinmeyip, süreçte yer alacak uzlaştırmacıların nitelik ve eğitimleri gibi sürecin özerk yürütülmesi bakımından önem arz eden hususlara da değinilmiş olması, rehber bir Karar olması bakımından dikkate değerdir³².

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 03.10.2018 tarihli Rec (2018) 8 sayılı Tavsiye Kararında ise³³; R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararından farklı olarak ceza uyuşmazlıklarında sadece uzlaştırma değil, onarıcı adalet uygulamalarına ilişkin temel ilkeler düzenlenmiştir. Tavsiye Kararının Dibacesinde onarıcı adalet; “*esnek, duyarlı, katılımcı ve sorun çözme*” odaklı bir süreç olarak nitelendirilmiş, onarıcı adalet uygulamalarının geleneksel ceza muhakemesini tamamlayıcı veya alternatif olarak kullanılabileceğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca süreç sayesinde mağdurların seslerini daha fazla duyurma imkanına sahip olmasının adalet sürecinde telafi ve memnuniyete ulaşmasına; fail bakımından da topluma yeniden uyumunu geliştirecek şekilde sorumluluk duygusunun gelişmesine katkı sunacağı ifade edilmektedir.

³¹ Değirmenci (n 1) 145; Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı*, (n 30) 150. *Reimund*, gizliliği fail-mağdur uzlaşmasının kritik bileşeni olarak nitelendirmektedir. Zira gizlilik koruması olmadan fail ve mağdur arasında anlamlı bir tartışmanın olması mümkün değildir (*Reimund* (n 2) 406).

³² Söz konusu Tavsiye Kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için Değirmenci (n 1) 99-100. Onarıcı adaletin genel esaslarına Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 2002 yılında kabul edilen “Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanılmasına İlişkin Temel İlkeler” başlığı altında yer verildiği görülmektedir. *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı* (n 11) 33 vd; Özbek (n 4) 128-1286.

³³ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. <<https://rm.coe.int/bakanlar-komitesi-tavsiye-karar-2018-/1680a72c58>>. Orijinal metin için bkz. <<https://rm.coe.int/recommendation-cm-rec-2018-8-of-the-committee-of-ministers/1680a72c59>> (erişim tarihi: 10.10.2024)



Söz konusu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec (2018) 8 sayılı Kararında; “*onarıcı adaletin temel ilkeleri*” başlığı altında onarıcı adalet uygulamalarında gözetilmesi gereken ilkeler yer almaktadır. Onarıcı adalet uygulamalarının “*gönüllülük, müzakereye ve saygıya dayalı diyalog, katılan herkesin ihtiyaç ve menfaatlerine eşit şekilde önem verme, usulde adalet*” gibi birçok ilkeye yer verilmiştir (m. 13 ve devamı maddeler).

Söz konusu Tavsiye Kararı’nda; diğer önemli ilkelerin yanı sıra çalışmamızın konusunu teşkil eden “*görüşmelerin gizliliği*” ilkesine de atıf yapılmaktadır. Onarıcı adalet kapsamındaki görüşmelerin gizli biçimde uygulanması ve görüşmede ifade edilen sözlerin gizli kalması gerekir. İlgili tarafların uzlaştığı durumlar haricinde görüşmelerde edinilen bilgilerin kullanılması mümkün değildir (m. 17). Tavsiye Kararının diğer bir maddesinde de (m.53); onarıcı adalet uygulamasında görevli olan kolaylaştırıcıların (*the facilitator*) ilgili makamlara bilgi verirken taraflar arasında konuşulanların içeriği ve tarafların davranışları hakkında herhangi bir görüş bildirmemesi gerektiğine işaret edilmektedir. Onarıcı adalet uygulamaları esnasında ortaya çıkan, yakında işlenebilecek veya ciddi nitelikli suçlar hakkında kolaylaştırıcı bakımından yetkili makamlara bilgi verilmesi yükümlülüğüne işaret edilmekte, ancak bu yükümlülük nedeniyle de olsa gizlilik ilkesinin ihlal edilmemesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır (m. 53 ve m. 49).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin onarıcı adalet ve onarıcı adaletin bir uygulaması olan uzlaştırma konusundaki tavsiye kararları, uluslararası standartları ve ilkeleri somut olarak belirleme bakımından önemlidir. Bu tavsiye kararları; Türk Ceza Muhakemesi hukukunda yapılan düzenlemelere rehber olması nedeniyle de Türk Hukuku bakımından önem arz etmektedir. Nitekim Türk Ceza Muhakemesinde mevcut uzlaştırma düzenlemelerinin esasen Avrupa Konseyi’nin ilgili tavsiye kararlarıyla büyük ölçüde uyumlu olması³⁴ da bu ilkelerin dikkate alındığının bir göstergesi niteliğindedir.

II. TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA KURUMU VE MÜZAKERE SÜRECİ

A. Tarihsel Süreç ve 7531 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

Uzlaştırma kurumuna tarihsel perspektif açısından bakıldığında; bu kuruma ilişkin ilk uygulamaların Osmanlı Hukukunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Osmanlı Hukukunda fail-mağdur uzlaştırmasının (sulh) temelleri Kur’an’a dayanmaktadır. Kur’an’da “*iki Müslüman topluluğun çatışması halinde, çatışmanın tarafı olmayanlara, bu grupların barıştırılması ve uzlaştırılması*” emredilmiştir (Hucurât suresi 49/10). Nisâ suresinde de; “*Müslümanların arasını bulmanın bir*

³⁴ Dursun (n 16) 60, 63.

görev olduğu belirtilmiş, sulhun mutlak manada iyi bir çözüm yolu olduğuna” işaret edilmiştir (Nisâ suresi 4/128)³⁵.

Osmanlı Ceza Hukukunda hırsızlık gibi belirli suç tipleri bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanabilmekteydi. Uzlaşma kapsamındaki suçların çoğunluğu uzlaşma ile sonuçlanmaktaydı. Bu suçlar ağırlıklı olarak kişi haklarının ihlal edildiği suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlete karşı işlenen suçlarda ise resen takip yapılmakta, uzlaştırma hükümleri uygulanmamaktaydı³⁶.

Yakın tarihe bakıldığında ise; *Dönmezer* Tasarısı olarak adlandırılan TCK ve 2001 tarihli CMK tasarılarında da uzlaştırmaya ilişkin hükümlere yer verilmiş olduğu görülmektedir. *Dönmezer* Tasarısında uzlaştırma, sadece şikâyetle bağlı suçlar açısından öngörülmüştü. Uzlaştırmaya ilişkin usul kuralları ise CMK Tasarısında düzenlenmişti. Ancak bu tasarılar yasalaşmamıştır. Kısa bir süre sonra 2003 tarihli TCK Tasarısında da uzlaştırma kurumuna ilişkin hükümlere yer verilmiş, ancak bu Tasarının da yasalaşmaması üzerine uzlaştırma hükümlerinin yürürlüğe girmesi mümkün olmamıştır³⁷.

Türk Ceza Muhakemesinde uzlaştırma kurumunun uygulanma usul ve esasları, yukarıda bahsedilen Tavsiye Kararları dikkate alınarak ilk olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, suça sürüklenen çocuklar bakımından da 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda düzenlenmiştir³⁸. İlgili kanunlarda 2016 yılında yapılan değişiklik ve ilavelerle Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde uzlaştırma bürolarının kurulması ve uzlaştırmacıların seçimleri ve eğitimleri gibi hususların düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Nihayetinde 2017 yılında çıkartılan yeni Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği³⁹ ile de uzlaştırmanın daha kurumsal ve özerk bir yapıya kavuştuğunu söyleyebiliriz⁴⁰.

Uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında; 17.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile bazı suçların uzlaştırma kapsamına alınmak suretiyle uzlaştırma kurumunun uygulanma alanının genişletildiği anlaşı-

³⁵ Mustafa Avcı, “Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, (2017) 25 (1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23, 24.

³⁶ Osmanlı Ceza Hukukunda sulh (uzlaştırma) kurumunun uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı (n 35) 11 vd.

³⁷ Tasarılarıdaki düzenlemeler için ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut/Aksan (n 2) 21; Değirmenci (n 1) 123, 124.

³⁸ Akbulut/Aksan (n 2) 21.

³⁹ Bundan sonra kısaca Uzlaştırma Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

⁴⁰ Benzer açıklamalar için bkz. Dursun (n 16) 59. Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığının ve Cumhuriyet Başsavcılıklarının nezdinde uzlaştırma bürolarının kurulması öğretide uzlaştırma sürecinin resmileştirilmesi olarak da nitelendirilmektedir. Sürecin kamusallaştırılmasına onarıcı adalet anlayışı bakımından getirilen eleştiriler için bkz. (Muammer Ketizmen, *Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalet*; *Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma*, (1. bs Adalet Yayınevi 2022) 107-108).



maktadır. Ayrıca uygulamada ortaya çıkan sorunlar⁴¹ ya da aşağıda ayrıntısı izah edileceği üzere Anayasa Mahkemesinin 26/7/2023 Tarihli ve E: 2023/43, K: 2023/141 Sayılı İptal Kararı dikkate alınmak suretiyle bazı değişikliklere gidildiği anlaşılmaktadır. Bunlara ilaveten yine 7188 sayılı Kanun ile, uzlaştırma için öngörülen yasal süre uzatılmak suretiyle uzlaştırmının uygulanmasını kolaylaştırıcı değişikliklere gidilmiştir⁴².

Uzlaştırma kurumuna ilişkin son olarak da; TBMM Genel Kurulu tarafından 7.11.2024 tarihinde kabul edilen ve 14.11.2024 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7531 sayılı “*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile bazı değişiklikler yapılmıştır⁴³.

Söz konusu değişiklikler kapsamında; hakaret suçunun mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hali (TCK m. 125/2) uzlaştırma kapsamından çıkarılmıştır.

Diğer bir değişiklik ise; uzlaştırmacıların niteliklerine ilişkindir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253/24. maddesinde “*avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin*” ibaresinde, “*hukuk fakültesi mezunlarının*” şeklinde değişiklik yapılmak suretiyle uzlaştırmacıların artık sadece hukuk fakültesi mezunları arasından seçilebilmesine imkân tanınmaktadır⁴⁴. Aynı kanun değişikliğine ilişkin geçici 7. madde ile; uzlaştırmacıların niteliğine ilişkin bu hükmün yürürlüğe girdiği tarihten önce uzlaştırmacı yazılı sınavında başarılı olanlar hakkında uygulanmayacağı hükmü ile önceki uzlaştırmacıların statüleri müktesep hak kap-

⁴¹ Uzlaştırmaya tabi bir suçun, uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaşma hükümlerinin uygulanmaması (5919 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değişik CMK m. 253/3) şeklinde bir düzenleme getirilmiş, ancak uygulamada ortaya çıkan farklı içtihatlar nedeniyle 7188 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile de bu fıkraya “*aynı mağdura karşı*” ifadesi eklenmiştir Değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için Değirmenci (n 1) 128 vd.

⁴² 7188 sayılı Kanun ile uzlaştırma bürosuna uzlaştırma süresinin en çok yirmi gün ifadesi değiştirilerek “*iki defa yirmi güne kadar*” uzatılma yetkisi verilmiştir (CMK m. 253/12).

⁴³ Söz konusu “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” metni için bkz. 14.11.2024 tarih ve 32722 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁴ Kanundaki “Hukuk öğrenimi görmüş” ibaresi; Yönetmeliğin 15. maddesi ile, hukuk fakültesi mezunlarının yanı sıra programlarında hukuk ya da hukuk bilgisine yeterince yer veren siyasi bilgiler, idari bilimler, iktisat, maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapanlar şeklinde açıklığa kavuşturulmuştu. 2019 yılı değişikliği ile Polis Akademisinde eğitim görmüş olanlar da kapsama dahil edilmişti. Danıştay 10. Dairesince Yönetmeliğin ilgili maddesinin Kanuna aykırı olduğu itirazı üzerine 2011 yılında yapılan incelemede; hukuk öğrenimi görmüş ifadesinin Yönetmelikteki şekliyle kaleme alınmasında bir hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Aynı kararda karşı oy yazısında ise; hukuk öğrenimi görmüş olmanın “hukuk alanında lisans veya lisansüstü öğrenim görmüş olmak” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu davada yapılan savunmada; Kanundaki ifadenin “sadece hukuk fakülteleri mezunları” olarak yorumlanması ve dolayısıyla diğer fakülte mezunlarının uzlaştırmacı olmalarına imkân verilmemesi halinde “uzlaştırmacı bulunmasında zorluk yaşanacağı” şeklinde bir gerekçeye yer verildiği görülmektedir. Hukuk fakültelerinden mezun olanların sayıları dikkate alındığında bu gerekçeye itibar etmenin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Karar metni için bkz. D 10 D, E 2007/6843 K 2011/2365 T 20.06.2011 (legalbank).

samında korunmuştur. Dolayısıyla önceki uzlaştırmacılar ile 14.11.2024 tarihi itibarıyla uzlaştırma yazılı sınavında başarı olan adaylar bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır.

Uzlaşmaya ilişkin aynı Kanunda yapılan değişikliklerden bir diğeri ise; Anayasa Mahkemesinin 26/7/2023 Tarihli ve E: 2023/43, K: 2023/141 Sayılı Kararı ile bu fıkra da yer alan “*Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz;...*” ibaresinin iptal edilmiş olması nedeniyle getirilen düzenlemedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı; “*uzlaşma görüşmeleri esnasında öngörülmesi mümkün olmayan zararlara ilişkin açılacak davalar yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın uzlaşmanın sağlanması durumunda tazminat davası açılmayacağını düzenleyen kuralla ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklenmiş olduğu*” gerekçesine dayanmaktadır. Zira yargının iş yükünün azaltılması amacıyla mahkemeye erişim hakkına getirilen bu sınırlama ile ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği ifade edilmektedir⁴⁵. 7531 sayılı Kanunla değişik CMK’nın 253. maddesinin on dokuzuncu fıkrasının beşinci cümlesinin başına “*Uzlaşmanın sağlanması halinde, uzlaşma anında tespit edilemeyen veya uzlaşmadan sonra ortaya çıkan zararlar hariç, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz;*” ibaresi eklenmiştir. Düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda uzlaşma anında tespit edilemeyen ve sonradan ortaya çıkan zararlar ile o esnada bilenen ve öngörülen zararlar arasında bir ayırım yapılmıştır. Bu düzenleme kapsamında “*uzlaşma anında tespit edilemeyen ya da sonradan ortaya çıkan zararlar*” bakımından tazminat davası açma hakkı tanınarak mahkemeye erişim hakkı sağlanmıştır⁴⁶.

⁴⁵ AYM E 2023/43, K 2023/141 T 26/7/2023 sayılı Kararı için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-141-nrm.pdf>> (erişim tarihi: 17.11.2024)

⁴⁶ Bu düzenleme çerçevesinde soruşturma konusu suç nedeniyle uzlaşma esnasında tespit edilmiş olan zararlar bakımından tazminat davası açılmayacaktır. Uzlaştırma sürecinde uzlaştırmacının tarafları aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ileride hukuki sorumluluk doğurabilecek bir hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla uzlaştırmacının uzlaştırmacının hukuki sonuçlarından birisi olarak mutlaka bu hükme açıklamalarında yer vermesi gerekir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da aynı yöndedir. “...Anılan düzenlemelere göre *uzlaşmanın sağlanması* hâlinde davacının soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açma hakkı ortadan kalkar. *Uzlaşma* tutanağı da ilam mahiyetinde olacağından aksinin aynı kuvvetteki belge ile ispatlanması gerekir. ...Somut olayda; 24.04.2017 tarihinde meydana gelen trafik kazasında davacının yaralandığı, ... Cumhuriyet Başsavcılığının ...soruşturma numaralı dosyasında, davacının davalı araç sürücüsü ile CMK’nın 253 üncü maddesi kapsamında *uzlaşıldığı*, kazadaki yaralanma nedeniyle tarafların *uzlaştıkları*na dair *uzlaşma* tutanağı düzenlendiği, ...Cumhuriyet Başsavcılığının ... gün, ... soruşturma ...karar sayılı kararı ile araç sürücüsü hakkında *uzlaşma* nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği anlaşılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle *uzlaşma* tutanağının ilam mahiyetinde olduğu ve tutanağının aksinin de aynı kuvvetteki delillerle ispat edilemediğinin anlaşılmasına göre soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağının kabulü ile davacının tazminat talebinin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yanılığın gerekçeyle talebin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır” (Y 4 HD, E 2023/4525 K 2023/10230 T 4.10.2023) (legalbank) . Aynı yönde Y 17 HD, E 2016/13482 K 2019/3613 T 26.3.2019 (legalbank).



Aynı kanun kapsamında yapılan son değişiklik ise; mahkeme evresinde yapılan uzlaştırmada edimin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde “durma” kararı verilmesine ilişkindir. Durma kararı verilmesi halinde; durma süresince zamanaşımı işlemeyecek, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkemece yargılamaya kaldığı yerden devam olunacaktır.

7531 sayılı Kanun değişikliği öncesi durma kararı yerine CMK’nın 231. maddesindeki koşullar aranmaksızın “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı” verilmekteydi⁴⁷. Bu düzenleme çerçevesinde edimin yerine getirilmemesi halinde mahkûmiyet hükmü açıklanmakta, yerine getirilmesi durumunda ise düşme kararı verilmekte idi. Mülga düzenleme incelendiğinde; CMK’nın 231. maddesindeki koşullar aranmaksızın hükmün açıklanması kararı verilmesi bazı bakımlardan sorunlu bir uygulama idi. Zira bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması için gerekli olan koşullar aranmadığından, iddia konusu suçtan mahkûmiyet hükmü için gerekli olan, isnat edilen suça ilişkin fiilin hür türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya konmasına, hatta delillerin tartışılmasına bile gerek bulunmamaktadır. Zira mahkeme evresinde uzlaştırma sürecinde, delillerin değerlendirilmesinden bağımsız olarak, uzlaştırma koşullarının bulunması halinde, tarafların uzlaşma talepleri ile edimin yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hükmedilmektedir.

Hükmün açıklanması geri bırakılması kararının verilmesinden sonra edimin yerine getirilmemesi halinde mahkûmiyet hükmünün açıklanmasına karar verilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bu aşamada uzlaştırma kararı verilmeden önce delillerin tartışılması, noksan soruşturma mevcut ise eksikliklerin giderilebilmesi imkânı bulunmamaktadır. Kaldı ki kovuşturma evresinde henüz duruşma hazırlığı aşamasında bile uzlaştırma kararı verilmesi mümkün olup, sonuç çıkarma evresine gelinmeden, hatta yargılama yapılmadan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için suçun işlendiğinin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispat edilmiş olması gerekir. Ancak uygulamada kovuşturma aşamasında uzlaşmanın gerçekleşmesi, ancak edimin yerine getirilmemesi halinde yargılama yapılmadan, failin suçu işlediği ispat edilmeden mahkûmiyet hükmü açıklanmaktadır. Diğer taraftan sonuç çıkarma evresine gelinmeden uzlaşma kararı verilmesi halinde, ortada bir hüküm bulunmadığından hangi hükmün

⁴⁷ “...(4) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, *mahkeme tarafından, Kanunun 231 inci maddesinin on birinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın hüküm açıklanır*... 5271 sayılı CMK’nın 254/2. maddesi uyarınca uzlaşma sonucunda edimin yerine getirilmesinin takside bağlanması nedeniyle sanık hakkında, aynı kanunun 231. maddesindeki şartlar aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde düşme kararı verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden...(Y 15 CD, E 2018/4183 K 2018/5380 T 10.09.2018 (legalbank).

açıklanacağı da belirsizdir ve uygulamada sorun yaratmaya elverişlidir⁴⁸. Failin yargılama yapılmaksızın mahkûmiyet hükmü ile karşılaşmasına neden olan bu durum, “*masumiyet karinesi, hak arama hürriyeti ve davasız yargılama olmaz*” ilkeleriyle çelişmektedir⁴⁹. Öğretide bu sakıncalara işaret edilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yerine durma kararı verilmesi gerektiğine vurgu yapılmakta idi⁵⁰.

Diğer bir görüş ise; edimin yerine getirilmemesi halinde hükmün açıklanması kararı yerine “*yargılamaya devam edilir*” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı şeklindedir⁵¹. Aslında sorun, bu durumda verilen kararın teknik anlamda bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olmamasındandır. Bu nedenle edimin yerine getirilmemesi nedeniyle mahkûmiyet hükmünün açıklanması halinde, daha önce koşullardan bağımsız hükmün açıklanmasının geri bırakılması verilmiş olması dolayısıyla sorun doğurabilecek bir düzenleme idi. 7531 sayılı Kanunla bu yönde yapılan düzenlemenin yukarıda belirtilen gerekçeler dikkate alındığında yerinde olduğunu değerlendirmektediriz.

Çalışmamızın konusunu uzlaştırma sürecinin onarıcı adalet anlayışı bakımından en önemli evresi olan, tarafların katılımını öngören müzakere ve müzakerenin gizliliği ilkesi oluşturmaktadır. Müzakerenin gizliliği ilkesini; düzenlemeler çerçevesinde, kapsam ve istisnalar itibarıyla tartışmaya çalışacağız.

B. Uzlaştırma Süreci ve Bu Sürecin En Önemli Evresi: Müzakere

Uzlaştırma süreci, tarafsızlık, gönüllülük ve gizlilik gibi ilkeler çerçevesinde yürütülen iletişim temelli bir çözüm yöntemidir. Kolaylaştırıcı olarak nitelendirilen bir uzlaştırmacı vasıtasıyla tarafsız bir şekilde yürütülmesi gereken süreçte, onarıcı adaletin bir gereği olarak mağdurun zararını ve failden yerine getirilmesini istediği edim/edimleri seslendirmesine imkân tanınmaktadır. Diğer taraftan da failin işlediği fiilin sorumluluğunu üstlenmesini mümkün kılmaktadır. Failin mağdura verdiği zararın mahcubiyetini hissetmesi, failin topluma uyumunu sağlama ve belki de bir daha suç işlemekten kaçınmasında teşvik edici olabilecektir.

Onarıcı adalet ilkelerine uygun yürütülen bir süreçte mağdur, faile ne hissettiğini anlatma fırsatı bulur. Bu sayede mağdurun failden intikam alma duygusu

⁴⁸ Yaprak Öntan, “Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliliği”, (2018) 9 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68.

⁴⁹ Zekiye Özen İnci, “Uzlaştırma Kurumu Mahkûmiyet Kararı Verilmesine Alternatif midir? Anayasa Mahkemesinin 13.02. 2019 tarih ve 2018/101 ve 2019/3 sayılı Kararı Hakkında Düşünceler”, (2019) 14 (156) *Terazi Hukuk Dergisi* 1627,1628.

⁵⁰ Zekiye Özen İnci/M. Sevgi Sakarya, “6763 sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, (2018) 13 (141) *Terazi Hukuk Dergisi* 109, 110, Değirmenci (n 1) 315, 316.

⁵¹ Akbulut/Aksan (n 2) 155.



azalır ve mağduru olduğu olay nedeniyle yaşadığı travmayı daha kolay atlatması sağlanır ve zararının kısa sürede giderilebilmesi nedeniyle adalete duyulan güven duygusu artar. Fail bakımından ise; eylem nedeniyle mağdurda yarattığı etkiyi görmesi belki de pişman olmasını sağlayacaktır. Fail ile mağdurun uzlaşması ileriye dönük husumet duygularının azalmasını sağlayacaktır. Toplum bakımından da; onarıcı adalet sürecinin mağdur ve failin topluma entegrasyonuna ve dolayısıyla toplumsal uzlaşmaya katkı sunması uzlaştırmının önemini ortaya koymaktadır.

Uzlaştırma sürecinin yukarıda belirttiğimiz olumlu yansımalarının tezahürü, kuşkusuz tarafların bir araya geldiği bir müzakere süreci ile mümkün olmaktadır. Tarafların müzakereye bizzat katılımının sağlanması uzlaşmanın gerçek amacına ulaşması için önem taşımakla birlikte⁵², müzakerenin tarafların yüz yüze birlikte katılımıyla gerçekleşmesi çeşitli sebepler ile mümkün olmayabilir⁵³. Zira Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği; “müzakerelerin taraflarla birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilecek toplantılarla yürütülebileceği” şeklinde bir düzenleme içermektedir (m. 31/3). Dolayısıyla onarıcı adalet anlayışı bakımından çekince-miz bulunmakla birlikte, taraflarla ayrı ayrı görüşülmesinde mevzuat itibarıyla de bir engel bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda, yani sürecin taraflarla ayrı ayrı gerçekleştirilecek müzakereler yoluyla gerçekleştirilmesi halinde bile en azından her iki tarafın talep ve ihtiyaçlarını bir kolaylaştırıcı vasıtası ile bildirebilme imkânı sunulması ve gönüllü olarak katıldıkları süreçte kendi iradeleri ile bir karar vermelerinin sağlanmasını mümkün kılması, müzakere sürecinin önemini ortaya koymaktadır. Müzakere sayesinde mağdur, mağduriyetinin giderilmesi talebini karşı tarafa iletebilmekte, bu sayede mağdur ile fail arasında bir anlaşma zemini yaratılması, olumlu ya da olumsuz bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün olabilmektedir⁵⁴. Tüm bu yönleriyle müzakerelerin, onarma sürecinin merkezini oluşturduğunu söyleyebiliriz⁵⁵.

Uzlaşma müzakereleri, sürecin en önemli aşamasıdır. Zira uzlaştırmacı tarafından müzakerelerin iyi yönetilememesi sürecin olumsuz neticelenmesine neden olabilir⁵⁶. CMK’da uzlaşmanın hedeflerine ulaşılabilmesi bakımından müzakerenin nasıl yürütüleceği ve nasıl bir müzakere yöntemi izleneceğine dair bir husus

⁵² Özbek (n 4) 1414. Özbek, uzlaşma bakımından en uygun yöntemin, müzakerelerin tarafların huzurunda müştereken yürütülmesi olduğunu vurgulamaktadır (Özbek (n 4) 1419).

⁵³ Uzlaştırma sürecinde müzakerelerin esasen yüz yüze yapılması bu amaçlara ulaşma bakımından önemlidir. Zira bu sayede mağdur ve failin diyalog kurmak suretiyle birbirlerini dinlemeleri, onarıcı adalet yaklaşımının bir gereğidir (Benzer mahiyette görüş için bkz. Ketizmen (n 40) 182). Ancak çeşitli sebeplerle bu mümkün olmayabilir. Örnek vermek gerekirse, tarafların bir araya gelmek istememesi ya da taraflar arasında çok derin bir husumet olması nedeniyle aralarında sözlü tartışmanın ötesinde bir olayın yaşanabilecek olması ihtimali gibi.

⁵⁴ Mustafa Ruhan Erdem/Ferda Eser/Pakize Pelin Özşahinli, 100 soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının El Kitabı (1. bs Seçkin Yayınevi 2017) 153.

⁵⁵ Ketizmen (n 40) 182.

⁵⁶ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 153.

dikte edilmemiştir. Müzakerenin yönetimi uzlaştırmacıya ait olmakla birlikte⁵⁷, izlenecek yöntem konusunda belirleyici olan uzlaştırmacı ve taraflardır⁵⁸.

Uzlaştırmacının müzakere öncesinde soruşturma dosyasını inceleyerek, failin ve mağdurun dosyaya yansıyan kişilik özelliklerini dikkate almak suretiyle müzakere şekli ve tekniğini belirlemesi gerekmektedir⁵⁹. Uzlaştırmacının gerektiği takdirde birden fazla müzakere yapması mümkündür. Uzlaştırmacı gerek gördüğü takdirde, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısı ile de görüşebilir. Hatta Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya uzlaştırma müzakerelerinin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla talimat verebilir (Uzlaştırma Yönetmeliği m. 31/2).

Cumhuriyet savcısının talimat verebilmesinin uzlaştırmacının özerkliği ve Cumhuriyet savcısına atfedilen gözlemci ya da denetçi sıfatıyla ne derece bağdaşabileceği öğretide tartışma konusudur⁶⁰. Uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanması ve uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda dosya tekrar Cumhuriyet savcısının önüne geleceğinden, tarafsızlığını koruması düşüncesiyle Cumhuriyet savcısının mümkün olduğunca sürecin dışında kalmasının daha iyi olacağı şeklinde bir görüşe de öğretide yer verildiği görülmektedir⁶¹. Uzlaştırmacının özerk (bağımsız) olması gerektiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Burada Cumhuriyet savcısının uzlaştırmacıya hitaben” *taraflarla ayrı ayrı görüş*” ya da “*önce mağdurla görüş*” gibi uzlaşma sürecindeki yönetime ilişkin değil, Yönetmelikte açıkça belirtilen “*müzakerelerin kanuna uygun yürütülmesi*” amacıyla talimat verebileceği dikkate alındığında, düzenleme daha iyi yorumlanabilecektir⁶². Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından, denetim ve gözetim yetkisi kapsamında kanuna uygun olmayan teknik ya da işlemler dolayısıyla müdahale edebileceği değerlendirildiğinde, düzenlemede bir sorun olmadığı düşüncesindeyiz.

Müzakereye hazırlık aşamasında yeterli çalışmanın yapılmaması, yanlış bir müzakere yönteminin seçilmesi süreci olumsuz etkileyebilecektir. Bu nedenle müzakere öncesinde uzlaştırmacının, uzlaştırmacının temel ilkelerini, kendisinin tarafsızlığını, uzlaştırma süreci ve sonuçlarını, uzlaştırmacı ile tarafların uzlaştırmadaki işlevlerini, gizlilik yükümlülüğünü açıklaması ve tarafların süreci anlamalarını sağlaması gerekir (Uzlaştırma Yönetmeliği m. 5/8). Zira tarafların sürece ilişkin olarak, doğru ve şeffaf bir biçimde bilgilendirilmeleri, sürece güven duymalarını ve müzakere sürecine özellikle fikri bakımdan hazırlıklı gelmelerini sağlar.

⁵⁷ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde uzlaştırmacı; “*şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki uzlaştırma müzakerelerini yöneten kişi*” olarak tanımlanmıştır (m. 4).

⁵⁸ Ketizmen (n 40) 183.

⁵⁹ Özbek (n 4) 1413.

⁶⁰ Ketizmen (n 40) 184.

⁶¹ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 155.

⁶² Akbulut/Aksan (n 2) 186.



Müzakereye katılacakların belirlenmesi, müzakere öncesi bilgilendirilmeleri ve müzakerenin uygun bir ortamda yapılması, müzakereden beklenen faydanın sağlanması bakımından önemlidir. Uzlaştırmanın genel ilkeleri olan tarafsızlık, gönüllülük ve gizlilik ilkelerinin müzakere sürecinde gözetilmesi ise uzlaştırmanın hukuka uygun yürütülmesi ve beklenen amaca ulaşılabilmesi bakımından zorunludur.

1. Müzakere sürecinin özellikleri ve gizlilik ilkesinin önemi

a. Genel Olarak

Uzlaştırma kurumunun düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde, “müzakere” kavramına yer verilmektedir. Müzakere, yukarıda da belirttiğimiz üzere uzlaştırma sürecinin en önemli evresidir. Zira iletişim temelli bir alternatif çözüm yöntemi olan uzlaştırmada mümkün olduğu takdirde mağdur ve fail arasında iletişim bu evrede sağlanmaktadır.

Değirmenci, en önemli süreç olan uzlaştırma müzakerelerini; “uzlaştırmacı liderliğinde ve tarafların iştiraki ile yürütülecek, failin eyleminin sosyal sonuçlarını algılaması ve eylemin zararlı etkilerini gönüllü olarak ortadan kaldırması, mağdur bakımından suçun işlenmesi ile oluşan hukuki güvenlik hissinin ve zararının giderilmesine yönelik bir süreçtir” şeklinde tanımlamıştır⁶³. *Sığrı* ise öncelikle bu sürecin zorluğuna dikkat çekmiştir. *Sığrı*, müzakerenin uyuşmazlığı önleme ve en aza indirmede en etkili metotlardan birisi olduğunu belirttiğinden sonra müzakerelerde uzlaşma sağlanmasının çok da kolay olmadığına vurgu yapmaktadır. Zira müzakereye katılan tarafların farklı hedefleri vardır ve kişisel bakış açıları, statüler ve kültürel farklılıklar ile müzakerenin ana aktörü olan insanın karmaşıklığı da dikkate alındığında müzakere süreci oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir⁶⁴.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; uzlaştırma sürecinin onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde olumlu yansımalarının gerçekleşmesi, ancak tarafların bir araya geldiği bir müzakere süreci ile mümkün olmaktadır. Lakin gerek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları, gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Uzlaştırma Yönetmeliğindeki hükümler dikkate alındığında; müzakerelerin mutlaka tarafların birlikte katılımıyla gerçekleşmesi gerektiği şeklindeki bir düzenlemeye rastlamamaktayız. Hatta Uzlaştırma Yönetmeliğinde, “müzakerelerin taraflarla birlikte ya da ayrı ayrı gerçekleştirilecek toplantılarla yürütülebileceği” belirtilmek suretiyle ayrı ayrı görüşülmesine imkân tanındığı anlaşılmaktadır (m. 31/3).

⁶³ Değirmenci (n 1) 269; Ketizmen (n 40) 183.

⁶⁴ Ünsal Sığrı, *Müzakere*, (1. bs Siyasal Kitabevi, 2018) 56, 58.

Uygulamada da çoğunlukla taraflar ile ayrı ayrı uzlaştırma müzakere sürecinin yürütüldüğüne tanık olmaktadır. Zira taraflar ve de özellikle mağdurlar olayın üzerinden belirli bir süre geçmiş olsa da uzlaşmak istemelerine rağmen çeşitli saiklerle fail ile karşılaşmayı arzu etmeyebilmektedirler⁶⁵. Kaldı ki ortak müzakerelerde taraflar arasındaki husumet nedeniyle güvenlik problemleri ortaya çıkabilecek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın daha da derinleşmesi söz konusu olabilecektir⁶⁶. Taraflardan birinin diğerinin yanında rahat konuşamayacak ya da istediklerini söyleyemeyecek olması da yine taraflarla ayrı ayrı toplantı yapılması nedenleri arasında sayılabilir⁶⁷. Uzlaştırmacının mağdurun karşı yönde iradesine rağmen aynı ortamda bir araya getirmek suretiyle müzakereye zorlaması uzlaştırmacının temel ilkeleri ile bağdaşmaz. Uzlaştırmacının, tarafsızlık ilkesinin bir gereği olarak, taraflar üzerinde yönlendirici değil, uzlaştırma sürecini kolaylaştırıcı bir rol üstlenmesi gerekir⁶⁸. Uzlaştırmacı süreçte kolaylaştırıcı statüsündedir ve tarafların iradesine aykırı olarak belirli bir yöntemi dikte etmesi görevinin gerekleriyle de bağdaşmayacaktır.

Uzlaştırma müzakerelerinin sayısı ile ilgili de bir sınırlama bulunmamaktadır. Kanunda belirtilen süre zarfında bitirilmek kaydıyla birden çok müzakere yapılması mümkündür⁶⁹.

Uzlaştırma müzakerelerinde karşılıklı iletişimin sağlanabilmesi için belki de en önemli husus Kanunda ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde düzenlenmek suretiyle güvence altına alınan “*müzakerelerin gizliliği*” ilkesidir. Avrupa Konseyinin R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararında da “*Arabuluculukta (uzlaştırmada)*”⁷⁰ yapılan görüşmeler gizlidir ve tarafların anlaşması dışında sonradan kullanılamaz”⁷¹ denilmek suretiyle gizlilik ilkesine vurgu yapılmıştır (Genel İlkeler, m. 2).

Gizlilik ilkesi ile ilgili iki temel sorun kanaatimizce; kimlerin gizlilik yükümlülüğü altında olduğu ve de gizlilik kapsamında olan bilgi, belge ve konuların neler olduğu hususu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gizlilik ilkesinin sonuçları da üzerinde tartışılması gereken diğer bir noktayı oluşturmaktadır.

⁶⁵ Ferda Eser, “Uzlaştırma Müzakerelerinin Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (CMUY) Kapsamında Değerlendirilmesi”, (2023) 5 (1) *Yaşar Hukuk Dergisi* 90.

⁶⁶ Değirmenci (n 1) 271.

⁶⁷ Akbulut/Aksan (n 2) 185.

⁶⁸ Özbek (n 4) 1401.

⁶⁹ Akbulut/Aksan (n 2) 186.

⁷⁰ Tavsiye Kararında gerek başlık gerekse ilkeler kısmında “*mediation in penal matters*” kavramı kullanılmaktadır. İngilizce orijinal kavram Türkçeye “Ceza işlerinde arabuluculuk” olarak çevrilebilir. Biz terim birliği olması adına 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde kullanılan “uzlaştırma” kavramını kullanmayı tercih ettik.

⁷¹ Willemsens (n 21) 32; Özgenç (n 25) 200.

b. Müzakerede gizliliğin kapsamı ve sonuçları

aa. Kişiler ve zaman bakımından

aaa. Genel olarak

Müzakerenin gizliliği ilkesinin ilk şartı müzakereye kimlerin katılabileceğinin açıkça öngörülmüş olmasıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müzakerelere katılabilecek kişiler sınırlı şekilde sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Bu düzenleme gereğince “uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir” (CMK m. 253/13; Uzlaştırma Yönetmeliği m. 31).

Öncelikle; yaptığı görevin mahiyeti itibariyle kamu görevlisi olduğu konusunda bir tereddüt olmayan uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan ya da bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlü kılınmıştır (Uzlaştırma Yönetmeliği m. 32). Uzlaştırmacının görevi sebebiyle kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini koruması uzlaştırmacının temel ilkelerinden biridir ve görevinin de bir zorunluluğudur. Taraflardan birinin verdiği gizli bilgi ve belgeleri verenin iznini almadan veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklayamaz (Uzlaştırma Yönetmeliği m.5/7). Onarıcı adalet anlayışında tarafların diyalog temelli bir görüşme gerçekleştirebilmeleri için müzakereler esnasında söylediği ya da sunduğu bilgi ve belgelerin daha sonra aleyhinde ileri sürülemeyeceğinden emin olması gerekir. Aksi takdirde uzlaşma müzakerelerinden uzlaşma yönünde bir sonuç çıkması mümkün değildir. Bu nedenle “müzakerelerin gizliliği” uzlaştırma sürecinin temel ilkeleri arasında sayılmıştır.

Uzlaştırmacı müzakerelere başlamadan önce taraflara; uzlaştırmacının temel ilkelerini, kendisinin tarafsızlığını, uzlaştırma süreci ve sonuçlarını, uzlaştırmacı ile tarafların uzlaştırmadaki işlevlerini, gizlilik yükümlülüğünü açıklar ve onların süreci anlamalarını sağlar (Uzlaştırma Yönetmeliği m.5/8). Gizlilik yükümlülüğünün taraflara hak ve yükümlülüklerin öğretilmesi bakımından müzakerenin başlangıcında anlatılması gerekir. Yönetmeliğin ilgili maddesinde (m. 32/2) “*taraflar, müdafî ve vekiller de birinci fıkrada belirtilen gizlilik kuralına uymakla yükümlüdür*” düzenlemesine yer verilmiştir. Gizlilik yükümlülüğü olan kişiler sayılırken her ne kadar kanuni temsilciye yer verilmemiş ise de; müzakereye katılmış olması halinde kanuni temsilci bakımından da gizliliğe uyma yükümlülüğü olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁷².

Gizliliği koruma yükümlülüğü sadece uzlaştırma süreci ile sınırlı değildir. Uzlaştırmacının görevi sona erdikten sonra da devam eder (Uzlaştırma Yönetmeliği m.5/7). Dolayısıyla uzlaştırmacının meslek sırrı niteliğindeki bu bilgileri herhangi bir saikle ifşa etmemesi gerekir. Dolayısıyla uzlaştırmacının yapmış olduğu kamu görevinin önemini bilincinde olması ve görevi sona erdikten

⁷² Akbulut/Aksan (n 2) 55; Değirmenci (n 1) 149; Ketizmen (n 40) 195.

sonra da bu bilgilerin sır olarak saklanması konusunda hassasiyet göstermesi gerekir. 2024 yılında yapılan 7531 sayılı kanun değişikliği ile uzlaştırmacıların sadece hukuk fakültelerinden mezun adaylar arasından belirlenecek olması da kanaatimizce bu anlamda olumlu bir değişikliktir. Zira gizlilik ilkesinin hukuki dayanağının ve sonuçlarının öneminin uzlaştırmacılar tarafından artık daha iyi anlaşılabilceği ve yenileme eğitimlerinde vurgulanmak suretiyle içselleştirilebileceği düşüncesindeyiz.

Müzakerelerin gizliliği ilkesinin onarıcı adalet anlayışının gerçekleşmesi bakımından olması gereken sonucu, bu süreçte ortaya konan bilgi ve belgeler bakımından delil yasağı ilkesinin getirilmesidir. Zira uzlaştırmada müzakereye katılan kişilerin açıklamaları gizlidir ve bunun bir sonucu olarak uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaların herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılabilmesi mümkün değildir. Yönetmelikte ayrıca müzakereye katılan kişilerin bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapamayacağı açıkça düzenlenmiştir (Uzlaştırma Yönetmeliği m.32/3). Yönetmelik, müzakereye katılan kişilere sadece uzlaştırma sürecinde öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklık yasağı getirmektedir⁷³. Dolayısıyla aksi ile kanıttan hareketle; müzakerelere katılan kişilerin daha önceden bilgi ve görgü sahibi olduğu konu hakkında tanıklık yapmasına bir engel bulunmadığı sonucuna varılabiliriz.

Müzakerede açıklanan hususlara ilişkin konu ve müzakereye katılan kişiler bakımından delil yasağı niteliğindeki bu önemli düzenlemenin kanaatimizce Yönetmelik yanında mutlaka Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmesi gereklidir. Ayrıca Kanun'da meslekleri ya da sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecekler arasına uzlaştırmacıların dahil edilmesinin tereddütleri ortadan kaldırması bakımından düşünülebileceği kanaatindeyiz⁷⁴.

Uzlaştırmacının uyması gereken etik ilkeler arasında; *“uzlaştırmacı söz konusu dosya ile ilgili daha sonra müdafî ya da vekil olarak görev yapamaz”* (Yönetmelik, m. 6, 1.f) düzenlemesine yer verilmiştir. Görevini tarafsız bir şekilde ve her iki tarafa eşit mesafede yerine getirmesi gereken uzlaştırmacının daha sonra bir tarafın müdafî ya da vekilliğini yapmış olması tarafsızlık görünümüne gölge düşürecektir. Uzlaştırma tarafından süreç fiilen tarafsız bir şekilde yürütülmüş olsa bile aynı olayla ilgili başka bir statüde görev yapması etik kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda; uzlaştırma konusu suçla ilgili suçun özel hukuka ilişkin sonuçlarıyla ilgili bir tazminat davası açıldığı takdirde, uzlaştırmacının taraflardan birinin vekaletini almaması uygun olur. Aksi düşünüldüğünde; uzlaştırma konusu ile ilgili kendisine aktarılan ya da bir şekilde öğrendiği

⁷³ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 33.

⁷⁴ Değirmenci (n 1) 154. Aynı yönde görüş için bkz. Ezgi Aygün Eşitli, “Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmeme Suçu Kapsamında Uzlaştırmacının Ceza Sorumluluğu”, (2023) 35 (165) *TBB Dergisi* 31.



bilgileri gizli tutmakla görevli olan uzlaştırmacıya ve uzlaştırma kurumuna olan güveni azaltacaktır⁷⁵.

Uzlaştırmacının aynı dosyada bilirkişi olarak da görev yapmaması gerekir. Her ne kadar bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de; dosya dışındaki saklamakla yükümlü olduğu meslek sırrı niteliğindeki bazı bilgilere sahip olabilecek olan uzlaştırmacının, aynı dosya ile ilgili muhakemede bilirkişilik yapması mümkün değildir. Uzlaştırmacıyı her ne kadar tarafsız ve objektif bir kolaylaştırıcı olarak nitelendirsek de; tanık olarak dinlemeyecek olan bir kamu görevlisinin aynı dosyada bilirkişilik yapması düşünülemez. Bu nedenlerle Yönetmelikteki düzenlemenin bilirkişilik yapma yasağını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁶.

Tarafların kendileri, kanuni temsilcileri ya da müdafî/vekilinin müzakerelere katılması sürecin devamı bakımından zorunludur. Zira taraf olan şüpheli ve mağdur ya da bunların kanuni temsilci ya da müdafî/vekilinin görüşmelere haklı bir mazeretleri olmaksızın katılmamaları halinde uzlaşmayı kabul etmemiş sayılmakta, uzlaştırma süreci sona ermektedir. Kişinin uzlaştırma hususundaki beyanı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, hak sahibinin açık beyanı ya vekaletnamede açıkça varlığı halinde vekili/müdafî uzlaştırmaya ilişkin müzakerelere katılabilecek, asıl adına beyanda bulunabileceklerdir⁷⁷.

Uzlaştırmacının taraflardan birinin suça sürüklenen ya da mağdur bir çocuk olması halinde sürecin nasıl yürütülmesi gerektiği konusu da, kanaatimizce onarıcı adalet anlayışının ve çocuğun yüksek yararının gerçekleşmesi bakımından tartışılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

bbb. Suça sürüklenen ya da mağdur olan çocuklar bakımından

Uzlaştırmacının çocuklar bakımından uygulanması konusu ayrı bir önem arz etmektedir. Dünyadaki pek çok ülkede onarıcı adalet programları öncelikle suça sürüklenen çocuklar için geliştirilmiştir. Örneğin; onarıcı adaletin bir uygulaması olan ve fail-mağdur uzlaştırmasının en çok uygulandığı ülkelerden birisi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde uzlaştırma programlarının temel önceliği suça sürüklenen çocuklardır⁷⁸. Keza Avrupa örneklerinde de uzlaştırma uygulamaları daha çok küçükler üzerinde yoğunlaşmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ Özbek (n 4) 1405.

⁷⁶ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 86.

⁷⁷ Y 18 CD E 2018/7441 K 2019/2033 T 23.01.2019 (legalbank).

⁷⁸ Nuri Berkay Özgenç, "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Olan Çocuklarda Uzlaşma", (2015) 13 (145) *Legal Hukuk Dergisi*, 43.

⁷⁹ Mustafa Serdar Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı", (2005) 7 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 141.

Şüpheli ya da mağdurun çocuk olması halinde bizzat çocuğun müzakerelere katılması konusunda açık bir hüküm yer almamakta, düzenlemelerden sadece kanuni temsilcinin katılmasının yeterli olacağı anlamı çıkmaktadır. Suça sürüklenen çocuğun müzakerelere katılımı zorunlu değildir. Çocuğun katılımı ancak kanuni temsilcinin onayı ile mümkün olabilmektedir. Bu katılım doğal olarak çocuğun gönüllü olması halinde gerçekleşebilecektir⁸⁰.

Katılan taraflardan herhangi birinin sürecin maksadını anlayamaması halinde arabuluculuk (uzlaştırma) süreci devam ettirilmemelidir. Çocuklar ve zihinsel engelli olanlar bakımından usuli güvencelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸¹.

Onarıcı adalet anlayışı ve çocuğun üstün yararı dikkate alındığında, suça sürüklenen çocuğun uzlaştırma müzakerelerine katılması kanaatimizce önem arz etmektedir. Ancak bu durumda mağdurun da uzlaşma müzakerelerine katılması gereklidir. Zira bu sayede suça sürüklenen çocuğun mağdurla yüz yüze gelmesi ve ona verdiği zararı anlaması mümkün olacaktır⁸².

Anayasa Mahkemesinin bir kararında vurgulandığı üzere; *uzlaşma kurumunun hareket noktası olan “onarıcı adalet anlayışı”nda failin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi esastır. Failin fiilden dolayı hiçbir sorumluluk duymaması halinde, uzlaşmanın toplumsal barışa hizmet eden ve faili uslandırıcı yönü eksik kalmış olacaktır*⁸³. Zira suça sürüklenen çocuğun gerçekleştirdiği fiilin sorumluluğunu üstlenmesi, uzlaştırmadan beklenen yararların ortaya çıkması bakımından bir zorunluluktur⁸⁴. Ayrıca suça sürüklenen çocuğun mağdurla yüzleşmesi ve belki de mağdurdan özür dileme fırsatı sunulması bir daha suç işlemesini önleme bağlamında etkili olabilecektir. Bu sayede suça sürüklenen çocuğun haksızlık teşkil eden fiilinin pişmanlığını hissetmesi sağlanabilecektir. Aksi düşünceyle, suça sürüklenen çocuğun uzlaştırma müzakerelerinin dışında tutulması ve özellikle maddi edim belirlenmesi halinde, suça sürüklenen çocuğun gerçekleştirdiği davranışın haksızlık ve mağdurda oluşturduğu zarar konusunda bir bilgisi olmayacaktır. Böyle bir uygulama ise onarıcı adalet anlayışının en önemli sonuçları arasında görülen *“topluma kazandırma”* ve *“yeniden suç işlemenin önlenmesi”* gibi amaçların göz ardı edilmesine ve çocuğun uzlaştırma

⁸⁰ Sertaç Işıka, “Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler, (2020) 151, *TBB Dergisi* 74; Reimund (n 2) 404, 405.

⁸¹ Willemsens (n 21) 34.

⁸² Özgenç (n 78) 74. Özgenç, uzlaştırmının suça sürüklenen çocuklar için bir mürebbiye, mağdur çocuklar için ise uzman bir psikolog işlevi görmesi gerektiğini ifade etmektedir (Özgenç (n 78) 76).

⁸³ AYM E 2006/106 K 2009/124 T 01.10.2009 RG 08.03.2011/ (legalbank). Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında; *“tüm uzlaşma görüşmelerinin küçüğün velisi veya vasisi ile avukatının gözetiminde yapılması esas olduğu için, suça sürüklenen çocukların uzlaşma sürecinde ağır psikolojik baskı altında kalacağı savı da yerinde görülmemiştir”*.

⁸⁴ Burcu Baytemir Kontacı, “Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı”, (2020) 69 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1751.

sürecinde fail ya da mağdur olduğu fark etmeksizin adeta görünmez kılınmasına neden olmaktadır⁸⁵. Dolayısıyla böyle bir uygulama cezanın özel önleme amacı ile de bağdaşmayacaktır.

Öğretide bu görüşler yanında çocuğun uzlaştırma sürecindeki rolünün artırılması, hatta onarıcı adalet ilkeleri ve çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak çocuklara özgü bir uzlaştırma sisteminin yapılandırılması gerektiği şeklinde çok daha yapısal bir tavsiyeye de işaret edilmektedir⁸⁶.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde⁸⁷ de teminat altına alındığı üzere (m.12); görüşlerini oluşturma yeteneğine mensup çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde, “*çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu kapsamda; çocukların kendileri ile ilgili konularda görüşlerini serbestçe ifade etme hakları bulunmaktadır⁸⁸. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda da çocuğun katılım haklarının güvence altına alınması (m. 4/1.a), çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması (m.4/1.d) gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Uyuşmazlığın tarafı olan çocuğun yerine kanuni temsilcinin katılımı, onarıcı adaletin temel ilkelerinden olan katılım ilkesinin tam olarak gerçekleşmesine imkân vermemektedir. Çocuğun yüksek yararı çerçevesinde sürece katılımının sağlanması önem arz etmektedir. Bu sayede çocuk, edimin kararlaştırılmasında görüşünü bildirme imkanına sahip olacaktır⁸⁹.

Ancak burada suça sürüklenen çocuk ve mağdur çocuk bakımından müzakere sürecine katılımın farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira çocuğun yüksek yararı suçtan zarar gören bakımından müzakere sürecine katılım konusunda daha esnek bir değerlendirmeyi gerektirebilir. Zira yetişkinlerin çocuk mağdurlara karşı suç işlediği hallerde mağdurun müzakerelere katılmak suretiy-

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Baytemir Kontacı (n 84) 1749, 1751.

⁸⁶ Baytemir Kontacı (n 84) 1749; Benzer görüş için bkz. Özgenç (n 78) 76.

⁸⁷ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. 49. madde uyarınca, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)’ni 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış, Sözleşme Bakanlar Kurulu’nun 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı kararıyla onaylanmış ve 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz.<chrome://extension://efaidnbmnmbpajpcglclefindmkaj/https://www.aile.gov.tr/media/45125/birlestirilmis-4-ve-5-periyodik-rapor-17-094-kelime-2.pdf>.

⁸⁸ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (7. bs Pegem Akademi Yayınları 2020) 60; Hayrunnisa Özdemir/ Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, (4 bs On iki Levha Yayıncılık 2022) 24, 25.

⁸⁹ Işıka (n 80) 75. Çocuğun kanuni temsilcisiyle birlikte müzakerelere katılması uzlaştırmanın amacına ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de uygun olacaktır (Akbulut/Aksan (n 2) 182).

le fail ile karşılaşması çocuğu travmatize edebilir⁹⁰. Çocuğun sürece katılımında mutlaka yüksek yararı dikkate alınmalı⁹¹, müzakerelere katılması sakınca doğuracaksa ya da yararlı olmayacaksa kanuni temsilcinin katılması ile yetinilmelidir⁹².

bb. Konu bakımından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaştırmanın düzenlendiği 253. maddesinde uzlaştırma müzakerelerinin gizli olarak yürütüleceği belirtilmektedir (m.253/13). Aynı maddenin 20. fıkrasında da uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamaların, herhangi bir soruşturma, kovuşturma ve davada delil olarak kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır (m.253/20). Keza Uzlaştırma Yönetmeliğinin uzlaştırmanın temel ilkelerinin sayıldığı 5. maddesinde; uzlaştırmacının görevi gereği kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini koruması gerektiği ifade edilmektedir.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde; Kanundaki düzenlemeye paralel şekilde uzlaştırma müzakerelerinin gizli yürütüleceği, uzlaştırmacının, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir (m.32/1). Aynı maddenin 2. fıkrasında ise; “*aksi kararlaştırılmamışsa*” taraflar, müdafî ve vekiller de birinci fıkrada belirtilen gizlilik kuralına uymakla yükümlü olduğu ibaresine yer verilmişti. Kanunda ise Yönetmeliğin aksine uzlaştırmanın gizliliğine ilişkin bir istisnaya ve tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiş değildir. Dolayısıyla Kanun'da tarafların gizlilik ilkesini karşılıklı rıza ile ortadan kaldıracabileceklerine ilişkin bir hükme yer verilmemiş iken, Yönetmelikte böyle bir düzenlemeye gidilmiş olması Danıştay 10. Dairesinin 22/06/2022 tarihli Kararıyla hukuka aykırı görülerek “*aksi kararlaştırılmamışsa*” ibaresinin iptaline karar verilmiştir⁹³.

⁹⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Özgenç (n 78) 74.

⁹¹ Benzer açıklamalar için bkz. Özgenç (n 78) 74.

⁹² Baytemir Kontacı (n 84) 1750.

⁹³ D 10 D E 2017/2301 K 2022/3444 T 22/06/2022 sayılı Kararı (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 14.10.2024). Yönetmelikte yer alan bu istisna düzenlemesi, öğretide de tartışma konusu idi. *Değirmenci*, “aksi kararlaştırılmamışsa” ifadesi ile kastedilen hususun çok açık olmadığı, lafzi yoruma bakılarak tarafların bu yükümlülüğü ortadan kaldıracabilecekleri sonucuna varılamayacağı düşüncesinde idi. *Değirmenci*, düzenlemenin yerinin yanlış olduğu, bu istisnanın Yönetmeliğin 32. maddesinin 2. fıkrasında değil, 3. fıkrasında olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüş çerçevesinde, müzakerelerdeki açıklamaların taraflarca delil olabileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir (*Değirmenci* (n 1) 155).

Akbulut/Aksan ve Erdem/Eser/Özşahinli ve Özbek ise; Yönetmeliğin 32. maddesinin 2. fıkrası gereğince müzakereye katılanların gizliliğinin aksini kararlaştırabilecekleri görüşünde idiler (*Akbulut/Aksan* (n 2) 55,56; *Erdem/Eser/Özşahinli* (n 54) 33; *Özbek* (n 4) 1423). Dolayısıyla müzakereye gizliliğin sonucu olan uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaların herhangi bir soruşturma, kovuşturma ve hatta bir disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılması mümkün olacaktır (*Akbulut/Aksan* (n 2) 55,56). Bu durumda müzakereye katılan kişiler tanık olarak dinlenebileceklerdir. Aslında her



Danıştayın ilgili iptal Kararında; CMK'nın 253. maddesinde müzakerelerin gizliliği kuralının uzlaştırmacı, taraflar ve vekillerini kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve bir istisnaya yer verilmemişken, Yönetmelikle Kanun'daki düzenlemeyi aşar şekilde tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğinin düzenlenmiş olması hukuka aykırı bulunmuştur. Zira Kanun'da öngörülmemiş bir düzenlemenin Yönetmelikle konması mümkün değildir. Kararda ayrıca; *“gizliliğin istisnasını oluşturacak hal ve şartların belirlenmesine ve uygulanmasına yönelik sınırların açık ve net bir şekilde gösterilmediği, dolayısıyla anılan düzenlemenin hukuki belirlilik kuralına da uygun olmadığı”* ifade edilmektedir. Sonuç olarak; Yönetmelikte getirilen istisnanın üst hukuk normlarına ve hukuki belirlilik ilkesine uygun görülmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Müzakerelerin gizliliği ilkesinin bir sonucu da Kanun'da açıkça belirtildiği üzere, müzakere sırasında yapılan açıklamaların herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamamasıdır (CMK, m.253/20). Müzakerelerin gizliliği ilkesinin sonucu, müzakereye katılan taraflar ile uzlaştırmacının müzakerede geçen açıklamaları ifşa etmelerinin mümkün olmaması ve bu beyanların delil yasağı kapsamında delil olarak ileri sürülememesidir. “Şüpheli veya sanık uzlaşmadan vazgeçtiği takdirde, gizlilik ilkesi gereği uzlaşma sürecindeki beyanları delil olarak kullanılamayacak, şüpheli veya sanık hakkında olağan soruşturma ve kovuşturma sürecindeki delillere göre bir karar verilecektir”⁹⁴. Delil yasağı ilkesi sadece soruşturma ve kovuşturma aşamaları için değil, hukuk yargısı, idari yargı ya da vergi yargısı gibi diğer tüm yargı kollarındaki yargılamalar bakımından geçerlidir⁹⁵.

Danıştayın yukarıda adı geçen 22/06/2022 tarihli Kararında hukuka uygunluk denetimi yapılan diğer bir husus ise; uzlaştırma müzakerelerinden bağımsız ve daha önce mevcut olan delillerin salt uzlaşma müzakeresinde ileri sürülmüş olmasının soruşturma ya da kovuşturmada delil olarak kullanılmasına yasal bir engel olmayacağına ilişkin düzenlemenin (Uzlaştırma Yönetmeliği, m. 32/4) hukuka aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

Danıştayın ilgili Kararında belirtildiği üzere; daha önceden dosyada mevcut olan bir bilgi ya da belgenin salt müzakerede tartışılmış olması nedeniyle gizlilik kapsamına alınmasının gizlilik ilkesinin amacıyla bağdaşmayacağı konusunda

iki görüş sonuçları itibariyle farklı olmayıp, Danıştayın ilgili kararı sonrası tartışmaların pratik bir sonucu da kalmamıştır.

Ketizmen ise; her ne kadar Kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa bile, onarıcı adalet anlayışı bakımından tarafların uzlaştırma sürecinde yaptıkları açıklamaların gizli kalıp kalmaması konusunda tasarrufta bulunabilmelerinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirterek Yönetmelikte iptal edilen düzenlemenin içeriğinde bir sorun olmadığı düşüncesindedir (Ketizmen (n 40) 195, 196).

⁹⁴ AYM E 2006/106 K.2009/124 T 01.10.2009 RG 08.03.2011/27868 (legalbank).

⁹⁵ Murat Volkan Dülger/Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (2 bs Seçkin Yayınevi 2024) 937.

bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira uzlaştırmadan önce ortaya çıkan veya herkesçe ulaşılabilen belge ve olguların, uzlaştırma gerçekleşmediği takdirde devam eden ceza muhakemesinde, müzakerede tartışıldığı gerekçesiyle delil olarak kullanılamaması gizlilik kuralının kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu durum maddi gerçeğe ulaşma amacını ve dolayısıyla kamu yararını zedeleyecektir⁹⁶. İlgili Danıştay Kararında sonuç olarak; davaya konu edilen düzenlemenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve kamu yararına uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Öğretide de; zaten dosyada var olan ya da ulaşılabilecek nitelikte olan belge ve olguların salt müzakerede ileri sürülmüş olması nedeniyle delil yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşü hakimdir⁹⁷. Gizliliğe esas olan belge ve olgular ilk defa müzakere sırasında ortaya konan delillerdir⁹⁸. Yönetmeliğin 32. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen *“daha önce mevcut olan bir belge veya olgu”* kavramına verilen anlam, düzenlemenin yorumu bakımından önem arz etmektedir. Dosyada zaten mevcut olan belge ve olgunun bu madde kapsamında değerlendirileceği ve dolayısıyla müzakerede tartışılmış olmasının mevcut belge ya da olguyu delil yasağı kapsamına sokmayacağı açıktır. Bu konudaki sorun kanaatimizce; *“soruşturma dosyasında yer almayan, ancak müzakereler dışında ulaşılabilecek belge ve olguların bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı?”* sorusunun cevabına ilişkindir.

Danıştayın yukarıda atıf yaptığımız ilgili Kararında⁹⁹; *“uzlaştırma müzakerelerinden bağımsız olarak elde edilebilme ihtimali olan belge ve olgu”* ve *“uzlaştırmadan önce ortaya çıkan veya herkesçe ulaşılabilen belge ve olgular”* daha önce mevcut belge ve olgu olarak değerlendirilmiş ve müzakerede tartışılmasının bu belge ve olguların delil olarak kullanılmasına engel olmayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu karar çerçevesinde düzenlemenin sadece dosyada mevcut belgelerin değil, doğrudan ya da dolaylı olarak müzakeredeki açıklamalardan bağımsız ulaşılabilen delillerin de kullanılmasına cevaz verdiği sonucuna varılmaktadır¹⁰⁰.

Öğretide de; uzlaştırmada gizliliğe esas olan belgelerin, ilk defa uzlaştırma müzakereleri sırasında ortaya çıkmış ve uzlaştırma müzakerelerine başlanmamış olması halinde hiçbir şekilde ulaşılamayacak belge ve beyanlar olarak anlaşılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹. *Değirmenci*, gizlilik yükümlülüğünün,

⁹⁶ D 10 D E 2017/2301 K 2022/3444 T 22/06/2022 sayılı Kararı (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 14.10.2024).

⁹⁷ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 35; Özbek (n 4) 1426; Akbulut/Aksan (n 2) 56.

⁹⁸ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 35.

⁹⁹ D 10 D E 2017/2301 K 2022/3444 T 22/06/2022 sayılı Kararı (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 14.10.2024).

¹⁰⁰ Danıştay Kararından bağımsız aynı yönde yapılan değerlendirme için Ketizmen (n 40) 198.

¹⁰¹ Erdem/Eser/Özşahinli (n. 54) 35; Uğur Eriş, “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”, (2018) 31 (137) *TBB Dergisi*, 250.



uzlaştırmaya tabi suça ilişkin tüm açıklamalar için geçerli olduğu düşüncesindedir. Hatta yapılan açıklamalar uzlaştırmaya tabi suçun niteliğini değiştirse ve uzlaştırmaya tabi bir suç olmaktan çıkarmış olsa bile gizlilik yükümlülüğünün devam etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Uzlaştırma müzakerelerinde amacın maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olmayıp, diyalog yolu ile fail ve mağdur arasındaki ilişkinin düzeltilmesi olduğu dikkate alındığında¹⁰³ bu görüşün yerinde olduğu düşünülmektedir.

Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğinin aksinin kararlaştırılması mümkün olmadığından artık bu sürecin mutlak anlamda gizli olduğunu söyleyebiliriz. “Uzlaştırma müzakereleri sırasında suçun işlenmesine ilişkin açıklamalara yer verilmez”. (Uzlaştırma Yönetmeliği m. 18) şeklindeki düzenleme de müzakerelerin gizliliğinin bir gereğidir¹⁰⁴. Müzakerelerin gizliliği ilkesi sayesinde taraflar konuşmaların ileride kendi aleyhine kullanılamayacağını bilerek özgürce, güven içinde müzakerede konuşabileceklerdir. Aksi durumda müzakerelerin samimi ve dürüst bir şekilde yapılması zor olduğundan uzlaşma ihtimali çok daha az olacaktır¹⁰⁵. Dolayısıyla müzakerelerin gizliliği ilkesinin bir amacının da anlaşmaya varılmasını kolaylaştırmak olduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus; soruşturmanın gizliliği ve müzakerelerin gizliliği kavramlarının farklı olduklarıdır. “Soruşturmanın gizliliği” ilkesi Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 153. maddede düzenlenmiş ve Kanun’un başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturmadaki usul işlemleri gizli tutulmuştur. Soruşturmanın gizliliği ilkesinin gereği olarak, uzlaştırmacının Cumhuriyet savcısı tarafından kendisine verilen soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere vermemesi gerekir (Uzlaştırma Yönetmeliği m. 5/7)¹⁰⁷. “Müzakerelerin gizliliği” ilkesi ise yukarıda vurguladığımız üzere; müzakere sırasında söylenen sözler ve sunulan belgeler bakımından geçerlidir¹⁰⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uzlaştırmaya ilişkin hükmü içeren 253. maddesinde; Cumhuriyet savcısının soruşturma dosyasından uygun gördüğü belgeleri

¹⁰² Değirmenci (n 1) 149, 150.

¹⁰³ Değirmenci (n 1) 150.

¹⁰⁴ Benzer ifadeler için bkz. Akbulut/Aksan (n 2) 53.

¹⁰⁵ Akbulut/Aksan (n 2) 52.

¹⁰⁶ Özbek (n 4) 1423.

¹⁰⁷ Özbek (n 4) 1406. Gizlilik kararı alınmamış bir dosyada, soruşturma konusuna ilişkin bilgi ve belgelerin soruşturmanın tarafı olan ve genel hükümler çerçevesinde bu bilgi ve belgeleri edinme hakkı olan kişilere karşı gizlemesinin faydası tartışmalıdır. Bu durumda gizlilik soruşturma dosyasını inceleme yetkisi olmayanlar bakımından geçerli olur. Yönetmelikte düzenlenen husus; birinin verdiği gizli bilgi ve belgeleri verenin iznini almadan veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa verilmemesidir (Ketizmen (n 40) 191, 192).

¹⁰⁸ Özbek (n 4) 1406.

uzlaştırmacıya verebileceği düzenlenmiştir (CMK m. 253/11). Ancak aynı maddenin devamında; uzlaştırma bürosunun uzlaştırmacıya soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde; soruşturmanın gizliliği devam ettiği için yukarıda da vurguladığımız üzere uzlaştırmacı bunları taraflar ya da üçüncü kişiler ile paylaşamaz. Uzlaştırmanın amacı maddi gerçeğe ulaşmak olmayıp, tarafları bir edim etrafında uzlaştırmaktır. Bu gerekçe ile öğretide uzlaştırmacıya belge verilmesine ilişkin düzenlemenin yerinde olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁹. Bu görüşe iştirak edemiyoruz. Zira uzlaştırmacının, uyuşmazlığın ne olduğunu ortaya koyması, suçtan kimin nasıl zarar gördüğünü bilmesi¹¹⁰, dolayısıyla dosya hakkında genel itibarıyla bilgi sahibi olması gerekmektedir. Uyuşmazlığın ne olduğunu bilmeyen ve tarafların anlatımlarından uyuşmazlıkla ilgili bilgi sahibi olmaya çalışan uzlaştırmacının taraflar bakımından konumu tartışmalı olacaktır. Diğer taraftan uyuşmazlığın mahiyetini tam olarak bilmeyen bir uzlaştırmacının bu süreçte kolaylaştırıcı rolünü ne derece yerine getirebileceği de ayrı bir tartışma konusudur.

Soruşturmanın gizliliği ilkesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça belirtilmediği üzere, savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla kabul edilmiştir (CMK m.157). Tarafların hazır bulunmaya hakkı bulunduğu belgeler, bilirkişi raporları ve ile kendilerine ait ifade tutanaklarını isteyebilmelerine engel değildir (CMK m. 153/3).

Cumhuriyet savcısının soruşturmanın selameti bakımından deliller itibarıyla bir değerlendirme yapması, tüm belgeleri değil, sadece gerekli olduğunu uygun gördüğü belgeleri uzlaştırmacıya vermesi önem arz etmektedir. Uygulamada da Cumhuriyet savcısı tarafından UYAP Portal üzerinden uzlaştırmacının gerekli belgeleri görmesine imkân tanınmaktadır. Ayrıca Kanundaki açık düzenleme gereği, Cumhuriyet savcısı tarafından uzlaştırmacıya soruşturmanın gizliliği ilkesine uymakla yükümlü olduğu hatırlatılmak zorundadır (CMK m. 253/11). Dolayısıyla uzlaştırmacının soruşturmanın gizliliğine uymak yükümlülüğünün bulunduğu, aksi takdirde ceza sorumluluğunun doğacağı konusunda da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹¹¹. Sonuç olarak; uzlaştırmacının sadece gerekli belgeleri görmesine imkân sağlanmasında, soruşturmanın gizliliği bakımından bir sorun olmadığı düşüncesindeyiz.

Tartışılması gereken diğer sorun ise; müzakere esnasında başka bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi halinde bu suçun gizlilik kapsamında değerlendirilip

¹⁰⁹ Yenisey/Nuhoğlu (n 15) 892.

¹¹⁰ Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. bs Beta Yayınevi 2019) 573.

¹¹¹ Uzlaştırmacının soruşturmanın gizliliğini ihlal etmesi halinde “soruşturmanın gizliliğini ihlal” suçu (TCK m. 285) söz konusu olacaktır. Uzlaştırmacının soruşturma dışında müzakere edindiği bilginin gizliliğini ihlal etmesi halinde ise “göreve ilişkin sırrın açıklanması” (TCK m. 258) suçunun unsurları oluşabilecektir (Akbulut/Aksan (n 2) 54).



değerlendirilemeyeceği konusudur. Fail-mağdur uzlaşması sürecinde müzakere süreci faile fiilini kendi bakış açısıyla anlatma fırsatı sunduğundan fail hikayesinin bir parçası ya da temize çıkma arzusunun bir sonucu olarak daha önce gerçekleş-tirdiği bir suçtan bahsedebilir¹¹². Bu durum gizlilik yükümlülüğü kapsamında mı değerlendirilecek? Yoksa kamu görevlisinin suçu bildirme yükümlülüğü kapsa-mında mı değerlendirilmelidir? Sorularının tartışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Öncelikle müzakere esnasında yeni bir suçun ortaya çıkması halinde suçun yetkili makamlara bildirilip bildirilmemesi konusunda açık bir düzenleme bu-lunmadığını belirtmek gerekmektedir¹¹³.

Öğretide bir görüşe göre, bu durumu gizlilik ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmek gerekir¹¹⁴. Zira uzlaştırmacı TCK'nın 6. maddesine göre kamu görevlisidir ve uzlaştırma konusu uyuşmazlık dışında öğrendiği suçla ilgili ihbar yükümlü-lüğü bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde; uzlaştırma müzakerelerinin sadece uzlaştırmaya konu suç kapsamında sürdürülmesi gerekmektedir ve bu suç dışın-daki başka bir suça ilişkin açıklamaların müzakerelerin gizliliği ve dolayısıyla delil yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir¹¹⁵.

Diğer görüş ise; uzlaştırma süreci ve özellikle onarıcı adaletin doğasını göz önüne alarak geçmişte işlenen bir suçla ilgili açıklamaların da gizlilik kapsamın-da olması gerektiği düşüncesindedir. Aksi takdirde uzlaştırma müzakerelerinden gerekli verimin alınmayacağı şeklinde bir gerekçeye yer verildiği anlaşılmakta-dır¹¹⁶. Öğretide; farklı gerekçeye yer veren diğer bir görüş ise, uzlaştırmacılara avukatlara benzer şekilde hem “sır saklama” hem de “kanundan kaynaklanan yükümlülük dolayısıyla açıklama” şeklinde birbirleriyle çelişen iki yükümlülük yüklemenin tutarlı olmadığı, dolayısıyla m. 279'da bir istisnaya yer verilmemiş olsa bile müzakere sırasında işlenmeyen bir suçla ilgili bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedirler¹¹⁷.

¹¹² Reimund (n 2) 407.

¹¹³ Akbulut/Aksan (n 2) 54; Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 36; Eriş (n 101) 250.

¹¹⁴ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 35, 36; Aynı yönde Eriş (n 101) 250; Ketizmen (n 40) 199.

¹¹⁵ Ketizmen (n 40) 199; Eşitli (n 74) 35; *Değirmenci*, bu görüşe katılmamaktadır. *Değirmenci*, aksi düşünülse bile bu sefer de TCK m. 279'da düzenlenen suçun tipik fiili bulunmadığından oluşmayacağı düşüncesindedir. Zira m. 279'daki suçun tipiklik unsurlarından birisini “*kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenilmesi*” oluşturmaktadır. Kamu görevlisi olduğu konusunda bir tereddüt bulunmayan uzlaştırmacının uzlaşma kapsamı dışındaki suçlar bakımından bir görev bağlantısı bulunmadığından bildirim yükümlülüğü de olmadığı ifade edilmektedir. *Değirmenci*, bir an için fail olduğu kabul edilse bile müzakerelerin gizliliği bir yükümlülük olarak düzenlendiği için tipik fiilin hukuka aykırı olmayacağı düşüncesindedir (Değirmenci (n 1) 151).

¹¹⁶ Değirmenci (n 1) 149, 150; Akbulut/Aksan (n 2) 55. Aynı tartışmanın Anglo-Sakson hukukunda da olduğu ve benzer şekilde karşıt iki görüşün bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. Reimund (n 2) 407.

¹¹⁷ Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan, “Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu, (2021), 9(1), *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 190. Eşitli ise; avukatlık mesleğinde, savunma

Burada yapılacak değerlendirme kanaatimizce TCK'nın 279. maddesinde bulunan *göreviyle bağlantılı* kavramının yorumuna göre farklılık gösterecektir. Madde gerekçesinde; görevi ile bağlantılı kavramına ilişkin olarak madde metninin lafzı tekrar edilmek suretiyle, *"işlendiği iddia edilen suçun göreviyle bağlantısının olması gerektiği"* şeklinde bir açıklamaya yer verildiği anlaşılmaktadır¹¹⁸. Öğretiye göre; 279. maddede düzenlenen suçun oluşabilmesi için; *"kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç; yani re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç, görevi sırasında, göreviyle bağlantılı olarak; yani görevi dolayısıyla, vasıtasıyla öğrenmiş olması gerekir"*¹¹⁹. Şeklinde suçun uygulanma kapsamını genişleten bir yoruma da rastlamaktayız. Yine öğretide; *"görevine ilişkin öğrenme"*, kavramının *"uzlaştırma görevi olmasaydı öğrenemeyeceği"* şeklinde anlaşılması gerektiği şeklinde benzer bir yoruma da yer verilmektedir¹²⁰.

Öncelikle 765 sayılı Kanun'un 235. maddesinden farklı olarak *"görevini yaptığı sırada"* kavramına burada yer verilmemiş olduğunu ifade etmek gerekmektedir¹²¹. Kamu görevlisinin öğrendiği suç, görevine ilişkin bir suç olmalıdır. Bir başka deyişle görevi ile öğrenilen suç arasında bir ilgi bulunmalıdır¹²². Uzlaşma konusu suçun tamamen dışında başka bir suçun, uzlaştırma görevi ile bağlantısı olduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir. Burada sadece uzlaşma konusu suç ile ilgili bir görevlendirme söz konusudur ve daha önce işlendiği söylenen ve resen soruşturulan başka bir suçta vakıf olunması halinde m. 279 kapsamında bir yükümlülük doğmayacağı düşüncesindeyiz.

Suçun göreviyle bağlantısının olmaması halinde TCK'nın 278. maddesindeki genel kurallar geçerli olacaktır. Dolayısıyla resen soruşturulan bir suçun halihazırda işlenmekte olması ya da işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılmasının mümkün olması gerekir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere; müzakerelerin gizli olmasının amacı, söyledikleri ya da ortaya koyduğu belge ve olguların, uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde ileride aleyhine delil olarak konulamayacağı düşüncesiyle, rahat bir diyalog ortamının kurulabilmesidir. Müzakereler esnasında konuşulanların orada kalacağı bilinci, müzakerelerin güven içinde gerçekleşmesi bakımından önem-

hakkının gerekleri nedeniyle müvekkilini suçlayıcı beyanda bulunamayacağı gerekçesiyle ihbar yükümlülüğünün bulunmadığı, uzlaştırmacı bakımından ise böyle bir konu söz konusu olmadığından ihbar yükümlülüğünün olduğu düşüncesindedir (Eşitli (n 74) 33, 34).

¹¹⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 670.

¹¹⁹ Taner/Öntan (n 117) 188.

¹²⁰ Eşitli (n 74) 35.

¹²¹ Mülga 765 sayılı Kanun'da *"Memurlardan biri görevini yaptığı sırada görevine ilişkin olarak kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrenip..."* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti (m. 235).

¹²² Selahattin Kolcu, *Suç Bildirmeme Suçu* (1. bs Seçkin Yayınevi 2016) 121, 122.



lidir¹²³. Uzlaştırma müzakerelerinde amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmak değil, diyalog yoluyla fail ile mağdur arasındaki ilişkinin düzeltilmesidir¹²⁴. Tarafların güven içinde diyalog kurabilmeleri için gizlilik ilkesinin amaç dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Bu nedenlerle failin müzakereler esnasında ortaya çıkan başka suçlarının da müzakerenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Ceza İşlerinde Arabuluculuk Konulu R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı'nda (m.30) "*Gizlilik prensibine rağmen arabulucu, işlemler sırasında ortaya çıkan işlenmesi yakın ciddi suçlar hakkında uygun olan makamlara veya ilgili kişilere bilgi vermelidir*". Cümlesine yer verilmektedir. Buradaki düzenleme yakın bir zamanda işlenmesi ihtimal dahilinde olan ciddi suçlar bakımından gizlilik yükümlülüğüne bir istisna getirmektedir. Öğretide, bu düzenlemeden hareketle yukarıdaki tartışma hakkında farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu görüş çerçevesinde; suçun işlenmesi ihtimalinde bile bildirim yükümlülüğü getirilmişken, uzlaştırma müzakereleri sırasında öğrenilen ya da işlenen suçlarda bildirim yükümlülüğü olmadığının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁵.

Söz konusu tavsiye kararındaki cümlelerin karşıt kavramından hareketle; fail tarafından müzakere sırasında ifade edilen ve uzlaştırma kapsamında olmayan bir suça ilişkin bildirimlerin, geleceğe yönelik ciddi bir suçun işleneceği konusunda bir tehdit oluşturmadığı takdirde gizlilik yükümlülüğü kapsamında kalamacağı sonucuna varılacaktır¹²⁶.

Müzakereler esnasında bir suç işlenmesi halinde ise, TCK'nın 279. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde uzlaştırmacının ihbar yükümlülüğü olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu durumda tamamen uzlaştırma konusu dışında işlenmekte olan ya da işlenen bir suç söz konusudur¹²⁷. Ancak ihbar yükümlülüğü doğması için suçun resen soruşturulan bir suç olması gerekir. Hakaret gibi takibi şikâyeteye bağlı bir suçun işlenmesi ya da teşebbüs edilmesi halinde m.279'un lafzı dikkate alındığında; uzlaştırmacının ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır¹²⁸.

¹²³ Akbulut/Aksan (n 2) 55.

¹²⁴ Değirmenci (n 1) 149, 150.

¹²⁵ Erdem/Eser/Özşahinli (n 54) 37; aynı yönde görüş için bkz. Taner/Öntan (n 117) 189; Eşitli (n 74) 36.

¹²⁶ Değirmenci (n 1) 150.

¹²⁷ Akbulut/Aksan (n 2) 55; Değirmenci (n 1) 152; Taner/Öntan (n 117) 189.

¹²⁸ Taner/Öntan (n 117) 189.

SONUÇ

İlk örneklerine 1970'li yıllarda Anglo-Sakson ülkelerinde ve ağırlıklı olarak suça sürüklenen çocuklar bakımından rastladığımız onarıcı adalet anlayışının önemli bir uygulaması olan fail-mağdur uzlaştırması kurumu, Ceza Muhakemesi hukuku uygulamalarında her geçen gün daha fazla bir yere sahip olmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza İşlerinde Arabuluculuk (*Mediation in Penal Matters*) başlıklı R(99) 19 sayılı Tavsiye Kararı ile yukarıda değindiğimiz diğer tavsiye kararlarının da etkisiyle fail-mağdur uzlaştırması, günümüzde Kıta Avrupası ülkelerinde de kanuni düzenlemelerde alternatif bir çözüm yöntemi olarak yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Adı geçen tavsiye kararlarının referans niteliğinde olmaları ve kurumun olması gereken temel niteliklerini vurgulamaları bakımından önemleri dikkate alındığında; uzlaştırmanın yaygınlaşmasında ve doğru yorumlanmasında önemli fonksiyonları olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Uzlaştırma kurumun tarihsel sürecine Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi bakımından bakıldığında ise; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları dikkate alınmak suretiyle 2000'li yılların başlarından itibaren kanun tasarılarında uzlaştırma kurumuna yer verildiği, ancak ilk olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda kanuni düzenlemeye kavuştuğu anlaşılmaktadır. Daha sonra müteaddit defalar yapılan kanuni değişiklikler ile uzlaştırma kurumunun uygulanma kapsamının genişletildiği, 2017 yılında çıkartılan yeni Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği ile de kurumsal bir yapıya kavuşturulduğu görülmektedir. Muhakemenin tarafları bakımından önemi ve özellikle taraflar yanında toplum için de ileriye dönük olumlu etkileri dikkate alındığında; kurumun uygulanma kapsamının giderek genişlemesi Türk Ceza Muhakemesi sistemi bakımından kanaatimizce olumlu bir gelişmedir.

İletişim temelli diyaloga dayalı bu alternatif çözüm yönteminin kuşkusuz en önemli aşamasını müzakere süreci oluşturmaktadır. Zira uzlaştırmacı tarafından müzakere sürecinin iyi yürütülmesi, uyuşmazlık sürecinin çoğunlukla uzlaşma ile sonuçlanmasını sağlamaktadır. Müzakere öncesinde tarafların kişisel özelliklerini ve uzlaştırma konusu suça ilişkin yaklaşımlarını değerlendirmek durumunda olan uzlaştırmacının, taraflarla birlikte ya da ayrı ayrı müzakere sürecini yürütmesi gerekmektedir. Tarafların istek ve düşüncelerinin karşı tarafa doğru ve objektif bir şekilde iletilmesi, iletişimin etkili bir enstrüman olarak kullanılması uzlaşma sağlanmasa bile toplumsal uzlaşma ve özellikle de failin topluma entegrasyonu bakımından önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir. Zira uzlaşmanın gerçekleşmemesi bir başarısızlık olarak da görülmemelidir. Tarafların çeşitli saiklerle uzlaşmak konusunda isteksiz olmaları her zaman için mümkündür ve uzlaşmanın onarıcı adalet anlayışı kapsamında alternatif bir çözüm yöntemi olması nedeniyle tarafların sürece katılımlarının gönüllü olması gerekmektedir.



Uzlaştırmacının taraflara ısrarla uzlaşmalarını önermesi, dikte etmesi süreçteki kolaylaştırıcı olma rolüyle ve uzlaştırmacının temel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

Uzlaştırma müzakerelerinin şüphesiz olmazsa olmaz ilkesi gizliliğidir. Zira müzakerelerin gizliliği ilkesi sayesinde taraflar onarıcı adalet anlayışına uygun ve gönüllü olarak katıldıkları süreçte karşı tarafı dinleme ve anlama fırsatı bulmaktadırlar. Müzakereler sırasındaki beyanlarının ileride aleyhlerinde delil olarak ileri sürülemeyecek olması müzakere ortamında daha samimi ve güvenilir bir tartışmaya imkân verecektir. Müzakere esnasında, uzlaştırmaya esas suçla ilgili yapılan açıklamalara uzlaştırma raporunda yer verilemeyecek olması da yine müzakerede tarafların kendilerini rahat bir şekilde ifade etmelerini sağlar. Uzlaştırmacının ve müzakerelere katılan kişilerin müzakerede öğrendikleri bilgiler bakımından tanıklık yasağı getirilmiş olması da bu anlamda önemli bir güvencedir.

Müzakerelerin gizliliği ilkesinin bir gereği de; müzakereye katılacak kişilerin sınırlandırılmış olmasıdır. Kanun'da sınırlı sayılan kişiler haricindeki kişilerin müzakerelere katılması mümkün değildir. Müzakerelere katılan kişiler gizlilik ilkesine uymakla yükümlü kılınmıştır ve müzakerelerin gizliliği ilkesinin taraflarca anlaşmak suretiyle aksinin kararlaştırılması, buna imkân veren düzenlemenin Danıştay 10. Dairesinin 22/06/2022 tarihli Kararı ile iptal edilmesi karşısında artık mümkün değildir.

Müzakerelerin gizliliği ilkesinde en tartışmalı hususlardan birini “*müzakere sırasında failin bir başka suçunun öğrenilmesi halinde*” uzlaştırmacının kamu görevlisi sıfatıyla bu durumda ihbar yükümlüğünün bulunup bulunmadığı ve bu durumun müzakerelerin gizliliği ilkesi kapsamında görülmesinin mümkün olup olmadığı soruları oluşturmaktadır. Bu konuda öğretilerde bir görüş birliği bulunmakla birlikte; yapılacak değerlendirmede uzlaştırmada müzakerelerin amacının dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Müzakerelerde amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olmayıp, diyalog yoluyla fail-mağdur arasındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıdır. Fail, müzakere esnasında konuşulanların orada kalacağı düşüncesiyle ya da farklı saiklerle ya da gayri ihtiyari uzlaştırma konusu dışında daha önce işlemiş olduğu bir suça ilişkin beyanda bulunabilir. Müzakerelerin gizliliğinin sadece uzlaştırma konusu suçla sınırlı tutulması bu süreçte olması gereken rahat diyalog ve iletişim ortamına engel olacak, daha temkinli, tedirgin ve yarı resmi bir ortamda bu sürecin yürütülmesine neden olacaktır. Bu ise onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde müzakere sürecinden beklenen amacın gerçekleşmesine engel olur. Bu itibarla, müzakere sürecinde onarıcı adalet anlayışının gerektirdiği rahat ve güvenilir diyalog ortamının sağlanabilmesi için müzakerelerinin gizliliği ilkesinin sadece uzlaştırmaya konu ile ilgili açıklamalarla sınırlandırılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Uzlaştırma müzakereleri sırasında işlenen suçların ise müzakerenin gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Müzakere süreci ile ilgili üzerinde durulması gereken diğer bir konu, suça sürüklenen çocukların sürece katılmalarının önemine dairdir. Suça sürüklenen çocukların müzakerelere katılımı onarıcı adalet anlayışı kapsamında tavsiye edilmektedir. Zira suça sürüklenen çocuk müzakere sırasında mağdura verdiği zararı somut olarak öğrenme fırsatı elde etmiş olacaktır. Ayrıca cezanın özel önleme amacı kapsamında, gerçekleştirdiği fiil ile ilgili edimin belirlenmesinde çocuğun fikrinin sorulması Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen “kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme” ve “katılma” haklarının da bir gereğidir. Ancak mağdur çocuk bakımından müzakereye katılmasının gerekip gerekmediğinin üstün yararı dikkate alınarak değerlendirilmesi, maddi olayın etkisinin tekrar yaşanması suretiyle travmatize olma ihtimali söz konusu ise müzakere sürecinin ayrı yürütülmesi gerektiği düşünülmektedir.

Sonuç olarak; fail-mağdur uzlaştırması, ceza muhakemesi sisteminde alternatif bir çözüm yöntemi olarak yaygın bir şekilde uygulanmakta, sistemde önemli bir yer tutmaktadır. Uzlaştırma süreci, uzayan yargılama süresi nedeniyle taraflar arasında husumeti derinleştiren geleneksel ceza muhakemesi sisteminin aksine tarafların gönüllü olarak yürüttükleri ve edimi/edimleri kendi iradeleri ile belirledikleri bir süreçtir. Onarıcı adalet anlayışı içinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını sağlayan uzlaştırma kurumunun yaygın bir şekilde uygulanmasının özellikle basit nitelikteki suçlar bakımından yargılama üzerindeki iş yükünün azalmasını sağlaması da, uzlaştırma kurumunun belirtilmesi gereken olumlu bir diğer sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Geleneksel muhakemeye göre daha kısa bir süre içinde mağdurun zararının giderilmesine imkân vermesi, fail hakkında ise dava açılmasının önüne geçilmesi nedeniyle bir fırsat sunması nedenleriyle toplumsal barışın sağlanmasına da hizmet etmektedir. Ayrıca uzlaştırma, hızlı olmasının yanında taraflar ve devlet bakımından daha ekonomik bir çözüm getirmesi nedeniyle de tercih edilmesi gereken bir alternatif çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Akbulut B ve Aksan M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (1. bs Seçkin Yayınevi 2019).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku*, (7. bs Pegem Akademi Yayınları 2020).

Avcı M “Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, (2017) 25 (1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11-71.

Aygün Eşitli E “Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmeme Suçu Kapsamında Uzlaştırmacının Ceza Sorumluluğu” (2023) 35 (165) *TBB Dergisi*, 25-54.

Baytemir Kontacı B “Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı” (2020) 69 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1705-1772.



- Centel N ve Zafer H *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. bs Beta Yayınevi 2019).
- Değirmenci O *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (1 bs Seçkin Yayınevi 2020).
- Değirmenci, O “Uzlaştırmacı Seçimi, Temel ve Etik İlkeleri ve Uzlaştırmacı Eğitimi” *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı* (Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı 2021) 135-185
- Değirmenci, O “Uygulamacının On Sorusu Işığında Uzlaştırma” (2019) 14 (151) *Terazi Hukuk Dergisi* 663-670.
- Dursun S “Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri” (Rize 2017) *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu* 51-64.
- Dülger M V ve Taşkın Ş, C, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2 bs Seçkin Yayınevi 2024).
- Erdem M R ve Eser F ve Özşahinli P P, *100 soruda Uzlaştırma*, (1 bs Seçkin Yayınevi 2017).
- Eriş U, “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi” (2018) 31 (137) *TBB Dergisi* 241-271.
- Eser F, “Uzlaştırma Müzakerelerinin Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (CMUY) Kapsamında Değerlendirilmesi” (2023) 5 (1) *Yaşar Hukuk Dergisi* 62-112.
- Işıka S, “Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler, (2020) 151 *TBB Dergisi* 61-85.
- Hafizoğulları Z, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni* (2 bs US-A Yayıncılık 1996).
- İnci Z Ö, “Uzlaştırma Kurumu Mahkûmiyet Kararı Verilmesine Alternatif midir? Anayasa Mahkemesinin 13.02.2019 tarih ve 2018/101 ve 2019/3 sayılı Kararı Hakkında Düşünceler” (2019) 14 (156) *Terazi Hukuk Dergisi* 1624-1629.
- İnci Z Ö ve Sakarya M S, “6763 sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, (2018) 13 (141) *Terazi Hukuk Dergisi* 101-114.
- Jahic G ve Yeşiladalı B, “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım, *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Ketizmen M, *Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalet; Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma* (1 bs Adalet Yayınevi 2022).
- Kolcu S, *Suçü Bildirmeme Suçu* (1 bs Seçkin Yayınevi 2016).

Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, United Nations Office on Drugs and Crimes (United Nations N Newyork 2006).

chrome-extension://efaidnbmnmnncpajpcgklcfindmkaj/https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf> (erişim tarihi 27.3.2025)

Öntan Y, “Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliği “ (2018) 9 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61-76.

Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5 bs Yetkin Yayınevi 2022)

Özbek M S, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı” (2005) 7 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 127-166.

Özdemir H ve Ruhi A C, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)* (4 bs On İki Levha Yayıncılık 2022).

Özgenç N B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma* (1 bs Legal Yayınevi 2015).

Özgenç N B, “Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Olan Çocuklarda Uzlaşma” (2015) 13 (145) *Legal Hukuk Dergisi* 39-85.

Reimund, M A, “Confidentiality in Victim Offender Mediation: A False Promise?” (2004 Vol.2) *Journal Of Dispute Resolution*, 401-427.

Sıgır Ü, *Müzakere* (1 bs Siyasal Kitabevi 2018).

Taner F G ve Öntan Y, “Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu (2021) 9 (1) *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası* s.159-196.

Willemsens J, “Onarıcı Adalet ve Uluslararası Standartlar, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler Tarafından Başlatılan Girişimler”, *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 29-45.

Yavuz H A, “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu” (2015) 6 (23) *TAAD* 85-115.

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11 bs Seçkin Yayınevi 2023).

7545 SAYILI SİBER GÜVENLİK KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

Offences Regulated in Cyber Security Law No. 7545

Cem ŞENOL*

Özet

Bu çalışma, 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu'nun 16. maddesiyle Türk hukukunda ilk kez düzenlenen dokuz farklı suç tipini el almaktadır. Siber güvenlik, teknolojinin gelişmesi ile birlikte gündelik hayatın en önemli konularından biri haline gelmiş; Kanun tarafından da milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olarak tanımlanmıştır. Konu Türk hukukunda ilk kez, 12 Mart 2025 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7545 sayılı Kanun ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bu Kanun'un 16. maddesinde dokuz ayrı suç tipine yer verilerek siber güvenlik alanında işlenebilecek suçlar düzenlenmiş, böylece Türk hukukunda bundan sonra önemli bir uygulama alanı bulacak yeni suç tipleri yaratılmıştır. Çalışmada bu suç tipleri suç incelemesi yöntemi ile incelenerek hem konuya ilişkin literatürün oluşmasına katkı sağlanması hem de söz konusu suç tiplerine ilişkin sorunlu noktaların ve eksikliklerin tespit edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Siber, saldırı, veri, siber uzay, yazılım

Abstract

This study examines nine different types of offences regulated for the first time in Turkish law by Article 16 of the Cyber Security Law No. 7545. The development of technology has resulted in cyber security becoming a significant aspect of day-to-day life. Indeed, it has been enshrined in legislation as an integral part of national security. However, the issue has now been regulated for the first time in Turkish law with the Law No. 7545, which came into force after being published in the Official Gazette dated 12 March 2025. Article 16 of the aforementioned regulation stipulates the various offences that may be perpetrated within the sphere of cyber security. The provision incorporates nine different types of offence, thereby establishing new areas of application for Turkish law from here further on. The aim of this study is to contribute to the literature on the subject and to identify the problems and shortcomings associated with these types of crime by examining them using the method of crime analysis.

Key Words: Cyber, cyber attack, data, cyberspace, software

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cemsenol@atauni.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2970-2279>

GİRİŞ

19/3/2025 tarihli ve 32846 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7545 sayılı Siber Güvenlik Kanunu (SiGüK) ile siber güvenlik Türkiye hukukunda ilk kez bir kanun ile düzenlenmiştir. Böylece söz konusu Kanun’un kapsam başlıklı 2. maddesi gereğince, güvenlik alanında faaliyet gösteren Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin tabi oldukları kanunlar uyarınca yürüttükleri hariç olmak üzere (SiGüK m.2,f.2)¹, siber uzayda varlık gösteren, faaliyet yürüten, hizmet sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların siber uzaydaki faaliyetleri yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Böylesi bir yasal düzenleme yapılmasının amacı, Kanun’un “amaç” başlıklı 1. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin siber uzaydaki milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel tehditlerin tespit ve bertaraf edilmesi, siber olayların muhtemel etkilerini azaltmaya yönelik esasların belirlenmesi, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların siber saldırılara karşı korunmasına yönelik gerekli düzenlemelerin yapılması, ülkenin siber güvenliğini güçlendirmek için strateji ve politikaların belirlenmesi ile Siber Güvenlik Kurulunun kurulmasına ilişkin esasların düzenlenmesi olarak gösterilmiştir. Bu düzenleme kapsamında da Kanun’un “cezaî hükümler ve idari para cezaları” başlıklı 16. maddesinde, 10. ve 11. fıkralarda düzenlenen iki ayrı kabahatin yanı sıra, farklı fıkralarda yapılan düzenlemeler ile Türk ceza hukuku müktesebatına yeni suç tipleri dahil edilmiştir.

SiGüK m.16 incelendiğinde, Kanun’un 1, 2., 3., 4., 5., 6., 8. ve 9. fıkralarında dokuz farklı suç tipine yer verildiği görülmektedir. Bunlar, 16. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen Kanunla yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin görev ve yetkileri kapsamında istedikleri bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma, 2. fıkrasında düzenlenen, Kanunun alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme, 3. fıkrasında düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali, 4. fıkrasında düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma veya satışa çıkarma, 5. fıkrasında düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma veya yayma, 6. fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı, 6. fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı sonucunda elde ettiği veriyi yayma,

¹ Siber Güvenlik Kanunu 2.madde 2. fıkra: “4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu uyarınca yürütülen istihbari faaliyetler ile 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu uyarınca yürütülen faaliyetler bu Kanun kapsamı dışındadır”.

8. fıkrasında düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma ve 9. fıkrasında düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, toplumsal düzenin barış içerisinde sürdürülmesi için korunması gereken soyut manevi değerler olarak kabul edilmektedir². SiGüK'nun amacı Kanun'un 1. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin siber uzaydaki milli gücünü meydana getiren bütün unsurlara karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel tehditlerin tespit ve bertaraf edilmesi olarak belirlenmiştir. Yine temel ilkeleri düzenleyen m.4, f.1'de de siber güvenliğin, milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla SiGüK m.16'da düzenlenen suçlar ile korunan öncelikli hukuki değer Kanun'un milli güvenliğin bir parçası olarak kabul ettiği ülkenin siber uzaydaki güvenliği ve toplumun buna duyduğu güven duygusu olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bunun yanı sıra Kanun'da düzenlenen dokuz ayrı suç tipi değerlendirildiğinde, suç tiplerinin üç kategoriye bölünmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Buna göre suç tiplerinden bir kısmının, siber güvenlik alandaki faaliyetlerin devlet kontrolünde disiplinli bir biçimde yürütülmesini sağlamaya, bir kısmının siber güvenlik alanının ve bu alanda yer alan verilerin korunmasına bir kısmının da siber güvenlik alanında çalışan kişilerin görevin gereklerine aykırı hareketlerini cezalandırılmaya yönelik olarak ihdas edildiğini söylemek hatalı olmaz. Söz konusu suç tipleri ile ihdas edilmelerindeki bu amaçlara göre farklı hukuki değerlerin de korunması amaçlanmıştır.

SiGüK m.16, f.1'de düzenlenen istenen bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma suçu ile 2. fıkrada düzenlenen kanunen alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyette bulunma suçu siber güvenlik alandaki faaliyetlerin devlet kontrolünde disiplinli bir biçimde yürütülmesini sağlamaya matuftur. Bu sebeple söz konusu suçlar ile korunan hukuki değer, kamunun ve devletin, kamusal nitelikteki siber güvenlik alanındaki faaliyetin disiplinli, hukuka uygun ve düzgün işlemesine ilişkin menfaati ve buna duyulan güven duygusudur.

Buna karşın SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, aynı maddenin 6. fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı suçu ile ikinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı sonucunda elde edilen veriyi yayma suçları siber güvenlik alanının ve bu alanda yer alan verilerin korunmasına matuf suçlar olduğu için, bu suçlar ile ko-

² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 397; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022), 35.



runan diğer hukuki değerlerin, kişilerin bilişim sistemlerinin güvenliği, verilerinin ve özel hayatının gizliliği ile malvarlığı değerleri olduğunu söylemek gerekir.

SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali, f.8'de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma, f.9'da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçları ise bu alanda çalışan görevlilerin görevin gereklerine aykırı hareketlerini cezalandırmaya matuftur. Bu sebeple mezkûr suçlar ile korunan bir diğer hukuki değer, kamunun, kamu idarelerinin ve kamusal faaliyetin hukukten belirlenen sınırlar içerisinde disiplinli ve dürüst bir biçimde işlediği, kamu görevlilerinin görevin gereklerine uygun hareket ettiği konusunda duyduğu güven duygusudur.

SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçu ile korunmak istenen hukuki değer ise kamu barışıdır.

II. FAİL

Kanun koyucu SiGüK m.16'da düzenlenen suçlardan 3. fıkra da düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali, 8. fıkra da düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçu ve 9. fıkra da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçları dışındaki suçlarda, bir kişinin suçun faili olabilmesi için herhangi bir sıfat veya özelliğe sahip olmasını aramamıştır. Bu sebeple söz konusu suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlardandır³.

Buna karşılık bir kişinin m.16, f.3'de düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun faili olabilmesi için, Kanun'un 13. maddesi gereğince Siber Güvenlik Başkanlığı (SGB) tarafından yürütülen görev ve faaliyetler kapsamında kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgeleri edinmiş olması nedeniyle bu bilgi ve belgeleri ilgili mevzuat gereği yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklamama, gerçek ve tüzel kişilerin menfaatine kullanmama yükümlülüğü altında olması gerekir. Dolayısıyla bu suç, herkes tarafından işlenemeyecek, sadece belirtilen hukuki durumda bulunan belli kişiler tarafından yükümlülüğün ihlaliyle işlenebilecek bir yükümlülük suçudur⁴.

SiGüK m.16, f.8'de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçunun faili, SiGüK ile kurulan SGB'de kadrolu veya sözleşmeli statüde görev yapmış olmasına karşın Kanun'un 12. maddesinde sayılan yasaklanmış fiilleri icra eden kişilerdir. SGB, kanunla kurulmuş bir kamu kurumudur. Dolayısıyla bu kurumda kadrolu veya sözleşmeli statüsünde çalışan kişiler, Türk Ceza Kanunu⁵ m.6, f.1

³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 212; Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 66.

⁴ Özgenç (n3) 212.

⁵ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

gereğince ceza kanunlarının uygulanması açısından kamu görevlisi statüsündedir⁶. Kanun'un 16. maddesinin 9. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma ile görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlali sebebiyet verme suçlarının faili de sadece SiGüK ile kendilerine verilen görev ve yetkiyi kötüye kullananlar ile görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlali yaşanmasına sebebiyet veren yetkili kişiler olabilir. Bu kişiler, SGB çalışanları veya Başkanlığın Kanun'un kendine tanıdığı yetkiye dayanarak faaliyetlerine izin veya onay verdiği kurumların personeli olabilir. Bu sebeple söz konusu suçlar, herkes tarafından işlenemeyecek faili bakımından özgü suç niteliğinde suçlardır⁷.

TCK m.16'da düzenlenen suçlar arasında ne birleşme ne de karşılaşma şeklinde çok failli suçlara yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple maddede düzenlenen suçların tamamı, failin sayısı bakımından tek failli suçtur.

III. MAĞDUR

Suçun mağduru, suçla korunan hukuki değer sahibi olan kişi veya kişilerdir. Suçla korunan hukuki değer bir kişi veya belli kişilere ait olduğu suçlarda mağdur, bu kişi veya kişilerdir. Buna karşın suçla korunan hukuki değer tüm topluma ait olduğu suçlarda ise mağdur, tüm toplumdur⁸.

SiGüK ile düzenlenen suçlara baktığımızda, bir kısmının siber uzay olarak tabir edilen yerdeki genel işleyişin ve faaliyetlerin sorunsuz ve kesintisiz olarak yürütülmesine yönelik olduğu, 5. fıkrasında düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçunun ise kamu barışını korumak amacıyla düzenlendiği, suçların bir kısmı ile korunmak istenen hukuki değerlerin ise bilişim sistemlerinin ve kişilerin veya kurumların veri güvenliğini sağlamak olduğu görülmektedir. Bu sebeple Kanun'da düzenlenen suçların mağduru bakımından kişilerin ve tüm toplumun mağdur olduğu suçlar olarak ikiye ayrıldığını söylemek yanlış olmaz.

Kanun'da düzenlenen suçlardan 5. fıkrada düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçu ile korunmak istenen hukuki değer kamu barışı olduğu için, bu suçun mağduru tüm toplumdur⁹. Yine f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali, f.8'de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma, f.9'da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçları ile korunan hukuki değer, kamunun, kamu idarelerinin ve kamusal faaliyetin hukuken belirle-

⁶ Kamu görevlisi kavramı hakkında bakınız: Mahmut Kaplan, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", (Aralık 2015) 5(2), *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 vd.

⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024) 219; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020) 142.

⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 392; Karakehya (n3) 69.

⁹ Cem Şenol, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu", (Aralık 2022), 17(20), *Ceza Hukuku Dergisi*, 337.



nen sınırlar içerisinde disiplinli ve dürüst bir biçimde işlediği, kamu görevlilerinin görevin gereklerine uygun hareket ettiği konusunda duyduğu güven duygusudur. Bu sebeple anılan suçların mağduru, bütün toplumdur¹⁰. SiGüK m.16, f.1'de düzenlenen kanunla yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin görev ve yetkileri kapsamında istedikleri bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma suçu ile SiGüK m.16, f.2'de düzenlenen kanunun alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme suçu ile korunan hukuki değer, kamunun ve devletin kamusal nitelikteki siber güvenlik faaliyetinin disiplinli, hukuka uygun ve düzgün işlemesine ilişkin menfaati ve buna duyduğu güven duygusudur. Bu sebeple mezkûr suçların mağduru, bütün toplumdur.

Buna karşın SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, aynı maddenin 6. fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı suçu ile ikinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı sonucunda elde edilen veriyi yayma suçları ile korunan hukuki değer, kişilerin bilişim sistemlerinin güvenliği, verilerinin ve özel hayatının gizliliği ile malvarlığı değerleridir¹¹. Bu sebeple bu suçlarda bilişim sistemleri siber saldırıya maruz kalan gerçek veya tüzel kişiler ile gizliliği ihlal edilerek verileri elde edilen, yayılan, satılan, erişime açılan, paylaşılan veya satışa çıkarılan kişiler suçun mağduru olur¹². Ancak bu suçlardan siber saldırı suçu ile korunan asıl hukuki değer kamunun siber uzaydaki faaliyetlerin güven içerisinde yürütülmesine duyduğu güven duygusu olduğunun kabul edilmesi durumunda bu suçun mağdurunun kamu, suçtan zarar göreninin ise siber saldırıya uğrayan gerçek ve tüzel kişiler olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

IV. FİİL

SiGüK'nın 16. maddesinde dokuz ayrı suç tipi, genellikle birden farklı seçimlik hareketin icrasıyla işlenebilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple çalışmanın bu kısmında söz konusu suçların fiil unsuru ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. İSTENEN BİLGİ, BELGE, YAZILIM, VERİ VE DONANIMI VERMEME VEYA BUNLARIN ALINMASINA ENGEL OLMA SUÇU (SiGüK m.16, f.1)

SiGüK m.16, f.1'de, kamu kurum ve kuruluşları hariç olmak üzere söz konusu Kanun ile yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin görev ve yetkileri kapsamında istedikleri bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımın verilmemesi veya bunların alınmasına engel olunması suç olarak düzenlenmiştir.

¹⁰ Muharrem Özen, Köksal Atacan, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", (2020), 69(1), *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 197; Handan Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", (2018), 23(39), *DÜHFD*, 262, 267; Güneş Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", (2009), (82), *TBB Dergisi*, 2, 3.

¹¹ Bilişim suçları ile korunan hukuki değerler konusunda bakınız: Berrin Akbulut, *Bilişim Suçları*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017) 117.

¹² Karşılaştırınız: Akbulut (n11) 121.

SGB, Kanun'un 8. maddesi gereğince, Kanun'da belirtilen görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü hallerde Kanun'un kapsamına giren her türlü fiil ve işlemi denetleyebilir, bu amaçla mahallinde inceleme yapabilir veya yaptırabilir. Denetim, bu Kanun kapsamındaki kurum, kuruluş ve ilgili diğer gerçek ve tüzel kişilerin bu Kanun hükümleriyle ilgili faaliyet ve işlemlerini kapsar. Denetime, Başkanlık personeli, yetkilendirilmiş ve belgelendirilmiş bağımsız denetçiler ve bağımsız denetim kuruluşları yetkilidir. Bu yetki, Başkan tarafından görevlendirilenler tarafından kullanılır. Kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapılarda denetimler, Başkanlık personeline veya refakatinde yapılır. Bu sebeple mülki amirler, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu kurumlarının amir ve memurları inceleme veya denetimle görevlendirilenlere her türlü kolaylığı göstermek ve yardımda bulunmakla yükümlüdürler. Denetimle görevlendirilenler; yapılan denetimler sırasında yürüttükleri denetim faaliyetleriyle sınırlı olarak elektronik ortamdaki verinin, belgelerin, elektronik altyapının, cihaz, sistem, yazılım ve donanımlarının incelenmesi, bunlardan kopya, dijital suret veya örnek alınması, konuyla ilgili yazılı veya sözlü açıklama istenmesi, gerekli tutanakların düzenlenmesi, tesislerin ve işletiminin incelenmesi konularında yetkilidir. Denetime tabi tutulanlar, ilgili cihaz, sistem, yazılım ve donanımları verilen sürelerde denetlemeye açık tutmak, denetim için gerekli altyapıyı temin etmek ve çalışır vaziyette tutmak için gerekli önlemleri almak zorundadır (SiGüK m.8, f.1, 3, 4). Yine SiGüK gereğince SGB ve onun SiGüK m.6, f.1-ğ'nin tanıdığı yetkiyle kendisini yetkilendirdiği bağımsız denetçiler ve denetim kuruluşları da Kanun'un kapsamındakilerden, yürüttüğü faaliyetlerle sınırlı olmak üzere bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve bunların değerlendirmesini yapabilir; bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda elde edilen bilgi, belge, veri ve kayıtlar, en fazla iki yıl süreyle çalışmaya konu edilir ve çalışma süresi sonrasında imha edilir. Bu kapsamda kendisinden herhangi bir talepte bulunulanlar, kendi mevzuatındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınmaz. Başkanlık, bilişim sistemlerindeki log kayıtlarını bünyesinde toplayabilir, saklayabilir, değerlendirebilir. Bunlar hakkında rapor hazırlayarak ilgili kurum ve kuruluşlar ile paylaşabilir (SiGüK m.6, f.1-ç, d).

SiGüK m.16, f.1'de düzenlenen istenen bilgi, belge, yazılım, veri ve donanım vermeme veya bunların alınmasına engel olma suçu, SGB'ye yukarıda izah edilen denetim yetkisi kapsamında toplanma yetkisi verilmiş suçun konusunu oluşturan bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımın talep üzerine verilmemesi veya alınmasına engel olma şeklinde iki ayrı seçimlik hareketle işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur. Suç seçimlik hareketli suç olduğundan, işlenmesi için failin kanuni tanımda sayılan üç ayrı seçimlik hareketten birisini icra etmesi yeterli-



dir. Failin seçimlik hareketlerden birden fazlasını icra etmesi durumunda yine tek suç oluşur. Ancak bu durum, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır¹³.

Suçun seçimlik hareketlerinden olan istenen bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme, söz konusu unsurların denetim görevlilerine teslim edilmesine yönelik verme emrinin ihlali ile işleneceğinden gerçek ihmali bir suçtur¹⁴. Suçun bu seçimlik hareketi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle işlenen bir gerçek ihmali suç olduğu için, oluşması, somut olayda failin suçun konusunu oluşturan hususları teslim etme yükümlülüğünün doğmasına bağlıdır.¹⁵ Bu sebeple teslim etmesi istenen kişi ve kuruluşların, teslimi istenen şeylerin neler olduğu, hangi süre içerisinde, kime, nerede ve nasıl teslim edilmesinin istendiği hususlarında uygun araçlarla açıkça bilgilendirilmesi gerekir. Bu çerçevede suçun bu seçimlik hareketi, denetim yetkisine sahip olan kurumların, bu yetki çerçevesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan kendilerine ait bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımın kendisine teslim edilmesini talep etmesi, ancak söz konusu kişi ve kuruluşların bu konudaki talebi yerine getirmeyerek istenen hususları teslim etmemesiyle oluşur. Suç, teslimi, istenen şeylerin teslimi için tanınan sürenin sona ermesi ile birlikte tamamlanır¹⁶.

Suçun ikinci seçimlik hareketi olan istenilen bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımın alınmasına engel olma ise kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan kişi ve birimlerin, SiGüK m.8, f.4 gereğince denetimle görevlendirilenler tarafından yürütülen denetim faaliyetleri sırasında elektronik ortamdaki verinin, belgelerin, elektronik altyapının, cihaz, sistem, yazılım ve donanımlarını incelemesi, bunlardan kopya, dijital suret veya örnek alması, konuyla ilgili yazılı veya sözlü açıklama istemesi, gerekli tutanakları düzenlemesi, tesisleri ve işletimini incelemesi yetkisinin fiilen kullanılması sırasında ortaya çıkabilir. Bu kapsamda denetimi yapanların bu sırada söz konusu belgelerden, elektronik altyapı, cihaz, sistem, yazılım ve donanımlardan kopya, dijital suret veya örnek almaya çalışmasına karşı engellenmesi durumunda, suçun bu seçimlik hareketi oluşur. Bu bakımdan suçun bu seçimlik hareketi, ilk seçimlik hareketinin aksine, failin engelleme şeklinde aktif bir karşı koyma davranışıyla işlenebilecek icrai bir suçtur.

¹³ Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 124; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır (n2) 336.

¹⁴ Özgenç (n3) 391; Koca, Üzülmaz (n13) 394; Hakeri (n7) 170.

¹⁵ Koca, Üzülmaz (n13) 394; Özbek, Doğan, Bacaksız (n7) 532; Hakeri (n7) 172.

¹⁶ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır (n2) 339; Hakeri (n7) 510.



B. KANUNEN ALINMASI GEREKLİ ONAY, YETKİ VEYA İZİNLERİ ALMAKSIZIN FAALİYET YÜRÜTME SUÇU (SiGüK m.16, f.2)

SiGüK m.16, f.2’de düzenlenen kanunen alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme suçu, Siber Güvenlik Kanunu’nun uygulama alanına giren bir konuda faaliyet gösteren kişi veya kurumların, söz konusu faaliyetin yürütülmesinin onay, yetki veya izne tabi olmasına rağmen, bu onay, yetki veya izni almaksızın faaliyet göstermesini suç olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple suçun fiil unsurunun oluşması için, failin Kanun’a göre faaliyet göstermek için onay, yetki veya izin almasının gerekli olması ve buna rağmen söz konusu izinleri almaksızın siber güvenlik alanında hukuka aykırı olarak fiilen faaliyet göstermesi gerekir. Bu bakımdan suç, Kanun’un emrettiği onay, yetki, izin almadan faaliyet yürütme yasağının ihlali suretiyle işlenebilecek icrai bir suçtur¹⁷.

Suçun oluşması için varlığı gereken birinci koşul, ilgili kişi veya kurumun siber güvenlik alanında faaliyet göstermesi için Kanun gereği bir onay, yetki veya izin almasının gerekmesidir. Kanun’un incelenmesinden buna ilişkin bir hükme, Kanun’un geçici madde 1, f.4’te siber güvenlik alanında faaliyet icra eden dernek, derneklerden oluşan federasyonlar, vakıflar ile ticaret şirketleri açısından yer verildiği görülmektedir. Buna göre adı geçen özel hukuk tüzel kişileri, aynı maddenin altıncı fıkrasında belirtilen Kanun’un uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde Başkanlığın belirlediği ilke ve esaslar çerçevesinde sertifikasyon, yetkilendirme ve belgelendirme işlemlerini tamamlamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde siber güvenlik alanında faaliyette bulunamazlar. Dolayısıyla bu düzenlemede belirtilen onay, yetkilendirme ve izinlerin SiGüK m.16, f.2’de düzenlenen suçun konu unsurunu oluşturacağı açıktır. Yine Kanun m.7, f.1-ç gereğince ilk kez siber güvenlik alanında faaliyet gösterecek sertifikasyon, yetkilendirme ve belgelendirmeye tâbi siber güvenlik şirketlerinin faaliyete başlamadan önce mevcut düzenlemeler çerçevesinde Başkanlıktan almaları gereken onay da bu suçun konusunu oluşturur. Buna karşın SiGüK m.5 f.1-e’de SGB’nin görevleri arasında siber güvenlik alanında faaliyet gösterenlerin uyması gereken usul ve esasları düzenlemek sayılmış olsa da Başkanlığın söz konusu fıkranın verdiği yetkiye dayanarak çıkaracağı genel düzenleyici işlemlerde yer alan hükümlerin bu suçun konusunu oluşturması, TCK m.2’de düzenlenen suçların kanuniliği ilkesi nedeniyle mümkün değildir¹⁸. Yine SiGüK m.12, f.1’de SGB bünyesinden ayrılmış kişilere yönelik düzenlenen muvafakat ve f.2’de düzenlenen yetkilendirme koşulları, 12. maddede düzenlenen hususlara aykırı davranmak SiGüK m.16, f.8’de ayrıca suç olarak düzenlediği için, f.2’de düzenlenen suçun konusunu oluşturmaz.

¹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 337; Akbulut (n2) 349.

¹⁸ Özgenç (n3) 121; Karakehya (n3) 32.



C. SIR SAKLAMAYÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI SUÇU (SiGüK m.16, f.3)

SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun fiil unsuru, kişinin, suçun konusunu oluşturan SGB tarafından yürütülen görev ve faaliyetler kapsamında edindiği, kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgileri veya kişisel verileri ya da ticari sırları ve bunlara ait belgeleri, mevzuat gereği yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklamasıyla ya da gerçek ve tüzel kişilerin menfaatine kullanmasıyla oluşur. Bu bakımdan suç, failin yürüttüğü görev nedeniyle sır saklama şeklinde kendisine yüklenen bir yükümlülüğün, yani yasak normunun ihlali ile işlendiği için icrai hareketli bir suçtur¹⁹.

Suç, failin saklamakla yükümlü olduğu sır niteliğindeki bilgi veya belgele-ri açıklaması ya da gerçek ve tüzel kişilerin menfaatine kullanması şeklinde iki seçimlik hareketten birinin icrasıyla işlenebilir. Bu yüzden seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketli suçlarda failin seçimlik hareketlerden birden fazlasını icra etmesi durumunda yine de tek suç oluşacağından, failin başkasına açıklama ve menfaatine kullanma seçimlik hareketlerinden her ikisini de ihlal etmesi durumunda tek suç oluşur, ancak faile alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilir²⁰.

İfşa ile aynı anlama gelen açıklanma, gizli, yani başkalarının bilinmeyen bir bilgi veya belgenin gizlilik vasfı ihlal edilerek bilgi sahibi olmayan kişiler tarafından bilinebilir hale getirilmesidir²¹. Açıklanma fiilinin oluştuğundan bahsedilebilmesi için, bilgi veya belgenin, o bilgi veya belge kendisine gizli olan en az bir kişiye aktarılması yeterlidir. Açıklama fiilinin tamamlanması için muhatabın açıklanan bilgi veya belgeyi öğrenmesi gerekmez; fiil, failin bilgi veya belgeyi aktarmasıyla tamamlanmış olur²². Bu sebeple suç ani hareketli bir sırf hareket suçudur. Ayrıca kanuni tanımda ne şekilde işleneceği konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmediği için serbest hareketli olan suç, bilgi veya belgenin yazılı, sözlü, görsel olarak herhangi bir şekilde ifşasıyla işlenebilir²³. Ancak bilginin veya belgenin açıklandığından bahsedilebilmesi için, suçla korunan hukuki değeri ihlal edebilecek en azından bir kısmının içerik olarak başka kişi veya kişilere iletilmesi gerekir. İçeriğini açıklamadan sadece bilgi veya belgenin varlığının bildirilmesi, açıklama fiilini oluşturmaz²⁴. Son olarak kanun koyucu suçun oluşması için bilgi veya belgenin açıklanması durumunda bir zarar veya somut tehlikenin ortaya çıkmasını aramamıştır. Suç, bu sebeple bir soyut tehlike suçudur²⁵.

¹⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 337; Akbulut (n2) 349.

²⁰ Koca, Üzülmüş (n13) 124; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336.

²¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 702; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 576.

²² Tezcan, Erdem, Önok (n21) 702.

²³ Koca, Üzülmüş (n21) 576.

²⁴ Koca, Üzülmüş (n21) 576.

²⁵ Özgenç (n3) 221.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun diğer seçimlik hareketini oluşturan sır teşkil eden bilgi veya belgeyi bir gerçek veya tüzel kişinin menfaatine kullanma, sır saklama yükümlülüğü altında olan failin, söz konusu bilgi veya belgeyi bir gerçek veya tüzel kişi lehine çıkar temin etmek için kullanmasını ifade eder. Suçun tipikliğindeki menfaat kavramının, kavram TCK m.79’da düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda olduğu gibi maddi menfaatler şeklinde sınırlandırılmadığı için, irtikap suçunda olduğu gibi gerçek veya tüzel kişi lehine sağlanan maddi nitelikte olmayanlar da dahil her türlü çıkar ve fayda olarak anlaşılması gerekir²⁶. Bu sebeple örneğin, bir miktar paranın alınması kadar bir tayin işinin yapılması veya çocuğunun aslında kaydolma hakkı olmayan bir okula kaydedilmesi gibi doğrudan ekonomik değeri olmayan menfaatler de suçun konusunu oluşturur. Suçun bu seçimlik hareketinin oluşması için failin sahip olduğu sır teşkil eden bilgi ve belgeyi menfaatine kullanması yeterlidir. Lehine hareket ettiği gerçek veya tüzel kişinin menfaati elde etmiş olması gerekmez. Bu açıdan suç, bu seçimlik hareket bakımından hem sırf hareket suçu hem de oluşması için bir zarar veya tehlikenin ortaya çıkması aranmadığı bir soyut tehlike suçudur.

Suç, kanun koyucu menfaatine kullanma seçimlik hareketinin nasıl işleneceği konusunda herhangi bir sınırlama getirmediği için serbest hareketlidir; menfaat teminine yönelik herhangi bir şekilde işlenebilir. Ayrıca menfaat teminine yönelik hareketin yapılması ile hem tamamlanıp hem de biteceği için de ani hareketlidir²⁷.

D. SIZINTI SONUCU OLUŞAN VERİLERİ ERİŞİME AÇMA, PAYLAŞMA VEYA SATIŞA ÇIKARMA SUÇU (SİGÜK m.16, f.4)

Sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçu, sızıntı sonucu siber uzayda bulunan veriyi, verinin sahibi olan kişilerin veya kurumlardan izin almaksızın ücretli ya da ücretsiz olarak erişime açma, veriyi paylaşma veya satışa çıkarma şeklinde üç farklı hareketle işlenebilen seçimlik hareketli bir suçtur²⁸. Suç seçimlik hareketli bir suç olduğundan, işlenmesi için failin kanuni tanımda sayılan üç ayrı seçimlik hareketten birisini icra etmesi yeterlidir. Failin seçimlik hareketlerden birden fazlasını icra etmesi durumunda yine tek suç oluşur. Ancak bu durum temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır²⁹.

Suçun seçimlik hareketlerinden olan erişime açma, failin suçun konusunu oluşturan veri sızıntısı sonucu siber uzayda bulunan veriye, o veriye ulaşma imkânı olmayan kişilerin erişimlerini mümkün kılmasını ifade eder. Örneğin,

²⁶ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 1296; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024) 1099.

²⁷ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (8. Bası, Beta Yayın, İstanbul 2021) 262.

²⁸ Bahar Turgut, “Siber Uzayda Yer Alan Kişisel veya Kritik Kamu Hizmeti Kapsamına Giren Kurumsal Verileri Erişime Açma, Paylaşma ve Satışa Çıkarma Suçu”, (Haziran 2025) (16) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.207 vd.

²⁹ Koca, Üzülmüş (n13) 124; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336.



failin başka kişilere verinin siber uzayda bulunduğu yere girebilmesi için şifresini vermesi ya da başkalarının erişmesini önlemek için konulan güvenlik duvarı, şifre gibi tedbirleri devre dışı bırakması durumunda bu seçimlik hareket oluşur.

Suçun ikinci seçimlik hareketi olan paylaşma, TCK m.136'da düzenlenen vermek ve yaymak fiillerini birlikte ifade eder. Bu bakımdan bilginin, yazının veya görsel malzemenin başkasına aktarılmasını, elden verilmesini, iletişim araçlarının herhangi biriyle dağıtılmak suretiyle başkalarının öğrenmesinin mümkün kılınmasını ifade eder³⁰. Örneğin, suçun konusunu oluşturan verilerin bir internet sitesine yüklenerek alenileştirilmesi, sosyal medya hesaplarından yayınlanması veya mesajlaşma uygulamalarından başkalarına iletilmesi ya da depolandığı veri depolama cihazlarının elden verilmesi durumunda paylaşma seçimlik hareketi oluşur.

Suçun üçüncü ve son seçimlik hareketi olan satışa çıkarma ise suçun konusunu oluşturan verinin zilyedi olan veya en azından istediğinde erişebilecek durumda olan kişilerin, ücret karşılığı veriyi bir başkasına devretme iradesini gösteren, satmaya yönelik ve satmadan önce gelen tüm hazırlık hareketlerini ifade eder. Müşteri arama, satmayı teklif etme, bir ekonomik menfaat karşılığı anlaşmaya çalışma gibi hareketler, bu seçimlik hareketi oluşturur³¹.

Kanun koyucu suça vücut veren seçimlik hareketlerin ne şekilde işleneceği konusunda bir sınırlamaya gitmemiş, hatta erişime açma ve paylaşma seçimlik hareketlerinin oluşması için bu paylaşımın ücret karşılığı veya ücretsiz yapılması arasında bir fark gözetmemiştir. Bu sebeple suç, serbest hareketli bir suçtur³². Erişime açma ve paylaşma seçimlik hareketlerinin hem ani hem de mütemadi olarak işlenmesi mümkündür. Örneğin paylaşma seçimlik hareketi, verinin mesajlaşma uygulaması ile bir kişiye gönderilmesi durumunda ani hareketli, bir sosyal medya hesabından paylaşılması durumunda mütemadi olarak işlenmiş olur.

Suçun oluşması için erişime açma, paylaşma, satışa çıkarma seçimlik hareketlerinin icrasının nedeniyle verinin ait olduğu kişilerin bir zarar veya tehlikeye uğraması aranmamıştır. Bu sebeple suç, bir soyut tehlike ve sırf hareket suçudur³³.

E. VERİ SIZINTISI HAKKINDA GERÇEĞE AYKIRI İÇERİK OLUŞTURMA VEYA YAYMA SUÇU (SiGüK m.16, f.5)

SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma veya yayma suçu, veri sızıntısı gerçekleştiği konusunda gerçeğe aykırı içerik oluşturulması veya gerçeğe aykırı olarak oluşturulan içeriğin yayılması şek-

³⁰ Köksal Bayraktar, *Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku* (C.III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018) 642.

³¹ Melek Yamaner Özdemir, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188)*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 69.

³² Özbek, Doğan, Bacaksız (n7) 235; Zafer (n27) 248.

³³ Özgenç (n3) 221.

linde iki ayrı seçimlik hareketten birisinin icrasıyla işlenebileceğinden seçimlik hareketli bir suçtur. Suç seçimlik hareketli olduğundan, oluşması için failin içerik oluşturma veya oluşturulmuş içeriği yayma şeklindeki iki seçimlik hareketten birisini icra etmesi yeterlidir. Bu bakımdan hem içerik oluşturma hem de yayma fiilinin aynı kişi tarafından işlenmesi gerekmez. Failin her iki seçimlik hareketi de icra etmesi durumunda yine tek suç oluşur³⁴. Ancak bu durumda temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerekir.

Suçun seçimlik hareketlerinden biri olan veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma, failin ortada bir veri sızıntısı olmadığını bildiği halde, gerçeğe aykırı olarak böylesi bir veri sızıntısı olduğu izlenimi yaratacak yazılı, görsel veya sesli içerikler oluşturma ile işlenir. Örneğin, bir siber saldırı ile ülkede yaşayan kişilerin E Nabız uygulaması üzerinden sağlık bilgilerinin ele geçirildiğini gösteren görsel materyaller hazırlanması veya bu verileri korumakla görevli olduğu iddia edilen bir görevliye ait olduğu iddiasıyla sahte bir ses kaydının hazırlanması durumunda söz konusu seçimlik hareket oluşur. Bu seçimlik hareket, içeriğin oluşturulması ile birlikte hem tamamlanıp hem de biteceği için ani hareketli, suçun kanuni tanımında içeriğin ne şekilde hazırlanacağı konusunda herhangi bir sınırlama getirilmediği için serbest hareketlidir³⁵.

Suçun seçimlik hareketlerinden ikincisi, suçun konusunu oluşturan gerçeğe aykırı olarak oluşturulduğu bilinen içeriğin yayılmasıdır. Bir bilgi veya haber niteliği taşıyan içeriği yaymak, söz konusu içeriği birden çok kimseye duyurması, öğrenmesini sağlaması demektir³⁶. Yayma fiilinin tamamlanması için, yayılan içeriğin diğer kişiler tarafından öğrenilmesi gerekli değildir. Bu nedenle yayma fiili, failin gerçeğe aykırı olarak oluşturulduğunu bildiği içerikleri başkalarının öğrenmesini mümkün kılacak şekilde paylaşması ile işlenir. Suçun fiil unsurunu oluşturan yayma fiilinin gerçekleşmesi için bir veri sızıntısı yaşandığına ilişkin gerçeğe aykırı olduğu bilinen içeriklerin birden çok kişinin vakıf olabileceği şekilde ulaşılabilir kılınması yeterlidir. Yaymanın şekli, suçun oluşması bakımından önem taşımaz. İçerik, yazılı, sesli veya görüntülü olabileceği gibi, yazılı, sözlü, görüntülü ve eylemli olarak da yayılabilir³⁷. Örneğin, böylesi bir içeriğin internet sitesine yüklenmesi, haberleşme uygulamalarında kurulan gruplarda paylaşılması veya bir kişinin sosyal medyada yapılan böylesi bir içeriğe sahip paylaşımını kendi takipçilerinin de görmesi için yeniden iletmesi durumunda yayma fiili gerçekleşmiş olur. Suç bu sebeple serbest hareketlidir³⁸. Yayma seçimlik hareketi, gerçeğe aykırı olarak oluşturulan içeriğin paylaşılmasına yönelik yasak

³⁴ Koca, Üzülmaz (n13) 124; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336.

³⁵ Özgenç (n3) 184, 191.

³⁶ Bayraktar n(29) 642; Şenol (n9) 334.

³⁷ Şenol (n9) 334.

³⁸ Karakehya (n3) 56.



normun ihlali ile işlenebileceği için icrai hareketli; yayma hareketinin icrası ile hem tamamlanıp hem de sona ereceği için kural olarak ani hareketlidir. Ancak içeriğin, örneğin bir internet sitesinde belli bir süre duracak şekilde yüklenmesi durumunda, içerik sitede durduğu sürece yayma fiilinin icrası devam edeceği için, suç mütemadi şeklide işlenmiş olur³⁹.

Kanun koyucu bu suçun oluşması için her iki seçimlik hareketin icrası sonucunda da herhangi bir zarar veya somut tehlikenin meydana çıkmasını aramamıştır. Bu nedenle suç, bir sırf hareket ve soyut tehlike suçudur⁴⁰.

F. SİBER SALDIRI SUÇU (SiGüK m.16, f.6)

SiGüK m.16, f.6, 1. cümlede düzenlenen siber saldırı suçu, Türkiye Cumhuriyeti'nin siber uzaydaki milli gücünü meydana getiren unsurlarına yönelik olarak siber saldırıda bulunan veya bu siber saldırı neticesinde elde edilen herhangi bir veriyi siber uzayda bulunduran kişilerin, sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Dolayısıyla suç, siber saldırı düzenlenmesi veya düzenlenen bir siber saldırı sayesinde elde edilen verilerin siber uzayda bulundurulması şeklinde iki ayrı seçimlik hareket ile işlenebilir. Failin somut olayda her iki seçimlik hareketi de icra etmesi durumunda yine tek suç oluşur. Ancak faile alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilir⁴¹.

Suçun seçimlik hareketlerinden ilki, siber saldırıda bulunmaktır. Kanun, hem siber saldırı hem de siber tehdit kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre siber tehdit, bilişim sistemlerinin, bu sistemlerde bulunan veya bu sistemler tarafından işlenen verinin gizlilik, bütünlük veya erişilebilirliğinin ihlal edilmesine neden olabilecek potansiyel tehlikeleri ifade eder (SiGüK m.3, f.1-h). Suçun seçimlik hareketini oluşturan siber saldırı ise siber uzaydaki bilişim sistemlerinin ve bu sistemler tarafından işlenen verinin gizliliği, bütünlüğü veya erişilebilirliğini ortadan kaldırmak amacıyla siber uzayın herhangi bir yerindeki kişi veya bilişim sistemlerine yönelik olarak kasıtlı yapılan işlemler olarak tanımlanmıştır (SiGüK m.3, f.1-ğ). Siber saldırı, bilişim sistemlerini kullanım dışı bırakmak, verileri çalmak, değiştirmek, yok etmek gibi amaçlarla bilişim sistemlerinin açıklarını veya bu amaçla geliştirilmiş yazılımları kullanmak suretiyle bilişim sistemlerine yetkisiz erişim sağlanması suretiyle gerçekleştirilir⁴². Bu saldırılar, kişisel sebepler ile ekonomik çıkar amacıyla siyasi amaçlarla terör amacıyla ve devletler arası mücadelede siber savaş amacıyla yapılabilir. En bilinen siber saldırı yöntemleri, oltalama (phishing), dağıtılmış hizmet engelleme (ddos), ortadaki adam saldırısı, SQL enjeksiyonu, XXS güvenlik açığı, kaba kuvvet saldırıları, şifre saldırıları,

³⁹ Şenol (n9) 334.

⁴⁰ Özgenç (n3) 184, 191.

⁴¹ Koca, Üzülmüş (n13) 124; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336.

⁴² Ebru Yıldırım Yeniman, "Bilişim Sistemlerine Yönelik Siber Saldırı ve Siber Güvenliğin Sağlanması", (2018) 7(2) *Mesleki Bilimler Dergisi*, 3.

fidye yazılımları, sıfır gün saldırısı, gelişmiş kalıcı tehdit (APT) olarak kabul edilmektedir⁴³. Örneğin, bir ülkenin elektrik veya doğalgaz hatlarının işletilmesini sağlayan bilişim sistemlerinin devre dışı bırakılması suretiyle enerji hatlarının devre dışı bırakılması, finans, ulusal güvenlik ve savunma sanayi alanında faaliyet gösteren kurumlara yönelik, bu kurumların elindeki bilgileri bulundukları bilişim sistemine uzun süreli olarak yerleşerek ele geçirmeye yönelik APT saldırıları ya da önemli kurumların web sitelerine ulaşılmasını engellemek için yapılan hacklemeler, siber saldırıya örnek verilebilir.

SiGüK m.3, f.1-ğ’de siber saldırı kavramı tanımlanırken siber uzayın herhangi bir yerindeki bilişim sistemleri dışında kişilere yönelik kasıtlı işlemlerin de siber saldırı olarak kabul edileceği düzenlemiştir. Buradaki kişiler ibaresi, bir şeyin siber saldırı olarak kabul edilebilmesi için saldırının siber uzayda gerçekleşmiş olması zorunluluğunun bulunduğundan da anlaşılacağı üzere kişilerin fiziksel varlıklarını değil, bireylere ait bilişim sistemlerini ifade eder. Zira Kanun siber uzayı, Doğrudan ya da dolaylı olarak internete, elektronik haberleşme veya bilgisayar ağlarına bağlı olan tüm bilişim sistemlerini ve bunları birbirine bağlayan ağlardan oluşan ortam olarak tanımlamıştır (SiGüK m.3, f.1-i). Dolayısıyla bu ifade ile kamu veya özel hukuk tüzel kişilerine ait bilişim sistemleri dışında gerçek kişilere ait sistemlerin de siber saldırı suçunun konusunu oluşturabileceğinin kabul edildiğini söylemek doğru olur. Bir kişiye ait akıllı telefona casus yazılım yerleştirilerek telefonun kontrolünün ele geçirilmesi ve verilerinin gizliliğinin ihlal edilmesi bu duruma örnek verilebilir.

SiGüK m.16, f.6, 1. cümlede Türkiye Cumhuriyeti’nin siber uzaydaki milli gücünü meydana getiren unsurlarına yönelik saldırıların siber saldırı suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Söz konusu ifade, ilk bakışta kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili olmayan özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine ait bilişim sistemlerinin siber saldırı suçunu oluşturmayacağı intibayı uyandırmaktadır. Ancak Kanun’un 1. maddesinde amacı belirtilirken “Türkiye Cumhuriyeti’nin siber uzaydaki milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel tehditlerin tespit ve bertaraf edilmesi...”’nden bahsedildikten sonra, kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların da siber saldırılara karşı korunmasına yönelik gerekli düzenlemelerin yapılması zikredilmek suretiyle açıkça hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine ait bilişim sistemlerinin Türkiye Cumhuriyeti’nin siber uzaydaki milli güç unsurları arasında olduğu hem de bu kişilerin siber saldırılara karşı korunmasının Kanun’un amaçları arasında bulunduğu belirtilmiştir.

Siber saldırı suçu, bir yasak normunun ihlaliyle gerçekleştiği için icrai hareketli bir suçtur⁴⁴. Suçun icrası saldırı fiilinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanıp

⁴³ Akbulut (n11) 72; Yeniman Yıldırım (n41) 3.

⁴⁴ Artuk, Gökçen, Aşahin, Çakır (n2) 337.



bitebileceği gibi bitmeden devam da edebilir. Bu sebeple hem ani hem mütemadi olarak işlenebilir⁴⁵. Örneğin, bir kişinin telefonunun casus yazılım yerleştirilerek takip edilmesi durumunda suç mütemadi, bilişim sistemine izinsiz girilerek belli verilerin yok edilmesi durumunda ani hareketli olarak işlenmiş olur. Siber saldırı seçimlik hareketinin oluşması için saldırı sonucunda bilişim sisteminin zarar görmesi, işlemez hale gelmesi, veri çalınması gibi bir sonuç veya bunlar üzerinde bir tehlike meydana gelmesi aranmamıştır. Dolayısıyla suç, bir soyut tehlike suçudur⁴⁶. Ancak siber saldırı fiili neticesinde çoğu durumda bir zarar meydana geleceği açıktır. Kanun koyucunun bir zarara yol açılmasını nitelikli hal veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlememiş olması, önemli bir eksiklik teşkil etmektedir. Mevcut durumda bu husus, ancak TCK m.61, f.1-e gereğince temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesine neden olabilir.

Suçu oluşturan ikinci seçimlik hareket, siber saldırıda bulunan kişilerin siber saldırı neticesinde elde ettikleri herhangi bir veriyi siber uzayda bulundurmasıdır. Öncelikle suçun bu seçimlik hareketinin ilk seçimlik hareketinden tamamen farklı olduğunu, dolayısıyla ayrı suç tipleri olarak düzenlemelerinin gerektiğini, hatta doğrusu suçun ikinci seçimlik hareketinin fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen ve konu unsuru aynı olan siber saldırı sonucunda elde edilen verinin yayılması suçunun seçimlik hareketlerinden biri olarak düzenlemesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

Siber saldırı neticesinde elde edilen verinin siber uzayda bulundurulması seçimlik hareketinin oluşması için suçun konusunu oluşturan elde bulundurulan verinin fail veya failler tarafından gerçekleştirdikleri siber saldırı neticesinde elde edilmiş bir veri olması gerektiğinden, failin öncesinde siber saldırı suçu işlemesi bu seçimlik hareket açısından önkoşul niteliğindedir. İkinci olarak bu siber saldırı sonucunda siber uzayda bulunan bir kısım veriler ele geçirilmiş olmalıdır. Üçüncü olarak da bu verileri ele geçirmiş kişiler, verileri siber uzayda bulundurmalıdır. Bulundurmak, bir şeyi fiili hakimiyeti, kontrolü altında tutma anlamına gelir⁴⁷. Dolayısıyla bulundurma seçimlik hareketinin oluşması için, failin, veriyi, üzerinde istediğinde tasarruf edebileceği şekilde fiili hakimiyeti ve kontrolü altında tutması gerekir⁴⁸. Örneğin, bir şirketin veritabanlarına yönelik icra edilen siber saldırı sonucunda elde edilen müşterilerin kişisel verilerinin bir bulut sisteminde depo edilmesi durumunda bu seçimlik hareket oluşur. Buna karşılık siber uzaya dahil olmayan bir taşınabilir hardisk veya usb bellek içerisinde bulundurulması durumunda bu suç oluşmaz.

⁴⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız (n7) 239.

⁴⁶ Özgenç (n3) 221.

⁴⁷ Yamaner Özdemir n(30) 79.

⁴⁸ Yamaner Özdemir n(30) 79.

Suçun oluşması için bulundurma fiilinin üzerinde icra edileceği verilerin mut-laka kişisel veri niteliğinde olması aranmamış, veri olması yeterli sayılmıştır. Bu sebeple bir bilişim sistemi tarafından işlenen, bir şeyleri analiz etmekte kullanılan veya depolanan, sayılar, metinler, görüntüler, videolar, sesler ve başkaca herhangi bir formatta bulunan her şey veri kavramının kapsamına girer⁴⁹. Suçun oluşması için bu verilerin siber uzayda bir süre fiili hakimiyet altında tutulması yeterlidir. Bu sebeple suç, icrai hareketle mütemadi olarak işlenebilecek bir suçtur⁵⁰. Suçun oluşması için verilerin bulundurulması nedeniyle bir tehlike veya zarar ortaya çıkması aranmadığı için de soyut tehlike suçudur⁵¹.

G. SİBER SALDIRI SONUCUNDA ELDE ETTİĞİ VERİYİ YAYMA SUÇU (SiGüK m.16, f.6)

Kanun koyucu SiGüK m.16, f.6, ikinci cümlede, birinci cümlede yer ver-diğinden farklı bir suç tip yaratarak gerçekleştirdiği siber saldırı neticesinde elde ettiği her türlü veriyi siber uzayda yayan, başka bir yere gönderen veya satışa çıkaranlara on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Bu suçun konu unsuru, ilk cümlede düzenlenen verilerin bulundurulması suç-u ile aynı olduğu için veri kavramına ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir.

SiGüK m.16, f.6, ikinci cümlede düzenlenen suçun oluşması için, aynı veri-lerin bulundurulması suçunda olduğu gibi, faillerin önce siber saldırı suçunu iş-lemesi ve bu saldırı neticesinde siber uzayda bulunan bazı verileri ele geçirmesi gerekir. Bu durum, suçun oluşması için ön şart niteliğindedir.

SiGüK m.16, f.6, ikinci cümlede düzenlenen suçun fiil unsuru, siber saldırı neticesinde elde edilen verilerin siber uzayda yayılması, başka bir yere gönde-rilmesi veya satışa çıkarılmasıdır. Bu bakımdan suç, üç ayrı seçimlik hareketten birinin icrasıyla işlenebilecek seçimlik hareketli bir suçtur. Failin somut olayda seçimlik hareketlerden birden fazlasını icra etmesi durumunda yine tek suç oluşur. Ancak faile alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayini yoluna gidilir⁵².

Suçun fiil unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden ilki, siber saldırı neti-cesinde elde edilen verilerin siber uzayda yayılmasıdır. Bir veriyi yaymak, söz konusu verinin birden çok kişinin haberdar olabileceği veya erişebileceği şekilde paylaşılmasıdır⁵³. Yayma fiilinin gerçekleşmesi için failin siber saldırı neticesin-de elde ettiği veriyi birden çok kişinin haberdar olabileceği şekilde ulaşılabilir

⁴⁹ Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014) 50 vd; Akbulut (n11) 188.

⁵⁰ Zafer (n27) 262.

⁵¹ Özgenç (n3) 221.

⁵² Koca, Üzülmöz (n13) 124; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336.

⁵³ Bayraktar (n29) 642.



kılması yeterlidir. Yaymanın ne şekilde gerçekleştirildiği suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Veri, yazılı, sesli veya görüntülü bir veri olabilir ve bu şekilde yayılabilir. Yayma fiilinin gerçekleşmiş sayılması için yayılan bilginin birden çok kişi tarafından öğrenilmesi de gerekmez. Önemli olan siber uzayda başkaları tarafından öğrenilebilecek şekilde paylaşılmasıdır⁵⁴. Yaymanın siber uzay kavramına dahil olmayan fiziksel şekilde yayılması durumunda bu suç oluşmaz. Bu sebeple bir gazete, dergi ya da kitapta basılması bu suçu oluşturmaz.

Suçun diğer seçimlik hareketi olan siber saldırı neticesinde elde edilen verilerin aslının ya da kopyasının siber uzayda başka bir yere gönderilmesi, verilerin siber uzayda bulunan bir bilişim sistemi veya bunların bağlı olduğu ağlarda bir yerden başka bir yere nakledilmesidir⁵⁵. Gönderme, yaymadan farklı olarak verinin başka kişiler tarafından öğrenilmesini değil, verinin veriyi elde edenin güvenli bir biçimde kontrol edebilmesi için başka bir bilişim sistemine veya sistemin parçası olduğu ağ içerisinde daha güvenli gördüğü bir yere aktarılmasını ifade eder. Bu bakımdan gönderme, siber saldırı sonucunda elde edilen veriler üzerindeki hakimiyetin sürdürülmesi için yapılır⁵⁶.

Suçun üçüncü seçimlik hareketi, siber saldırı neticesinde elde edilen verilerin siber uzayda satışa çıkarılmasıdır. Verinin satışa çıkarılması, verinin zilyedi olan veya en azından istediğinde erişebilecek durumda olan kişilerin, ücret karşılığı veriyi bir başkasına devretme iradesini gösteren, satmaya yönelik ve satmadan önce gelen tüm hareketlerini ifade eder⁵⁷. Müşteri arama, bir ekonomik menfaat karşılığı anlaşmaya çalışma gibi hareketler, bu seçimlik hareketi oluşturur. Bu seçimlik hareketin oluşması için verinin siber uzayda satışa çıkarılması gerekir. Fiziki ortamda satışa çıkarma, suçun bu seçimlik hareketine vücut vermez.

Suçun her üç seçimlik hareketi de işlenme biçimleri konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmediği için serbest hareketli, bir yasak normunun icrasıyla işlenebileceği için icrai hareketli ve işlenmeleri neticesinde herhangi bir zarar veya tehlikenin ortaya çıkması aranmadığı için soyut tehlike suçu niteliğindedir⁵⁸. Seçimlik hareketlerden bulundurma ve satışa çıkarma mütemadi hareketli; gönderme, göndermenin gerçekleşmesi ile suç hem tamamlanıp hem de biteceği için ani hareketlidir.

H. YASAK HÜKÜMLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇU (SiGüK m.16, f.8)

SiGüK m.16, f.8'de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçu, Kanun'un 12. maddesinde Siber Güvenlik Başkanlığında kadrolu veya sözleşmeli

⁵⁴ Şenol (n9) 334.

⁵⁵ Akbulut (n2) 202.

⁵⁶ Akbulut (n2) 202.

⁵⁷ Yamaner Özdemir (n30) 69.

⁵⁸ Zafer (n27) 256; Karakehy (n3) 61.

statüde çalışmış kişiler için getirilmiş bazı davranış yükümlülüklerine aykırı davranılmasını suç olarak düzenlenmiştir. Suç bu bakımdan belli kişiler tarafından, Kanun ile yasaklanmış bazı davranışlara aykırı davranılması ile işlenebileceği için icrai hareketli bir suçtur⁵⁹.

SiGüK 12. maddesinde düzenlenen yasak fiillerin ilk grubu, söz konusu maddenin 1. fıkrası gereğince başkanlık bünyesinde kadrolu veya sözleşmeli statüde çalışmış ve istifa, işten çıkarma gibi herhangi bir sebeple kurumdan ayrılmış personelin iki yıl süreyle Başkanlıktan muvafakat almadan, siber güvenlik alanında herhangi bir sıfatla çalışması ve faaliyette bulunmasıdır. Yasaklanan bu hususlar fıkra, siber güvenlik alanında a) resmi veya özel görev alma, b) ticaretle uğraşma, serbest meslek faaliyetinde bulunma ve bu kapsamda bu sektörde faaliyet gösteren bir şirkette hissedar veya yönetici olma şeklinde sayılmıştır. Dolayısıyla bu fıkra açısından suç teşkil eden fiil aslında faaliyette bulunma değil, Başkanlığın muvafakati olmadan faaliyette bulunmadır. Bu bakımdan suç, bağlı hareketli bir suçtur⁶⁰. Örneğin, Başkanlıktan istifa etmiş bir personelin, Başkanlıktan muvafakat almadan, siber güvenlik alanında faaliyet gösteren bir siber güvenlik şirketinde veya örneğin bir şirketin bilişim sistemlerinin siber güvenliğinden sorumlu bilgi işlem servisinde çalışması ya da böylesi bir şirkete danışmanlık hizmeti vermesi durumunda söz konusu suç oluşur.

SiGüK m.12, f.2’de düzenlenen yasak fiillerin ikinci grubu ise çalışan veya görevden ayrılan personelin, Başkanlıkça yetki verilmedikçe, icra ettikleri görev ve faaliyetleri kapsamında edindiği bilgi, belge ve benzeri her türlü veriyi radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması veya açıklanmasıdır. Dolayısıyla suçun bu seçimlik hareketi, Başkanlık personeli tarafından görevi gereği öğrenilen suçun konusunu oluşturan bilgi, belge veya verilerin herhangi bir şekilde yayımlanması veya açıklanması, yani başka kişilerce öğrenilmesine imkân sağlanması ile oluşur. Ancak hiç kuşkusuz burada suçun oluşabilmesi için, açıklama ve yayma fiilinin konusunu oluşturan bilgi, belge ve verilerin, SiGüK m.16, f.3’te düzenlenen ve daha özel norm niteliğinde olan sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun kapsamına giren Kanun’un 13. maddesinde sır saklama yükümlülüğü kapsamında gördüğü, *“kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgeler”* den olmaması gerekir. Bu sebeple gizlilik niteliğine haiz bir siber savaş anında yapılacak işleri içeren belgeler, bu suçun değil, sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun konusunu oluşturur. Buna karşın gizlilik vasfı olmayan bir siber saldırıya ilişkin kamuoyunca bilinmeyen ve Başkanlık çalışanının görevi gereğince öğrendiği bilgi, bu suçun konusunu oluşturur.

⁵⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 337.

⁶⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız (n7) 235.



Yayımlanma veya açıklanma fiilinin oluştuğundan bahsedilebilmesi için, bilgi veya belgenin, kendisine gizli olan en az bir kişinin öğrenebileceği şekilde aktarılması yeterlidir. Açıklama fiilinin tamamlanması için muhatabın açıklanan bilgi veya belgeyi öğrenmesi gerekmez, failin bilgi veya belgeyi öğrenmeye elverişli şekilde aktarmasıyla fiil tamamlanmış olur⁶¹. Ancak bilginin veya belgenin açıklandığından bahsedilebilmesi için, suçla korunan hukuki değeri ihlal edebilecek en azından bir kısmının içerik olarak başka kişi veya kişilere iletilmesi gerekir. İçeriğini açıklamadan sadece bilgi veya belgenin varlığının bildirilmesi, açıklama fiilini oluşturmaz⁶². Örneğin, Türkiye'ye yönelik bir siber saldırı gerçekleştiğine ilişkin, saldırının herhangi bir ayrıntısını içermeyen bir telefon mesajı, açıklama içermediği için suç oluşturmaz. Buna karşın böylesi bir saldırıya ilişkin bilgileri içeren gizlilik vasfı olmayan bir kurum raporunun bir gazeteciye gönderilmesi, bu suç oluşturmaz. Suç, kanuni tanımında bu seçimlik hareketinin ne şekilde işleneceği konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemek suretiyle bilgi, belge veya verinin yazılı, sözlü, görsel, işitsel herhangi bir şekilde yayımlanması veya açıklanması ile işlenebileceği kabul edildiği için, serbest hareketli bir suçtur⁶³.

I. GÖREVİ VE YETKİYİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (SiGüK m.16, f.9)

Siber Güvenlik Kanunu'nda düzenlenen dokuzuncu ve sonuncu suç, görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçudur. Kanun koyucu, muhtemelen TCK m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan esinlenerek bu Kanun açısından da bir görevi kötüye kullanma suçu ihdas etmiş, bunu yaparken de SiGüK'nde düzenlenen birçok suç tipi gibi bu suçu da seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre mezkûr suç, SiGüK'nden kaynaklanan görev ve yetkilerini kötüye kullanılması veya kritik altyapıların siber saldırılara karşı korunması kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket edilmesi suretiyle veri ihlali yaşanmasına sebebiyet verilmesi şeklinde iki ayrı seçimlik hareketin icrasıyla işlenebilir. Suçun iki seçimlik hareketinin birlikte işlendiği veya Kanun'dan kaynaklanan görev ve yetkinin kötüye kullanılmasının kritik altyapıların siber saldırılara karşı korunması kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket etme de teşkil ettiği durumlarda, tek suç oluşur. Ancak bu durum, TCK m.61 gereğince temel cezanın alt sınırından uzaklaşarak belirlenmesini gerektirir⁶⁴.

Suçun seçimlik hareketlerinden ilki olan bu Kanun'dan kaynaklanan görev ve yetkinin kötüye kullanılmasının oluşması için, Kanun kapsamında görevlendirilmiş SGB çalışanları veya SGB'nin verdiği yetki ile faaliyet gösteren kişi ve kurumların, Kanunen kendisine tanınan görev ve yetkileri kötüye kullanması ge-

⁶¹ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 702; Koca, Üzülmüş (n21) 576.

⁶² Tezcan, Erdem, Önok (n21) 702; Koca, Üzülmüş (n21) 576.

⁶³ Özgenç (n3) 184; Karakehya (n3) 56.

⁶⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 336; Koca, Üzülmüş (n13) 124.

rekir. Bu kapsamda suçun oluşması için öncelikle fail, SiGüK’nden kaynaklanan bir görev ve yetkiye sahip olmalıdır. Bu sebeple failin yaptığı eylemler kendisinin değil de örneğin SGB’de çalışan başka bir çalışanın görevine giriyorsa bu suç oluşmaz⁶⁵. İkinci olarak da fail görev ve yetkisinin kapsamına giren bir durumda, icrai bir davranışla yapması yasaklanan bir şeyi yapmalı veya emredilen bir şeyi yapmamış olmalıdır. Bu bakımdan görevin gereklerine aykırı hareket, hem icrai hem ihmali hem ani hem mütemadi olarak işlenebilecek serbest hareketli bir suçtur⁶⁶. Suçun oluşması veya faile ceza verilebilmesi için, görev ve yetkinin kötüye kullanılması sonucunda, örneğin kamunun zarara uğraması veya bireylerin mağduriyet yaşaması gibi herhangi bir zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması aranmadığı için, suçun bu seçimlik hareketi, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. SGB bünyesinde çalışan personelin 5237 sayılı TCK m.6, f.1-c gereğince kamu görevlisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun böylesi bir koşulun arandığı TCK m.257’ye göre⁶⁷ özel norm niteliğinde olacak böylesi bir suç tipini farklı tipiklik unsurları arayarak yaratmasının gerekli ve isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

Suçun ikinci seçimlik hareketi, kritik altyapıların siber saldırılara karşı korunması kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket edilmesi suretiyle veri ihlali yaşanmasına sebebiyet verilmesidir. Bu seçimlik hareketin oluşması için, SiGüK m.3, f.1-d’de kritik altyapı olarak tanımlanan *“İşlediği bilginin/verinin gizliliği, bütünlüğü veya erişilebilirliği bozulduğunda can kaybına, büyük ölçekli ekonomik zarara ve güvenlik açıklarına veya kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek bilişim sistemlerini barındıran altyapılar”*a yönelik bir siber saldırıda bulunulmalıdır. Dolayısıyla herhangi bir siber saldırı değil, sadece sağlık sistemi, ulaşım sistemi, su tedarik altyapısı, borsa, merkez bankası gibi önemli finansal kurumlar, savunma ve güvenlik birimleri gibi kritik altyapılara yönelik ciddi ölçekteki siber saldırılar sırasında görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi bu seçimlik harekete vücut verir. Buna karşın siber uzayda kritik alt yapı niteliğinde olmayan yerlere yapılan siber saldırılar sırasında görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi, suçun ilk seçimlik hareketini oluşturur. Suçun bu seçimlik hareketinin oluşması için ikinci koşul, failin kritik nitelikteki altyapılara yönelik bir siber saldırı sırasında görevin gereklerine aykırı hareket etmesidir⁶⁸.

⁶⁵ Yokuş Sevik (n10) 270; Okuyucu Ergün (n10) 7; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 1132.

⁶⁶ Yokuş Sevik (n10) 268 vd; Okuyucu Ergün (n10) 7 vd.

⁶⁷ Söz konusu koşul için bakınız: Yokuş Sevik (n10) 282.

⁶⁸ Öğretide belirtildiği üzere kamu görevlileri açısından görevin gereklerinin nelerden ibaret olduğu, kanun, idari düzenlemeler, mesleki uzmanlık bilgisi ve gelenekler ile belirlenir. Bu sebeple söz konusu ifadenin aslında bir açık ceza normu olduğu da ileri sürülmüştür. Somut bir davada bu durum, büyük ölçüde bilirkişi incelemesi ve SGB denetim raporları ile belirlenebilecektir. Görevin gereklerine aykırı hareket için bakınız: Okuyucu Ergün, (n10) 6 vd.



Örneğin, failin, siber saldırıyı gerçekleştirenler ile birlikte hareket ederek siber savunma önlemlerini devre dışı bırakması ya da sistemin siber saldırı uyarısına rağmen hareketsiz kalarak siber saldırıyı püskürtmek veya verilerin güvenliğini temin etmek için gerekenleri yapmaması durumunda bu seçimlik hareket oluşur. Dolayısıyla suçun bu seçimlik hareketi de hem icrai veya ihmali hem ani ya da mütemadi olarak işlenebilir. Ancak kanun koyucu, suçun ilk seçimlik hareketinin aksine bu seçimlik hareketinin oluşmasını için görevin gereklerine aykırı hareket edilmesinin veri ihlaline sebebiyet vermesi şeklinde bir neticeye yol açmasını aramış; dolayısıyla bu seçimlik hareketi, neticeli suç olarak düzenlemiştir. Bu sebeple failin suçun bu seçimlik hareketinden cezalandırılabilmesi için, kritik altyapılara yönelik siber saldırıların savunulmasına ilişkin bir görevinin olması, bu görevin gereklerine aykırı icrai veya ihmali bir davranışı bilerek yapması veya yapmaması, failin görevin gereklerine aykırı hareketinin veri ihlali yaşanmasına neden olması, yani veri ihlali ile failin görevin gereklerine aykırı hareketi arasında nedensellik bağı bulunması ve veri ihlali yaşanmasının faile objektif olarak isnad edilebilmesi gerekir. Veri ihlali yaşanmasının faile objektif olarak isnad edilmediği durumlarda suç da oluşmaz⁶⁹. Ancak bu seçimlik harekette veri ihlaline sebebiyet vermenin bir objektif cezalandırma şartı olarak düzenlenmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

V. KONU

Suçun konusu, suç teşkil eden fiilin yöneldiği kişi veya şeydir⁷⁰. SiGüK m.16'da düzenlenen farklı suç tipleri, konu unsuru bakımından da farklılık göstermektedir.

SiGüK m.16, f.1'de düzenlenen kanunla yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin görev ve yetkileri kapsamında istedikleri bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma suçunun konusu, verilmeyen veya alınmasına engel olunan bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımdır. Ancak suçun konusu, kamu kurum ve kuruluşları hariç Kanun'un kapsamına giren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara ait bilgi, belge, yazılım, veri ve donanım ile sınırlanmıştır. Bu sebeple kamu kurum ve kuruluşlarına ait olanlar, suçun konusunu oluşturmaz.

SiGüK m.16, f.2'de düzenlenen kanunen alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme suçunun konusu, gerekli onay veya izin alınmaksızın siber güvenlik alanında yürütülen faaliyetlerdir. Dolayısıyla bu fıkra da düzenlenen suçun fiil unsuru faaliyetin gerekli onay, yetki veya izni olmadan yürütülmesi, konusu ise izinsiz olarak yürütülen faaliyettir.

⁶⁹ Koca, Üzülmüş (n13) 140.

⁷⁰ Zafer (n27) 208; Hakeri (n7) 144.

SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun konusu, Kanun'un 13. maddesi gereğince açıklanması veya gerçek ya da tüzel kişilerin menfaatine kullanılması yasak olan ve Başkanlık tarafından yürütülen görev ve faaliyetler kapsamında edinilen kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgelerdir.

SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunun konusu, erişime açılması, paylaşılması, satışa çıkarılması bu fıkra düzenlenmiş suç ile yasaklanmış, siber uzayda veri sızıntısı nedeniyle daha önce yer alan kişisel veriler ile kritik kamu hizmetiyle ilgili kurumsal verilerdir. Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir⁷¹. Kritik kamu hizmeti SiGüK m.3, f.1-e'de ulusal, toplumsal veya ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesi için gerekli olan ve kesintiye uğraması veya zarar görmesi halinde ulusal güvenlik, ülkenin sosyal veya ekonomik refahı, kamu düzeni veya sağlığı ya da diğer hizmetlerin sunumu üzerinde önemli bir etki oluşturabilecek ülke genelinde tekel veya sınırlı ikame ile sunulan hizmet olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kritik kamu hizmetine ilişkin veri, belirtilen nitelikteki hizmetleri yürüten kurumlara ilişkin her türlü veriyi ifade eder. Örneğin, sağlık hizmetleri, toplumsal faaliyetlerin sürdürülmesi için gerekli ve kesintiye uğraması veya zarar görmesi kamu sağlığını hatta diğer hizmetlerin sunumunu önemli ölçüde etkileyebilecek bir hizmet olduğu için, kritik bir kamu hizmetidir. Aynı şekilde ulaştırma, enerji, güvenlik, bankacılık gibi hizmetler, anılan özellikte olduğu için kritik kamu hizmetidir. Bu sebeple hizmeti yürüten kuruluşların söz konusu hizmetlere ilişkin verileri, bu suçun konusunu oluşturur. Burada suçun konusunu oluşturan veri, sadece örneğin E Nabız uygulamasında yer alan veriler gibi özellikli veriler değil, kamu sağlığı ile ilgili kritik kamu hizmeti kapsamındaki tüm verilerdir. Zira kanun koyucu bir verinin bu suçun konusunu oluşturabilmesi için kritik nitelikte olmasını aramamış, kritik kamu hizmetine ilişkin olmasını yeterli görmüştür. Bu sebeple Sağlık Bakanlığına ait, sağlık hizmetlerinin görülmesine ilişkin tüm veriler bu suçun konusunu oluşturabilir. Ancak sağlık hizmetlerinin görülmesine ilişkin olmayan veriler, bu suçun konusunu oluşturmaz. Yine kritik kamu hizmeti, ülke genelinde tekel veya sınırlı ikame ile sunulan hizmet olarak tanımlandığı için, bu nitelikte olmayan kurumlara ilişkin veriler suçun konusunu oluşturmaz. Örneğin, bir şehirde tekel olarak işletilen metro ve tramvay gibi ulaştırma hizmetlerine ya da su kanalizasyon hizmetlerine ilişkin kurumların sunduğu hizmet tekel niteliğinde olduğu için, bu suçun konusunu oluşturur. THY gibi sınırlı ikamesi olan kurum ve kuruluşlara ilişkin veriler de bu suçun konusunu oluşturur. Buna karşın sınırlı ikamesi olduğu kabul edilemeyecek bir özel bankaya ilişkin verilerin bu suçun

⁷¹ Oğuz Usta, *Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 53; Bahar Turgut, "Türk Ceza Hukukunda Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m.138)", (Mart 2025) (233) *Terazi Hukuk Dergisi*, 133.



konusunu oluşturmadığını kabul etmek daha doğru olur. Zira gerçek kişi vasfında olmayan siber uzayda varlık gösteren, faaliyet yürüten, hizmet sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara ait veriler, kritik kamu hizmetine ilişkin olmadığı sürece bu suçun konusunu oluşturmaz.

SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçunun konusu, oluşturulması ve yayılması suç olarak düzenlenmiş veri sızıntısı gerçekleştiği hakkındaki gerçeğe aykırı içeriklerdir. Suçun konusunu oluşturan içerikler görsel, yazılı, sözlü olabilir. Örneğin, gerçekleşmemiş bir siber saldırı sonucu belli bir sitenin üyelerinin kişisel bilgilerinin çalındığını gösteren sahte ekran görüntüleri veya böylesi bir durumun gerçekleştiğini iddia eden gizli ses ya da röportaj kaydı suçun konusunu oluşturur.

SiGüK m.16, f.6'nın birinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı suçunun konusu, siber saldırı teşkil eden kasıtlı işlemlerin kendisine karşı gerçekleştirildiği, siber uzayın herhangi bir yerindeki kişi veya bilişim sistemleridir. Bu suç açısından suçun konusunu oluşturan bilişim sistemlerinde yer alan veriler de suçun konusuna dahildir.

SiGüK m.16, f.6'nın ikinci cümlesinde düzenlenen siber saldırı sonucunda elde edilen veriyi yayma suçunun konusu ise siber saldırı sonucu elde edildikten sonra yayılan verilerdir. Kanun koyucu, bu suçun konusunu oluşturabilecek verinin niteliği konusunda, kişisel veri olması, kritik bir kamu hizmetine ilişkin olması gibi herhangi bir sınırlamaya gitmemiştir. Dolayısıyla her türlü veri, suçun konusunu oluşturur. Bir bilişim sistemi tarafından işlenebilen ve depolanabilen, bir şeyleri analiz etmekte kullanılan sayılar, metinler, görüntüler, videolar, sesler ve başkaca herhangi bir formatta bulunan her şey, veri kavramının kapsamına girer⁷²

SiGüK m.16, f.8'de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçunun konusu, Kanun'un 12. maddesinde Başkanlıkta kadrolu veya sözleşmeli statüde çalışmış ve herhangi bir nedenle ilişkisi kesilmiş kişilere izin alınmadan yapılması yasaklanan, iki yıl süreyle yurt içi veya yurt dışında siber güvenlik alanında resmi veya özel görev alma, siber güvenlik alanında ticaretle uğraşma, serbest meslek faaliyetinde bulunma, sektörde faaliyet gösteren bir şirkette hissedarlık veya yöneticilik yapma ile bu kişilerin Başkanlıktaki görevleri ve faaliyetleri kapsamında edindiği ve yayımlanması ve açıklanması yasaklanmış her türlü bilgi, belge ve benzeri veridir.

SiGüK m.16, f.9'da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçunun konusu, suçun failinin kötüye kullandığı veya gereklerine aykırı hareket ettiği yetkisi ve görevidir. Bu yetki ve görevlerin neler olduğu, kanun, idari düzenlemeler ve meslek uzmanlık bilgisi ile belirlenir⁷³.

⁷² Değirmenci (n41) 50 vd.; Akbulut (n2) 188.

⁷³ Görev ve yetki konusunda bakınız: Yokuş Sevik, (n10) 270; Okuyucu Ergün (n10) 6 vd.

VI. NİTELİKLİ HALLER

SiGüK m.16, f.7’de, maddede düzenlenen suçlar için üç ayrı nitelikli hal belirlenmiştir. Nitelikli hale ilişkin düzenleme maddenin yedinci fıkrasında yapıldığı için, bu nitelikli hallerin 8. fıkra da düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçu ile 9. fıkrasında düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma ile görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlaline sebebiyet verme suçlarına uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla suçun kamu görevlisi tarafından veya birden fazla kimse tarafından ya da bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, Kanun’un 8. ve 9. fıkrasında düzenlenen suçlar haricinde kalan ilk altı fıkra da düzenlenen suçlar açısından cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal teşkil eder.

SiGüK m.16, f.7’de nitelikli hal olarak düzenlenen ilk hal, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesidir. Bu durumda işlenen suç nedeniyle verilecek cezanın üçte bir oranında artırılması öngörülmüştür. Kamu görevlisi deyimi, TCK m.6, f.1-c gereğince “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”yi ifade eder⁷⁴. Bu sebeple söz konusu nitelikli halin uygulanması için suçun SGB bünyesinde çalışan kişiler tarafından işlenmesi gerekli olmayıp TCK’nin uygulaması açısından kamu görevlisi sayılan herhangi bir kişi tarafından işlenmesi yeterlidir. Bu nitelikli halin 8. ve 9. fıkra da düzenlenen suçlar açısından kabul edilmemesi, söz konusu fıkralarda düzenlenen suçların failinin TCK m.6, f.1-c gereğince ceza kanunlarının uygulanması bakımından kamu görevlisi olan Başkanlık personeli olması nedeniyle isabetli; bunun aksine aynı durumun söz konusu olduğu 3. fıkra da düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunda uygulanmasının öngörülmesi ise oldukça hatalı olmuştur.

SiGüK m.16, f.7’de nitelikli hal olarak düzenlenen ikinci hal, suçun birden fazla kimse tarafından işlenmiş olmasıdır. Bu durumda suçun cezasının yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Söz konusu nitelikli hal, TCK’de, m.79’da düzenlenen göçmen kaçakçılığı (TCK m.79, f3), m.102’de düzenlenen cinsel saldırı (m.102, f.3-d), m.148’de düzenlenen yağma (TCK m.149, f.1-c) suçları gibi birçok suçta nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu nitelikli halden kasıt, suçun müşterek fail sıfatıyla en azından iki veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olmasıdır. He ne kadar 7. fıkra da, TCK’nin aksine “birlikte” işlenmesi ifadesine yer verilmemiş olsa da şerikler, suçun işleyen değil, sadece suçun icrasına maddi veya manevi katkı sağlayan kişiler olduğundan, suçu işleyen konumunda değildir. Bu sebeple mevzubahis nitelikli halin, tek bir failin suçunu birden fazla azmettiren

⁷⁴ Türk ceza kanununun uygulanması açısından kamu görevlisi kavramından ne anlaşılabileceği hakkında bakınız: Kaplan (n6) 61 vd.

veya yardım eden şerik ile iştirak halinde işlediği durumlarda uygulama alanı bulmayacağını kabul etmek isabetli olur⁷⁵.

SiGüK m.16, f.7'de nitelikli hal olarak düzenlenen üçüncü ve son hal ise maddede düzenlenen suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Bu durumda verilecek cezanın yarısından iki katına kadar artırılması öngörülmüş, böylece hâkime örgütün niteliğine göre farklı oranda artırım yapma yetkisi verilmiştir. TCK'de söz konusu halin nitelikli hal olarak kabul edildiği diğer suçlarda olduğu gibi burada da örgüt kavramından TCK m.220, f.1'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna göre kurulmuş suç örgütleri anlaşılmalıdır⁷⁶. Ayrıca Türk hukukunda terör örgütlerinin cezalandırılmasının hukuki dayanağını TCK m.220 oluşturduğu için, fıkra düzenlenmiş örgüt kavramının kapsamına terör örgütleri de girer⁷⁷. Bu durumda suç, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁷⁸ (TMK) m.4 gereğince nispi terör suçu teşkil eder. TMK m.5'te bir suçun nispi terör suçu olarak düzenlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılacağı kabul edilmiştir. SiGüK m.16, f.7'de ise bu durumda cezanın yarısından iki katına kadar artırılması öngörülmüştür. Bu sebeple artırımın özel ve sonraki norm niteliğinde olan bu fıkra gereğince yapılması gerekir⁷⁹. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, örgüt suçu açısından aranan koşulların oluşması, ayrıca hem örgüt hakkında hem de fail veya failerin örgüte üyeliği hakkında verilmiş mahkûmiyet kararı bulunması gerekir⁸⁰.

Kanun koyucunun SiGüK'nda düzenlenen suçlar açısından fiilin işleniş şekli, ortaya çıkaracağı zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin amacı, suçun işlendiği zaman gibi hususlara dair nitelikli haller belirlemediği görülmektedir. Bunun önemli bir eksiklik olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, siber saldırı suçun veya sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun savaş zamanı işlenmesi, siber saldırı suçunun fidye yazılım uygulaması ile gerçekleştirilmesi gibi durumların nitelikli hal olarak düzenlenmesi isabetli olurdu. Mevcut düzenleme karşısında bu gibi

⁷⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n64) 623; Özen, Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024), s.459.

⁷⁶ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 103; Özbek, Doğan, Bacaksız (n26) 79. Bir topluluğun örgüt olup olmadığı, TCK m.220 uyarınca tespit edilir. TCK m.220 gereğince üye sayısının en az üç veya daha fazla kişi olması, üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunması, suç işlemek amacıyla yönelik fiili bir birleşme bulunması, örgütün niteliği itibarıyla devamlılığının olması ve amaçlanan suçları işlemeye elverişli nitelik ve nicelikte üyeye, araç ve gerece sahip olması, son olarak da bu koşulların bir arada bulunması gerekir. Koşullardan birinin dâhi gerçekleşmemesi halinde suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütten söz edilemez. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/9-718, K. 2016/5, 19.01.2016.**

⁷⁷ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 103.

⁷⁸ 12.4.1991 tarihli ve 20843 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁹ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 103.

⁸⁰ Tezcan, Erdem, Önok (n21) 104.

hallerin ancak TCK m.60, f.1 gereğince temel cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesi sırasında dikkate alınabileceğini belirtmek gerekir.

VII. MANEVİ UNSUR

TCK'ye göre suçun asıl manevi unsuru kast iken taksir istisnai işleniş biçimidir (TCK m.21, f1. ve m.22, f.1). Kast, kendi içinde doğrudan ve olası kast; taksir de basit ve bilinçli taksir olarak ikiye ayrılır. Bunun dışında suçun manevi unsurunun oluşması için, failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesinin arandığı suçlar da bulunmaktadır⁸¹. Kanun koyucu, SiGüK m.16'da düzenlendiği dokuz farklı suçtan hiçbirisinin taksirle işlenmesi durumunda cezalandırılmasını öngörmemiştir. Bu sebeple Kanun'da düzenlenen suçların dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile işlenmesi durumunda cezalandırılabilmesi mümkün değildir (TCK m.22, f.1). Örneğin, bir kişinin sorumlu olduğu kritik kamu hizmetine ilişkin bir siber güvenlik sistemini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak devre dışı bırakması nedeniyle veri ihlali yaşanmasına neden olması durumunda, kritik altyapıların siber saldırılara karşı korunması kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlali yaşanmasına sebebiyet vermesine karşın kasten değil taksirle hareket ettiği için fiili suç teşkil etmez. Yine Başkanlık tarafından yürütülen görev ve faaliyetler kapsamında edindiği kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgeleri, başka belge sanıp dikkatsizlik sonucu örneğin cep telefonundan bir başkasına gönderen kişi, SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçundan cezalandırılmaz.

SiGüK'nda düzenlenen suçlar içerisinde failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesini gerektiren sadece bir suça yer verilmiştir. SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma suçunun manevi unsurunun oluşması için, failin, siber güvenlikle ilgili veri sızıntısı olduğuna yönelik gerçeğe aykırı içerik oluşturma veya bu maksatla bu içerikleri yayma şeklindeki seçimlik hareketleri, siber uzayda veri sızıntısı olmadığını bildiği halde halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak ya da kurumları veya şahısları hedef göstermek amacıyla oluşturma veya yayması aranmıştır⁸². Dolayısıyla söz konusu suç bir maksat suçu olup suçun oluşması için failin suçun konusunu oluşturan içeriklerin gerçeğe aykırı olduklarını bilmesi ve iradesini bu içerikleri oluşturmaya veya yaymaya yöneltmesi şeklinde genel kast ile hareket etmesi yeterli olmaz⁸³. Bunun dışında, bu gerçeğe aykırı olduğunu bildiği içerikleri ya halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak veya kurumları ya da şahısları hedef göstermek seçimlik amaçlarından birisi ile oluşturma ya da yayması ge-

⁸¹ Özgenç (n3) 231 vd.; Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, (2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021) 274 vd.; Zafer (n27) 305.

⁸² Söz konusu amaç için bakınız: Şenol (n9) 343.

⁸³ Koca, Üzülmaz (n13) 252; Şenol (n9) 343.



rekir. Örneğin, sosyal medya haberciliği yapan A'nın kullandığı X hesabından, elinde bu konuda gerçek bir bilgi olmamasına rağmen, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının kimlik verilerinin çalındığı şeklinde haber yapması söz konusu suçun manevi unsurunun oluşması için yeterli olmaz, belirtilen amaçlar ile hareket ettiğinin de ispatlanması gerekir. Yine Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının verilerini ele geçirdiklerini iddia eden ve buna ilişkin bazı verileri paylaşan bilgisayar korsanlarının eylemlerine ilişkin paylaşımı yeniden paylaşım yoluyla takipçilerine duyuran bir X kullanıcısının fiili, bu fiili maddede belirtilen amaçlar ile gerçekleştirilmemiş ise bu suça vücut vermez. Bunun dışında SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma suçu, oluşması için hem failin mutlak bilmesi hem de failin belli bir amaçla hareket etmesi arandığı için olası kastla işlenemez⁸⁴.

Bunun dışında SiGüK m.16'da düzenlenen diğer suçların manevi unsuru, kasttır. Failin kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi, suçun dar anlamda tipikliğine dahil olan unsurları bilerek ve iradesini suç tipinin ihlaline yönlendirerek (isteyerek) hareket etmesine bağlıdır⁸⁵. Örneğin, failin SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçu açısından kasten hareket etmiş olması için, açıkladığı veya gerçek ya da tüzel kişi menfaatine kullandığı bilginin, Başkanlık tarafından yürütülen görev ve faaliyetler kapsamında edindiği, kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgelerden olduğunu bilmesi ve iradesini bunu açıklamaya veya bir gerçek ya da tüzel kişinin menfaatine kullanmaya yönlendirmesi gerekir. Yine SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri paylaşma suçunun oluşması için, fail, paylaştığı verinin kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal veri olduğunu, verinin paylaşılmasında verinin sahibi olan kişi veya kurumun izninin olmadığını bilmeli ve iradesini bu veriyi paylaşmaya yöneltmelidir.

Ceza hukukunda doğrudan kastla işlenen suçların kural olarak olası kastla da işlenebileceği kabul edilir. Bunun istisnaları, suçun işlenmesi için öngörmenin yeterli olmadığı, madde metninde tam bir bilmenin arandığını gösteren ifadeler bulunan suçlar, hukuka aykırılık unsurunu tipiklik içinde düzenleyen suçlar ve isteme unsurunun oluşması için kabullenmenin yeterli olmadığı amaç saik suçlarıdır⁸⁶. Bu bakımdan SiGüK m.16'da düzenlenen suçların, 5. fıkra haricinde, olası kastla işlenmesi de mümkündür. Dolayısıyla örneğin 4. fıkra da düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verileri erişime açma, paylaşma ve satışa çıkarma suçunu işleyen kişinin paylaştığı verinin siber uzayda veri sızıntısı nedeniyle daha önce yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal nitelikte bir veri ol-

⁸⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 429.

⁸⁵ Özgenç (n3) 242; Hakeri (n7) 320 vd; Zafer (n27) 309.

⁸⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 429.

duğunu öngörmesine rağmen bu verileri başkası ile paylaşması durumunda, söz konusu verileri bu durumu kabullenerek paylaştığı için suç olası kast ile işlenmiş olur. TCK m.61, f.2 gereğince fail hakkında cezaya hükmolunurken belirlenen temel cezanın üçte birden yarısında kadar indirilmesi gerekir (TCK m.21, f.2).

VIII. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

SiGüK m.16, f.2’de düzenlenen kanunen alınması gerekli onay, yetki veya iznin alınması durumunda veya f.8’de düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçunda Başkanlıktan gerekli muvafakatın veya yetkinin alınması durumunda, artık TCK m.24’te düzenlenen kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulur, suç oluşmaz.

Meşru savunma hukuka uygunluk sebebi, SiGüK m.16’da düzenlenen suçlardan f.6’da düzenlenen siber saldırı suçunda söz konusu olabilir. Gerçekleştirilen bir siber saldırıya karşı, SGB’nin yetkilerini düzenleyen 6. maddenin 1-b fıkrası gereğince saldırıların kaynağına karşı saldırının defedilmesi için bir karşı siber saldırı düzenlenerek örneğin serverlarının devre dışı bırakılması durumunda meşru savunma ve kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebepleri birlikte uygulama alanı bulur.

SiGüK, m.16’da düzenlenen suçlar bir hakkın icrası kapsamında işlenebilecek nitelikte suçlar olmadığı için, TCK m.26, f.1’de düzenlenen hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi bu suçlarda kural olarak uygulama alanı bulmaz. Hakkın icrası kapsamında ele alınması gereken tek husus, SiGüK m.16, f.5’te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçunun basının haber verme hakkı bağlamında değerlendirilmesidir⁸⁷. 5187 sayılı Basın Kanunu’nun⁸⁸ 3. maddesinde tanımlanan basının haber verme hakkı, demokratik bir toplumda bireylerin demokratik süreçlere katılırken fikir ve görüşlerini serbestçe oluşturabilmesi için vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Bu sebeple de haber verme, bilgiyi edinme, yayma, yorumlama ve eleştirme haklarını içeren söz konusu hak, demokratik bir toplumun temel değeri olarak kabul edilir⁸⁹. Bir bilgiye ilişkin içeriğin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi için, öncelikle bilginin Basın Kanunu m.1 gereğince söz konusu Kanun’un kapsamını oluşturan basılı eserler veya internet haber siteleri tarafından haberleştirilmiş olması gerekir. Bu bakımdan sosyal medya haberciliği denilen kişilerin açtığı sosyal medya hesapları üzerinden haber geçerek yaptığı haberciliğin Basın Kanunu’nun kapsamında olmadığını belirtmek gerekir. İkinci olarak Yargıtay’ın aradığı, haberin en azından görünüşte gerçekliğinin olması, güncel olması, kamu yararı olması ve haberin ve-

⁸⁷ Akbulut (n2) 664; Artuk, Gökçen, Aışahin, Çakır (n2) 534 vd; Özen (n74) s.513.

⁸⁸ 26 Haziran 2004 tarihli ve 25504 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸⁹ AİHM Handyside v. İngiltere, 07/12/1976, par.40; AİHM Castells v. İspanya, 23.04.1992, par.43.



riliş şekli ve haberde kullanılan dilin haberin içeriği ile uyumlu olması gerekir⁹⁰. Bu açıdan en azından görünüşte doğru olduğu yönünde emareler bulunan bir veri sızıntısının haberleştirilmesi, böylesi bir haberde hem verileri sızdırılan bireylerin durumdan haberdar olması hem de kamu otoritelerinin işleyişinin denetlenmesine yönelik kamu yararı olduğu için, basının haber verme hakkı kapsamında değerlendirilmeli ve söz konusu suçu oluşturmadığı kabul edilmelidir. SiGüK m.16, f.5'te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçu, basının haber verme hakkı ile iki noktada ayrışır. İlk olarak basının haber verme hakkının kapsamında olan durumlarda, en azından görünüşte bir gerçeklik varken veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma ve yayma suçunun faili, böyle bir veri sızıntısı olmadığını bildiği halde böyle bir sızıntı varmış gibi içerik oluşturmakta veya böylesi bir içeriği yaymaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun basının haber verme hakkı ile bu suç tipi arasında olası bir çakışmayı önlemek için getirdiği ilk koruyucu bariyer, suç tipinde failin tam bir bilme ile hareket etmesini araması olmuştur. Bu konuda kabul edilen ikinci koruyucu bariyer ise suçun manevi unsurunun oluşması için failin halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak ya da kurumları veya şahısları hedef göstermek amacıyla hareket etmesinin aranması ile konulmuştur. Bu kriter çerçevesinde somut bir olayda yapılan bir haberin basının haber verme hakkının kapsamında mı kaldığı söz konusu suçu mu oluşturduğu değerlendirilirken, kullanılan dil ve üslup ile haberin verilmiş şekli, önemli bir değerlendirme kriteri teşkil eder⁹¹.

TCK m.26, f.2'de düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi ise mağdurunun belli bir kişi olduğu ve suç ile düzenlenen hak üzerinde mutlak suretle tasarruf etme imkanının bulunduğu suçlarda uygulama alanı bulur⁹². Bu sebeple SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntı sonucu oluşan verilerin paylaşılması suçunun konusunun kişisel veri olduğu durumlarda, ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak tipik fiil suç sayılmaması sonucunu doğurabilir. Ancak burada ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi için aranan, rızanın fiilin icrasından önce açıklanması koşulunun gerçekleşmesi pek mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık suçun konusunun kritik hizmetlere ilişkin veriler olması durumunda ise ilgilinin üzerinde mutlak suretle tasarrufta bulunabileceği bir hak söz konusu olmadığı için, ilgilinin rızası hukuk uygunluk sebebi uygulama alanı bulmaz. SiGüK m.16, f.4'e ilişkin zikrettiğimiz örnek dışında kalan diğer suçlarda suçun konusu mağdurunun üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunmayacağı haklara ilişkin olduğu için ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulmaz.

⁹⁰ Akbulut (n2) 664 vd; Özen (n74) 513.

⁹¹ Akbulut (n2) 668; Özen (n74) 513.

⁹² Mahmutoğlu, Karadeniz (n80) 585 vd.

IX. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, kasten işlenen bir suçun icra hareketlerine başlandıktan sonra maddi unsurlarının elde olmayan bir sebeple tamamlanamamasıdır. Teşebbüs manevi unsuru tamamlanmış bir suçun maddi unsurlarının tamamlanamaması halini ifade ettiği için, bazı suçların maddi yapısı itibari ile teşebbüsü elverişli olmadığı, bazı suçların ise kimi koşullara bağlı olarak teşebbüse elverişli olduğu kabul edilmektedir⁹³.

Ceza hukukunda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmadığı kabul edilen suçlardan ilki, gerçek ihmali suçlardır. Bu suçlar kural olarak bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile işlenen ve tipikliğinin oluşması için bir neticenin aranmadığı suçlar olduğundan teşebbüse elverişli olmadıkları kabul edilmektedir⁹⁴. SiGüK’nde düzenlenen suçlardan, m.16, f.1’de düzenlenen istenen bilgi, belge, yazılım, veri ve donanımı vermeme veya bunların alınmasına engel olma suçu ile m.16, f.2’de düzenlenen kanunen alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme suçu, ilgili suçların fiil unsuruna ilişkin yapılan açıklamalarda da izah edildiği üzere gerçek ihmali suçtur. Mezkûr suçlar bu sebeple teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına elverişli değildir. SiGüK m.16, f.9’da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçunun her iki seçimlik hareketinin icrai veya ihmali hareket ile işlenebilmesi mümkündür. Bunlardan birinci fıkrada düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma fiilinin ihmali hareketle işlenmesi durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz. Fıkrada düzenlenen ikinci seçimlik hareket olan kritik altyapıların siber saldırılara karşı korunması kapsamında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veri ihlali yaşanmasına sebebiyet vermesi hareketinde ise görevin gereklerine aykırı hareketin veri ihlaline sebebiyet vermesi arandığı için neticeli bir suç söz konusudur. Bu sebeple hem görevin gereklerine aykırı hareketin icrai olarak işlendiği durumlarda bu hareketin yarıda kalması hem de veri ihlalinin gerçekleşmemesi nedeniyle neticenin meydana gelmemesi nedeniyle teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulabilir.

SiGüK’nde düzenlenen suçlardan diğerlerinin ise sırf hareket ve soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği görülmektedir. Sırf hareket suçlarında teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, somut olayda failin fiili kısımlara bölerek işlemesi durumunda mümkündür⁹⁵. Örneğin, Kanun’un 6. fıkrasında düzenlenen ilk suç olan siber saldırıda bulunma suçunun kısımlara bölünerek işlenmesi pek mümkün olmadığından, teşebbüs hükümlerinin uygulanması ile de pek karşılaşılmaz. Yine aynı şekilde 2. fıkrada düzenlenen kanun uyarınca alınması gerekli onay, yetki veya izinleri almaksızın faaliyet yürütme fiilinin de kısımlara bölü-

⁹³ Koca, Üzülmüş (n13) 420; Hakeri (n7) 509.

⁹⁴ Özgenç (n3) 580.

⁹⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n2) 352.



nerek icrası mümkün olmadığından bu suç açısından da teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Buna karşın, 4. fıkra düzenlenenen siber uzayda veri sızıntısı nedeniyle daha önce yer alan kişisel veya kritik kamu hizmeti kapsamına giren kurumsal verileri paylaşma seçimlik hareketi, fail somut olayda paylaşma fiilini oluşturan davranışının doğrudan doğruya icrasına başlanmasına karşın onun elinde olmayan bir sebeple tamamlanamayabilir. Örneğin, veriler paylaşılacak için siber uzayda gönderilmesine rağmen teknik bir aksaklık nedeniyle paylaşılacak istenen kişi veya kişilere iletilmemiş olabilir. Bu durumda suç teşebbüs aşamasında kaldığı için, teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulur.

X. İŞTİRAK

SiGüK m.16'da düzenlenen suçlardan, 3. fıkra düzenlenenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali, 8. fıkra düzenlenenen yasak hükümlere aykırı davranma suçu ve 9. fıkra düzenlenenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçları özgü suç olarak düzenlendiğinden, TCK m.40, f.2 gereğince bu suçların işlenişine iştirak eden ve faillik için aranan gerekli sıfatı taşımayan kişiler, suçun işlenişine yönelik katkıları ne olursa olsun azmettiren veya yardım eden şerik olarak cezalandırılır⁹⁶. Örneğin, faillik sıfatını taşımayan bir kişi sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil edecek şekilde gizlilik taşıyan bir bilgi veya kişisel veri ya da ticari sırrın açıklanması sürecinde bilgiyi internetten yayınlama gibi fiil üzerinde hakimiyet kurmuş konumda bulursa bile fail değil, yardım eden şerik olarak cezalandırılır. Yine tehdit veya cebir ile bu nitelikte bir bilginin açıklanmasını sağlayan kişi de dolaylı fail değil, ancak azmettiren şerik olarak cezalandırılabilir. Kanun'da düzenlenen ve herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olan diğer suçlar ise iştirak kurallarının uygulanması bakımından özellik göstermez.

XI. İÇTİMA

SiGüK'nda düzenlenen suçlarda görünüşte içtima, TCK m.43, f.1'de düzenlenen zincirleme suç, TCK m.43, f.2'de düzenlenen aynı neviden fikri içtima ve TCK m.44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtimanın uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.

Öncelikle SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçu ile 8. fıkrasında düzenlenen yasak hükümlere aykırı davranma suçunun ikinci seçimlik hareketi arasında, görünüşte içtima hallerinden özel - genel norm ilişkisi vardır⁹⁷. Zira SiGüK m.16, f.8'de düzenlenen suçun ikinci seçimlik hareketinin oluşması için, açıklama ve yayma fiilinin konusunu oluşturan bilgi, belge ve verilerin, SiGüK m.16, f.3'te düzenlenen ve daha özel norm niteliğinde olan sır

⁹⁶ Karakehya (n3) 241; Akbulut (n11) 938.

⁹⁷ Koca, Üzülmüş (n13) 562.

saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun kapsamına giren, “kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgiler, kişisel veriler, ticari sırlar ve bunlara ait belgeler” den olmaması gerekir.

İkinci olarak, SiGüK m.16, f.3’te düzenlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun faili kural olarak TCK m.6, f.1-c gereği kamu görevlisi sıfatına sahip kişiler olacağı için, TCK m.258’de düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu ile söz konu suç arasında özel - genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Sırrın konusunun SiGüK m.13’te sayılan hususlar olması durumunda fail, sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçundan cezalandırılır.

Üçüncü olarak, SiGüK m.4, f.1-a gereğince siber güvenlik milli güvenliğin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiği için, SiGüK m.16, f.5’te düzenlenen veri sızıntısı hakkında gerçeğe aykırı içerik oluşturma veya yayma suçunun yayma seçimlik hareketi ile TCK m.217A’da düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu arasında özel - genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Yayılan gerçeğe aykırı bilginin konusunun siber uzayda gerçekleşmiş bir veri sızıntısı olması durumunda fail, SiGüK m.16, f.5’ten dolayı cezalandırılır.

Dördüncü olarak SGB bünyesinde çalışan personelin 5237 sayılı TCK m.6, f.1-c gereğince kamu görevlisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, SiGüK m.16, f.9’da düzenlenen görevi ve yetkiyi kötüye kullanma suçu ile TCK m.257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu arasında, çoğu durumda özel - genel norm ilişkisi oluşur.

Beşinci olarak SiGüK m.16, f.6’da düzenlenen siber saldırı suçundan ceza verilmesi, fiilin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması koşuluna bağlanmış, böylece söz konusu suç tipi ile başka suç tipleri arasında normlar çatışması olması halinde, siber saldırı suçuna ilişkin düzenlemenin cezası kendisinden daha hafif suçlar açısından asli, daha ağır suçlar açısından tali ceza normu olarak uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple siber saldırının bilişim sistemine girerek orada uzun süre kalma şeklinde bir gelişmiş kalıcı tehdit (APT) saldırısı olarak gerçekleştirildiği bir olayda, TCK m.243’ten, sistemin işleyişini engelleyen veya bozan bir saldırı olması durumunda TCK m.244, f.1’den, haksız kazanç elde etme amaçlı bir fidye yazılım saldırı olması durumunda TCK m.244, f.4’ten değil, cezası daha fazla olduğu için asli norm olan siber saldırı suçundan ceza verilir. Bu durumda normlar çatışması kanun koyucu tarafından görünüşte içtima kuralları ile çözüldüğü için, TCK m.44’te düzenlenen fıkri içtima kuralları ayrıca uygulama alanı bulmaz⁹⁸. Ancak örneğin bir hastanenin bilişim sistemine yapılan siber saldırı sonucunda hürriyetten yoksun kılma veya ölüm ya da yaralama neticesinin ortaya çıkması durumunda, bir suçla birden farklı suç işlendiği ve söz konusu suçların korunan hukuki değer, konu ve fiil unsuru bakımından asli - tali norm ilişkisi kurulabilecek suç tipleri

⁹⁸ Mahmutoglu, Karadeniz (n80) 1189.



olmadığı göz önüne alınarak TCK m.44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtima kurallarına göre cezalandırma yoluna gidilmesi doğru olur.

Kanun'da düzenlenen dokuz farklı suç tipinden gerek mağduru toplum gerekse de gerçek kişi olan suçların aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı birden çok kez işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur⁹⁹. Örneğin, ortak suç işleme kararı icrası kapsamında aynı kuruma ait bilişim sistemlerine değişik zamanlarda birden fazla kez siber saldırıda bulunması veya siber uzayda gerçekleşen veri sızıntısı nedeniyle elde ettiği aynı kişiye ait kişisel verilerin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla kez işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur. Bu durumda fail veya failer hakkında, SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen sızıntısı sonucu oluşan verileri paylaşma veya f.6'da düzenlenen siber saldırı suçundan bir cezaya hükmolunur, ancak verilecek ceza ¼'ten ¾'e kadar artırılır.

SiGüK'nde düzenlenen suçlardan mağduru gerçek kişi olan suçlar hakkında TCK m.43, f.2'de düzenlenen aynı neviden fikri içtima hükümleri de uygulama alanı bulabilir¹⁰⁰. Örneğin, siber saldırı sonucunda elde edilen birden fazla kişiye ait verinin birlikte satışa çıkarılması durumunda fail veya failer, SiGüK m.16, f.6'da düzenlenen siber saldırı sonucu elde edilen verinin yayılması suçunu tek fiille birden fazla kişiye karşı işlemiş olur. TCK m.43, f.2 gereğince söz konusu suç nedeniyle haklarında bir cezaya hükmolunur, ancak verilecek ceza ¼'ten ¾'e kadar artırılır.

SiGüK'nde düzenlenen suçlar hakkında TCK m.44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulması da mümkündür¹⁰¹. Örneğin, SiGüK m.16, f.4'te düzenlenen veri sızıntısı sonucunda oluşan verilerin erişime açılması, paylaşılması veya satışa çıkarılması suçu ile SiGüKm.16, f.6 son cümlede düzenlenen siber saldırı sonucuna elde edilen verilerin yayılması suçunun işlendiği durumlarda, suçun konusunu oluşturan verilerin konusuna göre TCK m.134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal, TCK m.135'te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi, TCK m.136'da düzenlenen kişisel verilerin yayılması suçları da oluşur. Yine siber uzayda elde edilen verilerin ticari sır, bankacılık veya müşteri sırrı niteliğinde olması durumunda TCK m.239'da düzenlenen suç, Devletin güvenliğine ilişkin bilgi ve belgeler olması durumunda ise TCK m.326, 329 ve 330. maddede düzenlenen suçlar da oluşur. Bu durumda fail, bir fiille işlediği birden farklı suçun cezası ağır olanından cezalandırılır. Ancak bu durum, cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak tayininde dikkate alınır¹⁰².

⁹⁹ Mahmutoglu, Karadeniz (n80) 1119; Zafer (n27) 606.

¹⁰⁰ Özgenç (n3) 693.

¹⁰¹ Akbulut (n11) 1056; Mahmutoglu, Karadeniz (n80) 1179.

¹⁰² Mahmutoglu, Karadeniz (n80) 1189.

SONUÇ

Türk hukukunda siber güvenlik alanı, 7545 sayılı Kanun ile ilk kez yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu alanın kanun ile düzenlenmesi, hukuk devleti adına oldukça gecikmiş bir adımdır. Söz konusu yasal düzenlemenin en olumlu yanı, içeriğinde kullanılan kavramların önemli bir kısmının yasama yorumu yöntemi ile açıklanmış olmasıdır.

Kanun'da dokuz ayrı suç tipine ve iki ayrı kabahate yer verilmiştir. Düzenlenen suç tiplerinden bir kısmı siber güvenlik alanının devlet kontrolünde faaliyet göstermesini sağlamaya, bir kısmı siber güvenlik alanının ve bu alanda yer alan verilerin korunmasına bir kısmı da siber güvenlik alanında çalışan kişilerin görevin gereklerine aykırı hareketlerinin cezalandırılmasına yöneliktir. Yapılan düzenlemeler genelde önemli sorunlar içermese de bazı noktalarda düzenleme hataları, sorunlar ve eksiklikler bulunmaktadır. Öncelikle suç tipleri düzenlenirken farklı suç tipleri olması gereken fiillerin aynı suçun seçimlik hareketi olarak veya aynı maddede düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, SiGüK m.16, f.6'da iki ayrı cümlede düzenlenen iki ayrı suçun farklı fıkralarda düzenlenmesi, f.9'da yer verilen görev veya yetkinin kötüye kullanılması ile görevin gereklerine aykırı hareket edilerek veri ihlali yaşanmasına sebebiyet verilmesi şeklinde aynı suç tipinin alternatif seçimlik hareketleri olarak düzenlenen hallerin ayrı suç tipleri olarak düzenlenerek biri soyut tehlike diğeri zarar suçu olan bu haller için farklı cezalar öngörülmesi doğru olurdu.

İkinci olarak, 16. maddenin ile altı fıkrasında düzenlenen suç tipleri için 7. fıkra da yer verilen nitelikli haller oldukça eksiktir. Kanun'da soyut tehlike suçu olarak düzenlenen suçların somut tehlike veya zarar yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olması, oldukça önemli bir eksiklik arz etmektedir. Yine fiilin işleniş şekli, failin amacı, suçun işlendiği zaman gibi hususlara dair nitelikli haller belirlenmemesi de önemli bir eksiklik arz etmektedir. Örneğin, siber saldırı suçunun veya sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun savaş zamanı işlenmesi, siber saldırı suçunun fidye yazılım uygulaması ile gerçekleştirilmesi gibi durumların nitelikli hal olarak düzenlenmesi isabetli olurdu. Zira ülkenin elektrik alt yapısına saldırarak milyonlarca insanın hayatına ekonomik, tıbbi, sosyal açılardan zarar verilmesinin, hastanede tedavi gören çok sayıda kişinin ölümüne sebebiyet verilmesinin üst sınırı on altı yıl hapis cezası gerektiren bir suç olarak düzenlenmesi kanaatimizce oldukça isabetsizdir.

Üçüncü olarak çalışmanın içtima başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışıldığı üzere Kanun'da yer alan suçlar ile TCK'da düzenlenen çeşitli suçlar arasında hem özel norm genel norm ilişkisi hem de çoğu durumda fikri içtima ilişkisi ortaya çıkacaktır. Bu sebeple TCK m.243 ve m.244'te düzenlenen bilişim suçları ile siber güvenlik alanındaki suçların birlikte mütalaa edilmesi, bilişim suçlarının çoğu durumda başka suçların işlenmesinde araç olarak kullanıldığı göz önüne alındığında, TCK m.212'dekine benzer bir düzenleme ile TCK m.44'te



düzenlenen farklı neviden fikri içtima düzenlemesinin bu suçlarda uygulanmasının sağlanması isabetli olurdu. Zira mevcut durumda, örneğin bir elektrik veya ulaşım şebekesine yapılan siber saldırı sonucu çok sayıda kişinin uzun süreli hürriyetinden yoksun kılınması hatta yaralanma veya ölümüne neden olunması durumunda TCK m.44 gereğince işlenen çok ciddi suçlardan bir kısmının ceza verilememesi durumu ile karşılaşılacaktır.

Bunların dışında siber güvenlik milli güvenliği ayrılmaz bir parçası olarak tanımlandığı için devletin güvenliğine ilişkin suçlar ile bu suçların birlikte ele alınması, sınırlarının belirgin bir biçimde belirlenmesi de daha doğru olurdu. Zira mevcut durumda, Türk hukukunda konuya ilişkin kavramların yeterince net olmaması nedeniyle geniş bir yorumla siber güvenliğe ilişkin suçların oluştuğu çoğu durumda aynı zamanda devletin güvenliğine yönelik suçların da oluştuğu ileri sürülebilecektir.

KAYNAKÇA

Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022)

Akbulut B, Bilişim Suçları, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017)

Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022)

Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022)

Bayraktar K, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku (C.III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018)

Değirmenci O, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014)

Hakeri, H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020)

Kaplan M, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, (Aralık 2015) 5(2), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-77.

Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Adalet Yayınevi, Ankara 2022).

Koca M, Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022).

Koca M, Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022).



Mahmutoğlu F S, Karadeniz S, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi, (2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021).

Okuyucu Ergün, G, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, (2009), (82), TBB Dergisi 1-31.

Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024).

Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024).

Özen M, Atacan K, Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu”, (2020), 69(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 189-232.

Özen, M, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022).

Sevük H Y, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, (2018), 23(39), DÜHFD, 257-316.

Şenol C, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu”, (Aralık 2022), 17(20), Ceza Hukuku Dergisi 331-352.

Tezcan D, Erdem, M R, Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022).

Turgut B, “Türk Ceza Hukukunda Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m.138)”, (Mart 2025) (233) Terazi Hukuk Dergisi 129-139.

Turgut B, “Siber Uzayda Yer Alan Kişisel veya Kritik Kamu Hizmeti Kapsamına Giren Kurumsal Verileri Erişime Açma, Paylaşma ve Satışa Çıkarma Suçu”, (Haziran 2025) (16) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-220.

Usta O, Kişilik Hakkı Bağlamında Unutulma Hakkı, (Adalet Yayınevi, Ankara 2023).

Yamaner Özdemir M, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188) (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022).

Yıldırım Yeniman E, “Bilişim Sistemlerine Yönelik Siber Saldırıları ve Siber Güvenliğin Sağlanması”, (2018) 7(2) Mesleki Bilimler Dergisi 24-33.

Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (8. Bası, Beta Yayım, İstanbul 2021)

CEZA İNFAZ KURUMLARINDA BULUNAN TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN EĞİTİM HAKKI

Right to Education for Prisoners in Penal Institutions

Cengiz ARIKAN*

Özet

Suç işlediği kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilen hükümlülerin ya da suç işlediği iddiası ile tutuklu olarak yargılanmasına karar verilen ve ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin hürriyeti, bu hukuki durum nedeniyle sınırlandırılmaktadır. Bununla birlikte doktrin ve yargı kararlarında geniş biçimde kabul gördüğü üzere bu kişiler, kişi hürriyetinden yoksun kalsa da, yaşam hakkı, maddi ve manevi varlıklarının bütünlüğü ya da ifade hürriyeti gibi diğer temel hak ve hürriyetlerini muhafaza etmeye devam etmektedirler. Bu anlamda eğitim hakkı da bu kişilerin muhafaza etmeye devam ettiği haklardan biridir. Eğitim hakkı, cezalandırmadan beklenen amacın gerçekleştirilmesi ve ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin topluma yeniden kazandırılması açısından da önemli bir araçtır. Ancak bilhassa örgün eğitim ve uzaktan eğitim faaliyetlerine devam etmek, hükümlü ve tutukluların mevcut koşulları göz önünde bulundurulduğunda hak ihlali iddialarına sebep olabilmektedir.

Bu çalışmada doktrin, uluslararası ve ulusal mevzuat ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihatlarından faydalanılması suretiyle ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin eğitim hakkı ve imkânları incelenecek, özellikle örgün ve yaygın eğitime katılmaları hususunda devletin yükümlülükleri araştırılacaktır.

Anahtar Kelime: Eğitim hakkı, mahkûmların eğitim hakkı, ceza infaz kurumları

Abstract

The freedom of those in penal institutions who have been determined to have committed a crime by a final court decision or who are detained and tried on allegations of committing a crime is restricted due to this legal situation. However, as is widely accepted in doctrine and judicial decisions, although these persons are deprived of their personal liberty, they continue to preserve other fundamental rights and freedoms such as the right to life, physical and moral integrity or freedom of expression. In this sense, the right to education is one of the rights that these people continue to preserve. The right to education is also an important tool for achieving the expected purpose of punishment and for the reintegration of people in penal institutions into society. Nevertheless, given the specific circumstances of prisoners, pursuing formal education or distance learning activities can sometimes lead to allegations of rights violations.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.12.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, carikan@kku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2785-3575>



In this study, the right to education and opportunities of people in penal institutions will be examined by making use of doctrine, international and national legislation, and the case laws of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court, and state's obligations, especially regarding their participation in formal and distance education, will be investigated.

Keywords: Right to education, prisoner's right to education, penal institutions

GİRİŞ

Bir ceza infaz kurumunda hükümlü ya da tutuklu olarak bulunan kişiler, hürriyetlerinin bu gerekçeyle sınırlandırılması dışında diğer temel hak ve hürriyetlerini muhafaza etmeye devam ederler. Eğitim hakkı da bundan müstesna değildir. Hatta modern ceza infaz sisteminden beklenen amaçların gerçekleştirilebilmesi ve kişinin rehabilite edilerek topluma yeniden kazandırılması, eğitimi bir gereklilik haline getirmektedir.

Eğitim, kişinin içinde bulunduğu toplumun bilgi, değer, tecrübe ve toplumsal yargılarının kendisine öğretilmesi, bu yolla kişi ile toplum arasında bir uyum sağlanması, kişinin o toplum içerisinde hem topluma faydalı, hem de kendi ihtiyaçlarını karşılayabilir halde yaşayabilmesi amacıyla uygulanan faaliyetlerdir. Bu bağlamda bir hak olarak tanınan eğitim, kişinin kendi maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla bağlantılı olarak hür iradesi ile eğitim faaliyetlerine katılabilmesi anlamına gelmektedir.

Bu hak hem ulusal hem de uluslararası nitelikteki pek çok düzenleme ile tanınmış ve güvenceye bağlanmıştır. Ancak ileride izah edileceği üzere ilgili düzenlemeler negatif bir karakterle kaleme alınmıştır. Diğer bir ifade ile anılan düzenlemeler, hakkın yalnızca devlet müdahalesinden korumak için kaleme alındığı izlenimini doğurmaktadır. Bu durum ise hakkın devlete pozitif yükümlülükler yükleyip yüklemediği noktasında belirsizlik yaratmıştır. Buna karşılık doktrin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) ya da Anayasa Mahkemesi(AYM) içtihatlarında, devletin ilgili hak bağlamında pozitif yükümlülüklerinin de olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle eğitim hakkının sağlanabilmesi yönünde devletin yükümlülüklerinin tespiti, AİHM ve AYM içtihatları doğrultusunda çalışmamızın önemli bir başlığını oluşturacaktır.

Bu noktada makalede cevap aranan soru, devletin talep eden hemen herkese eğitim hizmeti sağlamak, eğitim kurumu açmak yükümlülüğü olup olmadığıdır. Ancak hemen belirtmek gerekirse ilgili hakkın devlete yüklediği pozitif yükümlülük, AİHM ve AYM içtihatlarının da gösterdiği üzere yeni eğitim kurumları açmak ya da hemen her durumda, her insana eğitim hizmeti sağlamak değildir. Esasında ilgili yükümlülük, kişilerin ayrımcılığa uğramaksızın mevcut eğitim kurumlarından faydalanabilmesini ve kendi tamamlamış oldukları eğitimin devlet tarafından tanınması suretiyle bundan yararlanabilmelerini gerektirmektedir.

Eğitim hakkına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ilgili hakkın mutlak olup olmadığı, diğer bir ifade ile sınırlanabilirliği üzerinde toplanmaktadır. Tartışmanın sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nde ilgili



hakka ilişkin olarak herhangi bir sınırlama sebebi düzenlenmemiş olmasıdır. Ancak AİHM içtihatlarının gösterdiği üzere ilgili hak devlet tarafından bir takım gerekliliklere uygun biçimde sınırlanabilir. Ayrıca devletin ilgili sınırlamayı gerçekleştirirken eğitim seviyesiyle doğru orantılı biçimde takdir marjı da genişlemektedir.

O halde eğitim hakkı tutuklu ve hükümlülerin de sahip olduğu, devlete yeni kurumlar açma yükümlülüğü yüklemeyen, bunun dışında, kişilerin mevcut kurumlardan somut olayın koşulları ölçüsünde eşit biçimde yararlanabilmelerini gerektiren, mutlak bir hak olmayıp, sınırlanabilir nitelikteki bir haktır. Bu durum çalışmanın devamında izah edileceği üzere hem AİHM hem de AYM içtihatlarında benzerdir.

Türk hukukunda ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkına ilişkin olarak temel düzenlemeler: 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 2324 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik ve Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkartılan 46/1 no.lu genelge hükümleridir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 76. maddesi uyarınca açık ceza infaz kurumunda bulunan kişiler tüm öğretim türlerinden, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişiler ise kurum içerisinde verilen yaygın eğitimle dışarıdan ve açık öğretim programlarından yararlanabilecekken, 46/1 no.lu genelge, infaz kurumunun türüne göre ayırım gözetmeksizin tutuklu ve hükümlülere örgün eğitim faaliyetleri bağlamında kayıtlı oldukları programların sınavlarına katılabilme hakkı tanımaktadır. Kanun ve yönerge arasındaki bu çelişki, hem hukuki hem de pratik açıdan sorunlara neden olmaktadır.

Çalışmamızda, yukarıda belirtilenler doğrultusunda, bir numaralı başlıkta genel olarak eğitim hakkı üzerinde durulacak, takip eden alt başlıklarda ise bu hakka ilişkin olarak devletin yükümlülükleri ve hürriyeti bağlayıcı cezalarla eğitim arasındaki ilişkiye değinilecektir. İki numaralı başlık altında ise bilhassa konumuz açısından önemli görülen ulusal ve uluslararası nitelikteki düzenlemelerde eğitim hakkı araştırılacak, bu düzenlemelerin yorumlanmasıyla tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkının içeriği ve gereklerinin tespiti konusunda AİHM ve AYM içtihatlarından faydalanılacaktır.

I. GENEL OLARAK EĞİTİM HAKKI

Eğitim, bir toplumun gelecek nesillere bilgi, beceri, tecrübe ve diğer yaşamsal hususları aktarması olarak tanımlanabilir¹. Türk Dil Kurumu da eğitimi “Çocukların ve gençlerin toplum yaşayışında yerlerini almaları için gerekli bilgi, beceri ve anlayışları elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine okul içinde veya dışında, doğrudan veya dolaylı yardım etme; terbiye”² olarak tanımlamaktadır. Kişi aldığı

¹ Mehmet Ali Yarım, ‘Uluslararası Sözleşmelerde Eğitim Hakkı’ıç. Necmi Gökyer ve Necati Cemaloğlu (edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2021) 258.

² <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 11.12.2024)

eğitim vasıtasıyla içinde bulunduğu toplumun somut olaylara, soyut hususlara ya da kişilere karşı bakışını öğrenmekte, bu bilgi birikimini kendi yaşantısında tatbik etmektedir³. Ayrıca birey eğitim vasıtasıyla önceden belirlenmiş hedefler doğrultusunda davranışlarını değiştirmekte, yeteneklerini geliştirerek toplumla uyumlu, aynı zamanda toplumun ve kendi şahsi ihtiyaçlarını karşılar bir yapıya kavuşmaktadır⁴.

Eğitim hakkı ise hukuk düzeni tarafından tanınan, kişinin kendini geliştirebilmesi ve eğitim öğretim faaliyetleri neticesinde elde ettiği birikimi kendi menfaatine kullanabilmesi amaçlarına dönük olarak kendi iradesine uygun biçimde eğitim ve öğretim faaliyetlerine katılım sağlayabilmesidir⁵. Eğitim hakkı bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine, insan onuruna uygun bir yaşam sürebilmesine olanak tanır⁶.

Eğitim hakkı bilhassa diğer hak ve hürriyetlerin hayata geçirilmesinde, bireylerin diğer hak ve hürriyetlerden tam ve etkin biçimde faydalanmasında ciddi bir rol oynar⁷. İnsan haklarının birbirinden ayrılmaz yapısı düşünüldüğünde hemen her hakkın güçlendirilmesi, dolaylı olarak diğer hakların da güçlendirilmesi anlamına gelmektedir⁸. Dahası eğitim hakkı, muhtevası itibarıyla bu işlevi daha etkin bir biçimde yerine getirmektedir. Çünkü kişilerin esasen doğum ile elde ettikleri, buna karşılık varlığından ve içeriğinden haberdar olmadıkları haklara sahip olmaları, onların bu haklardan faydalanamamaları ve bu hakların kâğıt üstünde kalması anlamına gelecektir⁹.

Eğitimin hedefi bireylerin potansiyellerini tam manasıyla hayata geçirebilmesi, diğer insanların hak ve hürriyetlerine saygılı biçimde toplumsal hayata katılımlarının sağlanmasıdır¹⁰. Elbette tüm bu hedefler bireyin, toplumun ve devletin ihtiyaçlarına göre alt başlıklara ayrılarak çeşitlendirilmektedir.

Eğitim hakkının 20. yüzyılda, yaygın biçimde, temel bir sosyal hak olarak anayasalar ve uluslararası metinlerce güvence altına alınması, devletlerin bu hakkı

³ Zülfü Demirtaş, ‘Uluslararası Antlaşmalar Çerçevesinde Engellilerin Eğitim Hakkı’ (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademisi Dergisi 39, 43.

⁴ Selminaz Adıgüzel, ‘Uluslararası Hukukta ve Türkiye’de Eğitim Hakkı’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2016) 87.

⁵ Cevat Elma ve Tufan Aytaç, ‘Uluslararası Sözleşmelerde Eğitim ve Eğitim Hakkı’ iç Tufan Aytaç (edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2020) 25.

⁶ Aslı Değerli, ‘Avrupa Birliğinde Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2016) 7.

⁷ Susan Easton, ‘Not Just Another Brick in the Wall? Protecting Prisoners Right to Education’ (2022) 69 International Journal of Law, Crime and Justice 1, 15 <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1756061622000088?via%3Dihub> (E.T. 10.12.2024).

⁸ Emine Zendeli, ‘The Right to Education as a Fundamental Human Right’ (2017) 7 [4] Contemporary Educational Researches Journal 158, 159 <https://un-pub.eu/ojs/index.php/cej/article/view/2718> (E.T. 8.12.2024).

⁹ Yusuf Öksüz, ‘Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2023) 24.

¹⁰ Yarım (n 1) 259

tanınmak ve faydalanılmasını sağlamak noktasında yükümlülük altına girmelerine sebep olmuştur¹¹. Eğitim hakkı devlete aktif edimler yükleyen, ikinci kuşak haklar arasında yer alan sosyal haklardan bir tanesidir ve kişinin toplumdan/devletten talep edeceği isteme hakları sınıfında yer alır¹². Eğitim faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi için, gerekli araç/gerecin ve binanın temin edilmesi, planlı ve programlı bir eğitim içeriğinin oluşturulması, bu eğitimi katılımcılara aktaracak yeterli donanımına sahip eğitimcilerin yetiştirilmesi ve görevlendirilmesi, çok katmanlı, ciddi bir planlama ve organizasyonu gerektiren, maddi yönden oldukça külfetli bir iştir.

Ancak eğitim hakkının yalnızca sosyal hak niteliği ağır basan ve devletten aktif edimler talep eden bir isteme hakkı olarak tanımlanması tek başına yanlış olmasa da yetersizdir. Eğitim hakkı aynı zamanda yerine göre devletin saygı göstermesi gereken (negatif edim) haklardan biridir¹³. Bu kapsamda kişiler belli sınırlar dâhilinde eğitim hakkından faydalanırken, devlet tarafından gerçekleştirilecek müdahaleler ölçülülük ilkesine uygun olmalı, devlet tarafından hakka sınırsız biçimde müdahale edilmemelidir. Ayrıca kişilerin devlet tarafından herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın anılan haktan faydalanabilmesi gerekmektedir¹⁴.

Kapsam yönünden eğitim hakkı incelendiğinde ise, bunun kişinin yaşamı boyunca talep ettiği ya da ihtiyaç duyduğu tüm eğitim ve öğrenim hizmetlerini kapsamaması gerekmektedir. Çağımızda toplumsal talep ve ihtiyaçlar hızla değişmektedir, insanlar da maddi ve manevi varlıklarını bu ihtiyaçlar doğrultusunda hızlı ve sürekli biçimde yenilemek zorunda kalmaktadır. Bu kapsamda kişiler esasen yaşam boyu eğitim hakkına sahiptir¹⁵. Buna karşılık çalışmanın devamında ele alınacağı üzere ulusal ve uluslararası düzenlemeler, eğitim hakkının yalnızca ilköğretimi kapsadığına dair bir izlenim oluşturmaktadır¹⁶. Ancak doktrin¹⁷, uluslararası kurumlar¹⁸, ve Avrupa

¹¹ Zendeli (n 8) 159

¹² Adıgüzel (n 4) 93, Değerli (n 6) 8, Meral Sungurtekin Özkan, ‘İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı ve Ülkemizde Kız Çocuklarının Durumu’ (2019) İzmir Barosu Dergisi 119, 125

¹³ Adıgüzel (n 4) 104

¹⁴ Demirtaş (n 3) 45

¹⁵ Hakkı Niyazi Altunya, *Anayasa Hukuku Açısından Türkiye’de Eğitim ve Öğrenim Hakkı* (Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları 2019) 68

¹⁶ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Eğitim Hakkına ilişkin 1’olu ek Protokol’ünün 2. maddesinin 2. cümlesi “Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir” şeklindedir. Bu cümle Sözleşmede güvence altına alınan eğitim hakkının yalnızca çocukların temel eğitim düzeyindeki eğitim hakkını güvence altına aldığına dönük çağrışıma yol açmaktadır.

¹⁷ Abdullah Çelik, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı’ (2015) 6 [20] Adalet Akademisi Dergisi 279, 282, Değerli (n 6) 7, Ahmet Ziya Çalışkan, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı’ (2007) 11 [3-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295, 301

¹⁸ Ali Ünal, *Eğitim Hukuku: Herkese Nitelikli Eğitim* (Anı Yayıncılık 2020) 179

İnsan Hakları Mahkemesi¹⁹ ile Anayasa Mahkemesinin²⁰ üzerinde görüş birliğine vardığı üzere eğitim hakkı ilköğretim ile başlayıp yükseköğretim ve devamındaki eğitim/öğretim faaliyetlerini de kapsar.

A. Eğitim Hakkına İlişkin Olarak Devletin Yükümlülükleri

Yukarıda eğitim hakkının yerine göre devlette hem negatif hem de pozitif(aktif) yükümlülükler yükleyebileceğinden bahsedilmiştir. Gerçekten de devlet, eğitim hakkının hayata geçirilebilmesi ve bireylere sağlanabilmesi için öncelikle gerekli hukuki ve maddi altyapıyı sağlamak zorundadır²¹. Aynı zamanda devlet aktif eylemlerde bulunarak, kendi eylemleri dışında toplumdaki diğer kişilerden ya da durumlardan kaynaklanan eğitim hakkının önündeki engelleri kaldırmak yükümlülüğü altındadır²².

Bu anlamda devlet vatandaşların eğitim alma taleplerine karşı eşit muamelede bulunma, vatandaşları arasında dil, din, ırk ya da siyasi/felsefi görüş sebebiyle ayrımda bulunmama yükümlülüğü altındadır²³. Anılan yükümlülük, doğası itibarıyla negatif karakterdedir. Yani devlet, hem bireylerin eğitime erişimi noktasında bir engel oluşturmamalı hem de hakka erişimi kolaylaştırmalı/sağlamalı ve hakkın önündeki engelleri ortadan kaldırmalıdır²⁴.

Bu noktada doktrinde genişçe atıf yapıldığı üzere devletlerin eğitim hakkına ilişkin yükümlülükleri, Birleşmiş Milletler Eğitim Hakkı Özel Raportörü Katarina Tomasevski tarafından 4A modeli ile ifade edilmiştir²⁵. Modele göre devletin eğitim hakkına ilişkin yükümlülükleri mevcudiyet(Availability), erişilebilirlik(Accessibility), kabul edilebilirlik(Acceptability), uyarlabilirlik(Adaptability) kriterlerine göre incelenmektedir. Bu model zamanla Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin uygulanmasını denetlemekle görevi Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından da benimsenmiş ve Genel Yorum 13 ile uluslararası metinlere dâhil edilmiştir²⁶.

¹⁹ “1’ nolu ek Protokol’ün 2. maddesinde açıkça belirtilmese de eğitim hakkının yükseköğrenim de dahil olmak üzere tüm seviyelerdeki eğitimi kapsamadığını düşünmek için hiçbir sebep yoktur” Leyla Şahin v Turkey App No 44774/98 (ECHR 10 November 2005) p134

²⁰ AYM, Hikmet Balabanoğlu Başvurusu 2012/1334, 17.09.2013 p 28, Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v Turkey App No 47121/06, 13988/07 ve 34750/07 (ECHR 7 October 2019) p 51, Mürsel Eren v Turkey App No 60856/00 (ECHR 7 February 2006) p 41

²¹ Yüksel Çallı, ‘Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2009) 13

²² Çallı (n 21) 13

²³ Savaş Koçyiğit, ‘Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2014) 18

²⁴ Aynur Aydoğan, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2018) 40

²⁵ Katarina Tomasevski, ‘Human Right Obligations: Making Education Available, Accessible, Acceptable and Adaptable’ (2011) 3 Education Primers 13 https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Tomasevski_Primer%203.pdf(E.T. 9.12.2024)

²⁶ Ali Ünal ve Ruhi Sarpkaya, *Eğitim Hakkı* (Anı Yayıncılık 2021) 21

Eğitim hakkının *mevcudiyeti* söz konusu olduğunda iki husus gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki uyarınca, sivil ve politik bir hak olan eğitim hakkı bağlamında devlet dışı kişi ve kuruluşların eğitim kurumu açabilmesine devlet tarafından izin verilmesi, müdahalede bulunulmaması gerekmektedir²⁷. İkinci olarak sosyal ve ekonomik bir hak olan eğitim hakkı dolayısıyla devlet, eğitim hakkını güvence altına alabilmek için eğitim kurumları kurmalı ve finanse etmelidir²⁸. Elbette bu yalnızca bir okul inşası değildir, her türlü materyal ile eğitmen yetiştirilmesi ve istihdamı bu bağlamda değerlendirilmektedir. Ayrıca mevcudiyet söz konusu olduğunda bu kurumların işlevselliği de ayrı bir önem taşımaktadır²⁹.

Kabul edilebilirlik ise eğitimin niteliğine ilişkindir³⁰ ve eğitimin kalitesinin hedefleri sağlamaya muktedir yüksek nitelikte olmasını, kişinin ihtiyacı olan bilgilerin tamamının eğitim kapsamına dâhil edilmesini gerektirir³¹. Diğer bir ifade ile kabul edilebilir bir eğitimin mevcut olması için bireylerin bu eğitim neticesinde tüm potansiyellerini gerçekleştirebilmeleri gerekmektedir³². Kabul edilebilirlik hususunda muhatap, çocuklar ve ebeveynlerdir. Bu kapsamda müfredat ve eğitim metotları kabul edilebilirlik kriteri kapsamında öğrenciler ve uygun durumlarda ebeveynler için kabul edilebilir olmalıdır³³. İlgili kriter uyarınca bu kişiler çocukları için gerekli eğitimi seçebilmelidir³⁴. Bu noktada elbette devlet tarafından getirilen belirli sınırlar dâhilinde eğitim hakkı bağlamında ailelere tanınmış bir özgürlük söz konusudur.

Uyarlanabilirlik ise eğitimin, katılımcının yararı, sosyal gelişimi ile ulusal ve uluslararası düzeydeki ihtiyaçlara dönük esnekliğini ifade eder³⁵. Bu kapsamda eğitim, bu faaliyetlerindeki esneklik neticesinde, farklı sosyo-kültürel seviyedeki katılımcılara uyarlanabilmelidir³⁶. Bu kapsamda özel duruma sahip ya da özel ihtiyaçları olan katılımcıların eğitim faaliyetlerine katılımının sağlanması ya da katılım ile elde edecekleri faydanın artırılmasına dönük eğitim politikalarının benimsenebilmesi de uyarlanabilirlik ile ilişkilidir.

²⁷ Tomasevski (n 25)

²⁸ ibid 13

²⁹ Ümit Binbir ve Gökhan Arastaman, 'Eğitim Hakkı: Bir Sistematik Derleme Çalışması' (2021) 11 [18] Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 5075, Ünal (n 18) 117 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1644362> (E.T. 6.12.2024)

³⁰ Ünal ve Sarpkaya (n 26) 22

³¹ Yarım (n 1) 260

³² Ünal (n 18) 181

³³ General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant) Bkz. <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/1999/en/37937> (E.T. 11.12.2024)

³⁴ Zendeli (n 8) 163

³⁵ ibid 163, Ünal (n 18) 183

³⁶ Binbir ve Arastaman (n 29) 5075

Söz konusu modele göre eğitim aynı zamanda *erişilebilir* olmalıdır. Yani eğitim hizmeti tüm kurumlarda ve herkes için ayırım gözetilmeksizin sağlanabilmelidir³⁷. Diğer bir ifade ile eğitim hakkının sağlanabilmesi için öncelikle kişilerin eğitime erişebilmeleri, eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi gerekmektedir. Eğitimde fırsat eşitliği, herkesin kendi potansiyellerine uygun eğitim kurumlarına ve kaynaklarına, ayrımcılığa uğramaksızın ulaşabilmesidir³⁸. Bu noktada eğitime fiziksel olarak yaşanan erişim engelleri ile birlikte, ekonomik engeller³⁹ ve ırkçılık gibi ayrımcılığa ilişkin engeller ortadan kaldırılmalı, kişiler hiçbir ayrımcılığa uğramaksızın eğitim hakkından faydalanabilmelidir⁴⁰.

Bu noktada belki de çalışmamızla en ilişkili kriter erişilebilirliktir. Çünkü konumuz açısından ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin eğitim kurumlarına erişimi ve eğitim hakkı temel husustur. Doktrinde ve yargı kararlarında sıkça tekrar edildiği üzere ceza infaz kurumlarında bulunan kişiler özgürlükten mahrum bırakılmanın sonucunda kaybettikleri haklar dışında, diğer haklarını muhafaza etmeye devam ederler⁴¹. Gerçekten de gerek AİHM⁴² ve AYM⁴³ gerekse doktrin⁴⁴ tarafından

³⁷ Ünal ve Sarpkaya (n 26) 22, Ünal (n 18) 179, Elma ve Aytaç (n 5) 26, Demirtaş (n 3) 48

³⁸ Adıgüzel (n 4) 118

³⁹ Simone Emmert, 'Education in terms of Human Rights' (2011) 12 *Procedia Social and Behavioral Sciences* 348 <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042811001340> (E.T. 5.12.2024)

⁴⁰ General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant) <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/1999/en/37937> (E.T. 11.12.2024)

⁴¹ Kadir Selamet, 'Türkiye Hapishanelerinde Öğrenci Olmak ve Öğrenim Hakkı' (2015) Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi 10, <https://cisst.org.tr/wp-content/uploads/2020/12/turkiye-hapishanelerinde-ogrenci-olmak-ve-ogrenim-hakki.pdf> (E.T. 11.12.2024), Hüseyin Şimşek, 'Dezavantajlı Grupların ve Öğrencilerin Hak ve Sorumlulukları' iç Tufan Aytaç (edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2020) 265

⁴² "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ceza infaz kurumunda bulunan kişiler, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında eğitim hakkı da dâhil olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahip olmaya devam ederler" Hirst v UK (No. 2) App No 74025/01 (ECHR 6 October 2005) p 69

⁴³ "Mahkeme öncelikle, hukuka uygun bir tutukluluğun açıkça Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulama alanına girdiği durumlarda, genel olarak, hükümlülerin özgürlük hakkı hariç olmak üzere, Sözleşme tarafından güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam ettiklerini vurgulamaktadır. Örneğin, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan tutuklular kötü muamelelere veya insanlık dışı ya da küçültücü ceza veya muamelelere tabi tutulamazlar" Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v Turkey (n 20) p 55

⁴⁴ "Prisoners legally detained continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed by the Convention, with the exception of the right to liberty. They thus have the right to education guaranteed by Article 2 of Protocol No. 1" Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe 29 February 2024) 10, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_protocol_1_eng (E.T. 11.12.2024), Oktay Erdoğan, *İnfaz Hukuku* (Adalet Yayınevi 2022) 1043, Şimşek (n 41) 265, Namık Kemal Topçu ve Neslihan Can, 'Örgüt Suçlarından Mahkûm Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi' (2022) 19 *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 283, 307, 324, Selamet (n 41) p 10

tutuklu ve hükümlülerin kişi hürriyeti dışındaki diğer hakları muhafaza etğine dair görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte bu tespit, bu haliyle eksiktir. Çünkü ceza infaz kurumunda bulunan bir kişinin kişi hürriyeti dışındaki diğer tüm hak ve hürriyetlerden, toplumdaki diğer kişiler seviyesinde faydalanması düşünülemez. Aksi durumun kabulü hayatın olağan akışına terstir. Ancak elbette uygun şartlar ve düzenlemeler altında, bilhassa eğitim hakkı özelinde serbest kişilere yakın seviyede bu haktan yararlanmaları mümkün ve hatta gereklidir. Öyle ise eğitim hakkının erişilebilir olması, ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin de kendi hal ve şartlarına uygun biçimde, rasyonel sebeplere dayanmayan eşitsizliklerden (ayrımcılık) uzak bir şekilde eğitime ulaşabilmelerini gerekli kılmaktadır.

B. Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Eğitim

Kanunda yazılı tanımına uygun, hukuka aykırı ve kusurlu insan davranışı olarak suç karşılığında uygulanan kanuni yaptırıma ceza denir⁴⁵. Bu olgu zaman içerisinde toplum düzenini bozanlara karşı kişisel ve kolektif bir tepki olarak gelişmiştir⁴⁶. Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından cezaevleri, ilk dönemlerde kamu düzenini sağlamak adına suç işleyen kişilerin toplumdaki izole edildikleri yerler olarak görülmüştür⁴⁷. Ancak hükümlülerin topluma yeniden kazandırılması amaçlanmaksızın gerçekleştirilen tecrit, hem toplum hem de infaz sonrası hükümlü için olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir⁴⁸. Bu nedenle modern infaz anlayışı, cezaevinde bulunan kişilerin de kazanımları ve topluma katılımlarını sağlama yönünde evrilmiştir. Böylelikle cezaevleri de izolasyon merkezi olmaktan ziyade, suç işleyen kişilerin eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinin gerçekleştirildiği⁴⁹, bu bağlamda uslandırıldığı yerler olarak değişmiştir⁵⁰.

Yukarıda izah edilen, ceza ve infaz kurumlarının bir tecrit merkezi olmaktan eğitim ve rehabilitasyon merkezi olmaya dönüşümü, esasen cezanın amacının giderek değişmesi ile yakından ilişkilidir. Gerçekten de önceleri işlenen suçun bedeli, karşılığı olarak görülen cezaevi mahkûmiyeti, günümüzde bu özelliğini muhafaza etmekle birlikte ayrıca suç işlenmesini önlemeye dönük bir araç haline gelmiştir⁵¹. Nitekim cezalandırmanın amacı, iki farklı teori ile açıklanmaktadır. Bunlar, ödet-

⁴⁵ Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 91

⁴⁶ Erdoğan (n 44) 26

⁴⁷ Mustafa Saldırım, 'Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'deki Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı' (2004) <https://saldirim.com/yeni/wp-content/uploads/2013/11/ULUSLARARASI-HUKUK-A%C3%87ISINDAN-T%C3%9CRK%C4%B0YEDEK%C4%B0-TUTUKLU-VE-H%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CLER%C4%B0N-E%C4%9E%C4%B0T%C4%B0M-HAKKI.pdf> (E.T. 11.12.2024) 2-3, Şimşek (n 41) 265

⁴⁸ Abdülkadir Akın, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016) 26

⁴⁹ Saldırım (n 47) 2-3, Şimşek (n 41) 265

⁵⁰ Erdoğan (n 44) 45

⁵¹ ibid 42

me(kefare) ve önlemedir⁵². Bu teorilere *uzlaştırmacı* ya da *karma* olarak ifade edilen ve içinde her iki teoriyi barındıran üçüncü bir teoriyi de ilave etmek gerekir.

Ödetme ya da kefare teorisine göre cezalandırma, kendiliğinden ve kendisi için bir amaçtır, bu kapsamda kişinin rehabilite edilmesinden ziyade ceza ile yapılan kötülüğün bedeli ya da intikamı alınmaktadır⁵³. Bir kişisel ya da sosyal tepki olarak ortaya çıkan cezada, kuvvet kullanma tekelinin sahibi olan devletin, bireylerden cezalandırma yetkisini kendi üzerine almasının bir sonucu olarak ve bu amaçla suç işleyenleri cezalandırması bu kapsamda açıklanabilir. Ayrıca anılan görüş, geleceğe dönük bir amacı içerisinde barındırmayıp daha çok geçmişte işlenen bir suçun kefareti ile ilgilidir⁵⁴.

Cezanın amacını açıklayan teorilerden bir diğeri olan önleme ya da *caydırıcılık* teorisinde ise esas amaç failin yeniden topluma kazandırılması ve suç işlemekten uzak tutulmasıdır⁵⁵. Bu bağlamda teori geleceğe dönük bir hedefi içinde barındırmaktadır⁵⁶. Ayrıca bu teori vasıtasıyla yalnızca suç işleyen kişi rehabilite edilmek suretiyle menfaat elde edilmemekte, ayrıca kişinin topluma faydalı bir birey haline getirilmesi suretiyle entegrasyonu yoluyla içinde bulunduğu toplumun genel refahı ve esenliği de desteklenmektedir⁵⁷. Bu teoriye göre cezalandırma bir amaçtan ziyade gelecekte suç işlenmesini engellemeye dönük bir araçtır⁵⁸.

Yukarıda izah edilen önleme amacı, genel önleme ve özel önleme biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Cezalandırmanın *genel önleme* amacıyla toplumsal ölçekte hukuk kurallarına uyulmasına dönük bir anlayış oluşturmak hedeflenmektedir. Buna karşılık özel önleme amacı, toplumsal ölçekteki bir hedeften ziyade suç işleyen kişiye odaklanmakta, kişinin yeniden sosyalleşmesini, topluma aktif bir katılım ile kendisi ve çevresi için üretken bir kişi haline gelmesini, hukuk kurallarına riayet etmeyi anlayış haline getirmesini hedeflemektedir⁵⁹. Esasen kişinin rehabilite edilmesi ve iyileştirilmesi, cezanın özel önleme amacına dâhil olmaktadır.

Yukarıda ifade edilen iki görüşü belirli ölçüde içinde barındıran üçüncü bir görüş ise *uzlaştırmacı* ya da *karma* görüş olarak ifade edilmektedir⁶⁰. Günümüz çağdaş hukuk sistemlerinde de anılan iki teorinin belirli ölçüde harmanlanarak uygulan-

⁵² Özbek (n 45) 91, Topçu ve Can (n 44) 293

⁵³ Erdoğan (n 44) 43

⁵⁴ Topçu ve Can (n 44) 293

⁵⁵ Cumhur Şahin ve İzzet Özgenç, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 21

⁵⁶ Topçu ve Can (n 44) 293, Özbek (n 45) 43

⁵⁷ Güven Urgan, *Positive Obligations of States for The Protection of Prisoners Rights Under the Case Law Of the European Court of Human Rights* (Eğitim Yayınevi 2020) 69

⁵⁸ Erdoğan (n 44) 43

⁵⁹ Mustafa Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, (Adalet Yayınevi 2024) 26, Şahin ve Özgenç (n 55) 22, Özbek (n 45) 46

⁶⁰ Topçu ve Can (n 44) 293

dığı görülmektedir⁶¹. Buna göre devlet, suç işleyenlerin cezalandırılması suretiyle hem cezalandırma yetkisinin tek sahibi olarak yapılan kusurlu davranışın intikamını almalı(karşılığını ödetmeli), hem de genel ve özel seviyede önleme amacını gerçekleştirmelidir⁶². Ulusal hukuk incelendiğinde Türkiye'nin de karma görüşü benimsediği kabul edilmektedir⁶³.

Modern ceza infaz sisteminin amaçladığı ıslah ve topluma kazandırma hedefi, infaz kurumunda geçireceği sürede kendi sosyal durumuna ve becerilerine uygun iyileştirme ve eğitim programlarının sağlanması ile gerçekleştirilebilecektir⁶⁴. Bu kapsamda “*eğitim-öğretim, sağlık, psiko-sosyal hizmetler ile meslek edindirme, bireyselleştirme programlarının tümü*”⁶⁵ neticesinde bireyler ıslah edilerek topluma kazandırılabilir. O halde uygulanacak eğitim öğretim programları, modern anlamdaki ceza infazından beklenen amaçların gerçekleştirilmesinde en önemli araçlardan bir tanesidir. Bu sebeple mahkûmların hem bir hak olan, hem de devletin cezalandırma politikalarının bir aracı olan bu programlardan faydalanabilmeleri oldukça önemlidir.

II. POZİTİF HUKUKTA EĞİTİM HAKKI

A. Uluslararası Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan ve 10 Aralık 1948 tarihinde Paris'te kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 26. maddesi eğitim hakkını düzenlemektedir⁶⁶. Maddenin birinci fıkrası esasen ayrımcılık yapılmaksızın, her insanın eğitim hakkının bulunduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca metinde belirtildiği üzere eğitim, ilk ve temel safhalarında parasız ve mecburidir. İkinci fıkra ise esasen eğitimin amaçlarını düzenlemektedir. Bu bağlamda eğitim insanın kendini geliştirebilmesi, insan haklarına saygının tesis edilebilmesi, çeşitli gruplar arasında hoşgörü ve dostluğun tesis edilmesi gibi önemli amaçlara hizmet etmelidir. Üçüncü ve son fıkra ise ana ve babanın çocuklarının eğitimine

⁶¹ Urgan (n 57) 68

⁶² Erdoğan (n 44) 44

⁶³ Özbek (n 45) 95, aynı yönde: Topçu ve Can (n 44) 297, Nur Centel, ‘Cezanın Amacı ve Belirlenmesi’ *Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001), 337, 348

⁶⁴ Akın (n 48) 575-576

⁶⁵ Seda Şantay Baykut, ‘İnsan Haklarının Korunması Açısından Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları’ (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2019) 160

⁶⁶ “1. Her şahsın öğrenim hakkı vardır. Öğrenim hiç olmazsa ilk ve temel safhalarında parasızdır. İlk öğretim mecburidir. Teknik ve mesleki öğretimden herkes istifade edebilmelidir. Yüksek öğretim, liyakatlerine göre herkese tam eşitlikle açık olmalıdır.2. Öğretim insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetlerine saygının kuvvetlenmesini hedef almalıdır. Öğretim bütün milletler, ırk ve din grupları arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.3. Ana baba, çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler “ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (E.T. 11.12.2024)



ilişkin karar verme hürriyetlerini güvence altına almaktadır. Bu düzenleme eğitim hakkı alanında uluslararası ölçekteki ilk düzenleme olması sebebiyle oldukça önemlidir⁶⁷. Buna karşılık Beyanname'nin tavsiye niteliğinde olması, hukuk tekniği açısından bir sözleşme değil, karar ile oylama sonucunda kabul edilmesi ve bağlayıcı olmaması⁶⁸, Beyanname'nin içinde bulundurduğu hakların gerçek anlamda korunmasında yeterli güvenceyi sağlayamamasına yol açmaktadır.

Yukarıda izah edilen gerekçe ile Beyannamede yer alan hakların gerçek anlamda korunması ve bağlayıcı hale gelmesi amacıyla 1966 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve 1976'da yürürlüğe giren Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme tesis edilmiştir⁶⁹. Anılan Sözleşme'nin 13. maddesi eğitim hakkına ayrılmıştır⁷⁰. Sözleşme'nin ilgili maddesinin ilk fıkrası tıpkı Beyanname gibi eğitim hakkına herkesin sahip olduğunu güvence altına almaktadır. Devamında Beyannameden daha geniş biçimde eğitimin amaçlarının düzenlendiği göze çarpmaktadır. 2. fıkra eğitim çeşitli seviyelerine ilişkin devletlerin yükümlülükleri sıralanmakta, 3. fıkra çocukların ailelerin kendi inançları doğrultusunda eğitim alması ve 4. fıkra ile bireylerin eğitim kurumu kurma ve yönetme özgürlüğü düzenlenmektedir. Sözleşme, uluslararası düzeyde eğitim hakkını düzenleyen en kapsamlı belgedir⁷¹. Türkiye ise bu Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış

⁶⁷ Selamet (n 41) 4

⁶⁸ Elma ve Aytac (n 5) 26-28, Murat Gürkan Gülcan, *Eğitim Hukuku* (Pegem Yayıncılık 2019) 94

⁶⁹ Zendeli, (n 8) 163

⁷⁰ "1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese eğitim hakkı tanır. Eğitimin insan kişiliğinin ve onur duygusunun tam gelişmesine yönelik olmasını ve insan hakları ve temel özgürlüklere olan saygıyı güçlendirmesini sağlar. Ayrıca eğitimin herkesin özgür bir topluma etkin olarak katılmasına olanak sağladığını, tüm uluslararası olduğu gibi, ırksal, etnik ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü, ve dostluğu geliştirdiğini ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma etkinliklerini özendirildiğini de kabul eder.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla;

a- İlköğretimin zorunlu olmasını ve herkese ücretsiz sağlanmasını;

b- Orta öğretimin, teknik ve mesleki eğitim dahil, çeşitli biçimlerinin, her önlem alınarak, özellikle ücretsiz eğitimin giderek yaygınlaştırılması yoluyla herkese açık ve herkesçe görülebilir olmasını;

c- Yüksek öğrenimin, her uygun yolla ve özellikle ücretsiz eğitimin giderek yaygınlaştırılmasıyla herkese becerisine göre eşit olarak açılmasını;

d- İlk öğrenimini tamamlamamış ya da hiç görmemiş kişiler için temel eğitimin olabildiğince özendirilmesi ya da güçlendirilmesini;

e- Her düzeyde, bir okul sisteminin geliştirilmesini, yeterli bir burs sisteminin kurulmasını ve eğitim personelinin maddi koşullarının giderek iyileştirilmesini kabul eder.

3. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler; anababaların ya da -kimi durumlarda- yasal vasilerin, Devlet tarafından kurulanların dışında Devletçe konmuş ya da onanmış belli eğitim ölçülerine uyan okullar seçme özgürlüklerine saygı göstermeyi ve çocuklarının kendi inançları doğrultusunda ahlak ve din eğitimi görmelerini sağlamayı üstlenir. 4. Bu maddenin hiçbir hükmü, her durumda bu maddenin 1. fıkrasında öne sürülen ilkelerin gözetilmesi ve verilen eğitimin Devlet tarafından konacak belli ölçütlere uygun düşmesi koşuluyla, birey ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüğünü, zedeleyici biçimde yorumlanamaz."

⁷¹ [https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf\(E.T. 11.12.2024\)](https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf(E.T. 11.12.2024))

⁷¹ Selamet (n 41) 4

ve 11 Ağustos 2003'te Resmi Gazete'de yayımlanmıştır⁷². Ancak Türkiye Sözleşme'nin eğitim hakkına ilişkin 13. maddesinin üç ve dördüncü fıkralarına "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 3., 14. ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulama hakkını saklı tutar.*" biçiminde çekince koymuştur.

Çalışmamız açısından önem arz eden ve eğitim hakkını düzenleyen bir diğer uluslararası nitelikteki belge, Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallardır. Bu Kurallar, Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş ve Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından onaylanmıştır. İlgili Kurallar'ın Eğitim ve Eğlence başlıklı 104. ve 105. maddelerine⁷³ göre devletler mahpuslara öğretim hizmeti vermekle yükümlüdürler. Bilhassa okur-yazar olmayan mahpuslar ile gençler için bu hizmetin sağlanması bir zorunluluktur. Ayrıca mahpusların tahliye sonrası eğitim faaliyetlerine devam edebilmeleri adına, mümkün olduğu kadar, infaz kurumunda almış oldukları eğitim ile ülkenin geri kalanında sürdürülen eğitim faaliyetlerinin bütünleştirilmesi gerekmektedir. Yine mahpusların ruhsal ve fiziksel sağlıklarının korunması amacıyla eğlendirici ve kültürel faaliyetlerin düzenlenmesi, anılan Kurallar bağlamında bir gerekliliktir.

Yukarıda izah edilenler dışında eğitim hakkına ilişkin uluslararası düzeyde çeşitli sözleşmeler mevcuttur. Örneğin, Çocuk Hakları Sözleşmesi ya da Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme, bunlardan bazılarıdır. Ancak konumuz ve çalışmamızın kapsamı açısından bir sonraki başlıkta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini inceleyip uluslararası nitelikteki pozitif düzenlemeler başlığını nihayete erdireceğiz.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı

4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir denetim mekanizması da getirmesi dolayısıyla diğer uluslararası nitelikteki belgelerden ayırmaktadır. Sözleşme'nin 33. maddesine göre bireylerin yine Sözleşme ile kurulmuş olan AIHM'ne başvurabilme imkânı, Sözleşme'nin ayırıcı özelliğidir. Bu sebeple Sözleşmenin hem bir denetim ve yaptırım mekanizması içeriyor olması, hem de AIHM içtihatları neticesinde Sözleşme hükümlerinin somut olaylar özelinde yeniden yorumlanıyor olması, bu konunun ayrı bir başlık altında incelenmesini gerekli kılmıştır.

⁷² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm> (E.T. 11.12.2024)

⁷³ "104. 1. Bütün mahpuslara kendilerine yarar sağlayacak öğretim ile, dinsel eğitimin verilmesi mümkün olan ülkelerde dinsel eğitim de verilir. Okur-yazar olmayan mahpuslar ile genç mahpusların eğitimi zorunludur ve idare tarafından bu kişilerin eğitimine özel bir dikkat gösterilir. 2. Mahpusların eğitimi, tahliye edildikleri zaman güçlüklerle karşılaşmadan eğitimlerini sürdürebilmeleri için, mümkün olduğu kadar, ülkenin eğitim sistemi ile bütünleştirilir. 105. Mahpusların ruhsal ve fiziksel sağlıkları için her kurumda eğlendirici ve kültürel faaliyetler düzenlenir." <https://www.tihk.gov.tr/public/pdf/files/5ov6wq.pdf> (E.T. 11.12.2024)



Sözleşme'nin ilk halinde eğitim hakkı düzenlenmemiştir. İlgili hak üzerinde taraflar arasında bir uzlaşmaya varılamaması neticesinde bu hakkın ek protokoller suretiyle düzenlenmesi ve neticede Sözleşme'nin imzalanmasının gecikmemesi amaçlanmıştır⁷⁴. Sürecin devamında eğitim hakkı, 1952 yılında Ek 1'nolu protokolün 2. maddesi ile Sözleşme'nin kapsamına dâhil edilebilmiştir. Madde metnine göre; *“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”*⁷⁵

Düzenleme incelendiğinde ilk göze çarpan husus onun negatif karakteridir⁷⁶. Bu bağlamda madde metninde devlete açıkça herhangi bir aktif yükümlülük yüklenmemektedir. Esasen Sözleşmenin ilk halinde eğitim hakkının negatif karakterde düzenlenmesini savunan, pozitif karakterde düzenlendiğinde herkese eğitim sağlamak biçiminde öngörülemez yükümlülükler doğurabileceğini öne süren görüşler mevcuttur⁷⁷. Bu görüşlerin maddenin negatif biçimde kaleme alınmasında etkili olduğu düşünülebilir. Neticede uzun süren ve tartışmalı bir sürecin sonunda ortaya çıkan bu madde diğer haklara nazaran cılız kalmış, zayıf bir güvence sistemi ortaya koymuştur⁷⁸. Ancak bu haliyle dahi maddenin eğitim özgürlüğünü güvence altına aldığı tespit edilebilir⁷⁹. Ayrıca madde metninin bu negatif niteliğine rağmen pek çok devlet tarafından çekince konmuştur⁸⁰. Türkiye de Protokol'ü Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümleri saklı kalmak şartıyla onaylamıştır.

Anılan maddenin ilk cümlesi tıpkı aktarılan diğer uluslararası nitelikteki belgelerde olduğu gibi ayırım gözetilmeksizin herkesin eğitim hakkını güvence altına almakta, aynı zamanda ebeveynlerin dini ve felsefi inançları ile çocuğun bu doğrultuda eğitim almasına yönelik kararlarına saygı duyulmasını gerektirmektedir⁸¹.

Sözleşme taraf devletlere hiçbir pozitif yükümlülük yüklememekte midir? Doktrinde devletlerin her hak karşısında saygı gösterme, koruma ve yerine getirme biçiminde üç tip yükümlülüğe sahip olduğu savunulsa da AİHM, devletlere pozitif ve

⁷⁴ Katherine Williams and Bernadette Rainey, 'Language, Education and the European Convention on Human Rights in the Twenty-First Century' (2002) 22 [4] Legal Studies 626, 629 https://www.academia.edu/7913732/Language_education_and_the_European_Convention_on_Human_Rights_in_the_twenty_first_century (E.T. 4.12.2024)

⁷⁵ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (E.T. 11.12.2024)

⁷⁶ Çalışkan (n 17) 296

⁷⁷ Williams and Rainey (n 74) 630

⁷⁸ ibid s 629

⁷⁹ Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, (Seçkin Yayıncılık 2004) 138

⁸⁰ Easton (n 7) 19

⁸¹ Öksüz (n 9) 17

negatif olmak üzere iki tip yükümlülük yüklemektedir⁸². Sözleşmede düzenlenen hakların gerçekten ve etkin biçimde korunmasını hedefleyen bu yükümlülüklerden pozitif olanlar, devletin aktif bir müdahalesini gerektirmekte, buna karşılık negatif olanlar ise devletin müdahalesini yasaklamakta, pasif bir tutum takınmasını gerektirmektedir⁸³. Bu bağlamda her ne kadar Sözleşme metninde açık bir atıf olmasa da Mahkeme kararları incelenerek devletlerin yükümlülükleri tespit edilebilir.

Bu noktada gerek Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak verdiği ilk karar olması, gerekse eğitim hakkına dönük pozitif ve negatif yükümlülüklerin tespit edilmesi yönüyle *Belçika Dil Davası* oldukça önemlidir⁸⁴. Başvurucular çocuklarına ana dilde eğitim verilmediğinden, verilen eğitimin yetersizliğinden, devletin okullarda verilen eğitime ilişkin düzenleyici yasalarına aykırı biçimde faaliyet gösteren okullara finansal destekte bulunmadığından, bu okullardan mezun olanların mezuniyet durumlarının devlet tarafından tanınmadığından yakınmaktadırlar. Mahkeme, öncelikle Protokol'de yer alan eğitim hakkının negatif bir karakterle kaleme alındığını, buna karşılık devletin madde bağlamında pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu tespit etmiştir. Sözleşme bir bütün olduğundan ve bir bütün olarak yorumlanması gerektiğinden hareketle 1. maddedeki devletlerin 'sağlama' ödevi karşısında, bu madde ile eğitim hakkına ilişkin maddenin birlikte yorumlanması suretiyle somut olayda pozitif yükümlülüklerle ulaşılmıştır⁸⁵.

Mahkeme'ye göre maddenin negatif karakteri ve hazırlık çalışmaları da göz önünde bulundurulduğunda, bu madde, devletlere herhangi bir eğitim kurumu kurma veya finansal olarak destekleme biçiminde yükümlülükler yüklemektedir⁸⁶. Buna karşılık madde ile düzenlenen eğitim hakkı, mevcut eğitim kurumlarına erişimi güvence altına almaktadır⁸⁷. Ayrıca bireyler, ilgili hakkın efektif biçimde sağlanabilmesi bağlamında, almış oldukları eğitimden menfaat elde edebilmelidirler⁸⁸. Bu bağlamda bir eğitimi tamamlamış olan kişinin mezuniyetinin devlet tarafından tanınması gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme'ye göre Sözleşme ile güvence altına alınan eğitim hakkı, doğası gereği, devlet tarafından düzenlenmesi gereken bir haktır⁸⁹. Bu düzenleme ise bireylerin ve toplumun zamana ve mekâna göre değişen

⁸² Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Council of Europe 2007) 5

⁸³ Akandji-Kombe (n 82) 9-11

⁸⁴ Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium App No 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (ECHR 23 July 1968)

⁸⁵ Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium App (n 84) 3

⁸⁶ ibid 3, Leyla Şahin v Turkey (n 19) p135

⁸⁷ Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium App (n 84) 4

⁸⁸ ibid 4

⁸⁹ ibid 5



ihtiyaçlarına göre çeşitlilik gösterebilmektedir. Ancak elbette yapılan düzenleme hakkın özüne zarar vermemelidir⁹⁰.

Mahkeme'nin bu yorumu ile öncelikle devletlerin belirli bir eğitim kurumu kurmak ya da desteklemek yükümlülüğü altında bulunmadığı tespit edilmektedir⁹¹. Bu durum devletlerin takdiri yetkisi dâhilinde verecekleri bir karardır⁹². Protokolün imzalandığı dönemde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamında zaten hâlihazırda eğitim kurumları bulunmaktadır. Dolayısıyla madde ile devletlerin eğitim kurumu açmakla görevlendirildiği düşünülemez⁹³. Buna karşılık devletin hiçbir pozitif yükümlülüğünün bulunmadığı da söylenemez. Devletler eğer bir eğitim kurumunu kendi takdirleri doğrultusunda kurmuşsa, bu 'belirli bir zamanda var olan eğitim kurumundan' vatandaşların eşit biçimde yararlanmalarını güvence altına alırlar⁹⁴. Yine kişiler bitirdiği eğitimden menfaat sağlayabilmelidirler⁹⁵. Buna karşılık Çelik'in de belirttiği üzere AİHM, eğitim hakkı üzerinden devletin pozitif yükümlülüklerine ulaşmakta çoğunlukla isteksiz kalmakta, hak 'belirli bir zamanda var olan eğitim kurumuna erişim' ile sınırlı kalmaktadır⁹⁶.

Sözleşme ile düzenlenen bu hak mutlak nitelikteki bir hak mıdır? Diğer bir ifade ile sınırlanması mümkün müdür? Bu tartışmanın sebebi madde metninde herhangi bir sınırlama sebebi gösterilmiyor oluşudur. Örneğin, Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı başlıklı 8. maddesinde hakkın "*ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda*" sınırlanabileceğini ya da düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı 9. maddesi hakkın "*sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için*" sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Buna karşılık eğitim hakkına ilişkin herhangi bir kayıt söz konusu değildir.

Bir hakkın yalnızca kanunla düzenlenebileceği belirtilmekle birlikte ayrıca bir sınırlama sebebi düzenlenmemişse, bu halde *basit yasa kaydı* dolayısıyla yasa ko-

⁹⁰ İbid 5

⁹¹ Anayurt (n 79) 138

⁹² Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe 29 February 2024) s 5 https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_protocol_1_eng (E.T. 11.12.2024)

⁹³ Olgun Akbulut, 'Eğitim Hakkı' iç Sibel İnçeoğlu (edr) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Council of Europe 2013) 533

⁹⁴ Çelik (n 17) 285, Ponomaryovi v Bulgaria App No 5335/05 (ECHR 21 June 2011) p 49; Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark App No 5095/71, 5920/72, 5926/72 (ECHR 7 December 1976) 52; Mürsel Eren v Türkiye, (n 20) p 41; İrfan Temel and Others v Türkiye, App No 36458/02 (ECHR 3 March 2009) p 39

⁹⁵ Akandji-Kombe (n 82) 57

⁹⁶ Çelik (n 17) 286

yucunun takdir marjının geniş olduğu düşünülmektedir⁹⁷. Buna karşılık, hakkın yasa ile sınırlanabileceği düzenlenmekle birlikte ayrıca sınırlama için bir takım özel sebeplerin öngörülmesi halinde, nitelikli yasa kaydının mevcut olduğundan bahisle yasa koyucu hakkı yalnızca bu sebepler doğrultusunda sınırlayabilmekte, takdir marjı daralmaktadır⁹⁸. Konumuz açısından AİHS’te düzenlenen eğitim hakkına ilişkin pozitif hüküm herhangi bir yasa kaydı dahi içermemekte, ancak bu husus hakkın sınırlanabileceği, ayrıca sınırlayan makamın da özel sebeplerle bağlı olmadığı biçiminde yorumlanmaktadır. Hatta doktrinde hakkın meşru amaçla ciddi biçimde sınırlanabileceğinin kabul edilmesi eleştirilmektedir⁹⁹. Ayrıca AİHM’e göre bir hakkın sınırlanması için gerekli olan yasanın, şekli anlamda bir yasa olması gerekmez¹⁰⁰. İçeriği itibarıyla kanun niteliği taşıyan, öngörülebilir düzenleyici işlemlerle de hakkın sınırlanması mümkündür.

O halde Mahkeme’ye göre anılan hak mutlak nitelikte ve sınırlanamaz bir hak değildir¹⁰¹. Neticede eğitim kurumlarına erişim hakkı doğası gereği devlet tarafından düzenlenmesi gereken bir nitelik arz ettiğinden, bu düzenlemelerle hakkın sınırlanması da mümkündür¹⁰². Örneğin okula başlama yaşının tespit edilmesi ya da disiplin cezalarının düzenlenmesine ilişkin normlar özü itibarıyla eğitim hakkını sınırlandırsa da bir ihlal olarak değerlendirilemeyecektir¹⁰³. Ancak Mahkeme’ye göre bu sınırlamalarla hakkın özü zedelenmemeli, müdahale öngörülebilir olmalı, meşru bir amaç taşımalıdır¹⁰⁴. Ayrıca sınırlama, kullanılan araç ile amaç arasında makul bir orantının bulunması halinde ihlal olarak değerlendirilmeyecektir¹⁰⁵. Tüm bunlarla birlikte ulusal düzenleme, Sözleşme ile güvence altına alınan diğer haklardan ayrımcılık yasağı ya da özel ve aile hayatına saygı hakkı gibi normların gereklerine de uygun düşmelidir¹⁰⁶.

Sözleşme’de ilgili hakkın sınırlanmasına ilişkin meşru sebepler sayılmadığından, Mahkeme’ye göre devletler ilgili hakka ilişkin olarak düzenleme ve sınırlamalar

⁹⁷ Sibel İnceoğlu, ‘Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi’ iç Sibel İnceoğlu (edr) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Council of Europe 2013) 24

⁹⁸ İnceoğlu (n 97) 24

⁹⁹ Heidi R. Gilchrist, ‘Higher Education is a Human Right’ (2018) 17 [3] Washington University Law Review 645, 658

¹⁰⁰ İnceoğlu (n 97) 29

¹⁰¹ Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v Turkey (n 20) p 56

¹⁰² Her düzenleme sınırlama mıdır? bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982) 18 vd

¹⁰³ İbrahim Ülker, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü’ (Yüksek Lisans Tezi, Konya Selçuk Üniversitesi 2010) 36

¹⁰⁴ Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v Turkey (n 20) p56, Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe 29 February 2024) 8 [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_protocol_1_eng\(E.T.11.12.2024\)](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_protocol_1_eng(E.T.11.12.2024))

¹⁰⁵ Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v Turkey (n 20) p 56

¹⁰⁶ Akbulut (n 93) 535



getirirken madde metninde sayılan pozitif sebeplerle bağlı değildirler¹⁰⁷. Yine Mahkeme'ye göre devletin eğitim alanındaki takdir marjı, sunulan eğitimin seviyesi ile doğru orantılıdır¹⁰⁸. Diğer bir ifade ile devletin takdir marjı temel eğitim düzeyinde daha sınırlı iken, yükseköğretim seviyesinde oldukça geniştir.

2. AİHM'in Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkına İlişkin Yaklaşımı

Bu başlık altında AİHM'in bakışının tespiti için *Epistatu/Romanya* davası önem arz etmektedir¹⁰⁹. Lise son sınıf öğrencisi olan başvuru, cinayete teşebbüs suçundan mahkûm edilmiş, bu sebeple eğitimini tamamlamadığından bahisle eğitim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre kişinin cezaevinde bulunduğu süre boyunca tam zamanlı eğitime erişime devam edememesi, eğitim hakkından yoksun bırakma biçiminde yorumlanamaz¹¹⁰. Ayrıca yine Mahkeme'ye göre Protokolde düzenlenen eğitim hakkı, cezaevi kurumuna başvuru için geçici nitelikte bir eğitim kurumu açma yükümlülüğü getirecek biçimde yorumlanamaz¹¹¹.

Görüldüğü üzere hukuka uygun biçimde cezaevinde bulunan kişilerin eğitim hakkı yalnızca bu sebepten ihlal edilmiş sayılamayacağı gibi, AİHM'e göre devletlerin bu kurumlarda eğitim hizmeti sağlamak biçiminde bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ayrıca başvuru henüz lise seviyesinde olduğu, dolayısıyla devletin takdir marjının yükseköğretim seviyesine göre daha dar olduğu da hesaba katılmalıdır. O halde cezaevinde bulunan kişilerin de sırf bu nedenle yükseköğretim kurumuna erişim hakkının ihlal edildiği ya da devletin bu hizmeti sağlamakla yükümlü olduğu evleviyetle kabul edilemez bir yorumdur.

Cezaevinde bulunan kişiler, eğitim hakkını elbette halen muhafaza etmeye devam etmektedirler. Bu bağlamda cezaevi içerisinde hâlihazırda mevcut bir eğitim kurumuna kişilerin erişiminin hukuka aykırı biçimde engellenmesi elbette eğitim hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır¹¹². Ancak devletin bu kişiler için ayrıca eğitim kurumu kurma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Cezaevi içerisinde mevcut eğitim imkânlarından kişilerin yararlanmasına ilişkin olarak ise *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl/Türkiye* davası¹¹³ önem arz etmek-

¹⁰⁷ Leyla Şahin v Turkey (n 19) p 154, Catan and Others v Moldova and Russia App No 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECHR 19 October 2012) p 140

¹⁰⁸ Ponomaryovi v Bulgaria (n 94) p 56

¹⁰⁹ Epistatu V. Romania App No29343/10 (ECHR 24 December 2013)

¹¹⁰ Epistatu V. Romania (n 109) p 62

¹¹¹ ibid p 63

¹¹² Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe 29 February 2024) 10 https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_protocol_1_eng (E.T. 11.12.2024)

¹¹³ Mehmet Reşit Arslan and Orhan Bingöl v Turkey (n 20)

tedir. Başvurucular terör suçundan ömür boyu hapis cezasına mahkûm olmuştur ve cezaevinde bulunmaktadır. Başvurucular yükseköğrenime devam etmeleri ve genel kültürlerini geliştirmeleri için elzem olduğunu düşündükleri bilgisayar ve internet erişimlerinin imkânsızlığından bahisle eğitim haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Başvuruculardan bir tanesi uzaktan eğitim veren Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine kabul edilmiş, diğeri ise herhangi bir kuruma kabul edilmemiştir. Bu bağlamda ilki eğitime devam etmek isterken, ikincisi bilgisayar ve internet yoluyla üniversite sınavına hazırlanmayı amaçlamaktadır.

Türk makamları ise sınırlamayı gerekçelendirirken davacıların terör suçlarından mahkûm olduklarını, bilgisayar ve internete erişim halinde terör faaliyetlerini devam ettirebileceklerini, ayrıca başvuranlardan bir tanesinin herhangi bir yükseköğrenim kurumuna dahi kayıtlı olmadığını ve pek çok disiplin cezası bulunduğunu belirtmişlerdir.

Mahkeme öncelikle başvurucuların özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesi dışındaki diğer hakları muhafaza etmeye devam ettiğini tekrar etmiştir¹¹⁴. Devamında iç hukuku inceleyen Mahkeme, Türk hukukuna göre belirli şartlar altında bilgisayar ve internete erişimin kısıtlanabileceğini, bu bağlamda sınırlamanın kanunla yapıldığını tespit etmiştir¹¹⁵. Ayrıca Mahkeme, yasal düzenlemenin somut olayda kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi biçimde meşru amaçlara dayandığını değerlendirmiştir.

Neticede Mahkeme somut olayda her ne kadar anılan cihazlara erişimin taraf devletlerin takdir yetkisinde olsa da, resmi makamların başvurucuların taleplerini reddederken yeterli gerekçe sundukları konusunda ikna olmamış, başvuranların menfaati ile kamu yararı arasında adil dengenin gözetilmediği kanısına varmış, başvuruların eğitim hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir¹¹⁶.

Görüldüğü üzere somut olayda devletin kişilere karşı henüz mevcut olmayan bir eğitim hizmeti götürmek yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca bu bağlamda gerek Sözleşmede meşru sebeplerin sayılmaması, gerekse yükseköğrenim seviyesi dolayısıyla bu hususta devletin takdir marjı geniştir. Dahası önemli ölçüde maddi kaynakları gerektiren eğitim hizmetinin planlanması ve sunulması, zamana ve mekâna göre talep ve ihtiyaçlardaki çeşitlilik devletlerin takdir marjını genişleten diğer hususlardır. Buna karşılık eğer devlet vatandaşlarına bu yönde bir takım hizmetler sunmuşsa, bireylerin bu hizmetlerden faydalanabilmesi gerekir. Bireylerin bu hizmetten faydalanmasının sınırlandığı durumlarda ise, sınırlama kanunilik, meşru amaç ve orantılılık gibi gereklerle uygun biçimde yerine getirilmelidir¹¹⁷.

¹¹⁴ ibid p 55

¹¹⁵ ibid p 44

¹¹⁶ ibid p 53-56

¹¹⁷ Leyla Şahin v Turkey (n 19) p 75

B. Ulusal Mevzuatta Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı

1982 Anayasası'nın eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi başlıklı 42. maddesi¹¹⁸ eğitim hakkını düzenlemektedir. Maddenin ilk cümlesi tıpkı diğer uluslararası nitelikteki düzenlemelerde olduğu gibi ayırım gözetilmeksizin herkesin eğitim hakkına sahip olduğunu güvence altına almaktadır. Devamında bu hakkın kapsamının kanunla düzenleneceği, eğitimin amaç ve esası, ilköğretimin vatandaşlar için aynı zamanda ödev olduğu ve devlet tarafından ücretsiz biçimde bu hizmetin sunulması gerektiği göze çarpmaktadır. Madde metninden hareketle devletin mevcut eğitim kurumlarına vatandaşların eşit biçimde erişebilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu değerlendirilebilir¹¹⁹. Ancak elbette eğitim hakkıyla ilişkilendirilebilecek anayasal düzeydeki tek düzenleme 42. madde değildir. “Başlangıç” bölümündeki “maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme” ibaresi, 5. maddedeki “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ibaresi, eğitime erişimle ilişkilendirilebilecek kanun önünde eşitliğe ilişkin 10. madde ve devamında 17, 24, 27, 62 ve bilhassa yükseköğretime ilişkin 130, 131 ve 132. maddeler sıralanabilir.

Anayasa altı düzenlemeler incelendiğinde de eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen pek çok hüküm mevcuttur. Ancak konumuz ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkı olduğundan, bu başlık altında bu konuya ilişkin düzenlemelerin ve uygulamanın aktarılmasıyla yetinilecektir.

Ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin eğitim hakkına ilişkin en temel yasal düzenleme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'dur. Kanun'un 3. maddesine göre infazın temel amacı “*genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır*”. Bu amacı gerçekleştirecek

¹¹⁸ “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılaacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez. Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.”

¹¹⁹ Gökhan Savaş, “Türk Eğitim Sistemini Kuran ve Düzenleyen Temel Yasalar” iç Necmi Gökyer ve Necati Cemaloğlu (edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2021) 312.

olan ise, ceza infaz kurumu içerisinde ve dışarıda gerçekleştirilecek pek çok iyileştirme ve rehabilitasyon faaliyetleridir ve elbette, eğitim de bunlardan bir tanesidir.

Kanun'un 60. maddesi ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin kültür ve sanat etkinliklerine katılma hakkını, 61. maddesi kütüphaneden yararlanma hakkını ve 62. maddesi süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkını hem düzenlemekte hem de güvence altına almaktadır. Kanun'un 67. maddesi ise hükümlünün radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkını düzenlemektedir. İlgili maddenin 3. fıkrasına göre, *"kapalı ve açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde ancak, eğitim ve iyileştirme programları çerçevesinde kurum yönetimince belirlenen yerlerde görsel ve işitsel eğitim araç ve gereçlerinin kullanımına izin verilebilir. Eğitim ve iyileştirme programları gerekli kıldığı takdirde denetim altında internetten yararlanılabilir. Hükümlü, odasında bilgisayar bulunduramaz. Ancak, Adalet Bakanlığının uygun görmesi hâlinde eğitim ve kültürel amaçlı olarak bilgisayarın ceza infaz kurumuna alınmasına izin verilebilir."* Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise *"Bu haklar, tehlikeli hâlde bulunan veya örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir."*

5275 Sayılı Kanunun 75. ve 76. maddeleri ise açıkça ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin eğitim hakkını düzenlemekte ve güvence altına almaktadır. Kanunun 76. maddesinde 14.11.2024 tarih 7532 Sayılı Kanunun 18. maddesi ile değişik yapılmış ve önceki halinde 2 fıkradan oluşan madde¹²⁰ 6 fıkraya çıkarılarak ceza infaz kurumlarında eğitim öğretim ve sınavlara ilişkin detaylı düzenleme getirilmiştir.

75. madde ile bilhassa hükümlünün kişiliğini geliştirebilmesi ve ceza infazdan beklenen amaçların hayata geçirilmesi doğrultusunda çeşitli programların uygulanacağı tespit edilmiştir¹²¹. Ayrıca ilgili eğitim programlarının temel eğitim ve orta eğitimle birlikte konumuz açısından önem arz ettiği üzere yükseköğretimi de kapsayacağı vurgulanmıştır. 76. madde¹²² ise açık ceza infaz kurumlarında ve

¹²⁰ Madde 76- (1) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmaları sağlanır.

(2) Bu maddenin uygulanmasına ve sınavlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

¹²¹ "Madde 75- (1) Ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimini güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak programlar uygulanır. (2) Hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültür durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programları; temel eğitim, orta ve yükseköğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psiko-sosyal hizmet konularını kapsar."

¹²² "Madde 76- (Değişik: 14/11/2024-7532/18 md.) (1) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin tüm öğretim türlerinden; diğer ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ise kurum içinde verilebilen yaygın, dışarıdan ve açık öğretim programlarından yararlanmaları sağlanır.

(2) Kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler, kurum içinde açılan örgün öğretim programlarına kurum disiplini, düzen ve güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde, kurumsal kapasite ve imkânların uygunluğu ölçüsünde devam edebilir. Yaş, eğitim düzeyi, engellilik durumu, sosyal ve ekonomik durum ile benzeri ölçütlere göre ihtiyacı olan hükümlülere öncelik verilir.



çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin tüm öğretim türlerinden, diğer ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ise kurum içinde verilen yaygın eğitim ile dışarıdan ve açık öğretim programlarından yararlanabileceğini düzenlemiştir. Açık ceza infaz kurumları ve çocuk eğitimevlerinde bulunan kişiler tüm eğitim türlerinden¹²³ faydalanabilecekken, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin m. 76/2 gereğince örgün öğretim programlarından yararlanması mümkün değildir. Örgün öğretimden yararlanma noktasında Kanun tarafından kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişiler açısından öngörülen bu sınırlamada yadırganacak bir yön bulunmamaktadır. Nitekim örgün eğitim derse ve uygulamaya devam gerektiren bir eğitim türüdür ve kapalı ceza infaz kurumunda bulunan ve örgün bir yükseköğretim programına kayıtlı bir kişinin, derse ve uygulamaya devam etmesi, içinde bulunduğu infaz sisteminin doğasına aykırıdır.

Görüldüğü üzere bu noktada Kanun, hükümlünün içinde bulunduğu infaz kurumunun niteliğine göre alabileceği eğitim hizmeti noktasında bir ayrıma gitmiştir. Ayrıca ikinci fıkra ile hükümlülerin infaz kurumu içerisinde açılan yaygın eğitim

(3) Kayıtlı olduğu eğitim kurumlarının ilgili mevzuatına göre gerekli şartları taşıyan ve kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin sınavları, kişi ve kurum güvenliği ile kurum disiplin ve düzeninin bozulmasını önleyici tedbirler alınarak aşağıda belirtilen usule göre ceza infaz kurumu içinde yapılır:

a) Kayıtlı oldukları ortaöğretim, ön lisans, lisans ve benzeri öğretim programları kapsamındaki sınavlar ile mesleki yeterlilik gibi yazılı veya sözlü sınavlar, ilgili kurum ile koordinasyon sağlanarak öncelikle çevrim içi, bunun mümkün olmaması hâlinde ise ilgili eğitim kurumu görevlisinin gözetiminde yüz yüze yapılır.

b) Hükümlüler, merkezî sınavlar ile açık öğretim kurumları sınavlarına, sınav merkezi olarak belirlenen ceza infaz kurumlarında katılır.

(4) Kurum ve kuruluşlar ile üniversiteler, sınavlara ilişkin olarak üçüncü fıkrafta belirtilen konularda gerekli düzenlemeleri yapmak ve tedbirleri almakla yükümlüdür.

(5) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin öğretimden yararlanması veya sınavlara katılması, hükümlünün; başarısız olması, devamsızlık göstermesi, eğitim ve sınav alanlarında bu Kanunda yazılı disiplin cezasını gerektiren eylemlerden birini gerçekleştirilmesi veya öğretim programının ceza infaz kurumunun işleyişine yer ve zaman itibarıyla uygun olmaması hâlleri dışında engellenemez.

(6) Bu maddenin uygulanmasına ve sınavlara ilişkin usul ve esaslar Milli Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

¹²³ 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu 18. maddesine göre “*Türk milli eğitim sistemi, örgün eğitim ve yaygın eğitim olmak üzere, iki anabölümden kurulur. Örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim kurumlarını kapsar. Yaygın eğitim, örgün eğitim yanında veya dışında düzenlenen eğitim faaliyetlerinin tümünü kapsar*”. Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 3. maddesinde örgün eğitim, açık eğitim, dışarıdan eğitim ve yaygın eğitim olarak tanımlanmaktadır. Metne göre “*Örgün Eğitim: Öğrencilerin, eğitim - öğretim süresince ders ve uygulamalara devam etme zorunluluğunda oldukları bir eğitim - öğretim türüdür. Açık Eğitim: Öğrencilere radyo, televizyon ve eğitim araçları vasıtasıyla yapılan bir eğitim - öğretim türüdür. Dışarıdan Eğitim (Ekstern Eğitim): Yükseköğretimin belirli dallarında, devam zorunluluğu olmaksızın sadece yarıyıl içi ve sonu sınavlarına katılma zorunluluğu bulunan bir eğitim - öğretim türüdür. Bu eğitimi izleyen öğrenciler ortak zorunlu dersler ile gerekli görülen bazı dersleri, ilgili yükseköğretim kurumlarının mesai saatleri dışındaki uygun saatlerde düzenlenecek derslerde alırlar. Yaygın Eğitim: Toplumun her kesimine ve değişik alanlarda bilgi ve beceri kazandırma amacı güden bir eğitim - öğretim türüdür.*”

programlarından da mutlak-sınırsız biçimde yararlanamayacağı, bu noktada kurum disiplini, düzeni ve güvenliği ile kapasite ve imkânların göz önünde bulundurulması gerektiği tespit edilmiştir.

2324 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik ise 88. maddesi ile eğitim öğretim faaliyetlerinin amacını ve sunulacak programları hüküm altına almaktadır. Yönetmeliğin 89. maddesi ise tıpkı 5275 sayılı Kanun'un 14.11.2024 tarihli değişiklik öncesi 76. maddesinde olduğu gibi “*Açık kurumlar ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmaları sağlanır.*” düzenlemesini içermektedir. Yönetmelik de Kanun gibi açık ve kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kişiler arasında eğitim hakkının kullanılması yönünden mevcut ayrımı korumaktadır.

Yukarıda izah edilen anayasal ve yasal nitelikteki düzenleme ve yönetmelik haricinde bizatihi konumuzla ilişkili Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkartılan iki genelge de oldukça önemlidir. Bunlardan ilki 01.01.2006 tarihli ve 51 no'lu Çocuk Hükümlü ve Tutukluların Eğitim Öğretim Faaliyetleri konulu genelgedir. Diğeri ise esasen çalışmamızla daha da ilgili olan 27.07.2007 tarihli ve 46/1 no'lu Genç ve Yetişkin Hükümlü ve Tutukluların Eğitim ve İyileştirilme İşlemleri ve Diğer Hükümler konulu genelgedir.

46/1 no'lu genelgenin ikinci bölümü eğitimin ilke ve hedeflerine ayrılmıştır. Bu noktada Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Ceza İnfaz Kurumlarında Eğitim” konulu tavsiye kararlarında tespit edilen ilkeler Genelgede sıralanmıştır. Özellikle “*Mümkün olan her durumda hükümlülerin ceza infaz kurumları dışında eğitime katılmasına izin verilmelidir*” ilkesinin Genelgeye dâhil edilmesi dikkat çekmektedir. Aynı Genelge'nin dördüncü bölümü ise ceza infaz kurumlarındaki eğitim ve öğretim çalışmalarına ayrılmıştır.

Öncelikle bu kurumlarda bulunan ve okuma/yazma bilmeyen kişilerle bunu belgeleyemeyen kişiler için kurum içerisinde yetişkin I. ve II. kademe kurslar açılacaktır. I. kademe kurs, kurumda tek bir okuma yazma bilmeyen dahi olsa açılabilirken, II. kademe kurs için en az 5 kursiyerin katılımı gerekmektedir. Ayrıca genelge ile açık ilköğretim okulu ve açık öğretim lisesinden ve açık öğretim fakültesinden faydalanmanın şartları da düzenlenmektedir. Ancak genelgenin en dikkat çeken bölümü yükseköğretim çalışmaları başlıklı ‘F’ bölümüdür. Bölümün ilk paragrafına göre;

“*Herhangi bir yükseköğretim kurumuna devam ederken tutuklanan veya hüküm giyen öğrencilerin ya da ceza infaz kurumundayken üniversite sınavını kazanan hükümlü ve tutukluların kapalı ceza infaz kurumlarından, okullarının kabul etmesi durumunda, dış güvenlik görevlisi muhafazasında, açık ceza infaz kurumlarından iç güvenlik görevlisi nezaretinde ara, yıl sonu, bütünleme ve mazeret sınavlarına katılmaları sağlanacaktır.*”

Görüldüğü üzere Genelge ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve hükümlülere, okullarının da kabul etmesi şartıyla örgün eğitim kapsamındaki sınavlara katılma hakkı sağlanmaktadır. Oysa Anayasamızdan ya da kanunlardan kaynaklanan böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Aksine 5275 sayılı Kanun'un 76. maddesi, değişiklik öncesinde kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin sadece yaygın eğitimden yararlanabileceğini düzenlemekteyken yeni halinde ise örgün eğitimin ancak "*kurum içinde*" açılan programlarla sağlanabileceğini düzenlenmiştir. Bu noktada Genelge ile bu yönde bir yükümlülük yüklenilmesi yerinde değildir. Örgün eğitimin derse ve uygulamaya devam gerektiren bir eğitim tarzı olması nedeniyle sadece sınavlara katılma yönünde tanınan bu hak işlevsel olmaktan uzak olduğu gibi, derslere ve uygulamalara devam şartını yerine getiremeyen tutuklu ve hükümlülerin eğitim haklarının engellendiği yönünde birçok davaya da sebebiyet vermektedir¹²⁴.

Yürütme organı, bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla temel hak ve hürriyetler alanında düzenleme yapabilir. Kanunun öngördüğü sınırlamanın uygulanması, teknik detaylarının ve sınırlarının belirlenmesi için düzenleyici işlemler çıkarılabilir. Ancak kanunda öngörülmeyen bir sınırlamada bulunamaz. Temel hak ve hürriyetler alanında sınırlama ve düzenleme birbirinden farklı anlamlar içeren kavramlardır. Sağlam'a göre "*bir hakkı daha güçlü duruma getiren, ona daha etkin bir içerik kazandıran ya da anayasal sınırlarını somutlaştırmaktan ibaret kalan düzenlemeler sınırlama değildir*"¹²⁵. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, temel haklardan "*yararlanma olanaklarına yer verilmesi*" hususunu düzenleme, temel hakların "*yararlanma olanaklarının daraltılması*" hususunu ise sınırlama olarak tanımlamaktadır¹²⁶.

¹²⁴ Bu noktada ileride detayına değineceğimiz, Gökhan Erol kararı (AYM, Gökhan Erol Başvurusu 2020/4987, 12 Ocak 2023.) yanında, idari yargı önündeki iptal davaları da örnek gösterilebilir. Görev yaptığım yükseköğretim kurumu dolayısıyla vakıf olduğum bir bilgi olarak aktarabilirim ki, kanun ve yönerge arasındaki uyumsuzluk çok sayıda talep ve dava konusu olmuştur. Nitekim sadece Hukuk Fakültesinde kapalı ceza infaz kurumunda bulunan yirmiye yakın tutuklu ve hükümlü öğrenci, her sınav döneminde, genelge hükümlerini dayanak göstererek sınavlara girme yönünde talepte bulunmuştur. Fakültenin ilgili idari birimlerinin, Fakültede örgün eğitim uygulandığı, Üniversitenin Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim Yönergesi gereğince öğrencilerin % 30 oranında derse devam etmeleri gerektiği ve bu durumun sınavlara girebilmenin ön şartı olduğu yönündeki kararları muhataplarına bildirilmiştir. Bunun üzerine talepte bulunan öğrencilerden sekizi eğitim haklarının engellendiği gerekçesiyle idari yargı yoluna başvurmuşlardır. Benzer durum diğer yükseköğretim kurumlarında da yaşanmış olmalı ki, Yüksek Öğretim Kurumu Başkanlığı Eğitim-Öğretim Dairesi Başkanlığı, yükseköğretim kurumlarına hitaben yazdığı 17.11.2023 tarihli (E: 75850160-104.01.01.01-75250) "Tutuklu ve Hükümlülerin Öğrenimleri" konulu yazıda, örgün öğretim programlarının derse ve uygulamaya devam etme zorunluluğunu hatırlatarak kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin yarıyıl, yılsonu ve mazeret sınavlarına giremeyeceklerini belirtmiştir. Bu durum kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin sınavlara girme yönündeki taleplerini azaltsa da konuyu çözer mahiyette değildir.

¹²⁵ Sağlam, (n 102) 23

¹²⁶ AYM, E: 1997/62, K: 1998/52. KT. 16.09.1998

Yürütme fonksiyonu, niteliği gereği kanuna dayanan(secundum legem) ve kanuna aykırı olmayan(intra legem) bir yetkidir¹²⁷. Temel hak ve hürriyetlerin “düzenlenmesi” konusunda, düzenleyici işlemlerin kanuna dayanma zorunluluğunun bulunmadığı¹²⁸ kabul edilse de kanuna aykırı(contra legem) olamama özelliği devam etmektedir.

5275 sayılı Kanun’un 76. maddesinin, örgün ve yaygın eğitim olmak üzere iki seçenek arasından kapalı ceza infaz kurumunda bulunanlar için kurum içinde verilebilen yaygın eğitimi tercih etmesi, yasa koyucunun iradesinin örgün eğitimi dışladığı anlamına gelir. Nitekim ilgili maddenin yukarıda değindiğimiz, değişiklik öncesi halinde kapalı ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve hükümlüler için yaygın öğretimden faydalanma konusunda kurum içi ya da kurum dışı ayrımı yapılmadığı halde, yeni halinde yaygın eğitimin sadece kurum içinde verilebilir hale indirgenmesi de örgün eğitimin dışlandığına işaret etmektedir. Yaygın eğitimin dahi kurum dışında verilmesine cevaz vermeyen yasa koyucunun, örgün eğitime haydi haydi cevaz vermediği söylenebilir.

Yasa koyucunun takdiri, açıkça kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin örgün eğitimden yararlanamayacakları yönünde iken, 46/1 no’lu genelgenin örgün eğitim programlarına kayıtlı bulunan tutuklu ve hükümlülere sınavlara katılma yönünde imkân sunması kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Aksi durumun kabulü, yasa koyucunun iradesinin düzenleyici işlemlerle aşılması anlamına gelecektir¹²⁹.

Tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkına ilişkin olarak yukarıda aktarıldığı üzere ülkemizde ceza politikalarının hayata geçirilmesi amacıyla infaz kurumları içerisinde ve dışarıda çeşitli rehabilitasyon ve iyileştirme faaliyetlerini şu şekilde sıralayabiliriz. Bunlar okuma yazmaya ilişkin I. ve II. kademe eğitim öğretim kursları¹³⁰, mesleki eğitim kursları, açık ilköğretim, açık lise ve açık öğretim fakülteleri, kütüphane çalışmaları biçimindedir¹³¹. Ayrıca tutuklu ve hükümlüler merkezi sınavlara da katılma hakkına sahiptirler, bu sınavlar sınav merkezi olan ceza infaz kurumunda gerçekleştirilirler¹³². Ceza infaz kurumu içerisinde gerçekleştirilen kurs-

¹²⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin Yayınları 2017) 291-294

¹²⁸ Gözler’e göre, Anayasa ve kanunla öngörülmemiş olsa bile hak ve hürriyetler düzenleyici işlemlerle tanımlanabilir; güçlendirilebilir; kullanılması garanti altına alınabilir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin Yayınları 2020) 118

¹²⁹ Örneğin; Anayasanın 41.maddesi “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” hükmünü içermektedir ve eşlerin cinsiyeti hakkında bir sınırlama getirmemektedir. Türk Medeni Kanunu ise 134 vd. maddelerinde evlenecekler olarak erkek ve kadından bahsetmektedir. Kanun açıkça hemcinsler arası evlilik yasaktır şeklinde bir düzenleme içermese de bu durum, yasa koyucunun hemcinsler arasındaki evlenmeleri dışladığı anlamına gelir. İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle ya da Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne çıkarılacak bir genelge ile hemcinsler arasında evlilik işlemlerine cevaz verilmesi düşünülemez.

¹³⁰ Başak Ekinci ve Mustafa Eren, *Mahpus Hakları El Kitabı* (TCPS Kitaplığı 2015) 74

¹³¹ Şantay Baykut (n 65) 167

¹³² ibid 169

lar kurum kadrosundaki eğitimciler, bu mevcut değilse, halk eğitim müdürlüğünce görevlendirilecek eğitimciler vasıtasıyla sürdürülür¹³³.

1. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı

Öncelikle Anayasa Mahkemesine göre de tıpkı doktrin ve AİHM kararlarında ifade edildiği gibi eğitim öğretim hakkı yükseköğretimi de kapsamaktadır¹³⁴. Ayrıca yine Mahkeme’ye göre AİHM kararları ile paralel şekilde “*Anayasa’nın 42. maddesinde yer alan eğitim ve öğrenim hakkı, kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellemeye negatif ödevini yüklemekle birlikte Anayasa’da öngörülen ilköğretim dışında devletin tüm bireylere eğitim ve öğrenim sağlaması şeklinde pozitif bir ödev yüklememektedir. Devletin özellikle lisansüstü eğitim almak isteyen herkese bunu sağlama şeklinde pozitif bir ödevi bulunmamaktadır.*”¹³⁵

Ayrıca Anayasa Mahkemesine göre her ne kadar eğitim ve öğretim toplum için oldukça önemli olsa da, devlet tarafından düzenlenmesi gereken yapısı dolayısıyla mutlak ve sınırlanamaz bir hak olarak düşünülemez¹³⁶. Bu noktada AİHM’in *Leyla Şahin/Türkiye* kararına da atıf yapan Mahkeme, yapılacak kısıtlamanın kanunilik, meşru amaç, ölçülülük kriterlerine uyması gerektiğini, buna karşılık devletin ‘meşru amaçlar’ listesiyle bağlı olmadığından bahisle takdir alanının geniş olduğunu tespit etmiştir¹³⁷.

İnfaz kurumunda bulunan kişilerin yapmış olduğu başvurular neticesinde verilen AYM kararlarından Mahkemenin tutumuna ilişkin ne gibi bilgiler ortaya çıkabilir? Öncelikle Mahkemeye göre örgün eğitim kapsamında eğitim veren bir eğitim kurumu için devletin internet sağlamak gibi bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu noktada *Mehmet Al* başvurusu oldukça önemlidir. Başvurucu hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan kapalı ceza infaz kurumunda tutuklu bulunmaktadır. Bununla birlikte kendisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğrencidir, fakülte ise COVID-19 salgını gerekçesi ile uzaktan eğitim metodu ile öğretime geçmiştir.

İnfaz Kurumu ise örgün eğitime devam eden tutuklu ve hükümlülerin, uzaktan öğretim metoduna geçilmesiyle internete erişim taleplerinde yaşanan artış karşısında bu konuda bir karar almıştır. Kararda “*Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün ekte sunulmuş olan 07/10/2020 tarih ve E-26220590-204.10-618/118732 sayılı yazısında da belirttiği gibi Eğitim türlerinin formal ve informal eğitim şeklinde olduğu; formal eğitimin örgün ve yaygın eğitimden müteşekkil olduğu, salgın hastalık döneminde tedbiren geçici olarak kullanılan uzaktan eğitimin bir eğitim türü değil, eğitim*

¹³³ Ekinci ve Eren (n 130)

¹³⁴ AYM, Yüksel Baran Başvurusu 2012/782, 26 Haziran 2014, p 35

¹³⁵ AYM, Yüksel Baran Başvurusu (n 134) p 36

¹³⁶ ibid p 37

¹³⁷ ibid p 39

metodu olduğu, bu surette örgün eğitimin uzaktan eğitim metoduyla işlenmesinin, örgün eğitime yaygın eğitim vasfı kazandırdığı yanlıgisına düşülmemesi gerektiği,Kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların mevzuatımız uyarınca örgün ve uzaktan eğitime (İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi hariç) devam etmesinin mümkün olmadığı, ayrıca ceza infaz kurumumuzun fiziki yapısı, yeterli alt yapıya sahip internet bağlantılı bilgisayarların bulunmaması, sayıları sürekli artan örgün eğitim öğrencisinin farklı üniversitelerde eğitim aldığı ve dolayısı ile Akademik takvimlerin çakışması durumunda hem alt yapı sorunları hem de Covid-19 küresel pandemi riskleri nedeniyle farklı odalardaki hükümlü ve tutukluların bir araya getirilemeyeceğinden kaynaklı ciddi aksaklıkların meydana geleceği¹³⁸ belirtilmiştir. Kurum tarafından uzaktan eğitime erişime ilişkin taleplerin anılan gerekçelerle uygun görülmediği değerlendirilmiştir. Bunun üzerine başvuru eğitim hakkının ihlal edildiğini iddia ederek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesine göre eğitim ve iyileştirme faaliyetleri kapsamındaki internete erişim hakkı, Anayasa ya da AIHS tarafından değil, 5275 sayılı Kanun tarafından tanınmış ve bu bağlamda idarenin takdir yetkisi içinde sağlanacağını vurgulamıştır¹³⁹. Ayrıca Mahkeme'ye göre anılan hak, ceza infaz kurumunda bulunmanın kaçınılmaz sonucu ve olanakları çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁴⁰. Mahkeme'ye göre internete erişimin dayanağının Anayasa ya da Sözleşme değil, kanun olması, bu noktada idarenin takdir yetkisini oldukça genişletmektedir¹⁴¹. Ayrıca yine Mahkeme'ye göre 5275 sayılı Kanun, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin örgün eğitime erişebilmeleri noktasında devlete hiçbir yükümlülük yüklememektedir¹⁴².

Somut olayda ise başvuru, geçici olarak uzaktan eğitim metoduna geçen Fakülte'nin ders ve sınavlarına internet vasıtasıyla katılamadığından yakınmaktadır. Mahkeme'ye göre ise kapalı ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve hükümlülerin örgün eğitime devam etmeleri noktasında devletin pozitif bir yükümlüğü bulunmamaktadır. Salgın nedeniyle geçici olarak uzaktan öğretime geçilmesi ise bu durumu değiştirmeyecektir¹⁴³. Mahkeme'ye göre **ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin örgün eğitime katılma hakları, kurumda bulunmanın doğal sonucu olarak kısıtlanmaktadır**¹⁴⁴. Ayrıca mevcut pandemi şartlarında kurum içerisinde artan talepler karşısında gerekli organizasyonel ayarlamaların yapılması ve fiziki imkânların sağlanması da bir başka güçlüktür. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre başvuru hakkının ihlal edildiğinden söz edilemez.

¹³⁸ AYM, Mehmet Aİ Başvurusu 2021/6664, 6 Kasım 2021.

¹³⁹ AYM, Mehmet Aİ Başvurusu (n 138) p 40

¹⁴⁰ ibid p 40

¹⁴¹ ibid p 41

¹⁴² ibid p 43

¹⁴³ ibid p 47

¹⁴⁴ ibid p 48



Benzer bir diğer karar ise *Müslim Macit* başvurusudur. Başvurucu pandemi sebebiyle uzaktan eğitim metoduna geçen kayıtlı bulunduğu fakültenin ders ve sınavlarına internet kullanımı vasıtasıyla erişemediğinden bahisle eğitim hakkının ihlal edildiğinden yakınmaktadır. Süreç içerisinde başvurunun talepleri infaz kurumu tarafından reddedilmiş, itiraz üzerine infaz hakimliği ise “*“kapalı ceza infaz kurumlarında bulunanların örgün eğitimden yararlanma imkanının bulunmadığı, pandemi dönemi derslerin online yapılmasının örgün eğitime yaygın eğitim vasfı kazandırmayacağı”* sonucuna varmıştır. Mahkeme’ye göre ise başvuru bir fakültede örgün eğitim öğrencisidir, bu bağlamda salgın sebebiyle geçici olarak derslerin uzaktan eğitim metodu ile işlenmesi bağlamında başvurunun internete erişememesi suretiyle ders ve sınavlara katılamaması ise, eğitim hakkına bir müdahale olarak değerlendirilemez¹⁴⁵.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesine göre açık ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin uzaktan eğitime internet vasıtasıyla katılmaları önünde bir engel bulunmamaktadır. Somut olayda başvuru kapalı ceza infaz kurumunda hükümlü iken, yapılan yasal bir değişiklik neticesinde açık ceza infaz kurumuna ayrılmıştır¹⁴⁶. Başvurucunun uzaktan eğitim metodu ile eğitime devam eden örgün eğitim kurumuna erişim talebi ise, onun hukuken halen kapalı ceza infaz kurumu statüsünde olduğundan bahisle reddedilmiştir. 29.9.2020 tarihinde Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü de tüm ceza infaz kurumlarına bir yazı göndererek, “*açık ceza infaz kurumuna gönderilen hükümlülerin öğrenim hakları bakımından açık ceza infaz kurumu hükümlüleriyle aynı statüde olduğunun hatırd tutulması... Somut bir gerekçe gösterilmeden, kapalı ceza infaz kurumu hükümlüsü statüsünde olduğundan bahisle matbu ret kararı verilmemesi, somut bir gerekçe olmadan örgün eğitime devama ilişkin olumsuz değerlendirilen kararların yeniden ele alınması”* hususunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi de somut olayda başvurunun eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin konumuz açısından önem arz eden bir diğer kararı ise *Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri* başvurusuna ilişkindir¹⁴⁷. Başvurucular terör suçlarından hükümlü bulundukları Kırıkkale F tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktayken yükseköğretime devam edebilmeleri için gerekli olan bilgisayar ve internet kullanımından mahrum kaldıklarından yakınmakta ve eğitim haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Somut olayda ceza infaz kurumu 2012-2013 eğitim öğretim yılı için, terör suçundan hüküm giyenlerle ilgili olarak bir önceki yıla göre daha kısa süre(haftada 15 saat) internet ve bilgisayara erişim hakkı tanımıştır.

¹⁴⁵ AYM, Müslim Macit Başvurusu 2021/28608, 5 Ekim 2023.

¹⁴⁶ AYM, Ali İşeri Başvurusu 2021/4607, 20 Aralık 2023.

¹⁴⁷ AYM, Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Başvurusu 2013/583, 10 Aralık 2014.

Anayasa Mahkemesine göre ise elbette mahkûmlar ve tutuklular, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında diğer bütün haklara sahip olmaya devam etmektedir. Buna karşılık Mahkeme'ye göre *“cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması durumunda bu haklar sınırlandırılabilir¹⁴⁸”*. Elbette sınırlama daha önceden de izah edildiği üzere Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartlara uygun biçimde gerçekleştirilmektedir. Ayrıca AİHM kararlarına paralel biçimde devletin takdir marjı *“eğitim kurumunun seviyesi yükseldikçe artmakta, buna karşılık bu eğitimin birey ve toplum bakımından önemine bağlı olarak azalmaktadır¹⁴⁹”*. Devamında Mahkeme, diğer kararlarına benzer biçimde Anayasada düzenlenen eğitim hakkının ilköğretim dışında devletin tüm bireylere eğitim hizmeti sağlamak biçiminde bir pozitif yükümlülük yüklenmediğini de vurgulamıştır.

Somut olayda ise çıkar amaçlı suç örgütüne üye olmak suçundan yeni bir mahkûmun uzaktan eğitime başlaması üzerine güvenlik gerekçesiyle terör suçlarından hükümlü olanların kullanım saati sınırlandırılmıştır. Böylelikle olayda meşru bir amacın bulunduğu görülmektedir. Ayrıca yapılan müdahalenin pozitif altyapısı bulunmakta, müdahale ölçülü ve makul olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁰. Bu bağlamda ilgili başvuruda eğitim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, örgün eğitim kapsamındaki eğitim kurumlarının uzaktan öğretim metoduna geçişi bağlamında, devletin kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülere karşı eğitime erişim açısından herhangi bir pozitif yükümlülüğünün bulunmadığını değerlendirmektedir. Buna karşılık açık ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin örgün eğitimden faydalanma hakları mevcut olduğundan, ceza infaz kurumu içerisinde internet ve bilgisayara erişimleri vasıtasıyla uzaktan eğitim biçiminde verilen ders ve sınavlara katılımlarının sağlanması da gerekmektedir.

Konumuz açısından önem arz eden bir diğer karar ise *Yüksel Baran* başvurusuna ilişkindir¹⁵¹. Somut olayda başvuru hakkında yasa dışı örgüte üye olmak suçundan yürütülen bir soruşturmada adli kontrol kararı verilmiştir. Başvurucu ise bu koruma tedbiri dolayısıyla Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde kayıtlı bulunduğu üniversiteye devam edememekten yakınmaktadır.

Mahkeme'ye göre ise somut olayda ‘yurt dışına çıkış yasağı’ tedbiri dışında başvuru hakkına yapılan bir müdahale söz konusu değildir. Bu tedbir eğitim öğretimi hakkına bir müdahaleden ziyade özünde seyahat özgürlüğünü sınırlayan

¹⁴⁸ AYM, Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Başvurusu (n 147) p 65

¹⁴⁹ ibid p 67

¹⁵⁰ ibid p 79 vd.

¹⁵¹ AYM, Yüksel Baran Başvurusu (n 134)



bir müdahaledir¹⁵². Buna karşılık eğitim öğretim hakkına ilişkin olarak Mahkeme tarafından verilmiş doğrudan bir sınırlama ya da müdahale söz konusu değildir¹⁵³. Somut olayda eğitim ve öğretim hakkının dolaylı olarak etkilendiği görülmektedir. Bu açıdan başvurusunun eğitim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Konumuz açısından kararın önemi şudur, tutukluluk alternatifi bir koruma tedbiri olan adli kontrol sebebiyle yurtdışında örgün eğitime devam edemeyen başvuru hakkında Mahkeme, yapılan müdahalenin özelde seyahat hürriyetine karşılık gerçekleştirildiğini, eğitim hakkının ise dolaylı olarak etkilendiğini tespit etmektedir. O halde aynı bakış açısından hareketle tutuklama koruma tedbiri dolayısıyla yurtiçinde örgün eğitime devam edemeyen kişilerin de eğitim hakkına müdahale edildiği söylenemez. Bu ancak dolaylı bir sonuç, hakkın doğasından kaynaklanan bir durumdur.

Nitekim hakkın sınırlılığı ve sınırlanması da birbirinden farklı hususlardır. Hakkın sınırlılığında hakkın sınırlanmasında olduğu gibi dışarıdan yapılan bir müdahale mevcut olmadığı gibi, sınırlılığın pozitif hükümlerde sayılan sebeplere dayanması da gerekmez¹⁵⁴. Sınırlılık bizzat o hakkın kendiliğinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁵. Bu sınırlılık teorileri ise nesnel(objektif) sınırlar ve içkin sınırlar olarak izah edilmektedir¹⁵⁶. Anılan teoriler esasen basit yasa kaydının bulunmadığı hakların sınırlanamaz olduğu görüşüne bir tepki olarak doğmuştur¹⁵⁷. Buna göre her hak, pozitif hükümlerde sayılan bir sınırlama sebebi ya da kaydı bulunmasa dahi, özünde bir takım sınırlara sahiptir. İçkin sınırlar teorisine göre her hak, kendi varlığı içerisinde(kendi muhtevasında) bir takım sınırlara tabidir¹⁵⁸. Diğer bir deyişle bu sınırlar eşyanın tabiatından kaynaklanan sınırlardır¹⁵⁹. Nesnel(objektif) sınırlar teorisine göre ise her hakkın güvence altına aldığı bir norm alanı ve bu alanın sınırları mevcuttur¹⁶⁰. Dolayısıyla hak, bu sınırlar içerisinde bir koruma sağlamakta, bu sınırlar dışarısında hakkın sağladığı bir güvence söz konusu olmamaktadır.

Bu çerçevede ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin örgün eğitimden yararlanamaması bir sınırlama mıdır, yoksa sınırlılık mıdır? Bu sorunun cevabına ulaşmak için AİHM'in yukarıda izah edilen *Epistatu/Romanya* davası ile AYM'nin yukarıda izah edilen *Mehmet Al* başvurusu ve *Yüksel Baran* başvurusu yardımcı olabilir. Ha-

¹⁵² ibid p 33

¹⁵³ ibid p 33

¹⁵⁴ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku (Ekin Yayınları 2017) 212

¹⁵⁵ Gözler (n 154) 212

¹⁵⁶ ibid 212

¹⁵⁷ Sağlam (n 102) 32; ayrıca bkznz. Arda Atakan, 'Friedrich Müller'in "Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı" Teorisi Üzerine Bir İnceleme' (2010) 16 [3-4] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/317/1504> (E.T. 6.12.2024)

¹⁵⁸ Sağlam (n 102) 33

¹⁵⁹ Gözler (n 154) 213

¹⁶⁰ Sağlam (n 102) 130

tırlanacağı üzere AİHM, cinayete teşebbüs suçundan ceza infaz kurumunda bulunan kişinin bu süre boyunca tam zamanlı eğitime devam edememesinin eğitim hakkından yoksun bırakmak biçiminde bir müdahale olmadığını değerlendirmiştir. Yine AYM Mehmet Al başvurusunda “ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin örgün eğitime katılma hakları, kurumda bulunmanın doğal sonucu olarak kısıtlanmaktadır” tespitinde bulunmuştur. Benzer şekilde Yüksel Baran başvurusunda ise yurt dışına çıkış yasağı koruma tedbiri dolayısıyla kişinin yurtdışında eğitime devam edememesini, eğitim hakkına bir müdahale değil, seyahat hürriyetine bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Benzer yoruma bir diğer koruma tedbiri olan tutuklama için de ulaşılabilir. Esasen bu husus bize göre Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere hakkın doğasından kaynaklanan, hakkın muhtevassından ileri gelen, hakka yapılan bir sınırlama olmayıp hakkın dolaylı olarak etkilendiği bir sınırlılıktır. Kişi, aynı anda iki yerde bulunamayacağından ceza infaz kurumunda bulunmasının doğal bir sonucu olarak örgün eğitime katılamamaktadır.

Son olarak AYM’nin yaklaşımını anlamamız açısından *Gökhan Erol* kararı önemlidir¹⁶¹. Fetö/PDY Terör Örgütüne üye olmak suçundan kapalı cezaevinde tutuklu bulunan başvuru, kayıtlı olduğu Fakültenin sınavına götürülme talebi reddedildiğinden bahisle eğitim hakkının ihlal edildiğinden yakınmaktadır. Somut olayda başvuru, kurum dışına sınav gerekçesiyle çıkma talebi, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından *ceza infaz kurumunun düzeni ile toplum güvenliğinin tehlikeye düşebileceği, terör örgütü veya diğer suç örgütü üyelerinin örgütsel amaçlı faaliyet ve haberleşmelerine imkân sağlanabileceği, yol, kalınacak ceza infaz kurumu ya da sınav merkezi veya okulda güvenlik açısından sakınca bulunabileceği* gerekçesi ile reddedilmiştir¹⁶².

Mahkeme’ye göre “*Ders ve uygulamaların yüz yüze gerçekleştirildiği ve kural olarak devam zorunluluğu bulunan örgün eğitimden yararlanma konusunda ceza infaz kurumunda bulunmanın kaçınılmaz sonuçları ve kurumların olanakları çerçevesinde devlet, sınırlı yükümlülükler üstlenmiştir*”¹⁶³. Bu yükümlülüğün kaynağı ise 5275 sayılı Kanun değil, daha önceden belirtilen, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkartılan 46/1 no’lu genelgedir. Buna karşılık anılan genelge uyarınca kişilere tanınan hakkın 5275 sayılı Kanun uyarınca izne bağlandığı, ayrıca belirli suç tipleri için çıkışların Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kısıtlanabileceği ifade edilmiştir. Devletin bu alandaki geniş takdir yetkisi de düşünüldüğünde, meşru amaca dayanan ve pozitif hükümlerle öngörülebilir nitelikte olan, ayrımcı bir nedene dayanmayan anılan sınırlamanın eğitim hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır¹⁶⁴.

¹⁶¹ AYM, Gökhan Erol Başvurusu 2020/4987, 12 Ocak 2023.

¹⁶² AYM, Gökhan Erol Başvurusu (n 161) p 5

¹⁶³ ibid p 24

¹⁶⁴ ibid p 26-27



Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve hükümlülerin örgün eğitim kapsamında ceza infaz kurumu dışına çıkarılması noktasında devletin geniş bir takdir yetkisinin olduğu fikrinden hareket etmektedir. Bunun gerekçesi ise, tanınan imkânın Sözleşme, Anayasa ya da yasa değil, bir genelden kaynaklanıyor olmasıdır. Ayrıca eğitim hakkına ilişkin Sözleşme’de ‘meşru sebepler’ listesinin bulunmayışı da, devletin takdir marjını genişleten bir diğer husustur. Son olarak eğitim seviyesinin artması ve dolayısıyla yükseköğretim, devletin takdir marjının daha da geniş olduğu bir alandır. Tüm bunlara karşılık, bir sınırlama yapılacaksa, yine de meşru amaç, kanunilik, öngörülebilirlik, ölçülülük gibi gereklere uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

SONUÇ

Modern ceza infaz sistemi içerisinde mahkûmların rehabilite edilmesi, yeniden topluma kazandırılması, kendileri ve toplum için üretken, faydalı bireyler haline gelmeleri, sosyal hayata aktif biçimde katılmalarını sağlayacak beceriler elde etmeleri ve cezanın özel önleme amacı dâhilinde yeniden suç işlemekten uzak tutulmaları hedeflerinin gerçekleştirilebilmesi için eğitim ve öğretim yeri doldurulamaz gerekliliklerdendir.

Eğitim hakkından tüm insanların eşit biçimde, ayrımcılığa uğramaksızın faydalanmaları çerçevesinde ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin de, **içinde oldukları koşullara uygun biçimde**, bu haktan faydalanmaları gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi, her ne kadar doktrinde eleştirilse de¹⁶⁵, eğitim hakkına ilişkin AİHS hükümleri, gerek AİHM gerekse AYM kararlarında, devletin yeni eğitim kurumları açmak konusunda yükümlülük içermediği, yalnızca mevcut kurumların ayrımcılık gözetilmeksizin vatandaşların kullanımına açılması biçiminde anlaşılmaktadır. Ülkemizde eğitim modelleri incelendiğinde onun iki temel yapı üzerinden yürütüldüğü görülmektedir: bunlar örgün ve yaygın eğitimidir¹⁶⁶. Konumuz açısından cezaevi eğitimi olarak da adlandırılan, tutuklu ve hükümlülerin cezadan beklenen amaçlar doğrultusunda rehabilite edilmesi amacına yönelik infaz kurumu içerisinde gerçekleştirilen, I. ve II. kademe eğitim programları, meslek eğitim programları, kütüphane ve kitaplık faaliyetleri gibi planlı eğitim faaliyetleri bulunmaktadır¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Serkan Cengiz, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı’, (2011) 93 TBB Dergisi 333

¹⁶⁶ Örgün eğitim okul öncesi, ilköğretim, orta öğretim ve yüksek öğretim kurumlarını, yaygın eğitim ise örgün eğitimin yanında ya da dışında gerçekleştirilen eğitim öğretim faaliyetlerini kapsamaktadır. Muhammet Cevat Yıldırım, ‘Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat Yapısı ve Milli Eğitim Sistemi’ iç Ahmet Bozak ve Muhammet Cevat Yıldırım (edr) *Eğitim Hukuku ve Uygulamaları* (Anı Yayıncılık 2024) 24; Gülcan (n 68) 39

¹⁶⁷ Hazel Karafazlı ve Cem Tuna, ‘Türkiye’de Cezaevlerinde Uygulanan Eğitim Politikaları’ (2020) 1 [2] Eğitim Yönetimi ve Politikaları Dergisi 42, 44-46 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eypd/issue/60141/741555> (E.T. 10.12.2024)

Ancak eğitimin önemine rağmen bu hakkın sınırsız ve mutlak bir hak olduğu söylenemez. Konumuz açısından AİHS’te düzenlenen eğitim hakkına ilişkin pozitif hüküm herhangi bir yasa kaydı dahi içermemekte, bu husus hakkın sınırlanabileceği, ayrıca sınırlayan makamın da özel sebeplerle bağlı olmadığı biçiminde yorumlanmaktadır. Böylelikle devletler eğitim öğretim politikalarını ve uygulamalarını tespit etmek ve bu tespitlere uygun biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetlemek noktasında geniş bir takdir alanına sahiptirler¹⁶⁸. Ancak bu düzenlemeler *Strasbourg demokrasisinin* temel değerlerinden olan çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik gibi değerlere aykırı olmamalıdır¹⁶⁹.

Ülkemiz uygulamasında ise ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlüler için kendilerini geliştirebilmeleri amacıyla eğitim öğretime ilişkin pek çok imkân sunulmaktadır. Bu imkânlar Sözleşme ya da Anayasa tarafından sayılan birtakım gereklilikler olmasa da Türk Makamları bu hizmetlerin sunulması bağlamında kendisini yükümlendirmektedir. AİHM ise taraf devletlerin Sözleşmedeki asgari gereklilikleri sağlaması gerektiğini beklese de, bir devletin haklara dönük olarak Sözleşme’den daha kapsamlı güvenceler tesis etmesi durumunda, bunlara uygun hareket etmesini beklemektedir¹⁷⁰. Hal böyle olunca Türk makamlarının Sözleşmenin ötesinde kendini yükümlendirmesi, AİHM tarafından ileride sorumluluğumuza yol açabilecek gereklilikler olarak karşımıza çıkabilecektir.

Bu noktada 5275 sayılı İnfaz Kanunu 76. madde ile 46/1 no.lu genelgenin “Eğitim-Öğretim Çalışmaları” başlıklı dördüncü bölümün, “yükseköğretim çalışmaları” başlıklı ‘F’ bölümü düzenlemesinin uyumlaştırılması gerekir. Nitekim İnfaz Kanununda, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin yalnızca kurum içinde verilebilen yaygın öğretimden yararlanmalarının sağlanacağı düzenlenmişken, Genelgenin mezkûr bölümünde ise öğretim türü ayrımı yapmaksızın yükseköğretim kurumlarının sınavlarına katılımlarının sağlanacağı düzenlenmiştir. Genelgenin bu düzenlemesi nedeniyle kapalı ceza infaz kurumunda bulunan pek çok yükseköğretim öğrencisi, örgün eğitimin gereği olan derse ve uygulamaya devam yükümlülüğünü yerine getirmediği halde sınavlara katılımlarının sağlanması yönünde başvurular yapmakta ve reddi halinde durum dava konusu olmaktadır. Bu nedenle Genelgenin ilgili bölümü Kanun hükmü doğrultusunda örgün öğretimi ayrı tutacak şekilde değiştirilmelidir.

Tutukluluk ya da mahkûmiyet dolayısıyla kapalı ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin seyahat hürriyetlerinin kısıtlanmasının doğal bir sonucu olarak örgün eğitime devam etmeleri mümkün değildir. Bu durum bir sınırlama olmayıp, örgün eğitimin doğasından kaynaklanan bir sınırlılıktır. Zaten yasa koyucu da bu durumun farkında

¹⁶⁸ Anayurt (n 79) 139

¹⁶⁹ ibid 139-140

¹⁷⁰ Janneke Gerards, *General Principle of the European Convention on Human Rights*(Cambridge University Press 2019)



olduğundan kapalı ceza infaz kurumunda bulunanlar için infaz kurumu içerisindeki yaygın eğitim faaliyetleriyle açık öğretim faaliyetlerini bir imkân olarak tanımış, açık ceza infaz kurumunda bulunanlar için tanıdığı her türlü öğretim faaliyetine katılma hakkını bu kişilere vermemiştir. Yasa koyucunun iradesi açık ve kapalı ile açık ceza infaz kurumunda bulunan kişilere meşru bir biçimde farklı düzenlemeler getirirken, idari bir kurumun Kanun ve Yönetmeliğe aykırı biçimde genelge ile ilgili kişilere bu yönde bir imkân tanınması yerinde olmadığı gibi hukuki de değildir. Bu noktada genelge ile kanundan daha geniş biçiminde bir hak/imkân tanınması değil, kanuna aykırı biçimde hak/imkan tanınması söz konusudur.

Dolayısıyla bir Genelge ile Sözleşme, Anayasa ya da yasalarda mevcut olmayan bir imkânın getirilmesi suretiyle söz gelimi, terör suçundan mahkûm edilmiş ve yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunda tutulan bir hükümlünün örgün eğitime ilişkin sınavlara devam etmesi hayatın olağan akışına terstir. Bu kişilerin infaz kurumu dışarısında gerek örgüt faaliyetlerine devam edebilme ihtimali, gerekse eğitim kurumları içerisinde yaratabileceği tehlike izahtan varestedir. Bir diğer sorun, örgün eğitim programına devam edemeyen kişilere yalnızca sınava katılma hakkının tanınmasının örgün eğitimin ruhuna aykırı olmasıdır. Bu durum örgün eğitimden beklenen faydanın da elde edilememesine yol açacaktır.

Elbette bu noktada üniversitelerin, infaz kurumlarının ya da Cumhuriyet Başsavcılığının geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu ileri sürülebilir. Ancak AİHM tarafından bu makamların yapmış olduğu her türlü sınırlamanın hakka yapılan meşru bir müdahale olarak değerlendirilmesi *için*, diğer bir ifade ile ihlal oluşturmaması için, müdahalenin meşru amaç, ölçülülük, kanunilik, öngörülebilirlik, yeterli araştırma ve gerekçe gibi gerekliliklere uygun olması gerekmektedir. Bu gerekliliklerin somut olaylarda her bir talep için karşılanabilmesi, ilgili makamların maddi ve fiziki imkânlarını aşabilecek niteliktedir. Örneğin hâlihazırda yüzlerce öğrenciyle eğitim öğretim faaliyetlerini yerine getirmeye çalışan fakültelerin, sahip oldukları kaynaklar belli iken, genelge doğrultusunda yığılan talepler ve açılan davalarla sürekli meşgul edilmesi, kendisinden ifa etmesi beklenen görevleri aksatmasına sebep olabilir.

İnsan haklarının evrensel olması, o haklardan tüm insanların aynı ölçüde faydalanmasını gerektirmez, örneğin oy hakkı evrensel nitelikteki bir hak olmasına karşın yalnızca yetişkin vatandaşlar bu haktan faydalanmaktadır¹⁷¹. Ayrıca bu husus ayrımcılık olarak da değerlendirilemez. Ayrımcılık AİHM tarafından objektif ve makul bir gerekçe bulunmaksızın taraflara yapılan farklı muamele olarak tanımlanmaktadır¹⁷². Kişilere yapılan farklı muamelelerin meşru bir amaca dayanması ve orantılı olması, eylemin ayrımcılık olarak nitelendirilmesini engellemektedir¹⁷³. Hal böyle olunca, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan bir şahsın örgün eğitime

¹⁷¹ John Vorhaus, 'Prisoner's Right to Education: A Philosophical Survey' (2014) 12 [2] London Review of Education 169

¹⁷² Ponomaryovi v Bulgaria (n 94) p 51

¹⁷³ ibid p 51

erişim noktasında, toplumdaki diğer vatandaşlarla farklı muamelelere tabi tutulması objektif ve makul bir gerektir ve ayrımcılık olarak da değerlendirilemeyecektir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel S, 'Uluslararası Hukukta ve Türkiye'de Eğitim Hakkı' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2016)

Akandji-Kombe J, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Council of Europe 2007)

Akın A, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016)

Altunya H N, *Anayasa Hukuku Açısından Türkiye'de Eğitim ve Öğrenim Hakkı* (Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları 2019)

Anayurt Ö, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, (Seçkin Yayıncılık 2004)

Atakan A, 'Friedrich Müller'in "Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı" Teorisi Üzerine Bir İnceleme' (2010) 16 [3-4] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Aydoğan A, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2018)

Aytaç T(edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2020)

Binbir Ü & Arastaman G, 'Eğitim Hakkı: Bir Sistemik Derleme Çalışması' (2021) 11 [18] Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 5075

Bozak A & Yıldırım M C(edr) *Eğitim Hukuku ve Uygulamaları* (Anı Yayıncılık 2024)

Cengiz S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı', (2011) 93 TBB Dergisi

Centel N, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi' *Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001) 337

Çalışkan A Z, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı' (2007) 11 [3-4] Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295

Çallı Y, 'Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2009)

Çelik A, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı' (2015) 6 [20] Adalet Akademisi Dergisi 279

Değerli A, 'Avrupa Birliğinde Eğitim Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2016)



Demirtaş Z, ‘Uluslararası Antlaşmalar Çerçevesinde Engellilerin Eğitim Hakkı’ (2019) 2 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademisi Dergisi 39

Easton S, ‘Not Just Another Brick in the Wall? Protecting Prisoners Right to Education’ (2022) 69 International Journal of Law, Crime and Justice 1

Ekinci B & Eren M, *Mahpus Hakları El Kitabı* (TCPS Kitaplığı 2015)

Emmert S, ‘Education in terms of Human Rights’ (2011) 12 Procedia Social and Behavioral Sciences 348

Erdoğan O, İnfaz Hukuku (Adalet Yayınevi 2022) 1043

General Comment No. 13: The Right to Education(Art. 13 of the Covenant)

Gerards J, *General Principle of the European Convention on Human Rights*(Cambridge University Press 2019)

Gilchrist H R, ‘Higher Education is a Human Right’ (2018) 17 [3] Washington University Law Review 645

Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (Ekin Yayınları 2017) 212

Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Ekin Yayınları 2017)

Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Right to Education, (Council of Europe 29 February 2024)

Gülcan M G, *Eğitim Hukuku* (Pegem Yayıncılık 2019)

İnceoğlu S(edr) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Council of Europe 2013)

Karafazlı H & Tuna C, ‘Türkiye’de Cezaevlerinde Uygulanan Eğitim Politikaları’ (2020) 1 [2] Eğitim Yönetimi ve Politikaları Dergisi 42

Koçyiğit S, ‘Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2014)

Necmi N & Cemaloğlu N, *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2021)

Öksüz Y, ‘Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2023)

Özbek V Ö, İnfaz Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2023)

Özen M, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku*, (Adalet Yayınevi 2024)

Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1982)

- Saldırım M, 'Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'deki Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı' (2004)
- Savaş G, 'Türk Eğitim Sistemini Kuran ve Düzenleyen Temel Yasalar'ıç Necmi Gökyer ve Necati Cemaloğlu (edr), *Eğitim Hukuku* (Pegem Akademi Yayıncılık 2021)
- Selamet K, 'Türkiye Hapishanelerinde Öğrenci Olmak ve Öğrenim Hakkı' (2015) Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi
- Sungurtekin Özkan M, 'İnsan Hakkı Olarak Eğitim Hakkı ve Ülkemizde Kız Çocuklarının Durumu' (2019) İzmir Barosu Dergisi 119
- Şahin C & Özgenç İ, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023)
- Şantay Baykut S, 'İnsan Haklarının Korunması Açısından Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları' (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2019)
- Tomasevski K, 'Human Right Obligations: Making Education Available, Accessible, Acceptable and Adaptable' (2011) 3 Education Primers 13
- Topçu N K & Can N, 'Örgüt Suçlarından Mahkûm Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi' (2022) 19 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283
- Urgan G, *Positive Obligations of States for The Protection of Prisoners Rights Under the Case Law Of the European Court of Human Rights* (Eğitim Yayınevi 2020)
- Ülker İ, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü' (Yüksek Lisans Tezi, Konya Selçuk Üniversitesi 2010)
- Ünal A & Sarpkaya R, *Eğitim Hakkı* (Anı Yayıncılık 2021) 21
- Ünal A, *Eğitim Hukuku: Herkese Nitelikli Eğitim* (Anı Yayıncılık 2020)
- Vorhaus J, 'Prisoners' Right to Education: A Philosophical Survey' (2014) 12 [2] London Review of Education
- Williams K & Rainey B, 'Language, Education and the European Convention on Human Rights in the Twenty-First Century' (2002) 22 [4] Legal Studies
- Zendeli E, 'The Right to Education as a Fundamental Human Right' (2017) 7 [4] Contemporary Educational Researches Journal 158

KAMU TAŞINMAZLARININ HAKSIZ İŞGALİNDE ECRİMİSİL VE TAHLİYE UYGULAMALARI

*Mesne Profits and Evacuation Practices in Unjust Occupation
of Public Immovable Properties*

Muhammed Ali AYDIN*

Özet

Bir taşınmazın yasal bir hakka dayanılmadan kullanılması halinde haksız işgal söz konusu olur. Taşınmazların haksız işgali ile ilgili olarak özel hukuk ve kamu hukukunda ayrı uygulamalar vardır. Kamu taşınmazının haksız işgalinde, idare haksız işgalciye tek taraflı olarak belirlediği bir tazminatı uygular. Uygulamada idarenin belirlemiş olduğu ecrimisil bedelinin miktarı taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmaktadır. Ecrimisil tazminatının belirlenmesinde işgalcinin bir gelir elde edip etmediği, işgal ettiği taşınmazın büyüklüğü, konumu, niteliği, taşınmazı hangi amaçla kullandığı gibi kriterler bedelin belirlenmesinde rol oynamaktadır. Ecrimisil ihbarnamesine karşı dava açma sürelerinde ise zamanaşımının ne zaman gerçekleşeceği konusunda çeşitli görüşler vardır. Bunun yanı sıra idare haksız işgalciyi gerekirse zorla kamu taşınmazından tahliye eder. Taşınmazın tahliyesinin nasıl gerçekleştirileceği mevzuat ve yargı kararları ışığı altında belirli bir usule bağlanmıştır.

Makalemizde kamu taşınmazlarının herhangi bir yasal hakka dayanılmadan, haksız bir şekilde işgal edilmesi durumunun hukuki niteliği, somut olay özelinde işgalin tespiti, işgal üzerine füzuli şağıle uygulanacak ecrimisil tazminatının miktarının nasıl belirleneceği, işgalcinin nasıl tahliye edileceği gibi hususlarda yargı kararları ışığında incelemeler yapacağız. İdari yargıdaki temyiz sınırı nedeniyle ecrimisil bedeline ilişkin birçok uyuşmazlığın bölge idare mahkemesi aşamasında kesinleşmesi nedeniyle bölge idare mahkemesi kararlarına sıklıkla yer vermiş durumdayız.

Anahtar Kelimeler: Kamu taşınmazı, haksız işgal, ecrimisil, tahliye, zamanaşımı, devlet ihale kanunu m. 75

Abstract

Unjust occupation occurs when an immovable is used without a legal right. There are different practices in private law and public law regarding unjust occupation of immovable property. In the unjust occupation of public immovable property, the administration imposes a compensation unilaterally determined by the unjust occupier. In practice, the amount of the compensation determined by the administration is the subject of dispute between the parties. Criteria such as whether the occupier earns an income, the size, location, nature and purpose of the immovable property occupied by the occupier play a role in determining the compensation. There are various

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.12.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Anabilim Dalı, aaydin@dogus.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6243-6083>



opinions as to when the statute of limitations for filing a lawsuit against the notice of forfeiture shall expire. In addition, the administration evicts the unjust occupier from the public immovable by force if necessary. How the eviction of the immovable is carried out is regulated in a certain procedure in the light of the legislation and judicial decisions.

In our article, we will examine the legal nature of the unjust occupation of public immovable property without any legal right, the determination of the occupation in the concrete case, how to determine the amount of mesne profits compensation to be applied to the unlawful occupier upon occupation, and how to evict the occupier in the light of judicial decisions. Due to the limit of appeal in the administrative judiciary, we have frequently included the decisions of the regional administrative court since many disputes regarding the mesne profits are finalized at the regional administrative court stage.

Keywords: Public immovable property, unfair occupation, mesne profits, eviction, statute of limitations, state procurement law art. 75

GİRİŞ

Kamu idarelerinin Türkiye çapında sayısız taşınmazı vardır.¹ İdareler bu taşınmazların bir kısmını kendileri doğrudan kullanmaktadır. Bir kısmı ise belirli bir kamu hizmetine özgülenererek niteliğine göre hizmet malı veya orta malı olarak vatandaşlara kullandırılmaktadır.

İdarelerin, mülkiyetlerindeki taşınmaz malları ekonomik olarak değerlendirmek istemeleri halinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) uyarınca usulüne uygun olarak satmaları veya kiraya vermeleri gerekir. Ancak ne yazık ki kimi zaman kamu taşınmazlarının herhangi bir hukuki dayanağa sahip olunmadan haksız bir şekilde özel hukuk kişilerin işgal edildiğini görmekteyiz.

I. KAMU TAŞINMAZININ HAKSIZ İŞGALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir taşınmazın, malikinin rızası olmadan üçüncü bir kişi tarafından işgal edilmesi aslında özel hukukun konusudur. Çünkü idare, özel hukuk kişisine yönelik kamu gücüne dayanarak bir işlem veya eylem tesis etmemekte bilakis özel hukuk kişisi idarenin özel veya kamusal mülkiyetine tecavüz etmektedir. Malik ile fuzuli şağil arasındaki ilişki hukuka uygun bir ilişki değildir. Fuzuli şağilin hukuka aykırı işgali üzerine malikin işgalciden talep edebileceği parasal değer niteliğinin malikin özel hukuk kişisi veya kamu tüzel kişisi olmasına bağlı olarak değişmemesi beklenir.

Özel hukuk açısından yapılan değerlendirmelerde malikin talep edeceği ecrimisil bedelinin niteliğinin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kira bedeli veya gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olduğuna dair görüşler ileri sürülmüştür.²

¹ Murat Aydın, 'Kamu Hukukunda Ecrimisil' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 155.

² Mesut Karadağoglu, 'Mahkeme Kararları Kapsamında Kamu Mallarının İşgali, Tahliyesi Ve Ecrimisil Bedelinin Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024) 19–35.



Haksız işgalin haksız fiil niteliğinde olduğu görüşüne göre³, haksız fiil için aranan hukuka aykırı fiil şartı haksız işgal, kusur şartı işgalin haksızca gerçekleşmesi veya zilyedin iyi niyetli veya kötü niyetli olarak değerlendirilmesi, illiyet (nedensellik) bağı şartı ise haksız işgale konu fiilin bir sonucu olarak zararın meydana gelmesi kabul edilmektedir.⁴ Fuzuli şağil malı kullanmasındaki haksızlığını biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise şağil kötü niyetli sayılır.⁵

TBK m. 77 uyarınca; “*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*” Taşınmazın haksız işgalinin sebepsiz zenginleşme olduğu görüşüne göre, kötü niyetli haksız zilyedin malvarlığında, geçerli bir hukuki nedene dayanmayan bir artışın meydana gelmesi sebebiyle oluşan bir sebepsiz zenginleşme mevcuttur ve bu sebeple sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tazminat bedelinin belirlenmesi gerekmektedir.⁶ Bu görüşe göre; taşınmaz malikinin kullanmadığı taşınmazın haksız işgal edilmesi halinde malikin bir zararı olmadığı halde fuzuli şağilin haksız kullanımı sebebiyle zenginleşmesi söz konusudur.⁷ Dolayısıyla haksız işgalde tazminatı gerektiren ve tazminat bedelini belirleyen husus malikin zararı değil fuzuli şağilin sebepsiz zenginleşmesidir.⁸

Haksız işgal ve bunun üzerine malike ödenmesi gereken ecrimisilin bir tür kira alacağı niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlar Alman hukukundaki ecrimisil uygulamasının “kullanma tazminatı” (“Nutzungsentschädigung”) olarak adlandırılmasından yola çıkmaktadırlar.⁹ Bu görüşe göre ecrimisil bedeli, kiraya verilebilecek türden bir eşyanın haksız kullanımı veya işgali sonucunda ‘elde edilemeyen kira bedeli’ olarak alınmaktadır.¹⁰

Ecrimisil bedelinin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre tazmin edilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş de vardır.¹¹ Vekâletsiz iş görme; üçüncü kişinin hakkına müdahale edilerek iş sahibinin veya bizzat iş görenin kendi yararına olmak üzere ve iş sahibinin vekâleti olmaksızın o kişinin fiili hâkimiyetindeki

³ Alparslan Özalp, ‘Ecrimisilin Hukuki Niteliği’ (2021) XVIII/2 YÜHFD 1416.; Ceren Yavuzaslan, *Ecrimisil* (1st edn, Filiz Kitabevi 2017) 10.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet*, (5th edn, Filiz Kitabevi 1989) 217.

⁴ Karadağlıoğlu (n 2) 22.; Şeref Ertas, Emre Cumalıoğlu and İlknur Serdar, *Eşya Hukuku*, (13th edn, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2017) 80.

⁵ Tan Tahsin Zapata, *Medeni Hukuk* (2nd edn, Savaş Yayınevi 2019) 60-67.

⁶ Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehlin Uygulama Çalışmaları*, (2nd edn, Filiz Kitabevi 2007) 190.

⁷ Serozan (n 6) 192.

⁸ Serozan (n 6) 192, 193.

⁹ Özalp (n 3) 1418.

¹⁰ Turhan Esener and Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (6th edn, Yetkin Hukuk Yayınları 2015) 109.

¹¹ Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme* (1st edn, Fakülteler Matbaası 1957) 316-317.



bir eşyanın (malın) kullanılarak, ondan yarar sağlanması şeklinde tanımlanabilir.¹² Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme TBK'nın 530 vd. maddelerinde düzenlenmiş, bir tazminat usulünden ziyade, haksız olarak başkasının alanına müdahale ile bir iş görme sonucu elde edilen menfaatlerin tümüyle iadesine ilişkin bir özel hukuk yaptırımıdır.¹³ TBK m. 530'da, "*İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmekten doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*" hükmü yer almaktadır. Haksız işgalin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme niteliğinde olduğunu savunan yazarlar, füzuli şağilin işgali malikin menfaati yerine kendi menfaatine gerçekleştirmesi nedeniyle füzuli şağilin o taşınmazda gördüğü iş nedeniyle elde ettiği faydaları edinme hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir.

Kanaatimizce bir kişinin bir başka kişinin taşınmazına aralarında herhangi bir sözleşme olmaksızın işgal etmesi taşınmaz mülkiyeti hakkına tecavüz niteliğindedir. TBK anlamında haksız fiil kapsamına girmektedir. Füzuli şağilin hukuka aykırı fiili, haksız yere işgalde bulunmasıdır. Kusuru ise kendisinin olmadığını bildiği halde bir taşınmazı işgal etmesi, onu kullanmasıdır. Taşınmaz malikinin atıl halde bıraktığı taşınmazın işgal edilmesinde bir zararı olmadığı ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, füzuli işgalin başlamasıyla birlikte malike hiçbir bedel ödenmediği için malikin zararı oluşmaktadır. Diğer bir deyişle işgal sürecinin ekonomik karşılığı malik açısından yoksun kalınan kazanç niteliğindedir ve bu da onun maddi zararıdır.

Özel hukukta haksız işgal ve haksız işgal karşılığında ödenmesi gereken ecrimisil bedeline dair ayrı ve açık bir kanuni düzenleme olmaması nedeniyle tartışmalar sürüp gitmiştir. Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise günümüzde geline nokta haksız işgale dair kanuni dayanak olarak TMK m. 995¹⁴ gösterilmektedir.¹⁵ 25.05.1938 tarihli ve 1937/29 E., 1938/10 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre ecrimisil davaları 5 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Dolayısıyla malikler dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık ecrimisil talebinde bulunabilir. Yargıtay'a göre; haksız işgal özü itibarıyla haksız bir eylem niteliğinde olduğu için tazminat miktarı belirlenirken yalnızca emsal kira bedelleri değil mahrum kalınan

¹² Tandoğan, (n 11) 1.

¹³ Ece Süzel Baş and Candan Yasan, 'Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk' (2016) 22/2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 366.

¹⁴ "2. İyiniyetli olmayan zilyet bakımından Madde 995- İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır. İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir. İyiniyetli olmayan zilyet, şeyi kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur."

¹⁵ Yargıtay HGK., E. 2017/1053, K. 2019/1236, T. 28.11.2019.

gelir kaybı da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla mahkemece ecrimisil bedeli en az kira bedeli, en fazla mahrum kalan gelir kaybı karşılığı olmak üzere belirlenmelidir.¹⁶

Kanaatimizce eğer kanun koyucu özel bir yasal düzenleme yapmamış olsaydı kamu taşınmazlarının haksız işgalinde de yargı yolunun adli yargı olması ve ecrimisil bedelinin de Yargıtay uygulaması ışığında belirlenmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesiyle özel bir yasal düzenleme yapmıştır. Hüküm uyarınca;

“Ecrimisil ve tahliye:

Madde 75 – Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şağılden, bu Kanunun 9 uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, idareden taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir. Ecrimisil talep edilebilmesi için, idarelerin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şağilin kusuru aranmaz.

Ecrimisile itiraz edilmemesi halinde yüzde yirmi, peşin ödenmesi halinde ise ayrıca yüzde onbeş indirim uygulanır. Ecrimisil fuzuli şağıl tarafından rızaen ödenmez ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır.

İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir.

¹⁶ Yargıtay HGK., E. 2017/1053, K. 2019/1236, T. 28.11.2019; “(...) Ecrimisil ise, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere hak sahibinin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; fuzuli işgalin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu sebeple ecrimisilde karşı tarafı temerrüde düşürmeye gerek yoktur. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira bedeli, en fazlası mahrum kalan gelir kaybı karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler.

Nitekim TMK'nın 995. maddesinin birinci fıkrasında, iyi niyetli olmayan zilyedin geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. (...)”

Köy sınırları içerisinde yer alan Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların işgalcilerinden tahsil edilen ecrimisil gelirlerinin yüzde beşi, 442 sayılı Köy Kanununda belirlenen görevlerde kullanılmak kaydıyla, tahsilatı izleyen ay içinde bu gelirlerin elde edildiği köy tüzel kişiliği hesabına aktarılmak üzere emanet nitelikli hesaplara kaydedilir. Maliye Bakanlığı bu oranı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.”

Söz konusu Kanun’un 74. maddesine dayanılarak çıkarılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik (HTİHY)’in tanımlar başlıklı 4. maddesinde; “ecrimisil: Hazine taşınmazının, İdarenin izni dışında gerçek veya tüzel kişilerce işgal veya tasarruf edilmesi sebebiyle, İdarenin bir zarara uğrayıp uğramadığına veya işgalcinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın idarece talep edilen tazminat” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede fuzuli şağil (işgalci) ise “kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, Hazine taşınmazının zilyetliğini, yetkili İdarenin izni dışında eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu malı kullanan veya tasarrufunda bulunduran gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik kamu taşınmazlarının haksız işgali karşılığında işgalci tarafından ödenecek ecrimisil bedeli için ‘tazminat’ kavramını kullanmıştır. Yargıtay uygulamasında da fuzuli işgal, haksız bir eylem olarak görülmemekte ve ödenen bedel bir kira bedeli olarak değil bir tazminat olarak görülmektedir. Dolayısıyla özel hukuk ve kamu hukuku açısından haksız işgal nedeniyle ödenecek olan ecrimisil tazminat niteliğindedir. Bu kavramsallaştırma ile kamu taşınmazlarının haksız işgali üzerine uygulanan ecrimisilin; kira bedeli türünden bir özel hukuk alacağı olmadığı gibi vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm veya adli veya idari para cezası türünden bir kamu hukuku alacağı da olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Ecrimisil bedeli; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük olarak nitelen- dirilemez. Vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilerden mali güçleri ile orantılı olarak alınan bir yükümlülüktür.¹⁷ Resim, kamusal harcamaların finansmanı için, belirli bir hizmetin veya işin görülmesi için yetkili makamlarca verilen iznin karşılığında alınan paradır.¹⁸ Vergi ve resimden farklı olarak harçlar belirli bir kamu hizmetinden yararlanmanın (tapu, pasaport gibi) karşılığıdır.¹⁹ İdarenin bir taşınmazının haksızca işgal edilmesi neticesinde fuzuli şağılden alınan ödemenin yasalarla karşılıksız olarak öngörülen vergiden, herhangi bir işin yapılması için idarece verilen izin karşılığı alınan resimden ve idarece sunulan bir kamu hizmeti karşılığı alınan harç kavramlarından farklı olduğu şüphesizdir.

¹⁷ Güneş Yılmaz and Özgür Biyan, ‘Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi’ (2016) 38/2 Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 337.

¹⁸ Yılmaz and Biyan (n 17) 338.

¹⁹ Yılmaz and Biyan (n 17) 337.

Haksız işgal bir kabahat ve buna karşılık alınan ecrimisil bedelinin de bir tür idari para cezası olarak değerlendirilmesi mümkün müdür? 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca; “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” Aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca; “*Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar; idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.*” Aynı Kanunun 17. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir: “*İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir. İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.*” Bu hükümlerden de hareketle kabahat kavramının kanunlarda açıkça haksızlık olarak düzenlenen ve karşılığında yaptırım öngörülen fiil ve tutumlar olduğu anlaşılır. Diğer bir deyişle hem haksızlık tarif edilir hem de buna karşı uygulanacak idari yaptırımın niteliği ve niceliği açıkça gösterilirse ortada bir kabahat var demektir. Kamu taşınmazının haksız olarak işgalinin bir hukuka aykırılık ve dolayısıyla bir haksızlık teşkil ettiği ve bunun da DİK m. 75 hükmüyle açıkça düzenlendiği söylenebilir. Ancak füzuli şağilden tahsil edilecek bedel DİK m. 75'te idari para cezası olarak tanımlanmamıştır. Kanun koyucu, kamu taşınmazının haksız işgalini bir kabahat olarak düzenleyip bunun karşılığında bir idari para cezası öngörebilecekken bunu yapmamıştır. Çünkü hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için idari yaptırımların türünün ve idari para cezaları açısından da miktarının açıkça belirli olması gerekir. Halbuki kanun koyucu, işgal edilen taşınmazın piyasa şartlarındaki emsallerinin kira bedelleri ile işgalcinin taşınmazı kullanım şeklini hesaba katarak ecrimisilin bir tür tazminat olarak hesaplanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Dikkat edilirse DİK m. 75'te ecrimisil bedelleri belirlenmediği gibi belirli bir hesaplama yöntemi de belirlenmemiştir. Her somut durum özelinde idarenin durumu takdir ederek karar vermesine imkan sağlanmıştır. Bu sebeplerle ecrimisil bedeli idari para cezası niteliğinde değildir, tıpkı özel hukukta olduğu gibi taşınmazın haksız işgaline karşılık alınan bir tür tazminat niteliğindedir. Bir Danıştay kararında da; “*ecrimisilin taşınmazın işgali nedeniyle rayiç kira tutarında alınan bir tazminat niteliğinde olduğu, ecrimisil hesaplanırken öncelikle işgal edenin bu tür bir yeri serbest piyasada kiralaması halinde rayiç kiranın ne olacağının belirlenmesi ve şartlar sağlandığı takdirde uygulanacak söz konusu indirimin bu bedel üzerinden uygulanması gerekeceği aşıktır*” denilmek suretiyle aynı yönde değerlendirmede bulunulmuştur.²⁰

Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasında idarece belirlenen ecrimisil bedelinin, füzuli şağil tarafından rızaen ödenmezse 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) kapsamında cebren tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 2. maddesi de; “*Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her*

²⁰ Danıştay 4. D., E. 2023/8802, K. 2024/2965, T. 13.5.2024.



çalıştırılacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.” hükmünü amirdir. Kanundaki terimler başlıklı 3. maddesinde ise; “bu kanundaki amme alacağı terimi: 1. ve 2. maddeler şümülüne giren alacakları (...)” ifade eder denilmiştir. Alacağın, Tahsili Emval Kanunu’na göre takip edileceği yolunda bir hüküm kanunda varsa; o alacak, tarif edilen ana türlerdeki kamu alacağı niteliğinde olsun olmasın 6183 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre kamu alacağı sayılmaktadır.²¹ Tüm bu hükümlerden görüleceği üzere kamu taşınmazlarının haksız işgali nedeniyle fuzuli şağile uygulanacak olan ecrimisil bedeli, amme alacağı niteliğinde bir tazminattır. Kanun koyucu kamu taşınmazlarının haksız işgali halinde uygulanacak olan ecrimisilin bir amme alacağı olduğunu ve bu alacağın tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un uygulanacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Özetle; idare hukuku açısından kamu taşınmazlarının haksız işgalinde fuzuli şağile uygulanacak olan ecrimisilin ve tahliye kararının hukuki niteliği ve tabi olduğu yargı yolu konusunda herhangi bir belirsizlik yoktur. Ecrimisil alacağı haksız işgal nedeniyle talep edilen bir tazminattır. Kanun koyucu kamu taşınmazlarının haksız işgaline karşılık uygulanacak olan ecrimisil bedelini AATUHK kapsamında bir kamu alacağı olarak nitelemiştir. İdarenin düzenlediği ecrimisil ihbarnamesi ve tahliye işlemleri ise kamu gücüne dayanılarak tek taraflı bir şekilde tesis edilen idari işlemlerdir ve bunlara dair uyuşmazlıklar da idari yargıda çözüme kavuşturulur.

II. ECRİMİSİLE KONU TAŞINMAZLAR

Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesinde devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz mallar, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların idarenin tek taraflı belirleyeceği ecrimisil uygulamasına tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Bilindiği üzere idare hukukunun klasik öğretisinde idarenin malları; idarenin özel malları ve kamu malları olarak ikiye, kamu malları ise hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir.²² Hizmet malları belirli bir kamu hizmetinin görülebilmesi için o hizmete özgülenmiş, tahsis edilmiş mallardır.²³ Orta malları kamunun doğrudan doğruya kullanımına, yararlanmasına tahsis edilen mallardır.²⁴ Sahipsiz mallar ise aslında sahipsiz olmayan,

²¹ S Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip Ve Tahsil Hukuku* (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2018) 12.

²² Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınevi 2023) 699-700.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (18th edn, Seçkin Yayınevi 2024) 641-646.; Kemal Gözler and Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (26th edn, Ekin Yayınevi 2024) 619-622.; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (4th edn, Adalet Yayınevi 2016) 647-649.; Turgut Tan and Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (11th edn, Turhan Kitabevi 2023) 569-571.

²³ Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 22) 644.; Çağlayan (n 22) 647.; Tan and Bayazıt (n 22) 571.; Ulusoy (n 22) 700.

²⁴ Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 22) 645.; Çağlayan (n 22) 648.; Tan and Bayazıt (n 22) 570.; Ulusoy (n 22) 699.

diğer bir deyişle devletin kamusal mülkiyetinde, onun hüküm ve tasarrufu altında olan ve özel mülkiyete konu edilmesi yasaklanmış olan mallardır.²⁵ İdarenin kamu yararına özgülünmüş malları kamu malları niteliğindedir.²⁶ İdarenin mülkiyetinde olan ancak hizmet malı, orta malı veya sahipsiz mal niteliğinde olmayan mallar ise idarenin özel mallarıdır. Özel mallar idarenin özel mülkiyetindedir.

Dikkat edilirse Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinde devlet tüzel kişiliğinin özel mülkiyeti veya hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmaz mallar denilerek hizmet malları ve orta malları kapsam dışı bırakılmıştır. Özel bütçeli idareler, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve mazbut vakıfların taşınmazları açısından ise böyle bir ayırım yapılmamıştır. Buradan hareketle devlet tüzel kişiliğine ait olan ve devletçe hizmet malı veya orta malı olarak özgülünen taşınmaz malların 75. madde hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği, diğer bir deyişle devlet tüzel kişiliğinin haksız yere işgal edilen hizmet malı veya orta malı için ecrimisil ihbarnamesini tek taraflı düzenleyemeyeceği, bunun yerine adli yargıda tazminat davası açarak talepte bulunması gerekeceği anlaşılmaktadır. Devlet tüzel kişiliğine ait mallardan hizmet malları ve orta mallarının kapsam dışı bırakılmasının sebebinin bu tür yerlerin doğrudan idarece veya vatandaşlarca fiilen kullanımının devam etmesi nedeniyle üçüncü kişilerce işgal edilme ihtimalinin olmadığı varsayımı olabilir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrası "*Belediye mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş sayılır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır.*" hükmünü amirdir. Dolayısıyla belediye taşınmazları da Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesindeki ayrıcalıklı korumadan yararlanacaktır.²⁷ Kanaatimizce bu hüküm ile yapılan atfın belediyelerin her tür taşınmaz malının 75. madde kapsamına girdiği şeklinde anlaşılması gerekir.²⁸ Danıştay uygulamasına göre de belediyenin her tür taşınmaz malının işgalinde ecrimisil uygulanacaktır.²⁹

²⁵ Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 22) 645–646.; Çağlayan (n 22) 649.; Tan and Bayazıt (n 22) 569.; Ulusoy (n 22) 699.

²⁶ Emre Soyer, *İdare Hukukunda Kamu Mallarının Yatırımlara Tahsisi* (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2025) 44-45.

²⁷ Fatma Demirtaş, "Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil Ve Yargısal Denetimi" (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 23.

²⁸ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2020/1318, K. 2020/1257, T. 5.11.2020.

²⁹ Danıştay 4. D., E. 2023/4978, K. 2024/2966, T. 13.5.2024.; "(...) Bu durumda, uygulama imar planında park ve yeşil alan olarak tanımlanan ve davalı idarenin hüküm ve tasarrufunda bulunan alanda füzuli şağil olduğu sabit olan davacıdan ecrimisil istenebileceği açık olup Mahkemece, dosyada bulunan bilgi ve belgeler ile birlikte tarafların iddiaları da göz önünde bulundurularak, gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle davalı idarece tespit edilen işgal alanının ve hesaplanan ecrimisil bedelinin Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85. maddesiyle 336 sayılı Milli Emlak Tebliği'nin 5. maddesi uyarınca hukuka uygun olup olmadığını saptanması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen mahkeme kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddeden Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. (...)"

III. FUZULİ İŞGALİN VE İŞGAL SÜRESİNİN TESPİTİ

Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesinde taşınmazların işgal edildiğinin ve işgalin ne kadar süredir devam ettiğinin nasıl tespit edileceğine dair açık bir hüküm öngörülmemiştir. Bu husus düzenleyici işlemlerle düzenlenmiştir. ‘Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik’ haksız işgal, ecrimisil ve tahliye konularındaki temel düzenlemedir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü’nün 2018/03 sayılı ‘Ecrimisil İşlemlerinin Uygulanması Hakkındaki Genelge’inde ve Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 2014/7 No’lu ‘Kaldırılan Kiralama Genelgeleri Ve Ecrimisil Hk. Genelge’sinin ecrimisil işlemleri başlıklı (b) kısmında mezkur Yönetmelik’teki hükümler hemen hemen aynen tekrarlanmıştır.

Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik’in 84. maddesinde hazine taşınmazlarının fuzulen işgal edilip edilmediğinin idarece hazırlanan program dahilinde kural olarak yılda en az bir defa olmak üzere mahallinde tespit edileceği öngörülmüştür. İdare taşınmazlarının takibini düzenli olarak yapmalıdır. Anayasa Mahkemesi, taşınmazın uzun süreli işgal edilmesine göz yuman idarenin edilgen tutumunu, idareye karşı açılan iptal ve tam yargı davalarında idarenin aleyhine bir delil olarak görmektedir.³⁰

İşgalin tespitini illerde milli emlak il müdürleri, ilçelerde ise milli emlak ilçe müdürleri veya milli emlak şefliği tarafından görevlendirilen personeller yapacaktır. Tespitin, kayıtlı taşınmazların bulunduğu yerlerde devriye usulü gezilerek yapılması gerekir.

Tespit üzerine taşınmaz mahallinde düzenlenecek ‘Taşınmaz Tespit Tutanağı’nda; işgalin başlangıç tarihi, taşınmazın işgale veya kullanıma konu olan yüzölçümü, işgalcileri, kullanım amacı, ecrimisil takdirinde yararlanılabilecek bilgiler ile bilinmesinde yarar görülen diğer bilgilere yer verilir (m. 84/2). Taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmeden tesis edilen ecrimisil ihbarnameleri hukuka aykırıdır.³¹ Taşınmaz tespit tutanağının fotoğraf, video kaydı veya uydu görüntüleri³² ile desteklenerek

³⁰ Fatih Durmuş, ‘Hazine Taşınmazlarında Ecrimisil’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 76.

³¹ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2017/501, K. 2017/660, T. 27.4.2017; “(...) davalı idare görevlilerince taşınmaz mahalline gidilerek taşınmaz mahallinde düzenlenecek taşınmaz tespit tutanağında işgalin başlangıç tarihi, taşınmazın işgale veya kullanıma konu olan yüzölçümü, işgalcileri, kullanım amacı gibi ayrıntılı bilgilere yer verilmesi ve bu şekilde düzenlenen taşınmaz tespit tutanağı üzerine ecrimisilin İdarece tespit edileceğinin açık olması karşısında, mahallinde işgalin tespiti yapılarak taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmeksizin sadece Sayıştay Denetim raporundaki verilere göre işgalin var olduğu kabul edilerek düzenlenen ecrimisil ihbarnamesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (...)”

³² Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2020/1891, K. 2020/1510, T. 18.12.2020; “(...) davalı idare tarafından ecrimisil talep edilen 01/01/2012 - 23/06/2016 tarihleri arasındaki (4 yıl 5 ay 23 gün) döneme ilişkin olarak; uydu görüntüsü, taşınmaza ilişkin kayıtlar, varsa mahallinde çekilen fotoğraflar vs. incelenmek suretiyle, taşınmazın hangi sürede kullanıldığı tespit edilerek, davacının işgal süresinin belirlenmesi gerekmektedir.”

işgalin gerçekleştiğinin şüpheye yer vermeyecek şekilde kanıtlanması gerekir.³³ İşgalin somut tespitlere dayalı olarak açık ve net bir şekilde kanıtlanması gerekir.³⁴ Mümkünse taşınmaz tespit tutanağına fuzuli şağilin de imzasının alınması gerekir.³⁵ İlgili kişinin fuzuli şağil olup olmadığı ve işgal edilen alan açık ve net bir şekilde belirlenmeden yetersiz tespit tutanağına dayanılarak ecrimisil istenilmesi hukuka aykırı olacaktır.³⁶

Fuzuli şağil tarafından haksız işgalin ne zaman başlatıldığının tespiti kimi zaman taraflar arasında uyuşmazlık konusu olabilmektedir. Eğer taraflar arasında bir kira sözleşmesi varsa ve kira sözleşmesinin süresi sona ermemişse haksız işgalden söz edilemez.³⁷ Kiraya verilen, irtifak hakkı kurulan veya kullanma izni verilen taşınmazlarda sözleşmenin bitiminden sonra kullanımın devam etmesi hâlinde, varsa sözleşme veya resmî senetteki hükme göre işlem yapılır. Sözleşme süresinin bitimine rağmen kiracı taşınmazı tahliye etmezse kiracı işgalci durumuna düşer ve işgalci hakkında ecrimisil tespit, takdir ve tahsilatı yapılır (HTİHY m. 85/3).

DİK m. 75/3 hükmü uyarınca; “*Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır.*” Dolayısıyla eğer idare ile kiracı özel hukuk kişisi arasındaki kira sözleşmesinde kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra kiracının işgalci olarak kaldığı döneme ilişkin cezai şart veya tazminat niteliğinde bir işgal bedeli belirlenmişse fuzuli şağil durumuna düşen eski kiracıdan bu bedel tahsil edilmelidir.³⁸ Buna karşılık sözleşmede özel bir hüküm yoksa ecrimisil bedeli takdir edilmelidir. Sözleşmede hüküm olduğu takdirde sözleşme bittikten sonraki işgal dönemi için hem sözleşmedeki cezai şart niteliğindeki bedelin hem de ayrıca ecrimisil takdir edilerek bu bedelin tahsil edilmesi hukuka aykırı olacaktır.³⁹

Kimi zaman idareler, taşınmazlarının üçüncü kişilerce haksız işgaline izin vermekte diğer bir deyişle bir nevi kiraya vermekte ve düzenli olarak her yıl aynı gün ecrimisil ihbarnamesi düzenleyerek kira bedeli tahsil eder gibi ecrimisil tahsil et-

³³ Karadağolu (n 2) 81.

³⁴ Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2018/62, K. 2019/592, T. 16.5.2019.

³⁵ Karadağolu (n 2) 81.

³⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 9. İDD, E. 2017/588, K. 2017/1610, T. 10.5.2017.

³⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2020/121, K. 2020/2613, T. 9.12.2020; “(...) kira sözleşmesinin süresi sona ermediğinden, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda kira sözleşmesinin feshi davası açılması ve bu davada verilecek karara göre tahliye yolunda işlem tesis edilmesi gerekirken, davacının tahliyesi hususunda yetkili olmayan Belediye Encümenince tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının istinaf isteminin kabulüne, Antalya 1. İdare Mahkemesi’nce verilen 07/11/2019 günlü, E:2019/461, K:2019/1181 sayılı kararın kaldırılmasına, dava konusu işlemin iptaline (...)”

³⁸ Seyit Rasim Doru, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Temelinde İdare Mallarına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Rejimi (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2024) 106-107.

³⁹ Doru (n 38) 107.



mektedirler. Kimi zaman da idare kiraya verir gibi taşınmazı üçüncü kişinin kullanımına bırakmadığı halde fiili duruma göz yummakta ve tahliye etmemekte ancak bir veya birkaç yıllık periyotlarla ecrimisil tahsilatı yapmaktadır. Bu durumlarda devam eden işgal idarenin bilgisi dahilinde olduğu için işgalin gerçekleştiği tarih aralığını tespit etmek daha kolay olmaktadır. Ancak kimi zaman işgalin ne zaman başladığına dair somut bir tespit olmadığı halde, idarenin de her yıl düzenli olarak denetim yapmaması sebebiyle işgalin başlangıç tarihi bir varsayımdan ibaret kalabilmektedir. Bu durumlarda idareler DİK m. 75 uyarınca öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresini dikkate alarak tespit tarihinden geriye doğru 5 yıl boyunca haksız işgalin sürdüğünü varsayarak 5 yıllık işgalle orantılı bir ecrimisil bedeli takdir etmektedir.

Fuzuli şağilin, işgal başlangıç tarihine itiraz ettiği durumlarda işgal edilen süreye bağlı olarak belirlenen ecrimisil bedeline de itiraz edilmiş olmaktadır. Bu durumlarda idari yargı taşınmaz tespit tutanağına konu olan tespitin nasıl yapıldığını ve somut delillerini görmek istemektedir. Bunun için davalı idareden delillerini sunması ve yine dava dosyasına atanan bilirkişilerden fotoğraf ve uydu görüntüleri sunması istenmektedir. Tespiti delillendirmek üzere taşınmazın fuzuli şağil olduğu iddia edilen kişi tarafından işgal edilen alanının fotoğrafı⁴⁰, ölçüm, uydu fotoğrafı (hava fotoğrafı)⁴¹, ‘Google Earth’⁴² vb. nasıl tespit edildiğinin açıklanıp, varsa bilgi belgelerin sunulması davalı idareden istenilmekte ve durumun tespiti için de bilirkişiye görev verilmektedir.⁴³ Örneğin fuzuli şağilin, kamu taşınmazını yalnızca yaz

⁴⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2018/2592, K. 2019/1257, T. 9.5.2019; “(...) Dava konusu taşınmaz için idarece takdir edilen ecrimisilin 2886 sayılı Kanunun 74. maddesi uyarınca çıkarılan ilgili Yönetmelik ve tebliğlere uygun olup olmadığının belirlenmesi amacıyla ara kararımız gereğince Mahkemesince yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmış olup, “Gayrimenkul Yatırım Uzmanı, Harita Mühendisi ve Gayrimenkul Değerleme Uzmanı”ndan oluşan bilirkişi kurulunca düzenlenen raporda, 2012 yılına ait uydu görüntüleri incelendiğinde taşınmazın otopark olarak kullanıldığının, mahallen ve taşınmaz tespit tutanağından, fotoğraflardan ve uydu görüntülerinin GIS ortamına aktarılmasıyla yapılan ölçüm, harita incelemesi ve ölçüm sonunda işgal edilen alana ait tespitin yerinde olduğunun, taşınmaza benzer nitelikte yerlerin kira değerleri, işgal edilen yere göre konumları, kullanım biçimleri, ulaşım olanağı, ekonomik amaçla kullanma olanağı, ticari sirkülasyonu, gelir getirisi, kiraya verilebilirliği, emlak rayiç değerler gibi tüm veriler dikkate alınarak, taşınmazın m²’nin 2018 yılı için yıllık 250-TL ecrimisil getirisi olacağı, bu değer işgal edilen alana ve yeniden değerlendirme oranlarının uygulanmasıyla 2012 yılına uyarlanması sonunda işgal döneminde 9.247,21-TL ecrimisil getirisi olacağının ortaya konulduğu görülmektedir. Bilirkişi raporuna taraflarca itiraz edilmiş ise de, dayandığı bilimsel veri ve bulgular karşısında bilirkişi raporunun hükme esas alınacak nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmış olup, buna göre dava konusu ecrimisil işleminin 9.247,21-TL ecrimisil istenilmesine ait kısmı hukuka uygun, belirtilen tutarı aşan 2.852,79-TL ecrimisile ait kısmında ise hukuka uyarlık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin istinaf başvurusunun kabulüne, İstanbul 9. İdare Mahkemesi Hakimliğince verilen 27.2.2018 tarihli, E:2017/537, K:2018/358 sayılı kararın kaldırılmasına, dava konusu işlemin 2.852,79-TL ecrimisile ait kısmının iptaline, 9.247,21-TL ecrimisile ait kısmı yönünden davanın reddine, (...)”

⁴¹ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2020/1891, K. 2020/1510, T. 18.12.2020.

⁴² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 9. İDD, E. 2017/3469, K. 2018/312, T. 15.2.2018.

⁴³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2019/2771, K. 2020/79, T. 14.1.2020.

mevsiminde turizm sezonunda işgal ettiğine dair bir iddiada bulunması halinde bu iddia uydur görüntüleriyle teyit edilebilir.⁴⁴

IV. ECRİMİSİL BEDELİNİN TESPİT VE TAKDİR EDİLMESİ

DİK m. 75 uyarınca, idarenin kamu görevlisi olan taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca ecrimisil bedeli takdir edilir. Komisyon bu ecrimisil bedelini belirlerken m. 75 yollamasıyla m. 9 uyarınca ecrimisil bedelinin hesabında dikkate almak üzere belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden işgal edilen taşınmazın emsali taşınmazların piyasadaki rayiç kira bedellerini soruşturur.⁴⁵

Ecrimisilin tespit ve takdirinde idarenin zarara uğrayıp, uğramadığına ve işgalcinin kusurlu olup, olmadığına bakılmaksızın, taşınmazın işgalci tarafından kullanımı şekli, fiili ve hukuki durumu ile işgalden dolayı varsa elde ettiği gelir, aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ecrimisiller, varsa bunlara ilişkin kesinleşmiş yargı kararları, ilgisine göre belediye,

⁴⁴ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2018/152 K. 2018/157 T. 1.2.2018; “(...) ticari anlamda faaliyetinin ağırlıklı olarak Mayıs-Ekim dönemindeki yaz-turizm sezonunda olduğunu öğrenildiği, keşif sırasında yerinde yapılan tespit, teknik ölçüm ve hesaplama, uydu görüntüsü ile dosyada bulunan bilgi-belgelerin birlikte değerlendirilmesi (...)

Bu bakımdan; davacının işgale konu alandaki kullanımlarının hediye eşya satışı bakımından, onu tamamlayan bir bütünlük içinde olduğu ve işletme için artı değer kattığı göz önünde tutulduğunda; alanın tamamı için yıl boyu işgal nedeniyle ecrimisil istenmesinde ve aynı alana ilişkin olarak davacının üçüncü bir kişi ile yaptığı kira sözleşmesinin konusu kira tutarının emsal alınıp, bu tutarında rayiç tutara uyumlanması için % 25 oranında arttırılarak birim ecrimisil bedeli belirlenmesinde hukuksal aykırılık bulunmamakla birlikte; 2006 yılı kira tutarının 2009 yılına %25 arttırılarak güncellenmesinde TÜİK.Yİ.ÜFE oranlarının değil, Y.D.O. Kullanılmasının hukuksal olarak kabulü olanağı bulunmamaktadır; (...)

Açıklanan nedenlerle; Muğla 1. İdare Mahkemesi Hakimliğince “dava konusu işlemin 12.159,29 TL ecrimisile ilişkin kısmının iptali, davanın 25.420,93 TL ecrimisile ilişkin kısmının reddi” yolunda verilen 05/10/2017 tarih, E: 2016/94, K: 2017/1757 sayılı kararına karşı davalı istinaf başvurusunun gerekçeli olarak reddine, davacı istinaf başvurusunun kısmen reddine, kısmen kabulüne, kararın redde ilişkin kısmının kısmen kaldırılmasına; dava konusu işlemin 15.621,77 TL ecrimisile ilişkin kısmının iptaline, davanın 21.958,45 TL ecrimisil istenmesine ilişkin kısmının reddine; (...)”

⁴⁵ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2016/81, K. 2017/88, T. 19.1.2017; “(...) Bu durumda; davacının işgal dönemi, işgal edilen alanın büyüklüğü ve tarımsal amaçla kullanımı göz önünde bulundurularak rayiç ecrimisil bedelinin takdir komisyonu aracılığıyla gerekli yerlerden görüş alınmak, gerektiğinde bilirkişiye başvurulmak, emsal kira ve/veya ecrimisil tutarlarından yararlanmak, varsa işgale konu taşınmazın konumu, niteliği gibi özellikleri ortaya konulmak suretiyle belirlenmesi gerekirken; gerekli yerlerden görüş sorulmaksızın ve bu yönde herhangi bir araştırma, belirlenme yada bilirkişi incelemesi yapılmaksızın salt uyumsuzluk çıkarılmaksızın kesinleşen emsal kira bedelleri dikkate alınmak suretiyle belirlenen birim ecrimisil tutarlarına dayanılarak belirlenen birim ecrimisil bedelleri üzerinden ecrimisilin istenmesine ilişkin dava konusu ecrimisil ihbarnamesinde; “yöntem ve neden” kuralları bakımından hukuksal uyarılık, itiraza konu Mahkeme kararında hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacının itiraz isteminin kabulüne, davanın reddine ilişkin Denizli İdare Mahkemesi Hakimliği’nin 30/12/2014 gün ve E: 2014/833, K: 2014/1514 sayılı kararının bozulmasına, dava konusu işlemin iptaline, (...)”

ticaret odası, sanayi odası, ziraat odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulmak suretiyle edinilecek bilgiler ile taşınmazın değerini etkileyecek tüm unsurlar göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁴⁶

Bedel tespit komisyonu ecrimisil bedelini takdir ederken hazine taşınmazları için 336 sıra nolu Milli Emlak Genel Tebliği'nin 5. maddesi, Vakıflar Genel Müdürlüğü taşınmazları için de Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 2014/7 No'lu 'Kaldırılan Kiralama Genelgeleri Ve Ecrimisil Hk. Genelge'sinin ecrimisil işlemleri başlıklı b kısmının 'ecrimisilin tespit ve takdir edilmesi' başlıklı bölümünde yer alan ortak kriterleri uygular. Bu kriterler tahdidi değildir ve örnek olarak sayılmıştır. Milli Emlak Genel Tebliği m. 5/11 uyarınca;

"Ecrimisil tespit ve takdir edilirken, Hazine taşınmazının değerini etkileyebilecek;

- a) İmar durumu,*
- b) Yüzölçümü,*
- c) Niteliği,*
- ç) Verimi (tarım arazilerinde),*
- d) Alt yapı hizmetlerinden yararlanıp yararlanmadığı,*
- e) Konumu,*
- f) Taşınmazın kullanım şekli ve işgalden dolayı gelir elde edilip edilmediği,*
- gibi her türlü ölçütler dikkate alınır."*

A. İmar Durumu

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 4. maddesinde imar durum belgesi, bir parselin; Kanun, uygulama imar planı, plan notları ve söz konusu Yönetmelikte yer alan kullanım kararlarını ve yapılaşma şartlarını içeren, yapının inşa edileceği imar parselinin sınır ve boyutlarıyla gösteren belge olarak tanımlanmıştır. Bir taşınmazın imar durumu taşınmazın sınır ve boyutlarını, kullanım şeklini ve hukuka uygun olarak inşa edilebilecek yapıların niteliği ve kullanım alanını ifade eder.

Bir taşınmazın imar planına göre kullanım şeklinin tarım alanı, turizm alanı, konut alanı, sanayi alanı, iş yeri alanı vb. farklı kullanım amaçlarına tahsis edilmesi o taşınmazın satış ve kira bedellerini etkiler. Kullanım şekline ek olarak taşınmazın tabi olduğu yapılaşma kuralları da bu bedeli etkiler. Bir taşınmazın yapılaşmaya kapalı olması onun satış ve kira bedelini çok düşürür. Buna karşılık yapılaşma izinleri ne kadar yüksek olursa o kadar değer kazanır. Bu sebeplerle imar durumu ecrimisil bedeli belirlenirken dikkate alınır. Örneğin kıyı alanında kalan ve kumsal

⁴⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1881, K. 2020/2046, T. 30.12.2020.

niteliğindeki ve turizm bölgesi olan bir yerin işgalinde bu özellikleri hesaba katılarak belirlenen ecrimisil bedeli hukuka uygun olacaktır.⁴⁷

336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği m. 5/3 uyarınca ecrimisil bedelinin, taşınmazın imar durumunda gösterilen niteliğine göre belirlenecek emlak vergisine esas asgari değerlerin belirli oranlarındaki tutarlardan az olmaması şartı getirilmiştir. Taşınmazın tarımsal faaliyette kullanılması ile ilgili olarak 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği m. 5/3-4. fıkralarında özel düzenleme yapılmıştır. Tarımsal amaçlı kullanımlar ile belediye ve mücavir alan sınırları dışında gelir getirici unsur taşımayan kullanımlar için taşınmazın emlak vergisine esas asgari değerinin %1,5'undan; belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve planlı alanlarda tarım dışı kullanımlar için ise taşınmazın emlak vergisine esas asgari değerinin %3'ünden az olmamak üzere ecrimisil tespit ve takdir edilir. Tarım arazisi olarak kullanılan bir yer şehrin genişlemesi sonucu belediye sınırları içerisinde kalmış veya imar planı ile yapılaşmaya açılmış olsa bile ecrimisil bedelinin tespitinde tarımsal kullanım dikkate alınır (Tebliğ m. 5/4). Emlak vergisine esas asgari değerlere Milli Emlak Genel Tebliği'nde gösterilen oranlar uygulanarak belirlenecek tutarlardan daha az miktarda ecrimisil bedeline hükmedilmesi hukuka aykırı olacaktır.⁴⁸

⁴⁷ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2017/835, K. 2017/1209, T. 3.10.2017; “(...) Muğla İli, Bodrum İlçesi, A2 Mahallesi, Yalı Mevkii, 884 parsel nolu taşınmazın deniz kıyısında ve kıyı kenar çizgisi içerisinde bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki kısmının 21/08/2008 - 31/12/2011 tarihleri arasında 148,72 m2 ahşap platform ve kumsal alanı olarak, 01/01/2012 - 20/08/2012 tarihleri arasında da 161,40 m2 ahşap platform, kumsal alanı ve ahşap iskele yapılmak suretiyle davacı tarafından fuzulen işgal edildiği anlaşılmış olup, bu işgali karşılığında davacıdan toplam 29.442,92 TL ecrimisil alınması gerektiği sonucuna varıldığı dolayısıyla dava konusu 117.559,26-TL ecrimisil tahakkuk ettirilmesine ilişkin 05/08/2014 gün ve 3180 sayılı ecrimisil ihbarnamesinin 29.442,92 TL lik kısmında hukuka aykırılık, 88.116,34 TL lik kısmında da hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu ecrimisil ihbarnamesinin; 88.116,34 TL lik kısmının iptaline, 29.442,92 TL lik kısmı yönünden davanın reddi yolunda Muğla 1. İdare Mahkemesince verilen 13/02/2017 tarih, E: 2014/1243, K: 2017/234 sayılı kararın; takdir edilen ecrimisil bedelinde mevzuata aykırılık bulunmadığı, dava konusu işlemin kısmen iptaline karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek istinaf yoluyla kaldırılması istenilmektedir. (...)

Açıklanan nedenlerle; Muğla 1. İdare Mahkemesince verilen 13/02/2017 tarih, E: 2014/1243, K: 2017/234 sayılı karara karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine, (...)”

⁴⁸ Danıştay 4. D., E. 2023/4648, K. 2024/3018, T. 14.5.2024; “(...) Uyuşmazlığın çözümü için yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen ve karara esas alınan bilirkişi raporu incelendiğinde, dava konusu otelin bulunduğu Tarsus'ta faaliyette bulunan otellerin günlük konaklama ücretlerinin dikkate alındığı, buradan yola çıkılarak bulunan oda fiyatı ile oteldeki oda sayısının çarpımıyla ecrimisil bedelinin hesaplandığı, 02/04/2012 tarihinde sona eren kira sözleşmesindeki kira bedelinin ve 336 Sıra No'lu Milli Emlak Genel Tebliği'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve planlı alanlarda tarım dışı kullanımlar için taşınmazın emlak vergisine esas asgari değerinin %3'ünden az olmamak üzere ecrimisil tespit ve takdir edileceği hükmünün de dikkate alınmadığı görüldüğünden, hükme esas alınabilecek yeterlilikte olmayan bilirkişi raporu uyarınca verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;



Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve planlı alanlarda tarım dışı kullanımlar için öngörülmüş olan ecrimisil alt sınırının emlak vergisine esas asgari değer %3'ünden az olamama şartı önemli bir kriterdir. Çünkü bu yerlerdeki fuzuli işgal istisnalar dışında tarımsal amaçtan başka amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Emlak vergisine esas asgari değerler de vergi idarelerince somut olaydan bağımsız olarak önceden belirlendiği için ecrimisil bedelinin belirlenmesine nesnel, öngörülebilir ve somut bir katkı sağlamaktadır. İdare işgal edilen taşınmazdan emlak vergisine esas asgari değerden daha yüksek bir bedelde ecrimisil tazminatı almak istiyorsa fuzuli şağilin taşınmazı kullanım şekli nedeniyle fark yaratan bir kazanç elde ettiğini veya taşınmazın niteliği itibarıyla o bölgedeki taşınmazlardan bazı özellikleri yönüyle olumlu olarak ayrıştığını ortaya koymalıdır.

336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği'nin 14. maddesi uyarınca Kıyı Kanunu kapsamında kalan yerlerde ecrimisil bedelinin takdiri için özel bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁹ Kıyı alanlarında deniz turizmine yönelik basit nitelikteki yapılarla fuzuli işgalde bulunulması halinde Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın açık alan kullanımlı günübirlik tesisler için öngördüğü birim maliyetler listesiyle kıyaslı olarak ecrimisil bedeli takdir edilecektir. Kıyı alanlarında kalan yerler için Tebliğ'in 14. maddesinde gösterilen asgari tutarlardan daha düşük miktarda ecrimisil bedeli belirlenmesi hukuka aykırı olacaktır.⁵⁰

İşgal edilen taşınmazın imar planında gösterilen kullanım şekline uygun kullanılmaya müsait olmadığı veya müsait olsa bile o kullanım şeklinde kullanılmadığı iddiasında bulunulması halinde bu iddianın doğruluğunun araştırılması gerekir. Örneğin imar planı uyarınca yapılaşmaya açılmış bulunan bir alanın işgal edilmesi

1. Temyiz isteminin kabulüne,

2. Temyize konu İdare Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının BOZULMASINA,

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, (...)”

⁴⁹ 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği m. 14/1: “4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile 3/8/1990 tarihli ve 20594 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümleri kapsamında ve kıyı kenar çizgisi içerisinde (kıyıda) kalan taşınmazların üzerine deniz, güneş ve kumsaldan yararlanılması amacıyla şezlong, gölgelik, soyunma kabini ve duş konulması, yeşil alan düzenlemesi yapılması, sportif ve eğlence aktivitelerinin yapılabileceği alanlar oluşturulması, yiyecek ve içecek servisi yapılması amacıyla takılabilir, sökülebilir ve taşınabilir elemanlarla basit nitelikte yapı (lokanta, çay bahçesi, kafeterya vb. tesisler hariç) yapılması gibi izinsiz kullanımların tespit edilmesi halinde, bu taşınmazları izinsiz kullananlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın ecrimisil bedeli; yılı içerisinde T.C. Kalkınma Bankası A.Ş. tarafından belirlenen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca yayımlanan Birim Maliyetler Listesi’nin “Günübirlik Tesisi Açık Alan Düzenlemesi” için öngörülen metre kare birim bedelinin kullanıma konu olan taşınmazın yüzölçümü ile çarpılması suretiyle bulunacak rakamın yüzde yirmibeşi ile varsa bu taşınmazların, yoksa en yakın emsal taşınmazın emlak vergisine esas asgari metrekare birim değerinin yüzde birinin toplamından aşağı olmamak üzere, Kanunun 9 uncu maddesinde belirtilen yerlerden sorulmak suretiyle bedel tespit komisyonu tarafından tespit ve takdir edilir.”

⁵⁰ Danıştay 4. D., E. 2023/6518, K. 2024/3039, T. 14.5.2024.; Danıştay 4. D., E. 2023/5600, K. 2024/3038, T. 14.5.2024.

halinde işgal edilen taşınmazın henüz şehrin dışında kalması, yolunun açılmamış olması ve tarım alanı olarak işgal edilmesi halinde ecrimisil bedelinin emsal arsa, konut ve işyeri kiralari ile kıyaslanarak değil tarım arazilerinin kiralari üzerinden kıyasla belirlenmesi gerekir.⁵¹ Turizm alanı olan bir bölgede kıyı alanının deniz yüzeyine kayıkhane yapılarak işgal edilmesi halinde işgal edilen alana karşılık uygulanacak ecrimisil bedeli, o bölgedeki turizm tesisleri nedeniyle yükselmiş kira bedellerine kıyasen değil deniz turizm aracı niteliğinde olmayan diğer tekne ve kayıkların bağlandığı yerlerin kira bedelleriyle karşılaştırılması gerekir.⁵²

B. Yüzölçümü

Yüzölçümü, işgal edilen taşınmazın büyüklüğünü ifade eder. Geniş bir alanı kaplayan taşınmazın işgal edilmesi halinde daha küçük boyuttaki taşınmazlara göre daha fazla ecrimisil bedelinin ödenmesi gerekir. Ecrimisil bedeli belirlenirken işgalin gerçekleştiğı alanın yüzölçümü alınır. İşgal parselin tamamında değilse kısmi işgalin alanına göre hesap yapılır. Buna karşılık birden fazla parselin de işgal edilmesi mümkündür. Bu durumda da işgal edilen bütün parsellerin alanı toplanarak işgal edilen taşınmazın yüzölçümü belirlenmiş olur.

Enerji nakil hatlarında olduğı üzere taşınmazın yeryüzü kısmı yerine gökyüzü kısmının işgal edilmesi halinde taşınmazın tamamı yerine sanki bir irtifak hakkı kurulmuş gibi irtifak hakkı alanının ölçülmesi gerekir.⁵³

⁵¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1800, K. 2020/2047, T. 30.12.2020; “(...) taşınmaz her ne kadar 1/1000 ölçekli imar planı kapsamında kalmakta ise de, konumu itibarıyla şehir merkezine uzak, çevresinde tarım amaçlı kullanılan arazilerin bulunması, imar yollarının açılmamış olması nedeniyle imarlı arsa olarak kullanılması halinde ticari getirisinin olamayacağı, ancak tarım arazisi olarak kullanılması halinde tarım icarı şeklinde getirisinin olabileceğı, ecrimisil değerinin de tarım icarı üzerinden hesaplanması gerektiğı, bölgede elektrik ve su altyapısının bulunması nedeniyle sulama imkanı olması nedeniyle de yılda 2 ürün alınabilme imkanı dikkate alınarak hesaplama yapıldığının belirtildiğı, söz konusu bilirkişi raporu hükme esas alınabilecek nitelikte görüldüğü, buna göre, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesinden, dava konusu işlemlerin 1.501,04-TL ecrimisile ait kısmında hukuka aykırılık, geriye kalan 20.913,13-TL’lik kısmında ise hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin kısmen iptali, davanın kısmen reddi yolunda Edirne İdare Hakimliğince verilen 06/03/2020 tarih ve E:2018/1371, K:2020/381 sayılı kararın, davalı idare tarafından; hukuka aykırı olduğı, ecrimisil bedelinin mevzuatla öngörülen kriterlere uygun olarak tespit edildiğı iddialarıyla kaldırılması ve işin esası hakkında yeniden karar verilmesi istenilmektedir. (...)

Dava dosyasının incelenmesinden, dayandığı gerekçeler karşısında, istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının hukuka ve usule uygun olduğı anlaşıldığından ve dilekçede ileri sürülen iddialar söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediğinden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine (...)”

⁵² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1881, K. 2020/2046, T. 30.12.2020.

⁵³ Danıştay 4. D., E. 2023/5763, K. 2024/1120, T. 21.2.2024; “(...) işgal edilen alanın; taşınmazın kısmen etrafı çevrili olarak ve bir kısmının da havadan geçirilen enerji nakil hatları şeklinde işgal edildiğı hususu da göz önünde bulundurularak; enerji nakil hatlarının irtifak hakkı kamulaştırmasında ve

C. Taşınmazın Niteliği

Türk Medeni Kanunu’nun 998. maddesi uyarınca tapu siciline taşınmaz olarak; arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler kaydedilir. Taşınmazın niteliği kavramını geniş olarak anlamak gerekir. İşgal edilen taşınmazın; arsa, arazi, sulak arazi, kayalık niteliğinde olması veya taşınmazın üzerine yapı yapılmışsa ve bu yapı işgal edilmişse yapının niteliği (kâgir yapı, kerpiç yapı, ahşap, toprak vb.) taşınmazın ecrimisil bedelini etkileyecektir.

Ç. Tarım Arazilerinde Taşınmazın Ürün Verimi

Haksız olarak işgal edilen arazinin tarım faaliyeti yapmak üzere işgal edilmesi halinde ecrimisil bedelinin emsal tarım arazilerinin kira bedellerine kıyasen belirlenmesi gerekir. Tarım amacıyla kullanılan arazinin ürün verimini ortaya çıkarmak üzere arazinin su kaynaklarına yakınlığı, kayalık olup olmadığı, kıraç olup olmadığı⁵⁴, toprak yapısı, arazinin düz mü eğimli mi olduğu gibi hususlar araştırılır. Ürün veriminin yüksek olduğu tarım arazilerine verimi düşük olan arazilere nazaran daha yüksek ecrimisil uygulanacaktır.⁵⁵ Ürün veriminin düşük olduğu tarım arazilerine ise daha düşük ecrimisil uygulanması gerekir.⁵⁶

D. Alt Yapı Hizmetlerinden Yararlanıp Yararlanmadığı

Günümüzde bir taşınmazın erişiminin olması beklenen alt yapı hizmetleri yol, elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz, internet ve benzeri hizmetlerdir. Bir taşınmazın giden yolun açılmış olması, asfalt dökülerek iyileştirilmesi taşınmazın değerini arttırır.⁵⁷ Taşınmazın üzerine konut veya işyeri niteliğinde bina yapılabilmesi için

davalarında irtifak hakkı alanını hesaplama uzman bir bilirkişi, harita mühendisi ve gayrimenkul değerlendirme uzmanının da aralarında yer aldığı bilirkişilerce tespit edilmesi, (...)”

⁵⁴ Danıştay 17. D., E. 2015/1084, K. 2016/962, T. 17.2.2016; “(...) kıraç olduğu, tarım arazisi vasfını taşıdığı, taşınmaz içinde yaklaşık 5-6 yaşlarında 600-650 adet idris üzerine asılı Ziraat 900 kiraz çeşidi açılanmış kiraz meyve ağacının, ayrıca yine aynı yaşlarda yaklaşık 250-300 zeytin ağacının bulunduğu, diğer meyve türlerinden de (kayısı, armut, elma, şeftali vb.) yer aldığı, ağaçların bakım işlerinin yapıldığı, fakat suyun yeterli olmaması ve toprak yapısının üretime çok uygun olmaması (taşlı) nedeniyle gelişiminin yavaş olduğunun görüldüğü, dava konusu taşınmazın altyapı olanaklarından, yoldan kısmen yararlanması, sulama olanağının ve elektriğin olmaması, toprağın hafif taşlı özellikle olması gibi olumsuz özelliklerinin ecrimisil bedelinin düşük belirlenmesinde önemli olduğu, (...)”

⁵⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1800, K. 2020/2047, T. 30.12.2020; “(...) bölgede elektrik ve su altyapısının bulunması nedeniyle sulama imkanı olması nedeniyle de yılda 2 ürün alınabilme imkanı dikkate alınarak hesaplama yapıldığının belirtildiği, söz konusu bilirkişi raporu hükme esas alınabilecek nitelikte görüldüğü (...) Dava dosyasının incelenmesinden, dayandığı gerekçeler karşısında, istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının hukuka ve usule uygun olduğu anlaşıldığından (...)”

⁵⁶ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2019/594, K. 2019/810, T. 7.5.2019; “(...) Söke Ovasındaki emsallerine göre daha az verimli olduğu, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verildiği ileri sürülerek, (...)”

⁵⁷ Danıştay 17. D., E. 2015/1084, K. 2016/962, T. 17.2.2016.

de elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz ve internet hizmetleri vazgeçilemez bir konumdur.

E. Konumu

Taşınmazın bulunduğu yer, konumudur. Taşınmazın konumu uzağında veya yakınında bulunduğu yerlere göre taşınmazın değerini artırabilir veya azaltabilir. İşgal edilen taşınmazın bitişiğindeki veya yakınlarındaki benzer niteliklere sahip taşınmazların birim başına ortalama kira bedeli işgal edilen taşınmazın ecrimisili belirlenirken de dikkate alınacaktır.⁵⁸

F. Taşınmazın Kullanım Şekli Ve İşgalden Dolayı Gelir Elde Edilip Edilmediği

Fuzuli şağil tarafından işgal edilen taşınmazın hangi şekilde kullanıldığı ecrimisil bedelinin takdirinde dikkate alınacaktır. Fuzuli şağil, taşınmazı konut olarak kullanmaktaysa taşınmazın emsallerinin rayiç kira bedelleri üzerinden ecrimisil bedeli takdir edilecektir. Buna karşılık fuzuli şağil işgal ettiği kamu taşınmazını gelir getirici işlerde kullanıyor olabilir. Örneğin taşınmaz bahçe⁵⁹, tarla, çay bahçesi, otopark⁶⁰, büfe, dükkan⁶¹, depo, tuvalet⁶², baz istasyonu⁶³ ve benzeri çeşitli

⁵⁸ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 7. İDD, E. 2020/1480, K. 2020/1527, T. 2.12.2020; “(...) davaya konu alan için ecrimisil hesabında en uygun emsalin, birebir uyuşan TOKİ ile işgalci şirket arasında yapılan kira sözleşmesindeki metrekaare birim bedeli ile bilirkişilerce emsal olarak alınan başka şirkete ait kira sözleşmesinin metrekaare birim bedeli olduğu görülmekte olup (...)”

⁵⁹ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2020/834, K. 2020/1287, T. 10.11.2020.

⁶⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1894, K. 2020/2058, T. 30.12.2020; “(...) işyeri (otopark) yapılmak suretiyle fuzulen işgal edildiğinden bahisle (...) yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporunda, uyumsuzluk konusu 1.955,00 m² işgalli alanın 01.04.2012 ila 30.07.2012 tarihleri arasında 104.663,83-TL gelir getirebileceği değerlendirilmelerine yer verilmiş olup (...)”

⁶¹ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 7. İDD, E. 2020/1370, K. 2020/1571, T. 9.12.2020; “(...) dükkan ve depo olarak kullanılan emsallerin ortalamasının 0,2055-TL/m²/gün olarak belirlendiği, işgalen kullanılan 305 m² alanın 27/05/2015-14/01/2019 tarihleri arası ecrimisil bedelinin 305 m²x 0,2055-TL/ m²/gün x 1329 gün= 83.298,40 TL ecrimisil bedeli takdir edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı (...)”

⁶² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/923, K. 2020/2010, T. 10.12.2020; “(...) Ecrimisil bedeli yönünden ise; idarece ecrimisil bedeli hesaplanmasında, taşınmazın ihale yolu ile kiralanması durumunda belirlenecek ihale bedelinin esas alındığı anlaşılmakta olup, ecrimisil bedelinin fahiş olduğu yönünde bir iddia bulunmadığı ve tuvaletin ticari amaçlı kullanılması nedeniyle istenilen bedelin emsallerine göre fahiş olmadığı sonucuna varılmıştır. (...)”

⁶³ Danıştay 4. D., E. 2023/6363, K. 2024/3026, T. 14.5.2024; “(...) işgal nedeniyle alınan bir tazminat olan ecrimisil tutarının hesaplanmasında; taşınmazın mevkii, kullanım şekli, elde edilen gelir, altyapı, ulaşım kolaylığı gibi tüm faktörlerin etkili olduğu dikkate alındığında, ecrimisil bedelinin emsal taşınmazların güncel ve rayiç kira bedellerine göre değerlendirilmesi ve bu emsalin taşınmazla en yakın özellikleri taşıyan nitelikte olması gerekmektedir; cami veya cami müstemilatına kurulan baz istasyonlarının ecrimisil bedellerinin hesaplanmasında taşınmaz üzerindeki işgal alanının dikkate alınmasından ziyade, kullanım amacı ve verdiği hizmet esas alınmak suretiyle baz istasyonlarının merkez ilçelerde kullanım amacı bakımından nitelik olarak sunmuş olduğu hizmetle orantılı olacak şekilde ecrimisil bedelinin belirlenmesi gerekmektedir.”



şekillerde kullanılabilir. Bu durumda fuzuli şağilin işgal ettiği taşınmaz sayesinde elde ettiği kazancın miktarının ecrimisil bedeli takdir edilirken dikkate alınması gerekir.⁶⁴ Diğer bir deyişle işgalcinin taşınmazı kullanım şekli gelir getirici nitelikteyse bu gelir ve bu gelirin miktarı idare tarafından ecrimisil bedelinin takdirinde göz önüne alınmalıdır.

Eğer fuzuli şağil işgal ettiği taşınmazı gelir getirici bir şekilde kullanmak yerine kendi münhasır kullanımı amacıyla işgal etmişse işgal edilen taşınmazın ticari olarak değerlendirilmesi halinde elde edilecek gelirle orantılı değil fuzuli şağilin işgal ettiği taşınmazı özel kişilerden kiralamış olsaydı ödemesi beklenen kira bedeli üzerinden ecrimisilin belirlenmesi gerekir. Örneğin bir şirket, iş yerinin komşu parselindeki taşınmazı işgal etmiş ve çalışanlarına özel otopark olarak kullanıyorsa bu taşınmazın üçüncü kişilere açık bir otopark işletmesi gibi elde edebileceği gelir üzerinden ecrimisil bedeli belirlenmesi fahiş olacaktır.⁶⁵

Kamu taşınmazlarının üstünden enerji şirketlerince enerji nakil hattı geçirilerek işgal edilmesi halinde her ne kadar taşınmazın yeryüzü kısmı işgal edilmemiş olsa bile gökyüzü kısmı işgal edilmiş olur. Danıştay’a göre bu durumda enerji şirketi enerji nakil hattını geçirmek için kiralama yoluna gitseydi piyasada ödemesi gereken kira bedelinin ne olacağı araştırılarak ecrimisil bedelinin takdir edilmesi gerekir.⁶⁶ Aynı mantık baz istasyonları için gerçekleştirilen işgallerde de uygulanmaktadır.

Dava konusu işleme dayanak teşkil eden ... tarih ve ... sayılı Ecrimisil Kıymet Takdir Kararı ile eki hesap çizelgesinin incelenmesinden; 2014 yılı için 76.500,00-TL ecrimisil bedeli belirlendiği ve belirlenen ecrimisil bedelinin Ankara ilinin farklı merkez ilçeleri için GSM şirketleri ile yapılan kira sözleşmeleri bedellerine uygun olduğu görülmektedir.

Bu durumda, belirlenen ecrimisil bedelinin davalı idare tarafından, dava konusu taşınmazın emsalleri niteliğinde olan ve baz istasyonu olarak kullanılan taşınmazlara ilişkin olarak belirlenen kira bedellerine uygun olduğu görüldüğünden, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. (...)

⁶⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2018/3844, K. 2019/65, T. 9.1.2019; “(...) Yönetmeliğin 85. maddesinde, ecrimisil bedelinin tespitinde İdarenin bu taşınmazdan işgalden önceki hâliyle elde edebileceği muhtemel gelir esas alınmaktayken, 10.04.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle bu hesaplama biçiminin kaldırıldığı ve yeni hesaplama yönteminin, bu bağlamda işgalcinin işgalden dolayı varsa elde ettiği gelirin ecrimisil bedelinin tespitinde ölçüt olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. (...)”

⁶⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/1797, K. 2020/2042, T. 30.12.2020; “(...) işgale konu alanın boş arsa olduğu ve bitişiğinde davacı şirkete ait ofis yer aldığı, davacı şirketin bulunduğu taraftan açılır kapanır demir kapı bulunduğu, otopark olarak kullanıldığı, araç giriş çıkışının bu kapıdan yapıldığı (...)”

⁶⁶ Danıştay 4. D., E. 2023/5763, K. 2024/1120, T. 21.2.2024; “(...) bedel için ise, başta aynı mevkiide bulunan diğer (baz istasyonu) işgaller yönünden yargıda kesinleşen birim bedeller dikkate alınmak suretiyle; emsal oluşturabilecek yerlerin kira bedeli ve işgal edenin bu tür bir yeri serbest piyasada kiralaması halinde rayış kiranın ne olacağının enerji nakil hattı irtifak hakkı bedel hesaplama yöntemlerinden de faydalanarak belirlenmesi ve işgal edenin elde ettiği yararın da göz önünde tutulması suretiyle yapılacak inceleme sonucu düzenlenecek rapor esas alınarak ecrimisil bedelinin belirlenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu şekilde bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın verilen dava konusu ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”

Baz istasyonunu kuran şirket baz istasyonu kurmak üzere özel hukuk kişilerden yer kiralasaydı benzer konumda benzer bir yeri kaç paraya kiralayacaksa bununla orantılı olarak ecrimisil bedeli takdir edilir.⁶⁷ Örneğin mobil operatör şirketi aynı veya yakın bölgede elektrik dağıtım şirketlerinin aydınlatma direklerine kira sözleşmesi ile baz istasyonu kurmuşsa idarenin taşınmazını haksız işgalle kurduğu baz istasyonu için ecrimisil bedeli belirlenirken bu kira sözleşmesindeki kira bedeli emsal alınabilir.⁶⁸

V. ECRİMİSİL İHBARNAMESİNİN TEBLİĞİ, İHBARNAMEYE İTİRAZ VE DAVA

Ecrimisil ihbarnamesinde fuzuli şağilin adı soyadı, diğer kimlik bilgileri ve adresi, işgal edilen yerin adresi, işgal başlangıç ve işgalin sonlanma tarihi, işgal süresi ve tespit ve takdir edilen ecrimisil tutarı yer alır. Bunların yanı sıra tarhiyatı gerektiren nedenler başlığı altında fuzuli şağilin nereyi işgal ettiği, burayı ne şekilde kullandığı, hangi kıstaslara uyularak ecrimisil bedelinin takdir edildiği ve tesis edilen işlemin hukuki dayanakları gösterilir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde tapu kaydı bulunmadığından işgal edilen taşınmaz mal için düzenlenen ecrimisil ihbarnamesinde, işgal edilen taşınmaz malı belirlemek için söz konusu taşınmazın mevkisi, sınırları ve yüz ölçümü gibi ayırt edici özelliklerin yazılması gerekir.⁶⁹ Eğer ecrimisil ihbarnamesinde işgal edilen taşınmazın adresinde hata yapılırsa ve hatalı taşınmaz gösterilirse ecrimisil ihbarnamesinin baştan düzenlenmesi gerekir, süreç devam ettirilemez, cebri icra aşamasına geçilemez.⁷⁰

Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in m. 86/1 fıkrası uyarınca; *"Takdir edilen ecrimisiller, takdir tarihinden itibaren onbeş gün içinde ecrimisil ihbarnamesi düzenlenerek fuzuli şağile, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre öncelikle elden veya iadeli taahhütlü mektupla, bu şe-*

⁶⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2020/788, K. 2020/1304, T. 10.12.2020; "(...) ecrimisil bedelinin tespitine yönelik olarak emsal olabilecek değişik adreslerdeki baz istasyonları ile ilgili araştırma yapıldığı, araştırma kapsamında; X3 Parkı içerisinde bulunan buz patenine F3 A.Ş. tarafından kurulan geleneksel tip baz istasyonunun yıllık kira bedelinin 4.500,00 USD olduğu, A3 Caddesi X1 İş Merkezine F4 A.Ş. tarafından kurulan geleneksel tip baz istasyonunun yıllık kira bedelinin 11.000,00 USD olduğu, (...)”

⁶⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2020/678, K. 2020/1185, T. 19.11.2020.

⁶⁹ Karadağöğlu (n 2) 84.

⁷⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/2133, K:2019/3161, T. 20.06.2019; Danıştay, 2. D., E. 2021/5430, K. 2022/695, T. 22.2.2022; "(...) Uyuşmazlıkta ise, ...günlü, ...sayılı ecrimisil ihbarnamesinin ...nolu işyerinin işgali için düzenlendiği ve davalı idare tarafından işgal edilen taşınmazda hata yapıldığı ecrimisil istenilecek taşınmazın ...nolu işyeri olduğunun tespit edilmesi üzerine, davalı idare tarafından yeni bir ecrimisil ihbarnamesinin düzenlenerek davacıya tebliğ edilmesi gerekirken, ...günlü, ...sayılı işlemin tesis edildiği ancak bu işlemin de usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir ecrimisil ihbarnamesi niteliği taşımadığı; ancak borç bildirim niteliğinde kesin ve yürütülebilir olmayan bir yazı olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, ödeme emrine dayanak teşkil edecek usulüne uygun şekilde düzenlenmiş bir ecrimisil ihbarnamesi olmamasına rağmen, ödeme emrinde yer verilen alacağın kesinleştiğinden bahisle davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”

kilde tebliğ edilemeyenler diğer usullere göre tebliğ edilir.” Tebligat Kanunu’nda öngörülen usul kurallarına uygun olarak tebliğ edilmeyen tebligatlar usulsüz tebligatlardır. Ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmeden⁷¹ veya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmeyen ecrimisil ihbarnameleri kesinleşmez ve idare cebri icra yollarına başvuramaz.⁷² Usulsüz tebligatın olduğu durum ecrimisil ihbarnamesine karşı dava açma süresi de işlemeye başlamaz.⁷³

HTİHY m. 86/2. fıkrası uyarınca; *“Ecrimisil işlemine karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili İdareye dilekçeyle müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir.”* Ecrimisil meblağına itiraz edilmesi üzerine ilgili idare 30 gün içerisinde itirazı karara bağlamalıdır. Ecrimisil ihbarnamesine yapılan itiraz üzerine idarenin başvuruyu kabul ederek ecrimisil bedelini daha düşük bir bedel olarak belirlemesi halinde de bu itirazı reddetmesi halinde de idarenin vermiş olduğu cevaba ‘Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesi’ denilir. Ecrimisil bedeline itiraz edilmişse ecrimisil düzeltme ihbarnamesi düzenlenilmeden önce ödeme emri düzenlenemez.⁷⁴ İtiraz edilmesi halinde ecrimisil düzeltme ihbarnamesi düzenlenmeli, füzuli şağıle tebliğ edilmeli ve ödeme yapması için 60 gün süre verilmelidir.⁷⁵ Bu usul işletilmenden doğrudan cebri icra yollarına başvurulması mümkün değildir.

⁷¹ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/1413, K. 2018/2393, T. 6.11.2018; *“(…) davacıya tebliğ olunmuş alacağın sebebini ve kaynağını gösteren herhangi bir ecrimisil ihbarnamesi bulunmamaktadır. (...)”*

⁷² Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2020/1417, K. 2020/1491, T. 18.12.2020; *“(…) dava konusu ödeme emrinin dayanağı ecrimisil düzeltme ihbarnamesine ilişkin tebliğ alındısında davacının ikametgah, konut ya da işyeri adresine yer verilmeksizin doğrudan mahalle adresine tebliğe çıkarılmak suretiyle köy muhtarına tebliğ edilmiş olduğu görüldüğünden, ortada usulüne uygun olarak tebliğ edilen bir ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin mevcut olmadığı, dolayısıyla süresinde ödenmeyerek kesinleşen bir amme alacağının doğduğundan bahsedilmesine de hukuken olanak bulunmamaktadır. (...)”*

⁷³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/307, K. 2020/1221, T. 16.9.2020; *“(…) Olayda ise, ecrimisil ihbarnamesinin Tebligat Kanunu uyarınca davacıya veya konutunda bulunan bir kişiye usule uygun olarak tebliğ edilmediği, nitekim tebliğ edildiği belirtilen kişinin çalışması yada yakını olmadığı yolundaki davacının iddiasının aksinin de davalı idarece ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.*

Bu durumda; davacı tarafından yapılan başvuru üzerine hakkında ecrimisil ihbarnamesi düzenlendiğinin öğrenilmesi üzerine açtığı davanın süresinde olduğunun kabulüyle, uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekirken, aksi yönde verilen ilk derece mahkemesinin süre ret kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.”

⁷⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2020/281, K. 2020/773, T. 11.6.2020; *“(…) davacı tarafından süresi içinde ecrimisil ihbarnamelerine itiraz edildiği, bu hususta bir ihtilaf bulunmadığı, itiraz üzerinde ecrimisil düzeltme ihbarnamesi düzenlenerek davacıya tebliğinden itibaren 60 günlük ödeme müddeti verilmesi gerekmekte olup, bu usule uyulmadan ecrimisil düzeltme ihbarnamesi beklenmeksizin tesis edilen dava konusu ödeme emrinde yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.”*

⁷⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/2706, K. 2021/150, T. 1.2.2021; *“(…) Olayda; her ne kadar; dava konusu ödeme emri, konusunu oluşturan ecrimisil alacağının, ilgili zımnı ret işlemine karşı süresinde dava açılmayarak kesinleştiğinden bahisle tahsili amacıyla düzenlenmiş ise de; ecrimisil ihbarnamesine karşı süresi içerisinde yapılan itiraz başvurusunun karara bağlanmadığı,*

İtirazın reddedilmesi veya ilgiliye cevap verilmemesi üzerine 30 gün sonra zımnı ret oluştuktan sonra fuzuli şağilin dava açma süresi içerisinde dava açması mümkündür. Bu konuda bazı idare mahkemeleri fuzuli şağilin idareye yapmış olduğu itirazı İYUK m. 11 kapsamında bir idari başvuru olarak görerek, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı dava açma süresini 60 günden idareye itiraz yapılana kadar geçen süreyi çıkararak belirlemektedir.⁷⁶ Ancak Danıştay uygulamasına göre

başka bir ifade ile, kamu alacağının henüz idari yönden kesinleşmediği anlaşıldığından, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğin 86. maddesi gereğince yapılan itiraz başvurularını 30 gün içinde karara bağlayarak ilgisine tebliğ etme görevi olan idarenin, davacının itiraz başvurusunu yanıtlamak yerine, davacıya tanınan bir hak olan zımnı ret müessesesini davacı aleyhine kullanmak suretiyle ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu itibarla, ecrimisil ihbarnamesine süresi içinde itiraz isteminde bulunulduğu halde, ödeme emrine dayanak teşkil edecek bir ecrimisil düzeltme ihbarnamesi bulunmamasına rağmen, kamu alacağının kesinleştiğinden bahisle düzenlenen ödeme emrinde ve davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”

⁷⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 9. İDD, E. 2016/806, K. 2016/418, T. 26.10.2016; “(...) ecrimisil istenilmesine ilişkin 15/05/2015 günlü ve 7710 sayılı ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali istemiyle açılan davayı süre aşımı yönünden reddeden Bursa 1. İdare Mahkemesi Hakimliğinin 10/06/2016 günlü ve E: 2015/867 K : 2016/603 sayılı kararının; davanın süresinde açıldığı, sürenin geçtiği yönündeki kararın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla itirazın bozulması istenilmektedir. (...) Karar veren İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dokuzuncu İdare Dava Dairesince gereği görüldü: Dava; davacının, A1 Mahallesi’nde bulunan, hazineye ait 6872 ada, 6 parsel sayılı taşınmazın 47,00 m²’lik kısmını fuzulen işgal ettiğinin saptandığından bahisle 24/06/2010 - 06/03/2015 dönemi için 440,00.-TL ecrimisil istenilmesine ilişkin 15/05/2015 günlü ve 7710 sayılı ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali istemiyle açılmış; itiraze konu kararla, ecrimisil ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 21.günde işlemin düzeltilmesi istemiyle başvuruda bulunan davacının, istemini reddeden ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğ edildiği 28/05/2015 tarihini izleyen günden itibaren kalan dava açma süresi içerisinde, yani 06/07/2015 tarihinde dava açması gerekirken 22/07/2015 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle dava süre aşımı yönünden reddedilmiş bulunmaktadır. (...)

Yukarıda sözü edilen Yönetmelik hükümlerinde, ecrimisil ihbarnamesine karşı yapılacak itiraz ile ilgili olarak, itiraz mercii ve itirazın tabi olacağı süre yönlerinden 2577 sayılı Yasadan farklı “özel” bir düzenleme getirilmiştir. Kendilerine ecrimisil ihbarnamesi tebliğ edilen kişilere var olan dava açma haklarının yanında, bahse konu işlemin değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir işlem tesisi edilmesini sağlamak amacıyla itiraz (düzeltme) talebinde bulunma hakkı da tanınmış, itiraz yoluna başvurulması halinde ise itiraz mercii, konuyu değerlendirmesi ve sonuçlandırması için itiraz dilekçesi, karar ile ekrinin kendisine intikalinden itibaren en çok 30 günlük bir süre verilmiştir. Bahse konu Yönetmelikte öngörülen itiraz yolu, ecrimisilin kesinleşmesi için tüketilmesi gerekli zorunlu bir yol değil ise de; bu yola başvurulması durumunda tesis edilen işlemin yeni bir işlem olduğunun kabulü gerekir. Bir başka ifadeyle, idare nezdinde yapılan itirazın sonuçlandırılmasıyla, itiraza konu işlem kesinleşmiş olup; dava açma süresinin de kesin işlemin tebliğ tarihinden itibaren başlatılması gerekir.

Dolayısıyla ecrimisil ihbarnamesine karşı yapılan düzeltme talebinin 2577 sayılı Yasa’nın 11. maddesi kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 28/05/2015 tarihinde tebliğ edilen ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali istemiyle altmış günlük dava açma süresi içerisinde 22/07/2015 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, uyumsuzluğun esası hakkında karar verilmek üzere Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir. (...)”

ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılacak davanın süresi ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin fuzuli şağıle tebliğini izleyen günden itibaren 60 gündür.⁷⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi idarenin, fuzuli şağıle uyguladığı ecrimisil ihbarnamesi ile tahliye kararının idari işlem niteliğinde olduğuna ve bunlara karşı açılacak davalarda görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna dair ilke kararı vermiştir.⁷⁸ Ecrimisil

⁷⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2015/5005, K:2016/2359, T. 02.06.2016; İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2018/989, K. 2018/1542, T. 2.10.2018; “(...) ecrimisil ihbarnamesinin tebliği üzerine 30 günlük süre içinde davacının yaptığı itirazın ihbarnamenin etkili, kesin ve dava konusu edilebilir işlem niteliğini ortadan kaldırdığı, idarenin yönetmelikte belirlenen düzenleyici süreler içinde itirazı yanıtlamadığı, ecrimisil yönünden kesin, etkili ve yürütülmesi zorunlu işlemin dava konusu ecrimisil düzeltme ihbarnamesi olduğu ve 60 günlük dava açma süresinin de bu işlemin tebliği ile işlemeye başlayacağına kabulü gerektiğinden; düzeltme ihbarnamesinin 13.01.2018 tarihinde tebliği üzerine işlemeye başlayan 60 günlük dava açma süresi içinde 06.03.2018 tarihinde açılan davacının esaslı incelenmesi gerekirken; aksi yönde verilen başvuruya konu kararda usul kuralları yönünden hukuksal isabet bulunmamaktadır.”; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 9. İDD, E. 2017/3272, K. 2018/38, T. 9.1.2018; “(...) ecrimisil alacağına karşı yapılan itirazın reddi üzerine 60 günlük dava açma süresi içerisinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, (...)”

⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi HB., E. 1988/2, K. 1989/1, T. 20.2.1989; “(...) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi ile Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şağılden, takdir ve tespit edilecek ecrimisil isteneceği belirtilmektedir. Ecrimisil takdir ve tespit edilirken Devletin özel mülkiyetle hüküm ve tasarrufu altında olan yerler bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Özel mülkiyet genelde özel hukuk ilişkisi içinde sözleşmeye bağlanmakta ancak sözleşme olmadan veya sözleşme bitmiş olmasına rağmen işgalin devamı halinde ecrimisil söz konusu olmaktadır. Özel mülkiyete konu olmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki diğer yerler için esasen sözleşme yapma olanağı da bulunmaktadır. Burada söz konusu olan haksız ve herhangi haklı bir nedene dayanmadan bu yerlerin işgali halinde Devletin alacağı tazminat bir başka deyişle ecrimisilin belirlenmesi işleminin idari işlem (tasarruf) olup olmadığı ve bu işlem hakkındaki uyuşmazlığın hangi yargı yerinde görülüp çözümleneceğidir.

İdari işlemler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruf olarak tarif edilmektedir. 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde idari dava türleri sayılırken, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalara idare mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca yasada belirtilen komisyonlarca belirlenen ecrimisilin işgalciden istenilmesi yolunda tesis edilen işlemin bu tanımlamaya uygun idari bir işlem olduğunda kuşku yoktur.

Öte yandan, 2886 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 2490 sayılı Yasanın ecrimisili düzenleyen 67. maddesi ecrimisilin mahkemeye takdir edileceğini hükme bağlamış ve yasanın yürürlükte olduğu süre içinde uygulama bu yolda işlemiştir. Ancak, 2886 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de ifade edildiği gibi tasarının 2490 sayılı Yasa'nın bir tadili olmadığı, değişik görüş ve anlayışla hazırlandığı, farklı müesseseleri ile yeni bir sistem getirildiği, idarenin yetki ve sorumluluklarının artırıldığı, zaman kaybına neden olan formalitelerin ayıklandığı, pratik faydası olmayan hükümlerin kaldırıldığı ifade edilmiştir. Gerçekten, yeni düzenleme ile yeni bir sistem getirilmiş idareye geniş yetkiler verilmiştir. Ecrimisili düzenleyen 75. madde bu gerekçenin ifadesi olarak idareye geniş yetkiler verilerek yasalaşmıştır.

İşte, gerek yasanın bu yeni biçimi gerekse Devlete ait yerlerin haksız işgali halinde ecrimisili belirlerken idarenin yaptığı işlemin tek yanlı ve resen uygulanabilir idari bir işlem (tasarruf) olması nedeniyle bu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin idari yargı yeri olması gerekmektedir.”

ihbarnamesinin veya eğer itiraz edilmişse ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliği üzerine fuzuli şağil 60 gün içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde iptal davası açabilir.⁷⁹ Ecrimisil alacağının niteliğinin bir tür tazminat alacağı olması ve vergi, resim, harç veya benzeri türden bir alacak olmaması nedeniyle açılacak dava vergi mahkemesinde değil idare mahkemesinde açılır. Fuzuli şağil tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz (HTİHY m. 87/5). Bu sebeple ecrimisilin tahsil edilmesini önlemek isteyen fuzuli şağilin iptal davasında yürütmenin durdurulması talebini ileri sürmesi gerekir.

A. İtiraz Etmeme ve Peşin Ödeme Hallerinde Ecrimisil Bedelinde İndirim İmkânı ve Dava Açılması Halinde Haklı Çıkılsa Bile İndirimden Yararlandırılmama Sorunu

Fuzuli şağil, ecrimisil ihbarnamesinin tebliği üzerine taşınmazı işgal ettiğini kabul ederek ve öngörülen ecrimisil bedelini de makul bularak idareye ödeme yapmayı tercih edebilir. Bu durumda ihbarnamede öngörülen ecrimisil bedelinde %20 indirim yapılarak ecrimisil ödemesi tahsil edilir. Fuzuli şağil itiraz etmiş veya dava açmış olsa bile eğer kayıtsız şartsız olarak itirazdan vazgeçerse veya davadan feragat ederse %20 indirim imkanından yine yararlanabilir (HTİHY m. 86/2). Eğer fuzuli şağil ecrimisil ödemesini peşin yaparsa ayrıca %15 indirime hak kazanır (HTİHY m. 87/1). Dolayısıyla eğer fuzuli şağil, ecrimisil ihbarnamesinde bildirilen bedele itiraz etmeden ve 60 gün içinde muhasebe birimine peşin olarak öderse ecrimisil bedelini %35 indirimli olarak ödeme imkanına sahiptir.

Eğer fuzuli şağil, ecrimisil ihbarnamesine karşı iptal davası açmışsa ve idare de dava devam ederken ecrimisil bedelinin hesaplanmasındaki hatasını görüp düzeltme yapmışsa fuzuli şağilin davadan kayıtsız ve şartsız feragat etmesi halinde de %20 indirim uygulanır (HTİHY m. 86/3). Bu hükmün mefhumu muhalifinden fuzuli şağilin iptal davası açması üzerine mahkemece kısmen veya tamamen iptal kararı verilirse kesinleşen ecrimisil bedelinin ödenmesi sırasında fuzuli şağile %20 indirim yapılmaz ve bedel zaten ödenmiş durumdaysa %20'lik kısım da fuzuli şağile iade edilmez. Hak arama hürriyetlerini kullanan fuzuli şağillerin dava açarak haklı çıkmaları halinde %20'lik indirimden yararlandırılmamaları kanaatimizce hak arama hürriyetine getirilmiş olan ve meşru olmayan bir amaca yönelik ölçüsüz bir kısıtlama niteliğindedir. Bu kısıtlamanın HTİHY m. 86/3 hükmüyle getirilmiş olması nedeniyle hukuka aykırı kısıtlamanın düzenleyici idari işlemle getirildiği ve bu açıdan DİK m. 75 hükmünde yer almayan bir düzenleme getirdiği ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Bu sebeple kanaatimizce söz konusu hüküm hukuka aykırıdır ve Danıştayca iptal edilmesi gerekir. Ancak uygulamaya bakıldığında karşı oylara da rastlanmakla beraber bölge idare mahkemeleri söz konusu hükümde bir

⁷⁹ Merve Gül Gün Büyüksütcü, 'Kamu Mallarında Ecrimisil Ve Tahliye' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 75.



hukuka aykırılık görmemekte ve yargı kararıyla haklı çıksa bile fuzuli şağile %20 indirim uygulanmamasında bir hukuka aykırılık görmemektedir.⁸⁰

VI. ECRİMSİLİN KESİNLEŞMESİ, VADE TARİHİ VE TAHSİLİ

Ecrimisil ihbarnamesinin veya eğer itiraz edilmişse ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliği üzerine fuzuli şağilin 60 gün içerisinde ödeme yapması gerekir. Bu ödeme peşin yapılırsa %15 indirim uygulanır. Bununla birlikte taksitle ödeme de mümkündür. Taksitli ödeme en fazla 3 yıl içinde ve kanuni faiz uygulanarak yapılmaktadır (HTİHY m. 87/1). Ecrimisil taksitlerinden birinin vadesinde ödenmemesi durumunda, kalan ecrimisil alacağının tamamı muaccel hâle gelir. Ödeme gerçekleşmemişse ecrimisil ihbarnamesinin fuzuli şağile tebliğinden sonra 61. günden itibaren gecikme zammı uygulanarak cebren tahsil edilir (HTİHY m. 87/4).

AATUHK m. 2 uyarınca diğer kanunlarda bu kanuna göre tahsil edileceği öngörülen alacaklar da AATUHK uyarınca takip ve tahsil edilir. Ecrimisil ihbarnamesinin veya eğer itiraz edilmişse ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliği üzerine fuzuli şağilin 60 gün içerisinde ödeme yapmaması halinde taşınmazın maliki olan idare 6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre cebri icra yoluna başvurur (HTİHY m. 87/3).

AATUHK m. 37 uyarınca amme alacakları özel kanunlarında öngörülen vade tarihlerinde ödenir. Ödeme süresi içerisinde ödenmemiş olan amme alacağı cebri icra yoluyla tahsil edilir. Gerekirse borçlunun malları haczedilerek paraya çevrilir (AATUHK m. 54). İdare, ecrimisil bedelinin cebren tahsili için alacağı vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirir (HTİHY m. 87/3). 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 239 uyarınca illerde defterdarlıklar, m. 248 uyarınca da ilçelerde mal müdürlükleri cebri icra sürecini yürütür. Bu durumda ecrimisil tazminatı bir kamu alacağı olarak fuzuli şağilden takip ve tahsil olunur.

Defterdarlık veya mal müdürlüğü, fuzuli şağile vadesinde ödemediği ecrimisil bedelini tebliğden itibaren 15 gün içerisinde ödemesi gerektiğini bildiren bir ödeme emri gönderir. Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, süresinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar 3 ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı bilgi ve uyarılarına yer verilir (AATUHK m. 55). Fuzuli şağil ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde ödeme yapmaktır zorundadır.

⁸⁰ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2018/154, K. 2018/160, T. 1.2.2018; “(...) davacı tarafından dava konusu ecrimisilin kiraladığı alanlardan da ecrimisil istenmesi nedeniyle idarece yanlış hesaplandığı, Mahkemenin de itirazı sonrası açtığı davada bu yönde karar verdiği, ihbarnamenin iptal dilen kısmı sonrası kalan tutarda idarece ecrimisil istenmiş olsaydı, itiraz etmeyecekleri yaptıkları peşin ödeme nedeniyle %20 indirimden de yararlanabilecekleri, bu nedenle % 20 indirim olanağından yararlanılmamalarında hukuka aykırılık, kararın aksi yöndeki kısmında da hukuksal isabet bulunmadığı (...) ileri sürülerek (...) istinaf başvurularının reddine (...)”

Fuzuli şağil ödeme emrinin hukuka aykırı olduğunu düşünebilir. Bu durumda fuzuli şağil böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddialarıyla ödeme emrinin tebliğinden itibaren 15 gün içinde idare mahkemesinde iptal davası açabilir (AATUHK m. 58). Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 6 uyarınca AATUHK uyarınca tesis edilen işlemlerden yalnızca vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar vergi mahkemelerinde görülür. Ecrimisil alacağı, vergi, resim, harç ve benzeri mali bir yüküm olmadığı için ödeme emrine karşı açılacak dava idare mahkemesinde açılır. İdare mahkemesinin borca yapılan itirazları tamamen veya kısmen reddi halinde, fuzuli şağil ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunmak zorundadır (AATUHK m. 58/7).

Bilindiği üzere AATUHK uyarınca yürütülen cebri icra sürecinde borçlunun ileri sürebileceği iddialar; borcu olmadığı, kısmen ödediği veya zamanaşımı sebebiyle borcun düştüğü savunmalarından ibarettir. Fuzuli şağil açısından ise ecrimisil borcunun olmadığı yönündeki bir iddia bu aşamada dikkate alınmaz. Bu sebeple fuzuli şağilin, aslında söz konusu taşınmazda işgalci olmadığı ve bir hata yapıldığı iddiası, işgalci olduğunu kabul etmekle beraber ecrimisil bedelinin yüksek olduğuna dair iddiası veya taşınmazdan tahliye edilmemesi gerektiğine dair iddialarını ilk davada ileri sürmesi gerekir. Diğer bir deyişle fuzuli şağil ecrimisil ihbarnamesinin veya eğer itiraz edilmişse ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliği üzerine 60 gün içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde iptal davası açmalı ve bu aşamada tüm iddialarını ileri sürmelidir. Bu davada yürütmenin durdurulması da talep edilmelidir. Eğer idare mahkemesi yürütmenin durdurulması kararı vermez ve idare de ecrimisil alacağını AATUHK uyarınca cebri icra yoluna koyarsa ve bunun üzerine fuzuli şağil gönderilen ödeme emrine karşı da idare mahkemesinde dava açarsa aynı anda devam eden 2 tane dava olacaktır.⁸¹ Ancak bu davalarda, uyuşmazlığın esasına ilişkin temel savunmalar ecrimisil ihbarnamesi veya ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davada yapılabilecektir. Ödeme emrine yapılan itirazda ise ileri sürülebilecek iddialar oldukça sınırlı olacaktır.

VII. ECRİMİSİLDE ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı ve hak düşürücü süre kavramları birbiriyle çok ilintili iki kavramdır. Hukuk, her iki halde de belirli bir zamanın geçmesine düşürücü bir sonuç bağlamıştır. Ancak bağlanan bu sonucun niteliği farklıdır.⁸² Hak düşürücü sürede öngörülen zamanın geçmesi halinde sahip olunan bir hak tamamen ortadan kaldırırken,

⁸¹ Cengiz Ozan Örs, 'İdarenin Ecrimisil Talebine Yönelik Devlet İhale Kanunu'ndaki Beş Yıllık Sürenin Hukuki Niteliği, Tahakkuk ve Tahsil Aşamalarında Ayrı Davalar Açılması Sorunu' (2020) 22 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1155, 1194–1195.

⁸² Ayşe Arat, 'Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı' (2004) 12 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 195.



zamanaşımında hak tamamen düşmemekte ancak alacağın talep edilebilmesi hakkı sonlanmaktadır.⁸³ Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz (TBK m. 161). Bunu borçlunun def'i olarak ileri sürmesi gerekir.⁸⁴ Hak düşürücü süre ise doğrudan doğruya hakkı ortadan kaldırdığından bir itirazdır ve hâkim bunu kendiliğinden dikkate alır.⁸⁵

İdarenin haksız işgal nedeniyle talep edeceği ecrimisilin tahsiline ilişkin 3 ayrı süre mevcuttur: İşgalin tespit edilebileceği süre, tespit üzerine ecrimisil ihbarnamesinin düzenlenmesine kadar geçen süre ve ecrimisil ihbarnamesi düzenlendikten sonraki süre.

A. İşgalin Tespiti İçin Öngörülen Hak Düşürücü Süre

DİK m. 75/1'de fuzuli şağilden tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek miktarda ecrimisil isteneceği hükme bağlanmıştır. Ecrimisil alacakları yönünden, alacağın doğduğu tarih esas alınarak “beş yıllık” tahsil edilmeme hali benimsenmiştir. Sözü edilen düzenleme, kanun koyucu tarafından “zamanaşımı” olarak adlandırılmamakla birlikte, sonuçları itibarıyla zamanaşımını da aşar boyutta, “hak düşürücü süre” niteliğindedir.⁸⁶ Çünkü idare 5 yıldan uzun bir süre önce gerçekleşmiş haksız işgali tespit edemeyecek ve dolayısıyla ecrimisil tazminatı isteyemeyecektir. Kanunun açık hükmü nedeniyle taşınmazın sahibi olan idare, 5 yıldan uzun bir süre önce gerçekleşen bir haksız işgali tespit etme yetkisinden mahrum bırakılmıştır. Dikkat edilirse bu 5 yıllık süre yılbaşına endekslenmemiştir. Taşınmaz yerinde tespit yapıldığı tarih esas alınarak ondan önceki 5 yıl için işgal tespiti yapılabilecektir. Örneğin 22.03.2025 tarihinde tespit yapılıyorsa 22.03.2020 tarihinden önceki işgalin tespit edilmesi idarenin yetkisi dahilinde değildir.

B. Tespit Üzerine Ecrimisil İhbarnamesinin Düzenlenmesinde Zamanaşımı Süresi

Bir taşınmazın haksız şekilde işgal edildiğini tespit eden ve bunun üzerine ‘taşınmaz tespit tutanağı’ tutarak gerekli tüm bilgileri kayıt altına alan idarenin gecikmeksizin ecrimisil bedelini takdir ederek ihbarname düzenlemesi ve fuzuli şağıle tebliğ etmesi beklenir. Ancak idareler kimi zaman tespite rağmen işin gereğini yapmamakta ve işi sürüncemede bırakarak kamu alacağını tehlikeye düşürmektedirler. Bunun yanı sıra DİK’da da taşınmaz tespit tutanağının tutulmasından sonra en geç ne kadar süre içerisinde ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmesi gerektiğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. HTİHY m. 85’te tespit tarihinden itibaren 15 gün içinde «Taşınmaz Tespit Tutanağı»na dayanılarak ecrimisil tespit ve takdir edilir hükmü

⁸³ Arat (n 81) 195.

⁸⁴ Arat (n 81) 195.

⁸⁵ Arat (n 81) 195.

⁸⁶ Danıştay 2. D., E. 2021/11444, K. 2021/2331, T. 28.6.2021.

yer almaktaysa da bu 15 günlük sürenin zamanaşımı veya hak düşürücü süre niteliğinde olmadığı, idareye yönelik uyarıcı bir süre olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 15 günlük sürenin dolmasıyla fuzuli şagil ecrimisil borcundan kurtulmayacaktır.

Taşınmaz tespit tutanağından sonra ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmezse ne kadar süre sonra zamanaşımının gerçekleşeceğine dair DİK ve HTİHY’nde açık hüküm olmaması nedeniyle uygulamada belirsizlikle karşılaşmıştır.

Ecrimisil alacağının fuzuli şagilce ödenmemesi üzerine cebren tahsili için DİK m. 75/2’de AATUHK hükümlerine atıf yapılmıştır. AATUHK m. 102 ise “*amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.*” hükmünü amirdir. HTİHY’in ‘Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili’ başlıklı 87. maddesinde ise ecrimisilin vadesi olarak ecrimisil İhbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin ilgisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla AATUHK’un vadesi gelmiş kamu alacaklarına ilişkin bir zamanaşımı süresi öngörmektedir. Buna karşılık haksız işgalin tespiti ile ecrimisil ihbarnamesi düzenleme tarihi arasındaki sürede ecrimisilin vadesi gelmemiş olduğu için AATUHK’da öngörülen zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Diğer bir deyişle AATUHK, haksız işgalin tespiti ile ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmesi arasındaki süreye ilişkin bir hüküm içermemektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 113 ve 114. maddelerinde tarhiyat zamanaşımı düzenlenmiştir. 114. madde uyarınca; “*Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.*” Ecrimisil alacağının haksız işgalle doğduğu düşünüldüğünde kıyas yapılarak yılbaşını esas alan 5 yıllık bir tarhiyat zamanaşımı uygulanması mantıklı görülebilir. Ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanun’un 1. maddesinde; “*bu kanun hükümleri ikinci maddede yazılı olanlar dışında genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar hakkında uygulanır. Yukarıda yazılı vergi, resim ve harçlarla bağlı olan vergi, resim ve zamlar da bu kanuna tabidir.*” kuralına yer verilmiş olup, ecrimisil alacağı, anılan Kanun kapsamında yer alan vergi, resim ve harç niteliğinde bir alacak olmadığından, anılan Kanundaki alacaklar için öngörülmüş tarh zamanaşımının kıyas yoluyla ecrimisil alacaklarında da uygulanabilmesinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır.⁸⁷ Ecrimisil alacağının vergi, resim, harç ve benzeri nitelikte bir kamu alacağı olmaması, buna karşılık tazminat niteliğinde ve kanun koyucunun belirlemesiyle kamu alacağı niteliği kazanan bir alacak olması nedeniyle Vergi Usul Kanunu kapsamına girmeyeceği açıktır. Vergi Usul Kanunu ecrimisil alacaklarını kapsamına almamaktadır ve dolayısıyla bu alacaklara uygulanamaz.⁸⁸

⁸⁷ Danıştay 2. D., E. 2021/11444, K. 2021/2331, T. 28.6.2021.

⁸⁸ Örs (n 80) 1193.

Eğer DİK m. 75 ile kamu taşınmazlarının haksız işgali ile ilgili özel bir düzenleme yapılmamış olsaydı ecrimisilin bir özel hukuk alacağı olarak tazmin edilmesi gerektiğine dair görüşümüz hatırlanacak olursa kamu taşınmazlarının işgalini düzenleyen mevzuatta boşluk olması halinde genel kanun olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatini taşıdığımız da anlaşılabacaktır. Danıştay da genel hüküm olarak Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiği görüşündedir.⁸⁹

Danıştay'a göre taşınmazın haksız işgali üzerine tahsil edilen ecrimisil alacağını kira sözleşmeleriyle kıyaslamak mümkündür. TBK m. 147 uyarınca kira bedelleri için 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır. Danıştay'a göre TBK'da kira sözleşmeleri için öngörülen 5 yıllık zamanaşımında kira borcunun doğmasından itibaren zamanaşımı süresinin başlaması nedeniyle ecrimisil alacağında da taşınmaz tespit tutanağı ile en fazla 5 yıl geçmişe kadar işgalin tespit edilebiliyor olması birbirini karşılamaktadır. Diğer bir deyişle Danıştay'a göre TBK m. 147 ile DİK m. 75/1 birbirlerinin düzenlediği konuyu düzenlemektedir. Danıştay'a göre TBK, kamu taşınmazının haksız işgali üzerine tutulan tespit tutanağı ile ecrimisil ihbarnamesinin düzenlenmesi arasındaki dönem için uygulanabilir bir hüküm içermektedir.⁹⁰ Neticede Danıştay'a göre ecrimisil alacağının tespit tarihinden geriye

⁸⁹ Danıştay 2. D., E. 2021/11444, K. 2021/2331, T. 28.6.2021; Danıştay 2. D., E. 2021/11809, K. 2021/2343, T. 28.6.2021; Danıştay 2. D., E. 2021/12176, K. 2021/1261, T. 14.4.2021.

⁹⁰ Danıştay 2. D., E. 2021/11809, K. 2021/2343, T. 28.6.2021; "(...) ecrimisil alacağının tahakkuk aşamasına yönelik olarak 2886 sayılı Yasada açık bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Dolayısıyla, ecrimisil alacakları bakımından, 2886 sayılı Yasada zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, uyumsuzlukta, genel zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanmasının elverişli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Olaya uygulanacak genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin incelenmesinden, borç ilişkisi için özel hüküm bulunması halinde mevcut hükmün, aksi takdirde genel zamanaşımı (10 yıl) hükmünün dikkate alınması gerekmektedir.

Bu kapsamda ecrimisil alacağının, işgal nedeniyle kira bedeli kadar alınan bir tazminat olmasından dolayı, kira alacaklarına uygulanacak zamanaşımı hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine göre, kira alacaklarında zamanaşımının 5 yıl olduğu, 128. maddesine göre ise, zamanaşımının, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacağı kuralına yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla; kira alacakları için "borcun doğduğu" tarihten itibaren getirilen zamanaşımı süresi ile ecrimisil alacakları yönünden, 6009 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle tespit tarihinden geriye doğru 5 yıllık ecrimisil alacaklarının istenebilmelerine ilişkin hükümlerin örtüştüğü, bir başka ifadeyle; kira alacaklarına ilişkin zamanaşımına uğrayacak alacakların, 2886 sayılı Yasayla getirilen "tahsil edilmeyecek" alacak tutarlarıyla aynı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, genel hüküm niteliğindeki kira alacaklarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin, ecrimisil alacaklarına uygulanmasıyla zamanaşımına uğrayacak farklı bir alacak tutarının tesbiti mümkün olamayacaktır.

Bu durumda; 2886 sayılı Kanunda, ecrimisil alacağının tespit tarihinden geriye doğru 5 yıla kadar tahakkuk ettirildikten sonra belli bir süre içerisinde ihbarname ile talep edilmemesi halinde zamanaşımına uğrayacağı ve dolayısıyla füzuli şağillerden istenilemeyeceğine dair bir kural yer almadığından, genel hükümler bakımında da, borcun miktarı bakımından değişiklik oluşturacak bir hüküm bulunmadığından, yorum veya kıyas yolu ile bir alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilebilmesinin mümkün olmadığı, açık bir yasa kuralı mevcut olmadıkça, tesbit tarihinden

doğru 5 yıla kadar tahakkuk ettirildikten sonra belli bir süre içerisinde ihbarname ile talep edilmemesi halinde zamanaşımına uğrayacağı ve dolayısıyla fuzuli şağillerden istenilemeyeceğine dair bir kural yer almadığından idare, taşınmaz tespit tutanağı ile tespit edilmiş işgal nedeniyle uygulanacak ecrimisil alacağını her zaman talep edebilir. Tespit ve ihbarname arasındaki süre için zamanaşımı veya hak düşürücü süreler işlemez.

Kanaatimizce Danıştay'ın yaklaşımı tespit ve ihbarname düzenlenmesi arasındaki süreyi süresiz olarak genişleterek sakıncalı bir hukuki rejime sebep olmaktadır. Çünkü tespit edilen haksız işgal nedeniyle ihbarname düzenlenerek fuzuli şağilden ecrimisil tazminatı istenilmemektedir. Dolayısıyla kimi fuzuli şağillerin, idarece kamu yararı dışında başka amaçlar güdülerək kayırılmasına imkân veren bir açık oluşmaktadır. İdare, tespiti yapmakta ancak ihbarname düzenlemediği için ecrimisil alacağı istememekte, fuzuli şağili de tahliye etmemektedir. Öte yandan fuzuli şağil açısından da vadesi belirli olmayan bir kamu alacağı her an karşısına çıkabilir bir şekilde bekletilmekte ve fuzuli şağilin hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik hakları ihlal edilmektedir.

Söz konusu sakıncalar bir tarafa bırakılırsa aslında HTİHY m. 85'te tespit tarihinden itibaren 15 gün içinde 'Taşınmaz Tespit Tutanağı'na dayanılarak ecrimisil tespit ve takdir edilir hükmü ile konu düzenlenmiş durumdadır. Danıştay'ın bu süreyi bir asli şekil şartı olarak görerek 15 günden sonra tesis edilen ihbarnamelelerin sırf bu sebeple iptaline karar vermesi hukuken yanlış bir yorum olmayacaktır. Ancak anlaşıldığı kadarıyla bu süre idarenin yetişebileceği kadar uzun bir süre görülmediği ve kamu alacaklarının idarenin yavaşlığı sebebiyle düşmesinin de kamu yararına aykırı olacağı düşüncesiyle asli şekil şartı olarak değerlendirilmemektedir.

İdare hukuku açısından mevzuatta açık hüküm olmadığı varsayımında da konuya genel kanun olarak TBK kapsamında bakmak mümkündür. Kanaatimizce ecrimisil alacağı, taraflar arasında mevcut bir kira sözleşmesinden doğan kira bedeliyle aynı nitelikte değildir. Bu sebeple kanaatimizce TBK m. 147'de öngörülen 5 yıllık zamanaşımı uygulanamaz.⁹¹ TBK m. 146 uyarınca; "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*" denilmektedir. TMK ve TBK'da haksız işgal üzerine uygulanan ecrimisil alacağına dair açık bir düzenleme yapılmadığına ve dolayısıyla zamanaşımı süresi de öngörülmediğine göre TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımının uygulanması yerinde olacaktır.⁹² Elbette bu zamanaşımı süresi alacağın doğumuyla başlamaktadır ve tespit ile ihbarname düzenlenmesi arasındaki süreyi tam anlamıyla tanımlamamaktadır. Kanaatimizce hiçbir süre uygulanmayarak sürenin süresiz uzatılmasındansa TBK m. 147 hükmünün uygulanması evlâdır.

önceki 5 yıllık süre içinde kalan ecrimisil alacağının her zaman talep edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. (...)"

⁹¹ Alparslan Özaltuğ, 'Ecrimisilin Hukuki Niteliği' (2021) XVIII/2 YÜHFD 1407, 1420.

⁹² Özaltuğ (n 3) 1415.

Kanaatimizce öncelikle kanun veya yönetmelik ile düzenleme yapılarak tespit tarihinden sonra ihbarname düzenlenebilmesi için öngörülen 15 günlük süre 60 güne uzatılmalı ve açık bir şekilde asli şekil şartı olarak düzenlenmelidir. 60 günlük bir süre belirlenmesi idare hukuku uygulaması açısından anlamlı, idare açısından ise yeterli ve makul bir süre olacaktır. Şayet bu çözüm benimsenmeyecekse TBK m. 147 uyarınca 10 yıllık zamanaşımının uygulanması hukuki belirlilik sağlayacaktır.

C. Ecrimisil İhbarnamesi ile Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinden Sonra Zamanaşımı

Ecrimisil alacağının fuzuli şağilce ödenmemesi üzerine cebren tahsili için DİK m. 75/2’de AATUHK hükümlerine atıf yapılmıştır. AATUHK m. 102 ise “*amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.*” hükmünü amirdir. HTİHY’in ‘Ecrimisilin kesinleşmesi, vade tarihi ve tahsili’ başlıklı 87. maddesinde ise ecrimisilin vadesi olarak ecrimisil ihbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin ilgisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla ihbarname veya düzeltme ihbarnamesinin tebliğ edilmesinden 60 gün sonra kamu alacağının vadesi dolar. Bu tarihten sonraki ilk yılbaşı sıfır noktası olur. 5 yıl sonraki yılbaşında ise kamu alacağı halen tahsil edilmemişse zamanaşımına uğrar. Örneğin 29.01.2024 tarihinde taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmiş olsa, 22.03.2024 tarihinde ecrimisil ihbarnamesi tebliğ edilmiş olsa ve bu ihbarnameye itiraz edilmemiş olsa 21.05.2024 tarihi ecrimisil borcunun vadesi olur. Bu tarihten sonraki ilk yılbaşı 1.1.2025’te 5 yıllık zamanaşımı başlar. 1.1.2030’ta ecrimisil alacağı halen tahsil edilememiş olursa bu alacak zamanaşımına uğramış olur.

VIII. HAKSIZ İŞGALİN DEVAMI VE TAHLİYE

DİK m. 75/4 “*İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir.*” hükmünü amirdir. Bu hükümden açıkça görüleceği üzere taşınmazı işgal edilen idare tahliyeyi bizzat gerçekleştirememektedir. İdare mülki idare amirine başvurarak haksızca işgal edilen yerin tahliye edilerek kendisine teslim edilmesini istemelidir. Örneğin belediyeler, fuzuli işgale konu olan taşınmazı doğrudan kendi personelleriyle tahliye edemez.⁹³

⁹³ Danıştay 4. D., E. 2023/9028 K. 2024/4355 T. 2.7.2024; “(...) İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: İdare Mahkemesince verilen kararla; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesi hükümleri doğrultusunda taşınmazın bulunduğu yer mülkiye amirince tahliye ettirilmesi yoluna gidilmeyerek, yasal dayanak belirtilmeksizin hukuka aykırı bir şekilde kamu gücü kullanılarak belediye imkanlarınca davacının tahliye ettirilmesinde hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. (...)”

Açıklanan nedenlerle;

1. Temyiz isteminin reddine,

Ecrimisil ihbarnamesinde, fuzuli şagile ecrimisil bedelinin yanı sıra taşınmazın işgalinin haksız olduğu, taşınmazın tahliye edilmesi gerektiği de bildirilir. Fuzuli şagilin kendisine bildirilen ecrimisil bedelini ödemesi kamu taşınmazının işgalini meşrulaştırmaz. Fuzuli şagil de haksız işgalci statüsünden çıkarak kiracı statüsüne girmez. Ecrimisilin tahsil edilmesi, taşınmazdaki kullanıma devam hakkı vermez.⁹⁴ Dolayısıyla fuzuli şagilin işgal ettiği taşınmazı tahliye etmesi gerekir. Ancak uygulamada ecrimisil kamu taşınmazlarının bir idare biçimi olarak ele alındığından tahliye geri plana atılmakta ve taşınmazın haksız işgal edilmesinden elde edilen ecrimisile bir kamu geliri olarak yaklaşılmaktadır.⁹⁵ Fuzuli şagilin taşınmazı işgal etmeye devam etmesi halinde idare devam eden işgal süreleri için dönem dönem ecrimisil ihbarnameleri göndermeye ve bunları tahsil etmeye devam etmelidir. Diğer bir deyişle tahliye kararı alınmamış olması veya tahliye kararı alınmış olmasına rağmen tahliyenin gerçekleştirilmemiş olması ecrimisil ödemekten muafiyet sağlamaz.⁹⁶ Şüphesiz tahsil edilen ecrimisillerin karşıladığı işgal dönemleri için mükerrer ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmesi ve tahsili hukuka aykırı olacaktır.⁹⁷

Kira sözleşmesi sona eren, kira sözleşmesi feshedilen veya herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın fuzuli olarak işgal edilen taşınmazların fuzuli şagilce kendiliğinden tahliye edilmesi gerekir. Fuzuli şagilin tahliyeyi gerçekleştirmesini sağlamak üzere idarenin tahliye tarihi belirlemesi gerekir. Bu tarih belirlenirken hasat sezonu, iş ve hizmetlerin mevsimlik faaliyet dönemi dikkate alınır. Fuzuli şagil de olsa şagilin ağır bir ekonomik kayba uğramasına sebep olunmamalıdır. Taşınmazın sahibi olan idarenin fuzuli şagile gönderdiği tahliye konulu yazılar yalnızca ön bildirim niteliğinde yazılardır ve hukuken sonuç doğurmazlar.⁹⁸ Taşınmazın sahibi olan idare tahliye tarihini belirleyerek bulunduğu yer mülki idare amirine işgal edilen taşınmazın tahliyesinin gerçekleştirilmesi talebinde bulunur. Tahliyenin cebri olarak mülki idare amirliği dışında bir idare tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir.⁹⁹ Mülki idare amirliği fuzuli şagile 15 günlük bir tahliye süresi verir. 15

2. Temyize konu ... İdare Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının ONANMASINA, (...)"

⁹⁴ Doru (n 38) 115.

⁹⁵ Durmuş (n 30) 95.

⁹⁶ Doru (n 38) 115.

⁹⁷ Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 2. İDD, E. 2018/1053, K. 2019/611, T. 21.5.2019.

⁹⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/1477, K. 2018/1608, T. 13.11.2018; Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/1479, K. 2018/1606, T. 13.11.2018; Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İDD, E. 2018/1482, K. 2018/1609, T. 13.11.2018.

⁹⁹ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2019/936, K. 2019/1213, T. 2.7.2019; "(...) Anılan Yasa ve Yönetmelik hükümleri uyarınca, Hazinesin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların tahliyesinin ancak taşınmazların bulunduğu yer mülki amirince sağlanacağı açıktır.

Uyuşmazlık konusu; 16/07/2018 tarih ve 5195 sayılı Çanakkale Valiliği Defterdarlık Milli Emlak Müdürlüğü işleminin; davaya konu taşınmazın davacı tarafından tahliye edilmesi, aksi takdirde ilgili Kanun uyarınca yasal işlemlere başlanacağına bildirilmesinden ibaret olduğu, anılan işlemin

gün sonraki tahliye gününde taşınmaz, mülki idare amirliğinin görevlendireceği kolluk görevlileri huzurunda taşınmazın sahibi olan idarece görevlendirilecek memurlara boş olarak teslim edilir.

Taşınmazın üzerinde yapı bulunabilir. Yapı da eğer idareye aitse, işgal edilen arsa ve üzerindeki yapı idareye boş olarak teslim edilmelidir. Eğer taşınmaz üzerine fuzuli şağilce yapı inşa edilmişse arsanın idareye tesliminden itibaren 30 gün içerisinde yapının fuzuli şağil tarafından yıktırılıp, enkazının götürülmesi gerekir. Eğer fuzuli şağil inşa ettiği yapıyı kendisi yıktırıp, enkazını kaldırıp arsayı temiz bir şekilde idareye bırakmazsa idare yıkım ve enkaz kaldırma işlerini kendisi yapar ve masraflarını sonradan fuzuli şağılden tahsil eder. Fuzuli şağilin yıkım ve enkaz kaldırma işini kendisinin yapmaması üzerine idare bu işi yapmayı üstlendiği halde idare bu iş için gerekli olan araç, gereç ve personele sahip olmadığı için işi yerine getiremeyecek durumdaysa yıkım ve enkaz kaldırma işi, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilir.

Dikkat edilirse fuzuli şağil Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 89/1. maddesi uyarınca öncelikle işgal edilen taşınmazı tahliye etmelidir. HTİHY m. 89/2. uyarınca işlem tesis edilebilmesi için öncelikle taşınmazın tahliyesi ve teslim alınması gerekir. Bu şart gerçekleşmeden fuzuli şağil hakkında “taşınmazın üzerinde bulunan yapıların yıkılarak enkazının en geç otuz gün içinde götürülmesi, aksi halde masrafların davacıdan tahsil edilmek üzere yıkım ve enkaz götürme işinin idarece yapılacağı” yönünde işlem tesis edilmesi hukuka aykırı olacaktır.¹⁰⁰ Diğer bir deyişle idare, öncelikle işgal edilen taşınmazı tahliye ettirmeli akabinde 30 gün süre vererek tahliye edilen taşınmazdaki yapı ve enkazın kaldırılması için süre vermeli ve bu sürede yıkım ve enkaz kaldırma gerçekleşmezse idare bu işi bizzat yapmalıdır. Bu usule uyulmadan idari işlem tesis edilmesi veya idari eylemlerde bulunulması hukuka aykırıdır. Öte yandan kamu taşınmazına haksız olarak inşa edilen yapının geçekundu niteliğinde olduğu ve 775 sayılı Geçekundu Kanunu uyarınca da yıktırılabilceği unutulmamalıdır.¹⁰¹

SONUÇ

Devlet İhale Kanunu'nda taşınmaz malların kiraya verilmesine müsaade edilmiş ve ihale usulüyle kiracının belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu durumda DİK m. 64 uyarınca kural olarak kiralama süresi 10 yıl ve bazı istisnai hallerde

Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesi kapsamında alınmış bir cebren tahliye işlemi olmadığı ve sadece taşınmazın davacı tarafından boşaltılması yönünde bildirim yazısı olduğu, bu yönüyle söz konusu işlemin de bu aşamada davacının hukuki durumunda etki doğurmasının söz konusu olmadığı, bundan dolayı da anılan işlemin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşımadığı anlaşıldığından, bu haliyle bakılan davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

¹⁰⁰ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 4. İDD, E. 2019/99, K. 2020/484, T. 8.6.2020; İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İDD, E. 2019/2070, K. 2019/2121, T. 7.11.2019.

¹⁰¹ Muhammed Ali Aydın, *İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2023) 110–112.

daha uzun süre kiralama mümkün olacak ve kiracı da hukuki bir statü kazanacaktır. Ancak kiralanabilir nitelikteki kamu taşınmazlarının DİK’da öngörülen usul kural-larına uyularak kiraya verilmediği ve bu tür yerlerin de 3. kişilerce haksızca işgal edildiğini görmekteyiz. İdareler de fuzuli şagillerce gerçekleştirilen işgalleri kamu taşınmazları açısından adeta bir yönetim yöntemi olarak görmektedir. Böylece idareler işgal edilen taşınmazları için düzenli olarak ecrimisil ihbarnameleri düzenle-mekte ve bu ecrimisil ödemeleri de kamu geliri olarak görülmektedir. Bu durum ise suistimale çok açıktır. Hukuk kurallarına saygılı kişiler bir taşınmazı haksızca işgal etmeyeceği için idarenin taşınmazını haksızca işgal edebilecek türden kişiler lehine bir adaletsizlik oluşmaktadır. Kamu taşınmazını haksızca işgal eden kişiler lehine çıkarılan imar aflarıyla taşınmazın mülkiyetinin işgalciye verilmesi adalet ve hukuk devleti hissini aşındırmaktadır. Haksız işgale göz yuman idarenin, fuzuli şagilden ecrimisil bedeli talep etmemesi veya rayiç bedellerin çok altındaki miktarlarda ec-rimisil bedeli talep etmesi de mümkündür. Bu durumlarda kamu zararı oluşacak ve makbul vatandaşların hukuka aykırı iş yapmıyor oluşu adeta cezalandırılıyor olacaktır. Buna karşılık fuzuli şagil açısından da DİK uyarınca bir ihale yapılarak, kiracı statüsü verilmiyor olması sebebiyle fuzuli şagile çok yüksek bedelde ecrimisil uygulanması ve her an tahliye edilmesi riski mevcuttur. İdarenin taşınmazını aslında hukuka uygun olarak kiralamak isteyen kişiye taşınmazın ihaleyle verilmek yerine sözlü bir izinle haksız işgale yönlendirilmesi ve sonrasında her sene tahliye etme korkutmasıyla fahiş ecrimisil uygulanması da yanlıştır. Belirli bir yerde iş kuran, orayı kalkındıran ve müşteri çevresi edinen bir kişinin sebepsizce tahliye edilmesi ve sonra aynı yere başka bir kişinin işgalci olarak girmesinin sağlanmasının adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı açıktır.

Kamu taşınmazının haksız işgalinin tabi olduğu hukuki rejim DİK m. 75’te dü-zenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca ecrimisil alacağı bir tazminat olarak tanımlanmış ve kamu alacağı addedilerek gerekirse AATUHK uyarınca cebren tahsili yapılacağı hükme bağlanmıştır. Açık düzenlemeler karşısında haksız işgal sebebiyle fuzuli şagile uygulanacak ecrimisil alacağının niteliği konusunda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

DİK m. 75 uyarınca kamu alacağı addedilen ecrimisil alacakları devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallar, özel bütçeli idareler, Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz mallara yönelik işgaller nedeniyle doğan alacaklardır. Ayrıca Belediye Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca belediye taşınmazları da bu ayrıcalıktan yararlanır. Bunlara ek olarak özel kanunlarda DİK m. 75’e atıf yapılmışsa söz konusu taşınmazlar da bu ayrıcalıklardan yararlanacaktır.

Fuzuli şagile ecrimisil uygulanabilmesi için taşınmaz yerinde ‘Taşınmaz Tespit Tutanağı’ tutulması gerekir. İşgalin başlangıç ve bitiş tarihleri ile işgalcinin kim olduğunun somut delillerle kesin olarak kanıtlanabiliyor olması gerekir. Yalnızca bu halde fuzuli şagile ecrimisil tazminatı uygulanabilir.



Ecrimisil bedelini idare tek taraflı olarak takdir eder, fuzuli şağil ile pazarlık içerisine girmez. Milli Emlak Genel Tebliği m. 5/3-4. fıkraları uyarınca taşınmazın bulunduğu yerdeki emlak vergisine esas asgari değerler dikkate alınır. Tarım arazilerinde ecrimisil bedeli emlak vergisine esas asgari değer %1.5'inden; tarım dışı kullanımlarda ise %3'ünden az olamaz. Bu oranlar ecrimisilin asgari miktarını belirler. Bunun yanı sıra idare ilgili kişi ve yerlerden soruşturarak işgal edilen taşınmazın emsali yerlerin piyasadaki rayiç kira bedelini öğrenmek zorundadır. Taşınmazın imar durumu, yüzölçümü, niteliği, tarım arazilerinde verimi, alt yapı hizmetlerinden yararlanıp yararlanmadığı, konumu, kullanım şekli, işgalcinin işgal sayesinde gelir elde edip etmediği gibi her türlü ölçütler dikkate alınır. İdare tüm bunları dikkate alarak ecrimisil bedelini tek taraflı olarak takdir eder ve idari işlem olarak uygular.

Ecrimisil ihbarnamesi ile ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde ödeme yapılması gerekir. Fuzuli şağil, ecrimisil ihbarnamesinin tebliği üzerine 30 gün içerisinde idareye itiraz edebilir. İdare itiraz üzerine ecrimisil düzeltme ihbarnamesi düzenler. Fuzuli şağil, ecrimisil ihbarnamesi üzerine veya önce itiraz ederek ecrimisil düzeltme ihbarnamesi üzerine 60 gün içerisinde taşınmazın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde iptal davası açabilir. İptal davası açılması ihbarnamelerin yürütmesini durdurmaz. İdare, AATUHK uyarınca cebri icra yoluna başvurursa, fuzuli şağil kendisine gönderilen ödeme emrinin tebliği üzerine 15 gün içerisinde idare mahkemesinde iptal davası açabilir.

Ecrimisil alacağı zamanaşımına uğrayabilir. İdare, işgal edilen taşınmazları için tespit tutanağı düzenlerken en fazla 5 sene geçmişe gidebilir. Diğer bir deyişle idarenin tespit tarihinden geçmişe doğru 5 yıldan önceki işgaller için ecrimisil istenilemez. Tespit yapıldıktan sonra ecrimisil ihbarnamesi düzenlenmesi için HTİHY m. 85'te tespit tarihinden itibaren 15 gün içinde 'Taşınmaz Tespit Tutanağı'na dayanılarak ecrimisil tespit ve takdir edilir hükmü yer almaktaysa da bu 15 günlük süre Danıştayca zamanaşımı veya hak düşürücü süre olarak uygulanmamaktadır. Kanaatimizce bu 15 günlük süre hak düşürücü süre olarak uygulanmalıdır. Danıştay'ın bu süreyi çok kısa bularak hak düşürücü süre kabul etmeyeceği kabulünde ise TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak en doğrusu 15 günlük süreyi yönetmelik değişikliği ile 60 güne çıkararak uygulamak olacaktır.

AATUHK m. 102 uyarınca "*amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmemezse zamanaşımına uğrar.*" İhbarname veya düzeltme ihbarnamesinin tebliğ edilmesinden 60 gün sonra kamu alacağının vadesi dolar. Bu tarihten sonraki ilk yılbaşı sıfır noktası olur. 5 yıl sonraki yılbaşı ise kamu alacağı halen tahsil edilmemişse zamanaşımına uğrar.

Fuzuli şağil, işgal ettiği taşınmazdan mülki idare amirliğince düzenlenen tahliye emrinde kendisine verilen 15 günlük süre sonunda çıkmak zorundadır. Mülki idare amirliği gerekirse cebren tahliye eder. Tahliyeden sonra eğer taşınmazda kaldırılması veya yıkılması gereken bir yapı varsa fuzuli şağıle 30 günlük bir süre veri-

lir. 30 günlük süre içerisinde fuzuli şağil yapı ve enkazı kaldırmazsa idare kendisi veya ihale ile işi verdiği özel hukuk kişisince yıkım ve enkaz kaldırma işini yapar veya yaptırır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (18th edn, Seçkin Yayınevi 2024)

Arat A, 'Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı' (2004) 12 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193

Aydın M, 'Kamu Hukukunda Ecrimisil' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013)

Aydın MA, *İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2023)

Baş ES and Yasan C, 'Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk' (2016) 22/2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (4th edn, Adalet Yayınevi 2016)

Çelik SB, *Kamu Alacaklarının Takip Ve Tahsil Hukuku* (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2018)

Demirtaş F, 'Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil Ve Yargısal Denetimi' (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

Doru SR, *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Temelinde İdare Mallarına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Rejimi* (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2024)

Durmuş F, 'Hazine Taşınmazlarında Ecrimisil' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021)

Ertaş Ş, Cumalıoğlu E and Serdar İ, *Eşya Hukuku*, (13th edn, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2017)

Esener T and Güven K, *Eşya Hukuku*, (6th edn, Yetkin Hukuk Yayınları 2015)

Gözler K and Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (26th edn, Ekin Yayınevi 2024)

Gün Büyüksütcü MG, 'Kamu Mallarında Ecrimisil Ve Tahliye' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018)

Karadağoglu M, 'Mahkeme Kararları Kapsamında Kamu Mallarının İşgali, Tahliyesi Ve Ecrimisil Bedelinin Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024)



Örs CO, ‘İdarenin Ecrimisil Talebine Yönelik Devlet İhale Kanunu’ndaki Beş Yıllık Sürenin Hukuki Niteliği, Tahakkuk ve Tahsil Aşamalarında Ayrı Davalar Açılması Sorunu’ (2020) 22 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Özaltuğ A, ‘Ecrimisilin Hukuki Niteliği’ (2021) XVIII/2 YÜHFD

Serozan R, *Taşınır Eşya Hukuku Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları*, (2nd edn, Filiz Kitabevi 2007)

Soyer E, *İdare Hukukunda Kamu Mallarının Yatırımlara Tahsisi* (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2025)

Tan T and Bayazıt B, *İdare Hukuku* (11th edn, Turhan Kitabevi 2023)

Tandoğan H, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme* (1st edn, Fakülteler Matbaası 1957)

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Eşya Hukuku Cilt I Zilyetlik – Tapu Sicili – Mülkiyet*, (5th edn, Filiz Kitabevi 1989)

Ulusoy AD, *Türk İdare Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınevi 2023)

Yavuzaslan C, *Ecrimisil* (1st edn, Filiz Kitabevi 2017)

Zapata TT, *Medeni Hukuk* (2nd edn, Savaş Yayınevi 2019)



ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU İHALE KANUNUNUN İSTİSNA MADDELERİNE YAKLAŞIMI

*The Approach of Constitutional Court
to the Exceptions of Public Procurement Law*

Harun KILIÇ*

Özet

İstisnalar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun en temel meselelerinden birisidir. Gittikçe büyümüş, çetrefilleşmiş ve belli noktadan sonra da yönetilebilir olmaktan çıkmıştır. Günümüzde istisnalar, tepki göstermekten vazgeçilen, kanıksanan bir mesele halini almış durumdadır. Anayasa Mahkemesinin bu meselenin çözümüne katkısı ise hem olumsuz hem de olumludur. Mahkeme uzun süre istisnalar konusunda daha temkinli bir yaklaşımı benimsemiş iken 2023 yılında bu yaklaşımını terk etmiş ve daha etkin bir rol üstlenmeye başlamıştır. Gerek temkinli olunan 2023 yılı öncesi gerekse de daha etkin olunan 2023 yılı ve sonrası dönem eleştirilebilir yönleri sahiptir. Buna karşın kanıksanmış bir meseleyi tartışmaya açması bile Mahkemenin yaklaşımındaki değişime önem atfetmek için yeterli sebebi sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, İstisna Maddeleri

Abstract

The area of exceptions is one of the main issues of Public Procurement Law with ref. nr. 4734. In time, the exceptions have become enormously big, complicated and after a certain point they are way out of control. Nowadays, the exclusions have reached a point where people has already given up reacting and begun to accept the current situation instead. As to the contribution of Constitutional Court to the solution of this issue is both positive and negative. Even though the Court remained prudent for a long time, it left its approach in 2023 and has begun to have an active role towards this issue. Either its approach before 2023 or the one after 2023 can be criticized. However, the fact that the Court has opened this issue to debate offers an important reason on its own, which deserves much appreciation.

Key words: Turkish Constitutional Court, Public Procurement Law with ref. nr. 4734, Exception Clauses

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.12.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Kamu İhale Uzmanı, Kamu İhale Kurumu, law.harun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7524-235X>

GİRİŞ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu için istisnaların taşıdığı anlam ve önem nedir sorusu, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte önemsenmeyecek bir soru iken kısa süre içerisinde ciddiyetle ele alınması gereken bir soru haline gelmiştir. Bunun sebebi tahmin de edileceği üzere istisnaların, göz ardı edilemeyecek denli sistemli ve ölçsüz şekilde artmasıdır. Kanunun 3. maddesinde bentler halinde düzenlenmiş olan istisnalar başlangıçta yalnızca 6 bentten (a ila f) ibaretti. Günümüzde ise alfabe-deki tüm harfler tüketilmiş, harflerin tekrar edildiği bir sisteme geçilmiş ve en son (bb) bendinde bir istisna hükmüne yer verilmiş durumdadır. Bu bentlerin birçoğu da kendi içerisinde birden fazla istisnai hal barındıracak şekilde düzenlenmiştir.

Ne var ki 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı alan bunlarla sınırlı değildir. Bu alanı belirleyebilmek için biraz daha çaba gösterilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Kamu İhale Kanunun Ek madde 9, 10, 12 ve Geçici madde 4'ünde düzenlenmiş istisna düzenlemeleri ile kendi özel kanunlarında düzenlemiş ve hiç de azımsanmayacak boyutlara ulaşmış olan istisna hükümleri de dikkate alınmalıdır. Bir de bunların üzerine Köylere Hizmet Götürme Birliklerinin alımları gibi fiili istisna hallerini¹ eklemek gerekmektedir.

¹ Köylerin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamasından hareketle Kamu İhale Kurumu tarafından sadece köyler tarafından oluşturulan mahalli idare birliklerinin (köylere hizmet götürme birliklerinin) Kanun kapsamında bulunmadığı; köylerin, belediyeler ve/veya il özel idarelerinin katılımı ile oluşturdukları mahalli idare birlikleri ile il özel idarelerinin veya belediyelerin kendi aralarında veya diğer belediyeler veya il özel idareleriyle birlikte oluşturdukları mahalli idare birliklerinin ise 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir.(01.04.2003 tarihli ve 2003/DK.D-97 sayılı Kurul Kararı)

Oysa 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 18. maddesinin son fıkrasına ilişkin Anayasa Mahkemesince alınan karar, Kurumun bu kabulü ile bağdaşmamaktadır. Bu fıkra, köylere hizmet götürme birliklerinin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükmüne bağlanmıştır. Fıkra ile ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, 4734 sayılı Kanunun kapsamını ortaya koyduktan sonra, “Dava konusu kural uyarınca birliklerin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin 4734 sayılı Yasaya uygun olarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği açık olduğundan” yasama yetkisinin devrinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. (AYM, E.2005/90, K.2008/146, 24/9/2008 (RG 26.02.2009/27153)) Mahkemeye göre köylere hizmet götürme birliklerinin ihalelerine ilişkin yayımlanacak yönetmelik, 4734 sayılı Kanuna uygun olmak durumundadır. Mahkeme bu sonuca, bir ön kabulden hareketle ulaşmaktadır. Mahkemenin kabulüne göre birlikler 4734 sayılı Kanuna tabidir ve bu nedenle bunların ihalelerine ilişkin çıkarılacak Yönetmelik de haliyle 4734 sayılı Kanuna uygun olacaktır.

Buna karşın köylerden oluşan mahalli idare birlikleri, Kurum tarafından 4734 sayılı Kanuna tabi bir idare olarak değerlendirilmekte ve bu birliklerin ihalelerine yönelik yapılan itirazın şikayet başvuru, görev alanında olmadığından bahisle reddedilmektedir. (07.09.2022 tarihli ve 2022/UY.IV-1058 sayılı Kurul Kararı, 23.12.2013 tarihli ve 2013/UY.IV-4926 sayılı Kurul Kararı) Ayrıca İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği, Anayasa Mahkemesi Kararına rağmen 4734 sayılı Kanunla bağdaşmayan (fatura karşılığı alım usulü, yazılı teklif istenmesi gibi) çok sayıda hüküm ihtiva etmeye devam etmektedir. Bu tespitler ise fiili bir istisnai alan ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

Temel Kanundan istisna olma sayısında yaşanan böyle bir artışı ve oluşan dağınık yapıyı rasyonel kabul edebilmek elbette mümkün değildir. Her şeyden önce belli bir düzenden söz etmek imkansızdır. Kanun yapma tekniği açısından eleştiriye açıktır. Daha da önemlisi bu artış ve dağınık yapı, istisnaların sınırlarını belirleyebilmeyi oldukça güçleştirmektedir. Bu belirsizlik ise doğrudan Kamu İhale Kanunu etkilemekte, Kanuna karşı toplum nezdinde bir ön yargı ve tepkinin oluşmasına, Kanunun, temel kanun niteliğini hak edip etmediği tartışmalarına neden olmaktadır. Özetle istisnalar konusunda içinde bulunulan durum, birçok açıdan izahı zor ve kaygı verici bir durumdur.

Peki bu durumun oluşumunda Anayasa Mahkemesinin sorumluluğundan söz edebilmek mümkün müdür? Kuşkusuz Mahkeme, asli sorumlu değildir. Ancak bu, herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı anlamı da taşımamaktadır. Mahkeme uzun süre bu konuda pasif bir tutumu tercih etmiştir. İstisnaları genellikle yasama organının takdiri ve kamu yararı meselesi olarak ele almış ve bu anlayış doğrultusunda istisna maddelerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Bu süre zarfında Mahkeme, istisna maddelerine uygulanabilecek kamu yararı amacı dışındaki diğer anayasal ilkelerle pek ilgilenmemiştir. Bu durum, haliyle istisnalar konusunda yasama organının daha rahat hareket etmesine neden olmuştur.

Ancak istisnalar konusunda 2023 yılını bir kırılma noktası olarak değerlendirmek gerekir. Mahkeme uzun yıllar sürdürdüğü pasif tutumunu bu yıl itibarıyla terk etmiş, daha sert ve müdahaleci bir anlayışı benimsemiştir. Hatta Mahkeme sıra dışı şekilde istisnalar ile demokratik devlet arasında ilgi kurmaya, temel ilkeleri, anayasal ilkeler ve anayasal zorunluluk olarak değerlendirmeye başlamıştır. Ayrıca Mahkemenin yaklaşımındaki bu değişim, ölçü normun değişimine bağlı gerçekleşmemiştir. Gerek 2023 yılı öncesi gerekse de sonrası dönemde Mahkeme tarafından istisna maddeleri esas itibarıyla hukuk devleti ilkesi (Anayasa'nın 2. maddesi) çerçevesinde ele alınarak karara bağlanmıştır. Ölçü norm aynı kalmasına rağmen 2023 yılı itibarıyla değişen husus, ölçü normun uygulanma şekli ve bu anlamda dayanan hukuk devleti ilkesi unsuru olmuştur. Bu şekilde bir değişimin neticesinde ise istisna maddelerinin de Anayasaya aykırı olabileceği anlaşılmıştır.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren istisnaların kurallaştırılmasında hemen hemen aynı yöntem izlenmiştir. Hükümler benzer şekilde kaleme alınmıştır. İzlenen yöntemde bir farklılık olmamasına ve metinler birbirinin benzeri olmasına karşın Mahkeme'yi uzun süre sonra istisnalar konusunda görüş değişikliğine sevk eden sebepleri bilebilmek mümkün olmasa da kesin olan husus, bu değişimin daha sistemli bir istisnai alan öngördüğü ve 4734 sayılı Kanun lehine bir durum oluşturduğudur. Ancak bunu istisnalar konusunda kesin ve kalıcı bir çözüm olarak değerlendirmek de hatalı olur. Gerek hassas bir meseleye ilişkin olması gerekse de (olası) sonuçları nedeniyle bu değişim, ilgiyi ve ayrıntılı incelemeyi hak etmektedir. Ama değişimin neler getirdiğini anlayabilmek için öncelikle Mahkemenin uzunca süre sürdürmeyi tercih ettiği önceki yaklaşımına değinilmelidir.

I. ÖNCEKİ YAKLAŞIM (2003 - 2022)

A. İstisnalar, Esas İtibarıyla Kamu Yararı ve Takdir Meselesidir.

Mahkeme, istisna maddelerini değerlendirirken genellikle temel bir mesele üzerinden konuya giriş yapmaktadır. Bu, temel ihale kanunlarının uygulanmasının zorunlu olup olmadığı meselesidir. Mahkemeye göre kamu ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanunun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle yasa koyucunun kamu ihaleleri yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Bu, anlaşılabilir ve yerinde bir değerlendirmedir. Ancak bu durum yasa koyucunun bu konuda serbestçe tasarrufta bulunabileceği anlamı da taşımamaktadır. Bir alımın temel ihale kanunu kapsamı dışına çıkarılması ve farklı usullere tabi kılınması, birtakım anayasal ölçüt ve sınırlamalar çerçevesinde mümkün olabilecektir. Bu dönem açısından bu ölçüt “kamu yararı amacı”dır. Mahkemeye göre bir kamu ihalesi gerek 2886 sayılı Kanun gerekse de 4734 sayılı Kanun’da belirlenen usullerin dışına çıkarılırken özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Mahkeme tarafından bu dönem zarfında esas alınan tek ölçüt kamu yararı amacı olmamıştır. Yasama yetkisinin devri, eşitlik ilkesi, belirlilik ilkesi ile devletin mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı, düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü açısından istisna maddelerinin incelendiği kararlar da bulunmaktadır.² Ancak salt bu ölçütlerin esas alındığı ve belirleyici olduğu karar sayısı oldukça azdır. İstisna maddeleri Mahkeme tarafından ekseriyetle ya sadece ya da esas itibarıyla kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığı bağlamında ele alınarak incelenmiştir. Bu bakımdan 2023 yılı öncesinde istisnaların Anayasaya uygunluğu meselesinde esas alınan tek ölçüt olmasa da daha ön planda ve belirleyici olan ölçütün, kamu yararı amacı ölçütü olduğunu söylemek mümkündür. Aslında bu, Mahkemenin yapmış olduğu tercihin bir sonucudur. Mahkeme bu dönem zarfında istisna maddelerinin hukuk devleti ilkesine (Anayasa’nın 2. maddesine) aykırılık iddialarını, -daha geniş kapsamlı inceleme imkanına rağmen- kamu yararı ölçütüne özgülemeyi ve bu ölçütle sınırlı şekilde incelemeyi tercih etmiştir.³ Bu tercih de haliyle kamu yararı ölçütünü ön plana çıkarmış ve belirleyici ölçüt olmasına yol açmıştır.

² AYM, E. 2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868); AYM, E. 2019/32, K. 2021/54, 14/7/2021, § 47, 61, 62, 66, 68, 69, 70. (RG 22.12.2021/31697)

³ Örneğin 13.1.2016 tarihli ve E:2015/60, K:2016/2 sayılı Kararında Mahkeme, dava dilekçesinde ileri sürülen Türkiye Radyo – Televizyon Genel Müdürlüğü’nün piyasadan saydam, rekabetçi, kamuoyu denetimine açık, güvenilir ihale usulleriyle temin etmesi gerekirken 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ve kamu denetiminden bağışık tutulan Anadolu Ajansı aracılığıyla birtakım ihtiyaçlarını karşılamasının, Müdürlüğe çok geniş ve kurlsız takdir yetkisi verdiği, istisna tutulan faaliyet alanında hizmet veren firmalar yönünden hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı, sektörün sağlıklı ve düzenli işlemlerini sekteye uğratacak sonuçlara yol açacağı (Anayasanın 2 ve 167. maddelerine aykırı olduğu) iddialarını, sadece kamu yararı ölçütü ile sınırlı incelemiştir. Buna benzer diğer kararları

Kamu yararı, kanunların ve idari işlemlerin denetiminde belirleyici bir işleve sahiptir. Buna karşın göreceli, soyut bir kavramdır ve kesin sınırlar çizilebilir. Bu özellikleri, bu kavram temelinde farklı görüşler ileri sürülebilmesine ve her görüşün kendi içinde görece haklılık payı içermesine neden olur. Bu nedenle kamu yararı gibi soyut kavramlar üzerinden bir sonuca ulaşılmak ileri sürülen görüşlerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği, çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu da daha makul, daha somut, daha nesnel ve daha hukuken kabul edilebilir gerekçelere sahip görüşün ortaya konulabilmesine bağlı bir sorundur.

Acaba Mahkemenin bu dönem zarfında istisna maddelerini incelerken ortaya koyduğu gerekçeler, bu nitelikte gerekçeler midir? Buna cevap verebilmek için Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar ile dayandığı gerekçelere ayrı ayrı bakmak gerekmektedir. Bunlara tablo şeklinde aşağıda yer verilmiştir.

İptali İstenen Hüküm	Gerekçe	Karar
<i>...Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler; büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.</i> (5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 26. maddesi)	<i>...Kuralda sayılan yerlerin bu alanda temel kanun olan 2886 sayılı Kanun'a istisna oluşturacak bir şekilde belediye meclislerince alınacak kararlar doğrultusunda belediye şirketlerince işletilebilmelerinin öngörülmesi, hizmetlerin ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına imkân sağladığı ve kamunun yararına uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunan kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde.</i> (Kararda hüküm, ayrıca yasama yetkisinin devri ve eşitlik ilkesi yönünden de incelenmiştir.)	İptal İsteminin Reddi ⁵

çin bkz. AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013 (RG 28.12.2013/28865); AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 154, 160 (RG 15.2.2018/30333)

⁴ Doktrinde kamu yararının muğlak bir kavram olduğu konusunda hemen hemen herkes hemfikir. GÖZLER, kamu yararı kavramının tanımlanması fevkalade güç ve tartışmalı bir kavram olduğunu belirtmekte, kavramın tanımı konusunda başlıca üç görüşe değindikten sonra kamu yararını tanımlama yetkisini, devletin yetkili organlarına (yasama ve idari makamlara) bırakmaktan başka çare olmadığını ifade etmektedir. (Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. bs, Ekin Basım Yayım Dağıtım Ekim 2009) 255-261); AKILLIOĞLU'na göre de yaygın kapsamına karşın kamu yararı kavramının içeriği, konusu ya da maddesi belli değildir. Kamu yararı kavramı, özü ya da içeriği önceden belli olmayan buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavram olarak ifade edilebilir. Biçimsel tanım ise yasaların, kamu yararına yönelik olduğu varsayımına dayanır. Bu varsayımın yönetim de yararlanır. Buna göre yönetimin her faaliyeti aksi kanıtlanmadıkça kamu yararındır. Ayrıca bilimsel içerikten yoksun olan kamu yararı, devletin kutsanması yoluyla iktidar pekiştirme aracı olarak işe yaradığı için varlığını sürdürebilmektedir. (Tekin Akıllıoğlu, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler' (1998) 9 [1-3] İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11) Kavrama ilişkin diğer açıklama ve tanımlar için bkz. N. Münici Çakmak, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, (Seçkin Yayıncılık Mayıs-2013) 78-97

⁵ AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868)



İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı <i>Devlet İhale Kanunu</i>, ...4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı <i>Kamu İhale Kanunu</i>, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı <i>Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu</i>...<i>Üniversite ve Üniversite tarafından kurulan şirketler ile doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştiyakları hakkında uygulanmaz.</i>" (7034 sayılı Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesinin Kuruluşu Hakkında Kanun'un 6. maddesi)	... Devletin üniversiteler üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanırken dava konusu kuralda sayılan kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. ... Üniversitenin belirtilen niteliği de göz önünde bulundurulduğunda Kanun'un dava konusu 6. maddesinde sayılan kanunlardan muaf tutulması kanun koyucunun takdir yetkisinde olup kuralda Anayasa'ya aykırı bir husus görülmemiştir...	İptal İsteminin Reddi⁶
...çay ve çay ürünleri için <i>Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden, faaliyet alanındaki mal ve hizmetler için Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketinden</i>,... yapacakları alımlar (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (e) bendi) <i>Türkiye Cumhuriyeti tarafından ter- tiplenecek uluslararası organizasyon- lar ve toplantılardan Cumhurbaşkan- ı tarafından belirlenenler için bu orga- nizasyonların ve toplantıların yürütül- mesine yönelik olarak sorumlu idare tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları,</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi)	...ÇAY-KUR'un faaliyet alanı, çay ürünlerini üretmek ve ticaretini yapmak ile sınırlı olmayıp Ana Statü gereğince çay tarımını geliştirmeye, çay ürününün kalite ve verimliliğini artırmaya yönelik çalışmalarda bulunma ve belirli ölçüde özel sektöre idari ve teknik alanlarda rehberlik yapma görevi de bulunmaktadır. Belirtilen hususlar gözetildiğinde Kanun kapsamına giren kuruluşların kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki ÇAY-KUR'dan yapacakları çay alımlarının Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü belirlenemediği... Bu kapsamda kuralla sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan ilaç, tıbbi malzeme gibi mal veya hizmetlerin, bu mal ve hizmetlerin tedarikinin kamunun kendi bünyesindeki bir kuruluştan alınmasının öngörülmesi suretiyle hem daha kısa hem de daha verimli bir süreçte temin edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle Kanun kapsamına giren kuruluşların, Sağlık Bakanlığının ilgili kuruluşu olan USHAŞ'ın faaliyet alanındaki mal ve hizmet alımlarının Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı... Dava konusu kuralla kamu kurumlarının ihtiyaç duyduğu belirli mal ve hizmet alımlarının yine doğrudan kamudaki ihtisas sahibi kuruluşlardan gerçekleştirilmek suretiyle alımların daha kısa ve verimli bir süreç içinde gerçekleştirilmesinin ve bu suretle kamunun kendi bünyesinde ihtiyaçlarını karşılamasının amaçlandığı anlaşıldığı... (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi ise yasama yetkisinin devri ve belirlilik ilkesi bağlamında incelenmiş ve bendin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.)	İptal İsteminin Reddi⁷

⁶ AYM, E.2017/144, K.2018/76, 5/7/2018, § 16, 19. (RG 24.10.2018/30575)

⁷ AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021, § 55, 60, 62, 70. (RG 22.12.2021/31697)

İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
<i>...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ... yapım ihaleleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,... hükümleri uygulanmaz.</i> (3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesi)	... Bankanın rekabet gücünün yüksek olması ve çoğunlukla özel sektör firmalarının faaliyet gösterdiği bu alanda hızlı hareket edebilmesi gerekliliği açıktır. Bu çerçevede Bankanın dış ticaret işlemlerine yönelik olarak ulusal ve uluslararası alanda faaliyet gösteren firmalardan mal ve hizmet alımlarının gecikmeden yapılması önem arz etmektedir. Buna göre Türkiye'de ihracatı finansman yolu ile destekleyen tek resmi kuruluş olan Bankanın, dış piyasada rekabet gücünü artırmak ve uluslararası piyasada kısıtlı zaman diliminde ivedilikle hareket edilmesi gerektiği göz önünde bulundurularak ihtiyaçlarının uygun kalitede ve zamanında karşılanmasını sağlamak amacıyla 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasını öngören dava konusu kuralın belirtilen amaçlara hizmet etmediği söylenemez. ...2886 sayılı Kanun hükümlerinin Banka hakkında uygulanmayacağını öngören kuralın da özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olan Bankanın özel sektörle rekabet etme amaçları doğrultusunda sayılan iş ve işlemlerinin daha kısa ve verimli bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet ettiği anlaşılmaktadır. ... Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Bankanın faaliyet ve görev alanı kapsamında ...2886 sayılı Kanun hükümlerinin,...4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin dava konusu kurallarda kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi ⁸
<i>TBMM Başkanlığının sorumluluğundaki tarihi bina ve objelerin onarımı ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımları ile münhasıran özel ihtisas gerektiren konularda TBMM Başkanınca mütalaa ve hukuki hizmet satın alma işleri 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın Başkanlık Divanınca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir.</i> (6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 36. maddesi)	... İptali istenen kuralla verilen yetki, TBMM'nin sorumluluğundaki tarihi bina ve objelerin onarım ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımlarına ve özel ihtisas gerektiren konularda mütalaa ve hukuki hizmet satın alma işlerine yönelik uzmanlık gerektiren bir yetkidir. ...Madde ile verilen yetkinin amacı, yine belirlenecek bazı kriterler çerçevesinde çok kısa bir zaman içerisinde aslına uygun onarım ve restorasyon faaliyetlerinin gerçekleştirilmesidir. Yapılacak ihalelerde Başkanlık Divanınca belirlenen usul ve esaslara uygun hareket edileceği de tabiidir. Bu bağlamda, kuralın, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içerdigi ve hukuki durumu soyut olarak düzenlediği anlaşıldığından ve anılan işlerin Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi ⁹

⁸ AYM, E.2021/132, K.2022/69, 1/6/2022, § 17, 18, 20. (RG 10.8.2022/31919)

⁹ AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013 (RG 28.12.2013/28865)



İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
<i>Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğünün her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal ve hizmet alımları</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (n) bendi)	...Dava konusu düzenlemeyle, Anadolu Ajansından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun ihtiyacı olan arşiv, yapım, yayın ve programları içeren mal ve hizmet paketlerinin kısa sürede ve düşük maliyetle elde edilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun her türlü program, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi¹⁰
<i>...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları...</i> (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (o) bendi)	...Elektrik enerjisinin üretim ve tüketimi saat, gün ve mevsim bazında hatta anlık olarak değişebilmektedir. Ayrıca elektrik enerjisi ihtiyacı sürekli olup elektrik enerjisinin hızlı bir şekilde temin edilmesi ve tüketiciye kesintisiz olarak sunulması gerekmektedir. Bu nedenlerle elektrik piyasasında faaliyet gösteren TETAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde piyasa koşulları gözetilerek acil kararlar alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kuralla...4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren TETAŞ'ın mevcut portföyünün dışında, acil tedarik amaçlı elektrik enerjisi alımları Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkartılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. TETAŞ'ın tedarik amaçlı yapacağı elektrik enerjisi alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığı...	İptal İsteminin Reddi¹¹

¹⁰ AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016, § 9, 10. (RG 27.1.2016/29606)

¹¹ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 159, 160. (RG 15.2.2018/30333)

İptali İstenen Hüküm	Gerekeçe	Karar
... Eğitimde Fırsatları Artırma ve Teknolojiyi İyileştirme Hareketi (FATİH) Projesi kapsamında, Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun hükümlerine tabi değildir. Bu madde uyarınca yapılacak alımlara ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşü alınarak Millî Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle rekabete açık olacak şekilde düzenlenir. (4734 sayılı Kanunun Ek Madde 10)	...Dava konusu kuralın gerekçesinde eğitimde FATİH Projesi kapsamında okullara ve öğrencilere sağlanacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin gerçekleştirilmesi, belirlenen sürede tamamlanabilmesi, proje hizmetlerinin kesintisiz olarak öğrencilere eş zamanlı sunulabilmesi, ülkemizde bulunmayan teknolojilerin transferinin sağlanması ve proje konusu ürün ve hizmetlerin azami düzeyde katma değerle yurtiçi üretiminin temini amacıyla 2015 yılı sonuna kadar projenin 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulduğu; ancak ortaya çıkan ihtiyaçlar ile projenin içerik alımları dâhil eğitimde bir dönüşüm projesi olması ve kısıtlı bir süre içinde proje hedeflerinin gerçekleştirilmesinin sağlıklı sonuçlar vermeyeceği gözönüne alınarak FATİH Projesi kapsamındaki alımların ilgili Bakanlıklarca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde temin edilebilmesinin düzenlendiği belirtilmiştir. ...Sonuç olarak FATİH Projesi kapsamında kalan mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güldüğü belirlenmediği...	İptal İsteminin Reddi¹²

Tabloda yer alan bilgilerden 2023 yılı öncesinde Mahkemenin istisnalara yaklaşımı konusunda bir yargıya varmak mümkün olmaktadır. Mahkeme bu konuda nispeten istikrarlıdır. Bu dönem zarfında Mahkeme, istisna maddelerinin genellikle kamu yararı amacı taşıdığı ve maddelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği düşüncesindedir. Mahkemeye göre alımın “uzmanlık gerektirmesi”, “ivedi şekilde” “düşük maliyetle”, “kısa ve verimli bir süreç içinde” gerçekleştirilmesi gibi gerekçeler, kamu yararı amacının gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olan gerekçelerdir.

Gerekçeler somutlaştığına göre artık bunların makul, somut ve nesnel gerekçeler olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna da bir cevap verebiliriz. Ancak bu soruya ikna edici bir cevap verebilmek için öncelikle şu soruların da cevaplanması gerekmektedir. İstisna edilen ve kamu yararı amacı taşıdığı belirtilen bu alımların, ivedi, kısa süre içerisinde veya verimli şekilde gerçekleştirilebilmesine 4734 sayılı Kanun nasıl engel olmaktadır? 4734 sayılı Kanunda düzenlenen doğrudan temin, pazarlık usulü ya da başka bir istisna maddesi ile de bu alımların, ivedi, kısa süre içerisinde veya verimli şekilde gerçekleştirilebilmesi mümkün müdür? Şayet mümkünse istisna maddesinin kamu yararı yerine “özel çıkar” saikiyle yürürlüğe konulan ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil eden bir madde olarak kabulü gerekmemekte midir?

Bu dönemde alınan Mahkeme kararlarında bu sorulara bir cevap bulabilmek mümkün değildir. Aslında Mahkeme için bu sorular pek anlam da ifade etmemek-

¹² AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 103, 106. (RG 17.7.2019/30834)



tedir. Zira kamu yararı ölçütüne yaklaşımı, bu tür sorulara alan bırakmamaktadır. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki kamu yararı ölçütünü, kanunlar özelinde uygulayabilmek ve bu konuda bir denge sağlayabilmek kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir mesele değildir. Kavram, belirsiz olmasının yanı sıra siyasi ve ideolojik bir niteliğe de sahiptir. Mahkemeye, yasama organının tercihlerine müdahale etme imkanı sağlamaktadır. TEZİÇ'in de belirttiği gibi bu durum nihayetinde "yargıçlar hükümeti"ne yol açma tehlikesi barındırmaktadır.¹³ Mahkeme birçok kararında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı belirtmekte olup, kamu yararı düşüncesine dayanmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına yasa kuralı konulamaz. Ancak sorun, Mahkemenin kamu yararı tanımında değildir. Kamu yararını pratiğe aktarma şeklindedir. Mahkeme uygulamada kamu yararını -beklenildiği üzere- daha çok siyasi tercihe, kanun koyucunun takdirine indirgemektedir. Buna göre, "*kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir.*¹⁴ ...*bir yasa kuralının ülke ihtiyaçlarına uygunluğu bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirindedir ve salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.*"¹⁵ "*Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.*"¹⁶

Bu anlayış, haliyle bu dönemde istisna maddelerine karşı temkinli bir yaklaşımı beraberinde getirmiştir. Mahkeme istisnaları esas itibarıyla bir takdir meselesi olarak değerlendirmiştir. Bu takdir yetkisine ancak sınırlı ve uç hallerde (açık biçimde ve kesin olarak özel çıkar ya da belli kişiler yararına olduğunun tespiti halinde) müdahalede bulunulabileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin bu şekilde çekingen davranmasının altında yatan neden, yasa koyucunun takdirine dair bir incelemenin, hukukilik değil yerindelik denetimi anlamı taşıyacağı ve Mahkemenin bu denetimi yapmasının hukuken mümkün olmadığı düşüncesidir.¹⁷ Bu düşüncenin bir sonucu

¹³ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (12. bs Beta Basım) 191

¹⁴ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 160. (RG 15.2.2018/30333)

¹⁵ AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016, § 5. (RG 27.1.2016/29606)

¹⁶ AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013 (RG 31.12.2013/28868)

¹⁷ Anayasa hukuku ve kamu yararı ilişkisine dair AKILLIOĞLU, kamu yararını belirleme gücü yasama organına ait olduğuna göre Anayasa Mahkemesi yasanın kamu yararına olmadığı sonucuna vardığı takdirde yasama organının yerine geçmiş olmaz mı sorusunu sormakta ve bu soruların cevapları olmakla birlikte bu soruya doyurucu bir yanıt verilemediğini ifade etmektedir. (Akıllıoğlu (n 4) 17) TEZİÇ de kamu yararını belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğunu, bu hususun Anayasa Mahkemesinin denetimine girmeyeceğini kabul etmekte, ancak kanun koyucunun kişisel, siyasi ya da saklı bir amaç güttüğü durumların amaç unsuru yönünden kanunun sakatlığına

olarak Mahkeme, istisna maddelerine kamu yararı ölçütü üzerinden bir müdahaleyi uygun görmemiştir. Bunu, Mahkemenin bu dönemde verdiği kararlarının sonunda genellikle kullandığı cümle ile ifade edecek olursak, istisna maddelerinde kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğünü saptayamamıştır/belirleyememiştir. Bu çekingenlik ise neticede karşımıza yukarıda aktarılan tablonun çıkmasına neden olmuştur.

Bu dönem zarfında Mahkemenin istisnalar özelinde kamu yararı ölçütüne baskınlık tanınması ve bu ölçütü uygulama şekli pek çok yönden eleştiriye açıktır. Bu şekilde bir kamu yararı anlayışı ile bir istisna hükmünün iptal edilebilme olasılığı yok denecek kadar azdır. İstisna edilen hususun, aynı ya da benzer şekilde Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde de temin edilebilme ihtimali, Mahkemece kamu yararı tespitinde göz ardı edilmiştir. Oysa şüphesiz kamu harcaması gerektiren alımların kanun düzeyinde kurallaştırılmış ayrıntılı usul ve esaslara tabi olması, -idareler tarafından belirlenecek usul ve esaslara tabi olunmasına ya da herhangi bir usul ve esas belirlenmemesine kıyasla- hem hukuken daha savunulabilir hem de kamunun daha yararınadır. Kaldı ki Mahkemenin bu yaklaşımı nihayetinde, bir temel kanun kapsamının devamlı daraltılmasında kamu yararı bulunduğu şeklinde bir çıkarıma da imkan sağlamaktadır. Ayrıca Mahkemenin istisna maddesinin hukuk devleti ilkesine aykırılığı iddiasını genellikle kamu yararına özgülemesi akabinde yapılacak bir kamu yararı incelemesini yerindelik denetimi kabul ederek etkili incelemeden kaçınması, bilinçli bir tercihe benzemekte ve sonucu bilinen bir incelemeye girişilmesi anlamı taşımaktadır. Mahkemenin, bakış açısının hatalı olduğu ve bu hususta kamu yararı ölçütünden daha belirleyici ölçütlerin bulunduğu kanaatine ulaşabilmesi için 2023 yılını beklemek gerekmektedir.

II. MEVCUT YAKLAŞIM (2023 - ...)

A. İstisnalar, Demokratik Devlet, Eşitlik Ve Esas İtibarıyla Belirlilik Sorunudur.

İstisnalar konusunda Mahkemenin bakış açısındaki değişime anlam yüklememiz ve bunu bir kırılma noktası olarak nitelendirmemiz için yeterli koşullar oluşmuş durumdadır. Zira Mahkeme tarafından bu hususta istikrar kazandığını iddia edebileceğimiz sayıda uyuşmazlık karara bağlanmıştır. Bu kararlarda eskiye na-

yol açacağını belirtmektedir. Bununla birlikte kamu yararı - kamuya yararlı ayrımına dayalı olarak, Anayasa Mahkemesinin denetiminin, kanunun gerçekten kamu yararı amacı güdülerek yapıp yapılmadığına ilişkin olacağını, kanunun kamuya yararlı olup olmadığının bu denetimin kapsamında yer almayacağını, kanunun kamuya yararlı olup olmadığına ilişkin bir denetimin siyasi tercih ve yerindelik alanında görüleceğini ve bunun Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalan konular olduğunu ifade etmektedir. (Teziç, (n 13) 190, 191) Buna karşın YILDIRIM, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisinin, yasa koyucunun takdir yetkisini Anayasa'ya uygun kullanıp kullanmadığının denetlenmesini de içerdiği, bu nedenle Anayasa'yı yorumlamakla yetkili olan Anayasa Mahkemesinin kamu yararı kavramını yorumlayabileceği düşüncesindedir. (Turan Yıldırım, 'Kamu Yararı Ve Disiplin Cezalarının Affı' (2001) 18 Anayasa Yargısı Dergisi 442)



zaran ciddi bir gelişme göze çarpmaktadır. Kararlar daha didaktiktir. İstisna maddeleri daha sıkı, daha etkili bir incelemeye tabi tutulmaya başlanmıştır. Mahkeme tarafından bu incelemeler kapsamında dile getirilen düşüncelerin bir kısmı, ihale hukukuna dair ilk kez dile getirilen düşüncelerdir. Kamu yararı ölçütü, bu süreçle birlikte belirleyiciliğini kaybetmiş ve kendine daha çok karşı oylarda yer bulan bir ölçüt halini almıştır. Artık birden çok ölçüt esas alınmaya başlanmıştır. İstisnaların Anayasaya uygunluğu meselesinde kamu yararı amacı yerine esas alınmaya başlanan bu ölçütler, “demokratik devlet ilkesi”, “eşitlik ilkesi” ve “belirlilik ilkesi”dir.

Böylesi bir değişim, beklenildiği üzere etkili sonuçları da beraberinde getirmiştir. Üstelik bunlar, sadece istisna maddeleri ile sınırlı değildir. Daha genel nitelik taşıyan, 4734 sayılı Kanun üzerinde daha geniş etkileri olan sonuçlardır. Bu etkiler, kuşkusuz değişimin önemini artırmaktadır. Değişimin ve etkilerinin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla bu dönem üzerinde biraz daha ayrıntılı durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle Mahkemenin bu ölçütler ile ihaleyi (istisnayı) nasıl ilişkilendirdiğine bakılacak, sonrasında farklılık arz eden hallere değinilecek ve son olarak Mahkeme kararlarının eleştirisine yer verilecektir.

a. Demokratik Devlet İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Mahkemenin yeni bakış açısı ile birlikte esas almaya başladığı ölçütler arasında en dikkat çekici olanı, demokratik devlet ilkesidir. Dikkat çekici olması, ihale (istisna) ile ilişkilendirilmesi diğerlerine nazaran daha güç ve beklenmeyen bir ölçüt olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda ilk akla gelen soru, demokrasi gibi bir siyasi rejimi temel alan bir ilke¹⁸ ile ihalenin (istisnanın) nasıl ilişkilendirilebileceği olmaktadır. Mahkeme bu ilişkiyi, hesap verme yükümlülüğü ve saydamlık üzerinden kurmaktadır.¹⁹

Mahkemeye göre,

“Demokratik devlette kamu kaynakları ve bu kaynakların kullanılmasına ilişkin yetki esas itibarıyla egemenliğin sahibi olan millete ait olduğundan idare, kurum ya da kuruluşların kamu kaynaklarını kullanırken tabi olacağı hükümlerin hesap verme yükümlülüğüne uygun şekilde düzenlenmesi gerekir.

Öte yandan kamu kaynağı kullanan idare, kurum ve kuruluşların mali işlemlerinin denetlenmesi anılan kaynağın kamu yararına uygun kullanılması ve esas sahibi

¹⁸ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 24. bs Ekin Basım Yayın Dağıtım Haziran 2019) 60-63; Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genişletilmiş 4. bs Orion Yayınevi) 222-234; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Gözden Geçirilmiş 11. bs Yetkin Yayınları 2010) 87-107

¹⁹ Aslında Mahkeme bu ilişkiyi ilk kez ihaleler özelinde kurmamıştır. Daha önce de hesap verme yükümlülüğü ile demokratik devlet ilkesini ilişkilendirerek sonuca ulaştığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Mahkeme Sayıştay denetimini, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak yürütmenin halka ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarından biri olarak değerlendirmektedir. (Bkz. AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014, § 213. (RG 16.07.2015/29418)

olan topluma hesap verilmesini sağlamak bakımından demokratik devlet ilkesinin gereğidir. Başka bir ifadeyle demokratik devlet denetime açık ve şeffaf bir mali düzen kurmak, kişilerden kamu gücü kullanılarak toplanan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle yaratılan kaynağın kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemleri geliştirmekle yükümlüdür.”²⁰

Mahkemenin konuya yaklaşımı gayet basittir. Demokratik bir devlette kamu kaynakları millete aittir. Kamu kaynaklarını kullananlardan, bu kaynakların asli sahibi olan toplumun hesap sorması, kullananların da topluma hesap vermek zorunda olması olağandır ve demokratik devlet olmanın bir gereğidir. Bunu gerçekleştirebilmek için de hesap verme yükümlülüğüne uygun koşullar oluşturulmalı, bu anlamda denetime açık, şeffaf (saydam) bir düzen kurulmalı, kamu kaynaklarının kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemler geliştirilmelidir.

Bu değerlendirmeler yalnızca yol açtığı değil yol açabileceği sonuçlar açısından da önemlidir. Mahkemenin bu değerlendirmeleri istisna maddelerine ilişkindir. Bu doğrultuda demokratik devlet ilkesinin gereği olarak kamu kaynaklarının uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemlerin istisnai alımlar için geliştirilmesi gerektiği açıktır. Ancak bu değerlendirmelerin sadece istisna maddelerine özgülenebilmesi mümkün değildir. Bunlar, demokratik devlet olmakla ilişkili ve tüm kamu harcamaları için geçerli olan genel nitelikte değerlendirmelerdir. Evle- viyetle de 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen alımlar için geçerlidir. Bu durumu ayrıca belirtmemizin bir sebebi bulunmaktadır. Nitekim Mahkemenin bu değerlendirmeleri, bizzat 4734 sayılı Kanunda düzenlenen yöntemlerin de -üstelik eskiye nazaran daha güçlü şekilde- sorgulanabilmesi imkanını doğurmuştur.

Bu bağlamda 4734 sayılı Kanunda hükme bağlanan tüm yöntemler, kamu kaynaklarının şeffaf bir düzen dahilinde ve kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına almakta mıdır sorusu, artık daha anlamlı bir soru haline gelmiştir. Esasen bu sorunun bizi götüreceği noktayı tahmin etmek güç değildir. Biraz daha somutlaştırarak soracak olursak, pazarlık usulü kapsamında ilansız ve en az üç isteklinin daveti ile gerçekleştirilen alımlar²¹ yahut doğrudan temin usulü ile gerçek-

²⁰ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 119, 120. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 65, 66. (RG 21.07.2023/32255)

²¹ Bu alımlar, 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentlerine göre gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda, Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; “Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”, (c) bendinde; “Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”, (f) bendinde; “İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına (İkimilyonyetmişaltıbin yüzsekiz Türk Lirasına) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları” pazarlık usulü ile gerçekleştirilebilecek alımlar arasında sayılmış ve anılan maddenin ikinci fıkrasında; “(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması



leştirilen alımlarda²² bu tür güvencelerden söz etmek mümkün müdür? Ya da ne ölçüde mümkündür? Mahkemenin görüş değişikliğinin en dikkat çekici sonuçlarından birisi kuşkusuz bu husustur. İstisnalara ek olarak bizzat 4734 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan, hesap verme ve şeffaflık açısından tartışmalı yöntemler üzerinde de bir baskı unsuru teşkil edecek olmasıdır.

b. Eşitlik İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Bu dönemde esas alınmaya başlanan bir diğer ölçüt, eşitlik ilkesidir.²³ Mahkeme, bu ilke ile ihaleyi (istisnayı) adil yarış ortamının sağlanması gerekliliği üzerinden ilişkilendirmektedir. Bu, teşebbüsler arasında Anayasa'nın 10. maddesi gereğince tesis edilmesi gereken bir eşitliktir ve bunu tesis etmesi gereken idarelerdir. Mahkemeye göre Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi, teşebbüslerin devlete mal ve hizmet satımında fırsat eşitliği içinde yarışabilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme bunun mutlak bir zorunluluk olmadığını, belli koşullarda bu zorunluluğa uyulmayabileceğini de kabul etmektedir. Bu bağlamda nesnel ve meşru sebeplerin varlığı halinde teşebbüsler arasında gerekli ölçüde farklılıkların oluşturulabilmesi mümkündür. Ancak Mahkeme bu ayrıkı durumun da bir sınırı olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre teşebbüsler arasında farklılık oluşturulabilmesi imkanı, idarelere bu konuda serbestçe tasarrufta bulunulabilme imkanı tanımaz. Farklılıkların oluşturulduğu durumlarda dahi belirlenecek şartlar, objektif olmalı ve teşebbüsler arası fırsat eşitliğini ortadan kaldırmamalıdır. Özetle Mahkeme istisna olsun ya da olmasın fırsat eşitliğine dayalı bir ihale sürecinin elzem olduğunu ve buna olanak sağlayan ortamın idarelerce sağlanması ve korunması gerektiğini ifade etmekte ve bunu Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olarak görmektedir.

Eşitlik ilkesinin 4734 sayılı Kanun ve istisnalar üzerindeki muhtemel etkisi ile demokratik devlet ilkesinin muhtemel etkisi eşdeğerdir. Demokratik devlet ilkesinin istisnaların yanı sıra bazı açılardan 4734 sayılı Kanun üzerinde de anayasal baskı oluşturabileceği tespiti, eşitlik ilkesi için de geçerli olan bir tespittir. İlansız ve en az üç isteklinin daveti ile gerçekleştirilen alımların yahut doğrudan temin usulü ile gerçekleştirilen alımların tamamında, demokratik devlet ilkesine uygun hareket edilmekte olduğu iddiası pek inandırıcı olmayacağı gibi fırsat eşitliğinin sağlanılmakta olduğu iddiası da aynı şekilde inandırıcı olmayacaktır.

zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.” hükmüne yer verilmiştir.

²² Doğrudan temin usulü, 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinde belirtilen hallerde ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın başvurulabilen, ihale komisyonu kurma ve yeterlik kuralları arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edilebildiği usuldür.

²³ Eşitlik ilkesi için bkz. Gözler (n 18) 97-101; Özbudun (n 18) 150-153; Erdoğan (n 18) 173-177

Öte yandan Mahkeme bu iki ilkeye dair yapmış olduğu değerlendirmeler ile bilinçli ya da bilinçsiz bir bütünün parçalarını bir araya getirmiştir. Anımsanacağı üzere Mahkemenin demokratik devlet ilkesine ilişkin değerlendirmelerinden karşımıza “hesap verme yükümlülüğü” ve “saydamlık” ilkeleri çıkmaktadır. Eşitlik ilkesine (fırsat eşitliği içinde yarışılabilmesine) ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerden ise karşımıza “eşit muamele” ilkesi ve dolayısıyla “rekabet” ilkesi çıkmaktadır. Bunlar, ihalenin temel ilkeleridir. Böylece Mahkeme idarelerin ihalelerde sağlamakta sorumlu olduğu temel ilkeleri, bu iki anayasal ilke altında sistemleştirmekte, temel ilkelere, anayasal statü ve güvence kazandırmış olmaktadır. Bunu da kararlarında şu şekilde ifade etmektedir. *“Bu itibarla saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerinden kaynaklanan ve kamunun mal ve hizmet alımlarında dikkate alınması gereken anayasal ilkeler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu kaynağı kullanan kamu kurumlarının mal ve hizmet alımlarının saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerine dayalı olarak gerçekleştirilmesi anayasal bir zorunluluktur.”*²⁴ Temel ilkeler ile Anayasa arasında kurulan bu bağ ve neticede temel ilkelere yüklenen “anayasal zorunluluk” niteliği, ihale hukuku açısından bir ilktir ve oldukça kayda değer bir gelişmedir. Şüphesiz bu gelişme, 4734 sayılı Kanuna dair birçok sorunun çözümünde temel ve belirleyici bir rol üstlenecektir.

c. Belirlilik İlkesi - İhale (İstisna) İlişkisi

Bu kapsamda esas alınmaya başlanan son ve en önemli ölçüt, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru kabul edilen belirlilik ilkesidir.²⁵ Dar anlamda belirlilik ilkesi, kanun maddelerine belli bir nitelik ve standart kazandıran ilkedir. Kabaca kanun maddesinin, içeriği itibarıyla anlaşılabilir ve sınırları itibarıyla öngörülebilir olmasını ifade eder.²⁶ Mahkeme kararlarında bu ilke, kanunların, hem kişiler hem de

²⁴ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 122. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16.02.2023, § 68. (RG 21.07.2023/ 32255)

²⁵ Metin Günday, İdare Hukuku (9. bs İmaj Yayınevi 2004) 44-45; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. bs Seçkin Yayıncılık) 140-143;

²⁶ Belirlilik ilkesine ilişkin açıklamalar ve diğer ilkelerle ilişkisi için bkz. Osman Can, ‘Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış’ (2005) IX [1-2] Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 92-100

Mahkemenin istisna maddelerine ilişkin bu dönemde vermiş olduğu kararlarda, belirlilik ilkesi ile öngörülebilirlik ilkesini aynı kavramlar olarak kullandığı görülmektedir. Mahkeme, kararlarının başlangıcında esas itibarıyla belirlilik ilkesini açıklamakta ancak uyumsuzluğu öngörülebilirlik ilkesine dayanarak karara bağlamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak ÖZPOLAT, Mahkemenin pek çok kararında belirlilik ve öngörülebilirlik kavramlarını farklı iki ilke olarak kullanıyor olsa da bunların sınırlarını kesin olarak çizebilmenin pek mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazara göre birbiriyle ilişkili bu kavramların içeriklerinin bu belirsizliğe neden olması kadar Mahkemenin özenli olmayan tavır da bu belirsizliği beslemekte, hatta Mahkemenin bazı kararlarında bunları aynı kavramlar gibi kullanması bu iki kavramın birbirinden mutlak anlamda tefrik edilmesini istemediği şeklinde bir sonucuna ulaşılabilmesine imkan sağlamaktadır. (Haşim Özpolat, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri’ (2018) 9 [33] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 613)



idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesi olarak tanımlanmaktadır. Yine Mahkemeye göre, “Belirlilik ilkesi; düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerekli kılar. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder.”²⁷

İlansız ve en az üç isteklinin daveti gibi tartışmalı yöntemler bile 4734 sayılı Kanunda nispeten ayrıntılı şekilde düzenlenmiş iken bu yöntemlerin sahip olduğu ölçüde bir ayrıntıyı istisna maddelerinde görebilmek mümkün değildir. Bu durum ise istisna maddelerinin öncelikli sorunlarından birisinin belirlilik olduğunu göstermektedir. Mahkeme 2023 yılı öncesinde bu düşüncede değil iken 2023 yılı itibarıyla bu düşünceye iştirak etmeye, istisna maddelerinin hukuk devleti ilkesine aykırılığı iddialarını esas itibarıyla belirlilik ilkesi bağlamında ele almaya başlamıştır. Demokratik devlet ilkesi ile eşitlik ilkesine ise daha çok tamamlayıcı bir işlev yüklemiştir.

Mahkemeye göre temel ilkelerin esas alındığı güvenceli bir istisnai alım süreci, öncelikle tabi olunacak usul ve esasların belirli olmasına bağlıdır. Ancak 4734 sayılı Kanunda yer alan istisna maddeleri, bu niteliğe sahip değildir. Bir istisnai alımın hangi usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceği belirsizdir. Bu belirsizlik -usul ve esasların bulunmaması- nedeniyle de istisnai alımlarda saydamlık, fırsat eşitliği gibi temel ilkelerin güvence altında olduğunu iddia edebilmek imkanı bulunmamaktadır. Mahkeme bu düşüncelerini kararlarının sonunda yer verdiği standart cümleler ile şöyle ifade etmektedir. “Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, ... hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağının, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağının ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini esas aldığına belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. ... söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez.” Mahkeme bu hüküm cümleleri ile 2023 yılında birçok istisna maddesinin iptaline karar vermiştir. Şu ana kadar iptaline karar verdiği istisna maddelerini ve gerekçelerini aşağıdaki tabloda görebilmek mümkündür.

²⁷ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 125. (RG 12.09.2023/32307); AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 70. (RG 21.07.2023/32255) (Mahkeme ilk kararında, hukuki belirlilikten (geniş anlamda belirlilik ilkesinden) de söz etmiş olmasına karşın istisna maddesinin Anayasa’ya aykırılık incelemesini -diğer kararlarında olduğu gibi- yasal belirliliği (dar anlamda belirlilik ilkesini) esas alarak yapmıştır.)

İptali İstenen Hüküm	Gerekçe	Karar
... depozito yönetim sisteminin kurulması ve işletilmesi faaliyetlerine ilişkin olarak Türkiye Çevre Ajansının yapacağı mal ve hizmet alımları,... (4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (j) bendine eklenen ibare)	... Kamu tüzel kişiliği niteliğine sahip, anılan Kanun'da belirtilen hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi Ajansın Kanun'un 4. maddesinde belirlenen faaliyetleri dikkate alındığında rekabet gücünün yüksek olması, hızlı hareket edebilmesi ve bu anlamda ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, Ajansın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini esas aldığıın belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. Ajansın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal ²⁸
Ajans, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa ... tabi değildir. (7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası)	...Kuralda yer alan "...4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa..." ibaresiyle Ajansın mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayacağı öngörülmek suretiyle turizm sektörünün dinamik yapısıyla uyum sağlayabilecek kararların alınarak en kısa sürede uygulanabilmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla Ajansın anılan Kanun'a tabi olmamasını öngören kısım yönünden kuralın kamu yararı dışında bir amaca yönelik olduğu söylenemez. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, Ajansın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. Ajansın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal ²⁹

²⁸ AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023, § 73, 74. (RG 21.07.2023/32255)

²⁹ AYM, E.2019/93, K.2023/87, 04/05/2023, § 102, 103. (RG 28.07.2023/32262)



Faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması amacıyla ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğünün ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımları ve buna ilişkin hizmet alımları, (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (aa) bendi)	...Buna göre TMO'nun faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması ve bu anlamda ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabılır bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, TMO'nun hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağını, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. İncelenen kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. TMO'nun söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal^{30 31}
--	--	------------------------------

³⁰ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 128, 129. (RG 12.09.2023/32307)

³¹ TMO'nun bu alımları, 26.07.2024 tarihli ve 32613 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle tekrar Kanundan istisna edilmiştir. Ancak bu kez istisna hükmü, Kanunun 3. maddesine değil Geçici 4. maddesine eklenmiştir. Bu kapsamda *“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, ... ve Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğünün faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımlarında ve buna ilişkin hizmet alımlarında uygulanmaz”* hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen, aynı maddeye bir fıkra daha eklenmiştir. Bu fıkra, *“Beşinci fıkra kapsamında ... Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak alımlarda Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirlenen temel ilkeler doğrultusunda uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurum görüşü üzerine ... Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir ve ihale sürecindeki işlemler kısmen veya tamamen Kurum tarafından kurulan ve işletilen EKAP üzerinden gerçekleştirilebilir.”* şeklindedir. Bu usul ve esasların ikincil mevzuatla düzenlenmesi zaten hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu düşünüldüğünde Mahkeme kararının uygulanmasını teminen eklenen fıkranın bu şekliyle Mahkemenin gerekçelerini ve istediği belirlilik düzeyini ne ölçüde karşılamakta olduğu tartışmalıdır.

1) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.(BOTAŞ) tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları, (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (m) bendinde değiştirilen ibare) 2) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, (...) Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları (...) petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde;...uygulanmaz. (4734 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen ibare)	1) ...BOTAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde doğal gaz enerjisinin diğer mallara göre daha kısıtlı depolanma imkânına sahip olduğu hususu ve doğal gaz piyasasının kendine özgü şartları gözetilerek hızlı hareket etme ve acil kararlar alma zorunluluğu nedeniyle her türlü doğal gaz alımlarına ilişkin ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, BOTAŞ'ın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağının ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. BOTAŞ'ın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez... 2) ...Kural uyarınca anılan parasal limit, BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacak olması nedeniyle parasal miktarı ne olursa olsun bu kapsamdaki alım ve yapım işlerinde ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler anılan Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul düzenlenmemiştir. BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez...	İptal^{32 33}
---	--	------------------------------

³² AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 93, 94, 99, 100. (RG 13.12.2023/32398)

³³ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen BOTAŞ'ın alımlarına ilişkin bu istisna hükümleri, 26.07.2024 tarihli ve 32613 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle tekrar yürürlüğe konulmuştur. Bu kapsamda Kanunun 3. maddesinin (m) bendi, “*Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları*” şeklinde değiştirilmiş ve Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen Kanunun Ek 11. maddesine “*Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (m) bendi kapsamında yapılacak alımlara yönelik olarak satın alma yöntemleri dâhil alım sürecinin yürütülmesi ve esaslar piyasası koşulları, gizlilik, güvenilirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri doğrultusunda Cumhurbaşkanınca belirlenir.*” fıkrası eklenmiştir.

Benzer şekilde Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile” ibaresi “ve



Bu kararlardan Mahkemenin kısa süre içerisinde yeni bakış açısında belli bir standardı yakaladığı, belirlilik ilkesi temelinde savunulabilir bir argümana dayalı olarak istisna maddelerinin iptaline karar verdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yukarıdaki tabloda yer almayan ancak ayrıca ele alınmayı hak eden iki özellikli hal bulunmaktadır. Bunlardan biri Devlet Malzeme Ofisi (DMO)’ne, diğeri ise kamu sermayeli şirketlere ilişkindir.

i) DMO’ya İlişkin İstisna Maddesi

4734 sayılı Kanunun Geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine 2019 yılında DMO’yu ilgilendiren bir ibare eklenmiştir. Bu ibare ile Kanunun 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin, DMO’nun idareler adına gerçekleştirileceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İbarenin Anayasa’ya aykırılığı iddiası Mahkeme tarafından incelenmiş ve belirlilik ilkesi eksenli standart değerlendirmeler bu kapsamda da aynı şekilde yapılmıştır.³⁴

Ancak Mahkeme bu kez diğer kararlardan farklı olarak salt bu değerlendirmelerle yetinmemiştir. Standart değerlendirmelerinin dışına çıkarak ek tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Bunlar yerindelik denetimi niteliği taşıdığı iddia edilebilecek olan ve 2023 yılı öncesinde Mahkemenin yapmaktan imtina ettiği değerlendirmelerdir. Kaldı ki yukarıdaki tablonun son satırından da görülebileceği üzere Mahkeme aynı konuyu BOTAŞ ve bağlı ortaklıkları özelinde de ele almış olmasına rağmen böylesi ek değerlendirmeleri ve denetimi, bu kuruluşlar için yapmamıştır. Bu durum ise sebebini anlamak güç olmakla birlikte Mahkemenin, DMO ve söz konusu istisna maddesine özgü olarak daha farklı ve müdahaleci bir yaklaşımı, daha ayrıntılı bir incelemeyi tercih ettiğini göstermektedir.

Bu bağlamda Mahkeme vermiş olduğu kararda, madde gerekçesinin pratik karışılığının bulunup bulunmadığını incelemiş ve nihayetinde ulaşılmak istenen amaç bakımından maddeye eklenen ibarenin elverişli ve gerekli (ölçülü) olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

BOTAŞ’ın ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile” şeklinde, “yapılacak” ibaresi “yapacakları” şeklinde değiştirilmiş ve Mahkemenin iptal gerekçesinde belirtilen hususların yerine getirilmesini teminen eklenen fıkra, “Beşinci fıkra kapsamında BOTAŞ ... tarafından yapılacak alımlarda Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirlenen temel ilkeler doğrultusunda uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurum görüşü üzerine BOTAŞ ... tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir ve ihale sürecindeki işlemler kısmen veya tamamen Kurum tarafından kurulan ve işletilen EKAP üzerinden gerçekleştirilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu usul ve esasların ikincil mevzuatla düzenlenmesi zaten hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu düşünüldüğünde Kanunun gerek Ek 11. maddesine gerekse de Geçici 4. maddesine Mahkeme kararının uygulanmasını teminen eklenen fıkraların bu şekliyle Mahkemenin gerekçelerini ve istediği belirlilik düzeyini ne ölçüde karşılamakta olduğu tartışmalıdır.

³⁴ AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 137. (RG: 12.09.2023- 32307)

“Öte yandan kuralın gerekçesinde, DMO’nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında ortak kamu ihtiyaçlarının toplulaştırılmasının amaçlandığı, bu suretle azami ölçüde fiyat avantajının sağlanmasına çalışıldığı belirtilmekte ise de birden fazla idarenin alım ihtiyaçlarının bir araya getirilmesi ve ortak kamu ihtiyaçlarının toplulaştırılması suretiyle yapılacak bir ihalenin 4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmasının bu alım ve kiralamalarda fiyat avantajı sağlanması amacına hizmet etmediği açıktır. Zira 4734 sayılı Kanun’da öngörülen usul ve esasların uygulanması yoluyla da söz konusu alım ve kiralamaların daha uygun fiyata tedarik edilmesi ve fiyat avantajının sağlanması mümkündür.

Anılan hususlar gözetildiğinde DMO’nun idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmasını öngören kuralın söz konusu ihalelerde fiyat avantajı sağlanması amacına ulaşmak bakımından elverişli ve gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır.”³⁵

Karar, genel nitelik taşımaya da Mahkemenin istisnalara yaklaşımındaki değişim açısından önemlidir. Zira bu değişimin ulaşabileceği noktayı görmemizi sağlamıştır. Bu anlamda yasa koyucunun takdirine müdahaleden kaçınılan bir noktadan maddenin gerekçesinin yerindeliliğinin tartışıldığı ve 4734 sayılı Kanunda öngörülen usul ve esaslar uygulanmak suretiyle de aynı amaca ulaşılabilceği tespitinde bulunulduğu bir noktaya gelinmiştir. Mahkemenin bu kararı, tartışmaya açık ancak 4734 sayılı Kanun kapsamının korunması adına şu ana dek alınmış en dikkat çekici ve etkili karardır.

Ayrıca Karar farklı bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Buna göre Karar bu haliyle yalnızca 4734 sayılı Kanuna eklenen ibareyi mi iptal etmektedir? Yoksa aynı zamanda aynı idarenin aynı alımlarını kapsayan bir istisna maddesinin tekrar yürürlüğe konulabilme olanağını da ortadan kaldırmakta mıdır? Ne var ki uygulamada bu, uzunca tartışılması gereken bir mesele olarak görülmemiştir. Karar yalnızca standart tespit ve değerlendirmelerden (belirlilik ilkesi ile demokratik devlet, eşitlik ilkeleri açısından Anayasaya aykırılık tespitlerinden) ibaretmiş gibi hareket edilmiştir. “...4734 sayılı Kanun’dan istisna tutulmasının bu alım ve kiralamalarda fiyat avantajı sağlanması amacına hizmet etmediği açıktır. Zira 4734 sayılı Kanun’da öngörülen usul ve esasların uygulanması yoluyla da söz konusu alım ve kiralamaların daha uygun fiyata tedarik edilmesi ve fiyat avantajının sağlanması mümkündür.” şeklinde, kapsam dışına çıkarılmayı gerektiren bir durumun bulunmadığına dair Mahkemece yapılan tespit, dikkate değer bulunmamıştır. Neticede iptal kararının yayımı tarihinden yaklaşık 3 ay sonra 4734 sayılı Kanuna eklenen EK Madde 12 ile aynı idarenin aynı alımları yine Kanundan istisna edilmiştir. Eklenen bu madde;

³⁵ Ibid, § 138, 139.



“Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından, idareler adına yapılacak taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımları; saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kaydıyla, bütün isteklilerin teklif verebildiği açık veya kapalı teklif usulü, isteklilere davet göndermek suretiyle açık veya kapalı teklif istenmesi yöntemiyle yapılan belli istekliler arasında ihale usulü veya davet edilen istekli ile fiyat müzakeresi yapılan pazarlık usulüne ilişkin satın alma yöntemleri ile yapılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak alımlarda,

a) Birinci fıkrada belirlenen satın alma yöntemleri uygulanmak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapılabilir.

b) Ceza, ihalelerden yasaklama ve sonuç bildirimine ilişkin hükümler hariç olmak üzere bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

c) Uygulanacak satın alma yöntemleri, ilan ve davet süreleri ile kuralları, doküman hazırlanması, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve alımların sonuçlandırılması dahil ihale süreci ve çerçeve anlaşmalara ilişkin iş ve işlemler ile ilgili esas ve usuller Kurumun görüşü alınarak Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yönetmelikle belirlenir.” şeklindedir.³⁶ Yürürlüğe konulması tartışmalı olsa da bu haliyle madde, Mahkemenin görüş değişikliği sonrasında istisna maddelerinin nasıl kaleme alınmaya başlanacağı konusunda fikir vermesi ve örnek teşkil etmesi bakımından önemlidir.

ii) Kamu Sermayeli Şirketlere İlişkin İstisna Maddeleri

Mahkeme bu dönemde incelediği tüm istisna maddelerinin iptaline karar vermemiştir. Sahip olduğu niteliklerden dolayı bazı kuruluşların farklı muameleye tabi tutulabileceğini ve bunların doğrudan 4734 sayılı Kanundan istisna edilebileceğini kabul etmiştir. Bu kuruluşları diğerlerinden farklı kılan husus, kamu sermayeli şirketler olmalarıdır. Ancak bu, her kamu sermayeli şirketin doğrudan 4734 sayılı Kanundan istisna edilebileceği anlamı taşımamaktadır. Mahkemeye göre bu şekilde istisna edilebilecek ve farklı muameleye tabi tutulabilecek olanlar, daha sınırlı ve belli özelliklere sahip olan kamu sermayeli şirketlerdir.

Mahkeme, bu şirketlerin tespitinde belirli bir yöntem izlemekte ve belirli kıstaslara başvurmaktadır. Bu şekilde Mahkeme hem yasa koyucuya bir yol göstermekte hem de kamu sermayeli şirketlerin, 4734 sayılı Kanundan istisna edilmesine ve bunun sınırlarına dair güncelliğini koruyan bir problemin³⁷ çözümüne katkı sunmaktadır.

³⁶ RG 28.12.2023/32413

³⁷ Kamu sermayeli şirketler (sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her türlü teşebbüs, kuruluş, işletme, şirket, müessese, birlik) kural olarak, Kamu İhale Kanununun 2. maddesinin (b) ve (d) bentleri uyarınca Kanun kapsamında yer almaktadır. Ancak bu şirketlerin sahip olduğu

Bu, uzunca açıklanması gereken, çok sayıda teknik kavram ve değerlendirme içeren bir yöntemdir. Mahkeme tarafından bu kapsamda izlenilen yöntemi ve belirlenen kıstasları ana hatlarıyla şu şekilde aktarmak mümkündür.³⁸

- Kamu sermayesi kullanılarak idareler tarafından kurulan şirketlerin, idarelere özgü ihale usullerini uygulamalarının zorunlu olup olmadığı hususunda belirleyici olan şirketin *kamu tüzel kişiliği* vasfını taşıyıp taşımadığıdır. Ancak söz konusu kamu tüzel kişiliği, Anayasa Mahkemesinin belirlediği kriterlere göre kazanılan kamu tüzel kişiliği olmalıdır.
- Bu bakımdan kamu tüzel kişiliği olarak tanımlanamayacak özel hukuk tüzel kişilerinin mal ve hizmet alımlarında kamu kurumlarına özgü ihale usullerini uygulamaları zorunlu değildir. Bu tüzel kişiler söz konusu alımlarını özel hukuk hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir.
- Kamu tüzel kişiliği, *kamu gücünün parçası* olmakla ilişkilidir.
- Anayasa’da ve Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde açıkça kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen kuruluşların kamu gücünün parçası olduğu tartışmasızdır.
- Anayasa’da ve Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmeyen hatta özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanan ancak *kamuyla bağlantılı bulunan* tüzel kişiler de kamu gücünün bir parçası kabul edilmelidir.
- Bir tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olup olmadığı değerlendirilirken sadece ilgili kanundaki tanımlamaya bakılmamalıdır. Ayrıca a) yürüttüğü hizmetin

farklılıklar (piyasa şartlarında ve ticari esaslara göre faaliyet gösterebilmeleri, daha hızlı karar almaları gerekliliği gibi), alımlarını Kanun kapsamındaki diğer idarelerin tabi olduğu geleneksel usul ve esaslar yerine daha esnek usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirebilmeleri ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi amacıyla Kanunun 3. maddesinin (g) bendinde bir hükme yer verilmiş ve bu şirketlerin belli alımları belli şartlara bağlı olarak Kanunundan istisna edilmiştir. Bu bent, kamu sermayeli şirketlerin Kanundan istisnası açısından temel hüküm niteliğindedir. Bentte, “*2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli Yüzirmikimilyonyediyüzkırksekbinyüzüymidokuz Türk Lirası aşmayan mal veya hizmet alımları*”nın ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç Kanuna tabi olmadığı hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanunun Geçici 4. maddesinde, bu bent kapsamındaki mal ve hizmetlerin, ilgili kuruluşların talebi üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu temel hükme rağmen örnekleri yukarıdaki tablolarda da görülebilecek olan, oldukça fazla sayıda kamu sermayeli şirket için Kanunda ayrıca özel istisna hükümlerine de yer verilmiş durumdadır. Böylece özel hükümle de istisna edilmiş olan kamu sermayeli şirketler, alımlarını Kanunun 3. maddesinin (g) bendi ile Geçici 4. maddesinde öngörülen kısıtlamalara da tabi olmaksızın gerçekleştirilebilme imkanına kavuşmuştur. Bu şekilde temel hükme rağmen çok sayıda özel istisna hükmüne yer verilmiş olması ise hem karmaşaya neden olmakta hem de Kanun kapsamı ve kanun yapma tekniği açısından problem teşkil etmektedir.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71. (RG 13.12.2023/32398)



niteliği, b) kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı, c) idari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme bu koşulları ise şu şekilde somutlaştırmaktadır.

(a) Yürütülen hizmetin niteliği: Bu kapsamda hizmetin kamusal yönünün bulunup bulunmadığı ve tekel biçiminde rekabete kapalı olarak icra edilip edilmediği önemlidir. Ayrıca tüzel kişiliğin kazanç gütmeye amacı taşıyıp taşımadığı da irdelenmelidir.

(b) Tüzel kişiliğin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı: Bu koşul bağlamında, tek yanlı işlemler yapma yetkisi, resen icra yetkisi, işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanıp yararlanmadığı, mallarının statüsü ve haczedilebilirliği, alacakları için özel statü öngörülüp öngörülmediği, personelinin statüsü, zorunlu üyelik ve zorunlu aidat uygulamasının bulunup bulunmadığı, işlem ve eylemlerinin kamu hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı kolunda denetlenip denetlenmediği gibi hususlar dikkate alınmalıdır.

(c) İdari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi: Bir tüzel kişilik kamu otoritelerine bağımlı olarak faaliyet yürütüyorsa tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Tüzel kişiliğin kamu otoritelerinden yeterli ölçüde bağımsız olup olmadığının değerlendirilmesinde ise kuruluş senedi veya ana sözleşmesinin kamusal işlemlerle onaylanıp onaylanmadığı, kamusal kararlara dayalı tasfiye edilip edilmediği, faaliyetlerinin finansmanı için büyük ölçüde kamu kaynaklarını kullanıp kullanmadığı, faaliyetlerini nasıl yürüteceğinin kamu makamlarınca belirlenip belirlenmediği, faaliyetlerinde kamu mülklerini kullanıp kullanmadığı, malvarlığı üzerinde devletin uygun gördüğü şekilde tasarrufta bulunup bulunmadığı, sermayesinin devlete ait olup olmadığı, yönetiminde siyasi otoritenin ağırlığının bulunup bulunmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.³⁹

Tüm bu açıklamalardan bir kamu sermayeli şirketin 4734 sayılı Kanundan doğrudan istisna edilmesinin Anayasa uygunluğu meselesinde Mahkemenin birbiriyle ilişkili ve yer yer iç içe geçmiş üç kıstası esas aldığı anlaşılmaktadır. Bunlar, “kamu tüzel kişiliğine sahip olmak”, “kamu gücünün parçası olmak” ve “kamuyla bağlantılı olmak”tır. Bu kıstaslar ile Anayasaya uygunluk arasındaki ilişkiyi ise şu şekilde özetleyebiliriz. Mahkemenin belirlediği çerçevede kamu tüzel kişiliği vasfı

³⁹ Mahkemenin bu yaklaşımının, Kamu Alımlarına İlişkin 2014/24/AB sayılı Direktifi ile Enerji, Su, Ulaştırma ve Posta Hizmetleri Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşlar Tarafından Yapılan Alımlara İlişkin 2014/25/AB sayılı Direktifinde yer alan “kamu hukukuna tabi kuruluş” tanımı ve bu tanımın belirleyici unsuru olan “sınai ve ticari nitelik taşımama” koşulunu açıklığa kavuşturan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ile büyük ölçüde uyumlu olduğu göze çarpmaktadır. “Rekabetin olmadığı bir piyasada faaliyette bulunup bulunmadığı”, “münhasır yetkiye sahip olup olmadığı”, “kar amacı güdüp gütmeyi”, “piyasada etkin bir rekabete tabi olup olmadığı”, “kamu tarafından finanse edilip edilmediği”, “zarara katlanıp katlanmadığı”, “iflas riskinin bulunup bulunmadığı” gibi ölçütler, ticari ve sınai niteliğin, dolayısıyla da kamu hukukuna tabi kuruluş niteliğinin tespitinde Adalet Divanı tarafından dikkate alınmakta olan ölçütlerdir. (Bunun için bkz. Case C-44/96 Mannesmann v Strohhal GmbH [1998] ECR-I-73; Case C-373/00 Adolf Truley; Case C-283/00 Commission of the European Communities v Kingdom of Spain (SIEPSA) [2003] ECR-I-11697; Case C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV [1998] ECR-I-6821)

taşımayan ve kamuyla bağlantılı olmayan dolayısıyla kamu gücünün bir parçası kabul edilmeyen bir kamu sermayeli şirket, temel ihale kanunundan doğrudan istisna edilmesinde anayasal açıdan sakınca bulunmayan şirkettir.

Ülkemizde daha sorunlu kabul edilen kamu sermayeli şirketlerin idari/hukuki yapılanmaları düşünüldüğünde bu hususta “kamuyla bağlantılı olma” kıstasının daha ön planda ve belirleyici olacağını öngörebilmek mümkündür. Kamuyla bağlantıdan ne anlaşılması gerektiği ve hangi unsurların varlığı halinde kamuyla bağlantıdan söz edilebileceği Mahkeme tarafından ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus bir kamu sermayeli şirketin, 4734 sayılı Kanundan doğrudan istisna edilebilmesinin bu unsurları bütünüyle taşımasına bağlı olmadığıdır. Bir şirket tabiatıyla bu unsurların bir kısmını taşıyorken bir kısmını taşımayabilir. Bu anlamda tek yanlı işlemler tesis etme yetkisine sahip bir kamu sermayeli şirketin çalışanları kamu personeli statüsünde, malları da kamu malı statüsünde olmayabilir. Ya da faaliyetlerinin finansmanında kamu kaynağı kullanmamasına karşın faaliyetlerini nasıl yürüteceğine kamu makamlarınca karar veriliyor olabilir.

Bu şekilde unsurların kısmen sağlandığı haller, kamu sermayeli şirketin nerede konumlandırılacağı, kamuyla bağlantılı kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun çözümü için her bir kamu sermayeli şirket ayrı ayrı ele alınmalı ve sahip olduğu unsurlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nihayetinde nitelik olarak daha ağır basan unsurlar doğrultusunda şirketin, kamuyla bağlantılı ve kamu gücünün bir parçası kabul edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir. Elbette bu şekilde tesis edilen bir kararın, belli ölçüde yoruma dayalı olacağı ve subjektif nitelik taşıyacağı da göz ardı edilmemelidir.

Mahkeme kararları incelendiğinde ise “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan şirketlerin aktif ve pasifleriyle devralınabilmesi amacıyla Türkiye’deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirket ortaklarınca kurulacak şirketlerin⁴⁰”, “BOTAŞ ve TPAO’nun yurt dışında kurdukları şirketlerin⁴¹”, “Türkiye Vakıflar Bankası’nın gayrimenkul yatırım ortaklıkları⁴²”nın, kamuyla bağlantılı/kamu gücünün bir parçası kabul edilmediği ve 4734 sayılı Kanundan istisna edilmelerinin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Bu kararlardan Mahkemenin konuya yaklaşımına dair genel bir kanaate ulaşabilmek mümkündür. Bu bağlamda özetle Mahkemenin, idareler ile daha dolaylı, daha zayıf ilişkiye sahip olan şirketlerin, kamuyla bağlantılı kabul edilmemesi yönünde bir düşünceye sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Mahkemece belirlenen

⁴⁰ AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023, § 75, 76, 77, 79, 80. (RG 13.12.2023/32398)

⁴¹ Ibid, § 104, 105.

⁴² AYM, E.2020/68, K.2023/230, 28/12/2023, § 18, 19, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32. (RG 19.03.2024/32494)



kıstaslar göz önüne getirildiğinde kararların kimi yönleriyle tatmin edicilikten uzak olduğunu da belirtmek gerekir. Bu durum özellikle Türkiye Vakıflar Bankasının gayrimenkul yatırım ortaklıklarına ilişkin kararda göze çarpmaktadır. Kararda kıstaslara yüzeysel olarak değinilmektedir. Sağlanan ve sağlanmayan kıstaslar ayrıntılı şekilde karşılaştırılmamaktadır. Kıstaslardan ziyade ortaklığın faaliyetlerinin niteliği/piyasa şartları/ticaret hukuku ilkeleri gibi unsurların sonuç üzerinde daha etkin bir rol oynadığı anlaşılmaktadır.⁴³ Bu şekilde bir yaklaşım ise kıstasları anlamsızlaştırmakta ve Mahkemeye konjonktürel bir değerlendirme imkanı sağlamaktadır.

Ayrıca bu açıklamaların, esas itibarıyla kamuyla bağlantılı olmayan kamu sermayeli şirketleri için geçerli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kamuyla bağlantılı olmayan bir şirketin temel ihale kanunundan istisna edilebilmesi için kamu yararı dışında ayrıca bir kıstası karşılaması gerekmemektedir. Oysa kamuyla bağlantılı olan kamu sermayeli şirketler için bu kabul geçerli değildir. Bu nitelikteki şirketler, genel kural çerçevesinde istisna edilebilecektir. Bu doğrultuda kamuyla bağlantılı bir kamu sermayeli şirketin Anayasa'ya uygun şekilde istisna edilebilmesi, kamu yararına ek olarak belirlilik, eşitlik ve demokratik devlet ilkelerini karşılaması halinde mümkün olabilecektir. Dolayısıyla kamuyla bağlantılı olma ya da olmama, farklı sonuçlara sahip, hem şirketin istisna edilmesi hem de istisna edilme yöntemi üzerinde belirleyici niteliklerdir. Bu sebeple de nitelikler üzerinde bir standardın sağlanması önemlidir. Bu kapsamda ele alınacak ve tartışılacak şirketler arasında belediye şirketleri gibi siyasi etkiye açık şirketlerin de bulunduğu düşünüldüğünde, bu önemi anlamak daha da kolaylaşmaktadır.

SONUÇ

4734 sayılı Kanun kapsamı ile istisna maddeleri arasında başlangıçta makul bir dengeden söz edebilmek mümkünse de bu dengenin varlığını makul şekilde sürdürdüğünden söz edebilmek mümkün değildir. Nitekim başlangıçta kurulan bu denge tedricen 4734 sayılı Kanun kapsamı aleyhine bozulmuş ve nihayetinde Kanunun sorgulanmasına neden olan bir boyut kazanmıştır. Böylesi bir süreç karşısında ilk akla gelen soru, bu sürece niçin göz yumulduğu ve herhangi bir müdahalede bulunulmadığı olmaktadır. Sürece neden göz yumulduğu sorusuna bütünüyle haklı ve ikna edici bir cevap bulabilmek hala güç olsa da neden müdahalede bulunulmadığı sorusuna artık bir cevap verebilmek mümkündür. Zira belli bir süre beklemek gerekmişse de Anayasa Mahkemesi tarafından bu sürece bir müdahalede bulunulmuştur. Ancak bu, olumlu yönlerine karşın birçok açıdan da eleştiriyi hak eden bir müdahale olmuştur.

Bu kapsamda yöneltilebilecek ilk eleştiri, bu müdahale için oldukça geç kalındır. Bu süreç zarfında istisnalar zaten ölçüsüzce artmış, 4734 sayılı Kanun açısından ciddi bir sorun halini almıştır. Belki de azami büyüklüğüne ulaşmış durumdadır.

⁴³ Ibid, § 29, 30, 31.

Artık bu noktadan sonra yapılan bir müdahalenin 4734 sayılı Kanun kapsamı ve istisnalar üzerinde beklenen etkiyi doğurma olasılığı oldukça düşüktür.

Öte yandan Mahkeme bu müdahale için nispeten istikrarlı görüşünü değiştirmiştir. Temel ölçüt olarak kamu yararı amacı yerine belirlilik ilkesini esas almaya başlamıştır. Bu değişim ise dönemler arası farklılığa ve çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ortaya çıkan bu çelişki, müdahaleye yöneltilebilecek bir diğer eleştiridir. Bu çelişkiyi görmemizi sağlayan en iyi örnek, uluslararası organizasyon ve toplantılara ilişkin gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarında 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakan istisna maddesidir. (4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendi) Mahkeme 2021 yılında belirlilik ilkesini de göz önünde bulundurarak ayrıntılı şekilde bu hükmü değerlendirmiştir. Neticede temel ilkelerin belirlenmiş ve çerçevesinin çizilmiş olduğu düşüncesiyle hükmün, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.⁴⁴ Oysa görüş değişikliğinin yaşanıldığı 2023 yılında Mahkeme önüne gelen benzer nitelikteki istisna maddelerini tam aksi düşünceyle, belirlilik ilkesini sağlamadıkları gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu durum ise 4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (z) bendine dair bir kafa karışıklığına sebep olmuştur. Acaba bu bent, diğer bentlerin sağlayamadığı belirliliği nasıl sağlamaktadır? Gelişen aşamada bu bendi nasıl değerlendirmek gerekecektir? Belirlilik ilkesine aykırı bir bent olarak mı yoksa aykırılık teşkil etmeyen bir bent olarak mı?

Mahkemenin mevcut yaklaşımı doğrultusunda, pozitif hukukumuzda birkaç örnek dışında Anayasa'ya uygun kabul edilebilecek istisna maddesi bulabilmek mümkün değildir. Zira gerek 4734 sayılı Kanunda gerekse de özel kanunlarda istisna maddeleri bir ya da birkaç cümleden oluşmakta, alımların ne şekilde, hangi usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceğine dair ayrıntılı kurallar içermemektedir. Bu nedenle bu maddeler, Mahkeme tarafından 2023 yılı öncesinde incelenmesi halinde Anayasa'ya aykırı bulunmayacak iken günümüzde incelenmesi halinde belirlilik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilecek olan maddelerdir. Başka deyişle istisna maddeleri, Anayasa Mahkemesince ya yukarıda aktarılan örnekte olduğu gibi 2023 yılı öncesinde incelenmiş olması ya da hiç incelenmemiş olması sebebiyle hala yürürlükte olan maddelerdir.

Peki Mahkemenin bu yaklaşımı ne derece doğrudur? Gerçekten istisna maddelerinin bütünüyle belirsiz ve Anayasa'ya aykırılık teşkil eden maddeler olduğunu söylemek mümkün müdür? Elbette belirsiz yönleri bulunmaktadır. Ama durum, Mahkemenin iddia ettiği boyutta değildir. Gerek 4734 sayılı Kanunda gerekse de özel kanunlarda istisna maddeleri, genellikle standart bir ifadeye yer verilerek düzenlenmektedir. Bu ifade, alımın ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç Kamu İhale Kanununa tabi olmayacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan istisna maddelerinin 4734 sayılı Kanun ile olan bağı tümüyle kopmamakta, maddeler, ceza

⁴⁴ AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021, § 70, 71. (RG 22.12.2021/31697)

ve yasaklama hükümleri ile sınırlı olarak Kanuna tabi olmaya devam etmektedir. Kanunun 4. Kısımında (m. 58-61) yer alan ve tabi olunmaya devam olunan bu hükümlerde ise ihalelere katılmaktan yasaklama, isteklilerin ve görevlilerin ceza sorumluluğu gibi hususlar düzenlenmektedir.

İstisna maddelerini sınırlayan bir diğer unsur ise temel ilkelerdir. İstisna kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden bağımsız olarak temel ilkelerin, ihalelerin dokunulmaz, idari tasarrufa kapalı alanları olduğu hem yargı kararlarında hem de öğretide kabul edilegelen bir husustur.⁴⁵ Mahkemenin de bu yönde bir kabulde bulunabilmesi ve kanunla düzenlenmemiş olsa da temel ilkelere, doğal ve genel bir nitelik atfedebilmesi mümkündür. Zaten Mahkeme başlangıçta olmasa da 2023 sonrası dönemde bu düşüncede olduğunu ortaya koymuş, hatta bunu bir adım daha

⁴⁵ "...idare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerde kabul edilen gerçek, soyut ve evrensel ilkelere; ihale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır." (D 10 D, E.1996/4274, K.1998/5478, 28/10/1998) "...2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri, ...ihale usullerinin 2886 sayılı Yasa dışında ayrıca düzenlenmesi amacı taşımakta, davalı idarelere, ihale usulüne ilişkin genel ilkeleri göz ardı etme yetkisi tanımamaktadır. Dolayısıyla davalı idarelerce yapılacak düzenlemelerde; hukuk devleti, yönetimin yasallığı...gibi idare hukuku ilkeleri yanında, ihalelerde uygulanması gereken açıklık, rekabet ve tarafsızlık, eşitlik, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve verimlilik ilkelerine de uyulması zorunludur." (D 13. D, E.2007/1724, K.2010/1168, 10/02/2010)

İlkelerin ihaleler açısından sahip olduğu önem, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalara da yansımış durumdadır. [Kamu kurum ve idareleri, 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında yaptıkları ihalelerde de ihtiyaçları en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılamak, ihalede açıklık ve rekabeti sağlamak, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri gözetmek zorundadırlar. Aksi uygulama, takdir hakkının keyfi uygulanması anlamına gelecektir." "Bir ihale hangi usul ve esas ile yapılırsa yapılsın ihalede rekabet ve açıklığın sağlanması temel ilkedir." [AYM, E.2004/5, K.2006/2, 26/5/2006 (Yüce Divan - Yaşar Topçu Kararı)]

ÖZAY'a göre "...Devlet İhale Kanununa tabi olmamak hiçbir şeyi ifade etmez...alenilik, rekabet ve akidin serbestçe seçilememesi gibi, somut anlatımını Devlet İhale Kanunu'nda bulan İdare Hukuku ilke ve kurallarına uymak zorundadırlar: (İl Han Özay, 'Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri' Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan içinde (1999) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 252)

Benzer şekilde DURAN'a göre; "...YİD konusunda, Devlet İhale Kanunu dışında yasa ile özel bir ihale usulü kabul edilmiş olsa bile, bu prosedürün tatbikinde de İdare Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapılmalıdır. Bu çerçevede, ... açıklık, objektiflik rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmek durumundadır..." (Lütfi Duran, 'Yap-İşlet-Devret' (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 166)

KUTLU tarafından temel ilkelerin önemi, "Bu ilkeler sadece DİK'nun uygulanması ile sınırlı olmayıp, kamu ihaleleri sektöründe geçerli genel ilkeler kabul edilmelidir. Çünkü aynı ilkeler anayasal kural olarak Anayasa'da da yer almaktadır." "İhalelerde açıklık kavramını bir ilke olarak belirtsek de ihale sürecine ilişkin uygulanacak bir yasa kuralı olarak değerlendirmek gerekir.", "... rekabetin sağlanması, kamu ihalelerinde bir ilke olmayıp, uyulması zorunlu bir hukuk kuralıdır." şeklinde, daha dikkat çekici ifadelerle ortaya konulmuştur. (Meltem Kutlu, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75 İzmir/1997) 172, 191, 196)

öteye taşımıştır. Demokratik devlet ve eşitlik ilkesi altında temel ilkelere anayasal bir statü kazandırmış ve alımların, kamu idare ve kurumlarınca bu ilkelere dayalı olarak gerçekleştirilmesini anayasal zorunluluk olarak nitelendirmiştir. Böylelikle temel ilkelerin, ihalelerin kanunla da müdahale edilmemesi gereken alanları olduğunu ortaya koymuştur.⁴⁶

Öte yandan bazı istisna maddeleri, biraz daha ayrıntılı ve bizzat kendi sınırlamalarını içerecek şekilde kurallaştırılmıştır. Bu iç sınırlamalar maddelere belli ölçüde öngörülebilirlik kazandıran bir diğer unsurdur. Daha önce de değinilen Kanunun 3. maddesinin (g) bendini buna örnek olarak verebiliriz. Madde kural olarak kamu sermayeli şirketlerin mal ve hizmet alımlarının Kanundan istisnası düzenlemekte ancak bunun tamamıyla serbest şekilde gerçekleştirilmesine izin vermemektedir. İstisnai alımı, “parasal limit”, “ana faaliyetlerinin ihtiyaçlarının temini”, “mal ve hizmetlerin Kurum tarafından belirlenmesi” gibi sınırlamalara tabi tutmaktadır. Benzer tespitleri, Mahkemenin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptaline karar verdiği 4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (aa) bendi için de yapmak mümkündür.⁴⁷ Bent gereğince TMO’nun tarımsal ürün alımları ile buna ilişkin hizmet alımları, bir amaç doğrultusunda ve “bakanın onayı”, “yönetim kurulunun görevlendirilmesi”, “ithalat yoluyla yapılan ürünler” gibi sınırlamalara bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir.

Şu halde istisnalar söz konusu olduğunda hem temel ilkeler olabildiğince ve uygun düştüğü ölçüde uygulanacak hem alım, kendi iç sınırlamalarına tabi olabilecek hem de ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Bu durumun, süreci bütünüyle belirli kılmasa da asgari unsurlara bir belirlilik kazandıracağı açıktır. Nitekim ihale yöntemleri, ilan, süreler gibi usuli işlemlerin temel ilkelere, maddede öngörülen sınırlara ve istisna edilen alımın niteliğine uygun şekilde belirlenmesi gerekecektir. Aksi takdirde bu tür işlemlerin idari yargı yerlerinde

⁴⁶ Mahkemenin bu değerlendirmelerini, temel ilkelerin her tür ihalede mutlaka sağlanması gereken ilkeler olduğu şeklinde yorumlamamak gerekir. Bu ilkelerin, her ihalede aynı anda ve aynı etkiye bütünüyle sağlanacağı beklentisi, iyi niyetli fakat gerçekleşmesi güç bir beklentidir. Örneğin, ivedi olarak yapılması zorunlu olan veya dezavantajlı grupları (yaşlılar, engelliler gibi) istihdam eden firmaların katılabildiği ya da korumacı nitelikte (KOBİ’lere, yerli istekliye, yerli malına avantaj gibi) şartların yer aldığı ihaleler, temel ilkelerin tam anlamıyla sağlandığından söz edilemeyecek olan ve bu durumun büyük ölçüde makul karşılanacağı ihalelerdir. Bu durum elbette ki bu tür ihalelerde temel ilkelerin tamamıyla göz ardı edilebileceği anlamı taşımaz. Bu tür ihalelerde de temel ilkeler, daha sınırlı da olsa olabildiğince uygulanmak durumundadır. Bu nedenle temel ilkeleri, daha çok birer kural ve amaç olarak görmek gerekir. Bunlar alımın niteliğine, konusuna veya amacına uygun düştüğü ölçüde ve olabildiğince uygulanması gereken, ancak her durumda ihaleler üzerinde toplumsal ya da hukuksal baskı oluşturan unsurlardır.

⁴⁷ Mahkemece iptaline karar verilen bu bent, “Faaliyet ve görev alanı kapsamında yer alan tarımsal ürünlerle ilgili olmak üzere, üretimin yetersiz olması nedeniyle ürün fiyatlarında meydana gelebilecek olağanüstü dalgalanmaların önlenmesi veya ürünlerde fiyat istikrarının sağlanması amacıyla ilgili bakanın onayı ve Toprak Mahsulleri Ofisi Yönetim Kurulunun görevlendirmesi ile Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü’nün ithalat yoluyla yapacağı tarımsal ürün alımları ve buna ilişkin hizmet alımları” şeklindedir.



iptali söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesinin bu sürece katkısı ise bu asgari unsurların kanunla belirlenmesini zorunlu kılması, bu şekilde daha güvenceli ve etkili bir yöntemin hayata geçmesini sağlaması olmuştur. Ancak bunu, bütünüyle belirsiz olan bir alana belirlilik kazandırılması şeklinde yorumlamak doğru değildir.

Ayrıca kararların sonuçlarının pratik olmaması, eleştiriyi hak eden bir diğer husustur. Artık her istisna maddesi -DMO, TMO ve BOTAŞ örneklerinden de görülebileceği üzere- belirliliği sağlama adına artık daha fazla cümle içeren daha uzun metinler şeklinde kaleme alınmaya başlanacaktır. Üstelik de bunlar büyük ihtimalle birkaç cümle dışında birbirinin benzeri cümleler olacaktır. Şu anda bile sayfalarca yer tutan istisna maddeleri artık çok daha fazla alan kaplar hale gelecektir. Bu durum kanun yapma tekniğine uygun olmadığı gibi neticede oluşacak görüntüyü izah edebilmek de mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun içerisinde tüm istisna maddelerine uygulanabilir nitelikte ortak hükümlerin yer aldığı çerçeve bir metnin oluşturulması, bu soruna çözüm olarak düşünülebilir.

Bu kapsamda yöneltilebilecek son ve en önemli eleştiri ise belirlilik ilkesinin tek başına 4734 sayılı Kanun ve istisnalar özelinde arzulanan ideal çözümü sunabilmesinin mümkün olmamasıdır. Geline aşamada kural olarak belirlilik ilkesini sağlayan, dolayısıyla asgari unsurları kanunla belirlenmiş olan tüm istisna maddelerinin Anayasa'ya uygun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu, uygulamada yasa koyucu tarafından kolaylıkla karşılanabilecek bir ölçüttür. Bu noktada esasen etkin kullanılan bir kamu yararı amacı ya da ölçülülük ilkesi daha işlevseldir. Usul ve esas belirlemenin aksine ölçülülük ya da kamu yararı amacı ölçütünde istisna maddesinin etkinliğine ve gerekliliğine dair bir değerlendirme yapılması ihtimal dahilindedir. DMO örneği, bu açıdan iyi bir örnektir. Ancak böylesi bir değerlendirmenin, yerin delik denetimi tartışmalarını da beraberinde getireceği açıktır. Dolayısıyla istisna maddelerinin belirlilik ilkesi ile birlikte ölçülülük/kamu yararı amacı çerçevesinde ele alınmasının ve bu ölçütlerin etkin şekilde kullanılarak maddelerin değerlendirilmesinin, tartışmalı ancak kesinlikle daha gerçekçi ve etkili bir çözüm olacağını söylemek mümkündür.

Elbette yöneltilen tüm bu eleştiriler, Mahkemenin istisnalar konusundaki görüş değişikliğinin ve bu çerçevede yapmış olduğu değerlendirmelerin önemsiz olduğu anlamı taşımamaktadır. Aksine bunlar, ihale hukukuna dair birçok ilki barındıran değerlendirmelerdir. İlk kez ihale hukuku ile Anayasa arasında bu denli yoğun bir ilişki kurulmuştur. Demokratik devlet ilkesi, eşitlik ilkesi ve belirlilik ilkesi bağlamında 4734 sayılı Kanun kapsamının belli ölçüde de olsa korunması sağlanmış ve temel ilkeler, anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. İstisna maddeleri daha ayrıntılı ve özenli düzenlenmeye başlanmıştır. Dahası Mahkeme, kamu sermayeli şirketlerin istisna edilmesi gibi tartışmalı bir sorunun çözümünde izlenebilecek bir yöntem olduğunu bize göstermiştir. Bunlar şüphesiz ki hem uyarı hem de yol gösterici mahiyet taşıyan, geliştirilmeye açık, ihale hukuku açısından önemi gelecekte daha iyi anlaşılacak olan değerlendirmelerdir.



KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler' (1998) 9 [1-3] İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11
- Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C, İdare Hukuku (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. bs Seçkin Yayıncılık)
- Can O, 'Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış' (2005) IX [1-2] Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 92-100
- Çakmak N. M, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı (Seçkin Yayıncılık Mayıs-2013)
- Duran L, 'Yap-İşlet-Devret' (1991) 46 [1] Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 166
- Erdoğan M, Anayasa Hukuku (Genişletilmiş 4. bs Orion Yayınevi)
- Gözler K, İdare Hukuku Cilt II (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. bs, Ekin Basım Yayın Dağıtım Ekim 2009)
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 24. bs Ekin Basım Yayın Dağıtım Haziran 2019)
- Günday M, İdare Hukuku (9. bs İmaj Yayınevi 2004)
- Kutlu M, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75 İzmir/1997)
- Özay İl H, 'Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri' Prof. Dr. Nihal ULUOCAK' a Armağan içinde (1999) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı 252
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (Gözden Geçirilmiş 11. bs Yetkin Yayınları 2010)
- Özpolat H, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri' (2018) 9 [33] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 613
- Teziç E, Anayasa Hukuku (12. bs Beta Basım)
- Yıldırım T, 'Kamu Yararı Ve Disiplin Cezalarının Affı' (2001) 18 Anayasa Yargısı Dergisi 442

Mahkeme Kararları

- AYM, E.2005/90, K.2008/146, 24/9/2008
- AYM, E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013
- AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18/6/2013
- AYM, E.2013/114, K.2014/184, 04/12/2014

AYM, E.2015/60, K.2016/2, 13/1/2016
AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017
AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019
AYM, E.2017/144, K.2018/76, 5/7/2018
AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021
AYM, E.2019/93, K.2023/87, 04/05/2023
AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023
AYM, E.2020/68, K.2023/230, 28/12/2023
AYM, E.2021/14, K.2023/173, 11/10/2023
AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/02/2023
AYM, E.2021/132, K.2022/69, 1/6/2022

CUMHURİYET SAVCISININ İDARİ YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ

The Public Prosecutor's Authority to Impose Administrative Sanctions

Murat EKİNCİ*

Mehmet Akif ÖZTÜRK**

Özet

Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi, ülkemizde 1980'lerden itibaren tartışılır hale gelmiş ve mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde hayata geçirilmeye başlanmıştır. Kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğiliminin bir neticesi olarak 2005 yılında ihdas edilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunuyla, mevzuatta dağınık biçimde düzenlenen kabahatlere ilişkin birtakım genel hükümler oluşturulmuştur. Kabahatleri suç olmaktan çıkarmaya yönelik bu eğilimin arkasındaki temel nedenler; haksızlık içeriği nispeten düşük sayılabilecek ihlalleri adli yargının görev alanından çıkararak yargı mercilerinin iş yükünü azaltmak ve aynı zamanda kabahatlere ilişkin genel ilke ve usullerin oluşturulmasını sağlamaktır. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi sebebiyle, yargı mercilerinin iş yükünün azaltılmasına ilişkin amacın yeterince karşılanamadığı ifade edilebilir. Aynı zamanda bu durum, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin yargısal görevler icra ederken idari birer organ gibi hareket etmelerine de yol açmaktadır. Bu çalışmada, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve özel kanunlarda Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi incelenmiş ve söz konusu yetki Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi, Cumhuriyet savcılarının iş yükü ve nihayet Cumhuriyet savcıları tarafından tesis edilen idari yaptırımlara karşı başvuru yolu açılarından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, idari yaptırım, Cumhuriyet savcısı, suç olmaktan çıkarma eğilimi

Abstract

The tendency to decriminalize misdemeanors has been discussed in Turkey since the 1980s and started to be implemented within the framework of legislative regulations. As a result of the tendency to decriminalize misdemeanors, the Law on Misdemeanors No. 5326, which was enacted in 2005, established several general provisions regarding misdemeanors, which are scattered in the legislation. The main reasons behind this tendency to decriminalize misdemeanors are to reduce the workload of the judicial authorities by removing violations with relatively low unfairness content from the jurisdiction of the judiciary and at the same time to ensure the establishment of general principles and procedures regarding misdemeanors. However, due to the authority to

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD, mekinci@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0411-3240>

** Adli Yargı Hakim ve Savcı Yardımcısı, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, m.akifozturk99@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0009-7849-8199>



impose administrative sanctions granted to the public prosecutor and the courts under the Law on Misdemeanors No. 5326, it can be stated that the purpose of reducing the workload of the judicial authorities has not been sufficiently met. At the same time, this situation causes the public prosecutor and courts to act as administrative bodies while performing judicial duties. In this study, the power to impose administrative sanctions granted to the public prosecutor under the Law on Misdemeanors No. 5326 and special laws is examined and the said power is evaluated in terms of the legal status of the public prosecutor, the principles of legal security and certainty, the tendency to decriminalize misdemeanors, the workload of public prosecutors and finally the remedy against administrative sanctions imposed by public prosecutors.

Keywords: Misdemeanor, administrative sanction, Public prosecutor, decriminalization tendency

GİRİŞ

Bir kamu hukuku dalı olarak idari düzeni tesis etme amacı güden Kabahatler Hukuku, suç olarak nitelendirilmeyen ancak bünyesinde barındırdığı haksızlık sebebiyle yaptırıma bağlanan fiilleri, bu fiiller karşısında uygulanacak yaptırımları ve yaptırımları uygulamaya yetkili makam ya da mercileri düzenlemektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu (TCK) döneminde kabahatler, suçların bir görünümü olarak düzenlenmekteydi. Bunun yanında, mevzuatta dağınık biçimde yer alan diğer kabahatler ve karşılığında uygulanacak yaptırımlara ilişkin genel hükümler içeren bir kanun da bulunmamaktaydı. Diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de gelişen “kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi” ne uygun olarak 5237 sayılı TCK ile suç olmaktan çıkarılan kabahatler, müstakil bir kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenleme altına alınmıştır. Ancak kabahatler, ilgili Kanunda yer alanlardan ibaret değildir.

Kabahatler Kanunu, kabahat kavramını “*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlamaktadır (md. 2). İdari bir işlem şeklinde karşımıza çıkan idari yaptırımlar, bu niteliklerinin de bir gereği olarak kural itibarıyla idari makamlarca tesis edilmektedir. Ancak 5326 sayılı Kanun’da kimi durumlarda yargı mercilerine de idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. Söz konusu Kanun’un, genel hükümler başlığı altındaki md. 23 ve md. 24 Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi, Kabahatler Kanunu’nda yer alan genel hükümden ibaret olmayıp bazı özel kanunlarda ayrıca tanınan yetkiler de bulunmaktadır.

Çalışmamızda, Kabahatler Kanunu ile Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi ve başvuru yoluna ilişkin düzenlemeler ele alınacak ve özel kanunlarda benzer yetkileri tanıyan hükümlere yeri geldikçe değinilecektir. Bunun dışında, idari işlem niteliğinde olan yaptırımları uygulama yetkisinin adli bir merci olan Cumhuriyet savcısına tanınmış olması nedeniyle ortaya çıkan tartışmalara değinilecek ve bu çerçevede konu; Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi, Cumhuriyet savcılarının iş yükü ve nihayet Cumhuriyet savcıları tarafından tesis edilen idari yaptırımlara karşı başvuru yolu açılarından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

I. SUÇ VE KABAHAT KAVRAMLARI

A. KAVRAMSAL BAKIŞ

Suç ve kabahat kavramları her ne kadar mahiyetleri itibariyle “haksızlık” teşkil eden fiilleri tanımlamak için kullanılıyor olsalar da karşılığında öngörülen yaptırımlar ve oluşturdıkları haksızlıkların boyutu itibariyle birbirinden farklılaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle her iki kavram ihlal etmiş oldukları hukuki değerlerin farklılaşması ve sebebiyet verdikleri ihlallerin olumsuzluk derecelerinin aynı olmaması sebebiyle birbirinden ayrılmaktadır. Yargı mercilerinin idari yaptırım uygulama yetkisi değerlendirilirken bu iki kavram arasındaki farklılıkların da ifade edilmesi ve hangi nitelikteki fiillerin suç hangi nitelikteki fiillerin ise kabahat oluşturduğunun anlaşılması gerekmektedir.

Bilindiği üzere suç kavramı ceza hukukunun temel kavramlarından birisidir. Ancak buna rağmen suç kavramı ceza kanunlarında özel olarak tanımlanmamaktadır. Ülkemizde cari olan 5237 sayılı TCK’da da suç kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde, suç kavramının maddi ve şekli olmak üzere iki farklı açıdan ele alınabileceği, maddi anlamda suç yaklaşımının fiilin haksızlık içeriğine ve cezalandırılma gereğine odaklandığı; şekli anlamda suç yaklaşımının ise biçimsel bir bakış açısıyla, fiilin karşılığında ceza veya güvenlik tedbiri öngörülüp öngörülmediğine odaklandığı belirtilmektedir¹. Suç kavramına ilişkin bu iki yaklaşımın farklı güven- celeri bünyesinde barındırması nedeniyle birlikte ele alınması daha doğru olacaktır. Bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için kanunlarca öngörülmüş olmasını yeterli gören şekli yaklaşım keyfiliği önleyici bir rol üstlenirken; maddi yaklaşım ise fiilin kanunlarda düzenlenmiş olmasının yanı sıra ihlal ettiği değerler ve toplumun beklentileri üzerinden de değerlendirmeyi gerektirmektedir². O halde suç, hukuki değerleri ihlal eden ve ihlal ettiği değerlerin önemine binaen toplum nazarında ağır bir dışlanmayla karşılaşan, karşılığında ceza ve güvenlik tedbirleri öngörülen insan davranışı olarak ifade edilebilir³.

Kabahat kavramı ise Kabahatler Kanunu md. 2’de “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır*” denilerek tanımlanmıştır. Kabahatler Kanunu’nun kabahate ilişkin tanımına bakıldığında, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını gerektiren tüm fiillerin kabahat oluşturduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak karşılığında idari yaptırımların uygulandığı disiplin suçlarına Kanun’da yer verilmemiştir. Kanaatimizce kabahatin tanımı, söz konusu md. 2 ve md.16 birlikte değerlendirilerek yapılmalıdır. Kanunun yaptırım türleri başlığını taşıyan md. 16 hükmünde; kabahatler karşılığında uygulanacak

¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 39.

² Koca ve Üzülmöz (n 1) 41.

³ Mehmet Emin Artuk ve Diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 257.



olan idari yaptırımların “idari para cezası” ve “idari tedbirler” den oluştuğu, idari tedbirlerin ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer tedbirlere karşılık geldiği ifade edilmiştir. O halde Kabahatler Kanunu’nun genel sistematığına göre kabahat kavramı “*Kanunların; karşılığında idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya diğer idari tedbirler öngörerek yaptırıma bağladığı haksızlık*” şeklinde tanımlanabilir.

Doktrinde bir eylemin kabahat ya da suç olarak tasnif edilmesine yönelik bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazara göre suç ve kabahat kavramları arasında niteliksel bir ayrım mevcut iken diğer yazarlara göre sadece niceliksel ayrım mevcuttur⁴. Niteliksel fark bulunduğunu ileri süren görüşe göre, idare hukuku ve ceza hukukunun birbirlerinden farklı birer hukuk disiplini olmaları, öngördükleri yaptırımların da nitelik olarak farklı olmasını gerekli kılmaktadır. Buna göre bir fiilin kabahat veya suç oluşturmasındaki niteliksel ayrım; yaptırım uygulanmasındaki amaç, yaptırımı uygulayan makamlar, uygulanan usuller ve ilkelere dayanmaktadır. Bu görüşe göre kabahat ve suç arasındaki farkın sadece niceliksel bir ayrımdan ibaret olduğunu kabul etmek, kabahatlerin ceza kanunlarından ayrılmasındaki amacı da işlevsiz kılacaktır.⁵ Niceliksel bir ayrımın olduğunu kabul eden görüşe göre ise, kabahat ve suç kavramları arasında niteliksel farklılıkları ortaya koymaya yönelik objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu kavramlar arasındaki tek fark, içerdikleri haksızlığın ağırlığına karşılık gelen niceliktir. Haksızlığın içeriğine göre öngörülen cezanın ağırlığı kabahat ve suç arasındaki farkı ortaya koymaktadır⁶. Kanun koyucu, bir fiili ihlal ettiği değerler ve toplumda oluşan karşılığına göre daha hafif yaptırımlarla önlemeye çalışabileceği gibi, kamu düzenini daha büyük oranda ihlal edeceğine inandığı durumlarda da daha ağır yaptırımlar öngörebilecektir. Bu tamamen kanun koyucunun yürüttüğü suç siyasetine göre oluşan bir durumdur⁷.

Türk hukukunda hâkim görüş, kabahat ve suç kavramları arasında niceliksel bir farkın olduğunu kabul eden görüştür⁸. Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesine göre de bir fiilin suç veya kabahat olarak nitelendirilmesinde izlenen suç politikası etkili olup esasen fiil her iki durumda da haksızlık teşkil etmektedir. Bu nedenle suç veya kabahat şeklinde bir tasnifin yapılması, haksızlık oluşturan fiiller arasında bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Bu tasnif, hukuka aykırı fiilin meydana getir-

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, ‘İdari Ceza Hukukunun Doğuşu ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri’ içinde İlhan Ulsan ve Funda Başaran Yavaşlar (editörler), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2009) 29 vd; Burcu Erdiñç, ‘İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması’ [2012] Ankara Barosu Dergisi 239, 243.

⁵ Erdiñç (n 4) 247.

⁶ Ali Pehlivan, *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2020) 30.

⁷ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2011) 50.

⁸ Pehlivan (n 6) 30-31.

diği haksızlığın boyutuna göre yapıldığından iki kavram arasındaki sınıflandırma da niceliksel farka dayanmaktadır⁹.

B. KABAHATLERİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMA SÜRECİ

18. yüzyılda Almanya'da başladığı ifade edilen¹⁰ *kabahatleri suç olmaktan çıkarma süreci* genel itibarıyla iki şekilde ilerlemektedir. İlk olarak, fiil suç olmaktan çıkarılmakta ve karşılığında bir yaptırım da öngörülmemekle atfedilen haksızlık yargısı kaldırılmaktadır. Diğer bir yöntem olarak, fiil suç olmaktan çıkarılmakla birlikte hukuk düzeninde haksızlık olarak değerlendirilmeye devam etmekte ve karşılığında idari yaptırım öngörülerek ayrı bir kanun içerisinde düzenlenmektedir¹¹.

Kabahat ve suç kavramları gerek fiillerin haksızlık içeriği gerekse de uygulanan yaptırımlar ve bunların sonuçları itibarıyla farklı kavramlardır. Örneğin suç karşılığında hükmolunan mahkumiyetlere ilişkin adli sicil kaydı tutulurken; kabahatlere uygulanan idari yaptırımlara ilişkin böyle bir sicil kaydı bulunmamaktadır (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md. 4/1 ve md. 5/1/c). Aynı şekilde, ceza mahkumiyeti neticesinde birtakım haklardan yoksunluk söz konusu iken (5237 sayılı TCK md. 53), idari yaptırımlar bakımından bir hak yoksunluğu düzenlenmemiştir. Bu farklılıklara rağmen, kabahat ve suç oluşturan fiiller ülkemizde uzun süre aynı kanunda (765 sayılı mülga TCK'da) düzenlenmiştir¹². Bu durum, Kabahatler Kanunu'nun kabulüne kadar devam etmiştir.

Kabahatlere ilişkin yürürlükteki hükümler arasında bir ahengin bulunmaması, idari yaptırımlara ilişkin genel bir kanuna ihtiyaç duyulması ve mevzuatta dağınık şekilde yer alan tüm kabahatlere ilişkin genel düzenlemelerle bir sistem oluşturulmaya çalışılması Kabahatler Kanunu'nun kabul edilmesinin temel gerekçeleri olmuştur¹³. Bu doğrultuda hazırlanan Kabahatler Kanunu ile kabahatler, bağımsız bir kanun çatısı altında düzenlenmiş ve böylece kabahatler hukuku bakımından teorik ve sistematik bir çerçevenin oluşturulması amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra nüfu-

⁹ Kabahatler Kanunu Genel Gerekçesi, Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 840.

¹⁰ Kayıhan İçel, 'İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi' (2011) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 117; Mahmutoglu (n 4) 31.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoglu (n 4) 30 vd.; Köksal Bayraktar, 'Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı' (1984) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 198 vd.; Soner Demirtaş, 'Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi' (2019) 21 491, 497 vd.; Selçuk Gişi, 'Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu' (2017) 8 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129, 132 vd.

¹² 765 sayılı mülga TCK'da suç, bir üst kavram olarak kullanılmış, cürüm ve kabahatler suçun görünüm şekilleri olarak kabul edilmişti. 3 ana bölümden oluşan Kanun'da, cürümler ve kabahatler ayrı bölümlerde yer almaktaydı ve md. 11'de cürümler ile kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımların neler olduğunu düzenlenmekteydi. Bu nedenle hangi fiillerin cürüm hangi fiillerin kabahat oluşturduğu hem kanunda düzenlendiği bölüme hem de öngörülen yaptırıma göre belirlenmekteydi.

¹³ Kabahatler Kanunu Genel Gerekçesi, Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 840.



sun artması, sosyolojik yapının değişmesi, ilişkilerin çeşitliliği başta olmak üzere birçok sebebe dayalı olarak artış gösteren suç işleme oranları karşısında yargısal mercilerin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir¹⁴.

Gerçekten de suç karşılığında öngörülen cezai yaptırımların doğuracağı ağır sonuçlar da göz önünde bulundurulduğunda, daha hafif nitelikteki haksızlıkların da aynı usullerle ele alınması ve böylece yargı mercilerinin idari makamlarca yerine getirilmesi gereken bir fonksiyonu da üstlenerek iş yüklerini artırmaları suçla etkin mücadelede zarar veren bir durumdur. Ayrıca daha az haksızlık içerdiği gerekçeyle kabahat olarak nitelendirilen fiillerin failleri ile; hapis cezası ve güvenlik tedbirleri gibi daha ağır yaptırımları gerektiren suç faillerinin aynı süreçten geçmesi görece hafif nitelikteki haksızlıkların faillerinin lekelenmeme hakkını da zedeleyen bir durumdur¹⁵.

Türk hukukunda kabahatlerin ceza kanunlarından çıkarılması ve müstakil bir kanun altında ele alınmasında Kabahatler Kanunu bir dönüm noktasıdır. Bu Kanun'da; kabahat olarak nitelendirilen fiiller bakımından uygulanacak genel ilkeler, kabahat karşılığındaki yaptırımların nelerden ibaret olduğu, yaptırımların uygulanmasına yönelik usuller, sorumluluğun esasları, zamanaşımı, idari yaptırımlara karşı başvuru yolları ve itiraz usulleri gibi temel meseleler düzenlenmiştir (Kabahatler Kanunu md. 1).

II. KABAHAHLER KANUNUNA GÖRE İDARİ YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ

Kabahatler Kanunu'nun dördüncü bölümü "Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları" nı düzenlemektedir. İlgili bölümde yer alan md. 22 "İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi" ni, md. 23 "Cumhuriyet Savcısının Karar Verme Yetkisi" ni ve md. 24 ise "Mahkemenin Karar Verme Yetkisi" ni düzenlemektedir. Çalışmamızın bu kısmında; idari mercilere ve mahkemelere tanınan idari yaptırım uygulama yetkisine kısaca değinilecek ve akabinde Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü, idari yaptırım uygulama yetkisi ve bu yaptırımlara karşı başvuru yolları detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

A. İDARİ MERCİLER

Kabahatler Kanunu md. 22/1'e göre, kabahatler karşılığında idari yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlileri yetkili kılınmıştır. Bir başka ifadeyle Kabahatler Kanunu sistematığında, kabahat oluşturan bir fiil karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisi kural olarak idari mercilere tanınmıştır. Esasen bu düzenleme, kabahat karşılığında uygulanan yaptırımların idari merciler tarafından verilmesiyle uyumlu bir şekilde tasarlanmıştır.

¹⁴ Ayşegül Kula, 'Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümleri' [2019] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 43, 46.

¹⁵ Gişi (n 11) 133.



rımların birer idari işlem olması ve idari işlemlerin de kural olarak idari makamlar tarafından yapılması gerekliliği nedeniyle isabetli bir düzenlemedir. Bunun yanı sıra söz konusu tercih, iş yükü fazla olan yargısal mercilerin iş yükünü hafifletmek suretiyle suçla etkin mücadelede katkı sunacak nitelikte olmuştur.

Kanunda idari kurul, makam veya kamu görevlilerinden ne anlaşılması gerektiği hususuna açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle, kabahat karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisinin kime ya da hangi mercie tanındığı hususu, ilgili kabahatin düzenlendiği kanuna bakılarak tespit edilmelidir. Bununla birlikte Kabahatler Kanunu md. 22/2'ye göre, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri bu konuda yetkili kılınmıştır. Ayrıca Kabahatler Kanunu md. 22/3'te; idari kurul, makam veya kamu görevlilerinin, ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkili oldukları belirtilmiştir.

B. MAHKEME

Kabahatler Kanunu md. 24, mahkemelerin idari yaptırım uygulama yetkisini düzenlemektedir. İlgili hükümde “*Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir*” denilerek, kovuşturma aşamasında idari yaptırım uygulanması noktasında mahkemeler yetkili ve görevli kılınmıştır. İlgili hükmün “yaptırım kararı verilir” şeklindeki emredici ifadesi, kovuşturma konusu fiilin bir kabahat oluşturması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilmesini zorunlu kılmaktadır. İleride de ifade edileceği üzere, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenleme, savcı tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesi için ilgili kamu kurum ve kuruluşunca idari yaptırım kararı verilmemiş olması gerekliliğini düzenlerken (md. 23/3); mahkemenin yetkisine ilişkin hükümde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu durum mahkeme tarafından mükerrer bir idari yaptırım uygulanabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira her ne kadar mahkemenin yetkisine ilişkin hükümde, idari yaptırım kararı verilebilmesi için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından yaptırım uygulanmamış olması şartına açıkça yer verilmemiş ise de bu durum, kabahatler hukuku bakımından da geçerli olan “non bis in idem” ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir¹⁶.

Madde metninde *kovuşturmadan* bahsedildiği için idari yaptırım kararı verme yetkisini haiz mahkemeden anlaşılması gereken ceza mahkemeleridir¹⁷. Zira kovuşturma evresi ceza muhakemesinin yargılama aşamasına karşılık gelen teknik bir tabirdir. Ceza mahkemeleri ise; genel görevli asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin yanı sıra 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

¹⁶ Murat Ekinci, ‘Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar’ (2017) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19, 47.

¹⁷ F Ebru Gündüz ve Hakan Gündüz, ‘Kabahatler Kanunu’na Göre Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemenin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi’ [2022] Adalet Dergisi 111, 117.



ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen özel görevli ceza mahkemeleridir. O halde ilgili hükmü, kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğu ve ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idari yaptırım kararı alınmadığı takdirde ceza mahkemelerinin idari yaptırım kararı vermesi gerektiği şeklinde anlamak gerekmektedir.

Mahkemenin idari yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen md. 24'ün yanı sıra Kabahatler Kanunu'nun "Tüzel kişilerin sorumluluğu" başlıklı md. 43/A hükmünde de ceza mahkemesinin idari yaptırım uygulama yetkisi düzenlenmektedir. İlgili hükmün birinci fıkrasına göre, daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı durumlarda, bir tüzel kişinin menfaatine yine o tüzel kişinin organ yahut temsilcisi tarafından ya da bu nitelikleri haiz olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kimse tarafından maddede sayılan suçların işlenmesi halinde ayrıca tüzel kişiye de idari para cezası verilecektir. İlgili hükmün ikinci fıkrasında ise bu madde kapsamında idari yaptırım uygulama yetkisinin, maddede yer alan suçlarla ilgili yargılama yapmakta olan mahkemeye ait olduğu düzenlenmektedir.

Madde metninden anlaşılabacağı üzere, tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenleyen md. 43/A hükmü, genel hükümler başlığı altında düzenlenen, mahkemenin idari yaptırım uygulama yetkisinden farklılık arz etmektedir. Zira Kabahatler Kanunu md. 24 uyarınca mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesi için, kabahat oluşturan fiilin suç olmadığının anlaşılması veya fiil suç oluşturmaya rağmen suçtan dolayı cezai yaptırım uygulanamıyor olması gerekirken¹⁸; Kanunun md. 43/A hükmü uyarınca tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilmesinin önkoşulu, maddede belirtilen katalog suçların tüzel kişi yararına işlenmiş olmasıdır¹⁹.

C. CUMHURİYET SAVCISI

Cumhuriyet savcısının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. İlgili görüşlerden hangisinin benimsendiğine göre, Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin değerlendirme de değişiklik

¹⁸ Her ne kadar Kabahatler Kanunu md. 24'te buna yönelik bir ifadeye yer verilmiyor olsa da bu sonuca yine aynı Kanunun *içtima* başlıklı 15. maddesinden ulaşılmaktadır. Kabahatler Kanunu md. 15/3: "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

¹⁹ Buna karşın bazı yazarlar Kabahatler Kanunu md. 27/7'de düzenlenen, beraat kararı üzerine verilen idari yaptırım kararından hareketle mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesi için beraate ilişkin hüküm verilmesinin gerekli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yunus Anıl Ay, '5326 Sayılı Kanun'un 23 ve 24'üncü Maddelerine Göre Cumhuriyet Savcısı ve Mahkeme 213 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Cezalarını Kesebilir Mi?' (2023) 20 Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 58, 61. Ancak ifade etmek gerekir ki başvuru yolunu düzenleyen md. 27'de mahkemeye ilişkin sadece 7. fıkra bulunmamaktadır. 5. fıkra da genel olarak mahkeme tarafından verilen idari yaptırım kararı için bir düzenleme yapılmış; 7. fıkra da ise beraat kararı ile idari yaptırım kararının bir arada bulunduğu hal düzenlenmiştir. Bu durum, mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesinin yalnızca beraat kararı verilen hallerle sınırlı olduğunun kabulü için yeterli değildir.

gösterecektir. Bu nedenle, aşağıda ilk olarak Cumhuriyet savcısının hukuki niteliğine ilişkin doktrinsel görüşlere yer verilecek, ardından Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ele alınacak ve nihayet Cumhuriyet savcısı tarafından kabahatler karşılığında uygulanan idari yaptırımlara karşı başvuru yolları incelenecektir.

1. Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü

Ceza yargılamasının en önemli süjelerinden birisi olan Cumhuriyet savcısının hukuki niteliğine yönelik ileri sürülen görüşlerden ilki, yapmış olduğu işlemlerden hareketle savcılığın idari bir makam olduğunu, diğer görüş adli bir makam olduğunu, üçüncü görüş ise savcılığın tek başına idari ya da adli bir makam olarak nitelendirilemeyeceğini, yapmış olduğu işlemler itibarıyla adli ve idari bir nitelik taşıdığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir²⁰.

Savcılığın idari bir makam olduğunu savunanlar; Anayasa md. 9'a göre yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını, Cumhuriyet savcısının ise bir mahkeme teşkilatı içerisinde yer almadığını, ceza muhakemesindeki rolünün soruşturma yürütmek, soruşturma neticesinde iddia-name düzenlemek ve kovuşturma aşamasında birtakım roller üstlenmekten ibaret olduğunu ve savcılığın herhangi bir hükümle uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yetkisinin olmadığını, bu nedenle de adli niteliği haiz bir makam olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedirler²¹. Bu görüşü savunanlara göre her ne kadar savcılık tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı, uzlaşma ve önödeme gibi yöntemler ile uyuşmazlık nihayete erdiriliyor olsa da bu hallerde yargılama yapılmamakta, sadece kanunun verdiği yetkiye dayanarak uyuşmazlık kovuşturma evresine taşınmadan sona erdirilmektedir²². Zira 5271 sayılı CMK md. 223 uyuşmazlığı sona erdiren hüküm çeşitlerini düzenlemektedir ki bu hükümler arasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı bulunmamaktadır. O halde savcılığın soruşturmayı sona erdiren kararları itibarıyla yapmış olduğu faaliyet, sadece uyuşmazlığın yargılama safhasına geçmesine mâni olan ve bu suretle soruşturmayı sona erdiren bir faaliyettir²³. Bu nedenle, savcılığın idari bir makam olduğunu savunan yazarlar savcılığın *adli alanda faaliyet gösteren idari bir makam olduğunu ve yürütmenin bir parçası olduğunu* kabul etmektedirler²⁴.

²⁰ Tuğçe Çitçi, 'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Sınırları (Yayımlanmamış Doktora Tezi)' (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 57.

²¹ Çitçi (n 20) 58.

²² Hakan Karakehya ve Murat Arabacı, 'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine' (2016) 65 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2059, 2066.

²³ Ay (n 19) 61.

²⁴ Karakehya ve Arabacı (n 22) 2067.



Cumhuriyet savcılığının hem idari hem de adli bir makam olduğunu savunanlar ise, savcının idari ve adli birtakım görevlerinin bulunmasını gerekçe göstererek, idari görevleri yönünden yürütmeye bağlı, adli görevleri yönünden ise yürütmeden bağımsız hareket eden bir makam olduğunu ifade etmektedirler²⁵. Söz konusu yazarlar; savcının adli işlemleri ile idari işlemlerinin birbirinden ayrılmakta olduğunu, idari işlemleri yönünden Adalet Bakanlığının gözetim ve denetimi altında bulunduğunu (2802 sayılı Kanun md. 5/3, 5/4), yargıyla ilgili işlemleri yönünden ise denetim ve gözetim yetkisinin ilgili başsavcılıklara ait olduğunu (2802 sayılı Kanun md. 5/1), bu bağlamda konuya yaklaşıldığında *savcılık teşkilatının organik yönden idari nitelikli ve fakat fonksiyonel yönüyle de adli nitelikli* bir makam olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedirler²⁶.

Cumhuriyet savcılığı makamının adli bir makam olduğunu savunan yazarlar ise görüşlerini, soruşturma evresinde savcılık makamınca yapılan muhakeme faaliyetleri üzerine inşa etmektedirler. Bu yazarlara göre savcılık ceza muhakemesi sürecini başlatmak suretiyle adalete hizmet eden, şüphelinin leh ve aleyhinde topladığı delilleri değerlendirerek iddia ve mütalaalarda bulunan bir makamdır. Bu yazarlar; idarenin savcı üzerinde yalnızca gözetim yetkisinin bulunduğunu, dolayısıyla savcılığın hiyerarşik yapısı itibarıyla idari bir yapıya sahip olmasının yalnızca görünüşten ibaret olduğunu, 1961 ve 1982 Anayasalarında savcılık kurumunun yürütme erki içerisinde değil yargı erki içerisinde düzenlendiğini, savcıların hakimler gibi yargılama görevi yapmıyor olmalarının onların adli görev yapmadıkları sonucunu doğurmayacağını, nitekim yargı erkine dahil tek faaliyetin yargılama faaliyeti olmadığını, Cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturma işlemlerinin de yargılama kapsamında bir faaliyet olduğunu ve nihayet bu gerekçelerin Cumhuriyet savcısının adli bir makam sayılması için yeterli nedenler olduğunu ileri sürmektedirler²⁷.

Kanaatimizce, soruşturma evresinin genel yetkili makamı pozisyonunda bulunan Cumhuriyet savcılarının; delillerin toplanması, koruma tedbirlerine başvurulması, yargılama aşamasını başlatan iddianamenin düzenlenmesi ve yargılama esnasında etkin bir rol oynayarak yargılamayı yönlendirme hususlarında yetki tanınmış olması savcılık makamının adli bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Cumhuriyet savcısının, başsavcılık müessesesinin varlığı sebebiyle mahkemeler kadar mutlak bir bağımsızlığının olmadığı ifade edilebilirse de bu durum şekli bir nitelik taşımakta olup ceza muhakemesi bakımından oldukça geniş yetkileri bulunan savcının yürütme organı içerisinde yer aldığı kabulü için yeterli değildir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın "yargı" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan md. 140 hakim ve savcılık mesleğini bir arada düzenlemektedir. O halde savcılık makamının sırf idari bağlantıları ve görevlerinin bulunmasından hareketle yürütmeye dahil olduğunu kabul etmek,

²⁵ Çitçi (n 20) 60.

²⁶ Ay (n 19) 60.

²⁷ Çitçi (n 20) 59.

kurucu iktidarın iradesiyle de çelişecektir. Bunun dışında md. 140/6 hükmü sadece savcıların değil aynı zamanda hakimlerin de idari görevlerinin bulunduğunu ve idari görevler yönünden her iki makamın da Adalet Bakanlığına bağlı olduğunu düzenlemektedir²⁸. Öte yandan Cumhuriyet savcılarının, hakimler gibi yargılama yapmaması ve kesin hüküm niteliğinde kararlar verme yetkisinin bulunmaması da onun idari bir organ olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Zira yargıya ilişkin tek faaliyet, kesin hüküm niteliğinde kararlar vermek ve uyuşmazlığı bu suretle sona erdirmek değildir. Cumhuriyet savcıları, yargılama sürecinin başat unsuru niteliğinde olan soruşturma aşamasını yürütmekle görevlidirler ki bu da ceza yargılamasının ayrılmaz bir parçasıdır²⁹. Nitekim 5271 sayılı CMK md. 225/1’de yer alan “*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, savcılık tarafından düzenlenen iddianame, mahkeme tarafından yürütülen kovuşturma aşamasının çerçevesini çizmektedir. Cumhuriyet savcılığının yürütmede yer aldığı kabulü ise ceza yargılamasının kapsamının doğrudan yürütme organı tarafından belirlendiğinin kabulü olacaktır.

Gerçekten de Cumhuriyet savcılığı makamının idari görevlerinin ve idari bir örgütünün bulunuyor olması ilgili makamın yürütmenin bir parçası olduğunu kabul etmek için yeterli bir sebep teşkil etmemektedir. Cumhuriyet savcılarının adli görevleri yönünden başsavcılık makamının denetimine tabi olması her ne kadar mahkemeler kadar bağımsız hareket edemediğine yönelik bir eleştiri olarak kabul edilebilirse de; denetimi yapan makamın da yine aynı şekilde savcılık makamı olduğu ve yürütülen denetimin yargısal bir denetim olduğu (5235 sayılı Kanun md. 18/son) göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hiyerarşinin de savcılık makamını yürütmenin bir parçası haline getirmediği sonucuna varmak mümkündür. Ayrıca 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 5/3 hükmü “*Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hâkim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir*” diyerek, savcıların da yargı yetkisinin kullanılmasına dair görevlerinin bulunduğunu açıkça ifade etmektedir. Bunun yanı sıra ilgili düzenleme hakimlerin de yargısal yetki kullanımına ilişkin haller dışında Adalet Bakanı’nın gözetimi altında olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle salt hakimlere nazaran daha yoğun idari görevlerinin olması savcılığı yürütmeye dahil bir makam haline getirmemektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki; Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesini kesin hükümle sona erdiren kararlar veremiyor olması, savcılık makamının adli niteliğinin bulunmadığının kabulü için yeterli değildir. Zira soruşturma evresinde görev yapan sulh ceza hakimleri de vermiş oldukları kararlar itibarıyla uyuşmazlığı kesin hükümle çözmekte, soruşturmayı ilerletmeye imkân veren birtakım

²⁸ 1982 Anayasası md.140/6: *Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.*”

²⁹ Özlem Çelik ve Sercan Tokdemir, ‘Kamu Davası ve Toplumsal Algılar’, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan (Beta Yayınevi 2014) 1488.



faaliyetlerde bulunmaktadır. Nitekim yargılama bir bütün olup sadece kovuşturma evresini değil, kovuşturma evresinin ön aşaması niteliğinde olan soruşturma evresini de içeren bir süreçtir. Uygulanan yaptırımlar ve koruma tedbirleri itibariyle insan haklarına yoğun bir müdahalenin olduğu ceza muhakemesi sürecinde oldukça geniş yetkilerinin bulunduğu da göz önüne alındığında, yargılamayı bu denli etkileme ve yönlendirme imkânı bulunan savcılık makamının yürütmeye dahil bir organ olarak kabulü mümkün değildir.

2. Cumhuriyet Savcısının İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi

Kabahatler karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisi, Kabahatler Kanunu ile kural olarak adli mercilerin görev alanından çıkarılmış ve idari bir süreç içerisinde tamamlanacak şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, söz konusu Kanun'da mahkemenin yanı sıra Cumhuriyet savcısı bakımından da idari yaptırım uygulama noktasında istisnai hükümlere yer verilmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun "*Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi*" başlıklı md. 23 hükmü, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin üç farklı durumu düzenlemiştir. İlgili hükmün birinci fıkrası Cumhuriyet savcısına kanunla açıkça yetki tanınan halleri; ikinci ve üçüncü fıkraları ise soruşturma evresinde yetki tanınan halleri düzenlemektedir³⁰.

Md. 23/1 hükmü gereğince Cumhuriyet savcısı, kanunda kendisine açıkça yetki tanınan hallerde kabahat karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisini haizdir. İlgili fıkra, savcının idari yaptırım uygulama yetkisinden bahsedilebilmesi için herhangi bir soruşturmanın varlığı aranmamıştır. Bir başka ifadeyle, Cumhuriyet savcısı idari bir merci gibi değerlendirilerek idari yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Cumhuriyet savcısının md. 23/1 hükmünde belirtilen, bir kabahat karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisi bakımından açıkça yetkili kılındığı durumlara çeşitli kanunlarda rastlanmaktadır:

- i. **5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 43/B:** 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun tanımlar başlıklı md. 3'te düzenlenen banka, finansal kuruluş, paranın sayım ve incelemesini yaparak bankalara destek veren kuruluşlar ile dövize ilişkin işlem yapma ehliyetini haiz şirketlere ibraz edilen paranın sahteliğinin anlaşılması halinde, 5237 sayılı TCK md.278 uyarınca, yetkili makamlar üzerinde suçu bildirme yükümlülüğü doğmaktadır. Kabahatler Kanunu md. 43/B hükmü de söz konusu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmemesi halinde

³⁰ Kabahatler Kanunu md. 23: "(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir. (2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idari yaptırım kararı verebilir. (3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idari yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idari yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir".

sayılan tüzel kişilere Cumhuriyet savcısı tarafından idari para cezası uygulanacağını düzenlemektedir.

- ii. **1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 17/son:** 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 3/1-c uyarınca, avukatlık mesleğine kabul edilebilme şartlarından birisi de avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesini almaktır. Söz konusu stajın yapılabilmesi için aranan şartların düzenlendiği md. 16 ve md. 17 ise stajyer adayları tarafından düzenlenmesi gereken dilekçe ve belgelere yer vermektedir. Kanuna göre, stajyer adaylarının Kanunda sayılan yasak hallerinin bulunmadığına ilişkin düzenlenecek bir bildiri kağıdı belgeler arasında yer almalıdır (md. 17/2). Bu bildiri kağıdının gerçeği yansıtmaması durumunda idari para cezasını uygulama yetkisi ise Cumhuriyet savcısına tanınmıştır.
- iii. **1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 35:** Hukuk düzenimizde kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gerek 5271 sayılı CMK'da gerekse diğer bazı kanunlarda bu durumun istisnaları bulunmaktadır. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 35/3 hükmü anonim şirketler ile yapı kooperatiflerinin bünyelerinde sözleşmeli avukat bulundurma mecburiyetini öngörmektedir. İlgili yükümlülüğe uymayan kuruluşlara idari para cezası verme yetkisi ise Cumhuriyet savcısına tanınmıştır.
- iv. **1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 63/2:** 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 63 hükmüne göre, baro levhasında kayıtlı olmayanlar yahut işten yasaklanmış olan avukatlar, avukatlıktan kaynaklanan yetkileri kullanamayacakları gibi şahıslarına ilişkin olanlar hariç dava ve icra işlerini de takip edemeyeceklerdir. Bunun yanı sıra, kural olarak, baro levhasında kayıtlı olmayanların avukat unvanını kullanmaları da yasaklanmıştır (md. 63/1). Söz konusu hükümde düzenlenen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında idari para cezası verme yetkisi Cumhuriyet savcısına tanınmıştır.
- v. **5941 sayılı Çek Kanunu md. 7/9:** 5941 sayılı Çek Kanunu'nun *diğer ceza hükümleri* başlıklı md. 7/9 hükmüne göre, hamiline çek defteri yaprağı kullanmadan hamiline çek düzenleyen kişi hakkında, her çek için ayrı olmak üzere Cumhuriyet savcısı tarafından idari para cezası verilecektir.
- vi. **5941 sayılı Çek Kanunu md. 7/10:** 5941 sayılı Çek Kanunu md.2, çek defteri düzenleme yetkisine sahip bankanın araştırma yükümlülüğünün kapsamını ve çek defterlerine ilişkin hususları düzenlemektedir. Hükme göre bankalar, çek hesabı açtırmak isteyen kimselerden istenen bilgi ve belgeleri on yıl süreyle saklamakla yükümlüdürler. 5941 sayılı Kanun md. 7/10 ise md. 2'de öngörülen belgelerin saklanması ve sağlanmasına ilişkin hükümlere aykırılık yahut çekin karşılıksız çıkması halinde idari para cezası uygulama yetkisini Cumhuriyet savcısına tanımaktadır.
- vii. **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 94/3:** 5271 sayılı CMK md. 94/3 hükmüne göre, ifadesi alınmak üzere düzenlenen yakalama emrine istinaden



mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kimse Cumhuriyet savcısının takdirine göre serbest bırakılabilecek, taahhüdünü yerine getirmediğinde ise Cumhuriyet savcısı tarafından bu kimseye idari para cezası verilecektir.

viii. **1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun md. 3/**

son: 1567 sayılı Kanun md.3, idari para cezasını gerektiren çeşitli fiillere yer vermektedir. Bu fiiller karşılığında uygulanacak idari para cezalarının miktarı ve uygulanma koşulları da ilgili kabahate göre değişiklik göstermektedir. Hükmün son fıkrası ise maddede belirtilen kabahatler karşılığında idari para cezası uygulama yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu düzenlemektedir.

ix. **5681 sayılı Matbaalar Kanunu md. 6:** Anayasa'nın basın hürriyeti başlıklı

md. 28 uyarınca basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. 5681 sayılı Matbaalar Kanunu'nun md. 1 hükmü de ilgili anayasal düzenlemeye uygun olarak, matbaa kurulmasının izne bağlı olmadığını ancak açılmadan evvel kurulacağı yerin en büyük mülki amirine bir beyanname verilmesi gerekliliğini düzenlemektedir. Kanun'un devam eden maddelerinde bu beyannamenin muhteviyatı ve matbaa açan kimselerin birtakım yükümlülükleri düzenlenmektedir. Belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket eden kimselere ise idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Söz konusu idari para cezasını vermeye yetkili makam ise Cumhuriyet savcılığıdır.

x. **5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu md. 15/9:** 5977 sayılı Kanun'un amacı,

genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerden kaynaklanabilecek riskleri engellemek ve biyogüvenlik sisteminin kurulması ile buna ilişkin faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir (md. 1). Kanun'un 15. maddesi, ilgili faaliyet alanına ilişkin birtakım suç ve kabahatler ile yaptırımlarını düzenlemektedir. Bu kapsamda, md.6 ve md.7'de düzenlenen hükümlere aykırı davranılması halinde idari para cezası vermeye Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır.

xi. **6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun md.**

23/3: İnsanların sosyal yaşamının önemli bir bölümünü oluşturan spor faaliyetlerinde düzeni tesis etmek amacıyla ihdas edilen 6222 sayılı Kanun'da, çeşitli kabahatler düzenlenmektedir³¹. Söz konusu kabahatler karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisi bakımından ise Cumhuriyet savcıları yetkili kılınmıştır.

Yukarıda örnek kabilinden yer verilen özel kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, Cumhuriyet savcısına çeşitli kanunlarda ve faaliyet alanlarında idari yaptırım uygulama yetkisi tanınmaktadır.

³¹ 6222 sayılı Kanun'un; şike ve teşvik primine ilişkin md. 11/7, müsabakalarda özel güvenlik görevlisi bulundurma yükümlülüğüne ilişkin md. 21/1, şiddete neden olabilecek açıklamalara ilişkin md. 22/1 ve md. 22/4 hükümleri idari para cezasını gerektiren kabahatleri düzenlemektedir.

Kabahatler Kanunu'na göre Cumhuriyet savcısına ceza soruşturması çerçevesinde tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi ise md. 23/2 ve md. 23/3'te düzenlenmektedir. Bu kapsamda;

Md. 23/2 hükmü gereğince; suç şüphesi üzerine başlatılan bir soruşturma kapsamında, kabahat teşkil eden bir fiil tespit edildiğinde savcılık tarafından idari yaptırım kararı verilebilecektir.

Md. 23/3 hükmü gereğince ise; soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde savcılık tarafından idari yaptırım kararı verilecektir.

Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen md. 23'ün ikinci ve üçüncü fıkraları arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, 2. fıkra kapsamında savcıya idari yaptırım uygulama yetkisi tanınan fiil, soruşturma konusu fiil değildir. Burada soruşturma konusu fiilin kendisi kabahat oluşturmakta, savcılık tarafından yürütülen ceza soruşturması esnasında tespit edilen ve kabahat oluşturan bir fiil bakımından yetki tanınmaktadır. İkinci olarak, ilgili düzenlemeye göre Cumhuriyet savcısı idari yaptırım uygulamak bakımından takdir yetkisini haiz kılınmıştır. Bir başka ifadeyle, ceza soruşturması kapsamında kabahat niteliğini haiz bir fiil tespit ettiği durumda bizzat idari yaptırım uygulayabileceği gibi yaptırım uygulama bakımından asıl yetkili kamu kurum ve kuruluşuna bilgi vermekle de yetinebilecektir. Buna karşılık md. 23/3 çerçevesinde Cumhuriyet savcısına tanınmış olan yetki ise bir *"bağlı yetki"* olarak düzenlenmiştir. Bu durum hükümde geçen *"...idari yaptırım kararı verir"* şeklindeki emredici ifadeden anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu hükme göre, bu şekilde bir idari yaptırım kararının verilebilmesi için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından daha önce verilmiş bir idari yaptırım kararının bulunmaması gerekmektedir. Her ne kadar 2. fıkra da böyle bir hükme açıkça yer verilmemiş ise de *"non bis in idem"* ilkesi gereğince bu durumun 2. fıkra çerçevesinde tesis edilecek idari yaptırımlar açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin Kabahatler Kanunu md. 23'te yer alan hükümler, genel kurala istisna teşkil edeceği ve bu durumun idari mercilerce idari yaptırım uygulanması gerekliliğine aykırılık oluşturmayacağı varsayılarak düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme md. 23/2 ve md. 23/3'te yer alan hükümler sebebiyle savcılık makamına idari yaptırım uygulama bakımından oldukça geniş yetkiler tanımakta ve bu durumu istisna olmaktan çıkarmaktadır. Zira Kabahatler Kanunu md. 3/1-b uyarınca bu yetki *"idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi"* yaptırımını gerektiren tüm kabahatler bakımından kullanılabilir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı hangi kanunda düzenlendiğinin bir önemi olmaksızın, asıl görevi itibarıyla yürütmüş olduğu ceza soruşturması esnasında soruşturma konusu fiil dışında bir kabahatin varlığından haberdar olması halinde idari yaptırım *uygulayabilecek* (md. 23/2) ya da soruşturma konusunu oluşturan fiilin bir kabahat teşkil ettiğini tespit

etmesi halinde *uygulayacaktır* (md. 23/3)³². Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Cumhuriyet savcısına *genel (torba) yetki* tanıdığı ifade edilebilir.

3. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Uygulanan İdari Yaptırımlara Karşı Başvuru Yolu

Kabahatler Kanunu'nun "*Başvuru yolu*" başlıklı 27'nci maddesine göre, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru mercii, kural olarak, sulh ceza hakimliğidir (md. 27/1). Bununla birlikte ilgili madde, Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından uygulanan idari yaptırımlara karşı başvuru yolu açısından özel düzenlemelere yer vermektedir. Buna göre;

İdari yaptırım kararlarının md. 24 uyarınca *mahkeme* tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilecektir (md. 27/5). Burada itiraz olarak ifade edilen müessese 5271 sayılı CMK md. 267 ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz kanun yoludur (Kabahatler Kanunu md. 29/1).

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı öngörülen başvuru yollarını ise Kabahatler Kanunu md. 23'te sayılan ihtimallere göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin md. 23/1 ve md. 23/2 hükümleri açısından başvuru yoluna dair açık bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. O halde gerek md. 23/1 uyarınca Cumhuriyet savcısının soruşturma dışında özel olarak yetkili kılınması üzerine verdiği gerekse de md. 23/2 uyarınca suç soruşturması devam ederken öğrendiği bir kabahat hakkında verdiği idari yaptırımlar bakımından öncelikle ilgili kanunlarda özel bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. İlgili kanunlarda başvuru yoluna ilişkin özel bir düzenleme yok ise idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırımlar bakımından, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza hakimliğine başvurmak gerekecektir (Kabahatler Kanunu md. 3/1-a; md. 27/1).

Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin md. 23/3 hükmü açısından ise Kabahatler Kanunu md. 27/6'da özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulandığı durumlarda, kovuşturmaya yer olmadığı kararına (KYOK) itiraz edilmişse, idari yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenecektir. Bu durumda, idari yaptırım kararının da "*Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin*

³² Kabahatler Kanunu md. 15/3 gereğince bir fiilin hem kabahat hem de suç oluşturması halinde kabahatten dolayı yaptırım uygulanabilmesi için suça yönelik yaptırımın uygulanmadığı bir halin varlığı gereklidir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı ancak böyle bir durumda soruşturma konusu fiil hakkında kabahat karşılığı idari yaptırım uygulayabilecektir.

bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğince” inceleneceği sonucuna varılmaktadır (Kabahatler Kanunu md. 27/6; 5271 sayılı CMK md. 173)³³.

KYOK’a itiraz edilmediği durumlarda ise; Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisinin ve buna ilişkin başvuru yolunun istisnai düzenlemeler olduğu ve bu hususta özel düzenlemenin bulunmadığı göz önüne alındığında, ana kural gereği, Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı, ilgili kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece, sulh ceza hakimliğine başvurulması gerektiği ifade edilmelidir (Kabahatler Kanunu md. 27/1)³⁴.

Bunun dışında, ilgili kabahatin yer aldığı mevzuatta kanun yoluna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunması (idari yargının görevli kılınması) durumunda ise idari yaptırım kararına karşı başvuru yolu bakımından kanaatimizce (Kabahatler Kanunu md. 3/1-a hükmü uyarınca) söz konusu özel hükmün uygulanması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, Kabahatler Kanunu md. 27/6 hükmü yalnızca ilgili kabahat bakımından özel bir başvuru yolunun öngörülmemiş olması ve KYOK kararına itiraz edilmiş olması şartlarının bir arada gerçekleşmesi durumunda uygulanabilecektir.

III. CUMHURİYET SAVCISINA TANINAN İDARİ YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Modern devletin vazgeçilmez niteliklerinden birisi de hukuk devleti olmasıdır. Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için birtakım kriterlerin sağlanması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu çerçevesinde Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisinin, hukuk devleti ve onun bileşenleri bakımından değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Genel olarak hukuk devleti, devlet organlarının hukuk kurallarıyla bağlı olması ve faaliyetlerini hukuka uygun şekilde yerine getirmesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuk devletinin olmazsa olmaz özellikleri arasında; kuvvetler ayrılığı, idarenin faaliyetlerinin önceden bilinebilir olması, hukuki güvenlik ve belirliliğin sağlanması gibi ilkeler yer almaktadır³⁵. Çalışmanın konusunu oluşturan Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisi, hukuk

³³ Doktrinde Kabahatler Kanunu. md. 27/6 hükmünün getiriliş amacının “*usul ekonomisi*” olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Mehmet Onursal Cin, ‘Kabahatler Hukukunda Başvuru Kanun Yolu’ (2024) 32 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1459, 1486. Ayrıca doktrinde Korkut & Otacı’ya göre; “*Kanun’un 27/6. maddesi gereğince, soruşturmaya konu eylemin mağduru, Cumhuriyet savcısının KYOK kararına itiraz edebileceği ve itirazın da CMK 173. maddeye göre değerlendirileceği düşünüldüğünde, Cumhuriyet savcısı ayrı ayrı KYOK ve idari yaptırım kararı vermek yerine tek kararda hem KYOK hem idari yaptırım uygulamalıdır. Bu karar, suçtan zarar görene tebliğ edilip, kesinleşmesi halinde infaz edilmelidir.*” Levent Korkut ve Cengiz Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 116.

³⁴ İdari yaptırım kararına karşı başvuruyu inceleyecek mercilerin her iki durumda da sulh ceza hakimlikleri olduğu göz önüne alındığında, Kabahatler Kanunu m. 27/6’daki düzenlemenin farklı sulh ceza hakimlikleri arasında ortaya çıkabilecek çelişkili kararları önlemeye yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilir.

³⁵ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (24. Baskı, Ekin Kitabevi 2019) 86.



devletin alt ilkeleriyle de bağlantılı olarak; *Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi, Cumhuriyet savcılarının iş yükü ve idari yaptırımlara karşı başvuru yolu açılarının* dan ayrı ayrı değerlendirilecektir.

A. CUMHURİYET SAVCILARININ HUKUKİ STATÜSÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Kabahatler Kanunu, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğiliminin bir neticesi olarak, idari yaptırım uygulama yetkisini kural itibarıyla idari makamlara tanımıştır. Ancak Kanun söz konusu yetkiyi idari makamlar dışında, istisnai olarak, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere de tanımıştır. Konumuz itibarıyla, Cumhuriyet savcısı tarafından tesis edilen idari yaptırımların Cumhuriyet savcısının hukuki statüsü ve bu kapsamda kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yukarıda “*Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü*” başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce Cumhuriyet savcılığı makamı, yüklenmiş olduğu görev ve kullanmış olduğu yetkiler itibarıyla idari değil adli (yargısal) nitelik taşıyan bir makamdır.

Bilindiği üzere idari yaptırımlara ilişkin genel kabul gören bir tanım bulunmaktadır. Doktrinde Özey’a göre idari yaptırım “*Yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı müeyyidelerdir*”³⁶. Anayasa Mahkemesine göre de idari yaptırım “*...idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın kanunların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlem tesis ederek uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalar(dır)*”³⁷. Danıştaya göre ise idari yaptırımlar “*...yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle verdiği kararlardır*”³⁸. Görüleceği üzere idari yaptırımlara dair doktrin ve yargı içtihatlarında yer alan tanımlar benzer nitelik arz etmektedir. İdari yaptırım kavramına dair yapılan tanımlamalarda ön plana çıkan ortak hususlar; *yargı kararına gerek olmaması, doğrudan doğruya idare tarafından uygulanması, kanunlar tarafından açıkça yetki tanınmış olması, idare hukukuna özgü usullerin kullanılması ve idari işlem şeklinde tesis edilmesidir*.

İdari yaptırımlara dair tanımlarda ön plana çıkan bir kavram olarak *idari işlem*; idare yahut idare adına hareket eden özel kişiler tarafından ya da yasama ve yargı organlarının asıl fonksiyonları dışında idari fonksiyonları çerçevesinde tesis ettiği, kamu gücünü barındıran ve muhatapları üzerinde idarenin tek taraflı iradesiyle so-

³⁶ İl Han Özey, *İdari Yaptırımlar* (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1985) 135.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, *Bülent Canoğlu* [2.B.], B. No: 2019/11051, 24/5/2023; Anayasa Mahkemesi, E. 1996/48, K. 1996/41, T. 23/10/1996.

³⁸ Danıştay 10. D, E. 2002/521, K. 2003/4772, T. 5.12.2003.

nuçlar doğuran işlemlerdir³⁹. Buna göre sadece idari mercilerin değil; yargı mercilerinin de, yargılama faaliyetleri dışında olmak üzere, birtakım idari işlemler tesis etmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda yargı mercii yargısal bir faaliyet yürütmediği için kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durum da söz konusu olmayacaktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi; yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının birbirinden bağımsız ve müstakil organlarca yürütülmesi ve bu suretle yetkiler arasında bir denge-fren mekanizması oluşturularak hukuki güvenliğin sağlanmasını amaç edinmektedir⁴⁰. Diğer bir ifadeyle bu ilkenin, temel hak ve hürriyetlerin korunması amacını taşıdığı ve bu ilke açısından aslolanın devletin üç temel organının birbirini dengelemesi olduğu ifade edilebilir⁴¹. 1982 Anayasası da başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığı ilkesinden bahsederek “*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğu...*” ifadelerine yer vermiştir. Anayasa’da da vurgulandığı üzere kuvvetler ayrılığı, devlet organları arasında kesin ve net bir ayrılıktan ziyade organlar arasında medeni bir iş bölümünden ibarettir.

Gerçekten de kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı, egemenliği kullanan devlet organları arasında yetkilerin dağıtımı ve böylece hakların daha geniş ölçüde korunmasıdır. O halde kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçekleşmesi için yasama, yürütme ve yargı organlarının görev alanlarının sadece asıl fonksiyonlarına dair işlemlerden oluşması şart değildir. Nitekim devlet organlarının *organik* ve *maddi* açılarından ele alınması da bu anlayışın bir sonucudur. Fransız hukukçu Duguit tarafından geliştirilen maddi kriter uyarınca, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarına ilişkin bir sınıflandırma yapılırken işlemlerin nitelikleri ve içeriklerinin de dikkate alınması gerekmektedir⁴². Buna göre yasama, yürütme ve yargı ayrımını esneten düzenlemeler yapılması, makul sebepler olduğu müddetçe, kuvvetler ayrılığına mugayir bir durum teşkil etmemektedir⁴³. O halde idare fonksiyonu, sadece idari merciler ve idari personel tarafından yapılan işlemlerden ibaret olmayıp; yasama ve yargı organlarının asıl fonksiyonları dışında, idari fonksiyona dair yapmış oldukları işlemleri de kapsamaktadır. Özetle idareyi maddi kritere uygun olarak fonksiyonel anlamda ele aldığımızda, yasama ve yargı organlarının idari fonksiyona ilişkin işlemler yapması kuvvetler ayrılığına aykırı bir durum oluşturmayacaktır. Ancak bu durumda gerek yasama gerekse de yargı organları tarafından yapılan idari nitelikteki işlemlerin, üstlenmiş oldukları asıl fonksiyonlarını aksatmaması ve bu fonksiyonlarından bağımsız şekilde yapılması gerekmektedir.

³⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2020) 326.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39) 101.

⁴¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (11. Baskı, Ekin Kitabevi 2019) 218.

⁴² Gözler (n 41) 233.

⁴³ Gündüz ve Gündüz (n 17) 123.



Cumhuriyet savcısına idari yaptırım uygulama yetkisi tanıyan Kabahatler Kanunu md.23/1 hükmü Cumhuriyet savcısını idari bir merci gibi *yargılama sürecinin tamamen dışında* yetkilendirmiş iken; ikinci ve üçüncü fıkraları ise *soruşturma evresi bakımından* bu yetkiyi düzenlemiştir. Daha önce de izah ettiğimiz üzere, asıl fonksiyonlarının dışında olmak kaydıyla ve makul sebeplerin bulunması şartıyla, yargısal mevkiye yer alan bir mercie idari fonksiyon icra etme görevi yüklenebilir. Buna göre; Kabahatler Kanunu md. 23/1 hükmünde “*Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir*” şeklinde ifade edilen idari yaptırım uygulama yetkisinin, yargısal süreç dışında Cumhuriyet savcısına tanınmış bir yetki olması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği ifade edilebilir. Ancak bu yetkinin istisnai durumlarda Cumhuriyet savcısına tanınması, Cumhuriyet savcısının asli fonksiyonunu aksatacak düzeye ulaşmaması ve nihayet işlemin niteliği itibarıyla Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulanmasını gerekli kılan makul ve meşru sebeplerin bulunması gerektiği de unutulmamalıdır⁴⁴.

Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3’te Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi ise md. 23/1 hükmüne nazaran farklılık göstermektedir. Zira md. 23/1 hükmünde Cumhuriyet savcısının herhangi bir soruşturma olmaksızın idari yaptırım uygulama yetkisi düzenlenmişken; md. 23/2 ve md. 23/3 hükümlerinde idari yaptırım uygulama yetkisi, Cumhuriyet savcısı açısından sadece *soruşturma işlemleri sürecinde* kullanılabilecek bir yetki şeklinde düzenlenmiştir⁴⁵. Kanaatimizce, Cumhuriyet savcısına yürüttüğü soruşturmayla bağlantılı olarak idari yaptırım uygulama yetkisi tanıyan Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri, yargı fonksiyonu ile idari fonksiyon ayrımını göz ardı etmekte ve bu durum da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁴⁶. Cumhuriyet sav-

⁴⁴ Örneğin; 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu md. 15 kapsamında Cumhuriyet savcısına tanınan idari para cezası uygulama yetkisi ile elde edilmek istenen amacı anlamak oldukça güçtür. İlgili Kanun ile, genetik yapısı değiştirilmiş organizma ve ürünlerden kaynaklanabilecek risklerin engellenmesi ve biyogüvenlik sisteminin tesisi amaçlanmaktadır. Böylesine uzmanlık gerektiren teknik bir alandaki kabahatlere karşı idari para cezasını uygulama yetkisinin ilgili idari merci yerine Cumhuriyet savcısına tanınmış olmasının makul ve meşru sebeplere dayandığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

⁴⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi de “*idari yaptırım kararının idari makam ve mercilerce değil de soruşturma konusu fiilin suç olmayıp kabahat olarak değerlendirilmesi sonucu Cumhuriyet Başsavcılığınca verildiği dikkate alındığında, kararın idari işlemde çok, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması sonucu verilen ceza niteliğini taşıdığı açık olduğundan*” diyerek, Cumhuriyet savcısı tarafından Kabahatler Kanunu md. 23/3 hükmüne istinaden uygulanan idari yaptırım kararının yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması anlamına geldiğini ifade etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2015/626, K. 2015/754, T. 30.11.2015.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Gündüz ve Gündüz (n 17) 123–128; Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku* (Asil Yayınevi, 2006) 177; Ali Ulusoy, ‘Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi’ (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu 2008) 33–35; Aydın Gülan, ‘Kabahatler Kanunundan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim’ (2006) 1 MESS Sicil 159, 161.

cısına idari yaptırım uygulama yetkisi veren ilgili düzenlemenin uygulamada pratik bazı yararları olabilirse de asıl görevi yargı fonksiyonu ifa etmek olan Cumhuriyet savcısına bu yönde kararlar alma yetkisinin tanınmış olması idari fonksiyon ve yargısal fonksiyonların iç içe geçmesi sonucunu doğurmakta ve bu durum da büyük bir kargaşaya sebebiyet verme ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır⁴⁷. Ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından tesis edilecek idari yaptırımlar açısından; hizmet kusuru, idarenin mali sorumluluğu, kamu görevlisinin şahsi ve mali sorumluluğu konularında çıkabilecek sorunlar da meselenin ayrı bir boyutunu oluşturmaktadır⁴⁸.

Ancak Anayasa Mahkemesi, Kabahatler Kanunu md. 23'e ilişkin yapmış olduğu bir değerlendirmede; Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisinin istisnai bir düzenleme olduğunu, kabahatler karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisinin esas itibarıyla idari mercilere ait olduğunu, ilgili düzenlemenin amacının Cumhuriyet savcılıklarınca haberdar olunan kabahatlere dair görevsizlik kararı verilmek suretiyle sürecin uzatılmasının önüne geçilmek olduğunu belirtmiş ve bu yönüyle de Anayasa md.141'de yer alan ve davaların en az giderle ve mümkün olduğu süratle sonuçlandırılmasını öngören kurala uygun olduğuna hükmetmiştir⁴⁹. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı eleştiriye açıktır. Zira Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) ya da Elektronik Bilgi Yönetim Sistemi (EBYS) gibi elektronik iletişim vasıtaları, ülkemiz sathında yargısal ve idari merciler arasındaki entegrasyonu hızlı ve süratli bir şekilde sağlayabilmektedir. Dolayısıyla bu durum, Anayasa Mahkemesi kararında dile getirilen “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması” yönündeki anayasal ilkenin ihlal edilebileceğine yönelik tereddütleri gidermektedir. Kaldı ki Anayasa md.141'de ifadesini bulan ilgili düzenleme “Yargı” başlığı altında yer alan bir düzenleme olup bu hüküm teknik anlamda “davalar” bakımından geçerlidir. Bir başka ifadeyle, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesinin, niteliği itibarıyla idari işlem olan idari yaptırımlar açısından uygulanabilirliği de bulunmamaktadır⁵⁰.

B. HUKUKİ GÜVENLİK VE BELİRLİLİK İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk düzeni içerisinde yaşamlarını idame ettiren insanların, hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilmesini ve davranışlarını buna göre şekillendirme imkanına sahip olmasını gerektiren bir ilkedir⁵¹. Belirlilik ilkesi ise, hukuki güvenlik ilkesi ile yakından ilişkili bir ilke olup; bireylerin hangi fiillere hangi hukuki yaptırımların veya sonuçların bağlandığını ve bunların devlete ne tür

⁴⁷ Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013) 201–202; Gülan (n 46) 161.

⁴⁸ Ulusoy (n 46) 33.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2005/108, K. 2006/35, T. 01/03/2006.

⁵⁰ Gündüz ve Gündüz (n 17) 128.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Ekinci, *İdari İstikrar İlkesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 85 vd.



bir müdahale yetkisi verdiğini bilmelerini gerektirmektedir⁵². Hukuk kurallarının önceden bilinebilirliği ise bu kuralların sadece varlığından haberdar olunmasını değil, aynı zamanda kuralların uygulama şartlarının, kapsamının ve hangi hallerde uygulanacaklarının bilinmesini gerektirmekte ve nihayet bu durum da hukuk kurallarının ve özellikle yaptırım içeren mevzuatın belirli bir düzen ve istikrar içerisinde uygulanmasını zorunlu kılmaktadır⁵³.

Bilindiği üzere Kabahatler Kanunu md. 16'ya göre, kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar idari para cezası ve idari tedbirlerden; idari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer tedbirlerden oluşmaktadır. Bu yaptırımlardan en sık uygulananı ise idari para cezalarıdır⁵⁴. Bu nedenle konunun idari para cezaları özelinde ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

İdari para cezalarının miktarının belirlenmesi bakımından üç farklı düzenlemeden bahsedilebilir⁵⁵. İlk olarak idari para cezalarının miktarı kanunlarda *maktu şekilde* belirlenmiş olabilir. Örneğin Kabahatler Kanunu md. 34 hükmü, kumar oynayan kişiye bin Türk lirası idari para cezası verileceğini öngörerek cezayı maktu şekilde belirlemiştir. İkinci olarak idari para cezaları *nispi (oransal) şekilde* de belirlenmiş olabilir. Örneğin 5253 sayılı Dernekler Kanunu md. 32/1/c hükmü “*Yurt dışı yardım bankalar aracılığıyla almayan dernek yöneticilerine, bu şekilde alınan paranın yüzde yirmi beşi oranında idarî para cezası verilir*” diyerek, idari para cezası miktarını oransal şekilde belirlemiştir. Son olarak idari para cezalarının miktarına ilişkin düzenlemeler *alt ve üst sınırların kanunda gösterilmesi* şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin Kabahatler Kanunu md. 41/4 hükmü “*İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir*” diyerek, verilecek idari para cezası miktarı açısından bir alt ve üst sınır belirlemiştir.

Cumhuriyet savcısının Kabahatler Kanunu md. 23/1 hükmü çerçevesinde müstakil olarak yetkilendirildiği ve karşılığında idari para cezası öngörülen kabahatler açısından (Cumhuriyet savcısının o konuda yetkilendirilmiş olması makul bir sebebe dayandığı müddetçe) hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir durumun oluşmayacağı söylenebilir. Bu hususta öngörülen para cezası türünün maktu, nispi ya da alt-üst sınırları belirlenmiş olmasının bir önemi olmayacaktır.

Cumhuriyet savcısının Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri çerçevesinde bir ceza soruşturması ile bağlantılı olarak yetkilendirildiği durumlarda ise konunun idari para cezasının türüne göre farklı şekillerde el alınması gerekmektedir:

⁵² Berrin Akbulut, *Kabahatler Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 128.

⁵³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 39) 108.

⁵⁴ Ekinci (n 16) 22.

⁵⁵ Kabahatler Kanunu md. 17/1-2: “İdari para cezası, maktu veya nispi olabilir. İdari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.”

Öncelikle ifade etmek gerekir ki gerek *maktu* gerekse de *nispi* para cezaları bakımından bu yaptırımlara karar verecek mercilerin miktarı belirleme hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, maktu ve nispi idari para cezalarının miktarını belirleme noktasında yapılacak bir değerlendirmede, idari merci ya da Cumhuriyet savcısının para cezası miktarını belirlemiş olması arasında bir farklılığın oluşmayacağı ve Cumhuriyet savcısının miktarı belirlemiş olmasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedelemeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte, yaptırımın uygulanmasını gerektiren eylemlerin nelerden ibaret olduğunun tespiti hususundaki sakınca ise varlığını korumaktadır. Zira Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3'teki düzenlemeler, aslen idari mercilerin görevli olduğu kabahatler bakımından idari merciler dışında Cumhuriyet savcısına da yetki tanıdığından; konuya dair teknik uzmanlık ve uygulama birikimi bulunmayan Cumhuriyet savcısı ile bu birikime sahip idari mercilerin aynı eylemleri farklı şekilde nitelendirmesi kaçınılmaz olacaktır. Başka bir ifadeyle, yetkili idari merciye göre kabahat oluşturmayan bir eylem, faaliyet alanına yabancı olan Cumhuriyet savcısı tarafından kabahat olarak nitelendirilerek maktu ya da nispi para cezası uygulanabilecektir.

Cumhuriyet savcısı tarafından, idari para cezası miktarının kanunda belirtilen *alt ve üst sınırlar arasında* tayin edildiği durumlarda ise hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin zarar görme ihtimali yüksektir. Zira, alt ve üst sınırları gösterilen idari para cezalarının miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin Kabahatler Kanunu md.17/2'de yer alan "*idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur*" şeklindeki düzenleme, idari para cezasının miktarının belirlenmesi hususunda subjektif birtakım unsurların nazara alınmasını gerekli kılmaktadır. Buna göre, yaptırım miktarının subjektif unsurlara göre belirlenecek olması durumu da göz önünde bulundurulduğunda; Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 uyarınca Cumhuriyet savcılarının tanınan *genel (torba) yetkinin* hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil edeceği, zira aynı konuda hem idari mercilerin hem de Cumhuriyet savcılarının yetkilendirilmiş olmasının aynı eylemin farklı nitelendirilmesi sakıncasının yanı sıra aynı eylemler karşısında farklı miktarlarda idari para cezalarının uygulanmasına da yol açacağı söylenebilir.

C. KABAHAHLERİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI EĞİLİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet savcısına, ceza muhakemesi işlemlerinin gerçekleştiği bir süreç içerisinde idari yaptırım uygulama yetkisinin tanınmış olması, kanaatimizce, Kanun'un ihdas ediliş amacı olan adli yargı mercilerinin iş yükünü azaltma, idari yaptırımlara dair yeknesaklık oluşturma ve kabahatlerin idari bir süreç içerisinde yaptırıma tabi tutulmasını sağlama gibi amaçlara aykırılık teşkil etmektedir.

Doktrinde Kabahatler Kanunu md. 23 düzenlemesi ile ilgili olarak değerlendirilmelerde bulunan *Yurtcan*'a göre de "*Maddenin temel yaklaşımı eleştirilmelidir.*



Yasakoyucunun kabahatler konusunda özel bir yasa çıkarmasının anlamı ve amacı bellidir. Kabahatleri ayrı bir yapılanma içinde düzenlemek, kabahatleri belirlemek, yaptırımları koymak, karar yetkisini ve sorumluluğunun temellerini oluşturmak, başvuru yollarını ve infaz gerçekleştirmek, bu bakışın ve tavrın ürünüdür. Bu yapılanma içinde bir nokta göz ardı edilemez. O nokta şudur: Bütün bu mekanizma adliye dışında yapılacak ve çalışacaktır. Bu nedenle, maddenin temelinde bir aksaklık söz konusudur. Cumhuriyet savcısının bu işin içine karıştırılması doğru değildir. Savcının bu konunun dışında olması gerekir. Bu nedenle maddenin yasadan çıkarılması gerekir ya da savcının olayın işin içinde görev görmesi en aza indirilir. Bu konuda öngörülecek olan ilke şu olabilir: Savcı bir olayla ilgili olarak hazırlık soruşturması yapılırken, bir kabahatin söz konusu olduğunu tespit ettiğinde, dosyayı idareye aktarmalı ve işin içinden çıkmalıdır. Yasanın yaklaşımı bu değildir”⁵⁶.

Gerçekten de Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve 23/3 hükümleri Cumhuriyet savcısına, ceza soruşturması sürecinde idari yaptırım uygulamak bakımından *genel (torba) yetki* tanımakta ve kabahat teşkil eden fiilin niteliğini ya da hangi konu ile ilgili olduğunu nazara almamaktadır. Bunun da ötesinde Kanun, md. 23/3 hükmü ile Cumhuriyet savcılarını “*idari yaptırım kararı verir*” demek suretiyle *bağlı yetki* içerisine sokmakta ve herhangi bir takdir yetkisi de tanımayarak idari yaptırım uygulama noktasında mecbur kılmaktadır. Ayrıca Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen Kabahatler Kanunu md. 23’ün bu haliyle kendi içerisinde bir çelişki barındırdığı da ifade edilebilir. Zira md. 23/1 hükmünde Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı verebilmesi için “*kanunda açıkça hüküm bulunması*” şart olarak belirtilmişken; md. 23/2 ve md. 23/3 hükümlerinde Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı verebilmesi için ilgili kanunlarda açıkça bir yetkilendirmenin varlığı şartı aranmamış ve uygulanacak idari yaptırımın konusundan ve mevzuat düzenlemelerinden bağımsız olarak Cumhuriyet savcısına *genel (torba) yetki* tanınmıştır.

Özetle, Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri; özel bilgi ve teknik uzmanlık gerektiren konularda dahi Cumhuriyet savcısınca idari yaptırım uygulanabilmesini / uygulanmasını öngörerek, idari yaptırımların idari mercilerce idari prosedürlere uygun olarak tesis edilmesi amacına aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum da kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimiyle çelişmektedir.

D. CUMHURİYET SAVCILARININ İŞ YÜKÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Ülke nüfusunun artması, şehirleşme oranının yükselmesi, teknolojinin gelişimi-ne bağli olarak suç çeşitliliğinin fazlalaşması ve suç işlemenin kolaylaşması gibi sebeplerle suç işleme oranları ve bunun neticesinde de yargı mercilerinin iş yükü

⁵⁶ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu* (2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği 2016) 157–158.

giderek artmaktadır⁵⁷. Artan iş yükünün azaltılabilmesi ve yargılamaların makul sürede sonuçlandırılabilmesi amacıyla; Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP), Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) ve Elektronik Belge Yönetim Sistemi (EBYS) gibi teknolojik altyapılar kullanılmakta; ceza muhakemesinde uzlaşma ve önödeme gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile uyuşmazlıkların mahkeme önüne gitmeden (henüz soruşturma aşamasındayken) son bulması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunların yanı sıra, yargı mercilerinin iş yükünün azaltılmasına katkı sunması amacıyla bir dizi akademik sempozyum tertip edilmekte, uzun tutukluluk ve yargılama süreleri konusunda AYM ve AİHM tarafından verilen ihlal kararlarına ilişkin meslek içi eğitim programları düzenlenerek hakim ve savcılar bilgilendirilmekte ve bu suretle yargılama sürelerinin kısaltılması, derdest dosya sayısının azaltılması ve nihayet yargı mercilerinin iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir.

Yargı mercilerinin ve bu kapsamda Cumhuriyet savcılarının iş yükünün azaltılmasına ilişkin bütün bu çabalar ile; Kabahatler Kanunu md. 23 çerçevesinde Cumhuriyet savcılarının tanınan idari yaptırım uygulama yetkisinin birbiriyle çeliştiği ifade edilebilir. Zira karşılığında idari yaptırım öngörülen kabahatler *idari düzeni*⁵⁸ ihlal eden fiiller olup bu fiillere karşı idari merciler tarafından yaptırım uygulanması gerekli ve yeterlidir. Bu noktada idari mercilerin yanı sıra Cumhuriyet savcılarının da görevli ve yetkili kılınmış olması, Cumhuriyet savcılarının açısından gereksiz bir iş yüküne sebebiyet vermektedir⁵⁹. Uygulamada ağır ceza merkezlerinde bulunan bazı Cumhuriyet başsavcılıklarında *idari yaptırım bürosu* adı altında birimlerin oluşturulduğu ve bu birimlerde Cumhuriyet savcılarının istihdam edildiği⁶⁰; büro ayrımının olmadığı başsavcılıklarda ise iş bölümü yapılmak suretiyle mevcut iş gücünün dağıtıldığı görülmektedir. Bu durum da adli suçlarla ilgili soruşturma işlemlerinin uzamasına ve etkin soruşturma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilememesine yol açmaktadır.

Özetle, Kabahatler Kanunu md. 23/2 çerçevesinde Cumhuriyet savcısına idari yaptırım uygulama noktasında genel (torba) yetki tanınması ve md. 23/3 çerçevesinde Cumhuriyet savcısının bağlı yetki ile zorunlu kılınmış olması Cumhuriyet savcılarının iş yükünü gereksiz bir şekilde artırmaktadır. Bu hususta yapılması gereken; makul ve meşru sebeplerin bulunduğu ve müstakil olarak Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulamasının gerekli görüldüğü istisnai hallerde özel

⁵⁷ UYAP İstatistik Bilgi Sistemi'ne göre, 2024 yılı içerisinde Cumhuriyet Başsavcılıklarına ait toplam soruşturma sayısı 5.732.729'dur. Bu rakam Cumhuriyet savcılarının iş yüklerinin ne kadar ağır olduğunu gösteren çarpıcı bir veridir. Cumhuriyet başsavcılıklarının soruşturma sayılarının yıllara göre değişimini gösteren grafik ve diğer detaylı bilgiler için bkz. UYAP İstatistik Bilgi Sistemi (<https://istatistikler.uyap.gov.tr/>).

⁵⁸ "İdari cezalar idari düzene aykırı davranışlar için uygulanan cezalar olup, idari düzenin sağlanmasına yöneliktirler." Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2011) 233.

⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Muharrem Civan, 'Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi' (2024) 4 AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 497, s. 525-526.

⁶⁰ Gündüz ve Gündüz (n 17) 128-129.



kanunlarla Cumhuriyet savcısına yetki tanınması; bunun dışındaki hallerde ise Cumhuriyet savcısına idari yaptırım uygulama görev ve yetkisi verilmemesi ve bu suretle Cumhuriyet savcılarının adli görevlerine yoğunlaşmalarının sağlanmasıdır.

E. CUMHURİYET SAVCILARI TARAFINDAN TESİS EDİLEN İDARİ YAPTIRIMLARA KARŞI BAŞVURU YOLU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Kabahatler Kanunu md. 23/1 ve md. 23/2 gereğince Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan idari yaptırımlara karşı başvuru yolu bakımından ilgili kanunlarda özel bir düzenleme varsa bu başvuru yoluna, aksi takdirde md. 27/1 gereğince sulh ceza hakimliğine başvurulması gerektiğini; Kabahatler Kanunu md. 23/3 çerçevesinde uygulanan idari yaptırımlar noktasında ise KYOK kararına itiraz edilip edilmemesine ve özel bir düzenlemenin bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ve KYOK kararına itiraz edilmiş ise ilgili kabahat bakımından özel bir başvuru yolunun öngörülmemiş olması şartıyla uyuşmazlık konusu idari yaptırımın da itirazı inceleyen sulh ceza hakimliğince inceleneceğini, KYOK kararına itiraz edilmediği durumlarda ise yine ilgili kanunlarda özel bir düzenleme yok ise md. 27/1 gereğince sulh ceza hakimliğine başvurulması gerektiğini daha önce ifade etmiştik (Kabahatler Kanunu md. 3/1-a, md. 27/1 ve md. 27/6).

Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin Kabahatler Kanunu'nda yer alan md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri uygulamada başvuru yolları açısından çeşitli problemlere sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira ilgili düzenlemeler, aynı türden konu hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından yaptırım uygulanması halinde başvurulacak yol ile; idari merciler tarafından yaptırım uygulanması halinde müracaat edilecek başvuru yolu açısından çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına yol açabilecek niteliktedir.

Örneğin ortaya çıkabilecek tartışmalardan biri, ilgili kanunda idari yaptırım uygulama yetkisinin kamu kurum ve kuruluşlarına tanınarak başvuru yoluna ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiş olmasına karşın, Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 uyarınca Cumhuriyet savcısının aynı türden idari yaptırım uygulaması halinde başvuru yolunun nasıl belirleneceğine ilişkindir. Konu ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, 2872 sayılı Çevre Kanunu'ndan kaynaklanan bir suç duyurusunda bulunulmuş ve Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma neticesinde soruşturma konusu fiilin suç olmayıp kabahat olarak değerlendirilmesi sonucu şüpheli hakkında KYOK kararı verilmiş ve Kabahatler Kanunu md. 23/3 uyarınca da idari para cezasına hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirme neticesinde *“dava konusu olayda; idari yaptırım kararının idari makam ve mercilerce değil de soruşturma konusu fiilin suç olmayıp kabahat olarak değerlendirilmesi sonucu Cumhuriyet Başsavcılığınca verildiği dikkate alındığında, kararın idari işleminden çok, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması sonucu verilen ceza niteliğini taşıdığı açık olduğundan, davanın çözümünün, Kabahatler Kanununu hükümleri uyarınca adli yargı yerine ait olduğu*

sonucuna varılmıştır” diyerek, 2872 sayılı Kanunda başvuru yolu olarak idari yargı görevli kılınmış olmasına rağmen adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir⁶¹.

Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu kararından hareketle; gerek Kabahatler Kanunu md. 23/2 hükmü gerekse de md. 23/3 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan idari yaptırımlara karşı başvuru yolu açısından istikrarsız bir uygulamanın ortaya çıkacağı ifade edilebilir. Zira, Uyuşmazlık Mahkemesi kararı esas alınır ise; belirli bir kabahat karşılığında idari yaptırım uygulama yetkisinin özel kanunlar gereğince idari mercilere tanındığı ve başvuru yolu olarak idari yargının görevli kılındığı durumlarda, idare tarafından uygulanan kararlara karşı idari yargıya müracaat edilebilecek iken; aynı konuda md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulanması halinde ise adli yargıya müracaat edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla kabahat teşkil eden eylemler ile bu eylemler karşılığında uygulanan yaptırımların niteliği aynı olmasına rağmen, idari yaptırım kararını uygulayan makamın Cumhuriyet savcısı ya da idari merci olmasına göre başvuru yolları değişmiş olacaktır.

Kanaatimizce, idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolu, yaptırım yetkisini kullanan merciye göre değil ilgili kabahatin düzenlendiği kanundaki özel düzenlemelere göre belirlenmelidir. Nitekim Kabahatler Kanunu’nun “*Genel Kanun Niteliği*” başlıklı md. 3/1-a hükmü “*Bu Kanunun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanır*” demektedir. Buna göre, Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen somut olay ile ilgili olarak Kabahatler Kanunu md. 3/1-a ve 2872 sayılı Kanun md. 25/2⁶² hükümleri göz önünde bulundurulduğunda; 2872 sayılı Kanun m. 20/j⁶³ hükmünde belirtilen idari para cezasının Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanması halinde de ilgili kararın kanun yolu incelemesi açısından idari yargının görevli olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁶⁴.

⁶¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2011/265, K. 2012/65, T. 09.04.2012. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2008/101, K. 2009/164, T. 06.07.2009.

⁶² 2872 sayılı Çevre Kanunu md. 25/2 : “İdarî yaptırım kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde idare mahkemesinde dava açılabilir. Dava açmış olmak idarece verilen cezanın tahsilini durdurmaz.”

⁶³ 2872 sayılı Çevre Kanunu md. 20/j : “*Kanunda ve yönetmelikte öngörülen yasaklara veya standartlara aykırı olarak veya önlemleri almadan atıkları toprağa verenlere 24.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir.*”

⁶⁴ Bununla birlikte Danıştay da bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesinin görüşünü esas almış ve somut olayda Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen idari yaptırım kararının “*idari işlem den çok, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması sonucu verilen ceza niteliğini taşıdığı*” gerekçesiyle, davanın çözümünün adli yargı yerine ait olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Danıştay 15. D., E. 2013/8768, K. 2014/488, T. 5.2.2014. Ayrıca doktrinde de bu yönde görüş beyan eden yazarlar olmuştur. Örneğin Kangal’a göre; Cumhuriyet savcısının soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu kanaatine varması üzerine, kovuşturmayla yer olmadığı kararının yanı sıra, idari yargının görev alanına giren bir idari yaptırım kararı da vermesi halinde söz konusu idari yaptırım kararına karşı kanun yolu açısından (Cumhuriyet savcısının adli yargının bir organı olması sebebiyle) idari yargıya değil adli yargıya gidilmesi gerekmektedir. Bkz. Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku* (3. Baskı,

SONUÇ

Kabahatlere ilişkin genel hükümler içeren Kabahatler Kanunu, md. 3'te çizilen sınırlar çerçevesinde kabahatler açısından genel kanun niteliği taşımaktadır. Kanun'un 2. maddesinde kabahat kavramı *"kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık"* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak Kanun'un genel sistemi nazara alındığında kabahat kavramını *"Kanunların; karşılığında idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya diğer idari tedbirler öngörerek yaptırımı bağladığı haksızlık"* şeklinde tanımlamak daha doğru olacaktır.

Suç ve kabahat kavramları, muhteviyatlarında haksızlık barındırmaları noktasında benzerlik gösterse de karşılığını oluşturan yaptırımlar ve taşıdıkları haksızlık düzeyi itibariyle birbirinden farklılaşmaktadır. Karşılığında hapis veya adli para cezası ya da güvenlik tedbiri öngörülen fiiller suç oluştururken; bunun dışında kalan ve idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya kanunlarda yer alan diğer idari tedbirlerin uygulandığı fiiller ise kabahat niteliğindedir. Her ne kadar doktrinde, kabahat ve suç kavramları arasındaki ayrımın *niteliksel* bir ayrım olduğunu ileri süren görüşler bulunsun da; Kabahatler Kanunu'nda benimsenen ve Türk hukukunda hakim olan görüş söz konusu ayrımın *niceliksel* bir farka dayandığını ifade eden görüştür.

Kabahatler Kanunu'na göre, idari yaptırım kararı verme yetkisi kural olarak idari mercilere tanınmış bir yetkidir (md. 22/1). Ancak md. 23 ile Cumhuriyet savcısına ve md. 24 ile de ceza mahkemelerine bazı durumlarda idari yaptırım uygulama yetkisi tanınarak bu kurala istisna getirilmiştir. Dolayısıyla, kabahat teşkil eden fiiller açısından 765 sayılı mülga TCK döneminde yargısal mercilere tanınan yaptırım uygulama yetkisi, Kabahatler Kanunu döneminde de kısmen korunmuştur.

Kabahatler Kanunu md. 23 hükmü, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin üç farklı durumu düzenlemektedir. Buna göre ilk olarak, kanunun kendisine açıkça yetki tanıdığı hallerde Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı verebilecektir. İlgili düzenleme bakımından Cumhuriyet savcısı idari bir makam gibi değerlendirilmiş ve yetkinin doğumu için herhangi bir suç soruşturmasının varlığı aranmamıştır. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen md. 23/2 ve md. 23/3 hükümlerinde bu yetki suç soruşturması üzerinden ele alınmıştır. Md. 23/2 uyarınca, bir kabahatin işlendiğini suç soruşturması kapsamında öğrenen Cumhuriyet savcısı, ilgili kabahat için kendisi idari yaptırım uygulayabileceği gibi durumu ilgili idareye de bildirebilecektir. Md. 23/3 uyarınca ise, suç soruşturmasının konusunu teşkil eden fiilin kabahat

Adalet Yayınevi 2022) 474. Ancak kanaatimizce bu görüş; uygulanan idari yaptırımın niteliğinden çok idari yaptırımı uygulayan kamu görevlisinin statüsüne göre bir değerlendirme yapması ve ayrıca Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına dair kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanabileceğini öngören md. 3/1-a hükmünü de göz ardı etmesi sebebiyle isabetli değildir.

oluşturması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım kararı verilmesi gerekecektir.

Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırımlar hakkında başvuru yoluna ilişkin md. 27 hükmü uyarınca, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırım kararlarına karşı sulh ceza hakimliklerine başvurulabilecektir. Başvuru yoluna ilişkin ilgili düzenleme, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır (Kabahatler Kanunu md. 3/1-a). Kural bu olmakla birlikte, soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğunun anlaşılması üzerine md. 23/3 çerçevesinde Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanacak idari yaptırımlar bakımından özel düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı tarafından md. 23/3 gereğince uygulanan idari yaptırım kararının yanı sıra KYOK kararına da itiraz edilmişse her iki itiraz, 5271 sayılı CMK md. 173'te özel olarak gösterilen sulh ceza hakimliği tarafından incelenecektir (md. 27/6).

Kabahatler Kanunu'nda Cumhuriyet savcısına tanınmış olan idari yaptırım uygulama yetkisini; *Cumhuriyet savcılarının hukuki statüsü, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi, Cumhuriyet savcılarının iş yükü ve Cumhuriyet savcıları tarafından uygulanan idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolu* açılarından değerlendirdiğimizde şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

Yargısal mevkiye bulunan bir mercie, asli fonksiyonlarının dışında olması ve makul sebeplerin bulunması şartıyla idari fonksiyon icra etme görevi yüklenebileceğinden, Kabahatler Kanunu md. 23/1'de "*Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir*" şeklinde belirtilen ve Cumhuriyet savcısına yargısal süreç dışında idari yetki tanıyan bu düzenlemenin kuvvetler ayrılığına ve Cumhuriyet savcısının adli (yargısal) nitelikteki hukuki statüsüne aykırı olmadığı ifade edilebilir. Ancak söz konusu yetkinin istisnai durumlarda tanınması, işlemin niteliği itibarıyla Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulanmasını gerekli kılan makul ve meşru sebeplerin bulunması ve nihayet söz konusu yetkinin Cumhuriyet savcısının asli fonksiyonunu aksatacak düzeye ulaşmaması gerektiği unutulmamalıdır. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısına idari yaptırım uygulama yetkisini ceza soruşturmasıyla bağlantılı olarak tanıyan Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri, yargısal ve idari fonksiyon ayrımını göz ardı ederek söz konusu fonksiyonların iç içe geçmesine sebep olmakta ve bu nedenle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İdari yaptırım türleri içerisinde en sık başvuru alan idari para cezaları açısından konuyu ele aldığımızda; maktu ve nispi idari para cezalarının miktarını belirleme hususunda Cumhuriyet savcısına tanınan yetkinin, kural olarak, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmediği ve fakat idari para cezası miktarının alt ve üst sınırlar çerçevesinde belirleneceği durumlarda söz konusu ilkelerin zarar görebileceği belirtilmelidir. Zira maktu ve nispi idari para cezalarının miktarı doğrudan kanun tarafından tayin edilirken; miktarın alt ve üst sınır çizilmek suretiyle



belirlendiği durumlarda ceza miktarının tayini ilgili merciin takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla, asıl görev alanı ceza soruşturması ve yargılaması olan Cumhuriyet savcısının, teknik uzmanlık ve uygulama birliği gerektiren bir hususta ilgili idari merciin yerine geçerek yaptırım miktarını belirlemesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyebilecek niteliktedir. Ayrıca Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 uyarınca Cumhuriyet savcılarının idari yaptırım uygulama noktasında *genel (torba) yetki* tanınmış olması ve esasen idari mercilerin görev alanına giren konularda Cumhuriyet savcısının da yetkilendirilmiş olması, aynı nitelikteki eylemlerin farklı şekilde değerlendirilmesine ve benzer eylemler karşısında farklı uygulamaların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

İdari yaptırımlar bakımından idari mercilerin yanı sıra Cumhuriyet savcılarının da yetki tanıyan Kabahatler Kanunu md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri, aynı türden konu hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından yaptırım uygulanması halinde müracaat edilecek başvuru yolu ile, idari merciler tarafından yaptırım uygulanması halinde müracaat edilecek başvuru yolu açısından çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim idari yaptırım uygulama yetkisinin özel kanunlar gereğince idari mercilere tanındığı ve bu kararlara karşı başvuru yolu açısından idari yargı mercilerinin görevli kılındığı durumlarda, md. 23/2 veya md. 23/3 hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım uygulanması üzerine adli yargıya mı yoksa idari yargıya mı gidileceği hususu uygulamada tereddütlere yol açmakta ve bu husus Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına konu olabilmektedir.

Kabahatlere ilişkin genel esasların belirlenmesi, uygulama birliğinin sağlanması, kabahatlere karşı idari yaptırım uygulama yetkisinin idari mercilere bırakılması ve bu suretle yargısal mercilerin iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla ortaya çıkan Kabahatler Kanunu; md. 23/2 ve md. 23/3 hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet savcısına tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi sebebiyle söz konusu amaçları yeterince gerçekleştirememiş ve Cumhuriyet savcılarının iş yükünü azaltamamıştır. Bu hususta yapılması gereken; makul ve meşru sebeplerin bulunduğu ve Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulamasının gerekli görüldüğü istisnai hallerde Cumhuriyet savcısına özel kanunlarla yetki tanınması; bunun dışındaki hallerde ise idari yaptırım uygulama görev ve yetkisi verilmeyerek adli görevlerine yoğunlaşmalarının sağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Kabahatler Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2020)
- Artuk ME ve Diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı Adalet Yayınevi 2020)
- Ay YA, '5326 Sayılı Kanun'un 23 ve 24'üncü Maddelerine Göre Cumhuriyet Savcısı ve Mahkeme 213 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Cezalarını Kesebilir Mi?' (2023) 20 Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 58
- Bayraktar K, 'Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı' (1984) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197
- Çağlayan R, *İdari Yaptırımlar Hukuku* (Asil Yayınevi, 2006)
- Çelik Ö ve Tokdemir S, 'Kamu Davası ve Toplumsal Algılar', *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan* (Beta Yayınevi 2014)
- Cin MO, 'Kabahatler Hukukunda Başvuru Kanun Yolu' (2024) 32 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1459
- Civan M, 'Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi' (2024) 4 AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 497
- Çitçi T, 'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Sınırları (Yayımlanmamış Doktora Tezi)' (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020)
- Demirtaş S, 'Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi' (2019) 21 491
- Ekinci M, 'Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar' (2017) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 19
- Ekinci M, *İdari İstikrar İlkesi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Erdoğan B, 'İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması' [2012] Ankara Barosu Dergisi 239
- Gişi S, 'Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu' (2017) 8 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (11. Baskı, Ekin Kitabevi 2019)
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (24. Baskı, Ekin Kitabevi 2019)
- Gülen A, 'Kabahatler Kanunundan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim' (2006) 1 MESS Sicil 159

- Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2011)
- Gündüz FE ve Gündüz H, ‘Kabahatler Kanunu’na Göre Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemenin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi’ [2022] Adalet Dergisi 111
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2011)
- İçel K, ‘İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi’ (2011) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117
- Kangal ZT, *Kabahatler Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Karakehya H ve Arabacı M, ‘Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine’ (2016) 65 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2059
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Korkut L ve Otacı C, *Türk Kabahatler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Kula A, ‘Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri’ [2019] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 43
- Mahmutoğlu FS, ‘İdari Ceza Hukukunun Doğuşu ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri’ içinde İlhan Uluhan ve Funda Başaran Yavaşlar (editörler), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2009)
- Özay İH, *İdari Yaptırımlar* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1985)
- Pehlivan A, *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2020)
- Ulusoy A, ‘Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi’ (Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu 2008)
- Ulusoy A, *İdari Yaptırımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu* (2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği 2016)

2022 VE 2023 ŞİLİ ANAYASA TASLAKLARININ TAHLİLİ: KAÇINMACI VE DÖNÜŞÜMCÜ ANAYASACILIK DENEMELERİNDE BAŞARISIZLIK

*An Analysis of Chile's 2022 and 2023 Constitutional Proposals:
Fails of the Aversive and Transformative Constitutionalism Attempts*

Davut ÖZYURT*

Özet

Latin Amerika ülkeleri içerisinde yerleşik, kırılğan olmayan ve dengeli bir demokratik anayasal düzeni bulunmasına rağmen Şili'de anayasa değişiklikleri ve yeni bir anayasa yapma konusu, 1980 tarihinden beri önemli bir akademik, siyasi ve toplumsal tartışma olarak sürmeye devam etmektedir. Dikta rejimini sonlandıran 1980 Şili Anayasası, bugüne kadar çok fazla değişikliğe uğramış olsa da hala dikta rejimi ile bağlantılı görüldüğü için, halk tarafından yeni bir anayasa talep edilmektedir. Mevcut anayasa ile ilgili eleştiriler, sosyal hakların yetersiz olması üzerinde birleşmektedir. Anayasal düzen ile iktisadi yapı arasında bağ kurularak sosyal hakların daha fazla güvenceye kavuşturulması temel istektir. Esasen toplum yapısının içinde bulunduğu olumsuz koşullardan anayasal düzen marifeti ile kurtulacağı fikri hakimdir. Ekim 2019 yılında yapılan gösteriler ile birlikte bahse konu toplumsal dönüşüm talepleri tekrar gündeme gelmiş ve yeni bir anayasa yapımının itici gücü olmuştur. Yeni bir anayasa yapılmasına ilişkin yapılan referandumda %80'e yakın bir oy oranı ile yeni anayasa yapımını isteyen halk iki farklı anayasa taslağını da %80'e yakın oy oranı ile reddetmiştir. Yeni anayasa yapımı, toplumu dönüştürmek ve 1980 Anayasası'nın öngördüğü düzenden kaçınmak üzere kurulmuştur. Fakat 2022 taslağı oldukça radikal bulunmuş ve toplumu ürkütmüş iken 2023 taslağı ise toplumun dönüşüm talebine göre muhafazakâr ve yetersiz bulunmuştur. Halk yeni bir anayasayı hala talep etmektedir, sadece önerileri kabul etmek zorunda hissetmemişlerdir. Yeni anayasa yapımı konusunda ise dönüşümcülük ve kaçınmacılık yaklaşımları hala geçerliliğini korumaktadır. Zira Pinochet diktasının temsil ettiği anayasal düzenden kaçınmak ve toplumda gerçekleşmesi beklenen dönüşümün tamamlanması hala bir anayasal hedeftir. Ayrıca toplumsal dönüşümün Bolivaryan usullerle yapılmaması da ikinci bir kaçınma noktasını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Şili Anayasası, post-egemen anayasacılık, dönüşümcü anayasacılık, kaçınmacı anayasacılık, anayasa meclisi, demokratik anayasa yapımı, demokrasi, anayasa yazımı

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Polis Akademisi İç Güvenlik Fakültesi Hukuk Bölümü, davuthangazi@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8255-5234>

Abstract

In Chile, since 1980, there has been a debate over making amendments or writing a new constitution in academic, political and civil environment; notwithstanding that Chile amongst countries in Latina America has a democratic, stable and resilient constitutional order. The 1980 Constitution has been amended numerous times; nevertheless, society has still demanded a new constitution in that it still seems to be connected to the constitution of the dicta regime. It has criticized that social rights are not designed well in the existing constitution, and there has been a link between constitutional order and economic model of Chile. Therefore, Chilean has expected a protection system for social rights and believed that negative condition in social order could be transformed by a new constitution. As a result of the 2019 protests, the social transformation demands again showed up and became a driven-force of a new constitution-making. Yet people, who showed their strong demand in the referendum which 80 percent of all of voters voted in favour of a new constitution, paradoxically refused the proposals more than once. The Constitution-making process was built on transformation of public and aversion from the existing constitutional order. However, the 2022 proposal appeared to be radical and caused public nervous, while the 2023 proposal seemed conservative and insufficient regarding the transformation demand. People still wait for a new constitution; they just did not feel obliged to accept what were offered. In public opinion, the aversive and transformative constitutionalism is still viable for a new constitution-making.

Key Words: Chilean Constitution, post-sovereign constitutionalism, transformative constitutionalism, aversive constitutionalism, constitution assembly, democratic constitution-making, democracy, writing a new constitution

GİRİŞ

Demokratik rejimler belirli sac ayakları üzerine inşa edilir ki bu sac ayakları onları makul bir seviyede işlevsel kılar. Bunların en önemlisi ise siyasi sistemin ve temel hak ve özgürlüklerin çerçevesinin çizildiği anayasalardır. Hiç şüphe yok ki dünyadaki ülkeler, kabul ettikleri anayasal mekanizmalar bakımından çeşitlidir, fakat her halükârda demokratik bir düzenden söz edebilmek için gereken asgari unsurlar bulunmaktadır. Bunların başında da anayasal denge gelmekte, bu ise farklı kuvvetler arasındaki anlaşmayı ifade etmektedir. Söz konusu anlaşma ise anayasada vücut bulmaktadır¹. Ne zaman bu anlaşma zayıf ya da anayasaya yansımamış ise söz konusu anayasanın ömrünün kısa olacağını var sayılabilir².

Yukarıda izah edilenler kapsamında Latin Amerika, farklı zamanlarda çeşitli anayasal süreçlere şahit olmuştur. Bu örnekler esasen farklı süreçler ve farklı zorlukların anlaşılması bakımından çok güzel örneklerdir. İlk süreçler 20. Yüzyılın

¹ Gabriel Negretto, Mariano Sanchez-Talanquer, “Constitutional Origins and Liberal Democracy : A Global Analysis, 1900–2015”, (2021) 115(2) American Political Science Review 522–536.; Sonia Mittal ve Barry R. Weingast, “Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability in America’s First Century” (2013) 29(2) Journal of Law, Economics, & Organization 278–302; Valeriza Planza ve Patricia Sotomayor Valarezo, “Chile’s Failed Constitutional Intent: Polarization, Fragmentation, Haste and Delegitimization”, (2024) 13(1) Global Constitutionalism 200.

² James Fishkin, “Deliberative Democracy and Constitutions”, (2011) 28(1) Social Philosophy and Policy 242–260.; Gabriel Negretto, *Redrafting Constitutions In Democratic Regimes: Theoretical And Comparative Perspectives* (Cambridge University Press 2020); Planza ve Sotomayor Valarezo (n1) 201.

başında liberal ve muhafazakâr siyasi yapıların anlaşması ile meydana gelmiştir³. Diğer bir dalga ise demokratik geçiş dönemi olarak ifade edilebilecek 1970'lerin sonlarında ve 1980'lerde vuku bulmuştur. 1988 Brezilya ve 1979 Ekvador Anayasaları bunlara iyi birer örnek teşkil eder. 21.yüyılın başlarında ise diğer bir dalga meydana gelmiştir; 1999'da Venezüella, 2008'de Ekvador, 2009'da Bolivya ve 2015'te Dominik Cumhuriyeti Anayasaları ise bu bakımdan örnek teşkil etmektedir⁴. Bu örneklerin tamamı ortak bir ortak unsur barındırmaktadır: bir anayasa taslağının halk tarafından kabul edilerek anayasa haline gelmesi. Fakat Şili'de böyle olmamıştır⁵. Şili sürecini tetikleyen 2019'da yaşanan büyük çaplı toplumsal gösteriler neticesinde ortaya çıkan taslak metin Eylül 2022'de yapılan referandum ile reddedilmiştir⁶.

Şili, iki bakımdan diğer Latin Amerika örneklerinden ayrılmaktadır. İlk olarak, 17 sene boyunca ülkeyi yöneten dikta rejimi tarafından yapılan bir anayasa yürürlükte kalmış ve fakat çok ciddi değişikliklere uğramıştır. Mesela Brezilya benzer durumda altında 5 yıl, Ekvador 1 yıl ve Uruguay ise 5 yıl içinde büyük anayasal reformlar yapabilmıştır. İkinci olarak ise ciddi bir reform teklif etmesine karşın anayasa meclisi tarafından hazırlanan metnin, toplum tarafından kabul edilmemesidir⁷.

Ekim 2019'da Şili'de meydana gelen gösteri ve yürüyüşler toplumsal ve kurumsal krizin ne denli büyük ve derin olduğunu göstermiştir. Gösterilerin temel amacı sağlık, toplu taşıma ve sosyal güvenlik gibi sosyal hakların heterojen bir şekilde toplumun tüm kısımlarına dağıtılmasını temin etmektir. Ülkedeki siyasi partiler ise buna bir karşılık olarak yeni bir anayasa yapım sürecini teklif etmişlerdir. 2020 yılında yapılan halk oylamasında %78,31 oy oranı ile yeni bir anayasa yapımı toplum tarafından desteklenmiştir⁸.

³ Gabriel Negretto, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America* (Cambridge University Press, 2013).

⁴ Maria Cristina Escudero, "Institutional resistance: The case of the Chilean Convention 2021–22", *Global Constitutionalism* (2024) 13 (1) 193-194; Rosalind Dixon ve David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, (Oxford University Press, 2021) 74–80.

⁵ Planza ve Sotomayor Valarezo (n 1) 201; Escudero (n 4) 195.

⁶ Rodrigo Kaufmann, "Chile or the Impossibility of a Constitution", *VerBlog*, 2023/5/09; Rodrigo Kaufmann: "Third Time's A Charm?: Chile's Second Constituent Process", *VerfBlog*, 2023/12/11; David Landau ve Rosalinda Dixon, "Utopian Constitutionalism in Chile", *Global Constitutionalism* (2024) 13(1) 228.

⁷ Planza ve Sotomayor Valarezo (n 1) 201.

⁸ Sergio Verdugo ve Luis Eugenio Garcia-Huidobro, "How Do Constitution-making Processes Fail? The Case of Chile's Constitutional Convention (2021–22)", (2023) 3(1), *Global Constitutionalism*, 154-155; Adriana Suarez Delucchi, "The Chilean Constitutional Convention: An Exercise for the Pluriverse", (2024) 4(3) *Global Studies Quarterly*, 2.; Cladua Heiss ve Julieta Suarez, "Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process", (2024) 57(2) *Political Science &*



Birçok Şilili için bu durum ülkenin politik yapısal sorunlarının çözümü, Pinochet iktidarı döneminin kalıntılarının temizlenmesi ve sosyal hakların hayata geçirilebilmesi için umut olarak görülmüştür⁹. Anayasa Konvansiyonu, 2021 yılında seçilmiş, fakat Konvansiyon tarafından hazırlanan nihai taslak %61,89 ile reddedilmiştir¹⁰. Beklenmeyen bu sonuç getirdiklerinden fazlasını götürmüş olsa da karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından daha önce rastlanılmayan cinsten değildir. Yakın tarihte İzlanda¹¹, Mayıs 1949’da Fransa, 1954’te Pakistan, 2012’de Mısır benzer süreçleri tecrübe etmiştir¹².

Tüm bu örneklerde görüldüğü üzere anayasa yapım sürecinde başarısızlık sanılandan daha yaygındır¹³. Bu durumun otoriter rejimlerin ardından yapılmak istenen anayasaların makus bir talihi olduğu söylene gelmektedir. Özellikle 1978 İspanyol dönüşümü, 1994 Apartheid rejimi sonrası Güney Afrika, 1991 şiddet ve uyuşturucu kartelleri ile mücadele dönemi Kolombiya’sı bunlara birer örnek olarak sunulmaktadır. Otoriter yönetimler kendi kuvvetlerini korumak bakımından anayasal anlamda kendilerini güçlü kılan etmenlerden kurtulmak istememektedirler. Bu ve benzeri yapılarda anayasa, evrensel anayasal prensiplerin hayata geçirilmesini engelleyen mekanizmanın bizatihi kendisidir¹⁴. Tüm örnekler bakımından ilgi çekici şudur ki akademik dünya, söz konusu yerlerde yapılamayan yeni anayasaların sebepleri üzerinde durma eğiliminde olmamıştır¹⁵.

Politics, 282.; Kaufmann, “Third Time’s A Charm?: Chile’s Second Constituent Process” (n6); Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution”,(n 6).

⁹ Delucchi (n8) 2; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 155.

¹⁰ Delucchi (n8) 2; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 155; Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution”,(n 6).

¹¹ İzlanda için bakınız: Valur Ingimundarson ve Philippe Urfalino ve Irma Erlingsdóttir, *Iceland’s Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*,(Routledge, 2016).

¹² Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 155. Bkz: Pasquale Pasquino, “Constituent Power and Authorization Anatomy and Failure of a Constitution Making Process”, içinde içinde Ingimundarson V ve Urfalino P ve Erlingsdóttir (ed.) *Iceland’s Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, (Routledge, 2016) 230–238; Nathan Brown, “Tracking the Arab Spring: Egypt’s Failed Transition”, (2013) 24(4) Journal of Democracy 45.

¹³ Zachary Elkins ve Hudson A, “The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform”, içinde Stacey R ve Albert R (ed.) *The Limits and Legitimacy of Referendums*, (Oxford University Press, 2022) 1-28.; Zachary Elkins ve Alexander Hudson, “The Constitutional Referendum in Historical Perspective”, içinde Landau D ve Lerner H, *Comparative Constitution Making*, (Elgar 2019) 142-164.

¹⁴ Kim L. Scheppele, “Autocratic Legalism”, (2018) 85(2) University of Chicago Law Review 545-583.

¹⁵ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 156.

Karşılaştırmalı anayasa hukukçuları, başarısız anayasa yapım süreçlerine henüz yeteri kadar ilgi göstermemiştir. İzlanda ve Şili tecrübeleri bu anlamda birbiri ile ilişkili birer istisna olarak görülmekte ve teorik izahı da beklemektedir¹⁶.

I. ANAYASAL REFORM TALEPLERİNİN KAYNAĞI

A. Dikta Rejimi ve 1980 Şili Anayasası

Şili'nin mevcut anayasal düzeninin köklerine gitmek istediğimizde; 1828,1833 ve 1925 tarihli anayasalardan izleri görebiliriz. Çalışmamızın kapsamı içinde olmadığı için detaylı incelememekle beraber esasen bugün önemli birer mesele olarak görülen belli başlı hususların uzun süreli bir tartışma olduğunu ifade etmekte fayda bulunmaktadır¹⁷. Biz bu derin bağı 1980 Anayasası özelinde daraltacağız.

1980 Anayasası Pinochet iktidarında, halkın katılımı olmadan, yürütmenin liderliğinde ve kapalı devre yazılmıştır¹⁸. Bir plebisit ile halka onaylatılmıştır¹⁹. Anayasa, otoriter dönemin ardından demokrasiye geçiş ile pek çok değişikliğe uğramış ise de Pinochet diktasının bir ürünü olarak görülmeye devam etmektedir²⁰. Özellikle anayasanın halk tarafından kabulü için yapılan plebisitin özgür bir ortamda yapılmaması bunun en önemli delili olarak görülmektedir²¹. Bu ise düzeltilmesi mümkün olmayan bir kusur ve “günahın kökeni” olarak algılanmaktadır²².

1980 anayasası Pinochet iktidarının dizaynı için önemli bir vasıta olmuştur. Anayasa, siyasi hayatı dengelemek ve nötralize etmek misyonu ile donatılmıştır²³. Anayasanın fikir babası olarak kabul edilen ve 12 kişilik Anayasa Komitesi'nin

¹⁶ Kimana Zulueta-Fülscher, “How Constitution-making Fails and What Can We Learn from It?”, (2023) 2 IDEA Discussion Paper.

¹⁷ Jose Manuel CASTRO, “Jaime Guzmán, Gremialismo, and the Ideological Origins of the 1980 Constitution” (2022) 33(2) Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe 25–46.

¹⁸ Peter Siavelis ve Claudia Heiss ve Patricio Navia ve Luis Aucoin, *Chile's Lessons and Failures in Writing a New Constitution*, Paige Sutherland ve Meghna Chakrabati (hazırlayanlar) ,Radyo Prgoramı Transkriptini, 11/12/2023,

¹⁹ Guillermo Larrain ve Gabriel Negretto ve Stefan VOIGT, “How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile, (2023) 194 Public Choice 234.; Jennifer PISCOPO ve Peter Siavelis, “Chile's Constitutional Moment.”, (2021) 120 (823), Current History 43. ; Ersoy Kontacı, “Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri” (2023) 13(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26.

²⁰ Jose Francisco Garcia, “A Failed but Useful Constitution-Making Process: How Bachelet's Process Contributed to Constitution-Making in Chile”, 2024 13(1) Global Constitutionalism. 241.; Siavelis ve Heiss ve Navia ve Aucoin (n 18).

²¹ Peter Siavelis, “Crisis of Representation in Chile? The Institutional Connection” (2016) 8(3) Journal of Politics in Latin America 61–93.

²² Pablo Contreras ve Domingo Lovera, “A Constituent Process? Chile's Failed Attempt to Replace Pinochet's Constitution (2013–2019)” (2021)13(3) RECHT 297–314.

²³ Jennifer Piscopo ve Peter Siavelis, “Chile's Constitutional Moment.” (2021) 120 (823) Current History 45; Claudia Heiss ve Patricio Navia, “ You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy” (2007) 49 (3) Latin American Politics and Society



Başkanı olan hakim Jamie Guzman'ın şu sözleri anayasanın ruhu ve misyonu bakımından herhangi bir çıkarım yapma mecburiyeti olmadan fikir edinmemize izin vermektedir: “Eğer bizim muhaliflerimizi yönetime gelir ise bizim izlediğimizden farklı bir yol izleyememelidir.”. Guzman bunu “oyun sahası” metaforu ile prensip haline getirmiş ve “oyun sahası, oyuncuların muhtemel hareketlerini kısıtlamalı ve beklenenden farklı hareket etmelerini engellemelidir” ifadeleri ile rejimi ve anayasasının ilkelerini de ortaya konmuştur²⁴.

1980 Anayasası'nın en çok eleştiri aldığı husus veto yetkilerinin çeşitliliği ve gücü olmuştur. Zira veto yetkileri ile otoriter rejimin çizdiği anayasal çerçevenin değiştirilmesinin oldukça zor olduğu ifade edilmektedir²⁵. Pinochet, anayasal düzeni oluştururken “hile” yapmak sureti ile anayasal demokrasiyi inşa etmiştir²⁶. Ülke içinde yer alan Sağ siyasi kanadın sürekli bir biçimde veto kuvvetini elinde bulundurması, bu husus ile bağlantılı olarak çokça eleştiri konusu olmuştur. Bu kesimin seçimle ile iş başına gelenlere nispetle sayıca azınlıkta da olsa veto kuvveti ile oldukça güçlü bir noktaya geldiği ve böylece yarı egemen demokrasi tesis edildiği ifade edilmektedir. Dahası belirli kalıplara sıkıştırılmış bir anayasa, diğer bir deyişle “straightjacket anayasa” oluşturulduğu da eklenmektedir²⁷. Bundan dolayı süreç içinde yaşanan anayasa değişikliklerinin esasa matuf olmadığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Önemli hususlarda arzulanan demokratik dönüşümün gerçekleştirilmediği, bu anlamda sosyal hakların zayıf kalması, yasama organında koalisyonların oluşamamasından dolayı yasama faaliyetlerinde tıkanma gibi belli başlı eleştiriler bu matufiyete örnek verilebilir. Tüm bu sebepler ile Şili'nin “korunan demokrasi” olması veya Pinochet döneminden kaynaklanan demokrasi eksikleri olan bir rejim olarak kalması yönündeki eleştiriler, Pinochet'in mirası olarak her döneme taşınmıştır²⁸.

1980 Şili Anayasası, 60'ın üzerinde değişikliğe uğramasına karşılık²⁹ toplumda hala anayasanın, Pinochet diktası ile bağlantılı olduğu kanaati vardır³⁰. Esasında anayasa bazı noktalarda hala orijinal 1980 Anayasası'nın izlerini taşımaktadır

163–190.; Heiss ve Suarez, (n 8) 282.; Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution”, (n 6).

²⁴ Piscopo ve Siavelis (n 23) 45.; Castro (n 17) 25-46.; Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution” (n 6).

²⁵ Claudia Heiss, “Legitimacy Crisis and the Constitutional Problem in Chile: A Legacy of Authoritarianism”, 2017 24(3) Constellations 470.

²⁶ Sergio Verdugo ve Marcela Prieto, “The Dual Aversion of Chile's Constitution-making Process” (2021) 19(1) International Journal of Constitutional Law 155.

²⁷ ibid 155.

²⁸ ibid 155.

²⁹ Venedik Komisyonu, Şili'de Yeni Anayasa Yapımı Üzerine Düşünceler, CDL-AD(2022)004, No:1075/2022 ,18-19/03/2022,S.3.

³⁰ Castro (n 17) 25-46.; Garcia (n 20) 241; Detaylı bilgi için bakınız: Pablo Ruiz-Tagle, *Five Republics and One Tradition: A History of Constitutionalism in Chile 1810–2020*, (Cambridge University Press, 2021)

fakat bunların genel itibarıyla sembolik oldukları ifade edilebilir. Bu kapsamda en esaslı eleştiri, sosyal hakların güvence altına alınması ile ilgili olup bu husus, bir bakıma anayasanın kurguladığı siyasi düzen ile de ilintili görülmektedir³¹. Mesela siyasi süreçteki veto aktörlerinin sayısı ve yasama faaliyetlerinde aranan nitelikli çoğunluk (supermajority), anayasa mahkemesinin a priori (ex ante) denetim yetkisi, neoliberal ekonomi modelini tesis eden bazı anayasal hükümler³² bu bakımdan verilebilecek örnekler olarak görülebilecektir. Sosyal haklar ve iktisadi model meselesine ışık tutmak adına ve yine eleştirilere konu olan bir başka husus olarak da sağlık sisteminin özel sektör ayağının anayasal anlamda güvence altına alınmış olması gösterilebilir³³.

Diğer yandan bazı yazarlar ise 1980 Anayasasının ciddi değişikliklere uğramasına dayanarak mevcut anayasanın dikta rejimini yansıtmadığını belirtmektedirler. Buna karşın bu algının devam ettirilmesinin ise farklı politik çıkarlara hizmet ettiği görüşündedirler³⁴.

B. Demokrasiye Geçiş Süreci: 1980 Anayasasında Yapılan Değişiklikler

1980'lerin ortalarından itibaren anayasanın tamamen değiştirilmesi yönünde bazı denemeler de olmuştur. Her ne kadar anayasa tamamı ile değişmemiş olsa da 1985 ve 2005 yıllarında köklü anayasal reformlar yapılmıştır³⁵. Dikta iktidarı, 1985 yılında siyasi mutabakatı görmezden gelmiş ise de 1988 tarihli referandum ile anayasada değişiklik yapmayı kabul etmek zorunda kalmıştır³⁶. Fakat yeni bir anayasa meclisi toplanmamıştır. Demokratik dönüşüm, otokratik figürlerin tasfiyesi ve fakat ordunun güçlenmesi olarak yorumlanabilecek bir şekilde devam etmiştir. Ordu kendisini yeni demokratik düzenin koruyucusu olarak değerlendirmiştir.³⁷ 1990'da demokrasiye geçiş ile birlikte kademe kademe demokratikleşme hamleleri yapılarak otoriteriyen olarak görülen 1980 Anayasası'nda değişiklikler yapılmaya devam edilmiş ve anayasa otoriter esaslarından büyük ölçüde temiz-

³¹ Kaufmann, "Chile or the Impossibility of a Constitution", (n 6); Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 158; Landau ve Dixon, (n6) 228.; Delucchi (n 8) 2.

³² George Tsebelis, "Veto Players and Constitutional Change: Can Pinochet's Constitution Be Unlocked?" (2018) 25(1) Política y Gobierno, 3-30.; Benjamín Alemparte, "Towards a Theory of Neoliberal Constitutionalism: Addressing Chile's First Constitution-making Laboratory" (2022) 11(1) Global Constitutionalism, 83-109.

³³ Eduardo Arenas Catalan "Chile's New Constitution: What Right to Health?" (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law 295-314; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 233; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 158.

³⁴ Rodrigo Correa, "Overcoming the Pinochet Factor in the Chilean Constitution-Making Process", International IDEA, 28/2/2023.

³⁵ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235. ; Delucchi (n 8) 2.

³⁶ Piscopo ve Siavelis (n 23) 45.

³⁷ Heiss ve Navia (n 23) 163.



lenmiştir³⁸. Bu noktadan sonra artık anayasada reform yapmak hemen her siyasi iktidarın vaatleri arasında yer almaya başlamıştır³⁹.

2005 yılında yapılan değişiklikler ise süreç içerisinde vukuu bulanların en ciddi olarak değerlendirilmektedir⁴⁰. Bu değişiklik sayesinde, serbest seçimle değil de atama ile göreve gelen senatörlük uygulaması kaldırılmış; askeriye'nin bağımsızlığı azaltılmıştır⁴¹; Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçim yöntemi değiştirilmiş ve anayasa mahkemesinin sistem içerisindeki gücü artırılmıştır; Milli Güvenlik Konseyi'nin yetkileri ve gücü azaltılmıştır⁴². Dönemin Başkanı Ricardo Lagos, anayasada yer alan Pinochet'in imzasını kaldırarak sembolik bir adım atmış ise de siyasi partilerin desteğini alamadığı için bu gerçekleşmemiştir⁴³.

Fakat bazı yazarlar 2005 değişikliklerinin, demokrasinin ülke içerisindeki etkisini zayıflatmış ve reformları bekletici etki yarattığını iddia etmektedirler⁴⁴. Netice olarak değişikliklere rağmen anayasa Pinochet ile bağlantılı görülmeğe devam etmiştir.

Bu dönemde bazı anayasal reformlar ise yargı kararları ile gerçekleşmiştir. Anayasanın neoliberal iktisadi düzen ile açık bağlantısı nedeniyle, mülkiyet hakkı ve iktisadi özgürlüklerin korunması konularında göstermelik bazı değişiklikler yapılabilmektedir. Bu konulardaki ilerleme yargısal aktivizm ile olmuştur. Özellikle sağlık sistemi ve işçi hakları yargısal yorum ile hakların içerikleri genişletilerek yapılmıştır. Hatta bazı yazarlar göre yargısal yorum o denli etkin olmuştur ki anayasa metninin lafzi anlamı önemini yitirdiği için bunlar da değiştirilmiş olarak kabul edilmiştir⁴⁵.

2005 yılındaki anayasal reformlar büyük oranda; 1988 referandumu ile Pinochet iktidarının son bulmasının ardından, 1989'da sağ ve sol siyasi kanadın en önemli temsilcilerinin bir araya gelerek gündem haline getirdikleri ve ardından iki partili bir mutabakata dönüşen görüşmelerin eserdir⁴⁶. Ancak iki önemli

³⁸ Sergio Verdugo, “The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change”, içinde Albert R ve Bernal C (ed.) *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, (Hart 2019) 2013-2018.; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 234.; Delucchi (n 8) 2. ; Piscopo ve Siavelis (n 23) 45.

³⁹ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 159; Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution”,(n 6).

⁴⁰ Delucchi (n 8) 2.; Garcia (n 20) 241. ;Heiss ve Navia (n 23) 163-190.

⁴¹ Venedik Komisyonu,(n 29) S.3.

⁴² Claudio Fuentes, “Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile”, (2015) 57 (1), Latin American Politics and Society 99. ; Fredrik UGGLA, “For a Few Senators More? Negotiating Constitutional Changes During Chile's Transition to Democracy” (2007) 47(2) Latin American Politics and Society 51-75.

⁴³ Uglia, (n 42) 51-75; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 159.; Verdugo ve Prieto (n 26) 156.

⁴⁴ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 159

⁴⁵ Verdugo ve Prieto (n 26) 155(dp 40).

⁴⁶ Garcia (n 20) 241.

husus bakımından bu mutabakat netice doğurmamıştır. Bunlardan ilki olan, Parlamento seçimlerinde sağ kanada, meclis içinde veto etme bakımından üstünlük oluşturacak şekilde oluşturulan “binominal” seçim sistemidir⁴⁷. Bu seçim sistemi Pinochet iktidarı tarafından özellikle tercih edilmiştir⁴⁸. Yine bazı kanun yapma ve değiştirme için aranan özel nitelikli nisaplar da, askeri yönetimin oluşturduğu anayasal düzeninin devamı için tercih ettiği başkaca enstrümanlardandır⁴⁹. Her iki hususa ilişkin bazı reformların gerçekleşmesi 2015 ve 2022 yıllarında olmuştur.

1989 mutabakatının hayata tamamı ile geçirilmesi yönünde sağ partilerin iradelerinde zafiyet bulunduğu iddiaları gündeme her dönem gelmiştir⁵⁰. Yapılan reformlar, anayasanın, en baştaki temel kurgusu olan “oyun sahası” kurgusunu⁵¹ devre dışı bırakamamıştır⁵². Yasama organı ile başkan arasındaki bağımlılık ilişkisi devam etmekte, yasamanın kanun yapmak sureti ile önemli toplumsal değişiklikler yapmasının önündeki sınırlandırmalar süregelmektedir. Sosyal hakların konumu ve halkın karar alım süreçlerine katılımı bakımından da arzu edilen seviye yakalanamamıştır⁵³.

Siyasi söylem ve kamuoyu, sosyal ve iktisadi hakların korunmaması ve bu alanda anayasal modelden ötürü yasama yoluyla değişiklik yapılamayacağı üzerinde birleşmektedir. Fakat akademik anlamda, yasamanın niçin bahse konu değişiklikleri yapma konusunda açmazda olduğu yönünde bir uzlaş yoktur. Eleştiriler, anayasa mahkemesi, anayasa değişikliği için gereken karar yeter sayısının yüksekliği ve diğer bazı kanunlarda toplanmaktadır. Bazı akademisyenler ise mevcut başkanlık sistemi modelini sorumlu tutmaktadır. Bu kapsamda seçim sisteminin, parlamento içinde fragmentasyonlara sebep olduğu, ideolojik ve siyasi polarizasyona sebep olduğu, dört yıllık başkanlık süresinin de kısa olduğu yönünde eleştiriler gelmektedir⁵⁴.

1989 ve 2005 yıllarında yapılan majör değişikliklere⁵⁵ rağmen 2006’da yeni bir reform akımı daha başlamıştır⁵⁶. 2008’de ise anayasanın tamamen değiştirilmesi gündeme gelmiş ve bunun parlamento ya da uzmanlar komitesi tarafından yapılması yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. O dönemde henüz anayasa yapımı ile

⁴⁷ ibid 242.

⁴⁸ Siavelis (n 21) 61–93. ;Verdugo ve Prieto (n 26) 155.

⁴⁹ Garcia (n 20) 242.

⁵⁰ ibid 242.

⁵¹ Kaufmann, “Chile or the Impossibility of a Constitution”,(n 6).

⁵² Verdugo ve Prieto (n 26) 155.

⁵³ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235. ;Verdugo ve Prieto (n 26) 155.

⁵⁴ Pablo Villalobos Dintrans, “Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform”, 2019 5(2) Health Systems & Reform 134

⁵⁵ Venedik Komisyonu (n 29) 3.

⁵⁶ Ruiz-Tagle, (n 30) 270.



görevli ve seçimle iş başına gelen meclis fikri şüpheli görülmekte, özellikle Latin Amerika tecrübeleri dikkate alındığında bu yöneme güven duyulmamaktadır⁵⁷.

1989-2009 yılları arasında ülke kendisi ve diğer Latin Amerika ülkeleri ölçeğinde son derece önemli bir ekonomik büyüme ve siyasi stabilizasyon sağlamıştır. Fakat yine de anayasaya duyulan menfi tutum büyümeye devam etmiştir. 2009 başkanlık seçiminde, ülkedeki sol siyasetin temsilcilerinin tamamı bir araya gelerek büyük bir anayasal reform veya yeni bir anayasa fikrini ileri atmışlardır⁵⁸.

2009'da yılında yapılan başkanlık seçimlerinde aday Eduardo FREI'nin seçim vaadi anayasayı değiştirmek olmuş ancak seçilemediği için değişiklikler rafa kalkmıştır. 2010 yılında Başkan Michelle BACHELET, anayasayı yüksek katılım ile değiştirmek için yenilikçi bir yol izlemeye teşebbüs etmiştir⁵⁹.

2013 yılında "Marca tu voto(oyunu işaretler)" isimli bir toplumsal organizasyon baş göstermiş ve bir sonraki dönemde gerçekleşecek başkanlık seçimlerinde, oy kullanılır iken oy pusulasına, İspanyolca anayasa meclisinin kısaltması olarak "AC" yazılarak toplumun yeni bir anayasa talebinde olduğunun vurgulanması hedeflenmiştir. Söz konusu toplum inisiyatifi başarılı olamasa da yeni anayasa tartışmasını tekrar alevlendirmiştir⁶⁰.

C. 2018 Yeni Anayasa Yapım Süreci

2014 yılında yapılan başkanlık seçimlerinde, seçime katılan en önemli vaadi yeni bir anayasa yapmak olmuştur. Seçimi kazana Michelle BACHELET, daha sonra kendi adı ile anılacak belirli prensipler üzerine 2015-2017 yeni anayasa yapım sürecini başlatmıştır. Fakat anayasa yapımı süreci devam ederken başkanlık süresi sona erdiği ve daha sonra hem kendi partisi hem de yeni başkan süreci devam ettirmek istemediği için anayasa yapım süreci akim kalmıştır⁶¹.

Şili'de ortaya çıkan üç anayasada (1833,1925,1980) iç savaş ve/veya askeri darbe eseridir⁶². Dolayısı ile anayasa yapım süreci Şili demokrasisi için önemli görülmekte olup iki temel hedefi bulunmaktadır. Latin Amerika'ya hâkim olan Boliveryan anayasacılık anlayışından kaçınarak, sınırsız yetki ile donatılmış anayasa meclisleri tarafından anayasa yapım süreci gerçekleştirmemek önemli görülmektedir. İkinci olarak ise Pinochet diktasının sembolik ve kurumsal kalıntılarından arınmak adeta esas mesele haline gelmiştir⁶³.

⁵⁷ Garcia (n 20) 241.

⁵⁸ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.

⁵⁹ Heiss ve Suarez (n 8) 282. ; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 159.

⁶⁰ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.

⁶¹ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.; Garcia (n 20) 239.

⁶² Şili anayasa tarihi için bakınız: Ruiz-Tagle (n 30).

⁶³ Garcia (n 20) 239. ;Verdugo ve Prieto (n 26) 156.

İşte bu temel hedeflere ışığında Bachelet, anayasa yapım sürecini üç sac ayağı üzerine yerleştirmeyi tercih etmiştir: anayasa yapımına özgü bir kurum kurmak, demokratik ve katılımcı olmak. Konuya ilişkin çalışma yürütenlere göre bu triloji makul ve gerçekleştirilebilir. Süreçler başarısız olsa da söz konusu triloji ekseninde, ileride daha başarılı süreçler işletilebilmesi mümkündür⁶⁴. Bu sebeple olacaktır ki, 2019-2024 arasında gerçekleştirilen iki anayasa yapım sürecinde de bunlardan istifade edilmiştir. Ayrıca Bolivaryan⁶⁵ anayasacılıktan kaçınmak arzusu ile sürecin belirli sınırlar dahilinde ve kurumsal bir şekilde ilerlemesini temin etmek için 1980 Anayasası'nda ciddi değişiklikler yapılmıştır⁶⁶.

Ekim 2015'de Bachelet tarafından anayasa yapım süreci başlatılmıştır⁶⁷. Dört aşamadan oluşan sürecin 2017'de bitmesi planlanmıştır. İlk aşama, Halkın Eğitimi Hazırlık Etapı olarak tanımlanmıştır. Burada halka, anayasanın vasfı ve fonksiyonuna ilişkin temel öğeler ve anayasa yapım sürecinin ne olduğuna dair bilgilendirme yapılması hedeflenmiştir. İkinci aşamada, bireylerden doğrudan alınan görüşler ile yerel ve bölgesel toplantıların yapılacağı katılımcı bir etap öngörülmüştür. Bu toplantılar Başkan Bachelet'in seçtiği, Gözlemcilerin Halk Konseyi adlı 15 kişilik bir yapının gözetiminde icra edilecektir. Sistemleştirme Komitesi, tarafından söz konusu toplantılarda gündeme gelen hususlar, katılım aşamasının girdileri olarak toplanacak ve sistematize edilerek tek bir metinde konsolide edilecektir. Konsolidasyon sürecine, anayasa meclisinin hazırlayacağı metin de dahildir. Üçüncü aşama, yeni anayasanın yapılması yönündeki düzenlemelerin sunulması ve kabul edilmesinden oluşmaktadır. Kongre üye tam sayısının 2/3'ü, karar yeter sayısı nisabı olarak belirlenmiştir. Üçüncü aşamada kendi içinde iki farklı aşamaya bölünmüştür: yeni anayasa yapımı prosedürlerinin belirlenmesi ve bir anayasa taslağının meydana getirilerek görüşülmek üzere sunulmasıdır. Taslak, Kongre tarafından seçilecek bir özel bir anayasa yapım organına sunulacaktır. Son aşama ise taslak üzerindeki tartışma ve düzenlemelerin, bu özel organ tarafından değerlendirilerek nihai taslak anayasa metninin referandumla sunulmasıdır⁶⁸. Bahse konu süreç Kongre aşamasında akamete uğramıştır.

Bachelet'in anayasa yapım sürecinin başarısız olmasının en önemli nedeni, kendi siyasi partisi de dahil pek çok siyasi odağı, sürece dahil etmemesi olarak görülmüştür. Yapılmak istenen anayasal reformlar da çok muhafazakâr bulun-

⁶⁴ Garcia (n 20) 240.

⁶⁵ Jonas Wolff, "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", içinde Nolte D ve Schilling-Vacaflor A (ed.) *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices* (Routledge 2012) 183.

⁶⁶ Javier Couso, "Chile's 'Procedurally Regulated' Constitution-Making Process" (2021)13 Hague Journal on the Rule of Law 235–251.

⁶⁷ Kontacı (n19) 27.

⁶⁸ OECD, "Chile: Scan Report on the Citizen Participation in the Constitutional Process", (2017) OECD Public Governance Reviews 19-32.



muştur⁶⁹. Her ne kadar Bachelet başarısız olsa da “demokratik, kurumsal ve katılımcı” olarak ifade ettiği prensipleri 2022 ve 2023 anayasa yapım süreçlerini etkilemiştir⁷⁰. Zira bu prensipler toplum, siyasiler, akademisyenler ve halk tarafından benimsenmiştir⁷¹.

D. 2021 Yeni Anayasa Süreci: 2019 Protestoları, 15 Kasım Mutabakatı ve Referandum

2017 Başkanlık seçimleri için merkezi sağın adayı Sebastian Pinera bazı reform vaatlerinde bulunmuştur. Bunlar halkın yasama teşebbüsünde bulunması, bölgesel plebisit ve yerlilerin anayasal olarak tanınması olarak örneklendirilebilir. Fakat başkan olarak seçilmesinin ve Mart 2018’de göreve gelmesinin ardından bahse konu reform vaatlerini gerçekleştirmekten vazgeçmiş, dahası Bachelet’ in taslağını ve tamamen anayasa yapım süreci meselesini rafa kaldırmıştır⁷².

Fakat 2019’da Pinera’nın anayasal reform hususunda toplumsal baskı ile karşı karşıya kalmıştır. 14 Ekim 2019’da metro fiyatlarının arttırılmasına ilişkin kararlara tepki olarak 18 Ekim 2019’da başlayan protestolar kısa bir süre içinde büyük çaplı, şiddet de içeren toplumsal hadiseler haline gelmiştir. Bazı şehirler de isyana varan bu toplumsal hareketlilik sosyal haklarda iyileştirme taleplerine dönüşmüştür. 19 Ekim 2019’da hükûmet, sıkıyönetim ilan etmek zorunda kalmıştır⁷³. Gösteriler temelinde hak ve özgürlüklerin topluma eşit bir biçimde sunulmasını talep etmektedirler. Toplu taşımadan sosyal güvenliğe, cinsiyet eşitliğinden sağlık sistemine, eğitim hakkına eşit erişimden çevre hakkına kadar farklı konularda hak ve özgürlük talepleri gündemi işgal etmiştir⁷⁴. Netice olarak bahse konu olaylar halkın “eşitsizlik” duygusunun dışarı vurumu olarak görülmüştür⁷⁵.

Kasım 2019’a gelindiğinde mevcut siyasi atmosfer sosyal hayatı tamamen darmadağın etmiş ve siyasi partileri topyekûn bir baskı altına almıştır. Baskıya dayanamayan, geniş bir siyasi yelpazeden 15 siyasi parti lideri bir araya gelerek “Sosyal Barış ve Yeni bir Anayasa için Anlaşma”⁷⁶ ile mutabakat akdetmiştir⁷⁷. 15 Kasım Mutabakat anlaşması, Komünist Parti ve Geniş Cephe (Frente Amplio)⁷⁸

⁶⁹ Heiss ve Suarez (n 8) 282; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.; Garcia (n 20) 244.

⁷⁰ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 159-160.

⁷¹ Garcia (n 20) 239.

⁷² Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.; Piscopo ve Siavelis (n 23) 45-46.; Garcia (n 20) 244.

⁷³ Piscopo ve Siavelis (n 23).43.; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19); Delucchi, (n 8) S.2.

⁷⁴ Piscopo ve Siavelis (n 23) 43. Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 160.; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.; Delucchi,(n 8) S.2

⁷⁵ Siavelis ve Heiss ve Navia ve Aucoin, (n 18).

⁷⁶ Açılımın “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” olarak yazılmaktadır.

⁷⁷ Venedik Komisyonu,2022,S.4.; Garcia (n 20) 245.

⁷⁸ Frente Amplio: Latin Amerika genelinde görülen çok sayıda sol görüşlü parti ve hiziplerin bir araya gelerek oluşturdukları siyasi ittifakın ismidir.

dışında Kongre’de temsil edilen tüm siyasi partiler tarafından imzalanmıştır⁷⁹. Sonuç olarak 2019 başlayan sosyal hareketler önce siyasete sirayet etmiş en nihayetinde yeni bir anayasa yapımı fikri ortaya çıkmıştır.

Böylelikle siyasi partiler oluşturdukları 15 Kasım Mutabakatı ile anayasa yapım sürecini başlatarak hem toplumsal talepleri karşılama hem de Pinochet devrini sonlandırma adına harekete geçmişlerdir. Bu mutabakat ve içeriği ile Şili, Latin Amerika örneklerinden farklı bir yol tercih etmiştir. Böylelikle Neo-Bolivaryan yol yerine post-egemenci bir yol tercih etmiş⁸⁰ ve 1991 Kolombiya ve 1996 Güney Afrika örnekleri ile kıyaslanabilir bir anayasa yapım süreci gerçekleşmiştir⁸¹. Yani yeni bir anayasa yapımı için 1999 Venezuela ve 2007-2008 Ekvador’da olduğu gibi muhalefet ortadan kaldırılmış veya asgari düzeye indirilmiş değildir⁸².

15 Kasım Mutabakatına yeni anayasa yapımı için Nisan 2020’de plebisit yapılması kararı alınmış ancak Covid-19 salgını nedeni ile bu 2020’de yapılabilmıştır⁸³. 25 Ekim 2020’de yapılan plebisit ile halka, yeni anayasa yapımı ve yöntemi sorulmuştur. Doğrudan Kongre tarafından yapılacak bir anayasa, sadece anayasa yapımı amacına matuf seçilen üyelerden oluşacak Anayasa Konvansiyonu, parlamento vekilleri ve halk tarafından bu amaca matuf seçilenlerden oluşan Karma Konvansiyon seçeneklerinin her birisi gündeme gelmiştir⁸⁴.

Plebisitin sonucunda oy kullananların %78’i yeni bir anayasanın yapılması ve %80’i de yeni anayasanın seçimle iş başına gelecek, 155 üyeden mürekkep bir Anayasa Konvansiyonu tarafından yapılması yönünde oy kullanmıştır⁸⁵. Böylece 2020 yılında yapılan referandum ile anayasa yapım süreci resmi olarak başlamıştır. 2021 yılında ise Anayasa Konvansiyonu seçilerek çalışmalarına başlamıştır⁸⁶. Katılımcılık esası ile vatandaşların sürece katılımı sağlanmış ve halk teşebbüsleri, yerli toplulukların sürece dair görüş vermesi gibi pek çok husus kendisine yer bulmuştur. Tüm bu merhalelerin ardından üzerinde çalışılan nihai anayasa taslağı ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan taslak pek çok açıdan ilerlemeci/prograsif olarak değerlendirmiştir⁸⁷; küresel ısınma, yerli toplulukların kolektif hakları, cinsiyet

⁷⁹ Larraín ve Negretto ve Voigt (n 19) 235 ; Delucchi, (n 8) 3.; Heiss ve Suarez (n 8) 282.

⁸⁰ José Manuel Díaz de Valdes ve Sergio Verdugo, “The ALBA Constitutional Project and Political Representation” (2019) 17(2) International Journal of Constitutional Law 479.; Phoebe King, “Neo-Bolivarian Constitutional Design”, Social and Political Foundations of Constitutions, (Cambridge University Press, 2013), 366-397.; Joel Colon-Rios , “Multistage Constitution-Making: From South Africa to Chile”, içinde Dixon R ve Roux T (ed.) *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments*, (Cambridge University Press, 2018) 294–311. ; Escudero (n4) 193-194.

⁸¹ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 160.; Escudero (n4) 193-194.

⁸² Escudero (n4) 193-194. ; Garcia (n 20) 240.

⁸³ Piscopo ve Siavelis (n 23) 47.; Delucchi (n 8) 3.

⁸⁴ Venedik Komisyonu (n 29) 4.

⁸⁵ Larraín ve Negretto ve Voigt (n 19) S.235.; Venedik Komisyonu (n 29) 4.

⁸⁶ Escudero (n4).195.; Delucchi (n 8) 2; Heiss ve Suarez (n 8) 282.

⁸⁷ Delucchi (n 8) 2; Heiss ve Suarez (n 8) S.282.



eşitlikçi demokrasi gibi pek çok tartışmalı husus kendisine taslakta yer bulabilmiştir. Bunlara ek olarak son derece geniş kapsamlı bir haklar bildirgesine yer verilerek 100'ün üzerinde haktan doğrudan söz edilmiştir.

Nihai taslakta öngörülen siyasi sistemin ise daha önce eşine rastlanmamış bir doğası vardır: yasamaya halkın doğrudan katılımı, karma başkanlık ve asimetrik çift kamaralı yapı bu anlamda ifade edilebilecek hususların başında gelmektedir. Şilili olmayan pek çok yazar bu teklifi desteklemiştir⁸⁸. Fakat nihai taslak beklenmedik ve paradoksal bir biçimde 4 Eylül 2022'de yapılan referandum ile reddedilmiştir⁸⁹. Halkın ve hemen tüm kesimlerin anayasal değişimi istediği bir ortamda bir plebisit ile halkın geniş desteği alınmış olmasına rağmen işin sonunda yeni anayasa kabul edilmemiş, "status quo"nun değişiminden yana olan rüzgar netice verememiştir. Bu durum ise Şili'deki süreci inceleme yapmak açısından daha cazip kılmıştır. Anayasa yapmak sureti ile demokratik düzenini derinleştirmek isteyen ülkeler için Şili'den belli başlı dersler çıkarmak mümkün hale gelmiştir⁹⁰.

Taslağın oylama neticesinde başarısız olmasına rağmen söz konusu taslağın bu hali ile bile çağdaş anayasacılığa katkı yapacağını savunan yazarlar da olmuştur⁹¹. Bazı yazarlara göre ise dönüştürücü (transformative) anayasacılığın temsil etmesi bakımından, özellikle karşılaştırmalı anayasa hukukçularının etüt edebilmesi için nihai taslağın halk tarafından reddi mühimdir. Küresel bir trend haline gelen dönüştürücü anayasacılığa ilişkin veri bulmak imkanı vardır⁹². Taslak ayrıca, sosyo-ekonomik haklar, çevre ve yerlilerin hakları gibi yeni hak ve özgürlük formlarına ilişkin ve bazı hak ve özgürlükleri ise olduğundan daha ileri taşımaya ilişkin bir trendi de yansıtmaktadır. Sonuçta taslak Şili toplumunu dönüştürmek adına hükümler içermiş ve transformatif anayasacılık bakımından önemli izler bırakmıştır⁹³.

II. ANAYASA YAPIMINA HAKİM OLAN YAKLAŞIMLAR

A. Dönüştürücü (Transformative) Anayasacılık

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda, dönüştürücü (transformative) anayasacılık anlayışı günümüzde giderek önem kazanmaya başlayan konseptlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak hali hazırda, bu kavramın ne anlama geldiği ve muhtevası tartışmalı olmakla birlikte yaygın kanaate göre dönüştürücü anaya-

⁸⁸ Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 160.

⁸⁹ Kontacı (n 19) 45.

⁹⁰ Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 233.

⁹¹ Armin Von Bogdandy, "Chilean Insights for Progressive Constitutionalism" (2023) 83(1) Heidelberg Journal of International Law 1-15.

⁹² Danielle Zaror Miralles, "Chile's Draft Constitution Looks to the Future: Digital Rights as Fundamental Rights", ConstitutionNet, 2 July 2022 ; Delucchi (n 8) S.2.

⁹³ Ana Estefania Carballo/ Erin Fitz-Henry, "One of the Most Progressive and Environmentally Conscious Legal Texts on the Planet: Chile's Proposed Constitution and Its Lessons for Australia", 30/08/2022.

sacılık, koruyucu anayasacılık anlayışının zıddı olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Eğer koruyucu anayasacılık, statükoyu (status quo) koruma ve statükodan kopmayı engellemek niyetinde ise dönüştürücü anayasacılık, geçmişi ve mevcut anayasayı aşarak daha iyi bir düzen kurma çabası olarak görülmektedir⁹⁵. Dönüştürücü anayasacılık, toplumsal ve siyasi geçmiş ile mevcut durumu kusurlu olarak görmekte ve bunları anayasal yollar ile dönüştürme arayışındadır. Bu kapsamda dönüştürücü anayasacılık anlayışın bir gereklilikten doğduğu ifade edilmektedir. Bu gereklilik anayasal hedefler halin gelmekte; toplumu dönüştürmeyi hedeflediği için bu hedeflere ulaşılması zamana bağlı olarak görülmektedir⁹⁶.

İlk olarak Güney Afrika'da ortaya çıkan bu görüş ve kavram kısa bir zaman içerisinde küresel anlamda kendine literatürde yer bulmuştur⁹⁷. Fakat dönüştürücü anayasacılık kapsamında anayasal tasarı ve/veya anayasa metniyle ilgili asgari ve azami unsurlara ilişkin görüş birliği bulunmadığı gibi böylesi bir liste de bulunmamaktadır. Yine de bazı hususlar bu anlayış ile ilintili kabul edilmektedir. Mesela, sosyo-ekonomik hakların anayasada güçlü bir şekilde tanımlanması, adalete erişim hakkı ile eşitlik hakkının tarihsel olarak çok kültürlülük kapsamında değerlendirilmesi bu bakımdan ifade edilebilir⁹⁸.

Dönüştürücü anayasacılığın genel olarak hak ve özgürlükleri önceliklendirdiği görülmektedir. Özellikle de devletin pozitif edim yükümlülüğünde olduğu yeni tür hak ve özgürlükleri bu noktada ele aldığı ifade edilmektedir. Bu yeni haklar toplum ve sivil toplum örgütlerince artan taleplerin yansımasıdır. Söz konusu hakların uygulanabilmesi, bu amaca matuf yeni kurumların ihdası ile mümkün olacağı için yeni kurumların ihdası da bu anlayışla ilintilidir⁹⁹.

2022 taslağına baktığımızda ise 100 maddesi temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan bir metin görüyoruz. Bu anayasa taslağının Şili siyasetini, toplumu ve kültürü kökten değiştirmeyi amaçladığında şüphe bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Nihai taslak metin tamamen Şili'nin sosyal ve siyasi durumunda giderilmesi gerekli görülen hususları tamir etmeyi gaye edinmiştir¹⁰¹. Taslak doğrudan ülkedeki eşitsizliği gidermeyi hedeflemiş ve azınlıkları kapsayıcı olmaya hizmet etmeye çalışmıştır. Normatif düzeyde sosyal, siyasi ve kültürel hayatın tamamı-

⁹⁴ Landau ve Dixon (n 6) 229.

⁹⁵ Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", (1998) 14(1) Soth African Journal on Human Rights 146.

⁹⁶ Landau ve Dixon (n 6) 230.

⁹⁷ Michaela Hailbronner, "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South" (2017) 65 American Journal of Comparative Law 527.

⁹⁸ Daniel Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press, 2013) 1-38.

⁹⁹ Landau ve Dixon (n 6) 230.

¹⁰⁰ Kaufmann, "Chile or the Impossibility of a Constitution", (n 6).

¹⁰¹ Landau ve Dixon (n 6) 228 – 238.



nı kapsayan bir anayasa hazırlamak gaye olmuştur. Temel hak ve hürriyetler ise bunun vasıtası olarak görülmüştür. Taslağın 17-113 maddeleri arasındaki düzenlemeler kapsamında ifade edilebilir ki taslak bireyler ve gruplar için eşit otonomi sahaları kurmayı hedeflemiştir. Söz konusu eşit otonomik alanlar bu ilk taslağın çekirdeğini oluşturmaktadır¹⁰². Taslak büyük ölçüde temel hak ve özgürlükler ile ilgilidir, genel anlamı ile demokrasi ve siyasi alana ilişkin hususlar ile devletin teşkilatlanmasına dair hususlara ilişkin pek fazla düzenleme bulunmamaktadır.

B. Kaçınmacı (Aversive) Anayasacılık

Kim Lane Scheppele, anayasa yapılırken özellikle ve bilinçli olarak belli hususlardan kaçınmayı, Kaçınmacı (Aversive) Anayasacılık olarak tarif etmektedir¹⁰³. Bu tür anayasacılık, anayasa yapıcının zihnindeki negatif modele odaklanmaktadır¹⁰⁴. Kaçınmacı anayasacılıkta, geriye doğru bakarak, hangi kurumların, ilkelerin veya süreçlerin olumsuz neticeler verdiğine odaklanılarak bunlardan kaçınmak esastır. Böylelikle negatif blok oluşturularak yeni anayasada nelerin yapılmayacağı belirlenir¹⁰⁵. Bu tanımlama ve tarife bakılarak Şili’de söz konusu anayasa yapım sürecinin Kaçınmacı (Aversive) olarak nitelendirmek uygun olacaktır¹⁰⁶.

Şili süreci çift kaçınma veya negatif modelin reddi olarak ifade edilebilir. Pinochet rejimi ve Bolivaryan yaklaşım kaçınılan negatif modellerdir¹⁰⁷. Bunlardan kaçınan Şili, Arato’ nun post-egemenci yaklaşımını kabul etmiştir. Anayasanın değişmesinin sembolik anlamının yanı sıra anayasal düzenin desteklediği neoliberal iktisadi yapı ve aşkın veto yetkisinin değişmesi de önem taşımaktadır. Bu bağlamda sosyal dönüşüm odaklı kaçınmacı anayasacılık tanımına uyulduğu görülmektedir. Tüm bunlar ışığında, Pinochet anayasasının reddi, dikta rejiminin kabul ettiği neoliberal politikaların reddi olarak kabul edilebilir¹⁰⁸.

Esasen Şili’deki anayasa sorunu, dikta rejiminin inşa ettiği iktisadi ve siyasi miras ile bağlantılı olan teknokratik elitlere halkın duyduğu güvenin zamanla erimesinden kaynaklanmaktadır. Pinochet iktidarına mal edilen iktisadi yapılanmadan kaçınma durumu ile toplumu anayasa ile dönüştürme dip dalgası kesişmektedir¹⁰⁹.

¹⁰² Kaufmann, “Third Time’s A Charm?: Chile’s Second Constituent Process” (n6).

¹⁰³ Kim L. Scheppele, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models” (2003) 1 (2) Int’l J. Const. L. 296-300.

¹⁰⁴ Güney Afrika’da “apartheid” rejiminin reddi, ABD için İngiliz monarşisinin reddi buna örnek olarak verilebilir. ibid 203.

¹⁰⁵ ibid 296-300.

¹⁰⁶ Verdugo ve Prieto (n 26) 151-152.

¹⁰⁷ idip 153.

¹⁰⁸ Javier Couso ve Lisa Hilbink, “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”, içinde Gretchen Helmke ve Julio Rios-Figueroa(ed.), *Courts in Latin America* (Cambridge Univ. Press,2011) 99.

¹⁰⁹ Verdugo ve Prieto (n 26) 156.

Şili örneği bazı noktalar bakımından diğer kaçınmacı anayasacılık örneklerinden ayrılmaktadır. Güney Afrika'dan farklı olarak Şili'de dönüşüm yeni bir anayasa metni ile başlamamıştır. 1980 Anayasası'nda 1990'larda yapılan değişiklikler başlamıştır.

Pinochet'in anayasa planı, askeriye tarafından korunan bir demokrasi, güçlü veto yetkileri tanınmış kuvvetler, hak ve özgürlük tanımlarında muhafazakâr davranmak, güçlü neoliberal ekonomi ve mülkiyet hakkı inşa etmek olmuştur. Fakat 1980 Anayasası'nın bugün ki hali itibarı ile Şili yarışmacı demokrasi anlayışının hâkim olduğu bir ülkedir. Bu nedenle kaçınmacı anayasacılık açısından konuya yaklaştığımızda ilk bakışta Şili'yi bu kapsam dahil etmek zor gibi gözükabilir¹¹⁰. Her ne kadar pek çok Şilili, sosyal reformların yapılmasını engellediği için Pinochet anayasasını suçlasa da, 1980 Anayasası'nın orijinal halinde var olan pek çok düzenleme artık yürürlükte değildir. Bunula birlikte, bazı alanlarda henüz anayasa değişikliği ve/veya etkili bir değişik yapılmadığı için orijinal metin olduğu gibi durmaktadır. İşte bu dokunulmayan alanlara ilişkin sosyal reformların yapılamamasından anayasayı sorumlu tutmak mümkündür, sağlık ve emeklilik sistemi bunlara örnek teşkil eder¹¹¹. Fakat bütün sorumluluk anayasa da değildir.

III. 2022 VE 2023 ANAYASA TASLAKLARI

A. Birinci Anayasa Yapım Süreci 2022 Anayasa Taslağı: Yenilikçi Arayışlar

2022 anayasa taslağı 388 maddeden oluşan 100 maddesi temel hak ve özgürlükleriyle ilgili olan bir metin olarak karşımıza çıkmıştır. Konvansiyon'un hazırladığı nihai taslak metin, farklı dinamiklerin etkisi ve güncel küresel anayasacılık anlayışlarından ciddi şekilde etkilenmiş olup sıra dışı şekil, sayıda hak ve özgürlük içermiştir. Bu etkiler genel olarak geleneksel liberal temsili demokratik anayasacılık, sosyal demokrasi ve Bolivaryan anayasacılık yaklaşımlarından kaynaklanmıştır. Fakat hak ve özgürlüklerin sayısı ve içeriklerine baktığımızda bu üç grubun da aşıldığını görebiliyoruz. Böylelikle taslağın teorik küresel anayasacılık trendleri ile bağlantılı olduğunu anlayabiliyoruz¹¹².

Sosyo-ekonomik haklar bakımından detaylı bir liste oluşturulmuş, bu kapsamda 1980 Anayasası'nın çok ötesine geçilmiştir. Sağlık, eğitim ve barınma hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, küresel anlamda pratikte çok yaygın olmayan suya erişim hakkı, yemek hakkı, hayati asgari enerji hakkı gibi haklar da tanımlanmıştır¹¹³. Şili'de büyük oranda özel sektörün eliyle yürütülen sağlık ve eğitim hakkı gibi sosyoekonomik hakların devlet eliyle yürütülmesi yönünde

¹¹⁰ idip 154.

¹¹¹ idip 154-155.

¹¹² Landau ve Dixon (n 6) 232.

¹¹³ 2022 Şili Anayasa Taslağı 56,57,59. Maddeler



düzenlemelere yer verilerek kamu hizmetlerinin kapsamı arttırılmıştır¹¹⁴. Ayrıca cinsiyet eşitliğini bütün devlet kurumları ile devlet işbirliklerinde uygulamayı hedef edinen bir düzenlemeyi içeren ilk anayasal metindir.

Ayrıca taslak çevre hakkına dair oldukça fazla hak ve özgürlük tanımlamıştır. Çevre hakkı kapsamında üç farklı hak sahibi öngörülmüş olup bunlar bireyler, yerliler ve doğadır¹¹⁵. Doğa'nın, esas hak sahibi olarak tanımlanması oldukça ilgi çekicidir. Çevre hakkı, bütün bir anayasa metnine yayılarak anayasanın tamamı ile iç içe geçmiştir¹¹⁶.

Taslakta Şili'nin yerli toplumuna geniş kapsamlı haklar verilmiş ve bunların devlet ile ilişkileri tekrar tanımlanmıştır. Şili, merkezi devlet ve farklı yerli milletlerden oluşan çok uluslu bir topluma dönüştürülmüştür. Taslakta açık bir ifade ile “Şili çokuluslu, çokkültürlü ve ekolojik bir devlettir” ifadesi yazılmıştır¹¹⁷. Ayrıca merkezi devletten ayrı bir yerli yargı sistemi de öngörülmüştür¹¹⁸.

Taslak, içerdiği hakların çok çeşitli olması bakımından da dikkati çekicidir. Yukarıda izah edilenlere ek olarak, mağdurların gerçeğe ulaşma ve nöro çeşitlilik hakkı bu kapsamda ifade edilebilir¹¹⁹.

Taslak'ta yargıya ilişkin de köklü değişiklikler görülmektedir¹²⁰. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu yeni tanımlanmış hak ve özgürlükler ile güçlendirilmiş ve genişletilmiştir. Özellikle mevcut anayasal düzen bakımından tanınmayan sosyal hakların dahil edilmesi buna izin vermiştir¹²¹. Yüksek Yargı ve genel yargı düzenindeki değişimlerin kademeli yapılması planlanmış iken anayasa yargısına ilişkin olanların ivedi olması tercih edilmiştir¹²².

¹¹⁴ 2022 Şili Anayasa Taslağı 35 ve 44. Maddeler

¹¹⁵ 2022 Şili Anayasa Taslağı 103. Maddeler

¹¹⁶ Netice olarak çevre hakkı, insan ve doğanın hakları olarak tanımlanarak doğanın kendisinin bir süje haline gelmesi ile her kategoride hak ve özgürlük ile bu süje arasında bağ kurulmuştur. Bu bağlamda, çevre eğitimi vermek, ekolojik besin sistemini temin etmek ve iklim değişikliği ile mücadele etmek gibi devlete yeni görevler ihdas edilmiştir. 2022 Şili Anayasa Taslağı 39-54. Maddeler.

¹¹⁷ 2022 Şili Anayasa Taslağı 1. Madde; Bu ise pek çok farklı hakkın tanımlanmasını gerekli kılmıştır. Bunlara örnek olarak önceden danışılma ve rıza hakkı (191. Madde), geleneksel bölgelere sahip olma hakkı, toprakların iadesi hakkı, dil hakkı, kültür ve öz yönetim hakkı sayılabilir (34,66 ve 79. Maddeler)

¹¹⁸ 2022 Şili Anayasa Taslağı 309. Madde

¹¹⁹ Taslağa bu kapsamda eklenen Adalet ve zarar tazmin hakkı, engellilerin hakları, spor hakkı, köylü ve yerli grupların geleneksel tarım tohumlarına erişim hakkı gibi hakları da ismen zikretmek de fayda vardır. 2022 Şili Anayasa Taslağı 24, 29, 55 ve 60. Maddeler

¹²⁰ Bunlardan en göze çarpanı atama, görevde yükselme ve diğer hususlarda yetkili olacak olan Yargıçlar Kurulu'dur. 2022 Şili Anayasa Taslağı 342. Madde

¹²¹ 2022 Şili Anayasa Taslağı 119. Madde

¹²² 2022 Şili Anayasa Taslağı geçici 45. Maddeye göre yeni Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin değişiklikler 6 ay içinde yapılmalıdır. Ayrıca “Constitutional Tribunal” olan anayasa mahkemesinin adı “Constituional Court” olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin mevcut üyeleri görevden

Muhtemeldir ki yasama ve yürütme organına güven duymayan ve siyasi olarak bağımsız olan Konvansiyon üyeleri, yargısal olmayan bağımsız denetim kurumlarının oluşturulmasında etkin olmuşlardır. Bunlar geleneksel anlamda, kanunların uygulanmasından sorumlu olan yasama ve yürütmeye alternatif yol olarak görülmüştür. Sayıştay gibi kurumlara dokunulmamış fakat yeni kurumlar eklemek sureti ile sayısal anlamda artış yaratmıştır¹²³.

Anayasa Konvansiyonu, devlet kurumlarını reforme etmek bakımından, hak ve özgürlüklere nispetle çok az düzenleme yapmıştır. Böylesi hak tanımlamalarının yapılmasına karşın bunları uygulayacak kurumlara dair çok az şey yapılmıştır. Taslağın kendisi bir yana geçici hükümler de bu anlamda yetersizdir. Hiç şüphe yok ki geçici hükümlerin, sürecin neredeyse tamamlanmasına yakın hızlıca yazılmasının bunda payı büyüktür¹²⁴.

Taslağa bakıldığında tanımlanan hak ve özgürlüklerin uygulamasına ilişkin yasamaya bir yol haritası sunulmadığı görülmektedir. Oysa bunların Şili'deki siyasi partiler tarafından uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, uzun bir yol kat edilmesi gerekecektir. Temel meselelerin dahi daha sonra bunların yasama tarafından kanunlaştırılması için delege edildiği görülmektedir. Yani bunlara ilişkin esas meseleler ötelenmiştir¹²⁵. Bu konu için sorumluluk Konvansiyon'a göre daha muhafazakar olan Kongre'ye atılmıştır. Oysa esnek ve müphem olmasından dolayı farklı yorumlara açık olan hükümlere yer verilmemeliydi¹²⁶. Dahası geçici hükümlere göre yasama organındaki değişiklikler de kademeli olarak yapılacağı için mevcut hali ile Kongre'nin görev icra etmesi için uzun bir süresi vardır. Mesela, üst kamara olan Senato'nun yerini Bölgeler Kamarasına bırakması, anayasanın kabulünden itibaren 4 yıl sonra olacaktır¹²⁷.

Geçici hükümler ile yasama organının kanun yapmasına tevdi edilen önemli hususlar için, geçici hükümlerin içeriğine bir zaman tanımlaması yapılmıştır. Belirtilen zaman dilimine uyulmamasının sonucunun ne olacağına dair bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir yol olarak başkanlık kararnamesi ile bunların düzenlenip düzenlenemeyeceğine dair bir husus da bulunmamaktadır¹²⁸. Fakat

alınarak yeni üyeler, yeni anayasanın yürürlüğe girmesi ile atanacaktır 2022 Şili Anayasa Taslağı geçici 40. Madde.

¹²³ Mesela Ombudsmanlık(123-125.Maddeler), Çocuklar için Ombudsmanlık (148-150. Maddeler), Doğa için Ombudsmanlık (126.Madde), Verilerin Korunması Ulusal Ajansı, Ulusal Su Ajansı (144. Madde) bunlara örnek olarak verilebilir.

¹²⁴ Rosalind Dixon ve Tom Ginsburg, "Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design" (2012), 9 International Journal of Constitutional Law 636.

¹²⁵ ibid 636.

¹²⁶ Venedik Komisyonu (n29) S.7.

¹²⁷ Şili Anayasa Taslağı, geçici hükümler 13. Madde 2.fıkra

¹²⁸ Landau ve Dixon (n 6) S.232-233.

1991 Kolombiya Anayasası'nın geçici hükümlerine baktığımızda, başkana ciddi bir kararname yetkisi verilerek meselenin halledildiğini görüyoruz¹²⁹.

Sonuç olarak 2022 taslağı, metinde yazarlar ile uygulanma imkan ve kabiliyeti yaratan bir sistem kurma bakımından eşleştirme sorunu yaratmıştır¹³⁰.

B. İkinci Anayasa Yapım Sürecinde 2023 Anayasa Taslağı : Muhafazakar ve Yenilik Arasında Orta Yol Arayışı

İlk anayasa yapım sürecinin başarısız olmasının ardından radikal değişikliklerden rahatsız olduğu düşünülen seçmenin rahatlatılması amacı ile ikinci denemede pek çok husus törpülenmiş ve bir orta yol bulma arayışına girilmiştir¹³¹. İkinci anayasa yapım sürecinde ilkinden farklı olarak sağ siyasi kanat etkin olmuştur. Bu ise taslakta kendini hissettirmiştir. Temel hak ve hürriyetlere odaklanılmış olsa da bu durum ilk taslaktaki gibi bariz bir biçimde göze çarpmamaktadır. Düzenlemeler sayıca az olmakla birlikte düzenlemelerin rolü aynı görünmektedir. Toplumun anayasa marifeti ile değiştirilmesi ve siyasi hedeflerin anayasa vasıtası ile temini bu anlamda ifade edilebilir¹³².

Düşünce ve inanç özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler¹³³, yukarıda ifade edilen husus bakımından bir gösterge olabilir. Düşünce ve inanç özgürlüğü, vicdani reddi kapsayacak şekilde ihdas edilmiştir. 1980 Anayasası'nda öngörülmeyen fakat 2022 taslağında üzerinde çok durulan vicdani ret 2023 taslağına da eklenmiştir¹³⁴. Düzenleme, Avrupa Birliği Temel Hak ve Hürriyetler Anlaşması'nın 10. maddesi ile büyük benzerlik göstermektedir. Fakat düzenlemenin içeriğinin, Şili'de gündeme gelen kürtaj tartışmalarından izler taşıdığı iddia edilmektedir¹³⁵.

Hak ve özgürlükler kapsamında önemli değişiklikler içeren teklifte ilk göze çarpan husus kürtajdır. 2017 yılına kadar kürtaj bir hak olarak, 1980 Anayasası'nın yaşam hakkını düzenlemeleri¹³⁶ sebep gösterilerek yasaktır. 2017'de Kongre, üç şarta bağlı olarak Kürtaj yapılmasını serbest bırakan bir kanunu kabul etmiştir. Buna göre Kongre, kadının hayati riski bulunması, hayatı sürdürmeyi engelliyici fahiş anomali ve tecavüz durumlarında kürtaj yaptırmanın yasal olmasına

¹²⁹ 1991 Kolombiya Anayasası geçici hükümler 5,6. Maddeler.

¹³⁰ Landau ve Dixon (n 6) 235.

¹³¹ Eduardo Aleman ve Patricio NAVÍA, "Chile's Failed Constitution: Democracy Wins", (2023), 34(2), Journal of Democracy 90.; Siavelis ve Heiss ve Navia ve Aucoin, (n 18).

¹³² Kaufmann, "Third Time's A Charm?: Chile's Second Constituent Process" (n6).; Siavelis ve Heiss ve Navia ve Aucoin, (n 18).

¹³³ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 13 bendi

¹³⁴ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 13 bendi

¹³⁵ Kaufmann, "Third Time's A Charm?: Chile's Second Constituent Process" (n6).; Delucchi (n 8) 11.

¹³⁶ 1980 Anayasası 19. Maddesi

izin vermiştir¹³⁷. Anayasa mahkemesi ise 1980 Anayasası ile çelişmesine karşın bahse konu kanunun yürürlüğünü durdurmamıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi konu hakkında bir karar vererek, vicdani redde dayanarak sağlık kuruluşlarının da kürtaj yapmayı reddedebileceğini hükme bağlamıştır¹³⁸. Yani vicdani ret hakkının sadece tıbbi müdahaleye tabi tutulacak bireylere değil onlara tıbbi müdahalede bulunacak tıbbi kurumlara da tanınması gerektiği kararlaştırılmıştır. Karar ülke kamuoyunda oldukça tartışma yaratmıştır¹³⁹. Zira Anayasa Mahkemesi, vicdani ret kavramının içeriğini genişletmiştir. Üstelik Şili Anayasa Mahkemesi, dini özgürlük kapsamında vicdani reddi kabul etmemektedir. Bu durumda mevcut kanunun düzenlemesi ise Anayasa Mahkemesinin genişletici kararının hükümsüz kılınmasına olanak tanımaktadır. Taslak ise Anayasa Mahkemesinin verdiği karar yönünde bir vicdani ret hakkı düzenlemesine yer vermiştir¹⁴⁰. Yani bahse kon anayasa ile vicdani ret kapsamında bireyin için pozitif bir hak tanımlanmamış ancak negatif bir alan yaratılarak hakkın kullanım sınırı çizilmiştir.

Halk nazarında ikinci taslağa olan ilgi giderek düşmüştür. Zira birinci denemeden sonra kamuoyu anayasa meselesine ilişkin “yorgunluk (fatigue)” evresine girmiştir. Ayrıca anayasanın, toplumun güncel meselelerine ilişkin gerçekten çözüm getirip getirmeyeceği konusunda da şüphe olmuştur¹⁴¹. Gündemde olan iki önemli konu güvenlik ve göçtür. Anayasa yapımı esasen bu hususlar ile doğrudan ilgili olmasa da bu meselelerin anayasa yapımı ile çözülmesi yönünde bir beklenti ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak da siyasi aktörler, anayasa taslağının halk tarafından kabulü amacıyla bu hususları da metne dahil etmeyi tercih etmişlerdir.

İşleyen bir demokrasi olması, siyasi ve ekonomik istikrarı sebebi ile Şili, Latin Amerika ülkelerinden ciddi sayıda göç almaktadır. Özellikle Haiti ve Venezüella’dan gelen göç dalgası sebebi ile konuya ilişkin tartışmalarda yoğunluk kazanmıştır. Göç karşıtı gösterilerin artması ile hükûmette vize konularında bazı yeni düzenlemeler getirmiştir. Bundan dolayı 2023 taslağına göç konusuna dair esas niteliğinde bazı hükümler eklenmiştir. Hükûmete, mülteciler dışındaki yabacıların ülkeden deport edilmesi yetkisi verilmiştir¹⁴². Göç meselesi, taslakta bazı anayasal kurumları da şekillendirmiştir¹⁴³.

¹³⁷ Sağlık Kanunu’nda değişiklik yapan 23/09/2017 tarihli 21030 numaralı Kanun

¹³⁸ Gloria Maira ve Lidia Casas ve Lieta Vivaldi, “Abortion in Chile: The Long Road to Legalization and its Slow Implementation”, (2019) 21(2) Abortion Law Reform, Health and Human Right Journal, December 121-131.

¹³⁹ Pablo Marshall ve Yanira Zuniga, “The overprotection of conscientious objection in Chile’s abortion regulation”, Developing World Bioethics,(2021), 21(2) 58-62.

¹⁴⁰ Delucchi (n 8) 11.

¹⁴¹ Kaufmann, “Third Time’s A Charm?: Chile’s Second Constituent Process” (n6).

¹⁴² 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 4b bendi

¹⁴³ Anayasanın yürürlüğe girmesini müteakip 5 yıl içinde Sınır Polisi adında yeni bir kolluk kurulması başkana bir ödev olarak yüklenmiştir. Buna göre Sınır Polisi, sınır kontrolü, devriyesi ve korumasından sorumlu olacaktır. 2023 Şili Anayasa Taslağı 36. Madde



1980 Anayasası'nın Anayasal Hak ve Ödevler başlığı altında düzenlenen 19. madde, temel hak ve özgürlüklerin tamamını ihtiva ederek herkesin yaşama hakkı ile fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü garanti altına almaktadır¹⁴⁴. Maddede “bu hüküm doğmamış olan çocuğu da korumaktadır.” şeklinde açıkça bir ifade bulunmasından dolayı hakkın münhasıran doğmamış çocuğa özgü olduğu ifade edilebilir¹⁴⁵. 2023 taslağı 16. maddesinin 1. fıkrası 1980 Anayasası'nın söz konusu düzenlemesine son derece benzemektedir. Fakat yazım tekniği açısından önemli bir nokta göze çarpmaktadır. İspanyolca olarak kaleme alınan anayasada doğmamış çocuk için “que (which)” zamiri kullanılmakta olup bu zamir canlı vasfında olmayan “nesneler” ifade ederken kullanılmaktadır. Oysa teklifte “quien (who)” zamiri kullanılmıştır. Böylelikle doğmamış olan çocuğun da bir insan olarak kabul edilmiştir. Bu durumda ise 2017 değişikliğinin yürürlüğü bakımından sorun oluşma ihtimaline olduğu tartışılmıştır. 2022 teklifinde ise kürtaj hakkına tam ve özgürce erişim sağlamaktaydı¹⁴⁶. 2022 ve 2023 yılları arasındaki fark son derece barizdir. 2022 referandumunda taslağın reddi sebebi ile 2023 hükümleri düzenlenmiştir denilebilir.

1980 Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrası eşitlik hakkını düzenlemektedir. Bu düzenleme birçok demokratik anayasadan herhangi bir farklılık içermemektedir. Buna göre herkes kanun önünde eşittir. Dahası kadınların ve erkeklerin de kanun önünde eşit oldukları ayrıca ve açıkça yazılmıştır. 2023 taslağı ise eşitlik hakkını ileri götürmeyi hedeflemiştir. Eşitlik ve ayrımcı olmamayı garanti altına almıştır¹⁴⁷. Eşitlik hakkı farklı farklı maddelerde düzenlemelere konu olmuş ve detaylandırılmıştır. Cinsiyet eşitliği kapsamında kadın-erkek eşitliği¹⁴⁸, etnik gruplara ilişkin eşitlik¹⁴⁹, engelliler için eşitlik¹⁵⁰, çalışma hayatındaki kişiler bakımından eşitlik¹⁵¹ düzenlemeleri hakkın uygulanmasını güçlendirme amacına örnek teşkil etmektedir. Diğer yandan 2022 taslağına göre temel eşitlik kavramının tanımının daha kısa tuttuğu gözlenmektedir. 2022 taslağında cinsiyetler detaylı olarak ve ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu kapsamda kadın, kız, diğer cinsiyetler ayrı birer tanımlamaya tabi tutulmuştur¹⁵². 2023 taslağındaki bu kısaltmaların reddedilen 2022 taslağını daha makul bir seviyeye çekme arayışı olduğunda şüphe görünmemektedir.

¹⁴⁴ 1980 Anayasası 19. Madde 1. fıkra

¹⁴⁵ 1980 Anayasası 19. Madde 1. fıkra 2. bent

¹⁴⁶ 2022 Şili Anayasa Taslağı 51. Madde

¹⁴⁷ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 3.fıkra ve 156b Maddesi

¹⁴⁸ 2023 Şili Anayasa Taslağı 2. ve 44. Maddeler

¹⁴⁹ 2023 Şili Anayasa Taslağı 5. Madde

¹⁵⁰ 2023 Şili Anayasa Taslağı 14.Madde

¹⁵¹ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 26c bendi ve 110c Maddesi

¹⁵² 2022 Şili Anayasa Taslağı 25.Madde

Dünyada anayasalar tarafından ebeveynlik ile ilgili düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bir kısmında anayasa bu hususu hak ve ödevler kısmında düzenler iken diğerlerinde çocuk hakları kısmında düzenlemiştir. Genel olarak bu düzenlemelerde çocukların hakları ve ebeveynlerin yetkileri kapsamında bir denge kurulmaya çalışıldığı ifade edilebilir. 2023 taslağı bu bakımdan dengeyi ebeveynler lehine bozmuş gözükmektedir. Burada çocukların korunmasında ebeveynlerin rolünün odak noktasına konulduğu görülmektedir. Taslağın muhtelif yerlerinde ebeveynlerin çocuğun yetiştirilmesindeki özel rollerine ilişkin tanımlar yapıldığı görülmektedir. 1980 Anayasası'nın 19. Maddesi kapsamında ebeveynlerin çocukların eğitim-öğretimini tayin etme haklarını ileri taşıyan 2023 taslağına göre ebeveynler, çocuklarının eğitim-öğretimleri ve dini tercihleri konusunda karar vermede imtiyaz sahibi olup söz hakları bulunmaktadır¹⁵³. Ayrıca çocuğun menfaatlerini koruma ve gözetme konusunda ebeveynlerin yetki ve sorumlulukları, devlete göre öncelikli olarak gelmektedir¹⁵⁴.

1980 Anayasası'nda devlet basit biri biçimde "üniter demokratik devlet" olarak tarif etmiştir¹⁵⁵. 2022 ve 2023 nihai taslakları ise bunu kendi bakış açıları doğrultusunda çeşitlendirmeyi hedeflemişlerdir. 2023 taslağına göre Şili, hukukun üstünlüğü ile yönetilen sosyal ve demokratik bir devlettir¹⁵⁶. Bu temel prensibin üzerine bazı yeni haklar inşa edilmiştir¹⁵⁷. Ayrıca bu hakların dönüştürücü bir tabiatı olduğu yani dönüştürücü anayasacılık kapsamında anayasal düzenlemeye tabi tutuldukları da anayasa metnine açıkça yazılmıştır. Söz konusu hakların gerçekleştirilmesi bakımından devletin bütçesi dikkate alınacak, fakat her hakkın yeterli bir biçimde gerçekleştirilmesinden ve buna dair engellerin kaldırılmasından da devlet sorumlu olacaktır¹⁵⁸.

2023 taslağı bakımından sosyal ve demokratik hakların doğası en çok tartışılan hususlardan birisi olmuştur. Genel olarak taslağın sunduklarını yeterli bulanlar ile yeterli bulmayanlar üzerinde iki kutup oluşmuştur. Bazıları söz konusu taslağın, 1980 anayasal düzeni tarafından desteklenen neoliberal düzlemde çıkmadığını ve kamunun bu alandaki düzenleyici rolünün son derece sınırlı kaldığını ve statükonun değişmediğini ifade etmektedirler. Diğer bir grup ise sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusu ile ele alındığında özel sektöre ilişkin müdahalelerin yeterli olduğunu, bu anlamda teklifin öngördüğü sosyal devletin Almanya ve İspanya gibi örneklerle uyumlu olduğu ifade etmektedir.

¹⁵³ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde

¹⁵⁴ 2023 Şili Anayasa Taslağı 12. Madde

¹⁵⁵ 1980 Anayasası 4. Maddesi

¹⁵⁶ 2023 Şili Anayasa Taslağı 1. Maddesi

¹⁵⁷ Sağlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı ve su hakkı bunlardan bazılarıdır. 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Maddesi 22,23,28,29 ve 30. fıkraları

¹⁵⁸ 2023 Şili Anayasa Taslağı 24. Madde



1980 Anayasası¹⁵⁹ ile 2023 taslağının¹⁶⁰ çevre hakkı hususunda ortak bir tavır takındığı görülmektedir. Bu bakımdan temel mantık, kirlilikten arındırılmış bir çevreye erişim olarak ifade edilebilir. Bu noktada mevcut anayasa bunu, devletin bir sorumluluğu olarak görmekte iken taslakta bu husus vatandaşların sorumluluğu olarak ifade edilmiştir. Ayrıca 2023 taslağı bir başlık sekiz maddede, farklı ödev ve sorumluluklara yer vermek suretiyle konuyu çok daha detaylı ele almıştır¹⁶¹. Çevrenin korunması, konu hakkındaki eğitim, uygulanması, enerji politikaları ve atık yönetimi ayrı ayrı ifade edilmiştir.

Aslında 1980 Anayasası'ndan farklı bir düzlemde olmamasına karşın 2023 taslağının daha detaylı olması, 2022 taslağında çevre hakkının çok detaylı bir biçimde ele alınmasından kaynaklanmaktadır. 2023 taslağı 2022 taslağının genel karakteristiğini değiştirmiştir. Fakat halkın konu hakkında talepleri de 1980 Anayasası'nın düzenlemelerinin üzerinde olduğu için 2022 taslağında aşırılık olarak kabul edilen hususların törpülenmiştir. Bu kapsamda tabiatın kendisinin de hak sahibi olduğu yolundaki 2022 düzenlemelerine 2023 taslağında yer verilmemiştir. Netice olarak 1980 Anayasası'nın basit düzenlemesi ile 2022 taslağının fazla geniş ve radikal düzenlemelerinin ortasında bir formül bulunmuştur¹⁶².

2023 taslağında alışıla gelmişin dışında ve henüz teorik olgunluğa erişme aşamasında olan 20'ye yakın hak ve ödev ihdas edilmiştir. Yeni anayasa yapımı esnasından odak noktasında olan temel hususun halkın katılımı olduğu ifade edilebilir¹⁶³. Dolayısı ile 2023 taslağı, halkın yasama faaliyetlerine doğrudan katılım mekanizmalarını, 1980 Anayasası'na göre daha ileri götürme hedefinde olmuştur. Buna göre "halkın doğrudan katılımı" çekirdek bir insan hakkıdır. Devlet bakımından ise geniş halk kitlelerinin katılımını sağlamak bir ödevdir¹⁶⁴.

Yeni anayasa yapım sürecinin temel odak noktası cinsiyet eşitliği olmuştur¹⁶⁵. Bunun sebebi kamuoyu nazarında cinsiyet eşitliğinin önemli konulardan birisi olmasıdır. Bundan dolayıdır ki 2021 yılında referandum ile oluşan Konvansiyon, dünyada cinsiyet eşitliği prensibine göre tesis edilmiş ilk anayasa yapım organıdır. Komite ve komisyonlarının oluşumunda da bu prensip göz önüne alınmıştır.

¹⁵⁹ 1980 Anayasası 19.Madde 8. Fıkra

¹⁶⁰ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16. Madde 21.fıkra

¹⁶¹ 2023 Şili Anayasa Taslağı 37. Madde

¹⁶² Delucchi (n 8) 2 -11; Aleman ve Navia (n 135) 90.

¹⁶³ Heiss ve Suarez, (n 8) 282- 284; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 160.; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.; Garcia (n 20) 244.

¹⁶⁴ Dahası kanun yapımı, kanunun uygulanması ve denetlenmesi konularında halkın katılımının sağlanmasını da öngörülmektedir. Bunun için oluşturulacak "forumlar" ile kamu idarelerine tavsiyeler verilecek ve yerel plebisitler yapılabilecektir.

¹⁶⁵ Catherine Reyes-Housholder ve Julieta Suarez-Cao ve Javiera Arce-Riffo, "The Puzzle of Chile's Resilient Support for Gender Parity.",(2024) 57(2) PS: Political Science & Politics263-266. ; Piscopo ve Siavelis (n 23) 49. ; Verdugo ve Garcia-Huidobro, (n8) 160.; Delucchi (n 8) 2.; Larrain ve Negretto ve Voigt (n 19) 235.

Kadın ve üyeler eşit biçimde dağılmıştır. 2023 taslağı parlamento ve siyasi partilerde kadın ve erkeklerin sayıca eşit olmasını öngörmektedir. Esasında bu teklif, 1980 Anayasası ile 2022 taslağı arasında bir orta yol bulmayı hedeflemektedir. 1980 Anayasası cinsiyet eşitliğini bir prensip olarak kabul etmekte¹⁶⁶ ve fakat bu prensibin tesisi için herhangi bir sayı öngörmemektedir. Oysa 2022 taslağı bütün kamu idareleri ve kamu şirketleri ile yarı kamu şirketlerinin yönetim yapısında kadın ve erkeklerin eşit olarak bulunması öngörmüştür¹⁶⁷. Dahası 2022 taslağında “cinsiyet eşitliği” kavramı kadın ve erkek temelinde değil son derece detaylı ve farklı olarak ele alınmış; kadın, kız, cinsiyet muhalifleri gibi muhtelif unsurları ayrı ayrı ele almıştır¹⁶⁸.

2023 taslağı, cinsiyet eşitliği ile bağlantılı olabilecek başkaca alanlarda da 1980 Anayasası'na göre iyileştirme hükümlerine yer vermiştir¹⁶⁹. Devlet tarafından finanse edilen çocuk gündüz bakımevlerinin tesisi¹⁷⁰, çocukların bakımı ile ilgili devletin müteselsil sorumlu olması¹⁷¹, kadın ve erkeğin eşit ücret almasının öngörülmesi bu kapsamda verilecek örneklerdendir¹⁷².

Şili'de en çok tartışılan konulardan bir tanesi de etnik ve kültürel çeşitliliğin ve ülkenin yerlilerinin anayasal olarak nasıl tanınacağı meselesidir. Küresel anlamda önemli olan bu konu açısından, Latin Amerika ülkeleri bağlamında atılan somut adımları yansıtmaması bakımından Şili'nin konu hakkındaki anayasal düzenleme çalışmaları dikkati çekmektedir. 2022 taslağının konuya yaklaşımı Bolivya ve Ekvador örnekleri ile uyumlu şekilde ve “çokulusluluk” kavramı üzerinden olmuştur. 2022 taslağına göre Şili, ülkesinde var olan ulus çeşitliliğini kapsayan çok uluslu bir devlettir¹⁷³. Özellikle ülkede bulunan yerlilere özgü bazı hak ve yetkiler tanımlama ihtiyacı duyulmuştur¹⁷⁴.

2023 taslağı ise çokulusluluk kavramına bir mesafe koymak suretiyle, muhtelif etnik unsurlar arasında ilişkiler bakımında “kültürlerarasılık” prensibini temel almıştır. Taslakta Şili ulusu, “yerlilerinin temel parçası olduğu bölünemez tek bir ulus” olarak ifade edilmiştir¹⁷⁵. Düzenlemede etnik ve kültürel çeşitliliğe ilişkin herhangi bir hususa yer verilmemiştir. Bu hali ile taslak de 1980 Anayasası ile 2022 taslağı arasında bir ara formül olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁶.

¹⁶⁶ 1980 Anayasası 19.maddesi 2.fıkrası

¹⁶⁷ 2022 Şili Anayasa Taslağı 6. Maddesi 2.fıkrası

¹⁶⁸ 2022 Şili Anayasa Taslağı 25. Maddesi 3.fıkrası

¹⁶⁹ Reyes-Housholder ve Suarez-Cao ve Arce-Riffo, (n 168) 263-266.

¹⁷⁰ 2023 Şili Anayasa Taslağı 16.Madde 23.fıkra

¹⁷¹ 2023 Şili Anayasa Taslağı 13. Madde

¹⁷² 2023 Şili Anayasa Taslağı 16.Madde 26.fıkra

¹⁷³ 2022 Şili Anayasa Taslağı 1.Madde

¹⁷⁴ Bölgesel otonomi, yasama çoğulculuğu ve devlet organlarında yerlilere özgü temsil bunlardan başlıcaları olarak sayılabilir.

¹⁷⁵ 2023 Şili Anayasa Taslağı 5.Madde

¹⁷⁶ Deluchi (n 8) 11.



Şili’de, adem-i merkezîyetçi yönetim uzun zamandır tartışılan reform konularından bir tanesidir¹⁷⁷. 2022 taslağı pek çok alanda olduğu gibi bu alanda da majör değişiklikler öngörmüştür. Mevcut anayasal düzende devletin yapısı olarak kabul edilen üniter modelin¹⁷⁸ zıddına, 2022 taslağı; devleti, bölgesel/federal bir yapıda öngörerek¹⁷⁹, bölgelerin/federe unsurların ise tamamı ile otonom olmalarını düzenlemiştir. 2023 taslağı ise devletin üniter olduğunu ancak yönetiminin adem-i merkezi olduğunu düzenleyerek yine bir ara formül çıkarmıştır¹⁸⁰.

2023 taslağında yargı bağımsızlığına ilişkin de bazı düzenlemeler yapılmıştır. 1980 Anayasası’nda düzenlendiği şekliyle başkanın, yargıçları ve Yüksek Mahkeme üyelerini atama yetkisini muhafaza etmiştir. Fakat başkana aday sunan kurumları değiştirmiştir. Bu kapsamda yargı organlarının kendisinin değil; bu konuya has yeni bir yapının, adayları sunması gündeme gelmiştir. Söz konusu yeni yapı yürütme, Senato ve yargı tarafından atanarlardan oluşacaktır. Bu noktada Senato’nun rolü arttırılacaktır. Fakat Yüksek Mahkeme üyelerinin atanmasında ise Yüksek Mahkeme’nin yetkisi arttırılacak ve parlamentonun alt kanadının yetkileri kaldırılacaktır¹⁸¹. Öngörülen bu yeni yapı, yargı mensuplarının ve yargının finansmanının kontrolü konularındaki yetkileri, Yüksek Mahkeme’den devralacaktır. Ayrıca yüksek yargının, alt yargı organlarındaki hakimleri ihraç/görevden alma yetkisi de kaldırılmış ancak bu yetkinin kime devredildiği belirtilmemiştir.

SONUÇ

Şili’de toplum, siyasetin yönlendirmesi başta olmak üzere farklı saiklerle, toplumsal sorunların anayasa marifeti ile çözüme kavuşacağına ikna olmuştur. Neredeyse 1980 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu tarafa bu inanç, anayasa tartışmalarını canlı tutarak süreklilik arz eden bir dönüşüm talebi olarak siyasete yansımıştır. Esasen bu anayasa meselesi siyasetin de bir silahı ve aracı haline geldiği için günümüzde talebin kaynağını kestirmek zorunlu görünmektedir. Dahası akademi ve entelektüel dünya da bu anayasal dönüşüm gündeminde talepkâr olarak üçüncü bir sac ayağı olmuştur. Diğer taraftan Latin Amerika ülkelerinde cereyan eden anayasal hareketler, Şili’de var olan gündemi sürekli olarak meşgul etmeye devam etmiştir.

2019 protestolarının şiddet içeren toplumsal olaylara dönüşmesi üzerine halkı sakinleştirmek adına girilen siyasi mutabakat ile 2022 anayasa taslağının oluşum sürecine girilmiştir. Bu süreçte Avrupa Birliği’nden uluslararası akademik dünyaya kadar çok geniş bir cenahtan destek alınmış, ideal anayasa yapım süreci ve

¹⁷⁷ idib 11.

¹⁷⁸ 1980 Anayasası 3.Madde

¹⁷⁹ 2022 Şili Anayasa Taslağı 1. Madde

¹⁸⁰ 2023 Şili Anayasa Taslağı 4. Madde

¹⁸¹ 2023 Şili Anayasa Taslağı 162.Madde

anayasa metni oluşturulacağına dair neredeyse herkes kani olmuştur. Dolayısı ile toplumda var olan uzun süreli beklentinin de üstünde ciddi bir beklenti oluşmuştur. Fakat 2022 taslağı bu beklentiyi karşılamaktan oldukça uzak olduğu için Şili ve uluslararası camia bakımından bir hüsrana ortaya çıkmıştır. Henüz akademik dünya bakımından dahi çok yeni sayılabilecek ve üzerinde henüz teorik mutabakat bulunmayan tartışmaların metne girmesi halkı, anayasa çalışmalarına yabancılaştırmış, kendi gündemlerinden başka bir gündeme dayanan anayasa çalışmalarına olan destek istikrarlı bir biçimde düşmüştür. Netice olarak 2022 taslağı radikal, halkın taleplerinin ötesinde ve gerçekleştirilmesi şüpheli bir dönüşümü hedefleyen bir siyasi metin olarak görülmüş ve referandumda reddedilmiştir. Dönüşümcü anayasacılık olarak çıkılan yolda başta arzu edilenler ile “dönüştürülenler” arasında son derece ciddi bir uçurum ortaya çıkmış ve metnin ütöpik bir karakterde olduğu zannı yerleşmiştir.

Şili halkı 2022 taslağını reddetmekle birlikte hala bir anayasa talebinde bulunduğundan dolayı ikinci bir anayasa süreci başlatılmıştır. Fakat henüz yapılan yanlışlar ve halkın neyi niçin reddettiği üzerine bir değerlendirmeye girilmediği için 2023 taslağı da halk tarafından reddedilmiştir. İlk taslağı aşırılıkçı bulan seçmenin, ikincisini ise yetersiz bulduğu ifade edilebilir. Anayasa yapıcılar tarafından, süreç içerisinde halkın temenni, talep ve eğilimleri takip edilmeye çalışmıştır. Ancak konu hakkında elde edilen verilerin doğru bir şekilde tahlil edilmediği açıktır. Birinci sürecin bütün sorumluluğu Anayasa Konvansiyonu’na tevdi edilmiştir. Burada oluşan siyasi atmosferin zıddı bir siyasi denklem kurulabilir ise ikinci denemede yeni bir anayasanın yapımının mümkün olacağı varsayımı ile hareket edilmiştir. Böylelikle Anayasa Konseyi’nde meydana gelen siyasi atmosfer de netice itibarı ile başarılı olamamıştır.

Şili’nin söz konusu çoklu denemesi şunu göstermektedir ki anayasa yazımı, görüldüğü kadar basit değildir. Arzu edilenlerin, bir anayasa düzenlemesi haline getirilmesi konusu başlı başına mühim bir hadise olup demokratik (post-egemen) anayasa yapım yöntemleri ile birleştiğinde mesele daha da nazik bir yer almaktadır. Status quo’nun değiştirilmesi ile bozulması arasında ince bir çizgi vardır ki bu da toplum tarafından fark edilebilecek kadar büyüktür.

Sonuç olarak Şili’de arzu edilen yeni anayasa henüz yapılamamış ve fakat bu kapsamdaki gündem de değişmemiştir. Sınırsız yetki ile donatılmış anayasa meclisleri tarafından anayasa yapımı olarak ifade edilebilecek olan Bolivaryan yaklaşımdan farklı bir dönüşümcü anayasacılık arayışı sürmektedir. Bu kapsamda demokratik anayasa yapım yöntemleri ile toplumsal dönüşümü sağlama hedefinde bir değişiklik olmadığı ve üçüncü bir denemenin daha yapılmasının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aleman E ve Navia P, “Chile’s Failed Constitution: Democracy Wins” (2023) 34(2) Journal of Democracy.
- Brown N, “Tracking the Arab Spring: Egypt’s Failed Transition” (2013) 24 (4) Journal of Democracy.
- Castro JM, “Jaime Guzmán, Gremialismo, and the Ideological Origins of the 1980 Constitution” (2022) 33(2) Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe.
- Couso J, “Chile’s ‘Procedurally Regulated’ Constitution-Making Process” (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law.
- Couso J ve Hilbink L, “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”, içinde Helmke G ve Rios-Figueroa J (ed.), *Courts in Latin America*, (Cambridge University Press 2011)
- Catalan AA, “Chile’s New Constitution: What Right to Health?” (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law.
- Contreras P ve Parmo DL, “A Constituent Process? Chile’s Failed Attempt to Replace Pinochet’s Constitution (2013–2019)” (2021) 13(3) RECHT.
- Colon-Rios J, “Multistage Constitution-Making: From South Africa to Chile”, içinde Dixon R ve Roux T (ed.) *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments*, (Cambridge University Press, 2018)
- Delucchi AS, “The Chilean Constitutional Convention: An Exercise for the Pluriverse”, (2024) 4(3) Global Studies Quarterly.
- Diaz de Valdes JM ve Verdugo S, “The ALBA Constitutional Project and Political Representation”, (2019) 17(2) International Journal of Constitutional Law.
- Dixon R ve Landau D, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press Oxford 2021)
- Dixon R ve Ginsburg T, “Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design” (2012) 9 International Journal of Constitutional Law.
- Elkins Z ve Hudson A, “The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform”, içinde Stacey R ve Albert R (ed.) *The Limits and Legitimacy of Referendums*, (Oxford University Press, 2022)
- Elkins Z ve Hudson A, “The Constitutional Referendum in Historical Perspective”, içinde Landau D ve Lerner H, *Comparative Constitution Making*, (Elgar 2019).
- Ersoy K, “Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri” (2023) 13(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Escudero MC, "Institutional Resistance: The case of the Chilean Convention 2021–22", (2024) 13(1) Global Constitutionalism.

Fishkin J, "Deliberative Democracy and Constitutions." (2011) 28(1) Social Philosophy and Policy.

Fuentes C, "Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile" (2015) 57(1) Latin American Politics and Society.

Garcia JF, "A Failed but Useful Constitution-Making Process: How Bachelet's Process Contributed to Constitution-Making in Chile" (2024) 13(1) Global Constitutionalism.

Hailbronner M, "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South" (2017) 65 American Journal of Comparative Law.

Heiss C ve Suarez J, "Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process" (2024) 57(2) Political Science & Politics.

Heiss C, "Legitimacy Crisis and the Constitutional Problem in Chile: A Legacy of Authoritarianism" (2017) 24(3) Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory.

Heiss C ve Navia P, "You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy." (2007) 49(3) Latin American Politics and Society.

Ingimundarson V ve Urfalino P ve Erlingsdottir E, *Iceland's Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, (Routledge, 2016).

King P, "Neo-Bolivarian Constitutional Design" , içinde Galligan DJ ve Versteeg M (ed.) *Social and Political Foundations of Constitutions*, (Cambridge University Press, 2013).

Klare KE, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (1998) 14(1) Soth African Journal on Human Rights.

Landau D ve Dixon R, "Utopian Constitutionalism in Chile" (2024) 13(1) Gloal Constitutionalism.

Larrain G ve Negretto ve G, Voigt S, "How Not to Write a Constitution: Lessons From Chile" (2023) 194 Public Choice.

Marshall P ve Zuniga Y, "The Overprotection of Conscientious Objection in Chile's Abortion Regulation", (2021) 21(2) Developing World Bioethics.

Maldonado DB , *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press, 2013).



Maira G ve CASAS L ve VIVALDI L, “Abortion in Chile: The Long Road to Legalization and its Slow Implementation ” (2019) 21(2) Abortion Law Reform, Health and Human Right Journal.

Mittal S ve Weingast BR, “Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability in America’s First Century” (2013) 29(2) Journal of Law, Economics, & Organization.

Negretto G ve Sanchez-Talanquer M, “Constitutional Origins and Liberal Democracy : A Global Analysis, 1900–2015” (2021) 115(2) American Political Science Review.

Negretto G, *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives* (Cambridge University Press 2020)

Negretto G, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America* (Cambridge University Press 2013).

Pasquino P, “Constituent Power and Authorization Anatomy and Failure of a Constitution Making Process”, içinde Ingimundarson V ve Urfalino P ve Erlingsdottir (ed.) *Iceland’s Financial Crisis: The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, (Routledge, 2016).

Piscopo J ve Siavelis P, “Chile’s Constitutional Moment.” (2021) 120(823) Current History.

Planza V ve Sotomayor Valarezo P, “Chile’s failed constitutional intent: Polarization, fragmentation, haste and delegitimization”, (2024) 13(1) Global Constitutionalism.

Reyes-Housholder C ve Suarez-Cao J ve Arce-Riffo J, “The Puzzle of Chile’s Resilient Support for Gender Parity.”, (2024) 57(2) PS: Political Science & Politics.

Ruiz-Tagle P, *Five Republics and One Tradition: A History of Constitutionalism in Chile 1810–2020*, (Cambridge University Press, 2021).

Scheppele KL, “Autocratic Legalism”, (2018) 85(2) University of Chicago Law Review.

Scheppele KL, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models”, (2003) 1(2) International Journal of Constitutional Law.

Siavelis P, “Crisis of Representation in Chile? The Institutional Connection” (2016) 8(3) Journal of Politics in Latin America.

Tsebelis G, “Veto Players and Constitutional Change: Can Pinochet’s Constitution Be Unlocked?” (2018) 25(1) Política y Gobierno.

Uggla F, “For a Few Senators More? Negotiating Constitutional Changes During Chile’s Transition to Democracy” (2007) 47(2) Latin American Politics and Society.



Verdugo S ve Prieto M, "The Dual Aversion of Chile's Constitution-making Process" (2021) 19(1) International Journal of Constitutional Law.

Verdugo S ve Eugenio Garcia-Huidobro L, "How Do Constitution-making Processes Fail? The case of Chile's Constitutional Convention (2021–22)" (2023) 13(1) Global Constitutionalism.

Verdugo S, "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change", içinde Albert R ve Bernal C (ed.) *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, (Hart 2019).

Villalobos Dintrans P, "Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform", (2019) 5(2) Health Systems & Reform.

Von Bogdandy A, "Chilean Insights for Progressive Constitutionalism" (2023) 83(1) Heidelberg Journal of International Law.

Wolff J, "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", içinde Nolte D ve Schilling-Vacaflor A (ed.) *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices* (Routledge 2012)

Zulueta-Fülscher "K, How Constitution-making Fails and What Can We Learn from It?" (2023) 2 IDEA Discussion Paper.

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

Alemparte B, "The Institutional Interest of Political Parties in Chile's Constitution-Making Process", Nov. 17, 2020, Blog the International Journal of Constitutional Law. <<https://www.iconnectblog.com/the-institutional-interest-of-political-parties-in-chiles-constitution-making-process/>> Erişim tarihi 21 Mayıs 2024

Carballo AE ve Fitz-Henry E, One of the Most Progressive and Environmentally Conscious Legal Texts on the Planet: Chile's Proposed Constitution and Its Lessons for Australia, 30/08/2022, <<https://theconversation.com/one-of-the-most-progressive-and-environmentally-conscious-legal-texts-on-the-planet-chiles-proposed-constitution-and-its-lessons-for-australia-189389>> Erişim tarihi: 01 Temmuz 2024

Kaufmann R. "Third Time's A Charm?: Chile's Second Constituent Process", 2023/12/11 tarihli VerfBlog, <<https://verfassungsblog.de/third-times-a-charm/>>, Erişim tarihi: 21 Kasım 2024

Kaufmann R, "Chile or the Impossibility of a Constitution", 2023/5/09 tarihli VerfBlog, <<https://verfassungsblog.de/chile-or-the-impossibility-of-a-constitution/>> Erişim tarihi: 21 Kasım 2024

Miralles DZ, "Chile's Draft Constitution Looks to the Future: Digital Rights as Fundamental Rights", ConstitutionNet, 2 July 2022, <<https://constitutionnet.org/>



news/chiles-draft-constitution-looks-future-digital-rights-fundamental-rights>
Erişim tarihi: 12 Aralık 2024

OECD, “Chile: Scan Report on the Citizen Participation in the Constitutional Process”, (2017) OECD Public Governance Reviews.

<https://www.oecd.org/en/publications/chile-scan-report-on-the-citizen-participati-on-in-the-constitutional-process_fa0c9247-en.html> Erişim tarihi: 18/Ağustos/2024.

Correa R, “Overcoming the Pinochet Factor in the Chilean Constitution-Making Process”, International IDEA, 28/2/2023, <<https://constitutionnet.org/news/overcoming-pinochet-factor-chilean-constitution-making-process>> Erişim tarihi: 14 Şubat 2025.

Sağlık Kanunu’nda değişiklik yapan 23/09/2017 tarihli 21030 numaralı Kanun <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237>> Erişim tarihi: 11 Kasım 2024

Siavelis P ve Heiss C ve Navia P ve Aucoin L, *Chile’s Lessons and Failures in Writing a New Constitution*, Sutherland P ve Chakrabati M (hazırlayanlar), Radyo Transkripti, <<https://www.wbur.org/onpoint/2023/12/11/chiles-lessons-and-failures-in-writing-a-new-constitution>> Erişim tarihi: 14 Şubat 2025.

Venedik Komisyonu, Şili’de Yeni Anayasa Yapımı Üzerine Düşünceler ,CDL-AD(2022)004, No:1075/2022.18-19/03/2022, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)004-e)> Erişim tarihi: 10 Eylül 2024.



SAVAŞ SUÇLARINDAN SOYKIRIMA: İSRAİL'İN GAZZE'DEKİ FİİLLERİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

*A Legal Examination of Israel's Actions in Gaza:
From War Crimes to Genocide*

Muhammet Celal KUL*

Öz

Bu makale, İsrail'in özellikle 7 Ekim 2023'ten bu yana Filistin'de işlediği sistematik ve yaygın insancıl hukuk ihlallerini incelemekte; bu ihlallerin savaş suçları dışında soykırım suçunu da oluşturduğunu ileri sürmektedir. Makalede, tahliye bölgelerinde ve insani yardım kuyruklarında bekleyen sivilin kasten hedef alınması, Gazze nüfusunu yaşanamaz koşullara mahkûm eden abluka politikaları gibi eylemler değerlendirilmiştir. Sivil altyapının ayırım gözetmeksizin yok edilmesi, insani yardımların engellenmesi, açlığın savaş yöntemi olarak kullanılması ve İsraili yetkililerin açık şekilde soykırımı işaret eden beyanları, soykırım suçunun hem maddi hem manevi unsurlarını göstermektedir. İsrail'in askeri gereklilik, orantılılık ve ayırım gözetme ilkelerini sürekli ihlal etmesi; diğer güncel örnekler, Gazze'deki Filistin halkını hedef alan bir yok etme kampanyasının sürdürüldüğünü ortaya koymaktadır. Bu fiiller savaş suçlarını, savaş suçlarını, uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini ve nihayet soykırım suçunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gazze, Filistin, ağır ihlaller, soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar.

Abstract

This article examines the systematic and large-scale violations of international humanitarian law (IHL) committed by Israel in Palestine, especially since October 7, 2023, proposes that these violations constitute war crimes and genocide. The author outlines Israel's deliberate targeting of civilians, including those in evacuation zones and humanitarian aid queues, and the blockade policies that have created unlivable conditions for the population. Citing acts such as the indiscriminate destruction of civilian infrastructure, obstruction of humanitarian aid, use of starvation as a method of warfare, and explicit genocidal rhetoric by Israeli officials, the article establishes both the *actus reus* and *mens rea* of genocide. The persistent disregard for the principles of distinction, proportionality, and military necessity under IHL, other contemporary examples reinforce the conclusion that Israel's actions represent a systematic campaign aimed at the destruction of the Palestinian people in Gaza. As such, these acts amount to war crimes, grave breaches of IHL and finally the crime of genocide.

Key words: Gaza, Palestine, grave breaches, genocide, war crimes, crimes against humanity.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.05.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, muhammetcelal.kul@ibu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9294-3086>

GİRİŞ

7 Ekim 2023'ten beri Gazze'de ölen insan sayısının, rapor edilmeyen ölümler de eklendiğinde, Ocak 2025 itibariyle 70.000'i aştığı tahmin edilmektedir¹. 7 Ekim 2023 itibariyle Filistin ve İsrail arasında başlayan çatışmaların yakında gelecekte yumuşamayacağını belirten İsrail Başbakanı Netanyahu, 1,5 milyon Filistinlinin sığındığı Refah Şehri'ni de işgal etmek suretiyle Gazze'nin tamamını Filistinlilerin tamamının ölümünü de göze alarak onlardan almayı planlamaktadır². Bunu yaparken ABD'den önemli miktarda askeri yardım almaktadır. Soykırımı varan bu insan katliamının nerede son bulacağını ve yeni bir ateşkes yapılıp yapılmayacağını zaman gösterecektir. Mahmud Abbas, 7 Ekim itibariyle Gazze'de yaşananların 1948 *Nakba* (Felaket) Hadisesinden daha korkunç olduğu karşılaştırmasında bulunmuştur.

İsrail 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonlarına taraftır, bu bakımdan bu Konvansiyonlarda öngörülen insancıl hukuk korumalarına saygı göstermelidir. Ancak onca yıl insancıl hukukun öngördüğü korumalara aykırı davrandığının farkındadır ve fakat Filistin topraklarında hâkim olan bir egemen devletin bulunmayışı sebebiyle yaptığı bu ihlallerin Cenevre Konvansiyonlarına aykırılık oluşturmadığı görüşündedir. Zira, 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacak korumaları temelde öngörmektedir. İsrail, Filistin'in devletleşmesini geciktirerek, engelleyerek ve inkâr ederek on yıllarca bu tartışmalı fırsattan yararlanmaya çalışmıştır. Cenevre Konvansiyonlarının ortak üçüncü maddesi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak bir hukuki koruma standardı öngörmekte ve bunun uluslararası teamül hukuku kuralına dönüştüğü kabul edilmektedir³ ve bu yolla tüm devletler ve tabii olarak İsrail hakkında da bağlayıcı bir hüküm niteliğindedir. Bunun yanında İsrail'in işlediği insancıl hukuk ihlallerinin önemli bir kısmı da başka egemen devletlerin topraklarında gerçekleşmiştir. Mesela, 1953 yılında Ürdün'ün Kibya Kasabasında altmış dokuz sivilin öldürülmesi, 1982 yılında Lübnan'daki Şatila ve Sabra Mülteci Kamplarında yaşayan bin kadar Filistinlinin katliam edilmesi sayılabilir⁴. Günümüzde Filistin önemli sayıda devlet tarafından tanınmış vaziyette olduğundan İsrail ile olan silahlı çatışmalara ve insancıl hukuk ihlallerine uluslararası silahlı çatışmalar hukuku uygulanmalıdır. Önemli sayıda devlet tarafından Filistin'in

¹ Sophie Tanno, "Gaza death toll has been significantly underreported, study finds" CNN, 9 January 2025, <https://edition.cnn.com/2025/01/09/middleeast/gaza-death-toll-underreported-study-intl> erişildi 26.06.2025.

² Zaheena Rasheed and Alastair McCreedy, 'Israel's war on Gaza live: Netanyahu vows to 'finish the job' in Rafah' *ALJAZEERA*, 13 March 2024, <<https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2024/3/13/israels-war-on-gaza-live-netanyahu-vows-to-finish-the-job-in-rafah>> erişildi 14.03.2025.

³ Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, 2014, s. 105.

⁴ Bkz. Michael Byers, *War Law: Understanding International Law and Armed Conflict*, Douglas & McIntyre, 2007, s. 183.

devlet statüsünün tanınması üzerinden çatışmaların uluslararası silahlı çatışma olarak tasnif edilmesi durumunda ise çatışmalar devletler arasında olduğu ve taraflardan birinin savaş gayesi (*animus belligerendi*) gütmesi nedeniyle klasik tanımıyla “savaş” olarak adlandırmak mümkündür⁵. Bilindiği gibi savaş, uluslararası nitelikte silahlı çatışma olduğundan uygulanacak hukuk, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek I No’lu Protob hükümleri yanında harp kanun ve kaideleri olacaktır⁶. İlan edilmiş savaş durumu yahut fiili silahlı çatışma hallerinde Cenevre Konvansiyonları’nın uluslararası silahlı çatışmalara dair ortak ikinci maddesi işgal hallerine de şamil olacaktır⁷.

Bu çalışma kapsamında ele alınacak olan İsrail’in sistematik olarak gerçekleştirdiği insancıl hukuk ihlalleri soykırım nihai amacına yönelik olup başlıcaları aşağıdaki şekilde sıralanabilir: Kara, hava ve denizden abluka uygulamaları, insani yardımın ulaştırılmasını engelleme, ilaç, su ve gıda yetersizliğine maruz bırakma, açlığın bir savaş metodu olarak kullanılması, sivil halka karşı saldırılar düzenlenmesi, ayırım gözetme ilkesinin ihlal edilmesi, sivil halkın ve sivil halkın yaşamasına yarayan sivil nesnelerin binaların (mesken, ekmek fırını gibi) hedef alınması ve vurulması, hastane ve ambulansların bombalanması, askeri gereklilikler ve avantajına kıyasla orantısız güç kullanımı, askeri gerekliliklerin haklılaştırmadığı mülkiyetin geniş kapsamlı tahribatı, etnik temizlik, zorla yerinden etme, merhamet gösterilmeyeceğini beyan etme, fosfor bombası, misket bombası gibi yasaklanan savaş metotlarının kullanılması, yerleşim yerlerinin alt ve üst yapısının imha edilmesi, kültürel anıtların ve dini mekanların tahribi, Filistinlileri insan kalkanı olarak kullanmak, duvar inşası, yerinden edilen Filistinlerin yerlerine hukuka aykırı yerleşimcilerin yerleştirilmesi, sivillere karşı girişilen misillemeler⁸...

A. 2023 YILI İTİBARIYLA İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ

1. Ekim 2023 İtibariyle Gerçekleştirilen İhlaller

Hamas’ın 7 Ekim’de İsrail’e ait askeri hedeflere karşı gerçekleştirdiği saldırıya İsrail, çok sayıda sivil hedefi vurarak karşılık verdi. İsrail’in bombaladığı ilk yerler arasında okul, cami, fırın, bankalar, basın ve ticaret bürolarının bulun-

⁵ Bkz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, İstanbul, 2006, s. 52 vd.; Ingrid Dieter (n 52) 17.

⁶ Bkz. Hakkı Hakan Erkiner, “Filistin israil Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi”, *TESAM STRATEJİ*, 1 Ağustos 2024, <https://tesamstrateji.com/yazi.php?link=filistin-israil-meselesinin-analizinde-uluslararasi-hukukun-metodolojisi> erişildi 19.07.2025.

⁷ Bkz. Emily Crawford and Alison Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge, 2015, s. 54; GC I-IV, madde 2. Ayrıca Hague Regülasyonlarının 43 maddesi uyarınca uygulanacak işgal hukuku hakkında bkz. Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton, 1993, s. 7 *et seq.* GC IV ve AP I hükümlerine göre işgal hukuku için bkz. Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009, s. 4 *et seq.*

⁸ GC I, madde 13, 33, 46; GC II madde 47; AP I madde 51(6), 52(1), 53(c), 54(4), 55(2), 56(4).



duğu apartmanlar ve radyo kulesi vardı. 7-8 Ekim 2023'te basın ofisleri ve ticari şirket bürolarının bulunduğu Filistin Apartmanı bombalandı. İsrail'in meşru müdafaa sınırını aşan orantısız silahlı saldırıları arasında Hamas'a esir düşen İsrail askerlerinin de Hannibal Protokolü⁹ kapsamında öldürülmesine izin vermek de mevcuttu¹⁰. İsrail'in sivil nesnelere yönelik hava bombardımanında, basın ofisleri ve çeşitli şirketlere ait bürolarına ev sahipliği yapan Filistin apartmanı hedef alındı. Bunun yanında Filistin Stadyumu, Üretim Bankası ve İslam Milli Bankası vuruldu. Benzer şekilde Gazze'deki BM'ye ait Mamounia Kız Lisesi ağır hasar aldı. Filistin Ticaret Kulesindeki radyo merkezi ile Han Yunus'daki El-Emin Muhammed Camii de İsrail tarafından bombalandı¹¹.

9 Ekim 2023'te İsrail tarafından yapılan açıklamaya göre Gazze için tam abluka uygulanacağı, Gazze'ye gıda ve elektrik verilmeyeceği belirtildi¹². Çocuklar, hastalar ve yaralılar için özellikle ölümcül olan bu abluka uluslararası hukuka birçok yönden aykırı olup İsrail'in Gazzelilere karşı giriştiği soykırım fiilleri kapsamındadır¹³. Filistinli sivil nüfusun gıda ihtiyaçlarının karşılanması, IV numaralı Cenevre Konvansiyonunda öngörüldüğü üzere ve uluslararası işgal hukuku uyarınca işgalci güç olan İsrail'in yükümlülükleri arasındadır¹⁴. Bu Konvansiyon'un dördüncü maddesinde korunan kişilerin kapsamı şöyle açıklanmıştır: [K]onvansiyon tarafından korunan kişiler, çatışma veya işgal durumunda, belirli bir anda ve herhangi bir şekilde, vatandaşı olmadıkları çatışma tarafının veya

⁹ Bkz. Mustafa Fetouri, "What is the 'Hannibal Directive' and how Israel uses it" *MIDDLE EAST MONITOR*, 4 January 2024, < <https://www.middleeastmonitor.com/20240104-what-is-the-hannibal-directive-and-how-israel-uses-it/> > erişildi 11. 02.2025.

¹⁰ Bu gerçek önce bir İsrailli yüzbaşı daha sonra da dönemin Savunma Bakanı Yoav Gallant tarafından ikrar edildi. Bkz. Bekir Aydoğan, "İsrailli yüzbaşı, 7 Ekim'de esirleri de öldürmeyi öngören 'Hannibal Protokolü'nü uyguladığını kabul etti" *ANADOLU AJANSI*, 29 Mart 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilli-yuzbasi-7-ekimde-esirleri-de-oldurmeyi-ongoren-hannibal-protokolunu-uyuladigini-kabul-etti/3178163> erişildi 11.02.2025; "Gallant admits 'Israel' used Hannibal Directive during war on Gaza" *TEHRAN TIMES*, 11 February 2025, <https://www.tehrantimes.com/news/509501/Gallant-admits-Israel-used-Hannibal-Directive-during-war-on> erişildi 11.02.2025.

¹¹ Bkz. *DEUTSCHE WELLE*, "İsrail-Hamas savaşı: Binden fazla ölü" 8 Ekim 2023, <https://www.dw.com/tr/i%CC%87srail-hamas-sava%C5%9F%C4%B1-binden-fazla-%C3%B6l%C3%BC/a-67031955> erişildi 19.07.2025.

¹² *ALJAZEERA*, "Israel announces 'total' blockade on Gaza" 9 October 2023, <https://www.aljazeera.com/news/2023/10/9/israel-announces-total-blockade-on-gaza> erişildi 27.02.2025.

¹³ Bkz. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (kabul edildi 9 Aralık 1948, yürürlüğe girişi 12 Ocak 1951) 78 UNTS 277 (Soykırım Sözleşmesi); Amnesty International, "Amnesty International investigation concludes Israel is committing genocide against Palestinians in Gaza" 5 December 2024, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/12/amnesty-international-concludes-israel-is-committing-genocide-against-palestinians-in-gaza/> erişildi 27.02.2025.

¹⁴ Bkz. GC IV, madde 55. "zorunlu askeri gerekliliklerin geçici kısıtlamalar gerektirdiği durumlar hariç." Korumacı Güç, işgal altındaki bölgelerdeki gıda ve tıbbi malzemelerin durumunu her zaman kontrol etme özgürlüğüne sahip olacaktır. Ayrıca bkz. Hans-Peter Gasser and Knutt Dörmann (n 85) 264.

işgalci gücün elinde bulunan kişilerdir. Buna göre Gazze Halkı korunan kişiler kapsamındadır.

İsrail'in Gazze'de işlediği insancıl hukuk ihlallerinin birincisi Filistinli direnişçilerin fiillerinden dolayı tüm Gazze halkının toplu olarak cezalandırılmasıdır¹⁵. İnsancıl hukukça yasaklanan İsrail'in toplu cezalandırma uygulamaları arasında; abluka uygulamaları¹⁶, Gazze halkının gıda ve ilaca erişiminin kısıtlanması sistematikleşerek soykırıma zemin hazırlamaktadır¹⁷. Süregiden bir işgalin öznesi olarak İsrail, 1907 Lahey Regülasyonlarını ve Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına dair IV nolu Cenevre Konvansiyonu'ndan kaynaklanan bir işgalci güç olarak yükümlülüklerini açıkça ihlal etmiştir. İşgalci gücün gıda, ilaç ve sağlık hizmetlerini sağlama yükümlülüğü mevcuttur¹⁸. Ancak İsrail uyguladığı abluka ile bu yükümlülüğü yerine getirmek şöyle dursun insani yardımların ulaşmasına da engel olmuştur.

9 Ekim 2023 tarihinde İsrail'in hedef aldığı sivil nesneler arasında Ahmed Yasin Camii, El Yermuk Camii, El Susi Camii, El Garbi Camiinin yanı sıra Cibaliye Mülteci Kampı, Eş Şati Mülteci Kampı ve Magazi Mülteci Kampı yer almaktaydı. Yine, 9 Ekim 2023'te, Gazze'nin kuzeyindeki Cibaliye Mülteci Kampı'ndaki Al Tranca Caddesi'ndeki pazaryerinde büyük patlamalar meydana geldi. İsrail'in hava bombardımanı neticesinde gerçekleşen patlamalar, iki adet çok katlı binayı yok etti ve çevredeki birçok binaya ağır hasar verdi¹⁹. Saldırıda on dört çocuk ve bir kadın da dahil olmak üzere en az kırk iki kişi hayatını kaybetti ve on sekiz kişi de yaralandı. İsrail tarafından o sırada pazaryerinde günlük işleriyle meşgul olan sivillere yönelik hiçbir uyarı yapılmadı²⁰. Tahribatın boyutu ve yerde krater şeklinde çukur açılması dikkate alındığında saldırıda Gündümlü

¹⁵ Bkz. GC IV, madde 33.

¹⁶ İsrail'in abluka uygulamaları, diğer fiillerinin yanında, barışa karşı suçlardan tecavüz (*aggression*) suçunu oluşturmaktadır. Bkz. Muhammet Celal Kul, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi", 1 *İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 81 (2023), 85. <https://doi.org/10.59831/ihuhfd.2023.3>; Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, 43. Ayrıca bkz. Roma Statüsü, madde 8bis.; UN General Assembly, Definition of Aggression, A/RES/3314, UN General Assembly, 14 December 1974, erişildi 25.06.2025.

¹⁷ Bkz. Soykırım Sözleşmesi (n 13) madde 2(b) ve (c) hükümleri.

¹⁸ İşgalci gücün yükümlülükleri hakkında bkz. Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, madde 42-56.

¹⁹ *ALJAZEERA*, "Dozens killed and wounded in Israel air raids on Gaza refugee camps", 9 October 2023 < <https://www.aljazeera.com/gallery/2023/10/9/dozens-of-palestinians-killed-wounded-in-israeli-strikes-on-gaza-refugee> > erişildi 27.02.2025.

²⁰ Human Rights Watch, "Hopeless, Starving, and Besieged" Israel's Forced Displacement of Palestinians in Gaza, November 14, 2024, < <https://www.hrw.org/report/2024/11/14/hopeless-starving-and-besieged/israels-forced-displacement-palestinians-gaza> > (erişildi 27.02.2025); Ayrıca bkz. Bkz. (n 57).



Bomba Üniteleri²¹, GBÜ-31 tipi, havadan bırakılan mühimmatların kullanıldığı değerlendirilmektedir. İsrail, saldırı hakkında herhangi bir açıklama yapmamış olup bu saldırıda kimin hedef alındığı bilinmemektedir. Bu yönüyle saldırı doğrudan sivillere yöneltilmiş bir saldırı niteliğinde olup savaş suçu niteliği taşıdığı değerlendirilmektedir.

İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant 10 Ekim 2023'te Filistinliler hakkında "insansı hayvanlarla mücadele ediyoruz ve ona göre hareket edeceğiz"²² diyerek insancıl hukukun temel belgelerinde yasaklanan merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme fiilini işlemiştir²³. Harp kanun ve kaidelerine ilişkin La Haye Regülasyonlarının ihlalleri Roma Statüsünde savaş suçları başlığında cezalandırılmaktadır²⁴. Bu aynı zamanda Filistinlilere karşı girişilen yaygın ve sistematik yok etme ve soykırım fiillerinin de manevi unsurunu ortaya koyması bakımından ve İsrail halkını Filistinlilere karşı soykırımı teşvik, kışkırtma ve azmettirmek bakımından not edilmesi gereken bir söylemdir. Aynı gün yapılan İsrail bombardımanında sivillerin yaşadığı Er Rimal mahallesi bombalandı. 11 Ekim 2023'te ise Gazze İslam Üniversitesi ve Dahayra bölgesindeki cami ve meskenler bombalandı. Yine 12 Ekim 2023 tarihinde, Eş Şati Mülteci kampı bombalandı.

İsrail'in kullandığı fosfor bombalarının fotoğraflarını çeken gazeteci Ali Cadaslah'ın evi İsrail tarafından 12 Ekim'de bombalandı ve Cadaslah Ailesinden sekiz kişi öldürüldü. 13 Ekim 2023'te İsrail, insancıl hukuk ve uluslararası hukuk belgeleri tarafından yasaklanan fosfor bombasını Durra Çocuk Hastanesi'ne karşı kullandı ve saldırı neticesinde hastane acilen boşaltıldı²⁵. 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları ve 1977 tarihli I Nolu Ek Protokolü ve Belirli Kimyasal Silahların Yasaklanması ve Sınırlandırılması Sözleşmesi'nin III nolu Ek Protokolünce²⁶

²¹ GBÜ-31 (Mk 84) 907 kg toplam ağırlığa sahip olup içerdiği net patlayıcı miktarı 429 kg'dır. GBÜ-32 (Mk 83) ise 453 kg olup 202 kg net patlayıcı madde içermektedir. GBÜ-39 ise toplam ağırlık olarak 110 kg olup daha düşük miktarlarda net patlayıcı içerir ve daha belirgin (sınırlı alanlardaki) hedefleri bertaraf etmek için kullanılmaktadır.

²² David Remler, "Hayot Adam ("wild beasts in human form"), a cry against humanity" 14 December 2023, < <https://k-larevue.com/en/hayot-adam-wild-beasts-in-human-form-a-cry-against-humanity/> > erişildi 27.02.2025.

²³ Bkz. Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899, madde 23(d) hükmü; Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (n 18) madde 23(d) hükmü; AP I 1977, madde 40.

²⁴ Bkz. Roma Statüsü, madde 8 hükmü.

²⁵ TASS, "Children's hospital in Gaza hit with white phosphorus-health ministry", 13 October 2023, <https://tass.com/world/1690449> erişildi 02.03.2025.

²⁶ Fosfor bombaları yasaklanan kimyasal silahlardandır bkz. Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925> erişildi 19.07.2025.

yasaklanan fosfor bombaları oksijenle temas ettiğinde geniş bir alanda yangın çıkarmakta ve insan vücuduna temas ettiğinde deri ve hücredeki tüm oksijeni tüketinceye kadar yanmaya sebep olmaktadır. Bu yasaklı silah ve savaş yöntemleri insancıl hukuka hâkim olan temel ilkelerden gereksiz acılara sebep olmama prensibinin de ihlalinin oluşturmaktadır. Yasaklı fosfor bombalarının ihlal ettiği diğer Konvansiyon ve ilgili madde hükümleri aşağıdaki tabloda özetlenmiştir:

İhlal Edilen Maddelerin Özeti (Tablo 1)

Sözleşme / Protokol	Madde No	Konu Başlığı	İhlalin Niteliği
1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi (GC IV)	Madde 27	Kişilerin onur ve bütünlüğüne saygı	İnsanlık dışı muamele
(GC IV)	Madde 32	Zalimane ve insanlık dışı muamelenin yasaklanması	Zalimce muamele
(GC IV)	Madde 147	Ağır ihlaller	Kasten öldürme, işkence vb.
1977 tarihli I Numaralı Ek Protokol (API)	Madde 35	Aşırı acı ve gereksiz yaralanmanın yasaklanması	Orantısız ve gereksiz zarar
(API)	Madde 51	Sivillerin korunması	Ayrım gözetmeyen saldırı
(API)	Madde 54	Sivil halkın hayatta kalması için zorunlu nesnelerin korunması	Hayati altyapının tahribi
(API)	Madde 85	Protokolün ağır ihlalleri	Savaş suçu

Cenevre Konvansiyonlarına ve Ek Protokollerine ve uluslararası teamül hukuku kurallarına göre silahlı çatışmalar esnasında kullanılacak savaş yöntemleri ve silahlar bazı sınırlamalara tabidir. Bunların orantılılık ve gereksiz acılara sebep olmama ilkeleriyle uyumlu olarak kullanılması gerekmektedir. İsrail'in yasaklı fosfor bombalarını Gazze ve Lübnan'da kullandığı Uluslararası Af Örgütü, Anadolu Ajansı ve diğer birçok uluslararası kuruluş tarafından belgelenmiş ve rapor edilmiştir. Bunun dışında İsrail sahip olduğu teknolojik üstünlükleri bir kenara bırakarak siviller ve muhاریpler arasında ayrım gözetmeyen kör bombaları sivil-lerin yoğunluklu olarak ikamet ettiği bölgelere atması ayrım gözetme ilkesinin ihlalinin oluşturmaktadır²⁷. İsrail'in siviller kadınlar ve çocuklar üzerinde dokuz farklı yasaklı bomba ve füzeyi kullandığı tespit edilmiştir. Bunlar arasında yeraltı sığınaklarını imha etme amaçlı (*bunker buster*) silahlar, beyaz fosfor bombaları ve altyapıyı imha etmeye yarayan Halper tipi füzeler mevcuttur²⁸. Filistin tarım işleri komitesi birliği Moayyad Bsharat İsrail'in kullandığı yasaklı silahların

²⁷ Anatomy of a Genocide, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, (A/HRC/55/73) (Albanese Report) <https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-undated-version-a-hrc-55/> erişildi 24.02.2025.

²⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu, Genocide in Gaza (III): Prohibited Weapons in Gaza, Ankara, 2024, s. 5.

bombaların ve füzelerin insanlar üzerinde kanser edici, yakıcı ve solunumu engelleyici etkilerinin dışında toprağı da zehirlediğı zirai üretkenliğı de baltaladığı ve gelecek nesiller üzerinde hastalıklar oluşturma o riskini de getirdiğini ifade etmiştir²⁹. İsrail'in kullandığı fosfor bombaları sebebiyle ölen ve ölümcül yanıklara sahip olan bebek ve çocukların olduğı rapor edilmiştir³⁰.

13 Ekim 2023 tarihinde, İsraili yetkililer Gazze'de yaşayan bir milyon yüz bin sivil evlerini terk edip güneye gitmeleri çağrısında bulundu ve bunun için yirmi dört saat süre verdi. Bu uyarı üzerine ağır bombardıman ve kitlesel yıkım korkusuyla evlerinden çıkan Filistinli sivillerin güneye doğru ilerleyen konvoyu da İsrail tarafından bombalandı³¹. İsrail'in sivilleri sınır dışı etme ve başka bölgelere kitlesel olarak nakletme amacı taşıyan bu çağrısı yahut uyarısı Roma Statüsü madde 8 bağlamında savaş suçu olması gerekse de IV nolu Cenevre Sözleşmesinin 147. Maddesindeki ağır ihlallerden olması bakımından savaş suçu oluşturmaktadır. Sivilleri etkilemesi askeri gereklilikler³² bakımından kaçınılmaz olan sınırlı hallerde sivillere uyarı yapılması insancıl hukukun teamül kurallarından olsa da³³ bu denli geniş çapta tahliye emri vermek nüfusun zorla yerinden edilmesi/nakli anlamını taşımakta ve savaş suçu oluşturmakta ve Gazze Halkının kısmen veya tamamen fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmesi manasına geldiğı bakımdan ise soykırım fiili oluşturmaktadır³⁴.

13 Ekim'deki İsrail saldırılarında dört basın mensubu da dahil olmak üzere yetmiş sivil öldürülmüştür³⁵. 14 Ekim 2023'te ise İsrail, Gazze'de bulunan ve binlerce hastanın tedavi edildiğı yirmi iki hastanenin boşaltmasını emretti. 15 Ekim'de Hamed Bin Halife Al Sani adlı protez hastanesi bombardıman sonucu ağır hasar almış; 17 Ekim'de El Ehlî Hastanesine yapılan İsrail saldırısında ise 342 kişi yaralanmış 471 kişi ise hayatını kaybetmiştir³⁶.

Sivillerin hedef alınması, 1949 tarihli IV nolu Cenevre Sözleşmesi kapsamında ciddi ve çok yönlü bir şekilde yasaklanmıştır. Koruma sağladığı kişilerin kimler

²⁹ Kamu Denetçiliğı Kurumu, Genocide in Gaza (III), s. 7.

³⁰ Kamu Denetçiliğı Kurumu, Genocide in Gaza (III), ss. 11-12.

³¹ Paul Brown and Jemimah Herd, "Strike on civilian convoy fleeing Gaza: What we know from verified video", *BBC*, 16 October 2023, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-67114281> erişildi 26.05.2025.

³² Kavram hakkında bkz. Gökhan Güneysu, "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", 2012(4) *Ankara Barosu Dergisi* 93, 100-104.

³³ Bkz. (n 57).

³⁴ Bkz. Soykırım Sözleşmesi (n 13) madde 2(c) hükmü.

³⁵ Silahlı çatışmalar esnasında basın mensuplarının hedef alınamayacağı hakkında bkz. AP I, madde 79.

³⁶ Mustapha Dalaa, "Halime Afra Aksoy, Ekrem Biçeroğlu, İsrail'in El-Ehli Hastanesine düzenlediğı saldırı Gazze savaşında dönüm noktası oldu", *ANADOLU AGENCY*, 20 Ekim 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilin-el-ehli-hastanesine-duzenledigi-saldiri-gazze-savasinda-donum-noktasi-oldu/3027296> erişildi 28.06.2025.

olduğunu tanımlayan dördüncü madde özellikle düşman tarafın uyrukları olan ve çatışmaya doğrudan katılmayan sivilleri kapsar³⁷. Bu tür eylemler, özellikle korunan kişilere yönelik doğrudan saldırılar olduğunda, savaş suçu teşkil edecek düzeyde ihlal olarak değerlendirilir. Konvansiyon'un Ortak üçüncü maddesi silahlı çatışmalara doğrudan katılmayan kişilere (özellikle sivillere) yönelik şiddeti, öldürmeyi, sakatlamayı, zalimane muameleyi ve işkenceyi yasaklar. Madde 27, sivillerin "onuruna, kişiliğine, aile yaşamına, dini inançlarına, örf ve adetlerine" saygı gösterilmesini, fiziksel veya manevi açıdan zarar verilmemesini zorunlu kılar. Madde 32 yönelik "öldürme, işkence, zalimane muamele" gibi uygulamaları açıkça yasaklar. Nihayet madde 147 kapsamında sivilleri kasten öldürme, işkence, insanlık dışı muamele, sivillerin korunma hakkına aykırı saldırılar ağır ihlal kapsamındadır.

İsrail Savunma Kuvvetleri (IDF) korunmuş kişi ve nesnelere ayırım gözetmeyen saldırılar düzenlenmiş, 16 Ekim 2023 tarihinde Cela Caddesine hareket eden ve yaralıları için bölgede bulunan ambulans ve sivil savunma ekiplerini hedef almıştır. IDF, 16 Ekim'de Zahajra Beldesi'ne fosfor bombaları ile saldırı düzenlemiştir. 17 Ekim 2023 tarihinde ise Al Ehli Baptist Hastanesi'ne İsrail tarafından gerçekleştirilen bombardımanda 471 kişi olay anında hayatını kaybetti. Saldırıda yirmi sekizi ağır yaralı olmak üzere 342 kişi yaralandı³⁸. 18 Ekim'de ise Tel Al Hava Mahallesi yoğun bombardımana tabi tutuldu, Nusayrat Kampı'nda bir ekmek fırını vuruldu³⁹. Saldırılarda geniş çaplı yıkım meydana geldi. İsrail'in ayırım gözetmeksizin, orantılılık ve askeri gerekliliklerle açıklanamayan, sivil hedeflere yönelmiş, sivil halka ait mülkiyetin ve altyapının geniş kapsamlı tahribatı⁴⁰ manasına gelen bu saldırıları açıkça insancıl hukuka ve insan hakları hukukuna aykırıdır.

Aziz Porphyrius Rum Ortodoks Kilisesi, Gazze'de İsrail'in tahliye emirleri doğrultusunda kaçan bir grup Filistinliye ev sahipliği yapmaktaydı. Ayrıca Kilise'nin müştemilatında, saldırılarda evi yıkılan bini aşkın Hristiyan Filistinli de yaşıyordu. 19 Ekim 2023'te İsrail bu Kilisenin mücavir alanlara saldırı düzen-

³⁷ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Melike Batur Yamaner, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007, *passim*.

³⁸ United Nations "Gaza: UN experts decry bombing of hospitals and schools as crimes against humanity, call for prevention of genocide", 19 October 2023, <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/gaza-un-experts-decry-bombing-hospitals-and-schools-crimes-against-humanity>> erişildi 02.03.2025; Ayrıca bkz. Republic of Türkiye, MFA, Press Release Regarding Israel's Attack Targeting a Hospital in Gaza, 17 October 2023, https://www.mfa.gov.tr/no_-264_-_israil-in-gazze-de-bir-hastaneyi-hedef-alan-saldirisi-hk.en.mfa erişildi 02.03.2025.

³⁹ Sivil halkın yaşaması için gerekli sivil nesnelerin yok edilmesi ve mülkiyetin geniş çaplı tahribatı hakkında bkz. (n 46).

⁴⁰ Bkz. GC IV, madde 147; Roma Statüsü, madde 8(2)(b)(xxv) hükmü; AP I, madde 54(2) hükmü; AP II, madde 14 hükmü.



ledi ve yirmi kişi bu saldırılarda hayatını kaybetti⁴¹. Aynı gün Nur Şems Mülteci Kampı'na baskın düzenleyen İsrail askerleri sekiz kişinin öldüğü bir patlamaya sebep oldu. Aynı gün Yunus Mülteci Kampı'nda İsrail, Birleşmiş Milletler Yakın Doğu'daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Bayındırlık Ajansı'na (UNRWA) ait okulu bombaladı. Okulda İsrail'in emri ve saldırıları nedeniyle evlerini tahliye etmek zorunda kalan Filistinliler bulunmaktaydı ve saldırıda ölü ve yaralıların olduğu rapor edilmiştir. Mülteci Kampları sivil hedefler olduğu ve sivillerin yaşadığı bölgeler olduğu için ayırım gözetmeyen geniş çaplı bombardıman yerine⁴² bu tarz bölgelerde varsa muharip veya şüphelilerin bulunduğu noktalara dikkatlice planlanmış operasyonlar yapılmalıdır. İsrail'in sivillerin yaşadığı bölgelere yönelik geniş çaplı hava bombardımanları insancıl hukukun ayırım gözetme, orantılılık ilkelerine ve insan hakları hukukunda ise temel olarak hayat hakkı, mülkiyet hakkı ve özel hayatın korunması haklarına aykırıdır⁴³.

21 Ekim 2023'te İsrail Nusayrat Mülteci Kampındaki çarşayı bombalamıştır. 22 Ekim'de ise İsrail'e ait savaş jetleri Gazze'nin Han Yunus bölgesinde Filistinli yerinden edilmiş sivillerin sığındığı bir okulu bombaladı. Aynı gün, Cenin Mülteci Kampı içindeki Al Ensar Camii vuruldu ve bombalamada iki kişi hayatını kaybetti. IDF 21 Ekim 2023'te Refah Sınır Kapısı'ndan Gazze'ye yakıt girişine izin verilmeyeceğine dair bir açıklama yaptı. Gazze'de sivil hayatın sona ermesini beraberinde getirecek bu tür engellemeler bir dizi sorunun da kaynağını oluşturmaktadır. Özellikle hastaneler ve halk elektriğe ve elektrik üretmesinde kullanılacak yakıtı ihtiyaç duymaktadır. Nitekim Gazze'deki Endonezya Hastanesi'nde elektrik yokluğundan birçok hasta ve yaralı hayatını kaybetmiştir⁴⁴. 24 Ekim 2023 itibarıyla İsrail'in Gazze'ye uyguladığı ablukayı ağırlaştırarak bölgeye verilen elektriği tamamen kesmesi ve sınırdan yakıt girişini de engellemesi üzerine Gazze'deki hastaneler çalışamaz duruma gelmiştir. 2023 Ekim Ayı itibarıyla elektrik ve suyun kesildiği Gazze'de insani yardımlar da İsrail tarafından hedef alınmış ve yardımın Gazze'ye girişi engellenmiştir. Abluka sebebiyle ilaç yokluğu ve elektriğe bağlı olarak çalışan cihazların çalıştırılamamasından dolayı birçok hasta hayatını kaybetmiştir. İsrail, Filistinlilerin hayat hakkını keyfi ve sistematik olarak ellerinden almakta ve soykırım kastını ortaya koyan “yaşanması zor koşullara” Filistinlileri mahkûm etmektedir. Yapılan açıklamaya göre uyuz, ishal, su çiçeği, cilt hastalıkları ve bronşit gibi çok sayıda hastalık Gazzeliler'in

⁴¹ VATICAN NEWS, “Churches condemn air strike on Greek Orthodox building in Gaza” 20 October 2023, <https://www.vaticannews.va/en/church/news/2023-10/churches-condemn-air-strike-on-greek-orthodox-building-in-gaza.html> erişildi 25.05.2025.

⁴² Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to International Armed Conflicts*, Oxford, Hart Publishing, 2005 s. 125.

⁴³ Ayrıca bkz. GC IV, madde 147.

⁴⁴ Nidal Al-Mughrabi, “Bodies line Gaza hospital wall and surgeons operate in corridors”, REUTERS, 31 October 2023, <https://www.reuters.com/world/middle-east/gaza-surgeons-operate-corridors-israeli-bombs-fill-hospitals-2023-10-31/> erişildi 26.05.2025.

yaşamaya mecbur bırakıldıkları bu zor koşullar altında yaygın olarak gelişmiş, üç bini aşkın salgın vakası rapor edilmiştir. Temiz içme suyu, günlük kullanım suyu ve kişisel temizlik ürünlerinin yokluğu ve yetersizliği ve barınma imkanlarının sıkışıklığı sebebiyle salgın hastalıklar hızla yayılmakta ve buna bağlı ölümler de gerçekleşmektedir. İsrail tarafından kasten oluşturulan bu şartlar soykırım suçu bağlamında korunan grup olan Filistinlilere gruba kısmen veya tamamen fiziksel zarar vereceği hesaplanan koşulları kasten dayatmak şeklindeki soykırım fiilini oluşturmaktadır⁴⁵.

25 Ekim 2023'te İsrail Cela Caddesinde yer alan Hittin Camiini ve Al Megazi Mülteci Kampı'nda bulunan bir fırını bombaladı. Fırın bombardımanında on kişi öldü. Fırının UNRWA tarafından un tedariki yapılan tek fırın olduğu belirtildi. Bu bombardımanlar sivil halkın yaşaması için gerekli sivil nesnelerin yok edilmesi (mülkiyetin geniş çaplı tahribatı) hem de sivillerin öldürülmesi anlamını taşıyan savaş suçu oluşturmaktadır⁴⁶. Yine 25 Ekim 2023'te, İsrail hava bombardımanını Gazze'deki konut binalarını ve Al Yermuk Caddesindeki yedi katlı rezidans binası olan Tac Kulesi'ni yok etti. Saldırıda 5.700 metrekarelik alan yerle bir edilirken, yedi bina yok edildi ve üç bina ise ağır hasar aldı. Saldırıda otuz iki kadın ve kırk yedi çocuk da dahil olmak üzere toplam 105 kişi öldürüldü. Bombardıman sonucu yol açılan tahribatın niteliği değerlendirildiğinde İsrail'in bu saldırıda GBÜ-31 mühimmatları kullandığı tahmin edilmektedir. 26 Ekim 2023'te yaptığı açıklamada İsrail, IDF'nin son yirmi dört saatte 250 hedefe saldırdığını belirtmiş, ancak diğerlerinin yanında Tac Kulesi'ni de yerle bir eden bu saldırıya atıfta bulunmamıştır. 27 Ekim'de ise Al Abyad Camii İsrail tarafından yapılan hava saldırısı sonucu yıkıldı. İsrail füzeleriyle hedef alınan Cami'ye düzenlenen saldırıda ölü ve yaralıları rapor edildi. Aynı gün düzenlenen İsrail bombardımanlarında Filistin'in tüm telekomünikasyon kanalları tahrip edildi ve Filistinlilerin birbirinden ve dünyadan haber almaları ve iletişim kurmalarını sağlayacak kanallar yok edildi.

28 Ekim 2023'te İsrail tarafından gerçekleştirilen hava saldırılarında Endonezya ve Şifa Hastanelerini çevreleyen alanlar ve Al Bureyc Mülteci Kampı vuruldu. İsrail, 29 Ekim 2023'te Gazze'nin güneyinde Onuncu Caddede sivilleri taşıyan bir yolcu otobüsünü vurdu⁴⁷. Saldırıda çok sayıda ölü olduğu rapor edildi. Aynı gün Nusayrat Mülteci Kampı'na düzenlenen saldırılarda Bilal bin Rabah Camii yıkıldı ve çevresindeki binalar ağır hasar aldı. Saldırıda çocuk yaşıta olan on kişinin hayatını kaybettiği kaydedildi. İsrail, yine aynı gün, birisi Gazze'nin kuzeyindeki Muhammed Fatih Camii olmak üzere iki camiye daha bombaladı.

⁴⁵ Bkz. Roma Statüsü, madde 6(c) hükmü.

⁴⁶ Bkz. GC IV, madde 147; Roma Statüsü, madde 8(2)(b)(xxv) hükmü; AP I, madde 54(2) hükmü; AP II, madde 14 hükmü.

⁴⁷ Silahlı çatışmalar hukukunda sivilleri koruyan kurallar hakkında bkz. Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 143 vd.



30 Ekim 2023 tarihinde İsrail, Endonezya Hastanesi'nin yan tarafını bombaladı ve hastanede ciddi hasar meydana geldi. Bu saldırıda çoğu çocuk olmak üzere on kişi öldü yirmi yedi kişi ise yaralandı. Aynı gün yüz araçla ve askeri personelle İbn-i Sina Hastanesi'ne operasyon gerçekleştiren İsrail bu baskın operasyonuna engel olmak isteyen sivillere gerçek mermilerle ateş açtı. Cenin Şehrindeki bu hastane baskınında dört kişi öldü, ikisi ağır olmak üzere beş kişi yaralandı. Yine 30 Ekim günü Filistin Kızılayı'nın açıklamasına göre İsrail, Gazze'de bir ambulansı hedef alarak vurdu ve ambulans kullanılamaz hale geldi⁴⁸.

İsrail'in hastanelere yönelik saldırıları 31 Ekim 2023 tarihinde de devam etti. Bu tarihte Türk- Filistin Dostluk hastanesi ağır hasar aldı. Aynı gün Tel Al Hava civarındaki Ortodoks Kilisesi'ni hedef alan İsrail saldırısıyla Kilise tamamen yıkıldı. İsrail korunmuş kültür varlıkları olan ibadethaneleri sistematik olarak hedef almak suretiyle insancıl hukuk kurallarını açıkça ihlal etmekten kaçınmadığını bir kez daha ortaya koymuş oldu⁴⁹.

31 Ekim 2023'te, IDF Cibaliye Mülteci Kampı'ndaki bir konut bloğunu vurdu. 2.500 metrekairelik büyük bir alanı yerle bir eden bombardıman on binayı da yok etti. Saldırıda, on iki kadın ve yirmi üç çocuk da dahil olmak üzere elli altı kişi olay esnasında hayatını kaybederken ağır yaralanan kırk üç kişi de saldırıdan sonraki günlerde hayatını kaybetti. Saldırıdaki tahribat dikkate alındığında en az dört GBÜ-32 tipi mühimmat ya da daha büyük olan bir adet GBÜ-31 kullanıldığı tahmin edilmektedir. IDF, bu saldırıyı üstlenerek, Cibaliye Mülteci Kampı bombardımanında, İsrail'e karşı gerçekleştirilen 7 Ekim saldırısında görev alan Hamas'ın Cibaliye Merkez Tabur Komutanı İbrahim Biari'yi öldürdüğünü iddia eden bir açıklama yapmıştır. IDF, İbrahim Biari ile birçok Hamas militanının öldüğünü ve saldırı sayesinde Hamas'ın yeraltı karargâh yapılarını çöktürdüğünü iddia etmiştir. İsrail sivil yerleşim alanlarının altında Hamas'a ait tesislerin olduğunu iddia ederek birçok sivil bölgeyi benzer şekilde askeri hedef olarak kabul edip hukuka aykırı biçimde hedef almıştır⁵⁰. Terörizmin üzerinde genel bir tanımı bulunmasa da 2004 yılında BM Güvenlik Konseyi tarafından atanan bir panelde sivilleri öldürmek, korkutmak amacıyla saldırılar düzenlemek, muharip olmayan kişileri öldürmek veya ciddi bedensel zararlara sebep olmak amacıyla gerçekle-

⁴⁸ Farah Najjar, "Israel-Hamas war updates: Netanyahu rejects ceasefire after captive video" *ALJAZEERA*, 30 October 2023, <https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2023/10/30/israel-hamas-war-live-palestinian-death-toll-gaza-rises-above-8000> erişildi 26.05.2025.

⁴⁹ *THE GREEK HERALD*, "Orthodox Cultural Centre destroyed by Israeli airstrike in Gaza" 1 November 2023, <https://greekherald.com.au/news/orthodox-cultural-centre-destroyed-by-israeli-airstrike-in-gaza/> erişildi 26.06.2025.

⁵⁰ Emanuel Fabian, "IDF says Jabaliya strike killed top Hamas commander, collapsed terror tunnels", *THE TIMES OF ISRAEL*, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/idf-says-jabaliya-strike-killed-top-hamas-commander-collapsed-terror-tunnels/ erişildi 26.06.2025.

tirilen fiillerin terörizm kapsamında sayılacağı üzerinde karara varılmıştır⁵¹. Bu tanıma göre İsrail'in sivil halk üzerinde ayırım gözetmeden yaptığı bombardıman, ayırım gözetmeksizin öldürme, özel mülkiyetin ve altyapının tahribi şeklindeki fiilleri (diğer suç tiplerinin yanında) terörizmin tarifine de uymaktadır⁵². Bu durum Hamas hakkında sürekli “sözde terörist” söylemine başvuran İsrail'in aslında kendi fiilleriyle büyük bir zıtlık içinde olduğunu ortaya koymaktadır. Temmuz 2025 itibariyle uydu görüntüleri ve video kayıtlarına göre İsrail bombardıman sonrası kalan evleri de yıkıma tabi tutmakta geniş çaplı bombardımanla yerle bir etmektedir⁵³. Sivil halkın yaşaması için gerekli sivil nesnelerin yok edilmesi ve mülkiyetin geniş çaplı tahribatı anlamında bu fiiller, savaş suçlarını oluşturmalarının⁵⁴ yanında; Soykırım Sözleşmesi madde 2(c) kapsamında sivil halkı yaşama-
larının imkânsız olduğu koşullara mahkûm etmek cümlesindendir⁵⁵.

Filistin Sağlık Bakanlığı'na göre, İsrail'in Gazze'deki hastane ve sağlık tesislerine 410 ayrı saldırı düzenlemiştir. 36 hastaneden yalnızca 10'u kısmen faaldir. Ekim 2023 itibariyle okul binalarının %78'i ağır hasarlı olup 212 okul doğrudan hedef alınarak vurulmuştur⁵⁶. İsrail'in Gazzelileri yaşamak zorunda bıraktığı yaşam koşullarının 2020 itibariyle Gazze'de hayatı çekilmez hale getireceği hesaplanıyordu. 2007'den beri toplu cezalandırmaya, gettolaşmaya ve kasıtlı olarak geri bırakılmaya çalışılan 2,3 milyon Gazzelinin yüzde altmışı zaten buraya mülteci olarak gelmiş olan Filistinliler olup, nüfusun yüzde sekseni gıda bakımından BM yardımına muhtaç halde kalmıştır. İçme suyunun güvenli olmadığı ve işsizlik oranının yüzde kırk beşin üzerinde olduğu Gazze'ye Kasım 2023 itibariyle günlük ortalama on üç saat elektrik verilmiştir.

2. Kasım 2023'ten Günümüze İhlaller

İsrail tarafından Cibaliye Mülteci Kampı'na gerçekleştirilen hava saldırısında onlarca kişinin öldüğü ve çok sayıda bina yıkıldığı 1 Kasım'da kaydedildi. Aynı gün IDF tarafından Cenin Şehri'nde düzenlenen baskında iki kişi, Tulkarim Mülteci kampında ise yaşlı ve engelli bir Filistinli öldürüldü. 2 Kasım 2023'te UNRWA'ya ait bir okulun yakınına yapılan IDF saldırısında beş kişinin öldüğü

⁵¹ Joseph S Nye ve David A Welch, *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 438.

⁵² Savaş ve terörizm kavramlarının kesişimi hakkında bkz. Ingrid Dieter, *The Law of War*, Cambridge, 2000, ss. 21-25.

⁵³ Sanad Verification Agency and Federica Marsi, “Israel increased Rafah demolition to prepare for Gaza forced transfer plan”, *ALJAZEERA*, 13 July 2025, <https://www.aljazeera.com/features/2025/7/13/israel-increased-rafah-demolition-to-prepare-for-gaza-forced-transfer-plan> erişildi 20.07.2025.

⁵⁴ Bkz. Bkz. GC IV, madde 147; Roma Statüsü, madde 8(2)(b)(xxv) hükmü; AP I, madde 54(2) hükmü; AP II, madde 14 hükmü.

⁵⁵ Bkz. Soykırım Sözleşmesi (n 13).

⁵⁶ UNICEF, Children's lives in the balance: 6 months of conflict and restricted humanitarian access in the State of Palestine, UNICEF/UNI541839/Elder, s. 2.



rapor edildi. 2 Kasım 2023'te, Al Bureyc Kampı'ndaki bir konut bloğuna yapılan saldırıda, en az on iki bina yok oldu ve dokuz bina da ciddi şekilde zarar gördü. Beşi kadın ve dokuzu çocuk olmak üzere on beş kişi olay anında can verirken yedi kişi de ağır yaralanmıştı. Saldırının en az dört sığınak yıkıcı özellikte GBÜ-39 tipi mühimmat kullanılarak İsrail Hava Kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği değerlendirilmektedir. GBÜ-39'ların GBÜ-31'lerden daha küçük bombalar olmakla birlikte binaları aniden ve hızlı bir şekilde çökertme özelliğine sahip silahlar olduğu bilinmektedir. IDF olaydan önce Al Bureyc Kampı'ndaki sivilere yönelik bir uyarıda⁵⁷ bulunmadığı gibi olaydan sonra da Al Bureyc Kampı'na ilişkin bir açıklama yapmayıp sadece üst düzey Hamas yetkilileri tarafından kullanılan birkaç askeri komuta ve kontrol merkezini hedef aldıkları şeklinde açıklama yapmışlardır.

İsrail'in korunmuş sivil hedeflere karşı saldırılarının sistematik olduğunu ve insancıl hukukun herhangi bir kuralıyla kendini bağlı görmediğini gösteren bir olay da 3 Kasım 2023 günü tekrar etmiştir. İsrail'in Şifa Hastanesi'nin giriş kapısında bekleyen ambulans konvoyunu vurduğu saldırıda on üç kişi ölmüş 26 kişi yaralanmıştır⁵⁸. IDF, 3 Kasım günü İsrail'in Filistinlileri tahliye ederek göndermek istediği Gazze'nin güneyine yürüyerek ilerleyen içinde kadın ve çocukların da bulunduğu bir grup Filistinli sivil öldürmüştür⁵⁹.

İsrail saldırıları nedeniyle yerinden edilmiş Filistinlilere ev sahipliği yapan Cibaliye Mülteci Kampı'ndaki Al Fahura adlı okula 4 Kasım 2023'te düzenlenen İsrail saldırısında on beş Filistinli hayatını kaybetti. Yine 4 Kasım 2023'te Gazze'deki Nasr Çocuk Hastanesi'nin avlusu bombalanırken saldırıda ölü ve yaralıların olduğu rapor edildi. Aynı gün Al Vefa Hastanesi'nin ana jeneratörü vurularak devre dışı bırakıldı. İsrail sivil halkın elektrik üretmek için kullandığı güneş panellerini de vurarak imha etti. Sivil halkın yaşamı için gerekli nesneleri hedef almak insancıl hukuk teamül kurallarına aykırı olup İsrail bunu sistematik olarak işlemektedir⁶⁰. Bu amaçla sivil altyapı ve üstyapıya saldıran İsrail bu insancıl hukuk kuralını da sistematik ihlal ederek soykırım nihai amacına yönelik

⁵⁷ Sivilleri etkileyecek saldırılarda önceden uyarı yapılması çatışmalar hukukunda yerleşik bir teamül kuralıdır. Bkz. ICRC, Customary IHL Rules, Rule 20, <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule20> erişildi 25.06.2025.

⁵⁸ Andrew Carey and Tara John and Kevin Flower, "Israel admits airstrike on ambulance near hospital that witnesses say killed and wounded dozens" *CNN*, 4 November 2023, <https://edition.cnn.com/2023/11/03/middleeast/casualties-gazas-shifa-hospital-idf/index.html> erişildi 24.02.2025.

⁵⁹ 2-3 Kasım 2023 tarihlerinde Gazze'de toplam 196 Filistinli öldürüldü Bkz. UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Hostilities in the Gaza Strip and Israel: Flash Update #28" 3 November 2023, <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-28> erişildi 21.02.2025.

⁶⁰ Bkz. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Geneva, 8 June 1977, madde 54(2) hükmü; Ayrıca bkz. AP II, madde 14 hükmü.

fiiller işlemektedir. Benzer şekilde sivil halkı hayatta kalamayacağı hesaplanan koşullara tabi kılmak da soykırım suçunun tipe uygun fiillerindendir⁶¹.

4 Kasım günü Güney Gazze'deki Ali bin Ebi Talib ve Al İsticabe Camileri vurulurken Al Ezher Üniversitesi de bombalandı. Bureyc ve Cibaliye Mülteci Kamplarına 5 Kasım 2023 günü tekrar saldırılar yapıldı. Yirmiyi aşkın kişinin öldüğü saldırılarda çok sayıda kişi de yaralandı. Aynı gün Al Megazi Mülteci Kampına düzenlenen İsrail saldırılarında ise elli bir kişi hayatını kaybederken çok sayıda yaralı olduğu belirtildi. Yine aynı gün gerçekleştirilen İsrail saldırılarında Şeyh Zayid Nahyan ve Al Kateeba Camilerini vurdu. Bu tür anıtsal, dini, tarihi korunmuş nesnelere⁶² yapılan saldırılar Roma Statüsünün 8(2)(b)(ix) ve 8(2)(e) (iv) madde hükümlerinde düzenlenen savaş suçlarını oluştururlar⁶³.

Şati Kampı'ndaki içme suyu deposu İsrail tarafından 6 Kasım 2023'te vurularak imha edildi. Sivillerin yaşaması için gerekli olan temel tesisleri vuran İsrail bu saldırılarına sistematik bir biçimde devam etti⁶⁴. Şifa Hastanesi için elektrik üreten güneş panelleri ve Rantisi Hastanesi'nin güneş panelleri ve su deposu aynı gün İsrail tarafından vurulurken, Nasr Çocuk Hastanesi'nin, Ruh Sağlığı Hastanesi'nin ve Göz Hastanesi'nin de aynı gün saldırılara hedef olduğu kaydedildi⁶⁵.

7 Kasım 2023 tarihinde Şebbura Mülteci Kampı'nda bir sivil meskeni hedef alan IDF, beş kişiyi öldürmüştür. Aynı gün Han Yunus Şehri'nde bir binaya düzenlenen saldırıda ve Deyr al Belah civarındaki sivil yerleşim yerlerine düzenlenen saldırılarda çok sayıda Filistinli öldürülmüştür. 8 Kasım günü de sivil yerleşim alanları İsrail savaş uçaklarının ağır bombardımanına tabi tutulurken ölü ve yaralıların olduğu rapor edilmiştir. İsrail, 7 Kasım 2023 günü Gazze'deki BM'ye ait bir okulu doğrudan hedef almış ve bir kişinin ölümüne ve dokuz kişinin yaralanmasına sebep olmuştur. Yine 23 Kasım 2023'te BM tarafından idare edilen bir okula İsrail tarafından yapılan saldırıda 27 kişi ölmüştür⁶⁶. Bu tarihten sonra da sivillerin öldürülmesi şeklinde doğrudan, onların yaşam alanlarının, beslenme, barınma ve sağlık hizmetlerinden yararlanmayı mümkün kılacak temel araçların

⁶¹ Statute of the International Criminal Court, adopted by the UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9, Madde 8(2)(b)(xxv) hükmü.

⁶² Robert Kolb and Richard Hyde (n 42) 141.

⁶³ Ayrıca bkz. 1907 La Haye Regülasyonları madde 27, madde 56; *Prosecutor v Dario Kordić and Mario Čerkez*, Appeal Judgment, IT-95-14/2-A, 17 December 2004, para 92.

⁶⁴ Bkz. Roma Statüsü, madde 8(2)(b)(xxv) hükmü; AP I, madde 54(2) hükmü; AP II, madde 14 hükmü; GC IV, madde 147.

⁶⁵ İsrail'in Gazze'deki Hastanelere karşı saldırıları hakkında bkz. *ALJAZEERA*, "Timeline: Israel's attacks on hospitals throughout its war on Gaza", 13 April 2025, <https://www.aljazeera.com/news/2025/4/13/timeline-israels-attacks-on-hospitals-throughout-its-war-on-gaza> erişildi 26.06.2025.

⁶⁶ Joseph Stepansky and Farah Najjar, "Israel-Hamas war updates: Israel bombs UN school, killing 'at least 27'", *ALJAZEERA*, <https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2023/11/23/israel-hamas-war-live-israel-pounds-gaza-ahead-of-expected-truce> erişildi 26.06.2025.

ve ortamların yok edilmesi şeklinde dolaylı olarak yapılan saldırılar, daha dehşet verici örneklerle devam etmiştir. Ancak bu tarihe kadarki örnekler bile yaşananların savaş suçu ve soykırım suçu fiillerini oluşturması bakımından tartışmaya yer vermeyecek biçimde kanaat oluşturmaktadır.

10 Kasım 2023'te, IDF, Gazze'deki Al Burak adlı okula saldırdı, en az otuz dört kişiyi öldürdü ve Okulun iki katlı bir bölümünü yok etti⁶⁷. Saldırı esnasında birçok yerinden edilmiş Filistinli bu okul binasına sığınmıştı. Hasar ve enkazın büyüklüğü dikkate alındığında saldırının muhtemelen iki GBÜ-39 ile gerçekleştirildiği hesaplanmıştır. IDF, saldırının Hamas'a ait Naser Radwan Şirketi'nin şirket komutanı Ahmed Siam'ın okulda saklanırken vurulması amacıyla gerçekleştirildiğini belirtmiş ve saldırıyı üstlenmiştir⁶⁸.

2 Aralık 2023'te Gazze'de Aş Şucaie Mahallesiindeki konut bloklarına yönelik bir İsrail askeri saldırısı, 15 binanın yıkılmasına neden oldu. En az altmış kişinin öldüğü meskûn mahaldeki bu saldırıda İsrail'in beton katları yıkıcı etkisiyle bilinen bombalardan dokuz adet GBÜ-31 kullandığı hesaplanmıştır. İsrail'in saldırının ardından yaptığı açıklamada ölen Filistinli sivillerden bahsetmeden Aş Şucaie Tugayı komutanı Wissam Ferhat'ı öldürdüğünü açıklamış⁶⁹ ve bu şekilde tek bir askeri hedef için orantısız ve ayırım gözetmeyen saldırı gerçekleştirdiğini zımnen ikrar etmiştir.

İsrail, 7 Ekim'deki Hamas saldırısından sonra Filistinlileri tamamen ezmek, yok etmek ve tahakkümünü kayıtsız ve şartsız tesis etmeyi amaçlamış on beş ay süren ve bir ateşkesle hız kesen bir savaşla 18 bini bebek ve çocuk olmak üzere 47 bini aşkın Filistinliyi öldürmüş ve 110 bini aşkın kişiyi de yaralamıştır⁷⁰. Filistinli ailelerin tamamı evlerinden sürülmüş, Gazze'de adeta taş üstünde taş bırakılmayarak özel mülkiyet askeri gereklilik ve orantılılık kriterleri gözeltilemeksizin harap edilmiştir. Sivilleri öldürmek, korkutmak amacıyla saldırılar düzenlemek, muharip olmayan kişileri öldürmek veya ciddi bedensel zararlara sebep olmak amacıyla gerçekleştirilen fiiller terörizm⁷¹ olarak tanımlandığında İsrail'in sivil halk üzerinde ayırım gözetmeden yaptığı geniş ölçekli bombardı-

⁶⁷ Mühahit Aydemir, "Israeli army admits to targeting Buraq School in Gaza", *ANADOLU AGENCY*, 11 December 2023, <https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israeli-army-admits-to-targeting-buraq-school-in-gaza/3050977> erişildi 26.05.2025.

⁶⁸ Tara Suter, "IDF claims it killed Hamas commander who held hospital patients hostage", *THE HILL*, 11 December 2023, <https://thehill.com/policy/international/4305790-idf-kills-hamas-commander/> erişildi 26.06.2025.

⁶⁹ Bkz. Emanuel Fabian, "Hamas battalion chief, deputy commander killed in Gaza airstrikes, IDF says" *THE TIMES OF ISRAEL*, 23 March 2025, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/hamas-battalion-chief-deputy-commander-killed-in-gaza-airstrikes-idf-says/ erişildi 26.06.2025.

⁷⁰ *ALJAZEERA*, "The human toll of Israel's war on Gaza by the numbers" 15 January 2025, <https://www.aljazeera.com/news/2025/1/15/the-human-toll-of-israels-war-on-gaza-by-the-numbers> erişildi 24.02.2025.

⁷¹ Nye ve Welch, s. 438.

man, ayırım gözetmeksizin öldürme, özel mülkiyetin, alt ve üst yapının tahribatı şeklindeki fiilleri, diğer suçların yanı sıra, terörizm tanımıyla da örtüşmektedir.

Gazetecileri Koruma Komitesi'nden yapılan açıklamaya göre 7 Ekim 2023'ten 4 Şubat 2025'e kadar toplam 170 basın mensubu hayatını kaybetmiştir⁷². Cenevre Konvansiyonlarının 1977 tarihli Ek I Nolu Protokolünün 79 maddesine göre silahlı çatışmalar esnasında görevlerini yapan gazeteciler sivillere verilen korumadan yararlanmalıdır ve dolayısıyla basın mensupları silahlı çatışmalarda doğrudan hedef alınamaz ve sivil muamelesi görür⁷³. Ancak İsrail'in Gazze üzerine gerçekleştirdiği saldırıların yoğunluğu ve orantısızlığı hem sivilleri hem de basın mensuplarını doğrudan hedef alınmış gibi can kaybına uğratmıştır. Türk Kamu Denetçiliği kurumunun raporuna göre Filistin'deki basın mensupları İsrail tarafından doğrudan hedef alınmış, tehdit edilmiş, zorla kaybedilmiş, işkence edilmiş ve dövülmüş hatta basın mensuplarının akrabaları bile İsrailli yetkililerin saldırılarına maruz kalmışlardır⁷⁴. Filistin televizyonu muhabiri Selman Bashir'in aktardığına göre: "Burada bizi koruyacak bir uluslararası güç yok. Kimsenin başışıklığı yok. Bu (taktığımız) kasklar bizi korumuyor, sadece bizim gazeteci olduğumuzu gösteriyor. Biz burada sadece kurbanlarız. Hayatlarımızı teker teker kaybediyoruz, şehit olmak için sıramızı bekliyoruz". Sınır Tanımayan Muhabirler'den (RSF) Antoine Bernard'ın açıklamasına göre gazetecilere hedef alanlar, bir çatışma esnasında en önemli şey olan halkın bilgilendirme hakkına saldırıyorlar. BM Genel Sekreteri Antonio Guterres ise İsrail tarafından Gazze'de öldürülen gazetecilerin sayısını şok edici bulduğunu ifade etmiştir⁷⁵.

İsrail Şubat 2025 itibarıyla Tulkarim Mülteci kampındaki elli mesken ve 280 dükkânı tamamen yıktı. Tulkarim Vali Vekili Faisal Salama bu yıkımların İsrail'in sistematik işgal planının bir parçası olarak gerçekleştirildiğini belirtmiştir. 21 Ocak 2025'ten bu yana ise Tulkarim Kampı'nda elli beş Filistinli öldürülmüş ve birçoğu yerinden edilmiştir. 7 Ekim 2023'te başlayan çatışmalardan bu yana İsrail ve hukuka aykırı yerleşimciler Batı Şeria'da 917 kişiyi öldürmüş, yedi binden fazlasını yaralamış ve binlercesini yerinden sürmüştür⁷⁶.

⁷² Committee to Protect Journalists, "Journalist casualties in the Israel-Gaza war", 4 February 2025, <https://cpj.org/2025/02/journalist-casualties-in-the-israel-gaza-conflict/> (erişildi 24.02.2025).

⁷³ Bkz. AP I, madde 79. Ayrıca bkz. Alexandre Balguygallois, "Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé," IIRC, March 2004, Vol 86 No. 853, pp 37-68, <http://www.iirc.org> erişildi 26.06.2025.

⁷⁴ Kamu Denetçiliği Kurumu, Genocide in Gaza (V): Journalist in Gaza, Ankara, 2024, ss. 2-23.

⁷⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu, Genocide in Gaza (V), ss. 2-5.

⁷⁶ Ahmed Asmar, "Israel destroyed 50 homes, 280 shops in Tulkarem refugee camp: Palestinian official" *ANADOLU AGENCY*, 19 February 2025, <https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israel-destroyed-50-homes-280-shops-in-tulkarem-refugee-camp-palestinian-official/3486331> erişildi 21.02.2025.



B. İNSANCIL HUKUKUN TEMEL PRENSİPLERİNE AYKIRI İSRAİL UYGULAMALARI

İnsancıl hukuka göre çatışmanın tarafları, siviller ile muharıpleri, sivil nesneler ile askeri nesneleri birbirinden ayırt etmeli ve ayırım gözetmeyen saldırılardan kaçınmalıdırlar. Askeri bir hedef olarak kabul edilebilmesi için bir nesne iki kriteri karşılamalıdır: doğası, konumu, amacı veya kullanımı askerî harekâta etkili bir katkı sağlamalı ve tamamen veya kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi veya etkisiz hale getirilmesi kesin bir askeri avantaj sunmalıdır⁷⁷. IDF, Cibaliye Pazarı, Tac Kulesi ve Al Bureyc Kampı'na yönelik saldırıların askeri amacını belirtmemiştir, bu da hukuka uygun hedefleme konusunda ciddi endişelere yol açmaktadır. İsrail saldırılarının olaya özgü işleniş biçimleri tek tek incelendiğinde hedefleme konusunda geniş bir yaklaşım benimsediğini, fiili sivil yönetim ve Hamas siyasi yapılarının üyelerini meşru hedefler olarak gördüğünü ve İsrail'in ayırım gözetme ilkesini ihlal ettiğini göstermektedir. IDF, küçük ve yoğun nüfuslu bir bölge olan Gazze'ye 10.000 hava saldırısı düzenlediğini iddia ediyor, bu da insancıl hukuka aykırı olarak "hedef alma" konusunu gündeme getirmektedir. İsrail'in siviller sivil nesneler ve askeri hedefler arasında bol/geniş bir tutumla hedef olarak saldırılar gerçekleştirmesi şeklindeki bu politikası, ayırım ilkesinin sistematik olarak ihlal edilmesi şeklinde değerlendirilebilir.

Belirli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş araç ve yöntemleri veya insancıl hukukun gerektirdiği şekilde sınırlanamayan etkilere sahip olan ve ayırım gözetmeyen saldırılar insancıl hukukça yasaklamıştır⁷⁸. Yukarıdaki örneklerde İsrail tarafından GBÜ-31, GBÜ-32 ve GBÜ-39 gibi büyük ve ağır mühimmatların kullanımı, hedeflenen yoğun sivil nüfuslu bölgeler nedeniyle ayırım gözetmeyen bir saldırılar olarak değerlendirilmelidir. IDF, tünel girişlerine yönelik hassas saldırılar gibi sınırlı ölçekte hasar verici etkiye sahip silahları yüksek kayıplara neden olmadan kullanma kapasite ve teknolojisine sahip olduğunu göstermiştir. Buna mukabil ayırım gözetmeyen saldırılara örnekler arasında, İsrail'in geniş alanda etkiye sahip patlayıcı silahları Cibaliye Mülteci Kampı, Al Burak Okulu ve Aş Şucaie Mahallesi üzerinde kullanması yer almaktadır. Bir bölgede bir komutanın veya birden fazla muharibin varlığı, tüm bir mahalleyi askerî bir hedef haline getirmez. Yoğun nüfuslu bölgelerde geniş alanı tahrip etkisine sahip silahların kullanılması, insancıl hukukun gerektirdiği şekilde olmayan bir savaş yöntemi veya aracının kullanılması anlamına gelmektedir⁷⁹. Sivillerin ölümüne veya yaralanmasına neden olan ayırım gözetmeyen bir saldırı başlatmak veya bu saldırının orantısız biçimde sivil kaybına, yaralanmasına veya zarara yol açacağını bilerek

⁷⁷ Bkz. AP I madde 52(2) hükmü.

⁷⁸ Bkz. AP I madde 51(4) hükmü.

⁷⁹ Bkz. AP I, madde 35 ve madde 36.

bir saldırı gerçekleştirmek savaş suçu olarak tasnif edilebilir ve belirli hallerde, bu sivil halka veya sivil nesnelere doğrudan bir saldırı olarak değerlendirilebilir⁸⁰.

Sivil zararı en aza indiren veya kaçınan savaş araç ve yöntemlerini seçme gerekliliği, İsrail'in bombalama kampanyasında sistematik olarak ihlal edilmiştir. İsrail'in saldırılarında sıkça kullandığı GÜdümlü Bomba Üniteleri (GBÜ) uçuş ekipmanı ve hedefi bulmada yüksek kesinlik sağlayan GPS ile de donatılabilen çok büyük ve ağır bombalardır. GBÜ'ler, havadan bırakılabilen ve hedefe nüfuz ettiğinde birkaç kat betonu yıkıp geçen programlanabilen, yönlendirilebilen ve yüksek kesinlikle hedefi vurabilen mühimmat birimleridir. İsrail'in kullandığı GBÜ'ler ile ilgili sorun insancıl hukuk bakımından bu mühimmatların güdümlü olmaları ya da yüksek kesinlikle hedefi vurabilmeleri değil yüksek tahrip güçleri sebebiyle geniş alanlardaki beton yapıları tahrip edebilmeleri ve orantılılık ile ilgilidir. Geniş bir alandaki etkileri sebebiyle sivillerin ikamet ettiği meskûn mahallerde ve bunlara yakın alanlarda kullanılmaları durumunda insancıl hukukun ayırım gözetme, tedbir alma, orantılılık uygun biçimde doğru mühimmatın seçimi sivil kayıpları önlemek bakımından önem kazanmaktadır.

GBÜ-31 ve GBÜ-39'ların yoğun nüfuslu bölgelerde kullanılması, ağır yıkım ve yüksek sayıda ölü ve yaralı olmasını tamamen öngörülebilir kılmaktadır. İsrail'in ayırım gözetmeyen saldırıları, benzer şekilde yürütülmüş yüzlercesi arasında yer alması ve aylarca süren bir saldırı örgüsünün izlenerek değerlendirilmesinden ortaya çıkan netice, İsrail'in sivillere karşı kasıtlı olarak ayırım gözetmediğini ortaya koymaktadır. Bir IDF sözcüsü, "zararın kapsamı ve isabetliliği dengeleyerek, şu anda azamî zarara neden olan şeye odaklanıyoruz" derken, başka bir İsrail askerî yetkilisi, Hamas ve Gazzeli sivilleri kastederek "insan canavarlarına böyle muamele ediyoruz. İsrail, Gazze'ye tam bir abluka uyguladı. Elektrik yok, su yok, sadece yıkım var. Cehennemi istediniz, cehennemi bulacaksınız" dedi⁸¹. Ayırım gözetme ilkesinin sistematik olarak siviller aleyhine ihlal edilmesi, soykırım suçundaki korunmuş grubun kısmen veya tamamen yok etme kastıyla hareket etme unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla İsrail'in sistematik insancıl hukuk ihlalleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde bütün bu fiillerin soykırım amacına hizmet ettiği sonucuna ulaşılabilir.

İnsancıl hukuk, savaşan tarafların sivil kayıplarını ve zararlarını en aza indirmek için silah seçimi, taktikler, zamanlama ve hedefler konusunda tedbirler almalarını zorunlu kılar. Bu tedbirler, gereksiz acılardan ve ayırım gözetmeyen silahlardan kaçınmayı içerir. Saldırıların planlaması, zamanlaması, sivil yoğunluğu ve askeri hedeflerin sivillerle olan sınırına ilişkin veriler de dahil olmak üzere mevcut bilgilere dayanmalıdır. Saldırı planlamasındaki önleyici tedbirler,

⁸⁰ Bkz. Uluslararası Kızılhaç Örgütü İnsancıl Hukuk Teamül Hukuku Kuralları, Kural 156.

⁸¹ Gianluca Pacchiani, "COGAT chief addresses Gazans: 'You wanted hell, you will get hell'" *THE TIMES OF ISRAEL*, 10 October 2023, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/cogat-chief-addresses-gazans-you-wanted-hell-you-will-get-hell/erişildi 28.03.2025.



sivil nüfusa önceden uyarı vermeyi ve zararı önlemek için uygulanacak adımları belirlemeyi içermelidir⁸². Eğer siviller saldırı uyarılarını dikkate almazsa, savaş taraflar bu halde de insancıl hukuka uymakla yükümlüdür ve zararları en aza indirmek için iyi niyetli çabalar göstermelidir. İsrail, 2 Aralık'taki Aş Şucaie saldırısı dışındaki diğer saldırılarının hiçbirinde sivillere herhangi bir etkili uyarı yapmamıştır⁸³. 13 Ekim'de Gazze'nin güneyi için verilen genel tahliye emri ise, İsrail tarafından gerçekleştirilen sürekli hava saldırıları nedeniyle etkili olmamış anlamını yitirmiştir. Bu saldırıdan önce, IDF, sivilleri Gazze'nin farklı bölgelerine tahliye olmaya teşvik eden broşürler bırakmıştır, ancak bu uyarıların yetersizliği ve belli bölgelere münhasır olması dikkate alındığında daha etkili ve yaygın yöntemlerin sivillere yönelik uyarılar hakkında kullanılması gereği ortadadır.

İsrail'in Gazze'ye uyguladığı abluka, özellikle Mart 2025'ten bu yana, uluslararası insani yardımları keyfi ve sürekli olarak engellemesi uluslararası toplulukta geniş çapta kınamalara yol açmıştır. Açlığın bir savaş silahı/metodu olarak kullanılması İsrail tarafından gerçekleştirilen sistematik insancıl hukuk ihlallerinin nasıl soykırıma dönüştüğünü bir kez daha tüm gerçekliğiyle ortaya koymuştur. Gazze'deki bebekler açlık sebebiyle ağlayacak enerjiyi bile bulamazken İsrail Gazze'ye yardım olarak gönderilen un çuvallarını imha etmiştir⁸⁴. İnsanca muamele görme hakkı insancıl hukukun en temel prensiplerindendir⁸⁵. IV. Cenevre Konvansiyonunun 27 ve 38. Maddeleri çatışmanın taraflarının bu konudaki yükümlülüklerini düzenler ve 1977 tarihli Ek I No'lu Protokolün 70 ve 71. Maddeleri savaş esnasında yardıma muhtaç kişilere yardım etme yükümlülüğünü düzenlemektedir. IV. Cenevre Konvansiyonu'nun 23. maddesi siviller için insani yardım yapılmasını ve 1977 tarihli II No'lu Ek Protokolü madde 18(2) hükmü ise insani yardım kuruluşlarının yardımların sivil halka ulaştırılması konusundaki faaliyetlerine izin verilmesini öngörmektedir. İsrail'in silahlı çatışmalar esnasında Gazze'ye insani yardımın ulaştırılmasına ve insani yardım kuruluşlarının faaliyetlerine keyfi olarak izin vermemesi ve sivil nüfusu aç bırakması soykırım ve savaş suçlarını oluşturmaları bakımından uluslararası hukukun açık ihlallerindendir⁸⁶.

BM ve insan hakları örgütleri, İsrail'in Gazze'ye yiyecek sokmama şeklindeki eylemlerini "açlığı silah olarak kullanma" olarak nitelendirmiştir; bu, Cenevre Sözleşmeleri ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü'nde yasaklanmış bir savaş metodudur. UCM, Başbakan Benjamin Netanyahu ve eski

⁸² Bkz. AP I madde 57(2)(a)(iii) hükmü.

⁸³ Bkz. (n 57).

⁸⁴ *MIDDLE EAST MONITOR*, "UNICEF says children in Gaza do not have the energy to cry" 18 March 2024, < <https://www.middleeastmonitor.com/20240318-unicef-says-children-in-gaza-do-not-have-the-energy-to-cry/> > erişildi 28.04.2025.

⁸⁵ Hans-Peter Gasser and Knutt Dörmann, "Protection of the Civilian Population" in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2014, s. 263.

⁸⁶ Bkz. (n 91).

Savunma Bakanı Yoav Gallant da dahil olmak üzere İsraili liderler hakkında, diğerlerinin yanında, açlığı bir savaş yöntemi olarak kullanma savaş suçu nedeniyle tutuklama emirleri çıkarmıştır⁸⁷. Uluslararası Adalet Divanı'ndan BM'nin, diğer uluslararası örgütlerin ve üçüncü devletlerin Filistin'de bulunması ve faaliyet göstermesine ilişkin İsrail'in yükümlülüklerine dair istenen danışma görüşünde⁸⁸ Uluslararası Adalet Divanı, İsrail'in Gazze'ye insani yardım girişine izin vermesini emretmiş⁸⁹ ve ablukanın kıtlık koşullarına yol açtığını, 27 çocuk da dahil olmak üzere 31'den fazla ölümün yetersiz beslenme ve susuzluktan kaynaklandığını tespit etmiştir⁹⁰. Bir savaş metodu olarak sivilleri aç bırakmak ve onların hayatta kalmasına yarayacak nesneleri yok etmek, bu nesnelerden onları mahrum bırakmak Roma Statüsünde savaş suçu olarak cezalandırılabilir fiillerdendir⁹¹.

İsrail, ablukanın Hamas'ın yardımları ele geçirmesini önlemek için bir güvenlik önlemi olduğunu iddia etmektedir⁹². Ancak bu durum Gazze'nin sivil nüfusunun topluca cezalandırılması ve sistematik olarak ardı ardına günlerce uygulandığında soykırım kastını destekleyen bir hal almaktadır ve dolayısıyla uluslararası hukuku birçok yönden ihlal etmektedir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri, bu tür eylemlerin savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar teşkil edebileceğini vurgulamıştır⁹³. Mart 2025'ten beri devam eden Gazze'de İsrail'in uyguladığı abluka, insani yardımların da keyfi ve sistemli bir şekilde engellenmesi sebebiyle yiyecek ve temel malzemelerin yoksunluğu ile kıtlığa sebep olmuştur⁹⁴. Uluslararası

⁸⁷ The International Criminal Court, "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 November 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges> erişildi 28.04.2025.

⁸⁸ Obligations of Israel in relation to the Presence and Activities of the United Nations, Other International Organizations and Third States in and in relation to the Occupied Palestinian Territory (Request for Advisory Opinion) - Conclusion of the public hearings held from 28 April to 2 May 2025. < <https://www.icj-cij.org/case/196> > erişildi 03.05.2025.

⁸⁹ Akbar, M. Fabian, and Manuel Beltrán Genovés, "South Africa Sues International Court Over Israel's Palestinian Genocide under International Law." 6(2) *Lampung Journal of International Law* 83 (2024), 87 <https://doi.org/10.25041/lajil.v6i2.3427>.

⁹⁰ Christy Cooney, "Top UN court orders Israel to allow food and medical aid into Gaza" *BBC NEWS*, 29 March 2024 https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68691095?utm_source=chatgpt. com> erişildi 28.04.2025.

⁹¹ Bkz. Roma Statüsü, madde 8(2)(b)(xxv) hükmü; AP I, madde 54(2) hükmü; AP II, madde 14 hükmü.

⁹² Jason Burke and Malak A. Tantesh, "Gaza on brink of catastrophe as aid runs out and prices soar, groups warn" *THE GUARDIAN*, 27 April 2025, https://www.theguardian.com/world/2025/apr/27/gaza-on-brink-of-catastrophe-as-aid-runs-out-and-prices-soar-groups-warn?utm_source=chatgpt. com erişildi 28.04.2025.

⁹³ Beyza Binnur Dönmez, "UN experts alarmed by Israel's aid blockade in Gaza, calling it 'weaponizing starvation'", *ANADOLU AGENCY*, 7 March 2025, erişildi 28.04.2025.

⁹⁴ World Health Organization, "People in Gaza starving, sick and dying as aid blockade continues" 12 May 2025, <https://www.who.int/news/item/12-05-2025-people-in-gaza-starving--sick-and-dying-as-aid-blockade-continues> erişildi 25.06.2025.



insancıl hukuku ve uluslararası ceza hukukunu birçok açıdan ihlal eden İsrail'in yardım ve yiyecek girişini tamamen durdurması Soykırım Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü bakımından korunan hukuki grup olma özelliğini taşıyan ve açlığa mahkûm edilen Gazze Halkı için soykırımı daha hızlı bir zemin hazırlamıştır. IDF, gıda bulmak için insani yardım dağıtım merkezlerine giden Gazzeli sivillere defalarca hedef alarak ateş açmış ve soykırım nihai amacına hizmet eden savaş suçlarına bir yenisini daha eklemiştir⁹⁵. Açlığa mahkûm edildikten sonra denize girmeleri de yasaklanan Gazzeliler Amerika Birleşik Devletleri'ne ait insani yardım alanında beklemek zorunda kalmışlardır. İnsani yardım bekleyen çok sayıda Gazzelinin açılan ateşler sonucu öldürülmüş olması⁹⁶ Filistinlerin tüketilmesi maksadının soykırımın manevi unsurunu oluşturduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır.

Savaş zamanında sivillerin korunmasına yönelik IV nolu Cenevre Sözleşmesi'ndeki ağır ihlaller sistemi aşağıdaki fiilleri isim vermeden savaş suçu olarak tasnif etmiştir. Kasten öldürme, işkence veya insanlık dışı muamele, biyolojik deneyler de dahil olmak üzere, kasten büyük acı veya bedene veya sağlığa ciddi zarar verme, korunan bir kişiyi yasadışı olarak sınır dışı etme veya nakletme veya yasadışı olarak alıkoyma, korunan bir kişiyi düşman bir gücün kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlama, veya korunan bir kişiyi adil yargılama haklarından kasten mahrum bırakma, rehin alma ve gaspı, askeri zorunlulukla haklı çıkarılmayan ve yasadışı ve keyfi olarak gerçekleştirilen mülklerin geniş çapta tahrip edilmesi ve mülklere el konulması. Sayılan fiiller Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde de savaş suçu olarak sayılmıştır. Söz konusu *ad hoc* mahkemeleri müteakip aynı düzenlemeye Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü de yer vermiştir⁹⁷. Buradaki savaş suçu yahut ağır ihlaller olarak adlandırılan fiillerin tamamı yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere İsrail askerleri tarafından sistematik olarak defalarca işlenmiştir.

Uluslararası ceza hukuku bakımından savaş suçları iki temel sınıfta ele alınıp her iki grup da uluslararası nitelikte olan silahlı çatışmalarda uygulanacak kuralları ifade eder. Bunlar: 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlaller sistemi ve diğer harp kanun ve kaidelerinin ihlalleridir. Uluslararası nitelikte olmayan

⁹⁵ ALJAZEERA, "Gaza aid sites branded 'human slaughterhouses' under deadly Israeli fire" 8 June 2025 <https://www.aljazeera.com/news/2025/6/8/gaza-aid-sites-branded-human-slaughterhouses-under-deadly-israeli-fire> erişildi 25.06.2025; Al Jazeera Staff, "Massacre: Dozens killed by Israeli fire in Gaza while collecting food aid" ALJAZEERA, 29 February 2024, <<https://www.aljazeera.com/news/2024/2/29/dozens-killed-injured-by-israeli-fire-in-gaza-while-collecting-food-aid>> erişildi 13.03.2025.

⁹⁶ Virginia Pietromarchi and Edna Mohamed, "Israel kills more aid seekers in Gaza, issues evacuation threat", ALJAZEERA, 20 July 2025, <https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2025/7/20/live-israel-kills-38-aid-seekers-in-gaza-as-israelis-demand-truce-deal> erişildi 20.07.2025.

⁹⁷ GC IV, madde 147.

silahlı çatışmalara uygulanacak hükümler Cenevre Konvansiyonlarının Ortak Üçüncü maddesi ve II nolu 1977 tarihli Ek Protokol hükümleridir. Ancak Filistin'in önemli sayıda devlet tarafından tanınması gerçeği karşısında Filistin-İsrail arasındaki çatışmaları uluslararası silahlı çatışmalar olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır. Bu kapsamda Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlaller sisteminden dolayı da İsrail askerlerinin ve üst düzey devlet yetkililerinin uluslararası cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Bunun yanında, muhariplere tanınan koruma (muhariplik statüsü) de yalnızca uluslararası silahlı çatışmalar hukuku bakımından uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, 7 Ekim 2023 itibariyle İsrail'in bir varoluş yahut tahakküm savaşında olduğunu iddia ederek yazılı tüm hukuk metinlerini ihlal etmesiyle Filistin'e karşı gerçekleştirdiği fiiller, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisindeki tüm suç tiplerine uyan nitelik arz etmektedir⁹⁸.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Gıda yardımı için kuyruklarda toplanan sivillerin üzerine ateş açan, onları bombalayan⁹⁹ ve sivilleri kasten hedef aldığı defalarca teyit edilen İsrail'in bu sistematikleşen insancıl hukuk ihlalleri sadece savaş suçu oluşturmalarının yanında; sivil halkı tüketme ve soykırım nihai amacına yönelmiştir. İsrail'in fiilleri savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarının suç tipine uygun eylemler olarak ayrı ayrı değerlendirilebilir. Bir dizi savaş suçu, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu fiilleri işleyen İsraili yetkililer, müteaddit kereler tahliye emirleri vermiş ve sivillerin tahliye edildikten sonra gittikleri güvenli bölgeleri hedef alarak vurmuştur. İsrail, Gazze'de sivilleri ve sivil nesnelerin sistematik olarak hedef alarak insancıl hukukun temel yasaklarını ihlal etmiş olup soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının tipe uygun eylemlerini gerçekleştirmiştir. İsrail Cenevre Konvansiyonlarına aykırı olarak sivillerin tahliyesini istemiş ve icra etmiştir¹⁰⁰.

İsrail'in 7 Ekim 2023'ten sonra giriştiği en önemli uluslararası suç olan soykırım suçunun hareket unsuru ve manevi unsuru olan soykırım kastını gösteren önemli işaretler ve somut deliller mevcuttur. Gazzelileri yaşanması mümkün olmayan koşullarda yaşamaya mahkûm etme, kara ve denizden abluka, sivillerin ve sivil nesnelerin sistematik olarak hedef alınması, İsraili yetkililerin Filistinlileri tüketmeye, kökünü kazımaya, merhamet etmemeye ve onları insan dışı göstermek suretiyle tüm sivilleri hedef göstermesi, diğerlerinin yanında, açlığın savaş yöntemi olarak kullanılması ile değerlendirildiğinde uluslararası ceza hukuku bakımından soykırımın gerçekleştiğini göstermektedir. İsrail Savunma Bakanı

⁹⁸ Bunun yanında İsrail'in Filistin topraklarına karşı giriştiği saldırılar (*attacks*) da Roma Statüsü bağlamında ve 1974 tarihli Tecavüzün Tanımı hakkındaki BM Genel Kurulu Kararı çerçevesinde tecavüz (İng. *aggression*) suçunu oluşturmaktadır. Bkz. (n 16).

⁹⁹ Bkz. (n 95).

¹⁰⁰ Bkz. GC III, madde 49.



Galant'ın Gazze'de "insansı hayvanlarla" savaştıklarını beyan ettiği açıklaması ve İsrail Başbakanının ve diğer siyasi ve askeri üst düzey yetkililerin söylemleri soykırım suçunun manevi unsuru olan soykırım kastını göstermede önemli birer delildir. İsraili yetkililerin maksadının 7 Ekim saldırısına bir cevap vermek olmadığı, halkını yok etmek pahasına Gazze'yi tamamen ele geçirmek olduğu gün geçtikçe açığa çıkmıştır. Bunun dışında İsrail, orantılılık, askeri gereklilik, hedef alma gibi insancıl hukukun temel konularını ve ilkelerini sistematik olarak dolanarak sivil nüfusu yok etme amacı güden ağır ve ayırım gözetmeyen bombardımanlarıyla soykırım kastını ortaya koymuştur¹⁰¹.

İsrail siviller ve muharpiler arasındaki ayrımı terör ve terörizme yardım eden sloganlarıyla silikleştirmiş ve insancıl hukukun yerleşik kavramı olan ayırım gözetme ilkesini hiçe saymıştır. Çeşitli bahane ve söylemlerle hukuka aykırı hedefleri hukuka uygun gibi hedef almış, korunmuş gruplar olan sivilleri kökünü kazıma pahasına vurmuştur. Benzer şekilde Gazze'nin tüm sağlık altyapısını ve hastaneleri içinde Hamas'ı barındırma şüphesi ile vurmuş ve harap etmiştir. Tüm Gazze'yi bir askeri hedef olarak ortaya koyup bunu elde etmek için gerekenlerin tümünü askeri gereklilik olarak saymıştır. Bu şekilde orantılılık temel ilkesini de yanlış yorumlayarak dolanmıştır. Sivillerin meskün olduğu mahalleri, oradaki sivillerin tamamının öleceği yahut yaralanacağını bilerek uyarı olmaksızın¹⁰² hedef alan İsrail, bu tarz fiillerini arızî kayıplar kavramını kasten yanlış yorumlayarak savunmuştur. Görüldüğü üzere İsrail bilinen tüm insancıl hukuk kurallarını vahşi bir savaş ya da soykırım uğruna hiçe saymış ancak uluslararası hukuka açıkça aykırı davranıyor gözükmemek için kavramların etrafından dolaşan yahut onların altını oyan söylem geliştirmiştir. İsrail'in Gazze Halkını tümünden yok etmeye yönelik bu fiilleri birçok insancıl hukuk ihlali oluşturmalarının yanında soykırım kastı olarak da yorumlanmalıdır.

Yukarıdaki olaylarla örneklendirilen İsrail saldırılarının genel niteliği 7 Ekim 2023'ten bu yana Gazze'deki saldırıları sırasında, muhasamatın yürütülmesine ilişkin uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri olan ayırım gözetme, orantılılık ve saldırı önlemleri ilkelerini sistematik olarak ihlal etmiş olduğunu göstermektedir. Bu tür ihlaller savaş suçları oluşturur. Sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak, bir devlet veya örgütsel politika doğrultusunda gerçekleştirilen hukuka aykırı hedef alma, insanlığa karşı suçları oluşturur. İsrail'in bahis mevzuu fiillerinin Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki korunan grubun kısmen veya tamamen yok etme kastıyla işlendiği ortaya çıkarıldığında ise soykırım teşkil edecektir. Gazze'de açlığın bir savaş yöntemi olarak kullanılması toplu cezalandırma olmasının yanında insanlığa karşı suçlar, savaş

¹⁰¹ Aynı yönde fikir için bkz. Albanese Report (n 27).

¹⁰² Bkz. (n 57).

suçu ve sistematik olarak Gazze Halkını yok etmeye, açlıktan öldürmeye, yönelik olması bakımından ise soykırım suçunu oluşturur¹⁰³.

Sonuç olarak, ayırım gözetmeyen ve orantısız saldırılarıyla, sivilleri kasten hedef almasıyla, uyguladığı ablukayla açlığı bir savaş yöntemi olarak kullanması, insani yardımları keyfi olarak engellemesi, Filistin topraklarına tecavüz fiilleri neticesinde işgal etmesi, sivil nüfusu zorla yerinden sürüp yerine hukuka aykırı yerleşimciler yerleştirmesi ve self determinasyon hakkını kullanmak üzere direnen tüm Gazze'yi haritadan silme pahasına bombardıman etmesi ile birlikte İsrail'in fiilleri soykırım amacına yönelik sistematik insancıl hukuk ihlalleri olduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icj/2004/en/35595>> erişildi 07.03.2025

Akbar MF, Genovés MB, “South Africa Sues International Court Over Israel’s Palestinian Genocide under International Law” (2024) 6(2) *Lampung Journal of International Law* 83

Al Jazeera Staff, “Massacre: Dozens killed by Israeli fire in Gaza while collecting food aid” *ALJAZEERA*, 29 February 2024, <<https://www.aljazeera.com/news/2024/2/29/dozens-killed-injured-by-israeli-fire-in-gaza-while-collecting-food-aid>> erişildi 13.03.2025

Al-Mughrabi N, “Bodies line Gaza hospital wall and surgeons operate in corridors”, *REUTERS*, 31 October 2023, <<https://www.reuters.com/world/middle-east/gaza-surgeons-operate-corridors-israeli-bombs-fill-hospitals-2023-10-31/>> erişildi 26.05.2025

ALJAZEERA, “Dozens killed and wounded in Israel air raids on Gaza refugee camps”, 9 October 2023 <<https://www.aljazeera.com/gallery/2023/10/9/dozens-of-palestinians-killed-wounded-in-israeli-strikes-on-gaza-refugee>> erişildi 27.02.2025

— — “Gaza aid sites branded ‘human slaughterhouses’ under deadly Israeli fire” 8 June 2025 <<https://www.aljazeera.com/news/2025/6/8/gaza-aid-sites-branded-human-slaughterhouses-under-deadly-israeli-fire>> erişildi 25.06.2025

— — “Israel announces ‘total’ blockade on Gaza” 9 October 2023, <<https://www.aljazeera.com/news/2023/10/9/israel-announces-total-blockade-on-gaza>> erişildi 27.02.2025

¹⁰³ Bkz. (n 91).

— — “The human toll of Israel’s war on Gaza by the numbers” 15 January 2025, <<https://www.aljazeera.com/news/2025/1/15/the-human-toll-of-israels-war-on-gaza-by-the-numbers>> erişildi 24.02.2025

— — “Timeline: Israel’s attacks on hospitals throughout its war on Gaza”, 13 April 2025, <<https://www.aljazeera.com/news/2025/4/13/timeline-israels-attacks-on-hospitals-throughout-its-war-on-gaza>> erişildi 26.06.2025

Amnesty International, “Amnesty International investigation concludes Israel is committing genocide against Palestinians in Gaza” 5 December 2024, <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/12/amnesty-international-concludes-israel-is-committing-genocide-against-palestinians-in-gaza/>> erişildi 27.02.2025

Anatomy of a Genocide, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, (A/HRC/55/73) (Albanese Report) <<https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-unedited-version-a-hrc-55/>> erişildi 24.02.2025

Armaoğlu F, 20. *Yüzyıl Siyasî Tarihi: 1914-1980* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1986)

Arrest Warrant of 11 April 2000, *Congo, The Democratic Republic of the v Belgium*, Judgment, [2002] ICJ Rep 3.

Asmar A, “Israel destroyed 50 homes, 280 shops in Tulkarem refugee camp: Palestinian official” *ANADOLU AGENCY*, 19 February 2025, <<https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israel-destroyed-50-homes-280-shops-in-tulkarem-refugee-camp-palestinian-official/3486331>> erişildi 21.02.2025

Aydemir M, “Israeli army admits to targeting Buraq School in Gaza”, *ANADOLU AGENCY*, 11 December 2023, <<https://www.aa.com.tr/en/middle-east/israeli-army-admits-to-targeting-buraq-school-in-gaza/3050977>> erişildi 26.05.2025

Aydoğan, B, “İsrailli yüzbaşı, 7 Ekim'de esirleri de öldürmeyi öngören "Hannibal Protokolü"nü uyguladığını kabul etti” *ANADOLU AJANSI*, 29 Mart 2024, <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilli-yuzbasi-7-ekimde-esirleri-de-oldurmeyi-ongoren-hannibal-protokolunu-uyguladigini-kabul-etti/3178163>> erişildi 11.02.2025

Balguygallois A, “Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé,” *IRRC*, March 2004, Vol 86 No. 853, pp 37-68, <http://www.icrc.org>> erişildi 26.06.2025

Benvenisti E, *The International Law of Occupation* (Princeton 1993)

Blau, U, 'Dead Palestinian Babies and Bombed Mosques - IDF Fashion 2009' *HAARETZ*, 19 March 2009, <<https://www.haaretz.com/2009-03-19/ty-article/dead-palestinian-babies-and-bombed-mosques-idf-fashion-2009/0000017f-e-11a-d568-ad7f-f37b4fd90000>> erişildi 13.03.2025

Brown P, Herd J, "Strike on civilian convoy fleeing Gaza: What we know from verified video", *BBC*, 16 October 2023, <<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-67114281>> erişildi 26.05.2025

Burke J, Tantesh MA, "Gaza on brink of catastrophe as aid runs out and prices soar, groups warn" *THE GUARDIAN*, 27 April 2025, <https://www.theguardian.com/world/2025/apr/27/gaza-on-brink-of-catastrophe-as-aid-runs-out-and-prices-soar-groups-warn?utm_source=chatgpt.com> erişildi 28.04.2025

Byers M, *War Law: Understanding International Law and Armed Conflict* (Douglas & McIntyre 2007)

Carey A, John T, Flower K, "Israel admits airstrike on ambulance near hospital that witnesses say killed and wounded dozens" *CNN*, 4 November 2023, <<https://edition.cnn.com/2023/11/03/middleeast/casualties-gazas-shifa-hospital-idf/index.html>> erişildi 24.02.2025

Committee to Protect Journalists, "Journalist casualties in the Israel-Gaza war", 4 February 2025, <<https://cpj.org/2025/02/journalist-casualties-in-the-israel-gaza-conflict/>> erişildi 24.02.2025

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (kabul edildi 9 Aralık 1948, yürürlüğe giriş 12 Ocak 1951) 78 UNTS 277 (Soykırım Sözleşmesi)

Cooney C, "Top UN court orders Israel to allow food and medical aid into Gaza" *BBC NEWS*, 29 March 2024, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68691095?utm_source=chatgpt.com> erişildi 28.04.2025

Crawford E, Pert A, *International Humanitarian Law* (CUP 2015)

Dalaa M, Aksoy HA, Biçeroğlu E, "İsrail'in El-Ehli Hastanesine düzenlediği saldırı Gazze savaşında dönüm noktası oldu", *ANADOLU AGENCY*, 20 Ekim 2023, <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/israilin-el-ehli-hastanesine-duzenledi-gi-saldiri-gazze-savasinda-donum-noktasi-oldu/3027296>> erişildi 28.06.2025

DEUTSCHE WELLE, "İsrail-Hamas savaşı: Binden fazla ölü" 8 Ekim 2023, <<https://www.dw.com/tr/i/%CC%87srail-hamas-sava%C5%9F%C4%B1-binden-fazla-%C3%B6l%C3%BC/a-67031955>> erişildi 19.07.2025

Dieter I, *The Law of War* (CUP 2000)

Dinstein Y, *The International Law of Belligerent Occupation* (CUP 2009)



Dönmez BB, “UN experts alarmed by Israel's aid blockade in Gaza, calling it 'weaponizing starvation'”, *ANADOLU AGENCY*, 7 March 2025, <<https://www.aa.com.tr/en/europe/un-experts-alarmed-by-israels-aid-blockade-in-gaza-calling-it-weaponizing-starvation/3502499>> erişildi 28.04.2025

Emanuel F, “ Hamas battalion chief, deputy commander killed in Gaza airstrikes, IDF says” *THE TIMES OF ISRAEL*, 23 March 2025, <https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/hamas-battalion-chief-deputy-commander-killed-in-gaza-airstrikes-idf-says/> erişildi 26.06.2025

Erkiner HH, “Filistin israil Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi”, *TESAM STRATEJİ*, 1 Ağustos 2024, <<https://tesamstrateji.com/yazi.php?link=filistin-israil-meselesinin-analizinde-uluslararasi-hukukun-metodolojisi>> erişildi 19.07.2025

Ertuğrul ÜE, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler*, Yetkin, Ankara, 2017

Fabian E, “IDF says Jabaliya strike killed top Hamas commander, collapsed terror tunnels”, *THE TIMES OF ISRAEL*, <https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/idf-says-jabaliya-strike-killed-top-hamas-commander-collapsed-terror-tunnels/> erişildi 26.06.2025

Fetouri M, “What is the ‘Hannibal Directive’ and how Israel uses it” *MIDDLE EAST MONITOR*, 4 January 2024, <<https://www.middleeastmonitor.com/20240104-what-is-the-hannibal-directive-and-how-israel-uses-it/>> erişildi 11.02.2025

Gasser H, Dörmann K, “Protection of the Civilian Population” in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (OUP 2014)

Güneysu G, “Askeri Gerekliklik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, 2012(4) *Ankara Barosu Dergisi* 93

Human Rights Watch, “Hopeless, Starving, and Besieged” Israel’s Forced Displacement of Palestinians in Gaza, November 14, 2024, <<https://www.hrw.org/report/2024/11/14/hopeless-starving-and-besieged/israels-forced-displacement-palestinians-gaza>> erişildi 27.02.2025

ICRC, Customary IHL Rules, Rule 20, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule20>> erişildi 25.06.2025

Imseis A, “Negotiating the Illegal: On the United Nations and the Illegal Occupation of Palestine, 1967–2020,” (2020) 31(3) *European Journal of International Law* 1055

Joseph S and Farah N, “Israel-Hamas war updates: Israel bombs UN school, killing ‘at least 27’”, *ALJAZEERA*, <<https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2023/11/23/israel-hamas-war-live-israel-pounds-gaza-ahead-of-expected-truce>> erişildi 26.06.2025

Kamu Denetçiliği Kurumu, Genocide in Gaza (III): Prohibited Weapons in Gaza, Ankara, 2024

Kamu Denetçiliği Kurumu, Genocide in Gaza (V): Journalist in Gaza, Ankara, 2024.

Khalidi W, "Revisiting the UNGA Partition Resolution" (1997) 27(1) *Journal of Palestine Studies* 5

Kolb R and Hyde R, *An Introduction to International Armed Conflicts* (Hart Publishing 2005)

Kul MC, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi", 1 *İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 81 (2023)

— — *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu* (On İki Levha Yayıncılık 2016)

McCarthy J, *The Population of Palestine* (Columbia University Press 1990).

MIDDLE EAST MONITOR, "UNICEF says children in Gaza do not have the energy to cry" 18 March 2024, <<https://www.middleeastmonitor.com/20240318-unicef-says-children-in-gaza-do-not-have-the-energy-to-cry/>> erişildi 28.04.2025.

Najjar F, "Israel-Hamas war updates: Netanyahu rejects ceasefire after captive video" *ALJAZEERA*, 30 October 2023, <<https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2023/10/30/israel-hamas-war-live-palestinian-death-toll-gaza-rises-above-8000>> erişildi 26.05.2025

Nye JS, Welch DA, *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2010)

Obligations of Israel in relation to the Presence and Activities of the United Nations, Other International Organizations and Third States in and in relation to the Occupied Palestinian Territory (Request for Advisory Opinion) - Conclusion of the public hearings held from 28 April to 2 May 2025. <<https://www.icj-cij.org/case/196>> erişildi 03.05.2025

Öktem AE, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları* (Derin Yayınları 2007).

Pacchiani G, "COGAT chief addresses Gazans: 'You wanted hell, you will get hell'" *THE TIMES OF ISRAEL*, 10 October 2023, <https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/cogat-chief-addresses-gazans-you-wanted-hell-you-will-get-hell/> erişildi 28.03.2025

Pietromarchi V, Mohamed E, "Israel kills more aid seekers in Gaza, issues evacuation threat", *ALJAZEERA*, 20 July 2025, <<https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2025/7/20/live-israel-kills-38-aid-seekers-in-gaza-as-israelis-demand-truce-deal>> erişildi 20.07.2025

Prosecutor v Dario Kordić and Mario Čerkez, Appeal Judgment, IT-95-14/2-A, 17 December 2004

Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925>> erişildi 19.07.2025

Rasheed Z, Mccready A, 'Israel's war on Gaza live: Netanyahu vows to 'finish the job' in Rafah' *ALJAZEERA*, 13 March 2024, <<https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2024/3/13/israels-war-on-gaza-live-netanyahu-vows-to-finish-the-job-in-rafah>> erişildi 14.03.2025

Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907

Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899

Remler D, "Hayot Adam ("wild beasts in human form"), a cry against humanity" 14 December 2023, <<https://k-larevue.com/en/hayot-adam-wild-beasts-in-human-form-a-cry-against-humanity/>> erişildi 27.02.2025

Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48, (Goldstone Report) <<https://digitallibrary.un.org/record/666096?ln=en&v=pdf>> erişildi 24.02.2025

Republic of Türkiye, MFA, Press Release Regarding Israel's Attack Targeting a Hospital in Gaza, 17 October 2023, <https://www.mfa.gov.tr/no_-264_-_israel-in-gazze-de-bir-hastaneyi-hedef-alan-saldirisi-hk.en.mfa> erişildi 02.03.2025

Sanad Verification Agency and Federica Marsi, "Israel increased Rafah demolition to prepare for Gaza forced transfer plan", *ALJAZEERA*, 13 July 2025, <<https://www.aljazeera.com/features/2025/7/13/israel-increased-rafah-demolition-to-prepare-for-gaza-forced-transfer-plan>> erişildi 20.07.2025

Sivakumaran S, *The Law of Non-International Armed Conflict* (OUP 2014)

Sönmezoğlu F, *II. Dünya Savaşından Günümüze Türk Dış Politikası* (Der Yayınları 2006)

Statute of the International Criminal Court, adopted by the UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9

Suter T, "IDF claims it killed Hamas commander who held hospital patients hostage", *THE HILL*, 11 December 2023, <<https://thehill.com/policy/international/4305790-idf-kills-hamas-commander/>> erişildi 26.06.2025

Tanno S, "Gaza death toll has been significantly underreported, study finds" *CNN*, 9 January 2025, <<https://edition.cnn.com/2025/01/09/middleeast/gaza-death-toll-underreported-study-intl/>> erişildi 26.06.2025

TASS, "Children's hospital in Gaza hit with white phosphorus-health ministry", 13 October 2023, <<https://tass.com/world/1690449>> erişildi 02.03.2025

TEHRAN TIMES, "Gallant admits 'Israel' used Hannibal Directive during war on Gaza", 11 February 2025, <<https://www.tehrantimes.com/news/509501/Gallant-admits-Israel-used-Hannibal-Directive-during-war-on>> erişildi 11. 02.2025

The Avalon Project, "The Balfour Declaration 1917" <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/balfour.asp> erişildi 19.02.2025

THE GREEK HERALD, "Orthodox Cultural Centre destroyed by Israeli airstrike in Gaza" 1 November 2023, <<https://greekherald.com.au/news/orthodox-cultural-centre-destroyed-by-israeli-airstrike-in-gaza/>> erişildi 26.06.2025

The International Criminal Court, "Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant", 21 November 2024, <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges>> erişildi 28.04.2025

Tütüncü AN, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta Yayıncılık 2006)

UN GA Res 1514 (XV) "Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples"

UN General Assembly, Definition of Aggression, A/RES/3314, UN General Assembly, 14 December 1974

UN General Assembly, Definition of Aggression, A/RES/3314, UN General Assembly, 14 December 1974

UN General Assembly, International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, A/RES/3068(XXVIII), 30 November 1973, <<https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1973/en/26955>> erişildi 26.06.2025

UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Hostilities in the Gaza Strip and Israel: Flash Update #28" 3 November 2023, <<https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-28>> erişildi 21.02.2025

UNICEF, Children's lives in the balance: 6 months of conflict and restricted humanitarian access in the State of Palestine, UNICEF/UNI541839/Elder

United Nations “Gaza: UN experts decry bombing of hospitals and schools as crimes against humanity, call for prevention of genocide”, 19 October 2023, <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/gaza-un-experts-decry-bombing-hospitals-and-schools-crimes-against-humanity>> erişildi 02.03.2025

VATICAN NEWS, “Churches condemn air strike on Greek Orthodox building in Gaza” 20 October 2023, <<https://www.vaticannews.va/en/church/news/2023-10/churches-condemn-air-strike-on-greek-orthodox-building-in-gaza.html>> erişildi 25.05.2025

World Health Organization, “People in Gaza starving, sick and dying as aid blockade continues” 12 May 2025, <<https://www.who.int/news/item/12-05-2025-people-in-gaza-starving--sick-and-dying-as-aid-blockade-continues>> erişildi 25.06.2025

Yamaner, MB, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması* (Arıkan Yayınları 2007)

AIHM İÇTİHADINDA EGEMENLİK, KARŞI-KAMUSALLIK VE EKOSİSTEM MEKÂNI OLARAK SİBER ALAN

Cyber Public Space as a Locus of Sovereignty, Counter-Publicness and Ecosystem in the ECtHR Jurisprudence

Zülfiye YILMAZ YAMAÇ*

Özet

Siber alanın ulus-devletlerin ülke unsurunun 21. yüzyıldaki uzantısı ya da yeni bir egemenlik alanı olarak tanımlanması çabaları yanında; özgürlük alanı, küresel müşterek statüsü, özel mülkiyete konu edilebilirliği ve nihayet *sui generis* yapısı nedeniyle heterotopya mekânı olarak da tasnif edilmesi, karşımıza zengin bir disiplinlerarası literatür çıkarmaktadır. Bunda siber alanın devletler, uluslararası kuruluşlar ve diğer devlet-dışı aktörler tarafından düzenlenmesi girişimleri etkindir. Bu çalışma kapsamında, siber alanın bir kamusal alan olduğu kabul edilerek hukukunun interdisipliner bir akademik incelemeye tabi tutulması hedeflenmektedir. Bu minvalde siber kamusal alan; egemenlik, karşı-kamusallık ve ekosistem mekânı olarak mercek altına alınacaktır. Her üç model siber alanın düzenlenmesinde, egemenlik tesisi ve insan haklarının korunması bakımından, dijital dünyanın sunduğu imkânlar ve yarattığı sorunlara yeni ya da siber alana uyarlanmış standartlar geliştirme çabasıdır. Hukuk ve diğer disiplinlerin siber alana dair tanımlarının uzlaşma ve çatışma kapasiteleri ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ekseninde test edilecektir. İnsan haklarının siber alanda tabi olduğu kısıntılar ve korumaya dair yeni standartlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin siber alana nüfuz etme kapasitesini de ortaya koyacaktır.

Anahtar Kelimeler: Siber alan, egemenlik, karşı-kamusallık, ekosistem, insan hakları

Abstract

In addition to the endeavours to identify cyberspace in the realm of sovereignty as the final frontier of the nation-states in the 21st century, the classification of cyberspace as a space of freedom, a global common, private property or even as a locus for heterotopia due to its *sui generis* structure has yielded a rich interdisciplinary literature. The plethora of definitions can be attributed to the rigorous regulatory efforts on the part of the states, international organisations and other non-state actors. The objective of this study is to undertake an interdisciplinary academic interpellation of the law of cyberspace, operating under the assumption that cyberspace constitutes a public sphere. In this respect, the cyber public sphere will be analysed from a triangular approach based on sovereignty, counter-publicness and ecosystem models. It is evident that all three models are oriented towards the development of standards for the cyber governance in order to establish sovereignty in cyberspace and to protect human rights within. The repercussions of three models

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.06.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Bölümü, zulfiye.yilmaz@bilkent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9568-6372>

will be traced in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The embedding constraints in cyberspace, alongside the emerging standards for human rights protection in the Court's jurisprudence, will also demonstrate the (cyber)adaptive capacity of the Convention system.

Keywords: Cyberspace, sovereignty, counter-publicness, ecosystem, human rights

GİRİŞ

20. yüzyılın sonu ve içinde bulunduğumuz çağ, hukuk disiplininin ve özelde insan hakları hukukunun sürekli gelişen teknolojinin ortaya çıkardığı sorunlara yanıt vermesini talep etmektedir. Anayasalar ve insan hakları sözleşmelerinin yaşayan belgeler olması; dijital dünyada egemenliğin, hak ve özgürlüklerin ve bunlardan sadır sorumluluğun da yaşayan ve sürekli yeniden tanımlanan dinamik bir içeriğe sahip olmasını gerektirmektedir. Öte yandan anayasacılığın, hukuk devletinin ve demokrasinin krizlerinin süreklileşmesi karşısında, hukuk yoluyla bu dinamik alanı düzenlemek her zamankinden daha zorludur. Bu nedenle, dijital teknolojilerin ulus-devletin unsurları, ulusal ve uluslararası hukuk, egemen erklerin işlevleri ile insan hakları üzerinde yarattığı etki, kurucu bir anayasal moment olarak tanımlanmaktadır. Dijitalleşmenin özel hukuk etkisini yoğun biçimde kamu hukuku ve dahi anayasa hukuku alanına taşıması, anayasal norm ve ilkeler, temel haklar ve denge-denetleme kavramlarının kapsam ve işlevinin yeniden tanımlanmasını gerektirmesi bu tezin dayanağıdır.¹ Anayasal politikaların halkın kamusal tartışmalara yoğun ilgi göstermesini sağlayan siyasi hareketlerle şekillendiğini ve nihayetinde başarı elde ettiklerinde bunun halk adına üstün, bağlayıcı kurallara dönüştüğünü söyleyen Ackerman; anayasal momentin geleceği bakımından, hezimet ya da hukuka dönüşme olarak iki ihtimal olduğunu söylemektedir.² Siber alanın hukukunun düzenlemesi için siyasi, ekonomik ve hukuki alandaki çabaların gideceği yön de bu bağlamdan arı değildir.

William Gibson'ın 1984 tarihli *Neuromancer* adlı bilim kurgu kitabında; matematiksel kavramlar öğretilen her ulustan çocuğun deneyimlediği 'rızaaya dayalı halüsinasyon' fenomenine ve 'insan sistemindeki bilgisayarlardan soyutlanmış verilerin grafik temsili' kavramına atıfla ilk kez tasvir edilen³ siber alanın tanımı üzerinde halen bir uzlaşma yoktur. Ancak fiziki kamusal alan ile siber alanı birbirine bağlayan altyapısal unsurları baz alan şu tanım yol gösterici olabilir: Siber alan; bilgisayar ve elektromanyetik dalgalardan oluşan, bilgisayar ağlarını kullanarak veri depolamak, değiştirmek ve değiş tokuş etmek üzere işlev gören, fiziksel ve

¹ Edoardo Celeste, 'Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation' (2019) 33[1] *International Review of Law, Computers & Technology* 76-99. Hartzog ve Richards, özel yaşam ve mahremiyet ('privacy') düzenlemeleri ile veri koruma rejiminin tetiklediği toplumsal tartışma nedeniyle ABD özelinde mahremiyet rejiminin bir anayasal moment içinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Woodrow Hartzog and Neil M. Richards, 'Privacy's Constitutional Moment and the Limits of Data Protection', (21) *Boston College Law Review* 1687- 1761.

² Bruce Ackerman, *We The People: Foundations* (Harvard University Press 1991) 7.

³ William Gibson, *Neuromancer* (Ace Book (Ebook 1984) Bölüm I.

fiziksel olmayan bileşenlerin oluşturduğu ortamdır. Unsurları ve işlevi sürekli yeniden tanımlanan dinamik siber alan yalnızca internetten oluşmaz. Elektrik şebekeleri, su tedarik sistemleri, bankacılık işlemleri ve ulaşım sistemleri gibi kritik altyapıyı da kapsamaktadır.⁴

Öte yandan siber alanın hukuken düzenlenebilirliği noktasında Lessig; 1998⁵ ve 2006⁶ tarihli iki eserinde bazı uyarılarda bulunmuştu: Gerçek dünyada insan davranışlarının düzenlenmesi; hukuk kuralları, toplumsal kurallar, piyasa gerekleri ve mimari yapı dediği mekânsal sınırlılıklar ekseninde gerçekleşir. Gerçek dünyanın mimari/mekânsal sınırlamaları siber alanda koda dönüşür. Fiziki dünyanın düzenleyici kuralları olan anayasalar, siber alanda koda tabi bir *Lex Informatica*'dır. Kod, hem mekân hem hukuktur. Bu durum, siber alanın dinamikleri ve aktörleri yoluyla konvansiyonel hukuka meydan okuması ve onu teknolojinin, politikanın, ekonominin ve oluşturduğu yeni toplumsallığın etkisine maruz bırakması olarak tanımlanmaktadır.⁷ Hukuk gözünden siber alanın fiilen anayasadan arındırılmış bölge ('constitutional free cyberspace')⁸ olup olmayacağı sorusuna verilen yanıtlar muhtelif ve çoğunlukla olumsuzdur. Siber alanın devletlerin ülke unsurunun bir uzantısı, eş deyişle dijital ikizi olup olmadığı, bir küresel müşterek olup olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı ya da başlı başına bir heterotopya alanı⁹ niteliği tartışmaları devam etmektedir. Ancak şu gerçektir ki siber alandaki çok aktörlü egemenlik yarışı, Westphalia tipi egemenlik anlayışının fiili egemenlik yetkisi teorisi ('extra-territorial jurisdiction') ile dahi nüfuz edilemeyen dinamikler barındırmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, siber alanın bir kamusal alan olduğu kabul edilerek hukukunun interdisipliner bir akademik incelemeye tabi tutulması hedeflenmek-

⁴ Andrew N. Liaropoulos, 'Cyberspace Governance and State Sovereignty' in George C. Bitros and Nicholas C. Kyriazis (eds), *Democracy and an Open-Economy World Order* (Springer 2017) 25-35.

⁵ Lawrence Lessig, 'The Laws of Cyberspace', <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf> erişim tarihi: 25.03.2025.

⁶ Lawrence Lessig, *Code Version 2.0* (Penguin 2006) 1-28.

⁷ Duygu Hatipoğlu Aydın, *Siber Alan ve Hukuk* (On İki Levha 2022)137-170.

⁸ Paul S. Berman, 'Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation' (2000) (71) *University of Colorado Law Review* 1271.

⁹ Heterotopik mekânlar; kurgusal, ütöpik mekânlardan farklı ilkelere tabidir. Tekil bir fiziki alanı birbirleriyle muhtemelen uzlaştırılmayacak farklı mekânlarla bağlantılandırması, fiziki mekânlardaki zaman senkronizasyonunu kırması, geleneksel kamusal alan gibi izinsiz, herkese açıklık ilkeleri karşısında onay ya da inisiyasyon ritüellerini gerektirebilmesi, insan yaşamının yanılsamalara dayalı mekânsal ve gündelik işleyişini gün yüzüne çıkaran bir illüzyon mekânı yaratması ya da gerçek mekânı mükemmelleştiren diğer mekân olarak işlev görmesi; modern hukukun belirlilik, öngörülebilirlik ve denetlenebilirlik vaatlerinin yarattığı güven duygusunu sarstığı gibi toplumsal ihtiyaçlara yanıt veren dinamik yapısının sınırlarını da teste tabi tutmaktadır. Michel Foucault, 'Des espaces autres Hétérotopies' (1967) <https://historiacultural.mpbnet.com.br/pos-modernismo/Des_espaces_autres.pdf> erişim tarihi:15.03.2025.



tedir. Bu minvalde siber kamusal alan; egemenlik alanı, karşı-kamusallık alanı ve ekosistem olarak mercek altına alınacaktır. Hukuk ve diğer disiplinlerin siber alana dair tanımlarının uzlaşma ve çatışma kapasiteleri ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM-Mahkeme) içtihadı doğrultusunda test edilecektir. Böyle bir yol izlenmesinin nedeni, siber alanın hukukunun yalnızca hukuk kuramı ekseninde şekillenmemesi ve teknik, ekonomik ve siyasi dinamiklerin hukukileştirme yoluyla normatif çerçeveye dahil edilmesidir. Bu doğrultuda, öncelikle siber alanda egemenlik sorunsalı ele alınacak ve ardından içtihatındaki egemenlik ve Avrupa kamu düzeni kavramlarının siber alana içkin meselelere nüfuz kabiliyeti irdelenecektir. Ardından Habermas'ın liberal-burjuva kamusal alan tezine karşı Fraser tarafından ileri sürülen karşı-kamusallık ('counterpublicness') tezinin siber alana uyarlanabilirliği incelenecektir. Son bölümde bir ekosistem olarak siber alan tezine odaklanılacaktır. Ekosistem yaklaşımı; aktörler, dinamikler ve yaygın etki bakımından siber alana bütüncül bakışı salık vermektedir. Her üç yaklaşımda insan haklarının korunması bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AIHS-Sözleşme) denetiminde kullanılan araçların siber alana uyarlanması ve kısıntılarına odaklanılarak çalışma tamamlanacaktır.

A. AVRUPA KAMU DÜZENİ KAVRAMI EKSENİNDE SİBER ALANDA EGEMENLİK

Siber alanın modern egemenlik kuramının mekânı olmadığını söyleyen Barlow, 1996'da siber alanı özgürlük ve kendi kaderini tayin ekseninde biçimlenen, her yerde ve hiçbir yerde olan bir yer olarak tanımlamıştı.¹⁰ Ancak geline nokta, devletler arası dijital egemenlik yarışı, siber operasyonların sınır aşan etkisi¹¹ ya da insan haklarının etkili korunması gibi hedeflerle uluslararası hukuk, uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ilkelerinin siber alanda uygulanması için girişimler söz konusudur.

Siber alanın modern ulus-devletlerin ülke unsurunun 21. yüzyıldaki bir görünümü ya da Westfalyen anlayışta 'Devlet'i oluşturan unsurlarla açıklanamayan 'yeni' bir egemenlik sahası olarak tanımlanma çabası¹², esasında Westphalia sonrası ulus-devletlerinin yaslandığı rasyonel yönetilebilirlik ('gouvernabilité') ilkesinin yansımasıdır. Yönetilebilirlik, toprak üzerinde bölünmüş egemenliği merkezileştiren ulus-devletin, rasyonellik hattı ekseninde toprağı ve nüfusu ön-

¹⁰ John Perry Barlow, 'A Declaration of the Independence of Cyberspace' (1996) <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>> erişim tarihi: 11.02.2025.

¹¹ 2000-2025 arasında, veri hırsızlığı ('theft, doxing ya da hijacking yöntemleri ile'), hizmetlerin aksatılması ('disruption'), fidye yazılımlar ('ransomware') yoluyla, devletler, devlet bağlantılı gruplar ya da devlet dışı aktörler tarafından, politik ya da diğer amaçlarla gerçekleştirilen 3656 siber olay ('cyber incident') tespit edilmiştir. Bkz. European Repository of Cyber Incidents, 'Cyber Incident Dashboard (2024)' <<https://eurepoc.eu/dashboard/>> erişim tarihi: 04.05.2025.

¹² Thanos Koulos, 'A digital territory to be appropriated: the state and the nationalization of cyberspace' (2022) *Open Research Europe*.

görülebilir ve kontrol edilebilir bir rejimde yönetme arzusunun *telosunu* oluşturmaktadır.¹³ Bu nedenle siber alan, fiziksel alanın bir tür dijital ikizi muamelesi görebilmektedir Dijital ikiz; gerçek dünyadaki süreçleri ya da sistemleri simüle etmek üzere tasarlanmış dijital replikalardır. Yapay zekâ, robotik, büyük veri, nesnelerin interneti ('IoT') ve diğer dijital teknolojiler aracılığıyla, sistemlerin ve toplumların gelecek dizaynında işlev görmesi beklenen dijital ikizler; siber alanda ayrıntılı simülasyonlar ve veri odaklı öngörüler sağlayan, fiziksel dünya ile siber alanı birbirine bağlayan köprü niteliğindedir.¹⁴

Farklarına rağmen uluslararası hukuk düzleminde, siber alanda adeta bir dijital hukuk ikizi yaratılmaya çalışıldığını söylemek mümkündür. 2017 tarihli Tallinn Kılavuzu,¹⁵ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 31 Aralık 2020 tarihli kararı,¹⁶ Avrupa Birliği Konseyinin 18 Kasım 2024 tarihli deklarasyonu/pozisyon belgesi¹⁷ bunun somut örneğidir. Uzmanlar bildirgesi¹⁸ niteliğindeki Tallinn Kılavuzu dışında yumuşak hukuk ('soft law') belgeleri olan bu metinler; siber alanda devletlerin ülkesel/teritoryal egemenliğinin uygulama alanını, insan haklarının korunması yükümlülükleri kapsamında devletlere atfedilebilir ('attributable') sorumluluğun kapsamını ve egemenlikten sadır yargı yetkisinin ('jurisdiction') sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır.

Bunlar arasında en yakın tarihli metin olan Avrupa Birliği Konseyi pozisyon belgesinde vurgulanan ilkelere baktığımızda, siber alanın hukuku şu şekilde tanımlanmaktadır: Siber alanda uluslararası hukuk, uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukukun uygulanması; devletlerin egemen eşitliği, müdahale yasağı, özen yükümlülüğü, kuvvet kullanımının yasaklanması ilkelerini gündeme getirecektir. Egemen yargı yetkisi kuralları, bilgi iletişim teknolojileri kapsamında bir devletin ülkesel egemenlik sahasındaki altyapı unsurları ve siber faaliyetlerde bulunan kişiler bakımından siber alana uyarlanacaktır. Bir devletin

¹³ Michel Foucault, *Dits et Ecrits* (Gallimard 1994) 232-237 Tome IV.

¹⁴ Roberto Saracco, 'Digital Twins: Bridging Physical Space and Cyberspace' (2019) 52 [12] *Computer* 58-64; Tokio Takada, Jin Nakazato, Alex Orsholits, Manabu Tsukada, Hideya Ochiai and Hiroshi Esaki, 'Design of Digital Twin Architecture for 3D Audio Representation in AR' (2024) 2024 *IEEE International Conference on Metaverse Computing, Networking, and Applications* 222-230.

¹⁵ Michael N. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017). *Bundan sonra ilgili metne, 'Tallinn Kılavuzu (n 15)' olarak atıf verilecektir.*

¹⁶ Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (UN General Assembly Resolution 31 December 2020) <<https://digitallibrary.un.org/record/3896180?ln=en>> erişim tarihi:12.02.2025

¹⁷ Declaration on a Common Understanding of International Law in Cyberspace (Council of European Union, 18 November 2024) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/11/18/cyberspace-council-approves-declaration-to-promote-common-understanding-of-application-of-international-law/>> erişim tarihi:14.02.2025.

¹⁸ Dan Efrony and Yuval Shany, 'A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice' (2018) 112 [4] *American Journal of International Law* 583-657.



toprak bütünlüğüne müdahale ya da hükûmet işlevine içkin fonksiyonlarını bozma ya da ele geçirmeye neden olan başka bir devlete atfedilebilir siber faaliyetler; klasik anlamda yasaklanmış müdahale ve kuvvet kullanma biçimlerinden birini oluşturmada da, siber alanda uluslararası hukuka aykırı fiil olarak tanımlanabilecektir. Özen yükümlülüğü; devletlerden ya da devlet dışı aktörlerden sadır siber aktiviteler yoluyla bir başka devletin haklarının ihlalini engellemek üzere bütün gerekli, makul olarak erişilebilir ve elverişli önlemlerin alınması yükümlülüğünü siber alana taşıyacaktır. Bu nedenle, devletin kendi yetki sahası içinde ya da sınır ötesinde etkili kontrolü altındaki altyapı dahil sistemlerde siber aktiviteleri izlemesi, özen yükümlülüğünün gereğidir. Gündelik yaşamın büyük ölçüde bilgi ve iletişim teknolojilerine bağlı olarak gerçekleştiği modern yaşamda, kamu hizmetlerine erişimin bozulduğu ya da engellendiği durumlarda, fiziksel bir hasar olmasa da gündelik yaşam üzerindeki etkisi ve ölçeğine bağlı olarak bu faaliyetler bir tür kinetik kuvvet kullanma olarak değerlendirilebilecektir. Bu da meşru savunma hakkını doğurabilecektir. Devletlerin haksız fiilden kaynaklanan uluslararası hukuk sorumluluğuna ilişkin ARSIWA¹⁹ ilkeleri ekseninde, devlet dışı aktörlerden sadır hukuka aykırı siber aktivitelerden bir devletin sorumlu tutulabilmesi, devlet adına hareket ya da bu hukuka aykırı fiillerin devlet tarafından onaylanması ya da benimsenmesi halinde gündeme gelebilecektir.

1. Egemenlik, Avrupa Kamu Düzeni ve Sorumluluğun Sınırları

Egemenlik ilkesi yukarıdaki çerçeveye göre devletlerin yetki alanının sınırlarının belirlenmesinde rol aldığı gibi insan haklarının tanınması, korunması, gerçekleştirilmesi ve ilerletilmesi bağlamında bir hukuk boşluğunun doğmasını da engellemeye yönelik işlev görmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS-Sözleşme) 1. Maddesi, egemenlik yetkisi altındaki herkes bakımından Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri güvence altına alınması (‘to secure’) yükümlülüğü getirmektedir. Mahkemenin yargı yetkisinin belirlenmesinde de dikkate alınan bu madde; Sözleşmeye taraf devletin, haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişinin bulunduğu yer ya da bölgede etkili kontrol sağlaması (‘spatial model of jurisdiction’) ya da yetkilendirdiği kişilerce haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişi üzerinde otorite ya da kontrol sağlanması (‘personel model of jurisdiction’) halinde sözleşmesel sorumluluğunu gündeme getirmektedir.²⁰ Dahası Mahkeme, fiili egemenlik (‘extra-territoriality’) kavramı yoluyla devletlerin insan hakları ihlallerinden kaynaklı sorumluluğu ve haliyle kendi yargı yetkisinin sınırlarını da genişletmiştir. Bu da bizi Mahkeme içtihadındaki bir diğer kavram

¹⁹ International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA 2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>erişim tarihi: 22.01.2025.

²⁰ Marko Milanovic, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud’ (EjilTalk 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>>erişim tarihi:23.03.2025.

olan Avrupa kamu düzeni ('European public order') doktrininin teritoryal ve fonksiyonel işlevini incelemeye sevk edecektir.

1960'ta Lawless/İrlanda (1)²¹ kararında, karşı oyda dillendirilen Avrupa düzeni kavramı, 1 yıl sonra Avusturya/İtalya²² kararında, taraf devletlerin ulusal çıkarlarından öteye geçen, özgür demokrasilerden oluşan Avrupa'da siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukuk devletinin korunması hedefini içeren bir ortak kamu düzeni hedefi olarak tanımlanmıştır. Sonraki kararlarında ise Mahkemenin yargı yetkisi, Mahkeme ve diğer uluslararası örgütler arası diyalogun esasları,²³ kabul edilebilirlik koşullarının belirlenmesi,²⁴ demokrasinin korunması²⁵ ile Sözleşme-deki hak ve özgürlüklerin norm alanının belirlenmesinde Mahkemenin yetkisi²⁶ kapsamında bir Avrupa kamu düzeni çerçevesi oluşmuştur. Öte yandan Avrupa kamu düzeni doktrinine Mahkemenin ve dahi AİHM yargıçlarının bakışı tutarlı değildir. Kavramın ilintili olduğu hukuki-siyasi değerlere dair yapılan bir çalışmaya göre bazı yargıçlar; hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, çekirdek hakların gardiyanı olarak Mahkemenin rolü, anayasa hukukundaki sonsuzluk hükümlerine benzer işlevin AİHS düzeyine taşınması, Avrupa konsensüsünün ve ayrıca transnasyonel ve küresel eğilimlerin tespiti²⁷ gibi fonksiyonel işleve gönderme yaparken diğerleri kavramın muğlak ya da fazla esnek olduğunu belirtmiştir.²⁸

Devletlerin egemen sınırları dışındaki faaliyetleri nedeniyle gündeme gelen insan hakları ihlallerinde sorumluluk bağını inşa etmek üzere başvurulanan fiili egemenlik ('extra-territoriality') kavramı, Avrupa kamu düzeni yaklaşımının hakların korunmasına yönelik fonksiyonel işlevinin simgesidir.²⁹ Loizidou/Türkiye kararından³⁰ bu yana ve ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31(3)(c) kuralı gereği Mahkeme; AİHS'in bir vakum içerisinde değil; uluslararası hukuk kurallarının ışığında uygulanacağını vurgulamaktadır. 2001 tarihli Banković ve

²¹ AİHM, Lawless/İrlanda (1), B. No. 332/57, K.T. 14/11/1960.

²² AİHM, Avusturya/İtalya, B.No. 788/60, K.T.11/01/1961, s.18.

²³ AİHM, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda (B.D.), B. No. 45036/98, K.T. 30/06/2005 § 156.

²⁴ AİHM, De Becker/Belçika, B. No. 214/56, K.T. 27/03/1962, §25.

²⁵ AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, B. No. 19392/92, K.T. 30/01/1998, §45.

²⁶ AİHM, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, B. No. 2832/66, K.T. 18/06/1971.

²⁷ AİHM, Dániel Karsai/ Macaristan, B. No. 32312, K.T. 13/06/2024, Karşı Oy, § 5.

²⁸ Kanstantsin Dzehtsiarou, *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?* (Cambridge University Press 2022) 22-61.

²⁹ Samantha Besson, 'The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to' (2012) (25)[4] *Leiden Journal of International Law* 863.

³⁰ AİHM, Loizidou/Türkiye (B.D.), B. No:15318/89, K.T. 18/12/1996, § 43.



Diğerleri/Belçika ve Diğerleri³¹ ve 2011 tarihli Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık³² kararlarıyla açtığı yolda, egemenlik yetkisi kullanımının tanımı, kapsamı ve sonuçları bakımından Avrupa kamu düzeninin alanını ve bu alanda insan haklarının korunması bakımından uygulanabilecek çerçeveyi belirlemeye çalışmıştır. Banković kararında, Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanı olarak Sözleşmenin denetim mekanizması Mahkemenin, Sözleşmenin 19. Maddesi doğrultusunda taraf devletlerin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetlemek üzere kurulduğu ve fiili egemenlikten kaynaklı sorumluluğun denetiminin de bu kamu düzeninin parçası olduğu vurgulanmıştır. Al-Skeini kararında ise taraf devletlerin kontrol ve denetimi altındaki kişiler bakımından sorumluluk, durumun koşullarına göre Sözleşmedeki hakların tek tek belirlenmesi ('The Convention rights can be 'divided and tailored') ekseninde tayin edilecektir (Para. 137). Bu iki kararın yön verdiği hatta; devletin ülkesi dışında etkin denetim sağladığı alanlarda ya da etkin kontrol sağlanmadığı durumlarda dahi, *de facto* hükümet etme yetkileri doğrultusunda devlet organlarının kişiler üzerinde talimat ve denetim yoluyla kontrol sağlamaları veyahut da konsolosluk ve diplomatik organları yoluyla egemenlik yetkisi kullanımı halinde, Sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerin doğurduğu sorumluluk ileri sürülebilecektir. Dahası, 2021 tarihli Hanan/Almanya kararı doğrultusunda, taraf devletin ülkesi dışında ve ordusu aracılığıyla dahil olduğu bir hava saldırısında ölen kişilerin ölümlerinin iç hukukta soruşturulması yükümlülüğü, Sözleşmenin 2. Maddesinde korunan yaşam hakkının usuli boyutu üzerinden, Mahkemenin soruşturmadaki ihmalleri denetleme yargı yetkisinin dayanağını oluşturmuştur. AIHM, bu bağın kurulmasının ('jurisdictional link'), yaşam hakkının ihlalini getiren fiillerin devletin egemenlik alanında gerçekleştiği ya da ona atfedilebilir olduğu anlamında yorumlanamayacağını da vurgulamıştır (Para.134-145). Bu karar, etkin kontrolün olmadığı ya da hükümet etme yetkileri doğrultusunda talimat ve denetim yoluyla kontrol sağlanmadığı hallerde dahi sözleşmesel hak ve menfaatler üzerinde kontrolü ('control over the rights doctrine')³³ olan ülkelerin sorumluluğunun gündeme gelebileceğini göstermektedir³⁴. Arsava'ya göre; Banković'ten Al-Skeini kararına gelen çizgi bakımından ortak amaç, Sözleşmedeki hakların korunmasında Avrupa hukuki

³¹ AIHM, Banković ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri (B.D.), B. No. 52207/99, K.T.12/12/2001, § 80.

³² AIHM, Al-Skeini ve Diğerleri/ Birleşik Krallık (B.D.), B. No.55721/07, K.T. 07/07/2011, §141.

³³ Başak Çalı, 'Has 'Control over Rights Doctrine' for Extra-territorial Jurisdiction Come of Age? Karlsruhe, too, has Spoken, Now It's Strasbourg's Turn' (EjilTalk 2020) <<https://www.ejiltalk.org/has-control-over-rights-doctrine-for-extra-territorial-jurisdiction-come-of-age-karlsruhe-too-has-spoken-now-its-strasbourgs-turn/>> erişim tarihi: 11.04.2025.

³⁴ Benzer yönde Carter/Rusya kararında AIHM; geçmişte Rusya Federal Güvenlik Servisinde çalışan bir üst düzey görevlinin, Birleşik Krallık'ta Rusya'nın talimatı ile Rus görevlilerce öldürülmesi iddiasına dair başvuruda; Rusya makamlarının kendi soruşturmasını yürütmesi ve Birleşik Krallık makamlarıyla iş birliği konusundaki tutumu ekseninde 2. Maddenin usuli boyutunun ihlaline karar vermiştir. Bkz. AIHM, Carter/Rusya, B. No. 20914/07, K.T. 21/09/2021 § 133-148.

kamusal alanında ('legal space/espace juridique') boşluk doğmasının engellenmesidir.³⁵ Hanan kararı bu hattın devamı sayılabilecektir. Ancak güncel gelişmeler, Avrupa kamu düzeninin yersel ve fonksiyonel işlevinin AİHM tarafından yeniden şekillendirildiği izlenimi vermektedir. 2024 tarihli Duarte Agostinho ve Diğerleri/Portekiz ve Diğerleri kararında³⁶, Hanan kararının aksine, ne yaşayan belge yaklaşımının ne de kararın konusunu oluşturan iklim krizinin yıkıcı etkisi ve acil önlem gereğinin, Sözleşmenin 1. Maddesindeki yargı yetkisinin genişletilmesine imkân vermediğini belirtmiştir. Oysa sözleşmesel menfaat ve haklar üzerinde kontrol testi yerine, sözleşmesel hakların gerçekleştirilmesini engelleyen, sınır aşan etkiye sahip riskli faaliyetlerin ülkesel kontrolü bağlamında bir değerlendirme, Mahkemenin konvansiyonel egemenlik-fiili egemenlik yaklaşımlarına daha uygun olabilirdi.

Yukarıdan bu yana çizilen hat, devletlerin siber alandaki faaliyetler nedeniyle kişiler ve diğer devletlere karşı insan hakları sorumluluklarının kapsamının belirlenmesinde de işlev görecektir. Bu noktada siber alanda faaliyet gösteren devlet dışı aktörlerin faaliyetlerinin devletlere atfedilmesinin imkânı da yanıtlanması gereken bir diğer sorudur. Doktrindeki bir görüşe göre; devlet dışı aktörün bir devletin iç hukuku uyarınca hükûmet etme yetkisi kapsamında otorite kullandığı; devletin talimatı ile hareket ederek bir başka devletin güvenliği zayıf/kırılğan altyapı unsurlarına zarar vermek üzere operasyon yaptığı, devletin operasyonu onama veya iptal gibi doğrudan kontrolü söz konusu olduğu veyahut devletin sonradan operasyonu onayladığını kamuya duyurması halinde, sorumluluğun taraf devlete atfedilmesi mümkün olacaktır. Bunlar dışında, devlet bir isyancı gruba kötü yazılım ya da eğitim sağlıyorsa veya siber operasyonlarda altyapı-

³⁵ Füsün A. Arsava, 'AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik' (2019) (25)[2] *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 590-601.

³⁶ *AİHM*, Duarte Agostinho ve Diğerleri/Portekiz ve Diğerleri (B.D.), B.No. 39371/20, K.T.09/04/2024 §82-83. Esasında Mahkeme burada dile getirilen sorunun farkındadır ve iklim krizi bağlamında ve fiili egemenlik teorisi doğrultusunda devletlerin sorumluluk alanının somut davada neden genişletilemeyeceğine dair bir gerekçelendirme çabası içerisindedir. Buna göre; bir devletin kontrolü altındaki kamu ya da özel kişilerin faaliyetlerinden kaynaklı sera gazı emisyonlarının iklim üzerindeki olumsuz ve sınır aşan etkisi, başvuruçuların Sözleşmeden kaynaklanan menfaatlerinin ihlali argümanını beraberinde getirmiştir. Ancak başvuruçuların uğradığı zarar ile bu faaliyetler arasındaki illiyet bağına kurmak, bunların zamansal ve mekânsal etkilerini tespit etmek zorludur ve aynı zamanda devletlerin sınırları dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğunun kapsamının aşırı genişlemesine neden olabilecektir. AİHS'in amaç ve kapsamının ve bunlardan sadır egemenlik ve yargı yetkisi yaklaşımının, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi gibi konuya özgü uluslararası hukuk metinlerinden ya da andığı diğer uluslararası denetim mekanizmalarının yaklaşımlarından farklı olduğunu belirten Mahkeme; bir devletin kontrolü altındaki riskli faaliyetlerin neden olduğu sınır aşan zarar iddiasının, somut olay bakımından başvuruçuları riskli faaliyetlerin yürüttüğü devletin egemenlik sahasındaki kişilere karşı sorumluluğu ile eş değer bir konuma taşımayacağını söylemiştir (Bkz. Para.205-212). Devletlerin karbon emisyonları üzerindeki kontrol yetkisine dayanarak yargı yetkisini temellendiren örnek karar için Bkz. *BM Çocuk Hakları Komitesi*, Chiara Sacchi ve Diğerleri/ Arjantin, B. No: 104/2019, K.T.23/09/2021, §10.

sını kullanıyorsa ve tarafsız davranmıyorsa ve bu yüzden başka bir devletin egemenlik alanına müdahale ediliyorsa, devletlerin sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir.³⁷

Ancak siber alanın fiziksel katmanı üzerinde kontrol sağlanamadığı ya da dijital teknolojilerin yardımıyla faaliyetlerini gizleyerek gerçekleştiren devlet dışı aktörlerin fiilleri nedeniyle devletlere sorumluluk atfının zorluğu bakidir.³⁸ Dahası Mueller; devletlerin fiziksel altyapıya gönderme yaparak siber alanda egemenlik iddiaları ile sorumluluktan kaçmak için siber alanın sınırsızlığı ve kontrolsüzlüğü tezlerini eş zamanlı ileri sürmesini çelişkili bulmaktadır. Yazara göre; siber kapasitenin cebri kullanımı; kod, ağlar, bilgi işlem cihazlarının bulunduğu ve internet protokollerinin bunlar arasında iletişimi sağladığı her yerde ve her anda mümkündür. Bu alanda devletler ve devlet dışı aktörler arasında ayrım yoktur.³⁹ Liaropoulos ise büyük platformlar, alt yapı sağlayıcılar veya üçüncü kişiler olarak tanımladığı devlet dışı aktörlerin siber alandaki imtiyaz ve etkisinin, siber alanın bir egemenlik sahası olarak tanımlanmasını engellediğini savunmaktadır.⁴⁰ Bununla birlikte yeni *Leviathanlar* olarak adlandırılan büyük teknoloji şirketlerinin, devletlerin sağladığı hizmetlerde teknolojik altyapı sağlaması, ürünler yoluyla hizmetin sunulmasına aracılık etmesi, hizmetin bilfiil sunumu gibi işlevleri üstlenmesi nedeniyle, devletlerden devlet dışı aktörlere *de facto* bir egemenlik transferinin söz konusu olduğu ve haliyle bunların faaliyetlerinden doğan sorumluluğun devletlere atfedilebileceği de dillendirilmektedir.⁴¹

2. Örnek AIHM Kararları

Mahkemenin A. A ve Diğerleri/Makedonya kararında,⁴² yasadışı göç gibi kontrol edilmesi zor durumlarda, devletlerin insan hakları ihlallerindeki sorumluluklarını bertaraf etmek üzere ileri sürdükleri etkin kontrol yokluğu argümanını kabul etmemiştir. Buna göre taraf devlet, hiçbir zaman ihlalin gerçekleştiği alandaki egemen yetkilerinden vazgeçmemiştir. Kamu gücü kullanan makamların yasa dışı göç kapsamındaki kişilere ilişkin geri gönderme gibi idari tasarrufları⁴³ da bunun

³⁷ Michael N. Schmitt and Sean Watts, 'Beyond State-Centrism: International Law and Non-state Actors in Cyberspace' (2016) (21)[2] *Journal of Conflict & Security Law* 600-606.

³⁸ Berkant Akkuş, 'Devletin Etkin Kontrolünün Bulunmadığı Siber Alanda İnsan Hakları Yükümlülükleri Nelerdir?' (2024) (6)[1] *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 168-171.

³⁹ Milton Mueller, 'Against Sovereignty in Cyberspace' (2020) (22)[4] *International Studies Review* 790.

⁴⁰ Liaropoulos (n 4) 25-35.

⁴¹ Hongfei Gu, 'Data, Big Tech, and the New Concept of Sovereignty' (2023) (29) *Journal of Chinese Political Sciences* 596-612.

⁴² AIHM, A.A ve Diğerleri /Kuzey Makedonya, B.No. 55798/16, K.T. 05/04/2022, § 62-63.

⁴³ AIHM'in Mansouri/İtalya kararında, çalışma iznine tabi olarak İtalya'da yaşayan ve oturma izni biten bir kişinin, İtalyan bir şirkete ait gemi tarafından limanda inmesine izin verilmemesi ve geri gönderilmesi olayı söz konusudur. İtalya, gemi kaptanının kamu görevlisi olmadığı argümanını ileri sürmüştür. Mahkeme ise kaptanın, idarenin sınırdan almama işlemini uygulamak zorunda

göstergesidir. Haliyle devletin toprak üzerindeki *etkili kontrolünü sınırlandıran de facto durumlar* ya da *objektif olgular* argümanı, yetki karinesini ('presumption of competence') bertaraf etmeyecektir. Taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini seçtikleri egemenlik alanlarında uygulaması, devletin ülkesel egemenlik yetkisinde soyut bir zayıflatma ('artificial reduction') teşkil edeceğinden, göç olgusu, kişilerin hukukun korumasından yoksun bırakıldığı ve sözleşmesel haklardan faydalanamadıkları bir durumu gerektelendirmeyecektir.

Atıf yapılan soyut zayıflatma yasağı ve yetki karinesi, siber alanda ve siber alanla bağlantılı hak ihlallerinin engellenmesi ve onarımına yönelik devletlerin pozitif edim yükümlülüklerinin de dayanağı olabilecektir. Ancak S.S. ve Diğerleri/İtalya⁴⁴ kararı ile bu argümanın geçerliliği Mahkemece zayıflatılmıştır. Başvuruda, açık denizden İtalya kıyılarına yaklaşan Libya kalkışlı bir göçmen botunun yardım çağrısı sinyalinin İtalyan makamları tarafından tespiti sonrasında meydana gelen insan hakları ihlallerinden sorumluluk incelenmiştir. 2012 tarihli Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya⁴⁵ kararında, taraf devletlerin açık denizde insan hakları sorumluluğunun çerçevesini çizen Mahkeme, göçmenleri Libya makamlarına teslim etmek üzere operasyona dahil olduğunu iddia eden İtalyan makamlarının, başvuruçular üzerinde *de jure* ve *de facto* etkin kontrolünün varlığını kabul etmiştir. S.S. ve Diğerleri kararında ise İtalyan makamları yardım sinyalinin tespit edip bu kez doğrudan müdahale için Libya makamlarına haber vermiştir. İki ülke arası göç kontrolü anlaşması gereğince İtalya, Libya'ya teknik ve teknolojik destek sağlamaktadır. Aralarında çocukların da bulunduğu 150 kişinin çoğunun öldüğü olayda Mahkeme; özerk hareket ettiğini belirttiği Libya makamları üzerinde İtalyan makamlarının etkin kontrolünün olmadığını, uluslararası sularda gerçekleşen olayda İtalya'nın, yer ('ratione loci') bakımından ya da ihlale uğrayan başvuruçular ('ratione personae') ile başvuruçuların sözleşmesel hakları ('control over the rights doctrine') üzerinde etki doğuran uluslararası hukuka aykırı fiiller bakımından sorumluluğunu tesis edecek delil sunulmadığını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bu karar; teknolojik araçların giderek daha yaygın kullanıldığı sınır kontrolü uygulamaları sonucunda meydana gelen ihlallerde, devletlerin insan haklarını koruma sorumluluğunun kapsamını ve geleceğini düşünmek bakımından iyi bir örnektir. İleri teknolojilere sahip devletlerin göç alanında kontrolü elinde tutarken, uygulamayı ve haliyle sorumluluğu diğer ülkelere ya da devlet-dışı aktörlere açık ya da zımni devri ('outsourcing'), Sözleşmenin 1. Maddesinin ve dahi Sözleşme düzeninin işlevsizleşmesine neden olmamalıdır. Zira mevcut durumda ve göç olgusu özelinde, Avrupa kamu düzeni

olduğunu ve İtalyan hukukuna göre kamu gücü kullanan makam sayıldığını vurgulayarak fiillerin devlete atfedilemezliği (ratione personae yetkisizlik) iddiasını reddetmiştir. Bkz. *AİHM*, Mansouri/İtalya (B.D.), B.No. 3386/16, K.T. 29/04/2025, §57-62.

⁴⁴ *AİHM*, S.S. ve Diğerleri/İtalya, B. No. 21660/18, K.T. 20/05/2025, §89-108.

⁴⁵ *AİHM*, Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya (B.D.), B. No. 27765/09, K.T. 23/02/2012, § 76-82.



doktrininin yersel işlevinin Avrupa sınırlarında genişlediğini ancak Avrupa sınırları dışındaki yersel ve fonksiyonel işlevinin ('extra-territoriality') daraldığını söylemek mümkündür.

Bir diğer örnek karar, istihbarat amaçlı kitlesel gözetleme ('bulk interception') politikaları ile ilgilidir. Çok sayıda devletin *amicus curiae* ('third party observations') yoluyla İsveç'e destek verdiği Centrum För Rättvisa/İsveç kararında⁴⁶ Mahkeme öncelikle, teknolojik kapasitenin artışıyla birlikte devletler ile vatandaşları bakımından ortaya çıkan tehditlerin (küresel terörizm, uyuşturucu ve insan kaçakçılığı, çocukların cinsel istismarı gibi) çeşitlendiğini vurgulamıştır. Sonrasında verilecek Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında⁴⁷ da benimsenecek ilkeler koyan Rättvisa kararına göre, devletler ve devlet dışı aktörlerin kullandığı teknolojik araç ve yöntemler, siber saldırılar yoluyla ulusal güvenliği etkileyebildiği gibi devletlerin egemenlik alanlarına yönelen yeni tehditleri tespit kapasitesi de sunmaktadır. Öte yandan kitlesel gözetlemenin gerekçesi olan ulusal güvenlik amacı, yalnızca dijital alanda ('digital domain') mevcuttur; haliyle ancak orada tespit edilebilir ve soruşturulabilir durumdadır. Mahkemenin yapacağı denetim bu nedenle, dijital alandaki keyfilik ve kötüye kullanıma karşı devletin aldığı önlemlerin Sözleşmeye uygunluğu ile sınırlıdır ve bu denetimi de taraf devletlerin kitlesel gözetleme rejimlerinin işleyişine dair kendisine sunduğu ya da Mahkemenin erişebildiği sınırlı bilgi ekseninde gerçekleştirecektir.

Mahkeme, Big Brother Watch ve Diğerleri Daire kararında⁴⁸, 8. Madde kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahalenin kapsamını da sınırlandırmıştır. Buna göre; yabancı istihbarat makamları tarafından gerçekleşen istihbari amaçlı iletişimin izlenmesi faaliyetlerinin kendisinin, Birleşik Krallık'ın yetkisi dahilinde ya da ona atfedilebilir olduğunu söylemek mümkün değildir; zira taraf devletin yabancı istihbarat birimleri üzerinde otorite ya da kontrolü yoktur. Haliyle Birleşik Krallık'ın Sözleşme kapsamında sorumlu olduğu müdahale, kitlesel izleme yoluyla yabancı kuruluşlar tarafından elde edilen materyalin 'alınması', 'depolanması', 'incelenmesi' ve 'kendi istihbarat servisleri tarafından kullanılmasından' ibarettir (Para.420). 1. Maddeye dair Birleşik Krallık tarafından herhangi bir itiraz getirilmemesine rağmen, Mahkemenin devletin sorumlu olduğu müdahalenin kapsamını sınırlaması ve kitlesel izleme faaliyetlerinin başlı başına Sözleşmeye aykırı olmadığını sıklıkla vurgulaması nedeniyle, bu faaliyetlerin Avrupa kamu düzeni içerisinde insan haklarının korunması standardına etkisi dikkatle izlenmelidir.

Nitekim 2024 tarihli bir başka kararında, Birleşik Krallık vatandaşı olan ve cezaevinde bulunan 2 kişi tarafından, veri depolama merkezi Fransa'da bulunan

⁴⁶ AIHM, Centrum För Rättvisa/İsveç, B. No. 35252/08, 25/05/2021, §237.

⁴⁷ AIHM, Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K (B.D.), B.No. 58170/13, K.T. 25/05/2021.

⁴⁸ AIHM, Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K (1. Daire), B.No. 58170/13, K.T. 13/09/2018. Daire kararına ayrıca atıf yapılmasının nedeni, Büyük Daire kararında, Daire kararındaki 1. Madde değerlendirmesine atıfı yetinilmesi ve dikkat çekilen konuya ayrıca değinilmemesidir.

ve 122 ülkede faaliyet gösteren EncroChat şifreli mobil telefon kayıtları sistemi verilerinin Fransa tarafından Birleşik Krallık'a aktarımının 8. Madde kapsamında yasal müdahale ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.⁴⁹ Mahkeme bu olayda, verilerin Fransa'da toplandığını ('captation') ve depolandığını dikkate alarak, Fransa'nın yargı yetkisini kabul etmiş ve kişi bakımından yetkisizlik argümanını reddetmiştir. Öte yandan ilgili verilerin Avrupa Soruşturma Talimatı ('European Investigation Order') kapsamında delil olarak Birleşik Krallık'a aktarıldığını, başvuruçuların kişisel veri aktarım işlemine karşı Fransa'daki etkili onarım yollarına başvurmadığını ve dahası bu yolla ulusal makamların veri aktarımı konusundaki içtihadını geliştirmesine *fırsat tanımadıkları* ('*Les juridictions internes ont ainsi été privées de la possibilité de développer leur jurisprudence sur la question*') belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Siber alanda gerçekleştirilen fiiller bakımından, Mahkeme içtihadında uygulama alanı bulabilecek bir başka kavramın etki doktrini ('effects doctrine') olduğu savunulmaktadır.⁵⁰ Rekabet hukuku çıkışlı bir kavram olan etki doktrini, farklı egemenlik alanlarından geçen ya da kaynağı ve güzergahı tespit edilemediği için sözleşmesel denetimi bertaraf edebilecek fiiller bakımından, yardım veya destek olarak tanımlanabilecek uluslararası hukuka aykırı davranışlarda sorumluluk atfına imkân vermesi nedeniyle desteklenmektedir. Etki doktrininin gündeme gelmesi; ABD, Çin ve Avrupa Birliği'nde⁵¹ dijital teknolojiler ve siber alan düzenlemelelerinin hukuk alanındaki yansıması olarak adlandırılmaktadır. Bignami ve Resta, digital alanı düzenleme modellerini ihraç etmeye çalışan bu 3 aktörün yaklaşımının siber alanın hukukunun geleceğini belirleyeceğini belirtmektedir. Haliyle, politik ve ekonomik modellerin hukukileştirilmesi eğilimi somuttur. Her 3 örnekte ortak olan ise düzenlemeler ya da fiili uygulamalar yoluyla, etki doktrini ve fiili egemenlik yetkisi yaklaşımı aracılığıyla egemenlik alanının genişletilmesi amaçıdır.⁵² Tallinn Kılavuzunu hazırlayan uzmanlar, devletlerin etki doktrinini esas alarak ekonomik aktiviteler ve hukuk düzeninin işleyişini sektöre uğratan siber aktiviteleri yasaklayan ya da cezalandıran düzenlemeler yapabileceğini; ancak bu mevzuatın belirli koşulları taşıması gerektiğini vurgulamıştır. Bu minvalde; düzenleyici devletin açık ve uluslararası kabul edilebilir bir menfaatinin olması,

⁴⁹ *AIHM*, A.L. ve E.J./Fransa, B. No. 44715/20, K.T. 24/09/2024, §104, 145.

⁵⁰ Diego Mauri, 'On American Drone Strikes and (Possible) European Responsibilities: Facing the Issue of Jurisdiction for 'Complicity' in Extraterritorial Targeted Killings' (2019) (28) [1] *The Italian Yearbook of International Law*, 249-272.

⁵¹ Avrupa Birliği'nde internet düzenlemeleri ve Dijital Hizmetler Yasası ('Digital Services Act') özelinde egemenlik kavramını ele alan çalışma için Bkz. Alper Işık, *İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları: Digital Services Act ve Türk Mevzuatı Özelinde Bir İnceleme* (On İki Levha 2025, 2.Baskı) 115-120.

⁵² Francesca Bignami and Giorgio Resta, 'Extraterritoriality' in Giovanni De Gregorio, Oreste Pollicino, and Peggy Valcke (eds), *The Oxford Handbook of Digital Constitutionalism* (online edn, Oxford Academic 2024).



düzenlemeyi hedeflediği etkilerin yeterince doğrudan, kasıtlı ve öngörülebilir olması, bu etkilerin devletin kendi hukukunu sınırları dışındaki yabancı kişilere doğru genişletmesini gerektirecek nitelikte önemli olması ve etki doktrinine dayalı egemenlik/yargı yetkisi kullanımının diğer devletlerin ya da üçüncü kişilerin menfaatlerini haksız yere ihlal etmemesi gereklidir.⁵³ Ancak etkiye maruz kalan devletlerin yargı yetkisini ileri sürmesi; yargı yetkisi çatışmasına ya da hakkaniyet ilkesinin ihlalini de gündeme getirebilecektir.⁵⁴ Devlet otoritesinin her yerdeliği ('ubiquity') iddialarına neden olabilecek etki doktrinin gündeme getirilmesi eleştirilmekte⁵⁵ ve siber alanda uygulanabilirliğinin imkân dahilinde olmadığı da belirtilmektedir. Haliyle bu doktrinin siber alan hukuku üzerindeki doğrudan ve/veya dolaylı etkisinin izlenmesi gerekecektir.

Bir sonraki bölümde egemenlik tartışmaları karşısında karşı-kamusallık mekânı olarak siber alanın hukukuna ilişkin tartışmalara yer verilecektir.

B. KARŞI-KAMUSALLIK MEKANI OLARAK SİBER KAMUSAL ALAN

*'Devlet ile toplum arasında kamusal alan vardır. Bu kamusal alan, 18. yüzyıldan bu yana ulus-devlete özgü dinamikler ekseninde sürekli olarak devinim halindedir; sabit bir formatı yoktur. Özel kişilerin bir kamusal beden oluşturmak üzere bir araya geldiği bu kamusal alan, müzakere yoluyla kamuoyu oluşturmada işlev görmektedir. Özel kişiler bu alanda, ne ticari amaçlarla ne de anayasal düzenin bürokratik kurallarla çerçevelenmiş aktörleri olarak bulunurlar. Kamusal alana erişimde tüm vatandaşlar bakımından bir serbesti söz konusudur ve bu anlamda kamusal alan kapsayıcıdır. Siyasi kamusal alan ise devlet işlerine özgü tartışmaların alanıdır. Kamunun bilgiye erişim yoluyla sağladığı siyasi denetim sayesinde, siyasi kamusal alan, yönetim üzerinde kurumsallaşmış bir etki gücü kazanabilir. İlk modern anayasalar, temel haklar katalogları sayesinde burjuva kamusal alanı ile özel alan arasındaki sınırları çizmiştir. Ancak Sanayi Devrimiyle birlikte, refah devletine dayalı hak talepleri özel kişilerin bir araya geldiği, müzakere yoluyla oluşan kamuoyu esasını sarsmıştır. Devlet, emek ve meta değişim ilişkilerine müdahale ederken, toplumsal güçler de siyasi işlevler edinmiştir. Bu aşamadan itibaren burjuva kamusal alanının yeniden feodalleşmesi diyebileceğimiz bir süreç başlamıştır...'*⁵⁶

Jürgen Habermas'ın yukarıdaki çerçeve ile özetlenen burjuva kamusal alanı tezi, Avrupa kamu düzeni kavramının esası ve sınırları bakımından önem arz

⁵³ Tallinn Kılavuzu (n 15) 9-176.

⁵⁴ Nicholas Tsagourias, 'The Legal Status of Cyberspace' in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds), *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (Elgar Online 2021) 20.

⁵⁵ Cedric Ryngaert, 'Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in Cyberspace: Normative Shifts' (2023) (24)[3] *German Law Journal* 537-550.

⁵⁶ Jürgen Habermas, 'The Public Sphere: An Encyclopedia Article' Çev. Sara Lennox, and Frank Lennox (1974) (3) *New German Critique* 49-55.

etmektedir. Bireylerin yurttaşla dönüştüğü, katılım yoluyla toplumsal normlara ve kararlara dahil olduğu söylemsel kamusal alan diskuru karşısında, bu alanın hegemonik rıza üreten bir mekâna dönüşebilme potansiyeli, siber alanın özgürlük-egemenlik ekseninde gördüğü işlev bakımından da sorgulanmalıdır. Liberal kamusal alana getirilen eleştiriler⁵⁷ ve somut olarak Nancy Fraser tarafından teorize edilen karşı-kamusal ya da madun kamusal alan ('subaltern counter-publics') tezi,⁵⁸ siber alanda devletler ile devlet dışı aktörler aracılığıyla belirlenen erişim, düzenleme ve hak koruma standartlarının muhatapları bakımından da bir değerlendirme imkânı sunmaktadır. Zira siber kamusal alan, tıpkı burjuva kamusal alanında olduğu gibi herkese ve her düşünceye açık değildir ve müzakereci esası da zayıftır.

Fraser; Habermas'ın teorize ettiği liberal kamusal alanın açıklık ve müzakere yoluyla kamuoyu oluşturma idealinin, esasında baştan beri dışlayıcı olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre; liberal kamusal alanın özgür tartışma yoluyla hesap verebilirlik sağlama mottosunun, kamu-özel çıkarlar ayrımı yoluyla politik tahakkümü rasyonelleştiren bir yanı vardır. Oysa kamusal alana çıkabilen fikirler ve öznelerin eşitliği ve bunların serbestçe ve ortak yarara dayalı müzakeresi pratikte mümkün değildir. Bir başka husus ise burjuva ya da liberal olmayan alternatif ya da yarışan kamusal alanların varlığının yok sayılmasıdır. Liberal kamusal alan fikri, müzakere eden bir sivil toplum ve karar veren bir devlet aygıtı tasarlayarak aslında zayıf kamusalılığı ('weak publics') topluma ve güçlü kamusalılığı ('strong publics') siyasal erklerle atfetmektedir.

Siber alanın özgürlük veya tahakküm yaratma potansiyelini anlamak için platform yanlılığı denilen ve algoritmalar yoluyla görünürlüğe yön veren, klasik kamusal alandaki ayrıcalıkları yeniden üreten ve hiyerarşi ekseninde madun kamusal alanları bölen bir tabakalanmayı da dikkate almak gerekir.⁵⁹ Sansür ve dezenformasyon, karşı- kamusal mekânını güç ilişkileri ekseninde şekillendiren en önemli araçlardır. Bir başka sorun ise devletler ve kişilerin dijital dünyanın imkânlarından yararlanmasında dijital uçurumun ('digital divide')⁶⁰ oluşturduğu bariyerdir. Nitekim AIHM Jankovskis/Litvanya kararında,⁶¹ internetin kamu hizmeti değeri ('public service value'), haklara erişim ve hakların kullanılmasında araç niteliği ve bazı bilgilerin artık yalnızca internette olması nedeniyle, devletlerin

⁵⁷ Ülker Yükselbaba, 'Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları' (2011) (66)[2] *Journal of Istanbul University Law Faculty* 250-255.

⁵⁸ Nancy Fraser, 'Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy' (1990) (12) [25/26] *Social Text* 56-80.

⁵⁹ Victor Kempf and Sebastian Seignani, 'Capitalism and Contested Publicity. A Conversation with Nancy Fraser' (2023) (50)[1] *Philosophy & Social Criticism* 66-79.

⁶⁰ Manuel Castells, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society* (Oxford University Press 2001) 247-275.

⁶¹ *AIHM*, Jankovskis/Litvanya, B. No. 21575/08, K.T. 17/01/2017 § 62.

internete erişimde kimseyi geride bırakmadan (‘universal access to the Internet’) dijital uçurumu ortadan kaldıracak önlemler alması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu yapısal sorunları göz ardı ederek siber alanda birey eksenli bir liberal özgürlük rejimi kurgulamak ya da bireysel haklarla sınırlı bir korumaya odaklanmak bu nedenle yetersizdir. Karşı-kamusallık bağlamında siber alan üzerine çalışmalar bu nedenle siber faaliyetlerin kolektif etkisine dikkat çekmektedir. Bu minvalde bireysel haklar yaklaşımı yanında bireylerin mensubu olduğu grupların özerkliğinin ve dahası mahremiyet haklarının sağlanması gereği dile getirilmektedir.⁶² Bunun nedeni ise büyük veri çağında bireysel verilerin nihai olarak grup dinamiklerini ve toplumsal eğilimleri öngörmeye yarayan kurucu işlevidir. Mevcut halde siber alanda kişisel verilerin korunması ve mahremiyet eksenli/insan onuru odaklı rejim öne çıkarken; kişisel ve kolektif verilerin korunması adına mülkiyet hakkı eksenli ve daha çok sözleşmeler hukukuna dayanan modeller de tartışılmaktadır. İnsan onuru temelli yaklaşımda, kişilerin aydınlanmış rızası olmaksızın verilerinin toplanması pratikleri nedeniyle, kişi özerkliği ve enformasyonel kendi kaderini tayin hakkının ihlal edildiği savlanmaktadır. Bu yaklaşım öte yandan, kişisel düzlem karşısında kolektif ve toplumsal boyutta ortaya çıkan sorunlara, siber alanda faaliyet gösteren ve dahası siber alanı düzenleyen devlet dışı aktörlerle kişiler arası yatay ilişkilerin hiyerarşik unsurlarına ve bunun demokratik işleyişe etkisine nüfuz edemediği için eleştirilmektedir.⁶³ Buradan yola çıkarak bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi ve bu doğrultuda siber alanda faaliyet gösteren aktörlerin ve siber süreçlerin denetimi,⁶⁴ hak ihlallerinin giderilmesi için etkili ve çift yönlü usuli güvenceler sisteminin kurulması; prosedürel özen yükümlülüğünün (‘procedural due process’) ve daha genelde hukuk devletinin gereği olarak tanımlanmaktadır.⁶⁵

AİHM içtihadında yukarıdaki görüşlerin izini sürdüğümüzde, bireysel ve kolektif etkinin birlikte değerlendirildiği örnekleri, karşı-kamusallık mekânı olarak siber alanın dışlayıcı ve/veya içerici dinamiklerini gözlemlemek mümkündür. Örneğin hükümet faaliyetlerini gözlemci (‘watchdog’) sıfatıyla izleyen ve bu nedenle yöneticileri geçmişte yaptırıma uğrayan bir hükümet dışı kuruluşun mensuplarının yaptığı Szabó ve Vissy/Macaristan başvurusunda⁶⁶ AİHM, gizli izlemeye (‘secret surveillance’) izin veren yasadan kaynaklı potansiyel mağdu-

⁶² Linnet Taylor, Luciano Floridi and Bart van der Sloot (eds), *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies* (Springer 2017) 83-100.

⁶³ Salomé Viljoen, ‘A Relational Theory of Data Governance’ (2021) (131) [2] *Yale Law Journal* 623-634.

⁶⁴ Lisa M. Austin, ‘Enough About Me: Why Privacy Is About Power, Not Consent (or Harm)’ in Austin Sarat (ed), *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?* (Cambridge University Press 2014) 131-189.

⁶⁵ Margot E. Kaminski, ‘Binary Governance: Lessons from the GDPR’s Approach to Algorithmic Accountability’ (2019) (92) *California Law Review* 1554.

⁶⁶ *AİHM*, Szabó ve Vissy/Macaristan, B.N. 37138/14, K.T. 12/01/2016, §34-40, 57.

riyet iddialarını kabul etmiştir. Yasal düzenlemeler, anti-terörizm kapsamında, özel polis kuvvetleri tarafından 180 güne kadar uzayan sürede istihbarat toplama faaliyetlerine izin vermektedir. Roman Zakharov/Rusya kararından⁶⁷ bir yıl sonra verilen bu kararda AİHM; başvuruçuların kişisel özellikleri ya da belirli bir gruba mensubiyetleri dolayısıyla mı söz konusu istihbari faaliyetlerin konusu haline geldiklerini, mevzuatın iletişim hizmeti kullanıcısı herhangi bir kişiyi doğrudan etkilemesi potansiyelini ve söz konusu faaliyetlerin siyasi ve hukuki denetiminin etkililiğini değerlendirmiştir. Yasanın lafzına göre, ‘bir yelpazede tanımlanan... ilgili kişiler’ (‘the notion of ‘persons concerned identified’ ... as a range of persons’) kavramı, herhangi bir kişinin izlenmesine neden olabilecektir. Usuli güvenceler bakımından sorunlu husus ise kişilere hiçbir zaman bildirim yapılmayacağı için bireysel başvuru gibi denetim mekanizmalarının işletilmesinin zorluğudur. Bu gerekçelere dayanan Mahkeme; yeni teknolojilerin, hükümetin başlangıçtaki operasyon alanı/amacı dışındaki kişilerle ilgili de büyük çaplı veriyi kolayca ele geçirmesine imkân tanıdığını vurgulayarak, 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira, ulusal güvenliği korumak üzere kurulan gizli izleme sistemleri, çatışan değerler arasında adil denge kurulmadığında, bireysel-kolektif özgürlükler yanında, demokrasiyi koruma kisvesi altında demokrasiyi yok edebilecek pratiklere dönüşmeye de adaydır.

Ecodefence ve Diğerleri/Rusya kararında⁶⁸ AİHM, demokratik sürecin sürekli olarak özgür ve çoğulcu kamusal tartışma ile desteklenmesi gereğini ve sivil toplumun bundaki rolünü ele almıştır. Buna göre; ulusal güvenlik meşru amacı doğrultusunda sivil toplumun sınır aşan ya da uluslararası faaliyetlerinin denetim yoluyla sınırlandırılması, sadece tekil devletlerin değil; tüm taraf devletlerin ve dahası Avrupa Konseyinin meselesidir. Zira Avrupa kamu düzeninin ve *kolektif güvenliğin* enstrümanı olan Sözleşmede korunan değerler, Sözleşmenin yasal mekânındaki bütün insanların yararlanması gereken güvencelerdir. Bu nedenle damgalamaya neden olmayan bir çerçevede, öngörülebilir bir denetim rejimi kurulması halinde ancak baskın toplumsal ihtiyaç kriteri sağlanacaktır.

Bu iki karar, Mahkemenin bireysel düzlemde Avrupa ölçeğine doğru bir demokrasi standardı arayışında olduğunu göstermektedir. Ancak dijital teknolojiler yoluyla kolaylaşan siber faaliyetlerin kolektif etkisine dair yapacağı tartışmanın sözleşmesel kısıntıları da söz konusudur. Bunun en yakın örneği, Călin Georgescu/Romanya başvurusu⁶⁹ ile AİHM önüne de taşınan, Kasım 2024 Romanya Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalidir. Bağısız aday Georgescu, seçim kampanyasını Tik Tok ve Facebook platformları üzerinden yürütmüş ve ilk tur seçimlerinde 2 milyondan fazla oy alarak ikinci

⁶⁷ AİHM, Roman Zakharov/ Rusya (B.D.), B. No. 47143/06, K.T. 04/12/2015, §§ 170-172.

⁶⁸ AİHM, Ecodefence ve Diğerleri/Rusya, B. No. 9988/13, K.T. 14/06/2022, §139.

⁶⁹ AİHM, Călin Georgescu/Romanya, B. No. 37327/24, K.T.11/02/2025, §21-36.



turda yarışmaya hak kazanmıştır. Bu evrede, Ulusal Yüksek Savunma Konseyi (CSAT); Tik Tok üzerindeki kampanyalarda, diğer devletler ve devlet-dışı aktörler tarafından siber saldırılar yoluyla seçim süreçlerine müdahale edildiğini raporlamıştır. Ayrıca isim vermeksizin adaylardan birinin Tik Tok kampanyaları yoluyla diğer adaylar karşısında daha fazla desteklendiğini ve seçim yarışının adilliği ilkesine zarar veren avantaj elde ettiğini açıklamıştır. Seçimlerin ikinci turu başladığında, diğer adayın seçimlerde düzensizlik iddiası ile AYM'ye başvurusu üzerine; önce birinci turun oylarının yeniden sayılmasına ve ardından seçimin bütünüyle iptaline karar verilmiştir. Kararda; seçmen iradesinin dijital teknolojiler ve algoritmalar yoluyla saptırılması, adaylara dair yanlış bilginin yayılması suretiyle avantaj elde etme, seçim harcamaları meblağı '0' (sıfır) olarak rapor edilen Georgescu'nun beyanlarının tutarlı olmadığı gerekçelerine dayanılmıştır. İptalin amacı; seçmenlerin korunması, adaylar arası adil yarışın güvencelenmesi ve demokratik hukuk devletinin uzantısı olan seçim ilkelerine saygının sağlanmasıdır.⁷⁰ AİHM; yasama seçimleri dışında kalan söz konusu seçimlere dair iddiaları konu bakımından yetkisizlik (P1-3) nedeniyle incelememiştir. Başvurucuya yöneltilen ithamların, 6. Madde kapsamında medeni hak ve yükümlülük ya da suç isnadı kapsamında olmadığı ve başvurunun ulusal makamlara yönelttiği iddiaların olgusal dayanakları sunulmadığı gerekçesiyle, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Söz konusu uyumsuzluk ve karar; temsili demokrasilerde halkın siyasi karar alma süreçlerine katılımının aracı olan seçimlerin dijital dünyadaki hukuki rejimi ve geleceği bakımından yeni tartışmaları beraberinde getirecektir. Dijital teknolojiler ve platformlar yoluyla kişilerin siyasi görüşlerinin ve daha özelde seçmen iradesinin bir tür *nöro-hackleme* pratiğine tabi tutulması⁷¹ ve bu pratiklerin seçim sonuçlarına etkisinin delillendirilmesinin ve haliyle ihlal ile siber faaliyetler arasında illiyet bağının kurulmasının zorluğu; ilk bölümde yer verilen egemenlik sahası olarak siber alanın barındırdığı hukuki sorunları, karşı-kamusal alan olarak siber alana da taşıyacaktır. Dahası siber alanın özgür propagandaya alan açan bir karşı-kamusallık mekânı ya da özgürlük illüzyonuna yaslanan bir hegemonya sahası olup olmadığı her somut olayda yeniden tanımlanacaktır. Haliyle AİHM'in seçimlere dair konu bakımından sınırlı yetkisi somut olayda esasa dair değerlendirme imkânı sunmasa da ileride yetkisi dahilindeki bir seçime yabancı devletler ve/veya devlet dışı aktörlerin müdahalesi iddia edildiğinde (bireysel ya da devletler arası başvuru yoluyla) devletlere atfedilebilir fiiller bağlamında yargı yetkisini nasıl somutlaştıracığı ve dijital dünyanın yarattığı yeni insan

⁷⁰ Irina Amaritei, 'Les élections présidentielles en Roumanie : la Constitution contre Tik-tok' (2024) *Questions Constitutionnelles: Revue de droit constitutionnel*.

⁷¹ Özgür düşünce ve kanaat hürriyeti bağlamında nöro hakların önemi için Bkz. Nora Hertz, 'Neurorights – Do We Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought' (2023) (16) [5] *Neuroethics*.

hakları ihlallerine Sözleşmenin yanıt verme kapasitesini nasıl şekillendireceği merak konusudur.

Karşı-kamusalılık başlığında dile getirilen meselelerden bir diğeri siber alana erişim, siber alanda görünürlük ile dijital uçurumun yarattığı kırılmanlık durumunun ortaya çıkardığı teknolojik bariyer ve eşitsizliklerdi. AİHM içtihadında bu başlığı, maddi eşitlikçi pozitif önlem ve usullere gönderme yapan *kırılmanlık* ('vulnerability') içtihadı ekseninde ele almak mümkündür. AİHM içtihadında, kırılmanlık durumunun kaynağına ve kişilerin psiko-kültürel durumlarına odaklanan yaklaşım yanında, grup ve kişi temelli, kesişimsel kırılmanlık tespitlerine rastlamak mümkündür.⁷² Bununla birlikte siber alandaki aktörlerin özel statüsünden bağımsız, alana özgü bir *içkin kırılmanlık* durumu söz konusudur. Zira ne siber alanın işleyiş dinamiklerine ne de gelişim hızı ve araçların çeşitliliğine nüfuz edebilecek bir teknolojik kapasiteye erişim mümkündür. Bu argüman, Fineman'ın insanlık durumuna içkin bir hal olarak kırılmanlık tanımına yaslanmaktadır. İnsan haklarının görünürdeki öznelerinin rasyonel, özgür ve özerk irade sahibi olması beklentisi, kırılmanlık durumunu istisnai olarak sunarken, esasında evrensel ve kaçınılmaz olan ve bu nedenle toplumun ve devletin sorumluluğunu gerektiren bir durumdur kırılmanlık.⁷³ Liberal kamusal alanın ve kamusal alandaki öznelerin eşitliği tezlerini alaşağı etme potansiyeline sahip içkin kırılmanlık durumu, insan haklarının soyut özneleri yerine gerçek yaşamdaki eşitsizlikleri ve haliyle toplumun ve kurumların da kırılmanlığını apaçık etme potansiyelini haizdir.

AİHM; Stichting Landgoed Steenbergen ve Diğerleri kararında,⁷⁴ Hollanda'da bir belediyenin web sitesinde ilan ettiği bir idari karardan haberdar olmadıkları için mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvuruclarının iddiaları incelenmiştir. Başvuruda, *amicus curiae* yoluyla bir sivil toplum kuruluşu, bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygınlığının, Hollanda'da vatandaşların e-katılımını yeterince güçlendirmedeğini ve dahası herkesin internet kullanmak zorunda olmadığını raporlamıştır. Mahkeme, Hollanda'da 12 yaş üstü nüfusun yüzde 92'sinin internete erişiminin olduğu ve 2011'den bu yana elektronik bildirim usulünün zorunlu ve hatta bazı hallerde tek yöntem olacağının yerel gazete ve televizyonlarda duyurulduğuna dair hükümet savunmasını dikkate almıştır. Hükümet ayrıca, başvuruclarının internet veya bilgisayara erişim sorunu yaşayan veya bilgisayar okuryazarlığı olmayan ve haliyle idari kararlara aydınlatılmış vatandaş katılımı sağlayamayan kırılman kişiler olmadığını savunmuştur. Bu savunma esasında ilginçtir. Zira Big Brother Watch ve Diğerleri/Birleşik Krallık

⁷² Corina Heri, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the EctHR* (Hart Publishing 2021) 88-120.

⁷³ Martha A. Fineman, 'The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition' (2016) (20)[1] *Yale Journal of Law and Feminism* 8-14.

⁷⁴ AİHM, Stichting Landgoed Steenbergen ve Diğerleri/ Hollanda, B. No. 19732/17, K.T. 16/02/2021, § 39, 46-54.



(B.D) kararında, üçüncü taraf olarak müdahil olan Hollanda, kitlesel izleme araçlarının gerekliliği tezini, dijital teknolojilere dayanan idaresinin siber saldırılar karşısında kırılgan olduğu argümanına dayandırmıştı (Para.303). Oysa sistemler kırılgan iken vatandaşların kırılganlığının yalnızca internete erişimle giderilmesi pek mümkün değildir. AİHM ise işleyen ve erişilebilir bir idare kurmak adına, devlet ve vatandaşlar arasında elektronik iletişim yollarının seçiminin, çatışan menfaatlere neden olabileceğini kabul etmiştir. Başvurucuların bilgisayar ve internete erişimlerinin ya da bilgisayar okuryazarlıklarının olmadığına dair bir savunma yapmadıklarını belirten Mahkeme, devletin takdir yetkisini aşmadığını ve başvuruculara, söz konusu karara itiraz etme bakımından aşırı bir külfet yüklediğini belirterek 6. Maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak ilgili kararın açtığı yolda ve Sözleşmeye taraf devletlerin dijitalleşme eğilimlerini dikkate alarak Mahkemenin de içkin kırılganlık ve dijital yetkinlik ayrımı noktasında dikkatli olması gerekecektir. Zira internete erişimle sınırlı bir yetkinlik incelemesi, karşı-kamusallık alanında görünürlük ve hakların korunması bakımından yeni bir eşik oluşturabilecek; bazı (kırılgan) grupların Avrupa dijital kamu düzeninin koruma alanından dışlanmasına da neden olabilecektir.

Egemenlik ve/veya karşı-kamusallık mekânı olarak siber alan yaklaşımlarının barındırdığı sorunları aşmak üzere hukuki, teknik, politik çareler geliştiren ve aynı zamanda yeni sorunları gündeme getiren siber alana ekosistem yaklaşımı çalışmanın son uğrağı olacaktır.

C. SİBER KAMUSAL ALANA EKOSİSTEM YAKLAŞIMI

Siber alana ekosistem yaklaşımı; egemenlik temelli çözümlerin yetersiz olduğunu vurgulayan, siber alanın dinamik ve çok aktörlü yapısı ile teknolojik, sosyal, ekonomik ve çevresel etkilerine odaklanan ve nihayet buradaki bilgi ekosisteminin hukuku ve kurumlarını dönüştürme kapasitesini inceleyen interdisipliner bir literatür yoluyla geliştirilmektedir.⁷⁵ Bu bölümde, ekosistem yaklaşımının kapsamı aktarıldıktan sonra, AİHM içtihadında giderek farklı hak alanlarına doğru genişleyen iyi yönetim testi ile yatay etki kavramının ekosistem olarak siber alanda uygulanma kapasitesini sorgulayacağız. Bunun nedeni, ekosistem yaklaşımında, siber alandaki tüm aktörlerin siber alanın hukukunun oluşmasına katılımlarının ve sorumluluklarının öne çıkarılmasıdır.

⁷⁵ Siber suçların analizinde aktörlerin yarışmacı, yağmacı ya da işbirliğine dayanan eğilimlerini, siber alandaki endüstri, suç örgütleri ve güvenlik odaklı aktörlerin kapasite ve rasyonelitetlerini ele alan çalışma için Bkz. Benoît Dupont, 'The Ecology of Cybercrime' in Rutger Leukfeldt and Thomas J. Holt (eds), *The Human Factor of Cybercrime* (Routledge 2021) 389-400; Dijital teknolojiler aracılığıyla birbirine bağlanan bilgi ekosistemlerinin veri koruma, egemenlik ve dijital yönetimde yarattığı sorunlar ekseninde idare hukuku ve uluslararası hukukun dönüşümü inceleyen çalışma için Bkz. Cătălin-Silviu Savaru and Christina P. Tache, 'Knowledge Ecosystems in the Digital Age on Reshaping Administrative and International Law' (2024) (1)[2] *Journal of Knowledge Dynamics* 81-91.

Dijital ekosistem; dijital bilginin transferi için gerekli olan fiziksel altyapı sistemlerinin, elektronik ağların, çevrim içi ve çevrim dışı platformların, bunların her birinin işleyişini düzenleyen kuralların ve aktörlerin tamamını ifade eden bağlantılı sistem olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶ Sistemlerin sistemi olarak adlandırılan siber alan ise bir mühendislik sistemi olmasından ziyade, üyelerinin rekabet etme ve uyumlanma kapasitesine göre hayatta kaldığı, kendi kendini düzenleyen ('self-regulating'), sürekli gelişen, interaktif bir ekosistemdir.⁷⁷ Tallinn Kılavuzunu hazırlayan uluslararası uzmanlar siber alanı; fiziksel, mantıksal, sosyal tabakalardan oluşan çok katmanlı bir yapı olarak tanımlamıştır. Fiziksel katmanda donanım ve kablolar, birden fazla ağı birbirine bağlayan *router*lar, sunucular ve bilgisayarlardan oluşan fiziksel ağlar yer almaktadır. Mantıksal katmanda, ağ araçları arasında bağlantı kuran uygulamalar, veriler ve veri değiş tokuşunu sağlayan protokoller yer almaktadır. Sosyal katmanda ise siber alanda faaliyet gösteren bireyler ya da gruplar yer almaktadır.⁷⁸ Tallinn Kılavuzundaki yaklaşım, çok katmanlılık ekseninde ekosistem yaklaşımını kısmen desteklese de egemenlik odaklı çözüm önerileri baskın gelmektedir. Buna göre; siber faaliyetler birçok egemen sınırdan, uluslararası sulardan, dış uzaydan ya da uluslararası hava sahasından geçerek gerçekleşse dahi, bu faaliyetleri gerçekleştiren kişi ya da yapılar bir ya da birden fazla devletin egemen yetki alanındadır. Ayrıca devletler, uluslararası insan hakları hukuku ya da teamül hukuku kurallarına uygun olarak topraklarında bulunan herhangi bir siber altyapının internet bağlantısını tamamen veya kısmen kesme hakkına da sahiptir.⁷⁹

Bununla birlikte siber alan yönetişi ('cyber governance') kavramı, ekosistem tartışmasının zeminini oluşturabilecek güçtedir. Mihr; siber yönetişi, düzenleyici ve usuli düzenek olarak tanımlamaktadır. İyi yönetişim ('good governance') ilkeleri ve insan hakları normlarına dayanan bu sistemde, iyi yönetişimin katılımcılık ve şeffaflık boyutları ile insan haklarının hesap verebilirlik amacı yönlendirici olacaktır.⁸⁰ Liaropoulos; yönetişimin 3 farklı model ekseninde hayata geçirilebileceğini belirtmiştir. Siber alan devlet odaklı küresel yönetim anlayışından farklı olduğundan; dağıtık ('distributed'), çok taraflı ('multilateralism') ve çok paydaşlı ('multi-stakeholderism') yönetim yaklaşımlarını içerisinde barındırır.⁸¹

⁷⁶ Ahreum Lee, 'Human Rights Actors in the Digital Information Ecosystem' (Report to the *Office of the High Commissioner for Human Rights* 2016) 7-8.

⁷⁷ Kari Lippert and Robert Cloutier, 'Cyberspace: A Digital Ecosystem' (2021) (9)[3] *Systems* 48.

⁷⁸ Tallinn Kılavuzu (n 15) 12.

⁷⁹ Tallinn Kılavuzu (n 15) Bölüm 6.

⁸⁰ Anja Mihr, *Cyber Justice Human Rights and Good Governance for the Internet* (Springer 2017) 71-79.

⁸¹ Liaropoulos (n 4) 25-35.



Dağıtık yönetim yaklaşımında, internetin devletlerin egemenlik sahasına indirgenemeyeceği mottosu ön plandadır. Dahası, siber alanın bir küresel müşterek ('global commons') olarak tanımlanması çabaları da dağıtık yönetime içkin bir tartışmadır. Al Asyari; siber alanın tüm insanlığı ilgilendiren bir işlevinin olması nedeniyle, askeri amaçlardan arındırılması ve barışçıl kullanımının kabul edilmesi gereğini savunmaktadır.⁸² Tsagourias; geçen yüzyılın küresel müşterek ya da *res communis*leri olarak tanımlanan açık deniz, Antarktika ve dış uzaya benzer şekilde, siber alanın da bu yüzyılın hukuki-politik -teknik inşası ('construct') müşterek olarak tanınmasının mümkün olduğunu; ancak bu tanınmanın dahi oto-limitasyon yoluyla devletlerin egemen iddialarından vazgeçmesi yoluyla yapılacağını hatırlatmaktadır.⁸³ Küresel müşterek tanımına karşı çıkan görüşler, siber alanda fiziksel mekân ve sınırların olmadığını; ancak veri ve bilgi transferini kolaylaştıran fiziksel altyapının var olduğunu, bu altyapı üzerinde küresel müştereklerden farklı olarak özel mülkiyetin söz konusu olabildiğini ve bunların da bir devletin egemenlik sahasında bulunduğunu ileri sürmektedir.⁸⁴ Mueller ve Xinmin ise siber alanı *sui generis* bir statüye yerleştirmektedir. Xinmin; siber alanı, gerçeklik ve virtüaliteyi birleştiren, egemenlik ve küresel müşterek niteliğini eş zamanlı barındıran yer olarak tanımlarken,⁸⁵ Mueller, mülkiyet ve müşterek özelliğinin eş zamanlı imkânına vurgu yapmaktadır.^{86, 87}

Çok taraflı yönetim; siber alan devletler tarafından düzenlenmediğinde bir tabii hal ortamı oluşacağı ve bunun da ulusal güvenlik sorununa neden olacağından hareket ederek, egemenlik eksenli düzenleme ve kontrol gereğini öne çıkarmaktadır. *Çok paydaşlı yönetim*de ise, Westphalia tipi egemenlik anlayışı korunmakla birlikte, siber alanda faaliyet gösteren devlet ve devlet dışı tüm aktörlerin (teknoloji şirketleri, arama motorları, internet kullanıcıları, sivil toplum vd.) siber alanın düzenlenmesine katıldığı ve sorumluluk aldığı bir çerçeve esastır. Bu yaklaşım BM Genel Kurulu'nun 57/239 sayılı kararında⁸⁸ benimsenen çok

⁸² Haekal Al Asyari, 'Cyberspace as a Common Heritage of Mankind: Governing Normative Limitations of the Internet by Virtue of International Law' (2023) (69) [4] *Auc Iuridica* 211-228.

⁸³ Tsagourias (n 54) 25-28.

⁸⁴ Liapopoulos (n 4) 28.

⁸⁵ Ma XinMin, 'Key Issues and Future Development of International Cyberspace Law' (2016) (2) [1] *China Quarterly of International Strategic Studies* 125.

⁸⁶ Mueller (n 39) 795.

⁸⁷ Verinin üretildiği, toplandığı, işlendiği ya da kullanıldığı veri ekosistemini müşterek olarak kabul etmeyi öneren görüş için Bkz. Nadezhda Purtova, 'Health Data for Common Good: Defining the Boundaries and Social Dilemmas of Data Commons' in Samantha Adams, Nadezhda Purtova and Ronald Leenes (eds), *Under Observation: The Interplay Between eHealth and Surveillance* (Springer 2017) 177-210.

⁸⁸ Creation of a Global Culture of Cybersecurity (UNGA 2003) A/RES/57/239.

paydaşlı küresel bir siber güvenlik oluşturma hedefinden kaynağını almaktadır. Hedefi ise bir tür siber alan sosyal sözleşmesi oluşturmaktır.⁸⁹

Hukukun, siber alanın yukarıda ortaya konan ekosistemsel gereklerine ayak uydurması bütünüyle mümkün değildir. Dahası toplumsal yaşamı düzenleyen hukukun sosyal ve teknolojik gelişme hızını yakalamasını beklemek, istikrar ve hukuk güvenliği bakımından da sorunlar doğurabilecektir. Yapılması gereken gelişmeleri dikkatli izleyerek ihtiyaçları doğru tespit etmesi ve düzenlemesi olacaktır. Nitekim bu amaçla mevcut hukuki araçların siber alana uyarlanması ve/veya ihtiyaçlara yönelik yeni hukuki kurumlar yaratılması savlanmaktadır.

Siber alandaki çok paydaşlı yapının unsuru olan insan öznelerine yeni haklar tanınması ya da mevcut maddi ve usuli hakların siber alana uyarlanması ilk öneridir. 20. yüzyılın çevrimdışı ortamında yazılan sert veya yumuşak hukuk belgelerinin ürünü olan insan haklarının, çevrimiçi dünyaya ve siber alana uyarlanması, konvansiyonel egemenlik teorisinin siber alanda da geçerli olması yaklaşımıyla aynı temelden doğmaktadır. Burada, çevrimdışı ve çevrimiçi haklar arasında normatif eşdeğerlilik ('normative equivalency') olduğu tezleriyle, siber alanın işleyiş dinamiklerine uygun yeni haklar tanınması tezleri görülmektedir.⁹⁰ Normatif eşdeğerlilik bakımından, BM İnsan Hakları Komitesinin 2011 tarihli 34 Numaralı Genel Yorumu⁹¹ ile BM İnsan Hakları Konseyinin 2012 tarihli kararı yol göstericidir.⁹² Tallinn Kılavuzunun 35. Maddesi, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve teamül hukukunun siber faaliyetlere uygulanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Kılavuzda özel olarak anılan haklar düşünce ve ifade hürriyeti, özel yaşam/mahremiyet hakkı, adil yargılanma, barışçıl toplanma ve gösteri hürriyeti, özgürlük ve güvenlik hakkı, hakaret ve karalamadan korunma hakkıdır.⁹³ Bunlar yanında devletler de siber alanda korunması gereken hak kategorilerini tanımlayan kararlar almaktadır. Kılavuzda sayılan haklara ek olarak örneğin internete erişim, bilgi arama-alma ve yayma hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, vicdani kanaat hürriyeti, ayrımcılık yasağı ve şirketlerin tüm müşterilerin mahremiyet hakkını koruması, devletlerin tutum belgeleri ('position papers') yoluyla deklare edilebilmektedir.⁹⁴

⁸⁹ Liaropoulos (n 4) 29.

⁹⁰ Dafna Dror-Shpoliansky and Yuval Shany, 'It's the End of the (Offline) World as We Know It: From Human Rights to Digital Human Rights - A Proposed Typology' (2021) (32)[4] *European Journal of International Law* 1249–1282.

⁹¹ General Comment No.34 on Article 19: Freedoms of Opinion and Expression (UN Human Rights Committee 2011) 29/07/2011.

⁹² The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet (UN Human Rights Council 2012) A/HRC/32/L.20.

⁹³ Tallinn Kılavuzu (n 15) 187.

⁹⁴ Michael Schmitt and Liis Vihul, 'European Approaches to the Application of International Law in Cyberspace: A Comparative Legal Analysis' (2024) *EU Cyber Direct* 64–67.



Yeni haklar türetilmesi gereği savı ise soyut ve genel hak tanımlarının dijital alana uyarlanmasıdaki normatif ve pratik zorluklara, dava edilebilirlik bakımından ortaya çıkacak belirsizliklerin yaratacağı kısıntılara dayanmaktadır.⁹⁵ Her iki yaklaşımı harmanlayan bir çerçevede mevcut hakların *dijital habeas corpus*unun tespit edilmesi ve koşullar dahilinde yeni hakların türetilmesi de öneriler arasındadır.⁹⁶

Mevcut hakların uyarlanması ya da yeni haklar tanınması halinde, muhataplar bakımından da düzenleme gerekecektir. Devlet makamlarına ve devlet dışı aktörlere karşı ileri sürülebilecek, onları haklara saygı göstermeye zorlayacak teknolojik ve yatay bir hak arama ve adil yargılanma ('technological and horizontal due process') usulünün geliştirilmesi gereği önerisi⁹⁷ de siber alana ekosistemsel yaklaşımın parçasıdır.

AIHM'in birinci bölümde andığımız Centrum För Rättvisa/İsveç kararında (Para. 372-373) ve ardından Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K. (B.D.) kararında (Para.425) kitlesel izlemenin Sözleşme düzenindeki yeri belirlenirken, izleme teknolojilerinin teknik gereklerini dikkate alan ve bunu insan hakları koruma sistemi içine yerleştiren bir hukuki-teknik terminoloji oluşturulmuştur. Bu doğrultuda, devletlerin ulusal güvenlik meşru amacını aşındıran keyfilik ve kötüye kullanım riskini engellemek ve 8. maddedeki hak ve özgürlüklerin etkili korunması için teknoloji alanında kullanılan uçtan uca şifrelemeye benzer şekilde, uçtan uca bir hukuki güvence sistemi ('end-to-end safeguards') kurulması, haklara müdahalede yasallık ve öngürülebilirlik bağlamında hukuk devletinin gereği ve devletin takdir yetkisinin sınırı olarak anılmıştır.⁹⁸

⁹⁵ Mart Susi, *The Non-coherence Theory of Digital Human Rights* (Cambridge University Press 2024) Özellikle Bkz. 'The Doctrine of the Sameness of Rights Online and Offline' ve 'Claims of New Internet-Specific Human Rights' Bölümleri.

⁹⁶ Oreste Pollicino, 'Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions' (EctHR 2022) <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG> erişim tarihi: 14.02.2025.

⁹⁷ Pollicino (n 92).

⁹⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanının yakın tarihli kararı, yorum yöntemleri (somut olayda teleolojik yorum) yoluyla mahkemelerin siber alana nüfuz etme kapasitesinin geleceği bakımından bir örnektir. Olayda, otomasyona bağlı kredi değerlendirmesinde olumsuz rapor verilen bir kişinin, Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) Madde 15/1/h kapsamındaki hakları somutlaştırılmıştır. Buna göre; otomasyona bağlı karar alma ve profillemeye kullanılan kodun mantığı, yürütülen sürecin usulü, amacı ve sonuçlarına dair ilgili, önemli ve anlaşılabilir bilgiye ('meaningful information') erişim bir haktır ve bu hak yargı yollarına başvuru ve diğer hakların etkili korunmasında ön koşuldur. Bkz. *ABAD*, C-203/22- *Dun & Bradstreet Austria*, K.T. 27/02/2025.

1. İyi Yönetişim İlkesi Ve Siber Alandaki Aktörlerin Sorumluluğunun Dengelenmesi

İyi yönetim, kalkınma alanında 1989'da ortaya çıkan⁹⁹ ve zamanla yumuşak hukuk ('soft law') belgeleri¹⁰⁰ ve yargı kararları yoluyla hukuk alanına aktarılan bir kavram olarak, AİHM içtihadında, öncelikle mülkiyet hakkı kapsamında (P1-1) kamu gücü kullanan makamlar ile vatandaşların hak ve yükümlülüklerinin dengelenmesinde kullanılmıştır. Gelineen noktada iklim krizine karşı devletlerin pozitif edimlerinin kapsamının belirlenmesinde¹⁰¹ unsurlarına referans verilen veya uygulanacak hukuk ve/veya ölçülülük testinin bir unsuru olarak karşımıza çıkan bir ilkedir. İçtihadta istikrarlı bir uygulaması olmasa da, kavramın normatifleştirilmesi çabası^{102, 103, 104} somuttur.

AİHM'in iyi yönetim kavramını açıkça kullandığı ilk karar 2009 tarihli Moskal/Polonya kararıdır.¹⁰⁵ Moskal'daki ilkeler ise ilk kez Beyeler/İtalya kararında¹⁰⁶ şekillendirilecektir. Beyeler kararı; kamu gücü kullanan makamlar bakımından, yeni pozitif yükümlülükler öngörürken başvuruçular bakımından da, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayacak ve özen yükümlülüğü gerektiren davranış sorumluluğu belirlenmiştir. Bu ilkeler, Moskal kararında açıkça zikredilecek olan iyi yönetim testinin unsurları olacaktır. Bunlar şu şekilde özetlenebilir:

- Kamu gücünün zamanında kullanılması ('*In Good Time Principle*' / '*Reagissement en temps utile*')
- Kamu gücünün tutarlılığı ('*Utmost Consistency Principle*' / '*Reagissement avec la plus grande cohérence*')
- Olaya uygun çözüm üreten idare ('*Appropriate Manner Principle*' / '*Reagissement de façon correcte*').¹⁰⁷

⁹⁹ Sub-Saharan Africa, From Crisis to Sustainable Growth (The World Bank (1989) <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/498241468742846138/pdf/multi0page.pdf>> erişim tarihi:23.03.2025.

¹⁰⁰ Kavrama atfı yapan ilk yumuşak hukuk belgeleri için Bkz. Development and International Economic Cooperation: An Agenda for Development (UN General Assembly A/48/935, 06/05/1994)§118-138; Development Cooperation Policies (PACE Resolution 1060 (1995); United Nations Millennium Declaration (UN General Assembly, A/RES/55/2, 18/09/2000).

¹⁰¹ AİHM, Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri/ İsviçre (B.D.), B. No. 53600/20, 09/04/2024, §548, 573.

¹⁰² AİHM, Gürcistan/Rusya (II) (B.D.), B.No.38263/08, K.T.21/01/2021, Yargıç Dedov, § 6.

¹⁰³ AİHM, Ahmet Yavuz Yılmaz/Türkiye, B.No.48593/07, K.T.10/11/2020, Yargıç Kuris ve Pavli karşı oy yazısı, §5.

¹⁰⁴ AİHM, Cano Mayo/İspanya, B.No. 3142/11, K.T.11/10/2016, Yargıç Dedov Karşı oy yazısı, §2.

¹⁰⁵ AİHM, Moskal/Polonya, B.No. 10373/05, 15/09/2009, §72.

¹⁰⁶ AİHM, Beyeler/İtalya, B.No. 33202/96, K.T. 05/01/2000, §120.

¹⁰⁷ Agne Andrijauskaitė, 'Good Governance in the Case Law of the ECtHR: A (Patch)Work in Progress' (2018) *Presented Paper in ICON-S Conference: Identity, Security, Democracy: Challenges for Public Law, Hong Kong*.



Moskal kararında, bu ilkelere idari makamların azami titizlik göstermeleri ('utmost scrupulousness') yükümlülüğü eklenmiştir.

İyi yönetim; siber alan ekosisteminde, devletler bakımından hakların korunmasında zamanlama, duruma uygun çözüm üretme ve tutarlılık bakımından bir test yapılmasına imkân sağlayabilecektir. Özellikle siber alanda hak ihlallerinin önlenmesi amacıyla, uçtan uca güvenceler içeren mevzuat oluşturulması, siber güvenlik önlemlerinin alınması, altyapının kurulması gibi idari kapasitenin geliştirilmesi ve hak ihlallerine karşı etkili başvuru yollarının ihdası, maddi ve usuli pozitif yükümlülükler kapsamında söz konusu olabilecektir. Dahası Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K (B.D.) kararında bazı yargıçlar; kitlesel izleme pratikleri sürekli bir kişisel-işsel kontrolü dayattığı için bireylerin özgürlük algısının ve nihayet demokratik özerk yönetişimin ('democratic self-governance') zarar göreceğini vurguladığından,¹⁰⁸ siber alan ekosisteminin hukukuna bütüncül yaklaşılmalıdır.

Öte yandan iyi yönetim testi; hak öznelerinin iyi niyetli olup olmadıklarını, kamu gücü kullanan makamlar ile kişilerin tutumlarının dengelenmesini ve kişilere yüklenen külfetin ölçülülüğünün değerlendirilmesini de içermektedir. Bu değerlendirmede, karşı-kamusallık bölümünde vurgulanan kırılganlık testinin devreye sokulması, iyi yönetim testinde çıkarlar arasında adil bir dengenin kurulması bakımından da önem arz edecektir. Örneğin Le Marrec kararında,¹⁰⁹ Fransa sosyal yardım ödenekleri sistemine (CAF) online giriş yapan başvuru- nın bilgisayarının IP (internet protokolü) adresinin, siteyi barındıran sunucu tarafından 'diğer ülke' coğrafi işaretiyle değiştirilmesiyle başlayan ve başvuru- cunun sosyal yardım hakkını kaybettiği bir şikayet incelenmiştir. CAF; IP adresindeki bu değişiklikten yola çıkarak, başvuru- cunun Fransa'da ikamet edip etmediğini inceleme altına aldığı- nda, birçok gelir beyanının yapılmadığını tespit etmiştir. Başvuru- cu, Fransa'da bulunduğunu ve sadece VPN (sanal özel ağ) kullandığını beyan etse de, iyi niyetli olmadığına kanaat getirilerek yardım hakkı kaybettirilmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede; IP adresinin bir meta veri olduğunu ve başvuru- cuya dair özel kişisel verilere erişim sağlamadığını, başvuru- cunun IP adresinin CAF yetkilileri tarafından görülmeyeceğine dair bir beklentisinin makul olarak bulunamayacağını, veri kullanımının minimizasyonu ilkesine uygun olarak hareket edildiğini vurgulamıştır. Ulusal makamların sosyal yardım yolsuzlukla- rını engellemede meşru bir yararının olduğunu belirten Mahkeme, yaptırım ağır olsa da, 8. Madde kapsamındaki başvuru- nun iyi temellendirilmediğine ve haliyle maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Siber iyi yönetim konusunda son sorun, bu alanın hukukunun gelişmekte olması ve bu alanın hukuki boşluklar barındırmasıdır. Bu da kamu idareleri ile

¹⁰⁸ (n 47) Bkz. Yargıçlar Lemmens, Vehabović ve Bošnjak'ın ayrık görüşü, § 2-9.

¹⁰⁹ AİHM, Le Marrec/Fransa, B. No. 52319/22, K.T.05/11/2024, § 77-83.

kişilerin tutumlarının dengelenmesinde devletler lehine sonuç doğurabilmektedir. Örneğin, Paul Getty ve Diğerleri/İtalya kararında AİHM; kültür varlıklarının iadesine dair ilgili dönemde uluslararası bağlayıcı kurallar olmaması nedeniyle, İtalyan makamlarının ihmali ve tutarsız davranışlarını (başlatılan soruşturmanın devam ettirilmemesi) başvuruçuların tutumu ile dengelemiş ve nihayetinde başvuru iyi niyetli kabul edilse dahi mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹¹⁰ Uyuşmazlık doğrudan konumuzla ilgili olmasa da siber alan hukukundaki boşluklar, iyi yönetim testiindeki adil denge ve aşırı külfet incelemesi bakımından etki doğurabilecek güçtedir.

2. Yatay Etki Ekseninde Gerçek Kişiler İle Platformların Hak Ve Sorumlulukları

Siber alanda faaliyet gösteren özel kişiler arasında büyük teknoloji şirketleri ya da platformlar olabildiği gibi açık ya da anonim kimlikli gerçek kişiler de özgürlük ve sorumluluk ekseninde sözleşmesel standartlara tabi tutulmaktadır. Yatay etki; temel hakların bilişim ve teknoloji çağında etkili korunması,¹¹¹ hak ve özgürlüklerin yalnızca devlet organlarına karşı değil; sosyal alana ilişkin hükümler yoluyla kişilere de benimsenmesi¹¹² işlevini görmektedir.

AİHM; AİHS'in 1., 13., 17., maddeleri ile diğer maddelerde yer alan meşru sınırlama nedenleri ekseninde özel kişilerin insan hakları alanındaki sorumluluklarını gerekçelendirmektedir. Özel kişilerin neden olduğu hak ihlallerine karşı etkili başvuru yollarının yokluğu, ileri sürüldüğü hakla birlikte Sözleşmenin 13. maddesinin ihlalini de getirebilmektedir. Özellikle Sözleşmeye dayalı ilişkilerde dahi taraflar arasındaki güç dengesi ve hiyerarşi olup olmadığı, özel kişilerin işlemlerinin yargısal denetimin sınırını dikkate alarak Mahkeme, yatay etkiye dair bir karara varmaktadır.¹¹³

Siber alanda yatay etkinin uygulaması bakımından aşağıda ikili bir değerlendirme yöntemi benimsedik. İçtihatla özellikle ifade hürriyeti bakımından; platformlar, kullanıcılar ve daha genel toplumun çıkarları arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, ulusal makamların negatif ve pozitif yükümlülüklerinin kapsamı da şekillenmektedir.

a. Gerçek Kişiler Bakımından

Mahkeme; sosyal medya platformları ya da blog sayfalarında paylaşılan ya da üretilen içerik nedeniyle iç hukukta yaptırıma uğrayan kişilerin başvurularında;

¹¹⁰ AİHM, The J. Paul Getty Trust ve Diğerleri/İtalya, B. No. 35271/19, 02/05/2024, § 400.

¹¹¹ Korkut Kanadoğlu, 'Alman Anayasa Hukuku Öğreti Ve Uygulamasında Temel Hakların Yatay Etkisi (Üçüncü Taraf Etkisi)' (2024) (41)[1] *Anayasa Yargısı* 596-597.

¹¹² Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019)19.

¹¹³ Bu standartların uygulandığı karar için Bkz. AİHM, Semenya/İsviçre (B.D.), B. No. 10934/21, K.T.10/07/2025.



kişilerin meslekleri, yaydıkları bilginin doğruluğu ve niteliği, bilginin yayılma hızı ve takipçi kitlesinin büyüklüğü ile yaptırımın caydırıcı etkisi bakımından değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaktadır.

Örneğin Melike/Türkiye kararında¹¹⁴ Mahkeme; Milli Eğitim Bakanlığında sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişinin, Facebook platformundaki beğenileri ('like') ve iki yorumu nedeniyle, sözleşmesinin İş Kanununun 25. maddesi doğrultusunda, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar kapsamında tazminatsız feshedilmesi yaptırımını 10. madde bağlamında incelemiştir. Mahkeme, kişinin kamu görevlisi statüsünde olmaması nedeniyle kendisinden beklenen sadakat ve bağlılığın kamu görevlileri ile aynı olamayacağını; başvuranın kıdemi ve yaşı yanında beğenilerinin içeriğinin, çalışma barışını bozup bozmadığının ve iş ilişkisine etkisinin ulusal makamlar tarafından değerlendirilmemesinin yaptırımı ölçüsüz kıldığına hükmetmiştir.¹¹⁵ Öte yandan holistik tıp üzerine web sayfasında, doğada hastalık olmadığı ve aşılardan hiçbir zaman hastalıkları iyileştirmedigine dair paylaşımlar yapan bir tıp doktorunun, Tabip Odası tarafından disiplin cezasına tabi tutulması olayında; doktorun mesleki sorumluluğu, kamu sağlığının korunması ve içeriğin bilimsel bilgiye aykırı olması karşısında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğuna kanaat getirmiştir.¹¹⁶ Ancak güzellik salonu işleten bir kişinin nispeten az takipçili Instagram hesabında, yaşadığı bölgede COVID-19 olmadığına dair içerikler paylaşması sonucunda, yanlış bilgi yayma ('disseminating untrue information') gerekçesiyle 390 Euro para cezası alması, 10. Maddenin ihlalini getirmiştir.¹¹⁷ Karara mutabık görüş yazan hakimler ayrıca, dezenformasyonla mücadele gerekçesiyle ulusal makamlarca doğru veya yanlış bilgi tasniflerinin ve bunlar üzerinden yaptırımların dijital dünyada ifade hürriyeti üzerindeki olası sansür etkisine dikkat çekmiştir.

Savva Terentyev/Rusya kararında,¹¹⁸ seçim döneminde muhalefet adaylarına destek verdiği bilinen bir gazetede polis tarafından yapılan arama sonrasında, bazı blog sayfalarında yayımlanan açıklamalar ve bunlara yapılan yorumlarda polisler karşı kullanılan ifadeler nedeniyle kişilere ceza verilmiştir. Mahkeme, kullanılan ifadelerin aşağılayıcı, saldırgan ve düşmanca olduklarını kabul etse de, ifadelerin muhatabı polislerin özel olarak korunması gereken bir grup olmadığına, açıklamaların yayımlandığı blog sayfasının takipçi kitlesinin ve başvuru-

¹¹⁴ AİHM, Melike/Türkiye, B.No. 35786/19, K.T.15/06/2021, § 50-51.

¹¹⁵ Ülke gündemi, siyasi gelişmeler ve hukuki meseleler üzerine Facebook sayfasında paylaşımlar yapan bir yargıcın paylaşımlarının üçüncü kişiler ve haber portalları yoluyla yayılması ve bir paylaşımında bir savcıya dair haber bağlantısı ('hyperlink') vermesi nedeniyle maaştan kesme cezası alması, ifade hürriyetinin ihlalini getirmiştir. Bkz. AİHM, Danilet/Romanya, B. No. 16915/21, K.T. 20/02/2024.

¹¹⁶ AİHM, Bielau/Avusturya, B. No. 20007/22, K.T.27/08/2024.

¹¹⁷ AİHM, Avagyan/Rusya, B. No. 36911/20, K.T. 29/04/2025.

¹¹⁸ AİHM, Savva Terentyev/Rusya, B. No. 10692/09, K.T.28/08/2018, § 76-84

cunun yorumlarının etkisinin ölçülmediğini vurgulayarak 10. Maddenin ihlaline hükmetmiştir.

Alexandru Pătraşcu/Romanya kararı,¹¹⁹ bir *blogger*ın üçüncü kişilerin yorumlarından sorumlu tutulması nedeniyle ifade hürriyetinin ihlal edildiğine dair bir şikayete ilişkindir. Olayda, ulusal operadaki yabancı müzisyenlerin işten çıkarılması talepleri ile yabancı düşmanlığını kapsayan bir dizi konu, yaklaşık 3 ay boyunca yazı ve yorumlar yoluyla blogta işlenmiştir. İç hukuk sürecinin sonunda, başvuru hem kendisinin hem de sayfalarında yorum yapan üçüncü kişilerin beyanlarından sorumlu tutulmuş ve tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. AİHM, başvuru blog sayfasının ödüllü ve bilinebilir bir mecra olduğunu dikkate almıştır. Ancak bu mecranın, ulusal yargı makamları tarafından bir televizyon sunucusu ya da platforma benzer içerik sağlayıcı olarak değerlendirilmesini yasalık bakımından sorunlu bulmuştur.

Sanchez/Fransa başvurusunda¹²⁰ ise milletvekilliğine aday bir belediye başkanının Facebook sayfasında, üçüncü kişilerce yapılan ırkçı ve yabancı düşmanı yorumlar karşısındaki tutumu iç hukukta para cezası ile sonuçlanmıştır. Mahkeme; içeriklerin yayımlanmadan önceki denetimi noktasında platformun ve hesap sahibi kişinin sorumluluğunu ayıran bir yaklaşım benimsemiştir. Başvurucunun siyasetçi kişiliği, olayın seçim döneminde gerçekleşmesi, para cezasıyla sınırlı cezalandırmanın kişinin kariyeri üzerinde ölçsüz etkisinin olmaması gerekçeleriyle, ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi ölçülü bulmuştur. Karşı oylar öte yandan, başvuru 'içerik üreticisi' olarak kabulünün ve buradan kaynaklı sorumluluğun iç hukukta öngörülebilir olmadığına dayanarak çoğunluk görüşünü eleştirmiştir.

b. Platformlar Bakımından

AİHM; yazılı basın-internet medyası ayrımı, sosyal medya platformları ve haber portalları farkı ve nihayet bunların büyüklükleri ve içerik üretme-yayımlama durumuna göre sorumluluğun kapsamını belirlemektedir.¹²¹ 2011 tarihli Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtetel/Ukrayna kararı¹²² Mahkeme ilk kez internet medyası ile yazılı basın arasında düzenleme, denetim ve yükümlülükler bakımından karşılaştırma yapmıştır. Buna göre ilkinin yayılma hızı, olumlu etkisi ya da verebileceği zarar diğerinden daha fazla iken düzenlenmesi ve denetimi, bilgi iletişim teknolojilerinin özel durumu nedeniyle daha zayıftır. Bu nedenle, devletlerin bu alandaki içerikleri düzenleme politikalarının, hak ve hürriyetlerin

¹¹⁹ AİHM, Alexandru Pătraşcu/Romanya, B.No. 1847/21, K.T.07/01/2025, §126-136.

¹²⁰ AİHM, Sanchez/Fransa (B.D.), B. No. 45581/15, K.T.15/05/2023.

¹²¹ İnternet hukukuna dair AİHM kararlarının daha detaylı incelemesi için Bkz. Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku* (On İki Levha 2021, 2. Baskı) 207-485.

¹²² AİHM, Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtetel/Ukrayna, B. No. 33014/05, K.T. 05/05/2011, §63-64.



etkili korunması için teknolojinin gereklerine uyarlanması gerekmektedir. Bu karar ile başlayan, Delfi As/Estonya¹²³ ile Atv Zrt/Macaristan¹²⁴ kararları ile çerçevesi kurulan içtihadta, geniş kitlelere hitap eden haber portallarının hem kendi yayınları hem de kullanıcılarca oluşturulan içeriklere dair özen yükümlülüğü kabul edilmiştir.

2015 tarihli Delfi As kararında ilk kez, kullanıcıların yorumları nedeniyle bir haber portalının tazminata mahkum edilmesi incelenmiştir. Estonya'nın en büyük internet haber portalı olan Delfi As, sınırlı sorumlu bir kamu taşıma şirketinin, donmuş deniz üzerindeki kamuya ait yollara ('ice road') zarar verdiği haberini yapmıştır. Bu haberin ardından anonim veya açık kimlikli kullanıcıların yaptığı yorumlarda, şirket yöneticilerine yönelik şiddet tehdidi dahil hakaretamiz ifadeler kullanılmıştır. Şirketin hissedarı bir kişi, siteye başvurmuş ve ifadeler kaldırılmıştır. Ancak şirketin tazminat istemi üzerine, haber portalı tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. AİHM; kullanıcı yorumlarına dair rehber ilkeler oluşturan, nefret söylemi ve şiddet içerikli yorumlar için filtreleme sistemi kullanan ve şirket hissedarının şikayeti üzerine derhal kullanıcı yorumlarını kaldıran başvurunun iyi niyetli hareket ettiğini kabul etmiş; ancak ödediği 320 Euro manevi tazminatı ölçülü bulmuştur. Bu sonuca varırken, ülkede en geniş platform olmaya devam etmesi ve iş modelini ('business model') değiştirmek zorunda kalmaması vurgusu karşı oylerde eleştirilmiştir. Online yayıncıların basın yerine girişimci olarak değerlendirilmesi ve takdir yetkisinin geniş olduğu ekonomik alan vurgusu yoluyla basın ve ifade hürriyetlerinin istisnaya uğratılması, bir nevi sansür olarak değerlendirilmiştir.

Atv Zrt başvurusunda, Jobbik isimli siyasi partinin bir milletvekilinin mecliste Yahudilerle ilgili yaptığı konuşma sonrası, 'parlamento aşırı sağ' etiketi ile Atv Zrt platformu tarafından haber yapılması nedeniyle platforma verilen cezadan şikayet edilmiştir. Ulusal makamların iddiası, bu etiketlendirmenin bir olgu aktarımı değil; özel görüş olduğu yönündedir ve platform tarafsız ve sorumlu gazeteciliğin gereği olan özen yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Başvurucu platform ise toplumdaki yaygın kanı¹²⁵ ve Meclis'teki söylevlere dayalı bir siyasi duruş tasnifi yaptığını belirtmektedir. Mahkeme; ulusal yargı makamlarının Jobbik partisinin siyasi ideolojisi noktasında net bir tespitinin olmaması nedeniyle, başvuru şirketin bu temelde bir müdahaleyi öngöremeyeceğini belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir. Mesić/Hırvatistan kararında¹²⁶ ise bir internet haber portalının eski devlet başkanının görev sırasında yolsuzluk yaptığına dair belge yayınlaması

¹²³ AİHM, Delfi As/Estonya (B.D), B. No. 64569/09, K.T.16/06/2015, § 160-161.

¹²⁴ AİHM, Atv Zrt/Macaristan, B. No. 61178/14, K.T.28/04/2020, § 44-52.

¹²⁵ Jobbik partisinin ırkçı gruplar ile bağına dair bir videoya haber bağlantısı verilmesi ('hyperlinking') gerekçesiyle objektif sorumluluğun kabulünün caydırıcı etki sayılmasına dair Bkz. AİHM, Magyar Jeti Zrt/Macaristan, B. No. 11257/16, K.T.04/12/2018, § 69-83.

¹²⁶ AİHM, Mesić/Hırvatistan (No 2), B. No. 45066/17, 30/05/2023, §80.

üzerine gelişen olaylar söz konusudur. Devlet başkanının tazminat taleplerinin iç hukukta reddi, AİHM bakımından ölçülü bulunmuştur. Kararın önemli kısmı ise haber platformlarının kullandığı dile dair beklenen özen yükümlülüğünün, bir mahkemenin cezai bir suçlamayı sağlam temellere dayandırmasında aranan titizlikle aynı olmadığına dair tespittir. Ancak karşı oylarda, platformların ifade hürriyeti karşısında kişisel özgürlüklerin daha az koruma gördüğüne dair bir eleştiri de söz konusudur.

Son olarak Podchasov/Rusya başvurusu;¹²⁷ terör bağlantılı faaliyetlerinden şüphelenilen 6 kişinin 12 Temmuz 2017'den itibaren yaptıkları görüşmeleri çözümlmek üzere Federal Güvenlik Servisince Telegram şirketinden teknik bilgi talep edilmesi ile ilgilidir. Telegram; bu emrin teknik olarak uygulanmasının mümkün olmadığını, zira başvuruçuların gizli sohbet modunda iletişim kurduklarını, bunun da uçtan uca şifrelendiğini iletmiştir. Bir arka kapı ('backdoor') yaratılarak özel iletişim kayıtlarına erişmenin ise sadece başvuruçular bakımından değil; tüm kullanıcılar ve dahi platformun kendisi için olumsuz sonuçlar yaratacağını söylemiştir. Mahkeme'ye göre, Rusya makamlarının sosyal ağ sağlayıcı Telegram'dan talebi, belirli kişilerin iletişim verisinin depolanması ve bu verinin 3. kişilerin erişimine açılması ile sınırlı değildir ve talep bir tür gizli izleme teşkil edebilecektir. Tüm iletişim bilgilerine erişime izin veren ve yeterli güvence içermeyen mevzuat, 8. Maddedeki hakkın özüne zarar verecektir.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında, siber kamusal alanı egemenlik, karşı-kamusallık ve ekosistem yaklaşımları ekseninde bir incelemeye tabi tutmaya çalıştık. Bu doğrultuda, siber alanın düzenlenmesi eğiliminin AİHM içtihadına yansıdığını; bu yansımanın egemenlik teorisi, insan haklarının korunması ve siber alanın aktörlerinin sorumluluğu bakımından somut olduğunu söylemek mümkündür. Siber egemenlik tesisine yönelik düzenleme ve uygulamalar, devletlerin ve Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamının yeniden şekilleneceğine dair işaretler barındırmaktadır. Bununla birlikte bu şekillenmede hukuk yanında teknolojik, ekonomik, politik süreçlerin etkisi de yoğun bir biçimde gözlenecektir. Mahkemenin kullandığı terminolojiye de yansıyan bu etki, uluslararası hukukun temel aktörü olmaya devam eden devletlerin insan hakları alanındaki sorumluluklarının kapsamını da şekillendirecektir. Siber alanın karşı-kamusallık alanı niteliği; siber alanda görünürlüğü düzenleyen devlet ve devlet dışı aktörlerin yaklaşımları ile öznelerin dijital kırılganlığı ekseninde gelişmektedir. Ekosistem olarak siber alan yaklaşımın ise siber kapsayıcılık ve katılımcılık yerine yeni hiyerarşiler ve hak özneleri bakımından yeni sorumluluklar yaratabilecek dinamiklere yanıt verecek içerikte geliştirilmesi gerekecektir.

¹²⁷ AİHM, Podchasov/Rusya, B.No. 33696/19, K.T.13/02/2024, §66-81.

KAYNAKÇA

- Ackerman B, *We The People: Foundations* (Harvard University Press 1991)
- Akkuş B, ‘Devletin Etkin Kontrolünün Bulunmadığı Siber Alanda İnsan Hakları Yükümlülükleri Nelerdir?’ (2024) (6)[1] Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-214
- Al Asyari H, ‘Cyberspace as a Common Heritage of Mankind: Governing Normative Limitations of the Internet by Virtue of International Law’ (2023) (69) [4] *Auc Iuridica* 211-228
- Amaritei I, ‘Les élections présidentielles en Roumanie : la Constitution contre Tik-tok’ (2024) *Questions Constitutionnelles: Revue de droit constitutionnel*
- Andrijauskaitė A, ‘Good Governance in the Case Law of the ECtHR: A (Patch) Work in Progress’ (2018) *Presented Paper in ICON-S Conference: Identity, Security, Democracy: Challenges for Public Law, Hong Kong*
- Arsava F A., ‘AİHK’nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM’nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik’ (2019) (25)[2] *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 590-601
- Austin L M., ‘Enough About Me: Why Privacy Is About Power, Not Consent (or Harm)’ in Austin Sarat (ed), *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?* (Cambridge University Press 2014) 131-189
- Barlow J P, ‘A Declaration of the Independence of Cyberspace’ (1996) <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>> erişim tarihi: 11.02.2025
- Berman P S., ‘Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to ‘Private’ Regulation” (2000) (71) *University of Colorado Law Review* 1263-1310
- Besson S, ‘The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to’ (2012) (25)[4] *Leiden Journal of International Law* 857-884
- Bignami F and Resta G, ‘Extraterritoriality’ in Giovanni De Gregorio, Oreste Pollicino, and Peggy Valcke (eds), *The Oxford Handbook of Digital Constitutionalism* (online edn, Oxford Academic 2024)
- Boyar O, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019)
- Castells M, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society* (Oxford University Press 2001) 247-275.
- Celeste E, ‘Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation’ (2019) 33[1] *International Review of Law, Computers & Technology* 76-99
- Creation of a Global Culture of Cybersecurity (UNGA 2003) A/RES/57/239.

Çalı B, ‘Has ‘Control over Rights Doctrine’ for Extra-territorial Jurisdiction Come of Age? Karlsruhe, too, has Spoken, Now It’s Strasbourg’s Turn’ (EjilTalk 2020) <<https://www.ejiltalk.org/has-control-over-rights-doctrine-for-extra-territorial-jurisdiction-come-of-age-karlsruhe-too-has-spoken-now-its-strasbourgs-turn/>> erişim tarihi: 11.04.2025

Declaration on a Common Understanding of International Law in Cyberspace (Council of European Union, 18 November 2024) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/11/18/cyberspace-council-approves-declaration-to-promote-common-understanding-of-application-of-international-law/>> erişim tarihi: 14.02.2025

Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (UN General Assembly Resolution 31 December 2020) <<https://digitallibrary.un.org/record/3896180?ln=en>> erişim tarihi: 12.02.2025

Dror-Shpoliansky D and Shany Y, ‘It’s the End of the (Offline) World as We Know It: From Human Rights to Digital Human Rights - A Proposed Typology’ (2021) (32)[4] *European Journal of International Law* 1249–1282

Dupont B, ‘The Ecology of Cybercrime’ in Rutger Leukfeldt and Thomas J. Holt (eds), *The Human Factor of Cybercrime* (Routledge 2021) 389-400

Dzehtsiarou K, *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?* (Cambridge University Press 2022)

Efrony D and Shany Y, ‘A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice’ (2018) 112 [4] *American Journal of International Law* 583–657

Fineman M A., ‘The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition’ (2016) (20)[1] *Yale Journal of Law and Feminism* 8-14

Foucault M, ‘Des espaces autres Hétérotopies’ (1967) <https://historiacultural.mpbnet.com.br/pos-modernismo/Des_espaces_autres.pdf> erişim tarihi: 15.03.2025

Foucault M, *Dits et Ecrits* (Gallimard, 1994)

Fraser N, ‘Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy’ (1990) (12) [25/26] *Social Text* 56-80

General Comment No.34 on Article 19: Freedoms of Opinion and Expression (UN Human Rights Committee 2011) 29/07/2011

Gibson W, *Neuromancer* (Ace Book (Ebook 1984)

Gu H, ‘Data, Big Tech, and the New Concept of Sovereignty’ (2023) (29) *Journal of Chinese Political Sciences* 596-612



Habermas J, ‘The Public Sphere: An Encyclopedia Article’ Çev. Sara Lennox, and Frank Lennox (1974) (3) *New German Critique* 49-55

Hartzog W and Richards N M., ‘Privacy’s Constitutional Moment and the Limits of Data Protection’, (21) *Boston College Law Review* 1687- 1761

Hatipoğlu Aydın D, *Siber Alan ve Hukuk* (On İki Levha 2022)

Heri C, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the EctHR* (Hart Publishing 2021)

Hertz N, ‘Neurorights – Do We Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought’ (2023) (16) [5] *Neuroethics*

International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA 2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> erişim tarihi: 22.01.2025

Işık A, *İnternet Aktörleri ve Egemenliğin Değişen Boyutları: Digital Services Act ve Türk Mevzuatı Özelinde Bir İnceleme* (On İki Levha 2025, 2.Baskı)

Kaminski M E., ‘Binary Governance: Lessons from the GDPR’s Approach to Algorithmic Accountability’ (2019) (92) *California Law Review* 1554

Kanadoğlu K, ‘Alman Anayasa Hukuku Öğreti Ve Uygulamasında Temel Hakların Yatay Etkisi (Üçüncü Taraf Etkisi)’ (2024) (41)[1] *Anayasa Yargısı* 596-597

Kaya M. B, *İnternet Hukuku* (On İki Levha 2021, 2. Baskı)

Kempf V and Seignani S, ‘Capitalism and contested publicity. A conversation with Nancy Fraser’ (2023) (50)[1] *Philosophy & Social Criticism* 66-79

Koulos T, ‘A digital territory to be appropriated: the state and the nationalization of cyberspace’ (2022) *Open Research Europe*

Lee A, ‘Human Rights Actors in the Digital Information Ecosystem’ (Report to the *Office of the High Commissioner for Human Rights* 2016) 7-8

Lessig L, ‘The Laws of Cyberspace’, <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf> erişim tarihi: 25.03.2025

Lessig L, *Code Version 2.0* (Penguin 2006)

Liaropoulos A N., ‘Cyberspace Governance and State Sovereignty’ in George C. Bitros and Nicholas C. Kyriazis (eds), *Democracy and an Open-Economy World Order* (Springer 2017) 25-35

Lippert K and Cloutier R, 'Cyberspace: A Digital Ecosystem' (2021) (9)[3] *Systems*

Mauri D, 'On American Drone Strikes and (Possible) European Responsibilities: Facing the Issue of Jurisdiction for 'Complicity' in Extraterritorial Targeted Killings' (2019) (28) [1] *The Italian Yearbook of International Law*, 249-272

Mihr A *Cyber Justice Human Rights and Good Governance for the Internet* (Springer 2017)71-79

Milanovic M, 'Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud' (Ejil-Talk 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>>erişim tarihi:23.03.2025

Mueller M, 'Against Sovereignty in Cyberspace' (2020) (22)[4] *International Studies Review*

Pollicino O, 'Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions' (EctHR 2022) <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG> erişim tarihi: 14.02.2025

Purtova N, 'Health Data for Common Good: Defining the Boundaries and Social Dilemmas of Data Commons' in Samantha Adams, Nadezhda Purtova and Ronald Leenes (eds), *Under Observation: The Interplay Between eHealth and Surveillance* (Springer 2017) 177-210

Ryngaert C, 'Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in Cyberspace: Normative Shifts' (2023) (24)[3] *German Law Journal* 537-550

Saracco R, 'Digital Twins: Bridging Physical Space and Cyberspace' (2019) 52 [12] *Computer* 58-64

Savaru C S and Tache C P. T, 'Knowledge Ecosystems in the Digital Age on Reshaping Administrative and International Law' (2024) (1)[2] *Journal of Knowledge Dynamics* 81-91

Schmitt M and Vihul L, 'European Approaches to the Application of International Law in Cyberspace: A Comparative Legal Analysis' (2024) *EU Cyber Direct* 64-67

Schmitt M N. and Watts, S, 'Beyond State-Centrism: International Law and Non-state Actors in Cyberspace' (2016) (21)[2] *Journal of Conflict & Security Law* 600-606

Schmitt M N., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017)

Susi M, *The Non-coherence Theory of Digital Human Rights* (Cambridge University Press 2024)

Takada T, Nakazato J, Orsholits A, Tsukada M, Ochiai H, and Esaki H, ‘Design of Digital Twin Architecture for 3D Audio Representation in AR’ (2024) *2024 IEEE International Conference on Metaverse Computing, Networking, and Applications* 222-230

Taylor L, Floridi L, and Van der Sloot B, (eds), *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies* (Springer 2017)

The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet (UN Human Rights Council 2012) A/HRC/32/L.20

Tsagourias N, ‘The Legal Status of Cyberspace’ in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds), *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (Elgar Online 2021)

Viljoen S, ‘A Relational Theory of Data Governance’ (2021) (131)[2] *Yale Law Journal* 623-634

XinMin M, ‘Key Issues and Future Development of International Cyberspace Law’ (2016) (2)[1] *China Quarterly of International Strategic Studies*

Yükselbaba Ü, ‘Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlıları’ (2011) (66)[2] *Journal of Istanbul University Law Faculty* 227-271

Kararlar

ABAD, C-203/22- Dun & Bradstreet Austria, K.T. 27/02/2025

AİHM, A.A ve Diğerleri /Kuzey Makedonya, B.No. 55798/16, K.T. 05/04/2022

AİHM, A.L. ve E.J./Fransa, B. No. 44715/20, K.T. 24/09/2024

AİHM, Ahmet Yavuz Yılmaz/Türkiye, B.No.48593/07, K.T.10/11/2020

AİHM, Alexandru Pătraşcu/Romanya, B.No. 1847/21, K.T.07/01/2025

AİHM, Al-Skeini ve Diğerleri/ Birleşik Krallık (B.D.), B. No.55721/07, K.T. 07/07/2011

AİHM, Atv Zrt/Macaristan, B. No. 61178/14, K.T.28/04/2020

AİHM, Avagyan/Rusya, B. No. 36911/20, K.T. 29/04/2025

AİHM, Avusturya/İtalya, B.No. 788/60, K.T.11/01/1961

AİHM, Banković ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri (B.D.), B. No. 52207/99, K.T. 12/12/2001

AİHM, Beyeler/İtalya, B.No. 33202/96, K.T. 05/01/2000

- AIHM*, Bielau/Avusturya, B. No. 20007/22, K.T.27/08/2024
- AIHM*, Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K (1. Daire), B.No. 58170/13, K.T. 13/09/2018
- AIHM*, Big Brother Watch ve Diğerleri/B.K(B.D.), B.No. 58170/13, K.T. 25/05/2021
- AIHM*, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda (B.D.), B. No. 45036/98, K.T. 30/06/2005
- AIHM*, Călin Georgescu/Romanya, B. No. 37327/24, K.T. 11/02/2025
- AIHM*, Cano Mayo/İspanya, B.No. 3142/11, K.T.11/10/2016
- AIHM*, Carter/Rusya, B. No. 20914/07, K.T. 21/09/2021 § 133-148
- AIHM*, Centrum För Rättvisa/İsveç, B. No. 35252/08, 25/05/2021
- AIHM*, Dániel Karsai/ Macaristan, B. No. 32312, K.T. 13/06/2024
- AIHM*, Danilet/Romanya, B. No. 16915/21, K.T. 20/02/2024
- AIHM*, De Becker/Belçika, B. No. 214/56, K.T. 27/03/1962
- AIHM*, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 2832/66, K.T. 18/06/1971
- AIHM*, Delfi As/Estonya (B.D), B. No. 64569/09, K.T.16/06/2015
- AIHM*, Duarte Agostinho ve Diğerleri/Portekiz ve Diğerleri (B.D.), B.No. 39371/20, K.T.09/04/2024
- AIHM*, Ecodefence ve Diğerleri/Rusya, B. No. 9988/13, K.T. 14/06/2022
- AIHM*, Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel/Ukrayna, B. No. 33014/05, K.T. 05/05/2011
- AIHM*, Gürcistan/Rusya (II) (B.D.), B.No.38263/08, K.T.21/01/2021
- AIHM*, Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya (B.D.), B. No. 27765/09, K.T. 23/02/2012
- AIHM*, Jankovskis/Litvanya, B. No. 21575/08, K.T. 17/01/2017 § 62
- AIHM*, Lawless/İrlanda(1), B. No. 332/57, K.T. 14/11/1960.
- AIHM*, Le Marrec/Fransa, B. No. 52319/22, K.T.05/11/2024
- AIHM*, Loizidou/Türkiye (B.D.), B.No:15318/89, K.T. 18/12/1996
- AIHM*, Magyar Jeti Zrt/Macaristan, B. No. 11257/16, K.T.04/12/2018
- AIHM*, Mansouri/İtalya (B.D.), B.No. 3386/16, K.T. 29/04/2025
- AIHM*, Melike/Türkiye, B.No. 35786/19, K.T.15/06/2021
- AIHM*, Mesić/Hırvatistan (No 2), B. No. 45066/17, 30/05/2023



- AIHM*, Moskal/Polonya, B.No. 10373/05, 15/09/2009
- AIHM*, Podchasov/Rusya, B.No. 33696/19, K.T.13/02/2024
- AIHM*, Roman Zakharov/ Rusya (B.D.), B. No. 47143/06, K.T. 04/12/2015
- AIHM*, Sanchez/Fransa (B.D.), B. No. 45581/15, K.T.15/05/2023
- AIHM*, Savva Terentyev/Rusya, B. No. 10692/09, K.T.28/08/2018
- AIHM*, Semenya/İsviçre (B.D.) B. No. 10934/21, K.T.10/07/2025
- AIHM*, S.S. ve Diğerleri/İtalya, B. No. 21660/18, K.T. 20/05/2025
- AIHM*, Stichting Landgoed Steenberg ve Diğerleri/ Hollanda, B. No. 19732/17, K.T. 16/02/2021
- AIHM*, Szabó ve Vissy/Macaristan, B.N. 37138/14, K.T. 12/01/2016
- AIHM*, The J. Paul Getty Trust ve Diğerleri/İtalya, B. No. 35271/19, 02/05/2024
- AIHM*, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, B. No. 19392/92, K.T. 30/01/1998
- AIHM*, Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri/ İsviçre (B.D), B. No. 53600/20, 09/04/2024
- BM Çocuk Hakları Komitesi*, Chiara Sacchi ve Diğerleri/ Arjantin, B. No: 104/2019, K.T.23/09/2021



BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇUNUN (TCK M. 245) KANUNDA DÜZENLENDİĞİ YERE VE MADDE BAŞLIĞINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation of the Place Where the Crime of Misuse of Bank or Credit Cards
(TPC Art. 245) is Regulated in the Law and the Title of the Article*

Veysel TOPUZ*

Özet

765 sayılı TCK zamanında “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” fiillerini cezalandıran müstakil bir ceza normu söz konusu değildi. Bu husus doktrinde ve yargı kararlarında önemli bir eksiklik olarak dile getiriliyordu. “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu” ilk defa 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 245. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, TCK’nın “topluma karşı suçlar kısmının”, “bilşim alanında suçlar” başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra 29/06/2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 27 inci ve 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yapılan değişikliklerle birlikte madde son şeklini almıştır.

Maddede birbirinden farklı üç suç tipi düzenlenmiştir. İlk fıkrada “başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması” suçu, ikinci fıkrada “sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçu”, üçüncü ve son fıkrada ise “sahte banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlama suçu” düzenlenmiştir. Bununla birlikte her üç suç tipi de ortak bir madde altında düzenlenmiştir.

Bu fiillerin müstakil suç olarak cezalandırılmasıyla birlikte önemli bir eksikliğin giderildiği hususunda bir görüş birliği olsa da suçun, Kanunda düzenlendiği yerle ilgili öğretilerde farklı görüşler söz konusudur. Çalışmamızda hem bu tartışmalara ilişkin görüşlerimizi açıklayacağız hem de suçun madde başlığıyla ilgili bazı somut önerilerimizi dile getireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Banka veya kredi kartları, kötüye kullanılması, haksız yarar, sahtecilik

Abstract

Under the TPC No. 765, there was no separate criminal norm penalizing the acts of “misuse of debit or credit cards”. This issue was expressed as an important deficiency in the doctrine and judicial decisions. The “crime of misuse of debit or credit cards” was regulated for the first time in Article 245 of the TPC No. 5237, which entered into force on 01/06/2005. This crime is regulated in the tenth section of the TPC titled “crimes against society, crimes in the field of informatics”. After the entry into force of the TPC, the article took its final form with the amendments made by “Article 27 of the Law dated 29/06/2005 and numbered 5377” and “Article 11 of the Law dated 06/12/2006 and numbered 5560”.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.01.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD., veyseltopuz_35@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9831-2816>



Three different types of offenses are regulated in the Article. The first paragraph regulates the crime of “misuse of a real debit or credit card belonging to someone else”, the second paragraph regulates the crime of “producing, selling, transferring, purchasing or accepting a counterfeit debit or credit card”, and the third and final paragraph regulates the crime of “benefiting by using a counterfeit debit or credit card”. However, all three types of offenses are regulated under a common article.

Although there is a consensus that an important deficiency has been eliminated by punishing these acts as a separate crime, there are different opinions in the doctrine regarding the place where the crime is regulated in the Law. In our study, we will both explain our views on these discussions and express some concrete suggestions regarding the article title of the offense.

Keywords: Debit or credit cards, misuse, unfair advantage, fraud

GİRİŞ

TCK’nın 245. maddesine baktığımızda üç farklı suçun düzenlendiğini görmekteyiz. Birinci fıkrada “gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması”, ikinci fıkrada “sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçu”, üçüncü ve son fıkrada ise “sahte banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlama suçu” düzenlenmiştir. Tek bir maddede üç farklı suç tipi düzenlenmiş olmakla birlikte bu suçlar farklı hukuki değerleri korumaktadır¹. Birinci fıkrada düzenlenen suç malvarlığı değerlerini korumakta iken, iki ve üçüncü fıkralardaki suçlar daha çok banka veya kredi kartlarının gerçek olduğuna ilişkin toplumda bulunan güveni korumaktadır.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanıma ilişkin fiillerin müstakil suç olarak ihdasının önemli bir gereklilik olduğuna dair doktrinde bir tartışma bulunmamakta iken, suçun düzenlendiği yere ilişkin bazı eleştiriler mevcuttur.

Tarihsel süreçte suçların tasnifinde esas alınan farklı kriterler söz konusudur. Bu kriterlerden önem arz edenlerden bir tanesi de suçun hukuki konusu kriteridir². Buna göre her suçun bir hukuki konusu vardır ve bu, bizatihi suçun ihlal ettiği şeydir. Suçların hukuki konularına göre tasnifi objektif bir karakter taşıdığından büyük önemi haizdir³.

Doktrinde *Toroslu*’ya göre, suçların tasnifinde kriter olarak suçun hukuki konusunun esas alınması klasik mektebin eseridir⁴. Müellife göre, suçun hukuki konusu

¹ Güneş Okuyucu Ergün, ‘Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması’ (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 1065, 1067.

² Hukuki konu terimi yerine doktrinde farklı terimler de kullanılmaktadır. Örneğin Ünver, hukuksal değer ifadesini kullanmakta ve hukuksal değer kavramının, kendisiyle sıkı ilişki içinde bulunan kavramlar olan hukuki yarar, hukuksal değer objesi, normun ratio legisi gibi kavramlardan ayrılması gerektiğini belirtmektedir. Terimler arasındaki ayrımlara ilişkin açıklamalar için bkz Yener Ünver, *Ceza Hukukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003) 110-111. Terim ve kavram tartışmalarına ilişkin için ayrıca İbid 46 vd. Müellif bu farklı terimlerden “hukuksal değer” terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. İbid 56.

³ İbid 795-796.

⁴ Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu* (Sevinç Matbaası, Ankara 1970) 72.

sadece kanun koyucunun kanunu tanzim ederken nazara aldığı teknik bir kriter olmayıp, özel hükümler kısmında yer alan suçların sistematik olarak incelenebilmelerini sağlayan ilmi prensibi de teşkil eder⁵. Suçların tasnifi yalnızca yasama tekniği yönünden değil, aynı zamanda ve özellikle ilmi yönden büyük önem ifade eder. Özellikle ceza normunun yorumu ve hududu söz konusu olduğunda etkisini daha çok hissettirir⁶. Normun mana ve şumulunun doğru tespiti yine normun hukuki konusunun veya başka bir deyişle gayesinin tespiti ile mümkün olabilir⁷.

Doktrinde Ünver'e göre de hukuksal değer yalnızca ilgili ceza normunun yorumunu ilgilendiren bir husus olmayıp suçların gruplandırılmasına esas teşkil eden ve böylece ceza hukukunu görecelik tehlikesinden kurtaran yegâne ölçüttür⁸.

Kanun koyucular suçları sistematik olarak yerleştirirken kural olarak korunan hukuki değeri göz önüne almakta ve bölüm düzenlemelerini buna göre yapmaktadır. Örneğin, “kişilere karşı suçlar, malvarlığına karşı suçlar, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, bilişim alanında suçlar” gibi. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin fiilleri cezalandıran ilgili maddede (m. 245) düzenlenen suçların koruduğu hukuki değerler farklı olmasına rağmen hüküm, bilişim alanında suçlar başlığı altında ve tek bir maddede düzenlenmiştir⁹.

Doktrinde suçun malvarlığına karşı suçlar başlığı altında mı yoksa bilişim alanında suçlar başlığı altında mı düzenlenmesi gerektiğine ilişkin farklı görüşler vardır. Bununla birlikte bazı görüşler bunlardan daha farklı olarak suçun özel bir Kanun olan “5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun'da” düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Kanun koyucu bu suçları her ne kadar tek bir hüküm altında ihdas etmiş olsa da esasen bu maddede düzenlenen üç farklı suç tipi vardır. Bu bağlamda ifade edecek olursak ilk fıkrada düzenlenen suç daha çok hamilin malvarlığına ilişkin değerleri korumakta iken, ikinci fıkrada düzenlenen suç sahtecilik suçunun özel bir görünüm şekli oluşturmakta olup sahte bir banka veya kredi kartı üretilmesini ve piyasaya sürülmesini yasaklamaktadır. Burada henüz herhangi bir zarar tehlikesi doğmuş değildir. Üçüncü fıkradaki suç ise sahte bir banka veya kredi kartıyla haksız yarar sağlamayı cezalandırmaktadır.

⁵ İbid 282.

⁶ İbid 81.

⁷ İbid 82.

⁸ Ünver (n 2) 795. Kanun koyucular suçları düzenleyip sistemleştirirken hukuksal değer in gördüğü fonksiyon ve öneminden hareket ederler suçların gruplandırılması konusunda hangi ölçütün esas alınacağı hususunda farklı görüşler olsa da bugün egemen olan görüş, gruplaştırma ölçütü olarak hukuksal değeri esas almaktadır. İbid 796. Hukuksal değerin saptanmasına ilişkin görüşler için bkz. İbid 800.

⁹ Berrin Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 107–108.



Çalışmamızda öncelikle kısaca bilişim ve bilişim suçu kavramlarını tanımlayacağız, ardından mukayeseli hukukta banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin fiillerin ceza kanunlarında nasıl ve nerede düzenlendiğini inceleyeceğiz akabinde doktrindeki farklı görüşleri değerlendirip kanaatimizi ortaya koyacağız.

I. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

765 sayılı TCK’da banka veya kredi kartlarıyla haksız yarar sağlama eylemlerine ilişkin müstakil bir düzenleme bulunmamaktaydı¹⁰. Doksanlı yılların sonlarında özellikle banka ve kredi kartı sayısının katlanarak artması ve toplumun geniş kesimlerinin bu ürünleri kullanmaya başlamasıyla birlikte malvarlığına karşı klasik suçların banka veya kredi kartı kullanılarak işlenmesi halinde nasıl bir cezalandırma cihetine gidilmesi gerektiği hem doktrinde hem de uygulamada sıklıkla tartışılmaya başlanmıştı. Bunun üzerine 765 sayılı TCK’ya 06/06/1991 tarihinde eklenen 525/b maddesi ile “*bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde edilmesi suçu*” ihdas edildi ve konu kısmen de olsa çözüme kavuşturulmaya çalışıldı¹¹. Ve bu düzenleme ile birlikte mevzuatımızda ilk defa bilişim alanında suçlar düzenlenmiş oldu¹². Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrası şu şekildeydi: “*Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan yirmi milyon liraya kadar ağır para cezası verilir*”¹³. Bununla birlikte, getirilen bu hükmün mevcut sorunlara çözüm getirdiğini söylemek pek mümkün değildi.

Ülkemizde banka ve kredi kartlarının kullanımının yaygınlaşması ve bankacılık sistemlerinin ilerlemesi doksanlı yılların sonlarına doğru gerçekleşmiştir. Banka veya kredi kartlarının şifrelerinin kırılarak başkasının hesabına para transferi veya harcama yapılması eylemlerinde bu kartlar adeta bir kilit gibi düşünülmekte, failin eylemi de bu kilidi kırarak saklı bulunan malı alma gibi değerlendirilmekteydi¹⁴.

¹⁰ Yavuz Erdoğan, *Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları* (Legal Yayıncılık 2012) 291.; Şahin Altuğ, ‘Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması’ [2021] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1, 5; Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları Ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2011) 130.

¹¹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Genişletilmiş ve güncellenmiş 18 baskı, Seçkin 2023) 1021. 765 sayılı TCK’nın bu hükmünün 5237 sayılı TCK’nın 245. maddesinin karşılığı olduğu şeklindeki görüş için bkz. Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları* (Beta 2009) 59. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 3) 1021; Karagülmez (n 2) 142.

¹² Bülent Yenigün, *Uygulamada Ve Yargıtay Kararlarında Doğrudan Bilişim Suçları* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2021) 1. Cengiz Apaydın, ‘Başkasına Ait Gerçek Bir Banka Veya Kredi Kartını Kart Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanmak Veya Kullandırmak’ (2020) Cilt: 15 Terazi Hukuk Dergisi 998, 999.

¹³ Bu düzenlemeye yöneltilen eleştiriler için bkz. Akbulut (n 2) 103., dn. 274, 275. Ayrıca bkz. ibid 102.

¹⁴ Ziya Koç, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması* (Adalet Yayınevi) 73. “8-10 Ekim 1999 tarihlerinde Bolu-Abant’ta düzenlenen Hukuki Açından Banka ve Kredi Kartları Sempozyumuna katılan Prof. Dr. K. Bayraktar özetle “*Kredi Kartının anahtara benzetilmesi ve sair alet*

Bu sebeple başkasına ait banka veya kredi kartları ile haksız çıkar sağlama eyleminin yukarıda yer verilen 525/b maddesinin 2. fıkrasında yer alan bilişim suçunu mu yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturacağı uygulamada tartışılmaktaydı¹⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu konuda verdiği karara kadar da uygulamada farklı yaklaşımlar söz konusuydu. Nihayetinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu konuda verdiği iki emsal karar, uygulamayı bir noktada yeknesaklaştırmaya başladı. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 6-62/72 sayı ve 11.04.2000 tarih¹⁶ ile 6-30/57 sayı

inde düşünülmesi mümkün değil, çünkü bir anahtarın sahip olduğu maddi imkan ile kredi kartının imkanı birbirinden farklı, birinde şifre kullanıyorsanız kredi kartını basit bir anahtara benzetmek mümkün değil” şeklinde görüş belirtmiştir.” Yarg. CGK., 11/04/2000, 6-62/72 sayılı karar metninden alınmıştır.

¹⁵ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Gnşlm ve güncellenmiş 8 bsk, Seçkin 2020) 367; Mehmet Emre Yıldız, *Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu* (Adalet Yayınevi 2015) 8. Tartışmalar için bkz. Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Adalet Yayınevi 2008) 158. “Önceden aldıkları karar doğrultusunda ortak suç işleme kastı ile birlikte hareket eden sanıkların, sahte kimlikler ile Dışbank’tan 1'er Akbank şubelerinden ikiye ve Garanti Bankasından üç adet kredi kartı alıp, bu kartlarla hem ATM makinesinden nakit para çekmek hem de alışveriş yapmak suretiyle haksız kazanç sağlamak şeklinde oluşan eylemlerinin kül halinde TCK’nun 504/1.madde ve fıkrasında öngörülen tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla zincirleme dolandırıcılık suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde bir isabetsizlik görülmediğinden tefliğnamedeki ATM makinalarından para çekme fiillerinin 525/b-2 maddesine girdiğine yönelik bozma düşüncesine iştirak edilmemiş, sanıklar hakkında TCK.nun 522.maddesinin uygulanması sırasında hesap hatası sonucu eksik ceza tayini ve sahte nüfus cüzdanı talep belgeleri ile nüfus müdürlüğüne başvurarak nüfus cüzdanı almaktan ibaret eylemlerinden dolayı TCK.nun 350/1-3, 80. maddeleri gereğince uygulama yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizlikleri aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”. Yarg. 11. CD., 14/04/2005, 1024/1909.

¹⁶ “Kısaca ATM olarak da adlandırılan Automated Teller Machine sisteminin işleyiş biçimine gelince, bu sistemin kullanılabilmesi için iki unsura gereksinim vardır, bunlardan birincisi kart diğeri ise kullanıcı şifresidir. Bu iki araca sahip olmadan, bir bilgi işlem biriminin parçası olan ve ana sisteme bağlı bulunan ATM makinelerini kullanma olanağı yoktur. Belirtilen karta ve şifreye sahip olan kişi, kartı makineye takıp şifreyi de yazdıktan sonra işlem sürecini başlatabilir. Ancak, kartı elinde bulunduran kişinin makine vasıtasıyla sisteme verdiği komutların yerine getirilebilmesi için ana kumanda merkezinin de bu komutları onaylaması gerekmektedir. Örneğin nakit para çekilmek istendiğinde hesapta para yoksa veya günlük çekme limiti dolmuş ya da herhangi bir nedenle hesap ana merkez tarafından kullanıma kapatılmışsa işlem, komut onaylanmayacağından yapılamaz. Bu olgu da gösteriyor ki ATM makineleri bir bilgi işlem sisteminin ünitesidir. Yine, sistemi harekete geçirmede kullanılan kartların geleneksel hırsızlık suçları bakımından sair alet olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir. Gelişen teknoloji ürünü olsalar da bu kartlar şifre olmadan kullanılamazlar, diğer bir söylemle sistemi tek başına harekete geçiremezler. Sistem harekete geçirilemeden bundan bir yarar sağlanması da söz konusu edilemez. Burada bilgisayar sisteminin harekete geçirebilen kartlar ile belirli bir yere girilmesi için kullanılan diğer kartların, fonksiyonları itibariyle yek diğerine benzemediği de belirtilmelidir. Ayrıca anahtar benzeri sair bir aletten söz edebilmek için mantiken bir kilidin de bulunması gereklidir. Bu bakımdan da ATM makinelerinde kullanılan kartları sair alet olarak saymaya olanak yoktur. Sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın üç farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi, Türk Ceza Kanununun 493/2. madde ve fıkrasındaki suçu değil aynı Yasanın 525/b-2. madde ve fıkrasında düzenlenen, bilgilerini otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturur”. Yarg. CGK.,



ve 10.04.2001 tarihli¹⁷ kararları ile sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın üç farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması şeklindeki eylemlerin, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 525/b-2. madde ve fıkrasında düzenlenen, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu

11.04.2000, 6-62 /72. Karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2000-6-62.htm>
E.T.12/12/2024.

- ¹⁷ “Bilgisayar kullanımının ağırlıklı olarak ekonomi alanına girmesi nedeniyle Amerika’da 1960’lı, Avrupa’da ise 1970’li yıllarda kuramsal ve uygulama boyutlarında (bilgisayar suçları) ile ilgilenilmeye başlanmış, birçok devlet iç hukuklarında bu konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapmış, ancak gelişen teknoloji ve konunun karmaşıklığı karşısında düzenleme biçiminde ortak bir sisteme ulaşamamışsa da, başlıca 2 sistem izlendiği görülmektedir. Bunların birincisinde, bilgisayar suçları koruduğu hukuki yarar itibarıyla, geleneksel suç tipi olarak tanımlanan (örneğin; hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik ve nas-ı ızzar gibi) belirli suç tiplerinden hangisiyle benzeşiyorsa, o geleneksel suç tipleriyle aynı bölüme yerleştirilmiştir. Başka bir deyişle, bilgisayarla işlenen dolandırıcılık suçu geleneksel dolandırıcılık suçu ile, bilgisayarla işlenen sahtecilik suçu ise geleneksel sahtecilik suçları ile aynı bölümde düzenlenmiştir. İkinci sistemde ise, hızla gelişen sibernetik evrimi dikkate alınmış, bilgisayar yoluyla yahut bilgisayara karşı gerçekleştirilen ve zaman içinde sayı ve nitelik olarak geliştiği ve önceden öngörülmesi zor biçimde çeşitlendiği görülen hukuka aykırılık yöntemleri de göz önünde tutularak, bilgisayar suçlarının geleneksel suç tiplerinden bağımsız ve tamamen ayrı suç tiplerini oluşturduğu kabul edilmiş, bunların ayrı yasalarda yahut ana kod niteliğindeki genel ceza yasalarında, ancak geleneksel suç tiplerinden farklı bölümlerde düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. İkinci sistemden etkilenen Ceza Yasamıza, 14.6.1991 tarihinde yürürlüğe giren 3756 sayılı Yasa ile 525. maddeden sonra gelmek üzere Bilişim Alanında Suçlar başlıklı on birinci bab eklenmiş olup, bu husus Yasanın gerekçesinde suçların uygulamada kolaylık sağlamak üzere ayrı bir bölümde toplanması tercih edilmiştir şeklinde açıklanmıştır. Ceza Yasamızın bu Bab’da yer alan 525/a maddesinde program veri ve diğer unsurları hukuka aykırı olarak ele geçirmek, bunları başkasına zarar vermek amacıyla nakil ve çoğaltmak, 525 c maddesinde sahte bir belgeyi oluşturmak amacıyla sisteme veri veya unsur yerleştirmek yahut var olan veri veya unsuru tahrif etmek, tahrif edilmiş olduğunu bilerek kullanmak, 525/b maddesinin birinci fıkrasında başkasına zarar vermek veya kendisi yada başkasına yarar sağlamak amacıyla sistemi veya verileri tahrif etmek, sistemin işlemesine engel olmak veya yanlış işlemlerini sağlamak, konumuzu ilgilendiren ikinci fıkrasında ise; bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlamak eylemleri cezai yaptırım altına alınmıştır. TCY’nın geleneksel nitelikli hırsızlık suçuna ilişkin 493/2. maddesinde de taklit anahtar, sair alet veya sahibinin terk ettiği veya kaybettiği anahtarları elde ederek yahut haksız yere elde bulundurulmuş asıl anahtarla bir kilidin açılması suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi yaptırım alma ve öğretide bir kilidi açan her türlü aletin (görünümü ve özelliği ne olursa olsun) sair alet olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Kısaca ATM olarak da adlandırılan Automated Teller Machine sistemi ise, önceleri yalnızca hafta sonları ve bankaların kapalı olduğu zamanlarda kişilerin para çekmelerini sağlamak üzere tasarlanmış “otomatik vezne” olarak adlandırılan bir makine iken, teknolojik gelişmelere paralel olarak günümüzde bankacılık faaliyetlerinin hemen tümünün gerçekleştirilmesine olanak sağlayan, ana sisteme bağlı ve çok geniş bir alana yayılmış olan bilgi işlem biriminin parçası haline gelmiştir. Sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın iki farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi, TCY’nın 493/2. madde ve fıkrasındaki suç değil aynı Yasanın 525/b-2. madde ve fıkrasında düzenlenen, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturur.” Yarg. CGK., 10.04.2001, 6-30/57. Bkz. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2001-6-30.htm>

oluşturacağına karar verilmişti¹⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, banka veya kredi kartlarının hırsızlık suçu bağlamında bir kilidin açılmasını sağlayan bir anahtar ya da sair bir alet olarak kabul edilemeyeceğini, bir anahtarın sahip olduğu imkân ile kredi kartı ve şifresinin sahip olduğu imkanın kıyaslanamayacağını, ATM'lerin bir bilişim sistemi ürünü olduğunu ve kart sokulup şifresi girildikten sonra ancak işlem yapılabilirdiğini belirtmiştir. Bu kararlardan sonra banka veya kredi kartının kötüye kullanılması fiillerinin bu kapsamda (765 s. TCK m. 525b/2) değerlendirilmesi hususundaki tartışmalar azalmış olsa da¹⁹, kartın ele geçiriliş veya kullanım biçimlerine göre eylemin dolandırıcılık suçu mu yoksa bilişim alanında işlenen suç mu olduğu, ayrıca failin kül halde tek bir suçtan mı yoksa kartın ele geçiriliş şekli de ayrı bir suç teşkil ediyorsa bu suçtan da ayrıca mı cezalandırılacağı hususunda tartışmalar devam etmekteydi²⁰. Hatta belirtmek gerekir ki, TCK'daki 245. madde düzenlemesi yapılırken “*her ne suretle olursa olsun*” ifadesi kartın ele geçiriliş şeklinin ayrıca suç teşkil etmesi halinde gerçek içtima uygulanacağını belirtmek ve bilhassa bu tartışmaları sonlandırmak amacıyla Kanun'a eklenmiştir.

O dönemdeki kararlarda görüldüğü üzere başkasına ait banka veya kredi kartı kullanılarak haksız yarar sağlanması şeklinde tezahür eden eylemler bazen hırsızlık suçu kapsamında görülmekte, bazen ise bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle haksız çıkar sağlama suçu kapsamında mütalaa edilmekteydi. Esasen o dönemden beri bu suçla ilgili tartışmaların tarihselliğini gözlemlemek bakımından bu kararlara işaret edilmiştir.

¹⁸ Kararların değerlendirmesi için bkz. Yüksel Günarşlan, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu* (1. bs, Seçkin 2017) 217.; Erdoğan (n 3) 291; Dülger (n 9) 368; Koç (n 8) 74.

¹⁹ “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hile ve desisenin, gerçek kişiye yönelmesi ve hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendine veya başkalarının yararına haksız bir menfaaat sağlanması gerekir. Sonuç olayda 5 yıl öncesine kadar madencilikle iştigal eden bir firma sahibi olan sanık Mehmet Akar'ın işlerinin bozulması üzerine haciz işlemlerinden kurtulmak için formalite olarak eşi olan diğer sanıktan boşanıp birlikte fikir ve eylem birliği içerisinde sanık Suzan Özışık'a ait olan Sevgi Saat ve Gıda Firmasına 18.09.2001 tarihinde Akbank'tan P.O.S. cihazı olan sanıkların, kendilerine internet bankacılığı hizmetinin verildiği 08.10.2001 günü saat 18:22-20:23 arası P.O.S. cihazından temin ettikleri yabancı bankaya ait kredi kartını geçirmek suretiyle alışveriş yapılmadığı halde yapılmış gibi gerçeğe aykırı olarak toplam 188 slip üreterek 09.10.2001 günü saat 06:35'de internet aracılığıyla %4 komisyon düşüldükten sonra 8.952.000.000 liranın firma hesabına aktarıldığı saat 07:56 da da internet aracılığıyla sanık Mehmet Akar'ın şahsi hesabına geçirildiği P.O.S. cihazının, alındığı tarihten suç tarihine kadar hiç kullanılmayıp, internet bankacılığı hizmetinin alındığı gün, banka ile yapılan American Express Kartlı Ödemeler Sözleşmesinin, sair hususlar başlıklı 6 ve P.O.S. işlemiyle ilgili kurallar başlıklı 8. maddeleri hükümlerine aykırı olarak suça konu kredi kartıyla 1.920.000.000, 900.000.000 ve 500.000.000 liralık başarısız provizyon girişimlerinde bankayı arayın uyarısına aldırınmayarak yasadışı rağmen slip bölmesi yapılarak 188 adet slip üretilmesi ve bunlardan 185 adedinde imza bulunmadığının anlaşılması karşısında gerçek kişiye yönelik bir hile ve desise bulunmadığından yüklenen dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı ve sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde TCK.nun 525/b-2, 80. maddelerinde öngörülen bilişim suçunu oluşturup sübut bulduğu gözetilmeden yazılı şekilde isabetsiz gerekçe ile beraatlerine hükmolunması”, Yarg. 11.CD., 31/05/2005, 7485/3074.

²⁰ Dülger (n 9) 367; Koç (n 8) 74.



Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması fiillerinin müstakil suç olarak ihdası ilk kez, TCK'nın 2003 tarihli tasarısında karşımıza çıkar. Tasarının “*banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması*” başlıklı 350. maddesi şu şekildedir: “*Başkasına ait veya diğer bir kişiye verilmesi gereken bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına haksız yarar sağlarsa üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve beş milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır. Aynı fiil bir banka veya kredi kartını tahrif ederek veya bunu sahtecilik suretiyle meydana getirerek işlendiğinde faile birinci fıkra gereğince verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*”.

TCK m. 245'teki güncel düzenlemeyle 2003 tasarısındaki düzenleme karşılaştırıldığında, tasarıda banka veya kredi kartının kötüye kullanılarak haksız yarar elde edilmesine ilişkin tek bir suç düzenlendiğini, eylemin sahte olarak meydana getirilen veya tahrifat yapılarak üretilen kartlarla işlenmesi halinin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak benimsendiği söylemek mümkündür. Üstelik güncel düzenlemeden farklı olarak tasarıda, “sahte bir banka veya kredi kartı üretmek, devretmek, satın almak veya kabul etmek” şeklinde bağımsız bir suç tipi mevcut değildir. Bu noktada tasarı, mevcut düzenlemeye göre eksiktir.

Öğreti ve uygulamadaki tartışmaları sonlandırmak amacıyla 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinde, Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz Ceza Genel Kurulu kararları da dikkate alınarak banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması fiilleri müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir²¹. Nitekim gerekçede bu husus “*aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legislerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç haline getirilmeleri uygun görülmüştür*” şeklinde vurgulanmıştır. İhdas edilen bu hükümle, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması yoluyla kart hamilleri veya bankalar aleyhine, kişilerin haksız yarar elde etmeleri önlenmek istenmiştir²². Hüküm, bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlense de, madde gerekçesinden görüleceği üzere kanun koyucu bu suçun hırsızlık, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçu gibi malvarlığına karşı işlenen klasik suçlar ile sahtecilik suçlarının haksızlık içeriklerinin bu suçta bulunduğunu belirtmiştir.

²¹ Dülger (n 9) 368; Erdoğan (n 3) 291.

²² <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>
Dülger (n 9) 368.

5237 sayılı TCK'nın 245 inci maddesinde üç farklı suçun düzenlendiğini ve bu suçlara farklı cezaların öngörüldüğünü söyleyebiliriz²³. Söz konusu suçlar şu şekilde sıralanabilir²⁴:

- “Gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu (TCK m. 245/1)”
- “Sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etme suçu (TCK m. 245/2)”
- “Sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlama suçu (TCK m. 245/3)”

II. BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇUNUN BİLİŞİM SUÇU OLUP OLMADIĞI MESELESİ

A. Genel Olarak

Bilişim alanındaki suçlarla ilgili mukayeseli hukuktaki düzenlemelere bakıldığında temelde iki yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bazı ülke kanun koyucuları bilişim ile ilgili suçları ayrı ve özel bir kanun çıkartmak suretiyle düzenlemekte iken (Amerika Birleşik Devletleri veya İngiltere gibi) bazı devletler (Almanya, Fransa, İspanya) ise ayrı ve özel bir yasa yapmak yerine mevcut ceza kanunları içerisinde uygun bir bölümde bu eylemleri cezai müeyyide altına alma yoluna gitmektedir²⁵. Bizim ülke uygulamamızda ikinci anlayış tercih edilmiş, bilişim suçlarına ilişkin ayrı özel bir kanun çıkarılması yerine mevcut ceza kanunumuzun uygun bir bölümünde bu suçlara yer verilmiştir²⁶.

²³ Mahmut Koca and İlhan Üzülmüş, *Türk ceza hukuku genel hükümler* (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş, 16 baskı, Seçkin 2023) 1025; Erdoğan (n 3) 295.

²⁴ Özbek, Doğan and Bacaksız (n 4) 1022; Günarslan (n 12) 59; Yıldız (n 9) 101. Kazuistik bir mahiyet arz etmesi nedeniyle bu suçun 5237 sayılı TCK'da düzenlenmesi gereksiz ise de uygulamada ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması adına Kanunda böyle bir hükme yer verilmesi isabetli olmuştur. Görüş için bkz. Yener Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu’nun Ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi’ (2011) 59 Journal of Istanbul University Law Faculty 51, 126.

²⁵ Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanındaki Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994) 505; Akbulut (n 2) 90.

²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu hususa dikkat çekmektedir: “Uyuşmazlığın çözülmesinde sağlıklı bir hukuki sonuca ulaşılabilmesi için öncelikle bilgisayar suçluluğunun tarihsel gelişimi ile Ceza Yasamızdaki konuya ilişkin düzenleme üzerinde durulmalı, sonrada sistemin işleyiş biçimi ile öğretilerdeki görüşler ele alınıp birlikte değerlendirilmelidir. Bilgisayar kullanımının ağırlıklı olarak ekonomi alanına girmesi nedeniyle Amerika’da 1960’lı Avrupa’da ise 1970’li yıllarda kuramsal ve uygulama boyutlarında (bilgisayar suçları) ile ilgilenilmeye başlanmış, birçok Devlet iç hukuklarında bu konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapmış, ancak gelişen teknoloji ve konunun karmaşıklığı karşısında düzenleme biçiminde ortak bir sisteme ulaşılammışsa da, başlıca 2 sistem izlendiği görülmektedir. Bunlardan birincisinde, bilgisayar boyutu geleneksel suç tipleri olarak belirtilen belirli suç kalıpları (örneğin, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik gibi) içerisine yerleştirilmiş, Yasamızın esinlendiği ikinci sistemde ise hızla gelişen siberetik evrimi ile gerçekleşme metot ve



5237 sayılı TCK'da “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu” 245. maddede “bilişim alanında suçlar” bölümünde (10.bölüm) düzenlenmiştir. Doktrinde bu fiillerin müstakil bir suç olarak düzenlenmesi zorunluluğu konusunda görüş birliği olsa da, suçun koruduğu hukuki değer ve dolayısıyla sistematik açıdan TCK'daki yeri tartışmalı bir konudur. Bankaların bilişim sistemleri, ATM'ler, banka veya kredi kartı ödeme sistemleri kullanıldığı için bu suçun bilişim suçları bölümü altında mı yoksa tıpkı hırsızlık, dolandırıcılık ya da güveni kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi bu suçun da ağırlıklı olarak koruduğu hukuki değer malvarlığı değerleri olması dolayısıyla, malvarlığına karşı suçlar bölümü altında mı düzenlenmesi gerektiği hususu öteden beri tartışmalıdır. Sadece öğretide değil, uygulama bakımından da bu tartışmalar söz konusudur. Ağırlık kazanan görüşler bu iki yönde tezahür etmekle birlikte, suçun özel bir Kanun olan 5464 sayılı BK-KK'da düzenlenmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır.

Kanun koyucu 245. maddenin gerekçesinde “*aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legislerinin tümünü de içeren bu fiillerin duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla bağımsız suç haline getirilmeleri uygun görülmüştür*” demektedir. Gerekçeden görüleceği üzere bu suç, her ne kadar bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlense de ilk bakışta daha çok malvarlığına karşı işlenen suç intibai uyandırmaktadır. Bununla birlikte tartışmayı derinleştirmek adına çalışmamızın devamında konuyu daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

B. Bilişim Suçu Kavramı

Sözlük anlamı olarak bilişim “*teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullanılan ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi*” olarak tanımlanabilir²⁷. Bilişim sözcüğünün kaynağı aynı kökten gelmekte olan Fransızca *informatique* sözcüğüdür²⁸. Zaman zaman bu kelime Türkçe'ye enformasyon olarak da çevrilmiştir²⁹. Ancak sonradan bu yabancı kökenli sözcük kullanımı terk edilerek bilişim sözcüğü kullanılmaya başlanmıştır³⁰.

usulleri de nazara alınarak bilgisayar suçlarının geleneksel suç tiplerinden bağımsız ayrı suçları oluşturduğunun kabulü ile buna göre ayrı bir düzenlenme yapılması yoluna gidilmiştir. Bu husus yasanın gerekçesinde suçların uygulamada kolaylık sağlamak üzere ayrı bir bölümde toplanması tercih edilmiştir şeklinde açıklanmıştır”. Yarg. CGK., 11/4/2000, 6-62/72.

²⁷ <https://sozluk.gov.tr/>

²⁸ Recep Yılmaz Yazıcıoğlu, ‘Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi’, (2005), 2(2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 403.

²⁹ A Caner Yenidünya and Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları* (1. bsk, Legal Yayıncılık 2003) 4.

³⁰ Dülger (n 9) 66. Bilgi vermek kökeninden gelen informatique sözcüğü yerine bilgi kökeninden gelen bilişim sözcüğünün kullanılması daha uygun bir seçim olmuştur. ibid.. Fransız akademisi tarafından 1967 yılında ortaya çıkan yeni bilim dalını tanımlamak amacıyla kabul edilen bilişim

Bilişim kavramı hukukçular tarafından birbirinden çok da farklı olmayacak şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, bilişim, insanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimidir³¹. Tanımda her ne kadar bilgisayar ifadesi geçse de bilişim sistemleri bilgisayarlarla sınırlı olmayıp bilgisayarın bazı özelliklerini yerine getiren akıllı cep telefonları, cep bilgisayarları, güvenlik araçları, POS cihazları, ATM'ler ve bazı ev aletleri de bilişim suçlarına konu olabileceklerdir.

Bilişim kavramına ceza mevzuatımızda ilk kez 1989 tarihli “Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısında” rastlanmaktadır³². Ön tasarının 342. maddesinin gerekçesinde, bilişim alanı, “*bilgileri toplayıp depo ettikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma sistemlerinden oluşan alan*” olarak tanımlanmıştır. 1997 ve 2000 tarihli TCK tasarılarının gerekçesinde de bilişim sistemi “*verileri toplayıp, yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma imkanı veren manyetik sistemler*” olarak tanımlanmıştır³³. 765 sayılı TCK’nın bilişim alanında suçları düzenleyen 525a ile 525d arasındaki madde metinlerinde bilişim ifadesi yer almasa da, bu suçların yer aldığı on birinci babın başlığı bilişim alanında suçlardır.

5237 sayılı TCK’nın “bilişim sistemine girme” başlıklı 243. maddesinin gerekçesinde ise bilişim sistemi açıkça tanımlanmıştır. Buna göre, “*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler*” bilişim sistemi olarak tanımlanmıştır.

Hangi suçların bilişim suçu olduğu konusunda üzerinde birlik sağlanan bir tanım bulunmasa da “Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonunun” Paris Toplantısında (Mayıs 1983) yaptığı tanım geniş kesimlerce kabul gören bir tanımdır. Buna göre, bilişim suçları “*bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış*” şeklinde tanımlanmıştır³⁴.

Bilişim suçları bağlamında bizim uygulamamız bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu doğrudan bilişim suçları (gerçek bilişim suçları) ve dolayısıyla bilişim suçları (bilişim bağlantılı suçlar) olarak ikili bir ayrım yapmakta ve TCK’nın

terimi, Türkiye’de ilk defa Prof. Dr. Aydın Köksal tarafından kullanılmıştır. Bkz. Aydın Köksal, *Adl Bilgisayar Olsun, Cumhuriyet Kitapları, Bilişim Yazıları*, (Cumhuriyet Kitapları Yayınevi, 2010) 411. Ayrıca bkz. Mesut Orta, ‘*Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması, Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması*’ (Adli Bilişim), (Yetkin Yayınları, 2015) 48- 49.

³¹ Dülger (n 9) 68.; Emin Doğan Aydın, *Bilişim Suçları Ve Hukukuna Giriş* (1. bsk, Doruk yayımları 1992) 3.; Yenidünya and Değirmenci (n 23) 27.

³² Erdoğan (n 2) 6; Yenidünya and Değirmenci (n 22) 28; Orta (n 23) 76.

³³ Yenidünya and Değirmenci (n 23) 28; Vural Savaş and Sadık Mollamahmutoğlu (eds), *Türk Ceza Kanunu’nun yorumu* (3. bsk, Seçkin Yayınevi 1999) 5857..

³⁴ Özbek, Doğan and Bacaksız (n 4) 1021.



243, 244 ve 245. maddelerinde düzenlenen suçları doğrudan bilişim suçu; klasik suçların bilişim sistemlerinden yararlanılarak işlenmesini ise dolayısıyla bilişim suçları (m. 142/2-e, m. 158/1-f) olarak sınıflandırmaktadır³⁵. Bu bağlamda Yargıtay “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” suçunu doğrudan bilişim suçu olarak değerlendirmektedir.

C. Mukayeseli Hukuktaki Durum

Bilişim sistemlerine yönelik eylemler sınır aşan yapısı dolayısıyla hemen hemen bütün ülkeler tarafından çeşitli hukuki düzenlemelere konu olmuştur³⁶. Farklı ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında bunların büyük çoğunluğunda “bilişim sistemi aracılığıyla dolandırıcılık, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, hırsızlık, sisteme yetkisiz girme, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, sistemlerin kötüye kullanılarak haksız yarar sağlanması” gibi eylemlerin suç olarak düzenlendiğini görmekteyiz³⁷.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu özelinde bakıldığında da, mukayeseli hukukta konunun farklı şekillerde ele alındığını, bazı ülke uygulamalarında tıpkı bizde olduğu gibi, bu fiillerin müstakil bir suç olarak ihdas edildiğini, bazılarında ise, müstakil bir düzenleme yerine, konunun sahtecilik, dolandırıcılık gibi temel suç tiplerinde ele alındığını görmekteyiz. Yine bazı ülkelerde gerçek bir banka veya kredi kartını kullanarak haksız bir yarar sağlanması eylemi mülkiyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş iken, bu kartlarda sahtecilik yapma eylemi ise ilgili kanunların sahtecilik bölümünde düzenlenmiştir. Bizim Kanunumuzda ise bu suç tipleri aynı madde altında, 245.maddede ve bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bakımdan özellikle korunan hukuki değer bağlamında mukayeseli hukukta farklı düzenleme ve kabullerin söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Bazı örnekleri inceleyecek olursak:

Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde; Birleşik Devletler Yasası’nın (USC) ticaret, alım ve satım başlıklı 15.kısımında (*commerce and trade*) kredi kartlarının kötü niyetli olarak haksız menfaat temini maksadıyla kullanımı ve uygulanacak cezai yaptırımların düzenlendiği 1644. madde hükmü bulunmaktadır (15 USC §1644)³⁸. Ülke uygulamasında da sıklıkla karşılaşılan hüküm bu hükümdür³⁹. Bu suçta Amerikan kanun koyucusu, sahte, uydurma, değiştirilmiş, taklit edilmiş, kaybolmuş,

³⁵ Yenigün (n 6) 3.; Yarg. CGK, T. 25/05/2010, 25/123. Aynı yönde bkz. Yarg. CGK., T. 17/11/2009, 193/268; Yarg. 11. CD., 07.10.2009, 1616/11328.

³⁶ Dülger (n 9) 213.

³⁷ ibid; Akbulut (n 2) 89.

³⁸ Brian F Caminer, ‘Credit Card Fraud: The Neglected Crime’ (1985) 76 The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-) 746, 750.

³⁹ Güncel Yasa metni için <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=%22credit+card%22&f=treesort&fq=true&num=33&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title15-section1644> et. 29/09/2024. ibid 751. Ayrıca bkz. Koç (n 8) 42.

çalınmış veya hileli yollarla elde edilmiş bir kredi kartının kullanılarak menfaat elde edilmesini cezalandırmaktadır⁴⁰. Amerikan kanun koyucusu, başkasına ait bir kredi kartını çalarak, hileli bir şekilde ele geçirerek kötüye kullanma ile üzerinde sahtecilik yapılmış veya taklit edilmiş bir kredi kartının kötüye kullanılması aynı madde altında düzenlemiştir. Hükmün düzenlendiği üst başlık ise ticaret, alım ve satım bölümüdür. Anglo-Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sisteminden oldukça farklılık arz ettiğini de gözeterek, Amerikan düzenlemesinin, TCK'dan oldukça farklılık gösterdiğini söylemek gerekir. Örneğin TCK m. 245'te birinci fıkrada "her ne suretle olursa olsun" denilerek kartın ele geçiriliş veya elde bulundurulmuş şeklinin önemli olmadığı vurgulanmakta iken ABD düzenlemesinde "kaybolmuş, çalınmış veya hileli yollarla elde edilmiş" bir kredi kartı denilerek kartın ele geçirilebilme şekilleri tek tek sayılmıştır. Yine kredi kartında sahtecilik veya taklidinin yapılması da aynı maddede cezalandırılmıştır.

Almanya örneğine baktığımızda ise Kıta Avrupası'nda bilişim suçları alanındaki ilk çalışma ve düzenlemelerin Almanya'da yapıldığını söylememiz gerekir⁴¹. Alman Ceza Kanunu'nun (*Strafgesetzbuch – StGB*)⁴² dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma başlıklı 22. bölümünde ve güveni kötüye kullanma suçu kapsamında 266b maddesi olarak düzenlenen "*çek ve kredi kartlarının kötüye kullanılması*" suçu ile para ve kıymetli damgalarda sahtecilik bölümünde düzenlenen "*ödeme kartlarında, çeklerde ve senetlerde sahtecilik*" başlıklı 152a maddesi ve "*garantili ödeme kartlarında ve Euro-çek formlarında sahtecilik*" başlıklı 152b maddesi; TCK'nın 245. maddesinde düzenlenen suça benzer düzenlemeler içermektedir⁴³.

Alman Ceza Kanununun düzenleme sistematigi açısından bizden farklılık arz eden kısmı, bu düzenlemelerin, bilişim alanında suçlar başlığı altında ve tek bir

⁴⁰ 15 USC §1644: (a) Eyaletler arası veya dış ticareti etkileyen işlemlerde kartın kullanılması, kullanılmasına teşebbüs edilmesi veya bu amaçla komplo kurulması Eyaletler arası veya dış ticareti etkileyen bir işlemde bilerek sahte, uydurma, değiştirilmiş, taklit edilmiş, kaybolmuş, çalınmış veya hileli bir şekilde elde edilmiş bir kredi kartını kullanarak, herhangi bir yıllık süre içinde değeri 1.000 ABD Doları veya daha fazla olan para, mal, hizmet veya başka bir değerli şey elde eden veya kullanmaya teşebbüs eden veya komplo kuran kişi; veya
(b) Eyaletler arası ticarete kartın taşınması, taşınmasına teşebbüs edilmesi veya taşınması için komplo kurulması Sahte, uydurma, değiştirilmiş, taklit edilmiş, kaybolmuş, çalınmış veya hileli bir şekilde elde edilmiş bir kredi kartını, sahte, uydurma, değiştirilmiş, taklit edilmiş, kaybolmuş, çalınmış veya hileli bir şekilde elde edilmiş olduğunu bilerek, yasadışı veya hileli bir şekilde eyaletler arası veya dış ticarete taşıyan veya taşımaya teşebbüs eden veya komplo kuran kişi... 10.000 doları aşmayan para cezasına veya on yılı aşmayan hapis cezasına veya her ikisine birden çarptırılır. Şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹ Fatih S Mahmutoglu, 'Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu' (2011) 59 Journal of Istanbul University Law Faculty 39, 43.

⁴² Alman Ceza Kanununun (Strafgesetzbuch – StGB) İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1542 e.t. 30/11/2022.

⁴³ Ali İhsan Erdağ, 'Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)' (2010) 14 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275, 297. Ayşe Nuhoglu, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması* (Analiz Basım Yayın) 78–83.



hüküm içerisinde ele alınması yerine Kanunun farklı bölümlerinde ve ayrı hükümler içerisinde düzenlenmesinin söz konusu olmasıdır⁴⁴. Örneğin yukarıda izah ettiğimiz gibi TCK m. 245/1'e benzeyen düzenleme Alman Ceza Kanununun "dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma" suçu başlıklı 22. bölümünde düzenlenmiş iken⁴⁵, ödeme kartlarında sahtecilik fiillerini cezalandıran Alman Ceza Kanununun 152a maddesi ise "para ve kıymetli damgalarda sahtecilik" bölümünde düzenlenmiştir⁴⁶. Alman doktrininde, bu suçun nakit olmadan yapılan ödeme işlemlerinin güvenliğini ve işlevselliğini koruduğu belirtilmektedir⁴⁷. Alman kanun koyucusu, banka veya kredi kartları ile haksız çıkar sağlamayı mülkiyete karşı suç olarak değerlendirmekte iken, bu kartlarda yapılan sahteciliği 'sahtecilik' bölümünde düzenlemiştir. Ayrıca dikkat edilecek olursa Alman kanun koyucusu, banka kartı terimi yerine "ödeme kartları" terimini tercih etmiştir. Ödeme kartı terimi bizdeki banka kartını içine alan ve ödeme fonksiyonu olan tüm kartları kapsayan daha geniş kapsamlı bir terimdir. Bizim kanunumuz bakımından da banka veya kredi kartları esasen bir belge olarak sayılabilir de, kanun koyucu belgede sahtecilik suçlarından farklı olarak banka veya kredi kartlarındaki sahtecilik fiillerini ayrı bir suç olarak ihdas etmiştir.

Birleşik Krallık (United Kingdom) da bilişim hukukuna ilişkin problemlerin ilk ortaya çıktığı ülkelerden bir tanesidir. TCK m. 245/1'de düzenlenen "başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartını kötüye kullanarak haksız yarar sağlama suçunun" Birleşik Krallık'taki karşılığı "2006 tarihli Dolandırıcılık Kanunu'nda" (*The Fraud Act 2006*)⁴⁸ karşımıza çıkar. Bizdeki düzenlemeden farklı olarak, Birleşik Krallık uygulamasında banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması fiillerine ilişkin müstakil bir suç ihdası söz konusu değildir. Eylem genellikle dolandırıcılık veya hırsızlık gibi malvarlığına karşı işlenen klasik suçlar bağlamında değerlendirilmektedir.

Bizdeki TCK m. 245/2'nin karşılığı olan banka veya kredi kartlarında yapılan sahtecilik eylemleri ise, Birleşik Krallık hukukunda 1981 tarihli Sahtecilik ve Kalpazanlık Yasası (*Forgery and Counterfeiting Act 1981*) kapsamında ele alınmakta-

⁴⁴ Erdağ (n 37) 297–298.

⁴⁵ StGB 266b'nin TCK m. 245/1'den önemli farkları vardır. Bu suçun faili yalnızca kart hamili olabilir ve suçtan zarar görende kartı çıkaran bankadır. Schönke/Schröder/Perron, 30. baskı 2019, StGB § 266b Rn. 2, 7. <https://beck-online.beck.de/Home E.T.03/01/2025>. StGB 267.maddesinde belgede sahtecilik suçları da cezalandırılmakta iken, bu düzenleme ödeme araçlarındaki sahteciliği tam ve etkili olarak karşılamadığı için ayrıca 152a maddesi hüküm altına alınmıştır. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben StGB § 152a Rn. 1a.

⁴⁶ MüKoStGB/Erb, 4. Aufl. 2021, StGB § 152a Rn. 6. <https://beck-online.beck.de/Home E.T.03/01/2025>.

⁴⁷ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. 2019, StGB § 152a Rn. 1, 1a. <https://beck-online.beck.de/Home E.T.03/01/2025>.

⁴⁸ M Levi and J Burrows, 'Measuring the Impact of Fraud in the UK: A Conceptual and Empirical Journey' (2007) 48 British Journal of Criminology 293, 299. Madde metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/contents e.t. 25/09/2024>.

dır⁴⁹. Bu yasanın ilk bölümünde bir kişinin sahte olduğunu bildiği bir belgeyi elinde bulundurması, üretmesi, bir başkasını kabule zorlaması, kendi veya bir başkasının zararına kullanmaya ikna etmesi eylemi cezalandırılmaktadır⁵⁰. Banka kartları ve kredi kartları da sahteciliğe konu olabilecek belgeler arasında sayılmaktadır⁵¹. Benzer şekilde çekler, ödeme emirleri de yine bu sahteciliğe konu olabilecektir. Görüldüğü üzere İngiliz kanun koyucusu, banka ve kredi kartlarındaki sahteciliği belgede sahtecilik suçları bağlamında düzenlemiştir.

Kanada Ceza Kanunu'nun 9. bölümü “*mülkiyet hakkına karşı suçlar*” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde kredi kartlarıyla ilgili sahtecilik, hırsızlık gibi fiiller müeyyide altına alınmaktadır⁵². Kanunun hırsızlığa benzeyen suçlar (*Offences Resembling Theft*) başlıklı bölümünün 342. maddesinde kredi kartlarına yönelik hukuka aykırı fiiller müeyyide altına alınmaktadır. Görüldüğü üzere Kanada kanun koyucusu bu suçlarla korunan hukuki değeri mülkiyet hakkı olarak gördüğü için suçu da bu bölümde düzenlemiştir. Bizdeki düzenleme ise bilişim alanında suçlar bölümündedir. Kanada CK'na bakıldığında şunları söyleyebiliriz:

İlgili düzenlemenin ilk bölümünde bir kredi kartının çalınması, tahrif edilmesi veya sahtesinin yapılması, böyle bir kredi kartının bu şekilde elde edildiğini bilerek kartın ticaretinin yapılması, kullanılması, zilyetliğine sahip olunması cezai yaptırıma bağlanmaktadır. Hükme göre bu eylemlerin cezası üst sınırı 10 yılı aşmayan bir hapis cezasıdır. Fiillerin takibi resen yapılmakta olup, fail jürisiz olarak yargılanmaktadır⁵³. Kanada Ceza Kanununda gerek kredi kartlarının kötüye kullanılmasına yönelik eylemler gerekse de bu kartların taklit veya sahtesinin yapılmasına ilişkin fiiller “mülkiyete karşı suçlar” başlığı altında tek bir hükümde düzenlenmiştir. Korunan hukuki değer daha çok mülkiyet hakkıdır⁵⁴.

İspanya Ceza Kanunu banka ve kredi kartının kötüye kullanılması sonucunda haksız yarar elde edilmesini malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlemiştir⁵⁵. Banka

⁴⁹ Madde metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/45/section/5> e.t. 25/09/2024.

⁵⁰ Levi and Burrows (n 42) 301.

⁵¹ ibid 302.

⁵² Martin PJ Kratz and Bennett Jones Verchere, ‘Canada’s Computer Crime Laws: Ten Years of Experience’ in Sokratis K Katsikas and Dimitris Gritzalis (eds), *Information Systems Security* (Springer US 1996) 128 <http://link.springer.com/10.1007/978-1-5041-2919-0_11> accessed 6 January 2025. Kanada Ceza Kanunu için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-50.html#h-121811> e.t. 28/09/2024.

⁵³ Koç (n 8) 58. Kanun metni için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-47.html#h-121811> e. t. 28/09/2024.

⁵⁴ Kratz and Verchere (n 46) 128–129.

⁵⁵ Pilar Otero, ‘Criminal Law and the Risks Posed by Internet. An Examination of Spanish Criminal Law’ in Juan Cayón Peña (ed), *Security and Defence: Ethical and Legal Challenges in the Face of Current Conflicts* (Springer International Publishing 2022) 83 <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-95939-5_6> accessed 6 January 2025. İspanya Ceza Kanunu için bkz. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20240611&tn=1#a248>. İspanya

ve kredi kartları, seyahat çekleri ile nakit dışındaki diğer ödeme araçlarındaki sahtecilikler ise belgede sahtecilik bölümünde 399. mükerrer maddesinde düzenlenmiştir.

İspanya CK'nın 249. maddesinin 1-b alt bendinde ise kredi kartı, banka kartı, seyahat çeki veya nakit dışında herhangi bir maddi veya manevi ödeme aracını veya bunların içindeki verileri sahtekarlıkla kullanarak, sahibine veya üçüncü kişiye zarar verilmesi eylemi cezalandırılmaktadır⁵⁶. Bizdeki düzenlemeden farklı olarak sadece banka veya kredi kartı değil, diğer ödeme araçları ve hatta seyahat çekleri de bu suça konu olabilecektir. İspanyol kanun koyucusu banka ve kredi kartlarını kötüye kullanarak haksız yarar sağlama eylemlerini dolandırıcılık suçu bağlamında mütalaa etmiştir.

Banka ve kredi kartları, seyahat çekleri ile nakit dışındaki diğer ödeme araçlarındaki sahtecilikler ise belgede sahtecilik bölümünde 399.mükerrer maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm İspanya Ceza Kanununa 23/06/2010 tarihinde yapılan bir değişiklik ile eklenmiştir. Bizim Kanunumuzdaki TCK m. 245/2 düzenlemesine oldukça benzemektedir. Hatta bu hükmün 4. fıkrasında sahteliğini bilerek bir banka veya kredi kartını üzerinde bulundurmak da suç olarak sayılmıştır.

Banka veya kredi kartlarında yapılan sahteciliğe ilişkin düzenleme olan Kanunun 399. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“kredi kartlarını veya banka kartlarını veya seyahat çeklerini değiştiren, kopyalayan, çoğaltan veya başka bir şekilde tahrif eden kişi, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Tahrif edilmiş etkilerin halkın geneline etkilemesi veya gerçeklerin bu faaliyetlere yönelik bir suç örgütü çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın üst yarısı uygulanacaktır”*⁵⁷. İspanyol Kanun Koyucusu, banka veya kredi kartlarının tahrif edilmesi veya sahtesinin yapılması ile, başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasını farklı hükümlerde düzenlemiştir.

D. Kanaatimiz: Malvarlığına Karşı Suç Mu-Bilişim Alanında Suç Mu?

TCK m. 245'te düzenlenen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun” TCK'nın “topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “bilişim alanında suçlar” başlıklı onuncu bölümünde” düzenlendiğini ve doktrinde suçun düzenlendiği yerin malvarlığına karşı suçlar bölümü olması gerektiğine ilişkin görüşler bulunduğunu yukarıda belirtmiştik.

TCK m. 245'te yer alan düzenlemenin bilişim suçu olup olmadığını ilişkin tartışmayı açarken yukarıda öncelikle bilişim suçu ve benzer kavramlara ilişkin açıklamalar yapmıştık. Bu bağlamda dar anlamda bilişim suçu ile geniş anlamda bilişim

Ceza Kanunun İngilizce tam metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf E.T.06/01/2025.

⁵⁶ https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf

⁵⁷ Koç (n 8) 59.

suçu ayırımına değinmekte de yarar görüyoruz⁵⁸. Dar anlamda bilişim suçlarında korunan hukuki değer bir bilişim sisteminin işleyişi ile bu sistemde yer alan verilerin güvenliğini, dokunulmazlığını sağlamaktır. Bu suçlarda fiil unsuru doğrudan ya bilişim sistemine ya da bu sistemde yer alan verilerin işleyişine yöneliktir. Bu suçlara örnek olarak TCK m. 243 ve m. 244’te yer alan suçlar verilebilir⁵⁹. Geniş anlamda bilişim suçlarında ise bilişim sistemleri başka suçların işlenmesinde araç olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu bazı suçların işlenişinde bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasını nitelikli hal olarak öngörmüştür⁶⁰. Bununla birlikte, bu suçların bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi bu suçlarla korunan hukuki değerde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Örneğin, TCK m. 142/2-e bendinde “hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi” daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. “Hırsızlık suçunun bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi” bu suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olduğuna dair kabulü değiştirmemektedir⁶¹.

Bilişim sistemlerinin suçun işlenmesini kolaylaştırması ya da suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması o suçların salt bilişim suçu olarak kabul edilmesini gerektirmez⁶². O suçla korunan hukuki değer sırf suçun işlenmesinde bilişim sistemi kullanıldığı için değişiklik göstermez⁶³. Baskın olarak korunan hukuki değer malvarlığı olduğu bir suçun bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi korunan hukuki değer malvarlığı olduğu gerçeğini örtmez. Örneğin bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarında kanun koyucu fiilin bu şekilde işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Ancak bu suçlar malvarlığına karşı işlenen klasik suçlardır. Bilişim suçu değildir. Suçun icrasında bilişim sistemleri kullanıldığı için o suçu bir bilişim suçu olarak kabul etmek, ileride her suçun bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebileceği ihtimali karşısında bilişim suçlarının kapsamını öngörülemeyen şekilde genişletecektir.

Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen bazı suçlar birden fazla hukuki varlık veya menfaati koruyabilmektedir⁶⁴. Bu durum yalnızca TCK m. 245’te düzenlenen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna” has bir durum değildir. Böyle durumlarda yani suç teşkil eden fiilin birden fazla varlık veya menfaati ihlal

⁵⁸ Zakir Aşar and Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku* (Türkiye Bankalar Birliği 2010) 124.

⁵⁹ ibid 125; Yıldız (n 9) 24.

⁶⁰ TCK’nın muhtelif yerlerinde suçun işlenişinde bilişim sisteminin aracı olarak kullanılması daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak öngörülmüştür. Örneğin TCK m. 142/2-e, m. 158/1-f, m. 228/3.

⁶¹ Keza dolandırıcılık suçunun bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle işlenmesi nitelikli dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesine rağmen korunan hukuki değerde bir değişiklik yapmamaktadır.

⁶² Yıldız (n 9) 25.

⁶³ Erdoğan (n 3) 293.

⁶⁴ Nevzat Toroslu ‘İftira Cürümünün Hukuki Konusu’ (1980) 37 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 107, 109- 110.



etmesi ve bunların Kanun tarafından nazara alınması halinde dahi bu menfaatlerden sadece biri ceza normunun sağladığı hukuki korumadan faydalanacaktır⁶⁵. Somut olarak şunu söylemek istiyoruz: Örneğin birden çok hukuki menfaati koruyan suçlarda ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için suçun esas nüvesini teşkil eden menfaatin sahibinin rıza göstermesi gerekir ki fiil hukuka uygun olarak kabul edilsin. Suç birden fazla hukuki değeri korusa bile bu hukuki değer sahiplerinin tümü, ilgilinin rızası bağlamında fiile rıza gösterebileceklerdir şeklinde bir yorum kabul edilemez. Bu nedenle de ilgili suç yönünden rıza gösterebilecek sujenin belirlenmesi adına suçla korunan hukuki değerlerin tespit edilmesi gerekir⁶⁶.

Karma hukuki değerleri koruyan suçlarda baskın olarak korunan hukuki değerlerin belirlenmesinin pratikte önem arz eden önemli bir diğer sonucu ise şikayet hakkının kullanımı bakımından karşımıza çıkmaktadır. Suçla korunan hukuki değerlerin isabetli bir şekilde tespiti şikayette bulunma hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi bakımından önemlidir. Şikayette bulunma hakkı, normun koruduğu farklı menfaatlardan o suçu öngören normun esas olarak korumayı amaçladığı baskın varlık veya menfaatin sahibine aittir⁶⁷. Suçla korunan hukuki değerlerin önem arz etmesinin bir diğer önemli gerekçesi de yukarıda da işaret ettiğimiz gibi suçların tasnifi yönündendir. Farklı veya karma hukuki değerlerin korunduğu suç tiplerinde suçların tasnifi yönünden birinci dereceden korunan (baskın) bir hukuki değer veya menfaati seçme zorunluluğu vardır. Aksi takdirde karma hukuki değerleri ihlal eden suçların tasnifinde çözümü imkânsız çelişkiler doğabilir⁶⁸.

Suçun hukuki konusu ceza kuralı ile korunan bir suçun ihlal ettiği ferdi veya toplumsal maddi veya manevi bir menfaati ifade eder⁶⁹. Hukuki konu deyiminden suçun koruduğu menfaat anlaşılır. Her suçun aktif bir süjesi yani faili olduğu gibi bir de hukuki konusu mevcuttur⁷⁰. Hukuki konu terimi suçun maddi konusundan da farklıdır. Fakat hukuki konu ile maddi konu arasında hiçbir ilginin bulunmadığı da söylenemez. Aralarında bir irtibat söz konusudur. Pek çok suçta, hareketin konusunu oluşturan kişi veya şey aynı zamanda ceza normunun koruduğu menfaati belirtir. Maddi konu ile hukuki konu arasındaki önemli farklardan bir tanesi; maddi konu suçun kanunilik unsuru kapsamında nazara alınmış iken, hukuki konu kanuni tipin dışında kalır⁷¹. Bir diğer ifadeyle hukuki konunun fail tarafından bilinmiş veya öngörülmüş olmasına gerek yoktur⁷².

⁶⁵ İbid.

⁶⁶ İbid.

⁶⁷ İbid.

⁶⁸ İbid.

⁶⁹ Faruk Erem 'Suçun Konusu Ve Hümanist Doktrin' (1968) 25 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11,12.

⁷⁰ İbid 25; Ünver (n 2) 124.

⁷¹ İbid.

⁷² İbid.

İşte bu noktada yani karma hukuki değerleri koruyan suçlarda birinci dereceden korunacak olan ve hükmün esas koruma gayesini oluşturan hukuki değerın nasıl belirleneceğı karşımıza çıkan önemli bir sorundur. Böyle durumlarda suçun hukuki konusu üstünlük ölçüsüne göre belirlenmelidir⁷³.

Doktrinde Toroslu, böyle bir durumda suçun hukuki konusunun tayininin, şu veya bu kategoriye sokulmasının, üstünlük kriterine müsteniden gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁴. Karma hukuki değerlerden hangisinin diğerinden üstün olarak korunması gerektiğine karar verecek olan makam da kanun koyucudur⁷⁵. Suç teşkil eden ihlalin muhtelif hukuki konuları arasından kendine daha önemli ve daha karakteristik geleni belirlemek ve normun üstün gayesini tespit etmek görevi kanun koyucuya aittir⁷⁶. Bununla birlikte ihlal edilen diğer hukuki menfaatlerin de hiçbir önem ifade etmedikleri de söylenemez⁷⁷. Bu korunan diğer hukuki menfaatler farklı bir alanda nazara alınabilmektedirler⁷⁸. Suçla korunan hukuki yararın ne olduğunu belirlerken başvurulabilecek yorum araçlarından birisi de suçun düzenleniş amacının tespittir (ratio legis)⁷⁹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK'nın 245. maddesinde düzenlenen suç ile korunmak istenen hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır⁸⁰.

⁷³ Toroslu (n 4) 288-289; Okuyucu Ergün (n 1) 1067. Yazar birden fazla hukuki varlık veya menfaatin ihlal edildiğı suçlarda suçun hukuki konusunun üstünlük ölçütüne göre belirleneceğini, bu belirlemeyi yapacak olanın ise kanun koyucu olduğunu, kanun koyucunun muhtelif hukuki varlık veya menfaatlerden hangisine üstünlük tanımışsa ona göre bir sistematik belirleyeceğini ifade etmektedir. Kanun koyucunun bu tespitinden sonra da yorumcu bu seçimi kabul etmek ve değerlendirmelerini buna göre yapmak durumundadır. Açıklamalar için bkz. Okuyucu-Ergün (n 67) 1067. Ayrıca bkz. Toroslu (n 65) 110.

⁷⁴ Toroslu (n 4) 288.

⁷⁵ İbid. Yazara göre kanun koyucunun bu tespitinin tamamen ilim alanı dışında cereyan ettiğı söylenemeyeceğı gibi tamamen ilmi bir esasa sahip olduğı da söylenemez. Kanun koyucu, suçların sosyal hayatın ritmini yakalamalarının zaruretinin bir gereğı olarak geniş anlamda politik ve pratik kriterlerden ilham almak mecburiyetindedir. İbid 289.

⁷⁶ İbid.

⁷⁷ İbid.

⁷⁸ İbid. Müellif, eserinin 289. sayfasında şu örneğı vermektedir: Örneğın iftira suçunun hukuki konusunun adliye idaresinin ihlali mi yoksa şahsın şerefının ve hürriyetinin ihlali mi olduğı uzun tartışmalara sebebiyet verse de modern yasamalar adli faaliyetin muntazam şekilde icrasına ilişkin ihlale üstünlük tanımışlardır. İbid 289.

⁷⁹ Veli Özer Özbek 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu' (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan) 1019, 1021. Yazar aynı yerde ve devamındaki sayfada TCK m. 245/1'de düzenlenen suçun her ne kadar bilişim alanında suçlar başlığı altında yer alsa da aslında bu suçun daha çok malvarlığına karşı suç izlenimi verdiğini belirtmektedir. İbid 1022. Yine müellife göre, durum böyle olmakla birlikte suçla korunan hukuki yararı belirlerken yararlandığımız ve sistematik yorum olarak da ifade edilen suçun düzenlendiğı yer yaklaşımı anlamsız hale gelmekte ve bir çelişki hali ile karşılaşılmaktadır. İbid.

⁸⁰ Özbek, Doğan and Bacaksız (n 4) 1023.. Esasen suçun düzenlendiğı yer itibariyle bir yandan topluma karşı suç olduğı kabul edilirken diğer yandan bilişim suçu olduğı da kabul edilmiştir. Korunan hukuki yarar karma nitelik arz ettiğinden ve bilişim sistemi ile işlendiğinden kanun koyucunun tercihi suçun düzenleniş yeri itibariyle bilişim alanında suçlar bölümü olmuştur. ibid.



Çalışmaya konu edilen suç olan TCK'nın 245. maddesiyle bir yandan kart hamilinin malvarlığı diğer yandan ise ekonomik yapının ve kartlı ödemeler sisteminin sağlıklı bir şekilde işleyişi korunmaktadır. Suçun işlenmesiyle hem kart hamili zarar görmekte hem de banka ve kredi kartlarının mülkiyeti, kartı çıkaran bankaya ait olduğundan bu kuruluşlar zarar görmektedir. Üstelik bu banka veya kuruluşların verdikleri kartların sahtelerinin üretilabiliyor olması bunların ticari itibarlarını da zedelemektedir. Bununla birlikte, bu karma niteliğe rağmen bu suçla korunan hukuki değerler arasında en baskın olanının kişinin, kart hamilinin malvarlığı değeri olduğunu söylememiz gerekir. Zira bu suçun işlenmesiyle kart hamilinin malvarlığı üzerinde ciddi kayıplar ortaya çıkabilmektedir⁸¹.

Kanaatimizce bilişim suçlarından esas itibarıyla anlaşılması gereken dar anlamda bilişim suçlarıdır. TCK m. 245'te yer alan suç tipinin koruduğu hukuki değerlerin karma nitelikte olduğu göz önüne alındığında bu suçun esasen geniş anlamda bir bilişim suçu olduğu söylenebilir⁸². Bir suçun işlenmesinde banka veya kredi kartlarının, ATM'lerin, POS cihazlarının ya da bankaların internet şubeleri gibi bilişim sistemlerinin kullanılıyor olması tek başına bir suçun bilişim suçu olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmamalıdır. TCK m. 245'in bilişim suçları başlığı altında düzenlenmesi de bu suçu bilişim suçu haline getirmez. Bu sebeple suçun düzenlenme yeri Kanunun "malvarlığına karşı suçlar" başlıklı bölümü olmalıydı⁸³. Bununla birlikte aşağıda TCK m. 245'te yer alan her bir suça ilişkin özel değerlendirmelerimiz mevcuttur.

"Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" suçu ilk ihdas edildiğinde hükümde herhangi bir şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hali söz konusu değildi. TCK'nın 245. maddesine 5377 sayılı Kanun'la eklenen dördüncü fıkrayla tıpkı malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi bu suçu işleyen failler bakımından belli akrabalık ilişkilerinin bulunması halinde şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanma imkanı getirilmiştir. Malvarlığına karşı işlenen suçlara ilişkin TCK m. 167 düzenlemesine oldukça benzer bir düzenleme TCK m. 245/1 bakımından da kabul edilmiştir.

Bu düzenlemeden bir sene sonra 5560 sayılı Kanun ile birlikte eklenen beşinci fıkrayla, suç işleyen failler bakımından malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin TCK m. 245/1 bakımından da uygulanması imkanı sağlanmıştır. Bahsi geçen son iki düzenleme de, malvarlığına karşı suçlarda yer alan düzenlemelere benzer düzenlemeler olduğundan esasen Kanun koyucunun da bu suçun daha çok malvarlığı değerlerine yönelen bir suç düşüncesinde olduğunu göstermektedir⁸⁴.

⁸¹ Dülger (n 9) 252.

⁸² Yıldız (n 9) 25.

⁸³ Muammer Ketizmen (n 9) 187; Erdoğan (n 3) 293; Yıldız (n 9) 26.

⁸⁴ "Öğretide benimsenen görüşler ışığında; somut olayımızda olduğu gibi başkasına ait kredi kartı ile sahibinin rızası hilafına para çekilmesinden ibaret eylemin aynı zamanda mal varlığına karşı

Bununla birlikte gözden kaçırılmaması gereken önemli diğer bir nokta daha vardır. Kanun koyucu TCK'nın 245. maddesinde şahsi cezasızlık hali ile etkin pişmanlık hallerini düzenlemiş olmakla birlikte, bu haller yalnızca TCK m. 245/1'de düzenlenen "başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu" açısından kabul edilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında yer alan "banka veya kredi kartlarında sahtecilik ile üçüncü fıkra da yer alan sahte banka veya kredi kartlarını kullanarak haksız yarar sağlama suçu" bakımından bu hallerin uygulanması ihtimali yoktur. Kanun koyucu yaptığı bu tercihle esasen yalnızca TCK m. 245/1'i ("başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması") malvarlığına karşı suç mahiyetinde düşünmektedir, diğer suçlarla ilgili böyle bir yaklaşımı yoktur.

Birkaç defa ifade ettiğimiz üzere, TCK m.245'te birden fazla farklı suç düzenlenmiştir. Bu suçların korudukları hukuki değerler, eylemlerin gerçekleştiriliş şekli ve mağdurları birbirinden farklıdır. Bununla birlikte bu suçlarda banka veya kredi kartları, bankaların ödeme sistemleri, bankacılık hizmetleri gibi birtakım olgular ortak olduğu için kanun koyucu bu suçları tek bir hüküm altında düzenlemiştir. Ancak kanaatimce bu durum isabetli olmamıştır. TCK m. 245/1 bakımından malvarlığına karşı suçlar bölümündekine benzer bir şahsi cezasızlık hali ile etkin pişmanlık halinin söz konusu olması ve suç ile korunan baskın hukuki değer kart hamilinin malvarlığı değeri olması dolayısıyla suçun malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi daha isabetli bir tutum olurdu. Nitekim yukarıda mukayeseli hukuk kısmında bu yaklaşımın somut örneklerinin bulunduğuna işaret ettik.

TCK m. 245/2 ve 3. fıkralarda yer alan suçlara ilişkin düşüncelerimize gelecek olursak: TCK m. 245/2'de düzenlenen suç esasen her şeyden önce özel bir sahtecilik suçudur. Aslında TCK m. 245/2 hiç olmasaydı, banka veya kredi kartlarında yapılan sahtecilikler "özel belgede sahtecilik suçu" bağlamında (TCK m. 207) değerlendirilecekti. Pek tabii olarak, bir banka veya kredi kartı, belgenin sahip olması gereken özellikleri muhteviyatında barındırmaktadır⁸⁵. Bununla birlikte özel belgede sahtecilik suçunun cezalandırılabilmesi, bu sahte belgenin kullanılması şartına bağlı olduğundan sahte banka veya kredi kartı üretilmekle birlikte, bunların henüz kullanılmadığı bir ihtimalde failin cezalandırılması mümkün olmayacaktı. Failin eylemi cezasız kalacaktı.

işlenen suçların özel bir şekli olduğu konusunda duraksama bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir. 19.12.2006 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5560 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 5237 sayılı Yasa'nın 245. maddesine eklenen "Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun mal varlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır" hükmüne yer verilmesi suretiyle bir anlamda 5237 sayılı Kanun'da da kredi kartının kötüye kullanılması suçunun mal varlığına karşı işlenen suçlarla irtibatı açık bir şekilde vurgulanmak istenmiştir". Yarg. CGK., 30/03/2010, 2010/11-17, 2010/65. (www.kazanci.com)

⁸⁵ Belgenin unsurlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ahmet Gökçen Belgede Sahtecilik Suçları (5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 51 vd.



Kanun koyucu hem banka veya kredi kartlarının toplumsal ve ekonomik yaşamımızda önemi hem de bu cezasızlık olgusunu ortadan kaldırmak adına belgede sahtecilik suçlarından ayrı ve bağımsız bir suç olarak TCK m. 245/2’yi ihdas etmiştir⁸⁶. Ancak dediğimiz gibi bu suç özünde bir sahtecilik suçudur, belgede sahtecilik suçunun özel bir görünüm şeklidir. Burada sahtecilik bir banka veya kredi kartı üzerinde icra edilmektedir. Bu nedenle bu suçun belgede sahtecilik suçlarının düzenlendiği Kanun’un “topluma karşı suçlar” başlıklı kısmının “kamu güvenine karşı suçlar” bölümünde düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Üstelik “parada sahtecilik” (m. 197, m. 198), “kıymetli damgada sahtecilik” (m. 199), “mühürde sahtecilik” (m. 202) suçları da bu bölümde düzenlenmiştir. Bu suçları bu bölümde düzenleyen kanun koyucunun, banka veya kredi kartlarında yapılan sahteciliği de bu bölümde düzenlemesi daha uygun olurdu. Üstelik mukayeseli hukuk kısmındaki açıklamalarda görüleceği üzere bu düzenleme şeklinin de somut örnekleri vardır.

Keza TCK m. 245/3’te yer alan sahte banka veya kredi kartını kullanarak haksız yarar sağlama suçunun da yine bu bölümde düzenlenmesi isabetli olurdu. Ek bir öneri olarak; TCK m. 245/3 sahte kart kullanılarak haksız yarar sağlanmasını aradığı için bir zarar suçu olduğundan, TCK m. 245/2’nin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak öngörülebilirdi. Zira TCK m. 245/2 esasen üçüncü fıkrada yer alan suçun hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut bir tehlike suçudur. TCK m. 245/2’de henüz bir zarar tehlikesi meydana gelmiş değildir.

Tüm bu tartışmaların ve görüşlerin ötesinde ve öncesinde ise şu soruyu sormak elzemdir: Gerçekten TCK m. 245 “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu” günümüzün bankacılık bilişim sistemlerinin geldiği ve ileride gelebileceği noktayı göz önüne aldığımızda kart hamillerinin malvarlıkları ile kartların gerçekliğine ilişkin toplumdaki söz konusu olan güveni korumaya yeterli midir? 2005 yılında TCK’ya ilk defa müstakil bir suç olarak eklenen bu hüküm günümüzde gerekli korumayı sağlayabiliyor mu? Ödeme sistemlerinin oldukça geliştiği ve her geçen gün farklılaştığı günümüzde banka veya kredi kartı terimleri ve madde metni kanunilik ilkesi bağlamında yeterli korumayı sağlıyor mu yoksa kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen yirmi yıldan fazla süreçte artık bazı terimlerin değişmesi veya yenilenmesi gerekmekte midir?

Aslında soyut gibi gözükse de bu tartışmaların somut örnekleri günümüzde ülkemizde bulunmaktadır. Örneğin ülkemizde bir kamu bankası, yerli ödeme sistemi *Troy* altyapısıyla yepyeni bir ödeme aracı oluşturarak yüzükle ödeme dönemi başlatmıştır⁸⁷. Parmakta taşınabilen ve temassız işlem ve ödeme yapabilen bu yüzük, kredi kartı özelliklerine sahip bir olan bir araçtır. Peki bu yüzüğün kötüye kullanılarak haksız yarar sağlanması halinde TCK m. 245 oluşabilecek midir? Başkasına ait bir

⁸⁶ TCK m. 245/2 diğer suçlarla ilintili olsa da bu suçun kendine özgü niteliği ve bu alanın özel olarak korunması gerekliliği dolayısıyla ayrıca düzenlenmesi isabetli olmuştur. Bkz. Özбек (n 69) 1045.

⁸⁷ Halkbank, Paraf RingPay. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.paraf.com.tr/tr/kart-cesitleri/paraf-ringpay.html> e.t. 13/10/2024.

yüzüğün ele geçirilip kötüye kullanılarak haksız yarar elde edilmesi halinde TCK m. 245/1’inde olduğu söylenebilecek midir? Başka somut örnekler de verilebilir: Örneğin banka veya finans kuruluşu tarafından çıkarılmadığı halde, kredi kartı gibi özelliklere sahip olan, ödeme işlemi gerçekleştirebilen bazı kartlar toplumumuzda yaygın halde bulunmaktadır. Böyle bir kartı ele geçirerek kötüye kullanan fail, TCK m. 245’ten cezalandırılabilir midir? Zira TCK m. 245’in söz konusu olabilmesi için kullanılan kartın 5464 s. K. hükümleri gereğince banka veya finans kurumu tarafından çıkarılmış bir banka veya kredi kartı olması gerekir. Tüm bu soruların cevabına ve devamında somut önerimize gelecek olursak:

TCK m. 245’in oluşması için suçun konusunun bir banka veya kredi kartı olması gerekir. Parmağa takılan bir yüzük, bir banka veya kredi kartı mahiyetinde olmadığı için TCK m. 245’e de konu olamaz. Dolayısıyla başkasına ait bir yüzüğün kötüye kullanılması suretiyle haksız yarar sağlanması TCK m. 245’i oluşturmaz. Burada yüzüğü, belgenin unsurlarını taşımadığı için belge olarak da nitelendiremeyiz. Zira yazılı olma şartını sağlamadığı gibi, hukuken anlamı olan bir içeriğe de sahip değildir. Bu durumda aklımıza sadece TCK m. 244/4 hükmü gelse de bunun uygulanabilirliği de tartışmalıdır. Üstelik kanun koyucu TCK m. 244/4’ün tali niteliğine işaret ederek, eylemin başka bir suçu oluşturmaması halinde ancak TCK m. 244/4’ün söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

Tam da burada gelmek istediğimiz nokta şudur: Hükmün üst başlığının değişmesi ve madde metninin güncellenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Banka veya kredi kartı terimi yerine tıpkı ABD hukukunda ve düzenlemelerinde olduğu gibi “erişim araçları” teriminin kullanılması ileride ortaya çıkabilecek sorunların çözümü açısından daha kapsayıcı olacaktır. Günümüz ödeme sistemleri çeşitliliğini ve araçlarının geldiği noktayı göz önüne aldığımızda banka veya kredi kartı terimi ya da bunların kullanıldığı ödeme sistemleri artık yeterli korumayı sağlamamaktadır. Banka veya kredi kartı terimlerini de kapsayan “erişim araçları” terimi daha isabetli terim tercihi olacaktır. Nihayetinde banka veya kredi kartı da kart hamilinin hesabına veya banka nezdindeki kredibilitesine erişmesini sağlayan birer “erişim aracıdır”. Bu nedenle erişim araçları teriminin TCK’ya girmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu sayede ileride bazı eylemlerin cezasız kalma ihtimali de önlenmiş olacaktır. TCK m. 245’in madde başlığının “erişim araçlarının kötüye kullanılması” şeklinde değiştirilmesini ve hükmün içeriğinin de bu bağlamda güncellenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

SONUÇ

765 sayılı TCK döneminde “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” fiillerini müstakil olarak cezalandıran bir ceza normunun bulunmayışı eleştiri konusu olmuş ve bu eksiklik 5237 sayılı Kanun’un 245. maddesi ile giderilmiştir. Madde metninin üst başlığı ise “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” olarak tercih edilmiştir. Bahsi geçen suç Kanunun “bilişim alanında suçlar” bölümünde (10.bölüm) düzenlenmiştir.



İlgili hükümde üç farklı suç türü düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, “gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması”, ikincisi “sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek suçu”(TCK m. 245/2), üçüncüsü ise “sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamak” (TCK m. 245/3) suçudur. Bu suçların korudukları hukuki değerler de birbirinden farklıdır. İlk fıkradaki suç kart hamilinin malvarlığı değerlerini korumakta iken, iki ve üçüncü fıkralardaki suçlar esasen sahtecilik suçlarının özel bir görünüm şeklini oluşturduğundan, banka veya kredi kartlarının gerçek olduğuna ilişkin toplumdaki söz konusu güveni korumaktadır.

Doktrinde “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” fiillerinin müstakil suç olarak ihdasının gerekliliğine ilişkin bir görüş birliği olsa da, kanunda düzenlendiği yerle ilgili olarak bazı tartışmalar mevcuttur. Bazı görüşler suçun malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmekte iken, bazı görüşler ise suçun icrası sırasında bilişim sistemleri kullanıldığı için “bilişim alanında suçlar” bölümünde düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Kanaatimce bazı ülkelerde de somut örnekleri olduğu üzere her üç suç tipinin de aynı madde altında düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Bu suçların, korudukları hukuki değerlere göre ilgili bölümlerde düzenlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda birinci fıkroda düzenlenen suçun malvarlığına karşı suçlar bölümünde, iki ve üçüncü fıkralarda düzenlenen suçların ise “belgede sahtecilik” suçlarının yer aldığı “kamu güvenine karşı suçlar” bölümünde düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

Ayrıca ifade edelim ki, günümüz ödeme sistemleri çeşitliliği ve araçlarının geldiği noktayı göz önüne aldığımızda yalnızca banka veya kredi kartı ve bunların kullanıldığı ödeme sistemlerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi artık yeterli korumayı sağlamamaktadır. Banka veya kredi kartı özelliği taşımayan, ödeme aracı olarak kullanılabilen başka kartlar ve ödeme araçları bankalar tarafından üretilmektedir. Tüm bunları kapsayacak şekilde madde metninde revizyon yapılması gerekmektedir. Kanaatimce madde metninin başlığı “erişim araçlarının kötüye kullanılması” şeklinde değiştirilmelidir. Erişim araçları terimi, bir kişinin banka veya kredi hesabına erişimini sağlayan her türlü kod, güvenlik şifresi, banka kartı, kredi kartı veya araç şeklinde tanımlanabilir. 2005 yılında Kanun ilk yürürlüğe girdiği andaki ödeme sistemleri çeşitliliği ile günümüzdeki çeşitlilik arasında kıyas dahi yapılamaz. Teknolojinin her alandaki ilerlemesiyle paralel olarak bankacılık sistemleri de büyük bir ilerleme kaydetmiştir. Kanunların da günümüz ihtiyaçlarıyla paralel olarak güncellenmesi, toplumsal hayatımızdaki mevcut sorunlara çözüm üretmesi gerekir. Tüm bu gerekçelerle hem suçun üst başlığının değiştirilmesi hem de metnin içeriğinin başlıkla uyumlu olacak şekilde revize edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Bilişim Alanında Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)
- Altuğ Ş, 'Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması' [2021] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1
- Apaydın C, 'Başkasına Ait Gerçek Bir Banka Veya Kredi Kartını Kart Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanmak Veya Kullandırmak' (2020) Cilt: 15 Terazi Hukuk Dergisi 998
- Avşar Z and Öngören G, *Bilişim Hukuku* (Türkiye Bankalar Birliği 2010)
- Aydın ED, *Bilişim Suçları Ve Hukukuna Giriş* (1. bsk, Doruk yayınları 1992)
- Caminer BF, 'Credit Card Fraud: The Neglected Crime' (1985) 76 The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-) 746
- Dülger MV, *Bilişim Suçları Ve Internet İletişim Hukuku* (Gnşlm ve güncellenmiş 8 bsk, Seçkin 2020)
- Erdağ Aİ, 'Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)' (2010) 14 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275
- Erdoğan Y, *Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları* (Legal Yayıncılık 2012)
- Erem F 'Suçun Konusu Ve Hümanist Doktrin' (1968) 25 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11
- Gökçen A Belgede Sahtecilik Suçları (5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018)
- Günarslan Y, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu* (1. bs, Seçkin 2017)
- Karagülmez A, *Bilişim Suçları Ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2011)
- Koç Z, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması* (Adalet Yayınevi)
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş, 16 baskı, Seçkin 2023)
- Kratz MPJ and Verchere BJ, 'Canada's Computer Crime Laws: Ten Years of Experience' in Sokratis K Katsikas and Dimitris Gritzalis (eds), *Information Systems Security* (Springer US 1996) <http://link.springer.com/10.1007/978-1-5041-2919-0_11> accessed 6 January 2025
- Levi M and Burrows J, 'Measuring the Impact of Fraud in the UK: A Conceptual and Empirical Journey' (2007) 48 British Journal of Criminology 293
- Mahmutoğlu FS, 'Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Sühjelerinin Ceza Sorumluluğu' (2011) 59 Journal of Istanbul University Law Faculty 39
- Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Adalet Yayınevi 2008)



Nuhoğlu A, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması* (Analiz Basım Yayın)

Okuyucu-Ergün G, 'Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması' (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel Armağanı) 1065

Önder A, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanındaki Suçlar* (Filiz Kitabevi 1994)

Otero P, 'Criminal Law and the Risks Posed by Internet. An Examination of Spanish Criminal Law' in Juan Cayón Peña (ed), *Security and Defence: Ethical and Legal Challenges in the Face of Current Conflicts* (Springer International Publishing 2022) <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-95939-5_6> accessed 6 January 2025

ÖZBEK VÖ 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu' (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan) 1019

Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Genişletilmiş ve güncellenmiş 18 baskı, Seçkin 2023)

Savaş V and Mollamahmutoğlu S (eds), *Türk Ceza Kanunu'nun yorumu* (3. bsk, Seçkin Yayınevi 1999)

Taner FG 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur' (2007) 56 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75

Taşkın ŞC, *Bilişim Suçları* (Beta 2009)

Toroslu N 'İftira Cürümünün Hukuki Konusu' (1980) 37 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107

Toroslu N, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu* (Sevinç Matbaası, Ankara 1970)

Ünver Y, 'Türk Ceza Kanunu'nun Ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi' (2011) 59 Journal of Istanbul University Law Faculty 51

Ünver Y, *Ceza Hukukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003)

Yazıcıoğlu Y 'Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi' (2005) 2 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 393

Yenidünya AC and Değirmenci O, *Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları* (1. bsk, Legal Yayıncılık 2003)

Yenigün B, *Uygulamada Ve Yargıtay Kararlarında Doğrudan Bilişim Suçları* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2021)

Yıldız ME, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu* (Adalet Yayınevi 2015)

GLUKHIN v RUSYA: KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAĞLAMINDA CEZA ADALET SİSTEMİNDE KİMLİK TESPİTİ AMACIYLA YÜZ TANIMA

Glukhin v Russia:

*Facial Recognition for Identification Purposes in the Criminal Justice System
in the Context of Protection of Personal Data*

Emre Oğuz MERİÇ*

Özet

Kameralı gözetim araçlarının yaygınlaşması ve teknolojideki gelişim, daha fazla görüntünün elde edilmesine ve yüz tanıma sistemlerinin yaygınlaşmasına zemin hazırlamıştır. Kişilerin benzersiz veya ayırt edici özelliği niteliğindeki yüz şablonlarını işleyen yüz tanıma sistemleri, biyometrik teknolojiler kullanır. Nitekim işlenen yüz şablonları da biyometrik kişisel veri niteliğindedir. Dolayısıyla yüz tanıma sistemlerinin yüz şablonlarını işleyebilmesi, veri korumaya dair temel ilke ve kurallara uyulmasına ve özel nitelikli veriler için öngörülen ek güvencelerin sağlanmasına bağlıdır. Kişisel verileri Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de biyometrik verilerin elde edilmesi, saklanması ve işlenmesine dair içtihadında uluslararası mevzuatta ortaya konan temel ilke ve kuralları kabul etmektedir. Türkiye'nin ulusal mevzuatına bakıldığında benzer anlayışın benimsendiği görülür. Dört bölümden meydana gelen çalışmada sırasıyla, *Glukhin* kararı özetlenmiş, ardından yüz tanıma sistemlerinin kapsamı ve ceza adalet sistemindeki kullanım biçimleri açıklanmış, sonrasında Mahkemenin içtihat gelişimine değinilerek Türk hukuku bağlamında değerlendirme yapılmıştır. Sonuç kısmında ise yakın gelecekte kolluğun yaka kameraları vasıtasıyla Türkiye'de kullanılması planlanan yüz tanıma teknolojisinin hukuki dayanağı ve uygulamasına dair önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yüz tanıma, biyometrik veri, özel nitelikli veri, kişisel veri, özel hayata saygı, veri koruma, yaka kamerası, kapalı devre televizyon

Abstract

The proliferation of video surveillance tools and advances in technology have paved the way for the acquisition of more images and the widespread use of facial recognition systems. Facial recognition systems that process facial templates that are unique or distinctive features of individuals use biometric technologies. As a matter of fact, the processed facial templates are also biometric personal data. Therefore, the ability of facial recognition systems to process facial templates depends on compliance with the basic principles and rules of data protection and the additional

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, comeric@fsm.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2102-715X>



safeguards provided for special categories of data. The European Court of Human Rights, which evaluates personal data in the context of Article 8 of the Convention, also recognizes the basic principles and rules set out in international legislation in its jurisprudence on the acquisition, storage and processing of biometric data. Turkey's national legislation adopts a similar approach. In the study, which consists of four parts, the *Glukhin* judgment is summarized, followed by an explanation of the scope of facial recognition systems and their use in the criminal justice system, and then the development of the Court's jurisprudence and an evaluation in the context of Turkish law. In the conclusion, recommendations are made regarding the legal basis and implementation of facial recognition technology, which is planned to be used in Turkey in the near future through the body cameras of the police.

Keywords: Facial recognition, biometric data, sensitive data, personal data, respect for private life, data protection, body camera, CCTV

GİRİŞ

Kendisine suç isnat edilen kişinin kimlik tespiti, ceza muhakemesinin sağlıklı işleyişi için önemli ve yargılamada kural olarak gereklidir. Maddi gerçeğe ulaşılması amacına yönelik olarak sadece şüpheli veya sanığın değil, mağdurun da kim olduğunun belirlenmesi ayrıca önem taşır. Ceza yargılamasında kural olarak duruşmada hazır olması gereken sanığa ulaşılabilmesi veya mağdurun tanımlanması, çoğu zaman suç şüphesini doğuran olayın gerçekleştiği yerde bulunan iz, emare ve delillerle mümkün olur. Bu bağlamda 20. yüzyılda adli tıptaki gelişmelerle DNA bilgileri ile parmak izi, kimlik tespitinde önemli bir rol oynamaya başlamıştır. Parmak izi ve DNA üzerinden yapılan bir tespitin, nesnel niteliği, daha az hataya açık olması, hızlı ve başarılı sonuçlar üretmesi, DNA ve parmak izini uzunca bir süre değerli kılmıştır¹.

Günümüz teknolojileri ise kimlik tespitinde yeni bir yöntemi ve yeni bir bilgi türünü cazip hale getirmektedir. Yüz tanıma teknolojisindeki gelişim ile kameraların yaygınlaşması, görüntüler üzerinden kişileri tanımlayabilen oldukça verimli sistemlerin kurulmasına imkân sağlamaktadır.

Yüz görüntülerinden elde edilen ve kişinin benzersiz veya ayırt edici özelliklerini gösteren yüz şablonlarının eşleştirilmesiyle kimlik tespiti yapabilen yüz tanıma sistemleri, biyometrik teknolojiler² kullanır³. Biyometrik teknolojiler kullanan yüz tanıma sistemlerinin işlediği yüz şablonlarının niteliğinin belirlenmesi, veri koruma bağlamında önemlidir. Avrupa veri koruma mevzuatı, kişisel verilerin işlenmesine dair temel ilke ve kurallar öngörmekte, biyometrik verileri hassas veya özel nitelikli veri olarak sınıflandırarak ek güvencelere tabi tutmak-

¹ Simon A. Cole, *Suspect Identities A History of Fingerprinting and Criminal Identification* (Harvard University Press 2002) 217.

² Biyometrik teknolojiler, kişinin kimliğinin tespiti için benzersiz veya ayırt edici insan özelliklerinin toplanması, ölçülmesi ve saklanmasıyla ilgilenir., Els J. Kindt, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications A Comparative Legal Analysis* (Springer 2013) 19.

³ Roman Amelin and Sergey Channov, 'On the Legal Issues of Face Processing Technologies' in Daniel A. Alexandrov and others (eds), *Digital Transformation and Global Society 5th International Conference* (Springer Nature 2020) 223, 225.

tadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişisel verileri özel hayata saygı hakkı bağlamında yorumlarken, Avrupa veri koruma mevzuatında belirtilen temel ilke ve kuralları benimsemektedir. Dolayısıyla yüz tanıma teknolojisinin ceza adalet sisteminde kullanımı için kişisel verilerin korunması bağlamında takip edilmesi gereken ilke ve kuralların tespiti, işlenecek verinin niteliğinin belirlenmesi ile verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması şartlarına bağlıdır.

Çalışmada öncelikle ceza muhakemesi sürecinde yüz tanıma teknolojisinin kullanımının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilk defa ayrıntılı olarak değerlendirildiği *Glukhin* kararı özetlenmiştir. Takip eden bölümde yüz tanıma sistemlerinde kullanılan teknoloji ve yöntemler açıklanmıştır. Sonrasında Avrupa veri koruma mevzuatına göre yüz şablonlarının biyometrik veri olup olmadığı tespit edilmiş ve bu bağlamda esas alınması gereken ilke ve kurallar ortaya konmuştur.

Üçüncü bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat gelişimi üzerinde durularak; Mahkemenin çıkarımları, kişisel verilere dair temel ilke ve kurallar bakımından irdelenmiştir. Son bölümde karar, Türk Hukuku bağlamında değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise yakın gelecekte ülkemizde kolluğun yaka kameraları üzerinden uygulamaya konulması planlanan yüz tanıma sistemleri için, olması gereken hukuk ve uygulama bağlamında izlenmesi gereken hususlara dair önerilerde bulunulmuştur.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmada incelenen karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 4 Temmuz 2023 tarihinde verilen 11519/20 numaralı karardır⁴.

A. Olaylar

Moskova Belediye Başkanlığının resmi internet sitesi üzerinden verilen bilgilere göre Mayıs 2017 itibariyle Moskova’da 3500’den fazla CCTV⁵ kamerası kurulmuştur. Aynı yılın Eylül ayında 3000’den fazla CCTV kamerası canlı yüz tanıma⁶ sistemiyle donatılmıştır. 2018 yılında Moskova metrosuna yüz tanıma

⁴ İçtihat gelişiminin değerlendirildiği üçüncü bölümdeki Mahkeme çıkarımlarını tekrar etmemek amacıyla ve çalışmanın hacmi dikkate alınarak kararın tamamına yer verilmemiş; yalnızca olayların ve Mahkemenin değerlendirmesindeki yeni ve önemli hususların aktarılmasıyla yetinilmiştir.

⁵ “CCTV”, kapalı devre televizyon (“closed-circuit television”) kavramının kısaltması olarak kullanılmaktadır ve aynı zamanda video gözetim ya da kameralı gözetim (“video surveillance”) olarak da adlandırılmaktadır. Belirli bir alanı izleyen bir kamera veya bir dizi kameradan oluşan ve elde edilen görüntüleri izlemek ve/veya saklamak için kullanılan ek ekipmana sahip bir televizyon sistemidir. Kapalı devre olması sebebiyle sınırlı sayıda izleyicisi olur. <https://www.edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/c_en#cctv> erişildi 3 Şubat 2025.

⁶ Canlı yüz tanıma (“live facial recognition”), bir kamera tarafından yakalanan yüzlerin, izleme listesinde yer alan ilgili kişilerin yüz görüntüleriyle karşılaştırılarak gerçek zamanlı olarak eşleştirme yapılmasını ifade eder. The European Commission, *Summary Report of the project “Towards the*

sistemine uyumlu CCTV kameralar yerleştirilmiştir ve canlı yüz tanıma sistemi 2019 yılında test edilmiştir. 1 Eylül 2020 itibariyle yaklaşık 175 bin adet olan Moskova'daki tüm CCTV kameralar, canlı yüz tanıma teknolojisi kullanabilir hale getirilmiştir⁷.

İnternetin rutin olarak izlenmesi sırasında polis, bir çevrimiçi sosyal paylaşım ve sohbet platformu olan *Telegram*'da herkese açık bir kanalda yayınlanan başvurunun yer aldığı fotoğraflar ve bir video keşfetmiştir. Polis, fotoğraf ve videolardan ekran görüntüleri alarak muhafaza etmiş ve iddiaya göre başvurunun kimliğini belirlemek için bunlara yüz tanıma teknolojisi uygulamıştır. Videodaki yerin Moskova metrosunun istasyonlarından biri olduğunu tespit eden polis, bu istasyonda ve başvuranın geçiş yaptığı diğer iki istasyonda bulunan CCTV kameralarından video kayıtları toplamıştır. Video kayıtlarından da ekran görüntülerini almış ve muhafaza etmiştir. İddiaya göre ayrıca kabahat işlediğinden bahisle başvuru- cuyu tespit etmek ve yakalamak için Moskova metrosuna yerleştirilen ve canlı yüz tanıma sistemi kullanan CCTV kameralarından yararlanılmıştır. Telegram kanalı ile CCTV kameralarından alınan video kayıtlarının ekran görüntüleri, daha sonra başvuru aleyhinde yürütülen kabahat⁸ yargılamasında delil olarak kullanılmıştır⁹.

Moskova Meshchanskiy Bölge Mahkemesi, başvurucuya isnat edilen suçun işlendiğini sabit görürken; diğer delillerin yanı sıra, *Telegram*'dan elde edilen ekran görüntüleri ile CCTV kameralarından alınan video kayıtlarının ekran görüntülerine dayanmıştır¹⁰.

B. Mahkeme'nin Değerlendirmesi ve Kararı

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında başvuruyu kabul edilebilir bulduktan sonra yerleşik inceleme yöntemine göre önce müdahalenin varlığını araştırmış ve sonrasında müdahalenin ilgili maddeye göre ihlal meydana getirip getirmediğini değerlendirmiştir.

1. Müdahalenin Varlığı

Bireyin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca depolanması, 8. madde bağlamında bir müdahale doğurur. Saklanan bilgilerin daha sonra kullanılmasının, bu tespit üzerinde bir etkisi yoktur¹¹.

European Level Exchange of Facial Images” 7 <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/results>> erişildi 26 Kasım 2024.

⁷ *Glukhin v Rusya* App no 11519/20 (ECtHR, 4 Temmuz 2023) para 5.

⁸ “*Administrative offence*” kavramı kabahat olarak çevrilmiştir.

⁹ ibid 68.

¹⁰ ibid 15.

¹¹ ibid 65.

Mevcut davada, Mahkeme'nin konuyla ilgili özel sorusuna rağmen başvurunun kimliğini ve yerini tespit etmek için yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığı iddiaları hakkında Hükümet yorum yapmamıştır. Ulusal hukukun yüz tanıma teknolojisinin kullanımına ilişkin kayıt veya bildirim öngörmemesi nedeniyle başvurunun iddialarını ispat etmesinin zorluğunu, başvurunun kimliğinin hızlı bir şekilde tespit edilmesine ilişkin başka bir açıklama bulunmamasını ve Hükümet tarafından canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığının zımnen kabul edilmesini dikkate alan Mahkeme, mevcut davanın özel koşullarında yüz tanıma teknolojisinin kullanıldığını kabul etmiştir¹².

Mahkeme önceki kararlarında fotoğrafların polis tarafından saklanması ve bu fotoğraflara yüz tanıma teknikleri uygulanma olasılığının, özel yaşam hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir. Mevcut davada da Mahkeme, yüz tanıma teknolojisiyle fotoğraf ve videolardan kimlik ve yer tespiti yapılarak aleyhindeki idari ceza yargılaması çerçevesinde başvurunun kişisel verilerinin işlenmesinin, Sözleşmenin 8 § 1 maddesi anlamında özel hayatına saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır¹³.

2. Müdahalenin Haklılığı

Mevcut davada Mahkeme, kanunilik ve meşru bir amacın varlığı kistaslarının, müdahalenin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığı kistasından ayrı tutulamayacağı sonucuna varmış ve tümünü birlikte değerlendirmiştir¹⁴.

Mahkemeye göre yüz tanıma teknolojisinin uygulanması bağlamında, tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ayrıntılı kuralların yanı sıra kötüye kullanım ve keyfilik riskine karşı güçlü güvencelere sahip olunması gerekir. Canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanımı söz konusu olduğunda ise güvencelere duyulan ihtiyaç artar. Mevcut davada gösterilen iç hukuk düzenlemeleri yeterli nitelikte değildir. “*Adalet yönetimi*”¹⁵ ile bağlantılı olarak (“*in connection with the administration of justice*”) biyometrik kişisel verilerin işlenmesine izin veren hüküm geniş bir biçimde formüle edilmiştir. Hükümetin bu hükümle

¹² ibid 69-72.

¹³ ibid 72-73.

¹⁴ ibid 78.

¹⁵ Adalet yönetimi, devletlerin cezai, idari ve medeni yönden adalet dağıtımında hakkaniyet ve verimlilik sağlamaya çalıştıkları, normları, kurumları ve sistemleri içeren geniş bir terimdir. Adalet yönetimine uygulanacak kurallar çok çeşitli olmakla birlikte özellikle adil yargılanma, masumiyet karinesi, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hak arama özgürlüğünü içerir. Ceza adalet sistemi bağlamında ayrıca soruşturma ve kovuşturma yapılması, tutuklama ve hüküm kurma gibi işlem ve faaliyetler adalet yönetime ilişkindir. David Weissbrodt, ‘The Administration of Justice and Human Rights’ (2009) 1 City University of Hong Kong Law Review 23, 23. Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında değerlendirme yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre demokratik bir toplumda, adalet yönetimi o kadar önemli bir yere sahiptir ki, 6. maddenin 1. paragrafının kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması, bu hükmün amacına ve hedefine uygun olmaz. *Delcourt v Belçika* App no 2689/65 (ECtHR, 17 January 1970), para 25.



ilgili herhangi bir yüksek mahkeme yorumuna atıfta bulunmaması, idari ve adli uygulamada kısıtlayıcı bir yoruma dair örnek sunmaması dikkate alındığında; herhangi bir adli işlemle bağlantılı olarak yüz tanıma teknolojisinin kullanımı da dahil olmak üzere biyometrik kişisel verilerin işlenmesine izin verildiği görülmektedir. İç hukuk, yüz tanıma teknolojisinin kullanımını gerektirecek hallerin niteliği, izlenen amaçlar, hedef alınabilecek kişi kategorileri veya hassas kişisel verilerin işlenmesine ilişkin herhangi bir sınırlama içermemektedir. Ayrıca Hükümet, yetkilendirme, elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanmasıyla ilgili düzenlemeler, herhangi bir denetim kontrol mekanizması veya kanuni çareler gibi Rusya’da yüz tanıma teknolojisinin kullanımına eşlik eden herhangi bir usuli güvenceye atıfta bulunmamıştır¹⁶.

Kişisel verilerin soruşturmalar bağlamında işlenmesinin “*demokratik bir toplumda gerekliliği*” değerlendirilirken, söz konusu suçların niteliği ve ağırlığı dikkate alınması gereken unsurlardan biridir. Mevcut davada iç hukuk, niteliğine ve ağırlığına bakılmaksızın, herhangi bir suçun soruşturulması ve kavuşturulmasıyla bağlantılı olarak biyometrik kişisel verilerin işlenmesine izin vermektedir. *Telegram*’da yayınlanan fotoğraf ve videolardan başvurucunun kimliğini tespit etmek ve bunun da ötesinde Moskova metrosunda seyahat ederken yerini tespit ederek yakalamak için canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanılması “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” (“*pressing social need*”) karşılık gelmemiştir¹⁷.

Tüm değerlendirmeler sonucunda Mahkeme, başvurucunun Sözleşmeyle korunan ifade özgürlüğü bağlamında son derece müdahaleci yüz tanıma teknolojisinin kullanılmasının, Sözleşmenin korumak ve geliştirmek için tasarladığı hukukun üstünlüğüyle yönetilen demokratik bir toplumun idealleri ve değerleri ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Başvurucunun kişisel verilerinin idari ceza yargılaması çerçevesinde yüz tanıma teknolojisi kullanılarak işlenmesi “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edilemez¹⁸.

Sonuç olarak Sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir¹⁹.

II. YÜZ TANIMA SİSTEMLERİ

Suçların önlenmesi ve ceza muhakemesi sürecinin tamamlanabilmesi için şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişilerin kimlik tespiti önem taşır. Kimlik tespiti amacıyla bilimsel tekniklerin ve uzmanlıkların ortaya çıkışı ve kullanımı özellikle 20. yüzyılla birlikte oldukça artmıştır²⁰.

¹⁶ Glukhin v Rusya (n 7) paras 82-83.

¹⁷ ibid 87-89.

¹⁸ ibid 90.

¹⁹ ibid 91.

²⁰ Sertel Şıracı, ‘Yüz Tanıma Teknolojilerinin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından İncelenmesi’ (2023) 5 [1] Kişisel Verileri Koruma Dergisi 23, 24.

Adli tıptaki gelişmelerle kimlik tespiti için ortaya çıkarılan yeni yöntemler, çeşitli bilgilerin özel teknik usullerle kullanılmasını gerektirmiştir. Parmak izi, DNA profilleri, dövmeler veya ses bu bilgilere örnek gösterilebilir²¹. Değerlendirilen diğer bir bilgi ise yüz görüntüleri ve bu bağlamda kullanılan teknik ise yüz tanımadır.

Yüz tanımaya dair ilk çalışmalar olan vücut şeklinin ölçülmesi ve yüz karşılaştırması 19. yüzyılın ortalarında yapılmaya başlanmış olsa da fotoğraf ve videoların yaygınlaşmasıyla diğer bir ifadeyle görüntülerin fiziksel bir nesne halinde veya dijital ortamda veri şeklinde saklanabilecek hale gelmesiyle yüz görüntülerinin kimlik tespitinde kullanımı artmıştır. Örneğin bir fotoğraf veya güvenlik kamerasının çektiği videodaki kişinin, kendisine suç isnat edilen kişi olup olmadığının tespitinde mağdur ve tanığın yanı sıra yüz görüntüsü analizi uzmanlığı olan bilirkişinin görüşünden yararlanılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Geleneksel sayılabilecek bu yöntem esasında insanın zihinsel kapasitesi veya bilgi birikiminin başarısına dayanırken kimlik tespitinde sıklıkla kullanılan diğer yöntemler olan parmak izi veya DNA analizinden farklılık gösterir. Parmak izi üzerinden veya DNA analiziyle yapılan kimlik tespiti, insanlar tarafından gerçekleştirilen geleneksel yüz tanımaya göre daha hızlı ve daha az hataya açıktır, daha az donanım ve eğitim gerektirir. Bu sebeple vücut şeklinin ölçülmesi ve yüz karşılaştırması daha eski tarihlerde ortaya çıkarılmasına rağmen 20. yüzyılın başından itibaren parmak iziyle tanımlama yaygınlık kazanmış; benzer biçimde DNA profillemeye de sıklıkla tercih edilen bir yöntem olarak benimsenmiştir. Diğer taraftan öznel görüşlerin baskın olduğu geleneksel yüz görüntüsü analizinin güvenilirliğine dair endişeler ortaya çıkmıştır. Yapılan araştırmalara göre, insanlar tanıdık yüzleri oldukça iyi tespit ederken, tanımadıkları insanların yüzlerini tespit etmede oldukça hatalı sonuçlara varmaktadırlar²².

Mevcut yüz tanıma teknikleri ise bu durumu tersine çevirebilecek bir sistem vadetmektedir. Nitekim yüz görüntülerinin artık yeni teknolojiler kullanılarak²³ bilgisayarlar tarafından işlenmesi mümkündür. Günümüzde yüz görüntülerinin elde edilmesi, depolanması ve bunların hızlı bir biçimde işlenerek sonuç çıkarması

²¹ William J. Tilstone, 'Scientific Basis of the Forensic Process' in Gerben Bruinsma and David Weisburd (eds), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Springer Science Business Media 2014) 4672, 4676.

²² Martin Paul Evison, 'Forensic Facial Analysis' in Gerben Bruinsma and David Weisburd (eds), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Springer Science Business Media 2014) 1713, 1713-24.

²³ Optik alanındaki gelişmelerle yüksek çözünürlüklü görüntü yakalayabilen kameraların yaygınlaşmasının, yüz tanıma teknolojilerinin verimliliğini artırarak yaygınlaşmasına zemin hazırladığı söylenebilir. Şıracı (n 20) 24. Açı, ölçek ve aydınlatma gibi değişkenlerden kaynaklanan görüntüler arasındaki farkları en aza indirmek için geliştirilen yeni teknikler için ayrıca bakınız Amelin and Channov (n 3) 224.



rilması noktasındaki yeni gelişme ve imkânlar, yüz tanıma sistemlerinin yaygınlaşmasına zemin hazırlamaktadır.

Yüz tanıma sistemlerini ve görüntüleri, parmak izi ve DNA analizinden üstün kılabilecek temel husus ise elde edilebilecek veri sayısıdır. Otomatik veri işleyen sistemlerin verimliliğinin, veri sayısı ile doğru orantılı artması²⁴ yüz tanıma sistemlerini öne çıkarır. Sürücü belgesi veya pasaport başvurusunda bulunulması gibi çeşitli işlemlerde yüz görüntüleri alınıp saklanabilmektedir. Bunun yanı sıra görüntü ve video yakalayan cihazların, kamu alanlarında yaygınlaşmaya devam etmesi, polis yaka kameralarıyla mobil hale gelmesi, yüz tanımayı diğer yöntemlerin önüne geçirebilir. Nitekim, uzun yıllar güvenilir bir yöntem olarak görülen parmak izi ve DNA profileme için ilgili bilgilerin olay yerinde bulunması gerekirken; yüz görüntüleri her geçen gün artan bir hızla toplanmaya devam edilmekte ve yüz tanıma için yeterli veriyi oluşturmaktadır.

A. Yüz Tanımadaki Kullanılan Teknoloji ve Yöntemler

Günümüz teknolojileri bağlamında yüz tanıma sözlükte “bilgisayarın, bir kişinin yüzünün dijital²⁵ görüntüsünü tanımasını mümkün kılan teknoloji” biçiminde ifade edilmektedir²⁶. Kullanılan teknoloji, bir fotoğraf veya videodan yüzün farklı özelliklerinin dijital bir temsilini çıkarır ve bu şablon (“*template*”) olarak adlandırılır²⁷. Sonrasında bir veya daha fazla farklı şablonla karşılaştırma yapılarak yüzün tanınması sağlanır²⁸.

Yüz tanıma, fotoğraf ve video görüntüsü işleme tekniklerinin bir parçasıdır. Nitekim video kameralar belirli bir alandaki insanların görüntülerini kaydetse de her kamerada yüz tanıma sistemi bulunmaz. Biyometrik veri toplayan ve iş-

²⁴ Yüz tanımanın verimli sonuçlar üretmesi yararlanılan teknoloji kadar kullanılabilir mevcut verinin hacminde bağlıdır. ibid 224.

²⁵ Dijital, bilginin 1 ve 0 sayılarından oluşan bir dizi olarak kaydedilmesi veya saklanması anlamına gelir. <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/digital>> erişildi 16 Ocak 2025; Bilgisayarlar tarafından kullanılan bu bilgiyi muhafaza etme biçimi, dijitalleşebilen her türlü bilginin işlenmesini kolaylaştırıp yaygın hale getirmiştir. Ethem Alpaydın, *Machine Learning* (The MIT Press 2021) 2-3.

²⁶ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/facial-recognition>> erişildi 16 Ocak 2025.

²⁷ European Data Protection Board, *Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement* 7 <https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-052022-use-facial-recognition_en> erişildi 20 Ocak 2025; Biyometrik şablon, biyometrik bir örnekten çıkarılan ve biyometrik bir veri tabanında saklanan benzersiz özelliklerin dijital bir temsildir. Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, *Guidelines on Facial Recognition* (2021) 9 <<https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/9753-guidelines-on-facial-recognition.html>> erişildi 20 Ocak 2025.

²⁸ European Data Protection Board (n 27) 7.

leyen yüz tanıma sistemlerinin video veya fotoğraf çeken araçlara ayrıca entegre edilmesi gerekir²⁹.

Günümüzde yararlanılan yüz tanıma teknolojisi bir biyometrik görüntü yakalama aracıdır³⁰. Yüz tanıma sistemlerinin kullandığı biyometrik teknolojiler, bir kimliğin otomatik olarak doğrulanması veya bir kişinin tanımlanması için bireylerin benzersiz veya ayırt edici biyolojik ve/veya davranışsal özelliklerini toplar ve genellikle saklar³¹. Yararlanılan bu teknoloji üç temel yöntem kullanır. Bunlar doğrulama (“*verification*”/“*authentication*”), tanımlama (kimlik tespiti/“*identification*”) ve sınıflandırma (“*categorisation*”) olarak adlandırılır³². Doğrulama ve tanımlama, bireylerin benzersiz özelliklerini karşılaştırırken; sınıflandırma, bir bireyin biyometrik özelliklerine dayanarak belirli bir gruba ait olup olmadığını belirlemeye çalışır³³. Doğrulama ve tanımlama arasındaki ayrım ise, ihtiyaç duyulan biyometrik veriler ile bunların kullanımına dair ortaya çıkan sorunların çözümü için önem arz eder³⁴.

Doğrulama, sisteme sunulan biyometrik özelliği belirli bir biyometrik özelliklerle karşılaştırır. Genellikle aynı kişiye ait olduğu varsayılan iki özelliğin eşleştirilmeye çalışıldığı bu yöntem, “bire bir (1:1) karşılaştırma” olarak da adlandırılır³⁵.

Doğrulamanın farklı kullanım alanları vardır. Kullanıcıların tam kontrole sahip olduğu akıllı telefon gibi cihazların kilidini açmak, kamu veya özel hizmetlerden faydalanmak amacıyla dijital kimlik oluşturmak, bina girişleri veya belirli sınırlardan ya da noktalardan geçmek için yüz tanımayla doğrulama ya-

²⁹ ibid 7.

³⁰ Ian Berle, *Face Recognition Technology Compulsory Visibility and Its Impact on Privacy and the Confidentiality of Personal Identifiable Images* (Springer Nature 2020) 9.

³¹ Kindt (n 2) 36.

³² European Union Agency for Fundamental Rights, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement* 7-8 <<https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition-technology-fundamental-rights-considerations-context-law#publication-tab-7>> erişildi 21 Ocak 2025; Avrupa Birliği bünyesinde 1995 tarihinde ortaya çıkarılan 95/46/EC sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif’in 29. maddesi uyarınca kurulan Çalışma Grubu’nun (“*Article 29 Data Protection Working Party*”) “çevrimiçi ve mobil hizmetlerde yüz tanıma hakkında 02/2012 sayılı görüş” yazısına göre yüz tanıma, bireylerin yüzlerini içeren dijital görüntülerin, bu bireylerin tanımlanması, doğrulanması veya sınıflandırılması amacıyla otomatik olarak işlenmesidir. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2012 on facial recognition in online and mobile services* 2 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 21 Ocak 2025.

³³ European Union Agency for Fundamental Rights (n 32) 7; Sınıflandırmada amaç, bireyi tanımlamak veya doğrulamak değil onu bir sınıfa dahil ederek belirli bir fiil veya işlemde bulunmaktır. Örneğin bir reklam ekranı, kendisine bakan bireyin yaşına veya cinsiyetine bağlı olarak farklı reklamlar gösterebilir. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies* 6 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 28 Ocak 2025.

³⁴ Kindt (n 2) 36.

³⁵ ibid 36.



pılabilir³⁶. Hava limanlarına veya ceza infaz kurumlarına girişlerde yolcunun veya müdafinin kimliği doğrulanarak geçiş yapmasına izin verilebilir³⁷. Otomatik Sınır Kontrol (“*Automated Border Control*” - ABC) sistemleri, doğrulamanın günümüzde en yaygın kullanım biçimlerinden biridir. Sınırı geçmek isteyen kişi pasaportta yer alan fotoğrafı taratırken aynı zamanda kendisinin yüz görüntüsü alınır. Yüz tanıma teknolojisi kullanan sistem, elde edilen iki yüz görüntüsünü karşılaştırır ve bunların aynı kişiyi gösterme olasılığı belirli bir eşiğin üzerindeyse kimlik doğrulanır. Verilen bu örnekte bir veri tabanından bilgi çekilmez, her iki yüz görüntüsü de karşılaştırma öncesi toplanır. Dolayısıyla doğrulama yapan çoğu sistem biyometrik özelliklerin merkezi bir veri tabanında depolanmasını gerektirmez. Doğrulanacak kişiden eşleştirmenin hemen öncesinde alınan yüz görüntüsü, kimlik veya seyahat belgesi gibi bir taşıyıcıda saklanan biyometrik verilerle karşılaştırılarak sonuca ulaşılır³⁸.

Doğrulamanın aksine tanımlama veya kimlik tespiti yönteminde ise sisteme sunulan biyometrik özellik, bir veya daha fazla veri tabanında depolanmış olan biyometrik verilerin tümüyle karşılaştırılır. Yüz tanıma sistemleri bağlamında söylemek gerekirse bir yüz görüntüsü veri tabanında yer alan birçok yüz görüntüsüyle eşleştirilmeye çalışılır. Bu sebeple “bire çok (1:N) karşılaştırma” ismini de taşır. Kullanılan teknoloji iki görüntünün aynı kişiye ait olma olasılığını gösteren bir puan verir. Doğrulamada olduğu gibi puan belirli bir eşiğin üzerindeyse kullanıcıya olası bir eşleşme olduğu bilgisi verilir³⁹.

Tanımlamanın çeşitli uygulama biçimleri vardır. Bireylerin kamusal alanda tanımlaması yapılabilecek hareketleri izlenebilir, sosyal ağdaki ilişkilerini belirlemek için kullanılabilir veya bir bankamatikte yapılan tanımlamayla kişinin banka hizmetlerine kolayca erişimi sağlanabilir⁴⁰.

Her iki yöntemin işlevini ve ortak yönünü kısaca tekrar etmek gerekirse, hem doğrulama hem de tanımlama biyometrik şablonlar arasında tahmini bir eşleştirme yapar ve çıktı olarak bir olasılık sunar. Hesaplanan bu olasılık, karşılaştırılan yüzlerin aynı kişiye ait olma ihtimalidir. Olasılık, kullanıcı veya sistemin geliştiricisi tarafından belirlenen bir eşiği aşarsa, sistem bir eşleşme olduğunu varsayar ve bu eşleştirmeyi kullanıcıya sunar⁴¹.

Yöntemlerin farklılıkları ise farklı yapıda sistemlerin kurulmasını gerekli kılar. Doğrulama çoğu durumda veri tabanı gerektirmez ve sadece istisnai hallerde belirli bir biyometrik özellik setinin merkezi veya yerel olarak depolan-

³⁶ European Data Protection Board (n 27) 9.

³⁷ Şıracı (n 20) 24.

³⁸ European Union Agency for Fundamental Rights (n 32) s. 7.

³⁹ Kindt (n 2) s. 37; European Union Agency for Fundamental Rights (n 32) 7-8.

⁴⁰ European Data Protection Board (n 27) 9-10.

⁴¹ ibid 7-8.

masına ihtiyaç duyarken; tanımlama, biyometrik verilerin muhafaza edildiği bir veri tabanını gerektirir⁴².

Çalışmaya esas alınan *Glukhin* kararında Mahkemenin özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması bağlamında yüz tanıma teknolojisini değerlendirirken üzerinde durduğu hususlardan bir tanesi verilerin elde edilme, saklanma ve işleme koşullarıdır. Diğer bir husus ise yüz tanıma sistemlerinin kullandığı verilerin, biyometrik veri niteliğidir. Zira kişisel verilerin korunmasına dair ortaya çıkarılan ulusal ve uluslararası mevzuatta biyometrik veriler, hassas veya özel nitelikli veri olarak adlandırılır ve işlenmesine karşı ek güvenceler öngörülür. Bu bağlamda da yüz tanıma sistemleri tarafından kullanılan verilerin, uluslararası veri koruma mevzuatında yer alan tanımlara göre biyometrik veri niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi önem taşır.

B. Biyometrik Veri

El, ayak veya parmak izi gibi benzersiz özelliklerin insanı tanımlamak için kullanılabileceği, içinde bulunduğumuz yüzyılın çok daha öncesinde fark edilmiştir. Bununla birlikte yakın geçmiş ve günümüzde bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerle bilgilerin veri biçiminde depolanabilmesi ve hızlı bir biçimde işlenebilmesi, kimlik tespitinin otomatikleşmesini sağlamıştır⁴³. Biyometrik kavramının, “*otomatik tanıma için kullanılabilen ölçülebilir bir biyolojik (anatomik ve fizyolojik) ve davranışsal özellik*” olarak yapılan tanımı da bu otomatikleşmeye vurgu yapmaktadır⁴⁴. İnsanın ölçülebilir özelliklerinin otomatik olarak işlenerek sonuç çıkarılabilmesiyle yirminci yüzyılın sonunda Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri’nde biyometrik özellikleri kullanan çeşitli büyük ölçekli sistemler kurulmuştur⁴⁵.

Biyometrik terimi Yunanca “*βίος*” (yaşam) ve “*μέτρον*” (ölçü) kelimelerine dayanır ve “*canlı türlerinin ölçümü*” anlamına gelir⁴⁶. Biyometrik teknolojiler ise ayrıntılı bir tanımlamayla, bir kişi tarafından yapılan bir iddianın otomatik olarak doğrulanması veya o kişinin kimliğinin tespiti için benzersiz veya ayırt edici insan özelliklerinin toplanması, ölçülmesi ve saklanması anlamına gelir⁴⁷.

⁴² Kindt (n 2) 37-39.

⁴³ National Science and Technology Council, *Biometrics History* (2006) 1 <<https://www.hSDL.org/c/view?docid=463907>> erişildi 24 Ocak 2025.

⁴⁴ <<https://www.dhs.gov/biometrics>> erişildi 24 Ocak 2025.

⁴⁵ Sığınmacılar ve yabancılar için parmak izi veri tabanı, vize bilgi sistemi ve Schengen bilgi sistemi gibi sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Kindt (n 2) 65-73; National Science and Technology Council (n 43) 9-24.

⁴⁶ Kindt (n 2) 19; National Science and Technology Council (n 43) 1.

⁴⁷ Kindt (n 2) 19; Avrupa Birliği’nin bağımsız veri koruma otoritesi olarak nitelendirilen Avrupa Veri Koruma Denetçisi’nin (“*The European Data Protection Supervisor*”-EDPS) benzer yöndeki tanımı için bakınız <https://www.edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/b_en#biometrics> erişildi 3 Şubat 2025.



Biyometrik veri⁴⁸ kavramı ise, biyometrik teknolojilerin kullandığı, kişiye özgü ve benzersiz nitelikteki biyolojik/fizyolojik ve davranışsal özelliklerden elde edilen kişisel veriler biçiminde tanımlanabilir. Parmak izi, damar veya retina deseni, avuç içi geometrisi, yüz yapısı, el şekli, fizyolojik biyometrik veri niteliğindedir. Davranışsal biyometrik verilere ise kişinin yürüyüş veya konuşma biçimi, akıllı telefon kullanırken ekranı kaydırış biçimi, klavyeye basış biçimi, araba sürüş biçimi örnek gösterilebilir⁴⁹.

1. Uluslararası Metinlerde Biyometrik Veri Kavramı

Avrupa'daki uluslararası veri koruma mevzuatında yer alan biyometrik veri tanımları şunlardır:

- Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (Sözleşme 108) 2018 yılında kabul edilen bir protokolle güncellenmiştir ve artık Kişisel Verilerin İşlenmesine Dair Bireylerin Korunması Sözleşmesi veya Sözleşme 108+ olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmeyi güncelleyen çalışmanın açıklayıcı raporunda yer alan tanıma göre biyometrik veri, “*bir bireyin fiziksel, biyolojik veya fizyolojik özelliklerine ilişkin verilerin belirli bir teknik işlemde geçirilmesinden kaynaklanan ve bireyin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına veya kimlik doğrulamasına olanak tanıyan verilerdir*”⁵⁰.
- Avrupa Birliği bünyesinde ortaya çıkarılan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 4. maddesinde yer alan tanıma göre biyometrik veri, “*yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi bir gerçek kişinin kimliğinin benzersiz şekilde tespitini sağlayan veya bunu doğrulayan fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin olarak belirli teknik işleme ile ortaya çıkan kişisel verilerdir*”⁵¹. Ceza adalet sistemi içerisinde suçların önlenmesi, ceza muhakemesi süreci ve cezaların infazında kişisel verilerin işlenmesine yönelik uygulama alanı bulacak, polis ve ceza adalet sistemi otoriteleri için

⁴⁸ Avrupa kurum ve kuruluşlarının çoğunun “biyometrik”, “biyometrik veri” ve “biyometrik teknoloji” kavramlarını birbirleri yerine kullandıklarına dair çıkarımlar için ayrıca bkz. Catherine Jasseraud-Breeman, ‘Reprocessing of biometric data for law enforcement purposes: Individuals’ safeguards caught at the Interface between the GDPR and the ‘Police’ directive?’ (PhD thesis, University of Groningen 2019) 55 <<https://research.rug.nl/en/publications/reprocessing-of-biometric-data-for-law-enforcement-purposes-indiv>> erişildi 4 Şubat 2025.

⁴⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber* 5-6 <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2030/Rehberler>> erişildi 24 Ocak 2025; Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* 8 <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 28 Ocak 2025.

⁵⁰ <<https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>> erişildi 3 Şubat 2025.

⁵¹ <<https://gdpr-info.eu/>> erişildi 4 Şubat 2025; Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün resmi olmayan Türkçe çevirisi için ayrıca bakınız <https://www.ab.gov.tr/ab-genel-veri-koruma-tuzugu-gdpr-turkceye-cevrildi_53650.html> erişildi 4 Şubat 2025.

veri koruma alanındaki temel Avrupa Birliği aracı niteliğindeki Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2016/680 Sayılı Direktifinin⁵² 3. maddesinde de aynı tanım yer almaktadır⁵³.

Tanımlar insanın benzersiz özelliklerine atıf yapsa da biyometrik veriden bahsedebilmek için verinin belirli bir teknik işleme ile ortaya çıkması gerekir⁵⁴. Bu husus Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün gerekçe kısmında da ortaya konmaktadır. Örneğin işlenen fotoğraflar her durumda biyometrik ve dolayısıyla hassas veri niteliğinde kabul edilmemelidir. Ancak bunlar biyometrik veri tanımlarında da vurgulandığı üzere bir gerçek kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına veya doğrulanmasına olanak tanıyan belirli bir teknik araçla işlendiğinde bu kategori içerisine alınmalıdır.

Günümüzde kimlik tespiti ve kimlik doğrulama için kullanılan yüz tanıma sistemlerinin teknik bir işlemle yüz görüntülerini elde ettiğini kabul etmek gerekir. Sistemlerin kullandığı biyometrik teknolojiler, bir kimliğin otomatik olarak doğrulanması veya bir kişinin tanımlanması için bireylerin benzersiz veya ayırt edici biyolojik ve/veya davranışsal özelliklerini toplar ve genellikle saklar⁵⁵. Diğer bir ifadeyle doğrulama veya tanımlama için yüz biyometrisi çıkarılır⁵⁶. Bu şekilde elde edilen, depolanan ve işlenen yüz görüntüleri de biyometrik veri niteliğindedir⁵⁷.

2. Yüz Tanıma Sistemleri Tarafından Kullanılan Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Esas Alınacak İlke ve Kurallar

Biyometrik verilerin toplanması ve işlenmesinin, kişisel verilerin korunması bağlamında ortaya çıkardığı önemli bir husus kişilerin benzersiz özellikleri ile kimlikleri arasındaki ilişkinin kullanım yoğunluğudur. Nitekim biyometrik

⁵² <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016L0680>> erişildi 12 Ocak 2025; İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü tarafından hazırlanan Türkçe çeviri için bakınız <<https://itlaw.bilgi.edu.tr/tr/haberler/turkce-tercume-ve-bilgi-notu-27-nisan-2016-tarihli-84/>> erişildi 12 Ocak 2025.

⁵³ Avrupa Birliği bünyesinde Genel Veri Koruma Tüzüğü ceza adalet sisteminde doğrudan uygulama alanı bulmaz. Suçların önlenmesi, tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması veya cezaların infazı amacıyla polis ya da adli merciler tarafından yürütülen faaliyetler ve işlemler bakımından 2016/680 Sayılı Direktif uygulanır. Bu sebeple Direktifte yer alan bu tanım ceza adalet sisteminde yüz tanıma teknolojilerinin kullanımı bakımından önem taşır.

⁵⁴ Biyometrik verinin yasal tanımı yapılırken herhangi bir formattan veya verilerin teknik olarak işlenmesinden bahsedilmemesi gerektiği yönündeki görüş ile kavramın uluslararası mevzuat ve öğretilerdeki tanımlarının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Jasserand-Breeman (n 48) 32-55.

⁵⁵ Kindt (n 2) 36.

⁵⁶ Berle (n 30) 2.

⁵⁷ European Union Agency for Fundamental Rights (n 32) 5; Amelin and Channov (n 3) 228; Songül Atak, 'Biyometrik ve Genetik Verilerin Korunması Konusunda Avrupa Konseyi'nin Genel Yaklaşımı' (2024) 60 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 343, 350; Zafer İçer and Elif Dönmez, 'Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları' (2020) 15 [43] Ceza Hukuku Dergisi 421, 432.



teknolojiler, insanın fizyolojik veya davranışsal özelliklerini bilgisayar/makine tarafından okunabilir hale getirmekte ve daha fazla kullanım imkânı sunmaktadır. Kullanımın yaygınlaşması ise başta kişisel veriler olmak üzere temel haklar üzerinde yeni müdahaleler doğurur. Bireylerin otomatik olarak izlenmesine, takip edilmesine veya profillerinin çıkarılmasına olanak tanıyan bu teknolojilerin, özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması hakları üzerinde olası olumsuz etkileri oldukça yüksektir⁵⁸.

Kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası mevzuata göre biyometrik veriler, hassas veya özel nitelikli kişisel veriler içerisinde sınıflandırılırken, kişisel veriler için getirilen temel ilke ve kuralların yanı sıra ek güvencelere tabidir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, temel ilkelere daha fazla müdahale ve ayrımcılık riski barındırdığından ayrıca sınırlamalar getirilmesi tercih edilmektedir⁵⁹. Dolayısıyla özel nitelikli kişisel verilerin elde edilmesi, saklanması ve işlenmesi söz konusu olduğunda hem temel ilke ve kurallara hem de özel ek güvencelere bakmak gerekir.

Avrupa Konseyi bünyesindeki Sözleşme 108+'nın 5. maddesi ile Avrupa Birliği bünyesinde ortaya çıkarılmış 2016/680 Sayılı Direktif'in 4. maddesine bakıldığında, kişisel verilerin işlenmesinde esas alınan temel ilke ve kurallar özetle şunlardır⁶⁰:

- Veriler açık, belirli ve meşru amaçlar için toplanır ve bu amaçlarla bağdaşmayan biçimde işlenemez.
- İşleme tabi tutulan veriler, işlenme amaçlarıyla bağlantılı olarak yeterli ve ilgili olmalı, gereksiz ve aşırı olmamalıdır.
- İşleme tabi tutulan veriler doğru ("*accurate*") olmalı ve gerektiğinde güncellenmelidir.
- Veri sahiplerinin kimliklerinin belirlenmesine izin verecek bir biçimde, bu verilerin işlenme amaçları için gerekli olandan daha uzun süre muhafaza edilmemelidir.
- İşlendikleri amaçlar göz önünde bulundurularak, hatalı verilerin gecikmeksizin silinmesi veya düzeltilmesi için, gerekli her türlü önlem alınmalıdır.
- Veriler hukuka uygun ve adil (dürüstlük kurallarına uygun) işlenmelidir.
- Veri işleme, izlenen meşru amaç bakımından orantılı olmalıdır.

⁵⁸ Article 29 Data Protection Working Party (n 33) 3-4.

⁵⁹ Julie Ringelheim, 'Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?' (2007) Center for Human Rights and Global Justice Working Paper No. 13 Jean Monnet Working Paper 08/06, 28 <<https://jeanmonnetprogram.org/>> erişildi 15 Ocak 2025.

⁶⁰ Bu ilke ve kurallar ayrıca kanunilik, amaç sınırlaması, veri minimizasyonu, veri doğruluğu, veri güvenliği, şeffaflık, saklama sınırlaması, uygun güvencelerin uygulanması ve hesap verilebilirlik başlıklarıyla da formüle edilebilir.

- Veri işlemeyle elde edilecek faydayla müdahale edilecek hak ve özgürlükler arasında adil bir denge sağlanmalıdır.
- Yetkisiz veya yasadışı işlenmesi ile kazara kayıp, imha veya zararın önlenmesine ilişkin teknik ve idari tedbirlerin uygulanması da dahil olmak üzere, kişisel verilerin güvenliği sağlanmalıdır.

Biyometrik veriler için getirilen ek güvenceler bakımından ise Sözleşme 108+'nın 6. maddesine göre *“bir kişiyi benzersiz bir şekilde tanımlayan biyometrik verilerin işlenmesine, ancak Sözleşme’de öngörülen diğer güvenceleri tamamlayan uygun güvencelerin kanunda yer alması halinde izin verilir. Söz konusu güvenceler başta ayrımcılık riski olmak üzere veri sahibinin menfaatleri, hakları ve temel özgürlükleri açısından olası risklere karşı koruma sağlamalıdır”*.

2016/680 Sayılı Direktif’in 10. maddesine göre ise bir gerçek kişinin kimliğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi amacıyla biyometrik verilerin işlenebilmesi için, işleme mutlak surette gerekli olmalı ve veri sahibinin hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından yeterli önlemler alınmalıdır.

Biyometrik verilerin işlenmesiyle temel haklar üzerinde çeşitli riskler ortaya çıkmakta ve bu doğrultuda kişisel verilerin korunması adına temel ilkelerin yanı sıra bahsi geçen ek güvenceler öngörülmektedir. Yüz tanıma sistemlerinin kullanılmaya başlanmasıyla birlikte ise temel haklara müdahalenin arttığı söylenebilir. Nitekim yüz tanıma sistemlerinin CCTV veya polis yaka kamerası gibi mevcut gözetim araçlarına entegre edilmesiyle, biyometrik veri niteliğindeki yüz görüntülerinin toplanma ve işlenme sıklığı artarken; dijital görüntülere internet üzerinden ulaşılması örneğinde olduğu gibi verileri işlenen bireylerin iş birliği veya farkındalığı gerekmeden sürecin yürütülebilmesi temel haklar üzerindeki riski yükseltir⁶¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından *Glukhin* kararında atıf yapılan Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya çıkarılmış Yüz Tanıma Hakkında Kılavuz ise özellikle yüz tanıma teknolojilerinin kullanımı sırasında takip edilmesi gereken kurallar öngörmektedir. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi Danışma Komitesi tarafından 2021 yılında yayınlanan Yüz Tanıma Hakkında Kılavuz, yüz tanıma teknolojilerinden yararlanılırken temel özgürlüklerin olumsuz yönde etkilenmemesini sağlamak amacıyla referans niteliğinde bir belge olarak ortaya çıkarılmıştır.

Kılavuza göre yüz tanıma teknolojilerinin, izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ile veri sahibinin hakları üzerindeki etkisi birlikte değerlendirilmelidir.

⁶¹ Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (n 27) 5.



Yüz tanıma teknolojisinin farklı kullanım alanları sınıflandırılarak uygun hukuki çerçeve oluşturulurken ise şu hususlar dikkate alınmalıdır⁶²:

- Kullanımın ve izlenen amacın ayrıntılı bir açıklaması
- Kullanılan algoritmanın asgari güvenilirliği ve doğruluğu (“*accuracy*”)
- Kullanılan fotoğrafların saklama süresi
- Benimsenen kıstasların denetlenebilirliği
- Sürecin izlenebilirliği
- Güvenlik önlemleri

Amaca bağlılık ilkesi bağlamında çıkarımlarda bulunan Kılavuza göre başlangıçta farklı amaçlar için kullanılan dijital görüntülerden oluşan mevcut veri tabanlarının biyometrik şablonlarını çıkarmak ve bunları biyometrik sistemlere entegre etmek için, ağır basan meşru amaçlar bulunmalı, uygulama kanunla öngörülmeli ve izlenen amaçlar için kesinlikle gerekli ve orantılı olmalıdır. İzlenebilecek örnek amaçlar arasında suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ile cezaların infazı gösterilebilir⁶³.

Suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ile cezaların infazı amaçlarıyla kontrollü⁶⁴ veya kontrolsüz bir ortamda kimlik tespiti yönelik yüz tanıma teknolojileriyle biyometrik veri işlenmesi, sadece bu amaçlarla sınırlı yapılmalı ve sadece yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmelidir. Kimlik tespiti amacıyla, hem veri tabanının (izleme listesi) oluşturulmasında hem de (canlı) yüz tanıma teknolojilerinin kontrolsüz bir ortamda kullanılmasında katı gereklilik (“*strict necessity*”) ve orantılilik gözetilmelidir⁶⁵.

C. Yüz Tanıma Sistemlerinin Ceza Adalet Sisteminde Kullanımı

Ceza adalet sisteminde yararlanılan yüz tanıma teknolojileri, doğrulamaya nazaran kimlik tespiti yöntemini kullanır. Keza belirli bir yere girmek veya hizmet almak gibi faaliyetler için tercih edilen bire bir eşleştirme değil, suçun önlenmesi veya soruşturulması amacıyla veri tabanında bulunan birçok şablonla karşılaştırma yapan bire çok eşleştirmeye sonuca ulaşmaya çalışılır. Bu sistemler görüntüleri karşılaştırarak kimlik tespiti yaparken genellikle yapay zekâ teknolojisi kullanır. Yüksek hacimlere ulaşan ve karmaşılaşan veri havuzunda yüz görüntülerinin

⁶² ibid 7; Biyometrik verilerin işlenmesinde ölçülülük ilkesine riayet edilmesi ve veri sahipleri bakımından kişi kategorilerinin oluşturulması noktasında benzer çıkarımlar için ayrıca bakınız Neslihan Can, *Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 176-181.

⁶³ Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (n 27) 9.

⁶⁴ Kontrollü ortam (“*controlled environment*”) kavramı, biyometrik sistemlerin yalnızca kişinin katılımıyla kullanılabildiği durumları kapsamaktadır. ibid 10.

⁶⁵ ibid 10.

doğru bir biçimde hızlıca eşleştirilmesi insanların kolayca üstesinden gelebileceği bir iş olmaktan çıkmakta; dolayısıyla verileri hızlıca işleyen ve isabetli sonuçlar üreten sistemlere olan ihtiyaç artmaktadır. Personel yetersizliği veya insandan kaynaklanan noksanlar da dikkate alındığında yüz tanıma sistemleri, verimliliği artırarak suçla mücadelede önemli bir araç niteliği kazanmaktadır⁶⁶.

Önleyici kolluk faaliyetleri ile soruşturmalarda parmak izi ve DNA analizi yöntemlerinin yanı sıra yüz tanıma sistemlerinden yararlanılmaya başlanmasıyla çoğunlukla şüphelilerden, sanıklardan ve hükümlülerden suçların önlenmesi ve soruşturulması amacıyla yüz görüntüleri toplanmaya başlanmıştır⁶⁷. Yüz tanıma teknolojisinin ceza adalet sistemindeki kullanımı şüpheli, sanık, mağdur veya savunmasız kişilerin tespit edilmesi biçiminde çeşitlenebilir⁶⁸.

Yüz tanıma sistemlerinin dikkate değer kullanım alanı önleyici kolluk faaliyetlerinde ortaya çıkmaktadır. Sistemin uyarıları sonucu bir risk tespit eden kolluk, olası bir tehlike veya suç önleme amacıyla durdurma, kimlik sorma ve arama gibi işlemleri tatbik edebilmektedir⁶⁹. Almanya'nın Mannheim şehrinde 2018 yılında hayata geçirilen ve yapay zekâ teknolojilerinden yararlanan sistem, tehlikeli davranışları tanımlayarak kolluk güçlerine bilgi sağlamaktadır. Bilgiyi alan kolluk ilgili görüntüleri izleyerek müdahale gerekip gerekmediğine karar vermektedir. Aynı yıl Alman Federal Polisi ("*Bundespolizei*") tarafından federal düzeyde uygulamaya konulan "*Sicherheitsbahnhof*" isimli pilot proje ise yapay zekâ temelli kameralı gözetimin yanı sıra biyometrik yüz tanımaya odaklanmaktadır⁷⁰. Macaristan'da ortaya çıkarılan bir proje kapsamında ise başkent Budapeşte ve ülke genelinde yüz tanıma özelliğine sahip otuz beş bin kamera yerleştirilerek yol güvenliği de dahil olmak üzere kamu düzeninin sağlanması amacıyla sürücülerin plakalarının ve yüz görüntülerinin yakalanarak işlenmesi planlanmaktadır⁷¹.

⁶⁶ European Data Protection Board (n 27) 6.

⁶⁷ The European Commission, *Towards the European Level Exchange of Facial Images Legal Analysis for TELEFI project* 3-4, 13 <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/results>> erişildi 5 Şubat 2025.

⁶⁸ Michael Veale, *Algorithms in the Criminal Justice System* (June 2019) 36 <<https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/algorithm-use-in-the-criminal-justice-system-report>> erişildi 20.01.2025.

⁶⁹ İçer and Dönmez (n 57) 436.

⁷⁰ Johanna Sprenger and Dominik Brodowski, 'Predictive Policing', 'Predictive Justice', and the use of 'Artificial Intelligence' in the Administration of Criminal Justice in Germany' (2023) *Revue Internationale de Droit Pénal* 5, 16-18 <<https://www.penal.org/de/2023-2>> erişildi 11 Haziran 2025; Almanya'daki diğer benzer uygulamalar için ayrıca bakınız İçer and Dönmez (n 57) 423-424.

⁷¹ European Union Agency for Fundamental Rights (n 32) 3; Önleyici faaliyetler kapsamında kabul edilebilecek diğer bir kullanım, kayıp kişilerin bulunmasına özgülüdür. İçer and Dönmez (n 57) 438. Sınır güvenliğinin sağlanması amacıyla da yüz tanıma sistemleri geliştirilmekte ve kullanılmaktadır. Laura K. Donohue, 'Technological Leap, Statutory Gap, and Constitutional Abyss: Remote Biometric Identification Comes of Age' (2012) 97 *Minnesota Law Review* 407, 436-437.



Ceza adalet sisteminde kimlik tespiti için biyometrik verilerin kullanılması, suç işlenmesinin önlenmesinde veya suç soruşturmalarında önemli bir rol oynayabileceği gibi birden fazla kimlik yaratma imkanını da ortadan kaldırarak terörle veya organize suçlulukla mücadele değerli bir yöntem olarak kendini göstermektedir⁷².

Terör ve organize suçluluk gibi sınır aşan suçlarla mücadele, Avrupa’da ulusal ve uluslararası mevzuatın oluşmasında önemli bir etkidir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği bünyesinde ortaya çıkarılan çalışmalardan biri Prüm Anlaşmasıdır. Sınır ötesi suç, terörizm ve yasadışı göçle mücadele amacıyla DNA profilleri, parmak izleri ve araç kayıt verileri, anlaşmayla oluşturulan Prüm Sistemi kapsamında taraf devletler arasında paylaşılmaktadır. Avrupa Birliği’nin tüm üyelerine açık olan ve 2005 yılında sekiz devlet tarafından imzalanan Prüm Anlaşması’yla kurulan Prüm Sistemi’nin başarılı uygulaması sonucu, yüz görüntülerinin de paylaşımını içeren yeni yöntemlerin benimsenmesi değerlendirilmeye başlanmıştır⁷³.

Değerlendirme sonucu Yüz Görüntülerinin Avrupa Düzeyinde Değişimine Doğru (“Towards the European Level Exchange of Facial Images” - TELEFI) Projesi ortaya çıkarılmıştır. Avrupa Komisyonu tarafından desteklenen ve Avrupa Birliği tarafından finanse edilen Proje, suçların soruşturulması ve kovuşturulmasıyla bağlantılı olarak yüz tanımanın kurumsal, teknik ve hukuki yönlerini gözden geçirmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği üyesi devletlerdeki suç soruşturmalarında yüz tanımanın uygulamasını araştırmaktadır⁷⁴.

Avrupa Birliği ülkelerinde tatbik edilen veya tatbik edilmesi planlanan yöntemlere bakıldığında şu uygulamalara rastlanır⁷⁵:

- Kimliği belirlenemeyen bir kişinin (şüpheli, mağdur, vb.) yüzü, fotoğraflardan oluşan bir veri tabanında aranır.
- Suç önleme amacıyla bir kişinin kamusal alandaki hareketleri izlenir. Örneğin bir kişi kamusal alanda tehlikeli gözüken bir çanta bıraktığında yüz görüntüsü veri tabanındaki şablonlarla karşılaştırılabilir.

⁷² Teröristlerin birden fazla kimlikle hareket etmesinin önüne geçmek ve suçluların, hileyle veya diğer yollardan mağdurların kimliklerini ele geçirip, dolandırıcılık ve benzeri suçları işlemelerini önlemek için kişilerin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına yönelik yeni teknikler benimsenmeye başlanmıştır. Council of Europe, *Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometric data* (2005) para 8 <<https://rm.coe.int/16806840ba>> erişildi 16 Mart 2025.

⁷³ The European Commission, *Support to the project ‘Towards the European Level Exchange of Facial Images’* <<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/TELEFI-Project.pdf>> erişildi 16 Mart 2025; The European Commission, *Summary Report of the project* (n 6) 10, 16; <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/about-telefi-project>> erişildi 16 Mart 2025.

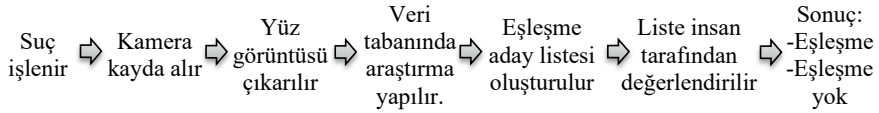
⁷⁴ The European Commission, *Support to the project* (n 73); <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/about-telefi-project>> erişildi 16 Mart 2025.

⁷⁵ European Data Protection Board (n 27) 9-10.

- Aranan kişilerin tespiti için kamusal alanlarda tanımlama yapılır. Örneğin canlı olarak yakalanan yüzler, hakkında yakalama kararı bulunan şüphelinin polis veri tabanındaki yüz görüntüsüyle eşleştirilmeye çalışılabilir.

Europol, Interpol ve diğer devletlerde genellikle benimsenen yüz tanıma sistemleri geriye dönük araçlardır (“*retrospective tools*”). Olay sonrası kullanım (“*post-event use*”) veya çevrimdışı kullanım (“*off-line use*”) olarak da adlandırılan bu yöntemde suç şüphesi doğuran olayla ilgili kontrolsüz yüz görüntüsü⁷⁶, olaydan sonra soruşturma sırasında incelenir. İlgili yüz görüntüsünün elde edildiği kişiyi tanımlamak amacıyla, kimliği belirli kişilerden alınan kontrollü yüz görüntülerinin⁷⁷ depolandığı veri tabanında bire çok (1:N) karşılaştırma yapılır. Karşılaştırmadan elde edilen sonuç bir insan tarafından değerlendirilir ve olası eşleşmeler için karara varılır⁷⁸.

Geriye dönük olarak kullanılan yöntemin işleyişi aşağıdaki gibidir⁷⁹:



Bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olan kişilerden yüz görüntüleri alınır ve özel bir polis veri tabanında saklanır. Ayrıca sürücü belgesi başvuruları için toplanan yüz görüntülerinin tutulduğu veri tabanına erişim imkânı da polise verilir. Gelen bir ihbar sonucu açılan soruşturma kapsamında olay yerini gören ve yüz tanıma sistemi entegre edilmiş bir kameradan alınan video kaydından şüpheli olabilecek kişilerin yüz görüntüleri alınır. Kişilerin kimliğini tespit etmek için, polisin yüz görüntülerini sakladığı veri tabanı ile sürücü belgesi için toplanan yüz görüntülerinin depolandığı veri tabanındaki tüm yüz görüntüleriyle sistem karşılaştırma yapar. Belirli bir benzerlik oranının üstündeki eşleşmeler kullanıcıya sunulur. Kullanıcı olası eşleşmeleri değerlendirip şüphelilerin kimliğini tespit eder. Ulusal mevzuatın izin verdiği ölçüde karşılaştırma için daha fazla veri tabanından⁸⁰ da yararlanılabilir.

⁷⁶ Kontrolsüz görüntü (“*uncontrolled image*”), yüz tanıma standartlarına veya yönergelerine uygun olarak çekilmeyen görüntü olarak tanımlanır. Belirti görüntü (“*trace image*”) olarak da bilinir. Örneğin kameralı gözetimden elde edilenler, kontrolsüz görüntü niteliğindedir. The European Commission, *Summary Report of the project* (n 6) 8.

⁷⁷ Kontrollü görüntü (“*controlled image*”), yüz standartlarına veya yönergelerine uygun olarak çekilen görüntü olarak tanımlanır. Referans görüntüler (“*reference images*”) olarak da bilinir. Örneğin sürücü ehliyetinde yer alan fotoğraf, referans görüntü niteliğindedir. ibid 6.

⁷⁸ ibid 10-11, 24.

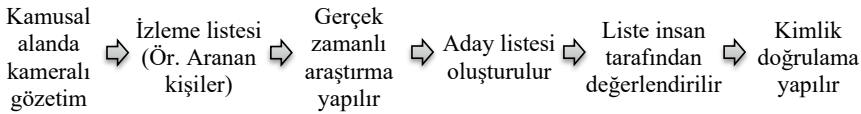
⁷⁹ ibid 24.

⁸⁰ Avrupa Birliğine üye devletlerde soruşturmalar sırasında yararlanılan yüz tanıma sistemlerinin kullandığı veri tabanlarında şüpheliler, sanıklar, hükümlüler, gözaltına alınanlar, tutuklular, aranan



Geriye dönük uygulama görece daha kontrollü müdahaleler içerse de kullanılan veri miktarının artmasıyla öngörülemez boyutlara ulaşarak, kişisel verilerin ölçsüz bir biçimde işlenmesine zemin hazırlayabilir. Amerika Birleşik Devletleri merkezli özel bir şirket olan *Clearview AI*, 60 milyardan fazla yüz görüntüsünden oluşan bilinen en büyük veri tabanını suça mücadele ve suçların soruşturulması için kolluk kuvvetlerine ve devlet kurumlarına sunma amacıyla kurulduğunu belirtmektedir. Şirket tarafından verilen bilgiye göre yüz tanıma teknolojisi ile desteklenen platformun veri tabanı sadece kamuya açık ağ (“web”) kaynaklarından elde edilen verileri barındırmaktadır⁸¹. Şirket tarafından sağlanan bu hizmet Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Avustralya polisi tarafından kullanılmasına rağmen çeşitli sosyal medya şirketleri ve hukuk firmaları tarafından açılan toplu davalarda şirket beyanının aksi iddia edilmiştir. İddialara göre sosyal medya şirketlerinin kuralları ihlal edilmiş ve bireylerin rızası olmaksızın biyometrik bilgileri kullanılmıştır⁸². İddiaların sabit olup olmamasından bağımsız olarak, yüz tanıma sistemlerinin verimliliğini artırmak için daha fazla veriye erişme amacı, kontrollü yüz görüntülerinden çok daha fazlasını elde etme ihtiyacını doğurmaktadır. Özellikle çevrimiçi platformlara aktarılan yüz görüntülerinin toplanarak işlenmesi ise kişisel veriler üzerinde yeni tehlikeler ortaya çıkarmaktadır.

Avrupa Birliği üye devletlerinde rutin uygulamasına rastlanmayan ancak Birleşik Krallık’ta kullanılan diğer bir yöntem ise canlı yüz tanımadır. Geriye dönük araçlardan farklı olarak canlı yüz tanıma kimliği tespit edilmek istenen kişilerin bir listesi bulunur. Listede yer alan kişilerin yüz görüntüleri, elde edilmekte olan görüntülerle sürekli karşılaştırılır. Örneğin liste, hakkında yakalama kararı bulunan kişilerden oluşabilir. Caddeler, alışveriş merkezleri, toplu taşıma araçlarının durakları ve benzeri kamusal alanlara yerleştirilmiş kameralarca tespit edilen yüz görüntüleri anlık olarak haklarında yakalama kararı bulunan kişilerin yüz görüntüleriyle karşılaştırılarak olası eşleşmeler kullanıcıya sunulur. Değerlendirme sonucu eşleşme olduğuna kanaat getirilirse ilgili kişiye müdahale edilerek kimlik tespiti ve tespit amacına uygun diğer işlemler yapılır. Canlı yüz tanıma yönteminin işleyişi aşağıdaki gibidir⁸³:



kişiler, kimliği belirsiz kişiler, kayıp kişiler, kimliği belirsiz maktuller, ağır yaralıları, sığınmacılar, göçmenler ve yabancılara ait veriler bulunur. ibid 11-12.

⁸¹ <<https://www.clearview.ai/overview>> erişildi 13 Haziran 2025.

⁸² Marcus Smith and Seumas Miller, ‘The ethical application of biometric facial recognition technology’ (2022) 37 AI & SOCIETY 167, 169-170.

⁸³ The European Commission, *Summary Report of the project* (n 6) 25.

Çalışma konusu *Glukhin* kararında da irdelenen ve ceza adalet sisteminde sıklıkla kullanılan yöntem kimlik belirleme olsa da; teknolojinin yaygınlaşmasıyla birlikte yüz tanıma teknolojisi kullanılarak elde edilen bilgiler, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin tespitinin yanı sıra ceza muhakemesine konu maddi vakıayı ispat etmek ya da sanığın cezai sorumluluğunu belirlemek amacıyla da kullanılabilir. Örneğin yüz tanıma teknolojisi kullanan polis veya kamerasından elde edilen görüntülerden ispat aracı olarak yararlanılabilir⁸⁴. Yapay zekâ teknolojisiyle birlikte kişilerin duygu durumuna dair tespitlerde de bulunabilen yazılımların çıktıları cezai sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınabilir. Diğer bir örnekte ise bir otomobilin sürülmesinde insanlara yardımcı olan veya sürüşü tamamen devralabilen otonom sürüş teknolojileri, sürücünün yüz ve özellikle göz hareketlerini izleyip kayda alabilir. Yüz tanıma teknolojisiinden yararlanan bu sistemler esasen sürücünün uyuklu veya yorgun olması gibi sürüşe devam etmesine uygun olmadığı durumları tespit ederek uyarı göndermek için tasarlanmıştır. Öte yandan sistemin tespiti, uyarısı ve sürücünün görüntüleri kayda alındığından, bu bilgiler olayın ispatı ve sanığın cezai sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla ceza yargılamasında kullanılabilir⁸⁵. İkinci örnekteki kullanım doğrudan ceza adalet sistemine entegre edilmiş bir sistemden elde edilmiş olmasa da yüz tanıma sistemleri kullanılarak ulaşılan bilginin ceza adalet sisteminde kullanılmasının farklı bir örneği olarak ortaya çıkar. Ancak belirtmek gerekir ki yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılarak ulaşılan bu delillerin ceza muhakemesindeki kullanımı, teknolojinin karmaşık yapısı da dikkate alınarak, kişisel verilerin korunması kurallarının yanı sıra adil yargılanma hakkı bağlamında özellikle çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ve masumiyet karinesi⁸⁶ bakımından farklı bir çalışmada incelenmeye layıktır.

Veri depolama imkanlarının yanı sıra yapay zekâ teknolojisinin sağladığı imkanlarla yüz tanıma algoritmalarının verimliliği son on yıl içerisinde oldukça artmıştır. Böylece sadece kontrollü şartlar altında elde edilenler değil aynı zamanda CCTV kameralarında olduğu gibi düşük kaliteli veya farklı açılardan yakalanan görüntüler üzerinde dahi algoritmalar, insanlara kıyasla daha iyi performans göstermeye başlamıştır⁸⁷. Buna bağlı olarak terör, organize ve sınır aşan

⁸⁴ Elif Ildırar, ‘Kolluğun Vücut Kamerası Kullanımı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği’ in Oktay Karaalp, Barkın Özyurt and Gökçen Elif Toksoy (eds), *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi IV. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 20-21 Nisan 2024 Çevrim İçi* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 45, 55-62.

⁸⁵ Sabine Gless, ‘AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials’ (2020) 51 [2] *Georgetown Journal of International Law* 195, 202-205.

⁸⁶ Yüz tanıma sistemlerinin ceza muhakemesindeki olası diğer bir kullanımına örnek olarak şüpheli, sanık veya tanık gibi kişilerin beyanlarının doğruluğunun denetlenebilmesi gösterilmiştir. İçer and Dönmez (n 57) 438; Böyle bir kullanım masumiyet karinesinin sonuçlarından biri olan ve Anayasamızda da “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” biçiminde ortaya konan *nemo tenetur* ilkesi bağlamında incelenebilir.

⁸⁷ The European Commission, *Summary Report of the project* (n 6) 14.

suçluluk başta olmak üzere suçla mücadele ve etkili soruşturma amacıyla sadece Avrupa’da değil dünya genelinde yüz tanıma sistemlerinin yaygınlaşması⁸⁸ ve gelişen teknolojilerle birlikte çok yönlü ve karmaşık bir hal alması kuvvetle muhtemeldir. Kurulacak böyle bir yapı ise temel hak ve özgürlükler bakımından daha müdahaleci eylem ve işlemlere zemin hazırlamaktadır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İÇTİHAT GELİŞİMİ

Mahkeme, *Glukhin* kararında Sözleşme’nin 8. maddesiyle güvence altına alınmış özel hayata saygı hakkı bağlamında, kişisel verilerin toplanması, depolanması ve işlenmesine dair çıkarımlarda bulunmaktadır.

Kararda Mahkeme kişisel veriler bakımından değerlendirme yaparken, yüz tanıma sistemlerinin müdahaleci yapısının yanı sıra kullanılan yüz görüntülerinin biyometrik veri niteliğini dikkate almıştır. Biyometrik verilerle ilgili Mahkeme’nin içtihat gelişimine bakıldığında ise parmak izi ve DNA bilgilerinin alınması ve depolanması işlemleri üzerine çeşitli kararlar verdiği görülür ki bu bağlamda sıklıkla atıf yapılan karar *S. ve Marper* davasıdır. Nitekim Mahkeme bu kararında, toplanan biyometrik verilerin depolanma şartlarıyla ilgili ilke niteliğinde kural ve çıkarımlar ortaya koymuştur. Yüz tanıma sistemlerinin mevcut teknolojilerle yaygınlaşmaya başlaması son on yılda gerçekleştiği için *Glukhin* kararı dışında bu sistemlerin ayrıca değerlendirildiği bir karar yoktur. Dolayısıyla takip eden başlıklarda kimlik tespiti amacıyla ceza muhakemesi sürecinde sıklıkla toplanan biyometrik veri niteliğindeki DNA, parmak izi ve yüz görüntülerinin saklama, depolama ve işleme koşullarına dair Mahkeme içtihadı incelenmiştir.

A. Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin özel ve aile hayatına hakkı başlıklı 8 § 1 maddesine göre “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*”

⁸⁸ Özellikle Çin Halk Cumhuriyeti’ndeki yüz tanıma uygulamaları dikkat çekicidir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi’nin A/HRC/41/35 numaralı 28.05.2019 tarihli “Gözetim ve İnsan Hakları” başlıklı raporuna göre, Çin Hükümeti ülke genelinde yüz tanıma teknolojisi ve gözetleme kameralarını birlikte kullanmaktayken; 16 farklı bölgedeki yirmiden fazla polis departmanı 2018’den itibaren bu tür bir teknolojiyi edinme ve kullanma arayışına girmiştir. United Nations Human Rights Council, *Surveillance and human rights Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* 5 (A/HRC/41/35, 28 May 2019) <ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/41/35> erişildi 12 Şubat 2025; Paul Mozur, ‘One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority’ *The New York Times* (New York, 14 April 2019) <www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> erişildi 12 Şubat 2025; Amerika Birleşik Devletleri’nde Federal Soruşturma Bürosu (FBI) tarafından yürütülen işlemler için ayrıca bakınız Berle (n 30) 19-20.

Özel hayata saygı veya Anayasamızda öngörüldüğü şekliyle özel hayatın gizliliği temelde yalnız olabilmek hakkını ifade ederken⁸⁹; geniş manada mahremiyet hakkını (“*right to privacy*”)⁹⁰ ortaya çıkarır. Bu bağlamda kişilerin mahremiyeti ile ilgili her şeyin gizli kalmasını gerektirir⁹¹. Özel hayata saygı hakkının yorumlanmasıyla ortaya çıkarılan ve korunması gerekli alanlardan bir tanesi de veri mahremiyetidir⁹². Günümüz teknolojilerinin sağladığı imkanlarla özel hayatla ilgili olanlar da dahil olmak üzere neredeyse her bilginin veri biçiminde saklanabilmesi, veri mahremiyetini öncelikle korunması gerekli bir alan halinde getirmektedir. Veri mahremiyetinin sağlanması için kişilerin kendilerine ait bilginin kontrolünü ele geçirmeleri gerekir⁹³. Bu kontrol ise kişisel verilerin korunması hakkının temelini oluşturan⁹⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da atıf yapılan⁹⁵ enformasyonel self-determinasyon hakkı⁹⁶ (“*informational self-determination*” / “*informationelle selbstbestimmung*”) olarak ifade edilir.

⁸⁹ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, ‘The Right to Privacy’ (1890) 4 [5] Harvard Law Review 193, 195.

⁹⁰ Mahremiyet hakkı, kişinin kendi hayatını en az müdahaleyle yaşama hakkını ifade eder. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Declaration on mass communication media and Human Rights* (Resolution 428, 1970) <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>> erişildi 14 Şubat 2025.

⁹¹ Muammer Ketizmen and Aslıhan Kart, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme’ (2021) 1 [2] Kırıkkale Hukuk Mecmuası 256, 258; Hakkın kapsamına dair farklı görüşler için ayrıca bakınız Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, ‘Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar’ (2008) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 97-102.

⁹² Ketizmen ve Kart (n 91) 259-60. Bilgi mahremiyeti (“*informational privacy*”), “*bireylerin, grupların veya kurumların kendileri hakkındaki bilgilerin ne zaman, nasıl ve ne ölçüde başkaları aracılığıyla iletileceğini kendilerinin belirleme hakkı*” olarak tanımlanmıştır. Antoinette Rouvroy and Yves Pouillet, ‘The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy’ in Serge Gutwirth and others (eds), *Reinventing Data Protection?* (Springer 2009) 45, 69.

⁹³ Ketizmen ve Kart (n 91) 258-60.

⁹⁴ Kişisel verilerin korunması hakkı, ilgili kişinin veri üzerindeki hakimiyetini gerektirir. Murat Volkan Dülger, ‘İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2018) 5 [1] İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71,74.

⁹⁵ *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v Finlandiya App no 931/13* (ECtHR, 27 Haziran 2017) para 137; *Benedik v Slovenya App no 62357/14* (ECtHR, 24 Nisan 2018) para 103.

⁹⁶ Kişisel verilerin korunmasının temelini oluşturan ve enformasyonel self-determinasyon (“*informational self-determination*” / “*informationelle selbstbestimmung*”) olarak öğretide tanımlanan hak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (“*Bundesverfassungsgericht*”) tarafından ortaya çıkarılmıştır. Mahkeme, 1983 yılında verdiği “Census-Nüfus Sayımı” kararında, Alman Anayasası’nın 1. ve 2. maddelerinde yer alan insan onuru ve insanın kişiliğini geliştirme hakkına dayanarak enformasyonel self-determinasyon hakkından bahsetmiştir. Kendi kaderini tayin etme biçiminde de ifade edilebilecek self-determinasyon temelinde herkes, kendisine ait verilerin kullanımı ve devri hususunda belirleyici olmalıdır. Self-determinasyon, kişilerin hareket etme ve iş birliği yapma kapasitesine dayanan özgür ve demokratik bir toplumun temel işlevsel koşuludur. Aydın Akgül, ‘Kişisel Verilerin Korunmasında



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, enformasyonel self-determinasyon hakkına yaptığı atıfla dolaylı olarak gösterdiği gibi kişisel verilerin korunmasını, özel hayata saygı hakkının bir görünümü olarak benimser⁹⁷. Mahkemeye göre kişisel verilerin korunması, bireylerin Sözleşmenin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanması bakımından temel öneme sahiptir⁹⁸. Mahkeme ayrıca Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nde yer alan kişisel veri kavramına atıf yaparak, 8. maddeyle getirilen korumanın kapsamına dair yorumunu vurgularken, kişisel veriler bağlamında özel hayatın sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir⁹⁹.

Mahkemeye göre bilgiler sistematik olarak toplanıp yetkililer tarafından tutulan dosyalarda saklanırsa, bu bilgiler kamuya açık olsa dahi özel hayat bağlamında değerlendirilebilir. Bu nedenle belirli bir kişi hakkında toplanan bilgiler herhangi bir müdahaleci veya gizli yöntemle toplanmamış olsa bile, sistematik veya kalıcı bir depolama söz konusuysa 8. madde kapsamına girmektedir¹⁰⁰. Bireyin kamuya açık yerlerdeki davranışlarının, görsel verileri kaydetmeyen ekipmanlar kullanılarak izlenmesi bireyin özel hayatına bir müdahale niteliğinde görülmezken, görüntülerin kaydedilmesi ve kalıcı olacak saklanması müdahalenin varlığını gündeme getirir¹⁰¹.

B. Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Verilerin Toplanması, Saklanması ve İşlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kamu güvenliğinin sağlanması veya suçların önlenmesi amacıyla ya da suç soruşturması kapsamında kişilerin kamuya açık alanlardaki görüntülerinin veya seslerinin kaydedilmesiyle ve/veya bunların kullanılmasıyla ilgili kararları mevcuttur¹⁰². Ancak *Glukhin* davasına konu olay-

Yeni Bir Hak: 'Unutulma Hakkı' ve Ab Adalet Divanı'nın 'Google Kararı' (2015) 116 TBB Dergisi 11,15; Ringelheim (n 59) 25; Rouvroy and Pouillet (n 92) 45-47; Dülger (n 94) 81.

⁹⁷ Yerleşik içtihadına göre kişilerin özel hayatına ilişkin bilgiler, Sözleşmenin 8 maddesi bağlamında koruma altındadır ve örneğin bu bilgilerin saklanması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur. *Leander v İsveç* App no 9248/81 (ECtHR, 26 Mart 1987) para 48; *Rotaru v Romanya* App no 28341/95 (ECtHR, 4 Mayıs 2000) para 43.

⁹⁸ *S. ve Marper v Birleşik Krallık* App nos 30562/04 ve 30566/04 (ECtHR, 4 Aralık 2008) para 103. *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v Finlandiya* (n 95) para 137.

⁹⁹ *Amann v İsviçre* App no 27798/95 (ECtHR, 16 Şubat 2000) para 65; *Rotaru v Romanya* (n 97) para 43; *Benedik v Slovenya* (n 95) para 102.

¹⁰⁰ *P.G. ve J.H. v Birleşik Krallık* App no 44787/98 (ECtHR, 25 Eylül 2001) para 57; Örneğin kişinin hayatı, özellikle de çalışmaları, siyasi faaliyetleri ve sabıka kaydı hakkındaki bilgiler bu kapsamda görülebilir. *Rotaru v Romanya* (n 97) paras 43-44.

¹⁰¹ *Peck v Birleşik Krallık* App no 44647/98 (ECtHR, 28 Ocak 2003) para 59; *Perry v Birleşik Krallık* App no 63737/00 (ECtHR, 17 Temmuz 2003) para 38.

¹⁰² Başvurucunun kamuya açık bir alanda yanında bulundurduğu bıçakla intihar girişiminden sonraki davranışlarının CCTV tarafından kaydedilmesi ve sonrasında CCTV uygulamasının etkililiğini

daki gibi günümüz yüz tanıma sistemleri kimlik tespiti amacıyla biyometrik veriler ve teknolojiler kullandığından, ceza muhakemesi süreciyle bağlantılı olarak DNA, parmak izi veya yüz görüntülerinin biyometrik veri niteliğinde toplanması, saklanması ve işlenmesine dair Mahkeme kararları incelenmiştir. Nitekim Mahkemenin yüz tanımayla ilgili verdiği yegâne *Glukhin* kararındaki çıkarımlar da DNA bilgileri ve parmak izi gibi diğer biyometrik verilerle ilgili ortaya çıkarılmış içtihadın üzerine inşa edilmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bağlamında kişisel verilerin korunmasıyla ilgili içtihat gelişiminde Mahkeme, müdahalenin haklılığını değerlendirirken, izlenen meşru amaç başlığı altında “suç işlenmesinin önlenmesi” amacının takip edildiğini kabul etmektedir¹⁰³. Müdahalenin ulusal mevzuatta kanuni bir dayanağı olup olmadığı değerlendirmesinde ise genellikle Taraf Devletlerin iç hukukundaki düzenlemelerin niteliğini, demokratik bir toplumda gerekli olma şartıyla birlikte incelemektedir. Dolayısıyla Mahkemenin ilk iki şart bakımından dikkate değer çıkarımlar yaptığı söylenemez. Bu sebeple içtihat gelişiminde, öncelikle “müdahalenin varlığı” sonrasında ise “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği” başlığı altında ortaya konan çıkarımlar, kişisel verilerin korunmasına dair ortaya çıkarılan uluslararası mevzuat dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

1. Müdahalenin Varlığı

Kişisel verilerin kamu otoriteleri tarafından muhafaza edilmesinin özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirirken Mahkemenin göz önünde bulundurduğu kıstaslar arasında, verilerin gelecekteki kullanım imkanları, verinin niteliği ve saklamanın kapsamı yer almaktadır.

Mahkeme, yetkililer tarafından muhafaza edilen kişisel verilerin gelecekteki olası kullanımına ilişkin bireyde oluşan endişelerin meşru olduğunu kabul etmekte

göstermek için bu görüntülerin yayınlanmasıyla ilgili verilen ihlal kararı için bakınız *Peck v. Birleşik Krallık* (n 101) paras 53-87; Soruşturma kapsamında yakalanarak hakkında evden çıkmama adli kontrol kararı verilen başvurunun yakalandığı sırada polis tarafından çekilen fotoğrafların basına verilmesiyle ilgili olayda kanuni dayanağı bulunmayan fotoğraf çekme ve basına verme işlemleri hakkında verilen ihlal kararı için bakınız *Sciacca v. İtalya* App no 50774/99 (ECtHR, 11 Ocak 2005) paras 22-31; Teşhis işlemine katılmayı reddeden şüphelinin emniyet müdürlüğünde kapalı devre kamera sistemiyle görüntüleri gizlice kaydedilerek bu kayıtların daha sonra teşhis için kullanılmasıyla ilgili verilen ihlal kararı için bakınız *Perry v. Birleşik Krallık* (n 101) paras 30-49; Başvurucuların emniyet müdürlüğünde bulundukları süreç içerisinde seslerinin kaydedilmesiyle ilgili verilen ihlal kararı için bakınız *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık* (n 100) paras 52-63; Soruşturma sırasında başvuruçuların fotoğraflarını içeren kitaplar kullanılarak delil toplanmaya çalışılmasıyla ilgili verilen açıkça dayanaktan yoksun kararı için bakınız *Lupker ve Diğerleri v. Hollanda* App no 18395/91 (ECtHR, 7 Aralık 1992); Bu ve benzer nitelikteki kararların ayrıntılı bir değerlendirmesi için ayrıca bakınız Dülger (n 94) 112-130.

¹⁰³ *S. ve Marper v. Birleşik Krallık* (n 98) para 100; *M.K. v. Fransa* App no 19522/09 (ECtHR, 18 Nisan 2013) para. 32; *Gaughran v. Birleşik Krallık* App no 45245/15 (ECtHR, 13 Şubat 2020) para 75; *P.N. v. Almanya* App no 74440/17 (ECtHR, 11 Haziran 2020) para 68.



ve buna göre verileri sınıflandırmaktadır. Bu bağlamda örneğin *Van der Velden* kararında¹⁰⁴ vurgulandığı üzere hücrel materyallerin gelecekteki olası kullanımları dikkate alınarak, sadece nesnel ve tarafsız tanımlayıcı özellik içerdiği kabul edilen parmak izinden farklı bir biçimde kategorize edilmiştir. Nitekim parmak izi bakımından değerlendirme yapan komisyon bunların saklanması müdahale olarak görmezken, hücrel materyaller açısından Mahkeme aksi sonuca varmıştır. *S. ve Marper* kararında ise DNA profillerini değerlendirirken, bireyler arasındaki genetik ilişkilerin tespit edilmesini sağlama kapasitesini, müdahalenin tespiti açısından tek başına yeterli görmüştür¹⁰⁵. Parmak izleri hususunda ise komisyonun eski görüşünden ayrılmış, kişi hakkında benzersiz bilgiler içermesi ve çok çeşitli koşullarda kişinin kesin olarak tanımlanmasına izin vermesi sebebiyle kişisel veri niteliğinde yetkili makamlarca saklanması müdahale olarak yorumlamıştır¹⁰⁶.

Gelecekteki kullanım imkanları her ne kadar sadece müdahalenin varlığı için değerlendirilse ve kişisel veriler için öngörülen temel ilke ve kurallar bakımından Mahkeme ayrıca bir çıkarım yapmasa da; bu husus amaca bağlılık ve amaçla sınırlı olma ilkelerinin bir görünümü olarak yorumlanabilir. Nitekim kişisel verilerle ilgili Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde ortaya çıkarılmış uluslararası mevzuata bakıldığında, verilerin açık, belirli ve meşru amaçlar için toplanabileceği ve bu amaçlarla bağdaşmayan biçimde işlenemeyeceği vurgulanmaktadır. Mahkeme de aslında öngörülen bu ilkelere uygun değerlendirme yapmaktadır. DNA profillerinin, parmak izi gibi nesnel nitelikte bilgiler içerdiğini kabul etmesine rağmen otomatik olarak işlenmesi sonucu kimlik tespitinin ötesine geçilmesine imkân tanıyabileceğini *S. ve Marper* kararında vurgulamıştır. Dolayısıyla elde edilen kişisel verilerin, sağlık bilgilerine ulaşmak, bireyler arasındaki olası genetik ilişkiyi belirlemek veya ırka dair çıkarımlarda bulunmak gibi ilk baştaki toplanma amacının ötesinde işlenerek yeni bilgilere erişilmesine zemin hazırlaması, amaçla sınırlı olma ilkesi açısından ciddi sakıncalar doğurur.

Gelecekteki olası kullanımla birlikte yeni bilgiler elde edilmesine dair *S. ve Marper* davasında verilen örneğe göre, DNA profillerinden etnik kökene ilişkin çıkarımlar yapılabilir. Verilen bu örnek yüz tanıma sistemleri için de dikkate alınabilir. Zira kişilerin yüz görüntüleri de ırk veya etnik değerlendirme için kullanılabilir¹⁰⁷. Böyle bir kullanım ise ırk veya etnik kökene ilişkin bilgiler içe-

¹⁰⁴ *Van der Velden v Hollanda* App no 29514/05 (ECtHR, 7 Aralık 2006).

¹⁰⁵ *S. ve Marper v Birleşik Krallık* (n 98) paras 74-76.

¹⁰⁶ *ibid* paras 84-86.

¹⁰⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin A/HRC/41/35 numaralı 28.05.2019 tarihli "Gözetim ve İnsan Hakları" başlıklı raporuna göre, güvenilir raporlar, Çin Hükûmeti'nin ülke genelinde yüz tanıma teknolojisi ve gözetleme kameralarını birlikte kullanarak, "sadece görünüşlerine göre Uygur olarak nitelendirdikleri kişileri tespit edip, arama ve inceleme için geliş ve gidişlerini kayıt altına aldığı" öne sürmektedir. United Nations Human Rights Council (n 88) 5; Çin'de uygulanan oldukça müdahaleci yüz tanıma teknolojileri için ayrıca bakınız Amelin and Channov (n 3) 226.

receğinden özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için öngörülen ek güvenceleri karşılayacak nitelikte olmalıdır ve ayrımcılık gibi olumsuz diğer sonuçlar dikkate alınmalıdır.

2. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekliliği

Mahkeme müdahalenin kanuni dayanağının niteliğine dair ayrıntılı değerlendirmeler yapmadan bu hususu demokratik bir toplumda gerekli olma şartı içerisinde ele almasına rağmen bazı kararlarda ulusal düzenlemelere ilişkin çıkarımlar ortaya koyar. Bu bağlamda tedbirin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen açık ve ayrıntılı kuralların yanı sıra tedbirin süresi, verilerin ve verilerden ulaşılan bilgilerin kullanım imkanları, saklama, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin bütünlüğünün ve gizliliklerin sağlanması hususlarında asgari güvenceler öngörülerek, kötüye kullanma ve keyfiliğin önlenmesi gerektiğini vurgulayarak¹⁰⁸ yine uluslararası mevzuatta veri koruma için getirilen temel ilke ve kuralları benimser.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliği kıstası bakımından ise Mahkeme, doğrudan Sözleşme 108 ve Sözleşme 108+ maddelerine atıf yaparak, işleme tabi tutulan verilerin işleme amaçlarıyla bağlantılı olarak yeterli ve ilgili olması, gereksiz ve aşırı olmaması kuralını kabul eder. Ayrıca özel nitelikli verilere değinerek, biyometrik veriler için getirilen ek güvencelere vurgu yapar¹⁰⁹.

Ayrıca Mahkeme *Glukhin* kararında altını çizdiği üzere özellikle terör ve örgütlü suçlulukla mücadelede, modern soruşturma ve kimlik tespiti yöntemlerinin işlevselliğini kabul ederken, bunların sınırsız kullanımına karşı çıkarak, özel hayata saygı hakkının sınırlarını bir kere daha çizerek, Mahkemeye göre ceza adaleti sisteminde modern bilimsel tekniklerin kullanımına ne pahasına olursa olsun izin verilmesi halinde eğer bu tür tekniklerin kullanımından elde edilecek fayda ile özel hayat menfaatleri dikkatli bir şekilde dengelenmezse, Sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı koruma kabul edilemez bir şekilde zayıflar. Taraf Devletlerin genelinin ulusal mevzuatlarına da yansıyan bu anlayış ve uzlaş, bu bağlamda özel hayata yapılacak müdahalenin değerlendirilmesinde Taraf Devletlere bırakılan takdir marjını daraltır.

Demokratik bir toplumda gerekli olma kıstası bağlamında Mahkeme özellikle kişisel verilerin muhafaza altına alınmasının orantılı olup olmadığını ve birbiriyle yarışır halde olan kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirilir. Kişisel verileri saklama yetkisi veren düzenlemelerin genel ve ayırım gözetmeyen yapısı Mahkemeye göre orantısız bir müdahale oluşturur. Bu bağlamda süre sınırı olmaksızın muhafaza etme¹¹⁰, işlevsiz bir silme hakkı tanınırken yirmi beş yıl gibi uzun bir süre saklama veya nüfusun tamamına

¹⁰⁸ *S. ve Marper v Birleşik Krallık* (n 98) para 99; *Glukhin v Rusya* (n 7) para 77.

¹⁰⁹ *S. ve Marper v Birleşik Krallık* (n 98) para 103.

¹¹⁰ *ibid* paras 104-125.



dair bilgileri alma¹¹¹, herhangi bir sınırlandırma olmadan her suçla ilgili olarak veri toplama işlemleri¹¹² aşırı, ilgisiz veya orantısız görülmüştür.

Mahkemenin bahsi geçen çıkarımları göz önünde bulundurulduğunda, orantılılık ve adil dengenin değerlendirilmesinde bazı kıstaslar öne çıkar. Bunlar, verilerin saklama süreleri, verilerin izlenen amaca uygunluğu ve gerekliliği, verilerin imha edilme şartları, verilerin toplanmasına sebebiyet veren suçların niteliği, ilgili kişilerin adli sicili, verilerin kullanılma amacı, verilerin kötüye kullanılması ihtimali ve bu bağlamda bunlara erişebilecek kişiler biçiminde sıralanabilir. Muhafaza sürelerinin sınırsız olması veya yeterli güvence öngörülmediği için ilk baştaki toplanma amacı dışında kullanılabilme imkânı müdahaleyi orantısız hale getirirken; verilerin belirli aralıklarla denetlenerek gerekli görülmediği durumda imha edilmesi ya da sadece belirli suçlarla ve hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerle ilgili verilerin saklanması izin verilmesi kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasında adil bir denge kurulmasını sağlayabilir¹¹³. Dolayısıyla düzenlemeler ve buna bağlı olarak uygulama ne kadar genel yapıdaysa ve orantılılık ile adil dengeliyi sağlamak üzere öngörülen güvenceler ne kadar azsa, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmek de o kadar güçleşir.

3. Fotoğrafların Saklanması ve Yüz Tanıma Sistemleri

Kişilerin fotoğraflarının alınıp saklanması ve yüz görüntülerinin yüz tanıma sistemleri tarafından kullanılmasına dair içtihat ise görece yeni oluşmaktadır. Nitekim Mahkemenin 2020 yılında verdiği *Gaughran* kararında vurguladığı üzere fotoğrafların ceza muhakemesi süreciyle ilgili olarak toplanması ve muhafaza edilmesi işlemleri hakkında içtihat, parmak izi ve DNA profiline ilişkin kararlara nazaran yenidir. Müdahalenin varlığını tespit ederken Mahkeme, Komisyonun eski tarihli kararlarındaki görüşünden ayrılmış ve daha koruyucu bir eğilim geliştirmiştir.

Mahkemenin, fotoğrafların saklanmasını özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde kabul etmesinin temel sebebi özel hayat kavramına dair ortaya koyduğu çıkarımdır. İchtihat gelişiminde özel hayat kavramının dinamik yapısına uygun olarak kapsamını ve koruma sahasını genişletirken, diğer hakların yanı sıra kişilik/kimlik hakkı (“*right to identity*”) ve kişisel gelişim hakkı, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkının yanı sıra bireyin kendi görüntüsü üzerindeki hakkını (“*person’s right to their image*”) dahi kavramın

¹¹¹ *M.K. v Fransa* (n 103) paras 37-46.

¹¹² *Gaughran v Birleşik Krallık* (n 103) paras 87-97; *Aycaguer v Fransa* App no 8806/12 (ECtHR, 22 Haziran 2017).

¹¹³ *P.N. v Almanya* (n 103) paras 76-90; *Peruzzo ve Mertens v Almanya* App nos 7841/08 ve 57900/12 (ECtHR, 4 Haziran 2013).

içine dahil etmiştir¹¹⁴. Kişinin görüntüsü, eşsiz özelliklerini ortaya koyduğu ve onu benzerlerinden ayırdığı için kişiliğinin başlıca niteliklerinden birini oluşturur¹¹⁵. Böylece Sözleşmenin 8. maddesi, kişilerin görüntülerine dair koruma ve güvence sağlar hale gelmiştir.

Yakın tarihli kararlarda belirtildiği üzere bir kişinin fotoğrafının çekilmesi ve otomatik olarak işleme ihtimaliyle birlikte polis veri tabanında saklanması müdahalenin varlığı için yeterlidir. Otomatik olarak işleme olasılığını vurgulayarak Sözleşme 108 ve Sözleşme 108+ düzenlemelerini dikkate aldığı söylenebilir.

Müdahalenin varlığının tespitinde Mahkeme özellikle yüz tanıma ve yüz haritalama teknolojisiyle ilgili olarak bu alanda hızlı teknolojik ilerlemelerin gerçekleşebileceğini göz ardı etmemektedir. Nitekim Taraf Devletlerin bir kısmı yüz tanıma sistemlerini kullanırken, bir kısmı ise geçiş sürecindedir. Örneğin yüz tanıma sistemi kurulmuş olmasına rağmen gözetim sırasında alınan görüntüler farklı bir veri tabanında saklanıyor olabilir. Ancak veri tabanlarının birbirine entegre edilme veya fotoğrafların yüz tanıma sistemlerine yüklenme ihtimali dahi Mahkemenin müdahalenin varlığının tespitinde göz önünde bulundurduğu durumlar arasındadır. Zira bu verilerin toplanma amacı dışında ve daha müdahaleci yöntemler için kullanılma olasılığı karşısında ulusal mevzuatın yeterli güvenceleri sağlaması gerekir.

Çalışma konusu *Glukhin* kararında ise Mahkeme, yüz tanıma sistemlerini ilk defa doğrudan değerlendirmiştir¹¹⁶. Yüz tanıma teknolojisinin uygulanması bağlamında, tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ayrıntılı kuralların yanı sıra kötüye kullanım ve keyfilik riskine karşı güçlü güvencelere sahip olmanın gerekliliğini, içtihat gelişimine uygun olarak bu sefer de yüz tanıma bağlamında bir kere daha vurgularken; özellikle canlı yüz tanıma teknolojisinin kullanımı söz konusu olduğunda güvencelere duyulan ihtiyacın daha da artacağının altını çizmiştir¹¹⁷.

Yüz tanıma sistemlerinin ve biyometrik verilerin kullanılması noktasında Mahkemenin ulusal hukuktan beklediği, yüz tanıma teknolojisinin kullanımını gerektirecek durumların niteliği, izlenen amaçlar, hedef alınabilecek kişi kategorileri veya hassas kişisel verilerin işlenmesine ilişkin çerçevenin açıkça belirlenmesi, ayrıca bu hususlara dair genel nitelikli değil sınırlayıcı bir düzenlemenin öngörülmesi ve sınırlayıcı bir yorumun benimsenmesidir. Mahkemeye göre ayrıca yetkili kişi ve mercilerin belirlenmesi, toplanan verilerin incelenmesi, kullanılma-

¹¹⁴ *P.G. ve J.H. v Birleşik Krallık* (n 100) para. 56; *Uzun v Almanya* App no 35623/05 (ECtHR, 2 Eylül 2010) para 43; *Benedik v Slovenya* (n 95) para 100; *Sciacca v İtalya* (n 102) para. 29; *S. ve Harper v Birleşik Krallık* (n 98) para 66.

¹¹⁵ *Glukhin v Rusya* (n 7) para 66.

¹¹⁶ Monika Zalnieriute, ‘*Glukhin v. Russia*. App. No. 11519/20. Judgment’ (2023) 117 [4] *American Journal of International Law* 695, 695.

¹¹⁷ *Glukhin v Rusya* (n 7) para 86.



sı ve saklanması şartlarının öngörülmesi, sürecin denetlenmesi ve ilgili kişilere kanuni çareler sunulması gibi usuli güvenceler sağlanmalıdır¹¹⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki terör, örgütlü ve organize suçlulukla mücadelede modern bilimsel soruşturma ve kimlik tespiti tekniklerinin önemini kabul eden Mahkemenin¹¹⁹, yüz tanıma teknolojisini ve biyometrik verilerin kullanımını bir bütün olarak reddetmesi söz konusu değildir. Aksine suçla mücadelede bu görece yeni teknolojik araç ve imkanların önemine binaen incelemesini sınırlandırmaktadır. Mahkemece yapılan değerlendirme, müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında haklı olup olmadığıdır. Verilen ihlal kararlarının büyük çoğunluğu, özel hayata saygı hakkı ile kişisel verilerin korunmasına dair ortaya çıkarılmış uluslararası mevzuatın getirdiği güvenceleri bertaraf eden genel nitelikli düzenlemeler ile sınırlayıcı bir yorum yapılmaksızın suçun önlenmesi meşru amacının lehine ancak kişisel verilerin korunması hakkının aleyhine orantısız işlemlerin uygulanması sonucudur.

IV. TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

Türk Hukukunda kişisel veriler, özel hayatın gizliliği kapsamında anayasal koruma altındadır. Anayasa'nın 20. maddesine 5982 sayılı Kanun'la 2010 yılında eklenen 3. fıkrası "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir*" diyerek kişisel verilerin korunmasına anayasal bir temel kazandırmıştır.

Anayasanın anılan hükmüne binaen ihdas edilen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amaçlarından biri de kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği ile diğer ilgili temel hak ve özgürlükleri korumaktır.

Kanun'un 4. maddesi kişisel verilerin işlenmesine dair genel ilkeler öngörür. Uluslararası veri koruma mevzuatında yer alanlara benzer nitelikte hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluk, veri doğruluğu, belirli ve açık amaçların izlenmesi, amaç sınırlaması, veri minimizasyonu, ölçülülük, saklama sınırlaması ilkeleri maddede öngörülmüştür.

Kanun'un 6. maddesi ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarını ihdas etmektedir. Uluslararası mevzuatta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında hassas veriler olarak da adlandırılan özel nitelikli kişisel veriler arasında yine uluslararası mevzuata uygun olarak biyometrik veriler bulunmaktadır. Biyometrik verilerin işlenmesi 6. maddede kural olarak yasaklanırken işlenebileceği istisnai hallerden bir tanesi "*kanunlarda açıkça öngörülmesi*"dir.

¹¹⁸ Mahkemenin neredeyse sadece usuli güvencelere odaklanarak, kamusal alanlarda yüz tanıma teknolojisi kullanan kitlesel gözetimi meşrulaştırdığı yönünde eleştiriler için bakınız Zalnieriute (n 116) 698-701; Mahkemenin yüz tanıma sistemlerinin keyfi kullanımına karşı sağlanması gereken güvenceleri somutlaştırmadığı ve esnek bir değerlendirme yaptığına dair ayrıca bakınız Atak (n 57) 370.

¹¹⁹ *Glukhin v Rusya* (n 7) para 84.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında üzerinde durulması gereken son bir husus, 6. maddenin 4. fıkrasında yer alan “özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır” düzenlemesidir. Hükme uygun olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” ile ilgili 31 Ocak 2018 tarihli ve 2018/10 sayılı karar alınmış ve Resmi Gazetede yayımlanmıştır¹²⁰. Karara göre özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve usul belirlenmelidir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan “Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber” içerisinde ayrıca biyometrik veri işleme ilkeleri ortaya konmuştur. Rehberde göre biyometrik verilerin işlenmesinde öncelikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 4. ve 6. maddesinde öngörülen ilke ve şartlara uyulmalıdır. Bunların yanı sıra temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmamalı, uygulanan yöntem izlenen amaç bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olmalı, veriler gerektiği kadar saklanmalı ve bu bağlamda bir azami süre belirlenmeli ve saklama gerekliliği ortadan kalktığında derhal silinmelidir¹²¹.

Anayasal ve kanuni düzenlemelerin yanı sıra Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’ni (Sözleşme 108) aynı gün imzalamıştır. Sözleşme, 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak iç hukuka dâhil edilmiştir¹²². Sözleşme 2018 yılında kabul edilen bir protokolle güncellenerek Kişisel Verilerin İşlenmesine Dair Bireylerin Korunması Sözleşmesi veya Sözleşme 108+ olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Sözleşme 108+ yeterli sayıdaki devlet tarafından kabul edilerek yürürlüğe girerken, Türkiye protokolü imzalamadığı için protokolle değişen yeni haliyle değil, ilgili Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik öncesi haliyle bağlı kalmaya devam etmektedir¹²³.

Türkiye’nin onayladığı Sözleşme metninde özel nitelikli veriler arasında biyometrik veriler sayılmasa da verilerin işlenmesine dair kanunilik, belirli ve meşru amaçların izlenmesi, amaç sınırlaması, verilerin amaçla bağlantılı olarak yeterli ve ilgili olması, veri doğruluğu, veri güvenliği ve saklama sınırlaması gibi ilke ve kurallar öngörülmüştür. Öte yandan Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun ilgili

¹²⁰ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf>> erişildi 6 Mart 2025.

¹²¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu (n 49) 9-13.

¹²² Sözleşme 108’i imzalayan ve onaylayan devletlerin listesi için bakınız <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=108>> erişildi 3 Mart 2025.

¹²³ Sözleşmeyi güncelleyen protokolü imzalayan ve onaylayan devletlerin listesi için bakınız <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=223>> erişildi 3 Mart 2025.



kararı ile Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun ilgili rehberinde biyometrik verilerin de içinde bulunduğu özel nitelikli verilerin işlenmesine dair uluslararası mevzuatla uyumlu ek kurallar ve güvenceler öngörülmüştür. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da vurgulanan kişisel verilerin işlenmesinde dikkate alınması gereken ilke ve kurallar, taraf olunan Sözleşme ve ulusal mevzuat uyarınca iç hukukun bir parçasıdır ve kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edecek düzenlemeler ile uygulamalarda bu ilke ve kuralların dikkate alınması gerekir.

A. Kimlik Tespit Amacıyla Fotoğrafların Saklanması

Türk ceza adalet sisteminde, kimlik tespiti amacıyla fotoğrafların alınarak saklanması 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda öngörülmüştür. 5681 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yeniden düzenlenmiş olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun "parmak izi ve fotoğrafların alınması" başlıklı 5. maddesine göre *"kişilerin fotoğrafları alınarak ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır"*. Önleyici kolluk faaliyetleri ile ceza muhakemesi süreciyle bağlantılı olarak toplanarak sisteme kaydedilecek fotoğraflar şunlardır:

- Gözaltı kararı sonrası alınan fotoğraflar
- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi hükmüne göre alınan fotoğraflar
- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 21. maddesi hükmüne göre alınan fotoğraflar

Fotoğrafların hangi amaçla alındığı ve kullanılacağı da Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre aşağıda yer alan amaçlarla bu veriler mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir:

- Kimlik tespiti
- Suçların önlenmesi
- Yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması

Maddenin diğer fıkralarına göre tutulan bu kayıtlar gizlidir ve belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Verilerin saklanma süreleri de öngörülmüştür ve ilgili fıkra göre *"fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir"*. Son olarak kayıtlı verilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi de kurulmalıdır.

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nda öngörülen bu tedbire ilişkin getirilen şart ve güvencelerin, uluslararası veri koruma mevzuatında öngörülen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilke ve kurallara genel olarak uygun olduğu söylenebilir.

Özel hayatın gizliliği bağlamında kişisel verilerin korunması hakkına müdahale niteliğindeki bu tedbir, Anayasa’nın 13. maddesinde de kaynağını bulan kanunla öngörülme şartını karşılamaktadır. Tedbirle izlenen meşru amaç ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği bağlamında öngörülen suç işlenmesinin önlenmesi amacıdır.

Düzenleme gereği muhafaza edilen bu verilerin açık, belirli ve meşru amaçlar için toplandığı söylenebilir. Öte yandan kanun, belirtilen bu amaçlar dışında verilerin kullanılmasını yasaklayarak, amaçla bağdaşmayan biçimde işlenmesini de önlemektedir. Verilerin hangi kamu görevlisi tarafından hangi amaçlarla kullanıldığıнын denetlenmesine imkân tanıyan bir sistemin öngörülmesi ise amaç sınırlamasının yanında bunlara erişebilecek kişileri de sınırlandırarak, verilerin adil (dürüstlük kurallarına uygun) işlenmesine hizmet eder.

İşlemenin, izlenen meşru amaç bakımından orantılı olması gerekliliği bakımından ise düzenleme eleştirilebilir. Bu bağlamda öncelikle verilerin saklanma süresi üzerinde durulabilir. Düzenlemeye göre “*fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl*” geçtikten sonra silinmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da sıklıkla incelenen hususlardan biri olan saklama süresinin uzunluğu, tedbiri orantısız hale getirirken, kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasındaki adil dengenin de bozulmasına sebebiyet verebilir. Kanun’un, sadece hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olanların değil aynı zamanda gözaltı işlemi uygulanan şüphelilerden de fotoğraf alınarak saklanmasına izin vermesi, dengeyi özel menfaatler aleyhine bozar niteliktedir. Ayrıca düzenleme, ilgili kişiler bakımından bir ayrıma gitmediği gibi isnat edilen suç açısından da farklılaştırma yapmamaktadır. Dolayısıyla verilerin toplanmasına sebebiyet veren suçların niteliği ve ilgili kişilere dair ayırım gözetmeyen genel nitelikli bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında ortaya konan çıkarımlar bakımından sorunludur. Öte yandan kişisel verilerin korunmasıyla ilgili Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası metinlerde yer alan orantılılık ilkesi ve buna bağlı olarak verilerin işleme amaçları için gerekli olandan daha uzun süre muhafaza edilmemesi kuralı bakımından da eleştirilmeye layıktır¹²⁴.

Dikkate alınması gereken diğer bir husus ise ceza muhakemesi süreciyle bağlantısı olmayan hallerdir. Düzenlemeye göre “*her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan*” kişilerden de fotoğraflar alınarak aynı sisteme kaydedilecek, bu veriler kimlik

¹²⁴ Benzer çıkarımlar için bakınız Süleyman Özar, ‘Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler’ (2023) 81 [3] Ankara Barosu Dergisi 263, 280.



tespiti, suçların önlenmesi ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması için kullanılabilecektir. Pasaport ve özellikle sürücü belgesi için başvuruda bulunan herkesin kapsama dahil edilmesi yetişkin kişilerin büyük bir bölümünün kişisel verilerinin toplanmasına sebebiyet verir. Nüfusun tamamına dair fotoğrafların alınması söz konusu değilse de toplumun büyük bir çoğunluğunun fotoğraflarının, aynı veri tabanına dâhil edilerek suç önleme ve ceza muhakemesi süreciyle bağlantılı olarak işlenebilecek olması orantılılık bağlamında sorun yaratabilecek niteliktedir.

Eleştirisi konusu yapılan bu eksikliklerin olası olumsuz etkileri, saklanan ve işlenen verilerin biyometrik ve dolayısıyla özel nitelikli olması halinde daha da artar. Veri korumaya dair uluslararası metinlerde kabul edilen biyometrik veri tanımına göre aranan niteliklerden bir tanesi “*belirli bir teknik işleme ile ortaya çıkma*”dır¹²⁵. Düzenleme uyarınca alınan ve saklanan fotoğraflara böyle bir nitelik atfetmek mümkün gözükmemektedir. Fotoğrafların, kişilerin benzersiz veya ayırt edici özelliklerini gösterecek biçimde şablonlarının çıkarılacağı veya başka bir biçimde biyometrik veri haline getirileceğine dair herhangi bir hüküm yoktur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesi ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri de özel nitelikli veriler arasında saymasına rağmen tedbir kapsamında mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri dışında bir kararla yargılaması sonlanmış kişilerin de fotoğrafları saklanabileceğinden, muhafaza edilen bu verilerin tamamının özel nitelikli olarak kabul edilmesi ve ek güvenceleri gerektirmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak bu fotoğraflar bir yüz tanıma sisteminde kullanılmak üzere biyometrik veri haline getirilirse daha müdahaleci olan bu yöntem için özel nitelikli veriler bağlamında yorum yapmak gerekecektir.

B. Türk Ceza Adalet Sisteminde Yüz Tanıma

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nda öngörülen fotoğrafların alınması ve saklanması tedbirinin herhangi bir yüz tanıma sisteminin parçası olduğunu söylemek güçtür. İlgili hükmün atıf yaptığı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 81. maddesinin düzenlemesi ile Yargıtay kararlarına bakıldığında da, verilerin otomatik olarak işlenerek bir tanımlama yapılmadığı aksine fiziksel ortamda veya sisteme kayıtlı fotoğraflar üzerinden insanlar tarafından geleneksel yöntemler kullanılarak kimlik tespiti yapıldığı anlaşılmakta¹²⁶; aksini gösterir bir düzenleme, karar veya açıklamaya da rastlanmamaktadır.

¹²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan “Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber” içerisinde biyometrik veri kavramı için Genel Veri Koruma Tüzüğündeki tanıma atfı yapılmaması, uluslararası veri koruma mevzuatında yer alan tanımlamanın kabul edildiğini gösterir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu (n 49) s. 4.

¹²⁶ Örneğin fotoğraflar, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi amacıyla yapılan teşhis işlemi sırasında kullanılmaktadır. “*Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2008/70, K 2008/84, T 15.04.2008 <<https://www.lexpera.com.tr>> erişildi 4 Mart 2025.

Mevcut düzenlemelere göre Türk ceza adalet sisteminde yüz tanıma sistemlerinin kullanılmadığı söylenebilir¹²⁷. Bununla birlikte 2021 yılında dönemin İçişleri Bakanının açıklamalarına göre, emniyet teşkilatı içerisinde operasyonel ve istihbari çalışma yapan Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı ile emniyet çalışanları yüz tanıma programı geliştirmiştir¹²⁸. Ancak istihbari veya suçların önlenmesi amacıyla bahsi geçen programın test aşamasını geçip gerçek hayatta kullanımına başlanıp başlanmadığına dair bir bilgi verilmemiştir. İçişleri Bakanının 2022 yılında basına verdiği bilgiye göre ise 2021 ve 2022 yıllarında 66 terörist yüz tanıma sistemleri üzerinde yapılan analiz sonucunda yakalanmıştır¹²⁹. Fakat bu açıklamada da yöntemin kapsamı ve dayanağı düzenlemeye dair bir beyanda bulunmamıştır. Ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nda veya önleyici ve istihbari faaliyetlerin yürütülmesinde uygulanabilecek tedbirlere dair hükümler içeren 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun ek 7. maddesinde yüz tanıma teknolojisinin kullanımına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yakın geçmişte ise uluslararası savunma elektroniği şirketi olan ASELSAN¹³⁰ tarafından geliştirilen yaka kameralarının kolluk tarafından kullanılmaya başlandığı bilgisi ortaya çıkmıştır. 2024 yılının Mart ayında yapılan habere göre ODAKAN isimli yaka kameraları jandarma tarafından kullanılmaya başlanmış, sonrasında ise Emniyet Genel Müdürlüğü’nün kullanımına sunulmuştur. Gece görüşü imkânına da sahip olan ODAKAN yaka kameraları, sesli video kaydı yapabilmekte ve yüksek çözünürlüklü fotoğraflar çekebilmektedir. Haberde “*Hem merkeze canlı yayın yapan hem de görüntüyü hafızasına kaydeden kamera sayesinde anlık taramayla aranan suçlular veya suça karışmış araç plakaları sahada görevli güvenlik güçlerinin kullandığı cihaza bildiriliyor.*” şeklinde bir açıklamayla cihazın işlevi aktarılmıştır. Yapay zekâ algoritmaları kullanabilecek biçimde tasarlanan bu cihazların yakın gelecekte yaygınlaştırılmasının ve geliştirilmiş yüz ve plaka tespit özelliklerinin kullanıma alınmasının planlandığı da haberdeki bilgiler arasında yer almıştır¹³¹. Yakın tarihlerde İçişleri Bakanı da bir açıklama yapmış ve başta büyükşehirler olmak üzere tüm Türkiye’de jandarma, polis ve trafik asayiş

¹²⁷ Türk hukukunda yüz tanıma teknolojisinin uygulamasına dayanak teşkil edecek kanuni bir düzenleme olmadığına dair benzer çıkarımlar için bakınız İçer and Dönmez (n 57) 448.

¹²⁸ <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/bakan-soylu-yuz-tanima-projesini-boyle-duyurdu-gecebilendaha-gormedim-41901500>> erişildi 6 Mart 2025.

¹²⁹ <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/bakan-soylu-66-deasli-terorist-yuz-tanima-sistemiyle-yakalandi-670316.html>> erişildi 6 Mart 2025.

¹³⁰ <<https://www.aselsan.com.tr/hakkimizda>> erişildi 7 Mart 2025.

¹³¹ <<https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/aselsanin-yaka-kamerasi-guvenlik-guclerinin-ucuncu-gozu-oldu/3173199>> erişildi 7 Mart 2025.



ekiplerinin ASELSAN tarafından geliştirilen yüz tanımalı yaka kamerası kullanacağını söylemiştir¹³².

Yapılan açıklamalar ve basına yansıyan haberler dikkate alındığında, suç önleme ve istihbari amaçlarla kimlik tespitine yönelik olarak yüz tanıma sistemlerinin yakın gelecekte kullanılacağı ve yaygınlaşacağı anlaşılmaktadır.

Yüz tanıma sistemlerinin yakın gelecekteki kullanım ihtimaline rağmen tekrar vurgulamak gerekir ki böyle bir uygulamanın henüz kanuni bir dayanağı yoktur. Ulusal ve uluslararası veri koruma mevzuatı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı göz önünde bulundurulduğunda Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesi veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi kapsamında bu sistemlerin kullanılması mümkün değildir. Bahsi geçen düzenlemeler ilgili kişilerden alınan fotoğraflardan biyometrik şablon çıkarılıp çıkarılmayacağını veya bunların yüz tanıma sistemlerinde kullanılıp kullanılmayacağını düzenlememektedir.

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesinde yine bir biyometrik veri olan parmak izi bakımından şartlar öngörülmüş olsa da yüz görüntülerinin ve şablonlarının elde edilmesi, saklanması ve yüz tanıma teknolojisi kullanılarak işlenmesinin, özel hayata saygı bağlamında kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı da dikkate alınarak kendine özgü müdahaleci yapısı¹³³ göz önünde bulundurulmalı ve özel düzenleme yapılmalıdır¹³⁴.

Yüz tanıma sistemlerinin kullanımının kanuni dayanağı oluşturulurken, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesine dair bir üst başlıkta değerlendirilen, kişisel verilerin korunmasına dair temel kurallara uyulmalıdır. Öte yandan yüz tanıma sistemlerinin farklı kullanım imkanları ve müdahaleci yapısı ile biyometrik verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanmasına dair ek güvenceler ve kurallar da dikkate alınmalıdır¹³⁵. Basına yansıyan haberler üzerinden meseleyi somutlaştırmak gerekirse, tedbirinin kapsamına dair çeşitli sorular ortaya çıkar. Yüz tanıma, suç önlemenin yanı sıra bir soruşturmayla bağlantılı olarak maddi

¹³² <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/bakan-yerlikaya-basta-buyuksehirler-olmak-uzere-jandarma-ve-polisimizin-yuz-tanimali-yaka-kamerasi-olacak/3164725>> erişildi 7 Mart 2025.

¹³³ Diğer biyometrik verilere kıyasla yüzlerin kolayca görülebilir ve kaydedilebilir olması, müdahalenin yoğunluğunu artırır. Yaka kamerası üzerinden uygulanan kullanımlarda ise her anın kayıt altına alınması olası kötüye kullanımlara zemin hazırlar. Berle (n 30) 2, 76.

¹³⁴ Bahri Öztürk and others, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2024) 476; İldırar (n 84) 73-78; Ayrıca yüz tanıma sistemlerinin hukuka aykırı bir biçimde uygulanması sebebiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dokuzuncu Bölüm "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" altında düzenlenen suçların işlenebileceğine dair çıkarımlar için bakınız İçer and Dönmez (n 57) 442-443, 449.

¹³⁵ Biyometrik verilerin işlenmesinde izlenmesi gereken ilke ve kurallara dair değerlendirmeler için bakınız Aydın Akgül, 'Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı' (2015) 118 TBB Dergisi 199, 207-219; Yüz tanıma sistemleri vasıtasıyla kişisel veriler işlenirken 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde izlenmesi gereken ilke ve şartlarla ilgili değerlendirmeler için ayrıca bakınız İçer and Dönmez (n 57) 450-455; Öztürk and others (n 134) 475-476.

gerçeğin açığa çıkarılmasında kullanılabilecek midir veya görüntüler ve eşleştirme sonucu bir delil niteliği taşıyacak mıdır? Yaka kameralarından elde edilen görüntüler ve yüz tanıma için kullanılan yüz görüntülerinin tamamı saklanacak mıdır, bunlar ne zaman silinecektir, bu verilerin izlenen amaca uygun olarak saklanma gerekliliği düzenli olarak denetlenecek midir? Elde edilen görüntüler hangi veri tabanlarındaki görüntülerle eşleştirilecek, uygulama geriye dönük mü yapılacak yoksa canlı yüz tanıma mı kullanılacaktır? Yüz tanıma için kullanılan algoritmanın asgari güvenilirliği ve doğruluğu kullanım öncesi testlerle tespit edilecek midir? Görüntülere ve eşleştirme sonuçlarına sahadaki ve merkezdeki hangi kolluk görevlileri erişebilecektir, bu sistemlere erişim ve kullanım denetlenecek midir? Tüm bu sorular ve özel hayatın gizliliği bağlamında kişisel verilerin korunmasına dair ortaya çıkmış ve çıkacak kurallar ve güvenceler dikkate alınarak hukuki temel ortaya çıkarılmalı ve gerektiğinde güncellenmelidir.

SONUÇ

Günümüzde ceza adalet sistemlerinde kullanılan yüz tanıma teknolojisi, fotoğraf veya videolardan kişilerin yüz şablonlarını ("*template*") çıkarır. Teknolojinin kullandığı yüz şablonları, kişinin benzersiz veya ayırt edici bir özelliğini ifade eder ve teknik bir inceleme sonucu kişinin tanımlanmasına, diğer bir ifadeyle kimliğinin tespit edilmesine imkân sağlar. Yüz şablonlarına atfedilen bu nitelik ve işleme biçimi, uluslararası veri koruma mevzuatında yer alan tanımlamalara göre bunların biyometrik veri olarak sınıflandırılmasını gerektirir. Biyometrik veriler ise hem uluslararası mevzuata hem de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre hassas veya özel nitelikli veriler arasındadır. Bu sebeple yüz tanıma sistemlerince kullanılan veriler için sadece temel ilke ve kurallar değil aynı zamanda özel nitelikli veriler için ayrıca öngörülen yasaklar ve güvenceler de devreye girer.

Kişisel verileri Sözleşmenin 8. Maddesiyle güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bağlamında yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayat kavramını geniş bir terim biçiminde nitelendirirken bireyin kendi görüntüsü üzerindeki hakkını ("*person's right to their image*") dahi koruduğunu kabul etmektedir.

Kişinin fotoğrafının çekilmesi ve otomatik olarak işleme ihtimaliyle birlikte polis veri tabanında saklanmasını veya biyometrik verilerin toplanarak muhafaza edilmesini özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde gören Mahkeme, yürütülen bu faaliyetlerin suçla mücadeledeki önemini göz ardı etmemektedir. Öte yandan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlerken temelde iki hususu araştırır. Bunlar kişisel verilerin toplanması, saklanması veya işlenmesinin orantılı olup olmadığı ve birbiriyle yarışır halde olan kamu çıkarları ile özel çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığıdır. Orantılılık ve adil denge kıstaslarının karşılanmaması sebebiyle verdiği ihlal kararlarının çoğunlukla esas sebebi ise müdahalenin ulusal mevzuattaki kanuni dayanağının



ayrım gözetmeyen genel nitelikli yapısıdır. İsnat edilen suçun niteliği veya ilgili kişi bakımından herhangi bir farklılaştırılmaya gidilmemesi, verilerin süre sınırı olmaksızın veya çok uzun süreler saklanması, ülkedeki herkesin bilgilerinin depolanması gibi uygulamalara sebebiyet veren veya bunların gerçekleşmesine zemin hazırlayan kanuni düzenlemeler ya da bunların yorumu ihlal için yeterli görülmektedir.

Orantılılık ile çıkarlar arasındaki adil dengenin sağlanması noktasında Mahkemece yapılan bu dar yorum ve gerekli güvencelerin sağlanması yönündeki beklenti, biyometrik verilerle ilgili uluslararası veri koruma mevzuatındaki çıkarımlarla uyumludur. Nitekim Sözleşme 108+'nın 6. maddesine göre biyometrik veriler işlenirken, Sözleşmede öngörülen diğer güvenceleri tamamlayan uygun ek güvencelerin kanunda yer alması gerekir. 2016/680 Sayılı Direktif'in 10. maddesine göre ise kimlik tespiti için biyometrik verilerin işlenmesi ancak işleme mutlak surette gerekli olduğunda ve veri sahibinin/ilgili kişinin hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından yeterli önlemler alındığında mümkündür.

Türk hukuku bağlamında kişisel verilerin korunması Anayasal olarak güvence altına alınmış ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'yla kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği ile diğer ilgili temel hak ve özgürlüklere getirilen korumanın kapsamı belirlenmiştir. Anayasal ve kanuni düzenlemelerin yanı sıra Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni (Sözleşme 108) imzalamış ve Sözleşme 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak iç hukuka dâhil edilmiştir. Öte yandan Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun ilgili kararı ile Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun ilgili rehberinde biyometrik verilerin de içinde bulunduğu özel nitelikli verilerin işlenmesine dair uluslararası mevzuatla uyumlu ek kurallar ve güvenceler öngörülmüştür. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da vurgulanan kişisel verilerin işlenmesinde dikkate alınması gereken ilke ve kurallar, taraf olunan Sözleşme ve ulusal mevzuat uyarınca iç hukukun bir parçasıdır ve kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edecek düzenlemeler ile uygulamalarda bu ilke ve kuralların dikkate alınması gerekir.

Kolluğun yaka kameraları üzerinden ülkemizde yakın gelecekte kullanılması planlanan yüz tanıma teknolojisi için, kaynağını ulusal ve uluslararası veri koruma mevzuatından alan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenen temel ilke ve kurallar göz önünde bulundurulmalı ve bu bağlamda aşağıdaki hususlar gerçekleştirilmelidir:

1. **Tedbirin kanuni dayanağı olmalıdır:** Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. Maddesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi veya suç önleme ve istihbari amaçlarla uygulanabilecek tedbirlerin öngörüldüğü diğer kanuni düzenlemeler bu ihtiyacı karşılamadığı için ayrıca düzenleme yapılması gerekir.

2. **Yüz görüntüleri ile yüz şablonlarının toplanması için açık, belirli ve meşru amaçlar öngörülmalıdır:** Kanun'da, kimlik tespiti, suç önleme veya maddi gerçeğin açığa çıkarılması gibi hangi amaçların izleneceği açıkça ortaya konmalıdır.
3. **Elde edilen veriler, öngörülen meşru amaçlarla bağdaşmayacak bir biçimde kullanılmamalıdır:** Örneğin yüz şablonlarının sadece kimlik tespiti amacıyla kullanılabileceği kanunda öngörülmüşken, bu verilerden yola çıkılarak profillemeye veya etnik kökene dair çıkarımlar yapılmamalı ve bunlar ceza adalet sisteminde kullanılmamalıdır. Yararlanılan sisteme bu yönde güvenceler getirilmelidir.
4. **Toplanan ve işlenen veriler, yeterli ve ilgili olmalı, gereksiz ve aşırı olmamalıdır:** Kanun'da öngörülen amaç için gerekli olan veri toplanarak işlenmelidir. Dolayısıyla örneğin nüfusun büyük bir bölümünden veya tamamından kişisel verilerinin toplanmasına izin veren bir düzenleme yapılmamalıdır.
 - a. **Verileri toplanacak ve işlenecek ilgili kişiler açıkça belirlenebilir:** Örneğin sadece gözaltına alınan, hakkında tutuklama kararı verilen veya kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerden yüz şablonu alınabileceği açıkça belirtilebilir. Farklılaştırma suç türleri bakımından da yapılabilir, bu bağlamda bir suç kataloğu öngörülebilir.
 - b. **Yüz şablonlarının eşleştirilmesinde kullanılacak veri tabanları sınırlandırılabilir:** Ülkede farklı özel ve kamusal amaçlar için yüz görüntüleri toplanıyor olabilir. Ceza adalet sisteminde yüz tanıma kullanılırken, erişilebilecek veri tabanları açıkça belirtilerek, farklı amaçlar için toplanan verilerin bulunduğu veri tabanlarına erişim sınırlandırılabilir. Kişilerin sosyal medya üzerinden paylaştıkları görüntülerin kullanılabilirliğine dair açık düzenleme yapılarak sınırlama getirilebilir.
 - c. **Verilerin doğruluğunu ve güncelliğini denetleyecek, hatalı verilerin gecikmeksizin silinmesini sağlayacak bir sistem kurulabilir.**
5. **İzlenen amaca uygun olarak verilerin saklama ve imha şartları açıkça belirtilmelidir:** Verinin yeterli ve ilgili olması ilkesiyle yakından ilişkili olan bu kurala göre özellikle hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmayan kişiler bakımından süre sınırı olmaksızın verilerin saklanması orantısız bir müdahale oluşturduğundan, orantılılık ilkesine uygun bir süre belirlenmelidir.
 - a. **Veri türlerine göre farklı saklama süreleri belirlenebilir:** Saklanan veriden farklı bilgilere ulaşma imkânı ve saklamanın müdahaleci yapısı göz önünde bulundurularak saklama sürelerinde farklılaştırma yapılabilir. Örneğin görüntüden elde edilen yüz şablonu saklanabilirken, görüntünün daha kısa süreler içerisinde silinmesi öngörülebilir.



- b. **Alınma sebebine ve ilgili kişinin adli siciline göre saklama süreleri farklılaştırılabilir:** Gözaltına alınan kişiden elde edilen verilerin, hükümlü bir kişiden alınan verilere göre daha az saklanması öngörülebilir. Bu husus hem masumiyet karinesi hem de orantılılık ilkesiyle bağlantılıdır.
 - c. **İmha için düzenli aralıklarla inceleme gerekliliği öngörülebilir:** Verilerin saklanmaya devam edilmesinin gerekliliği düzenli aralıklarla incelenerek gerekli olmadığının anlaşılması halinde imha edileceği düzenlenebilir.
 - d. **İlgili kişiler için hukuki çareler öngörülebilir:** Saklanma şartlarının ortadan kalkması halinde imhası için yetkili mercie başvuru imkânı getirilebilir.
6. **Veri güvenliği sağlanmalıdır:** Verilerin kötüye kullanılmasını veya yetkisiz üçüncü kişilerin eline geçmesini engelleyecek güvenceler öngörülmelidir.
- a. Verilere ve işleme sonucu elde edilen çıktıya kimlerin erişebileceği açıkça düzenlenebilir.
 - b. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” başlıklı kararına göre “*özel nitelikli veriler kriptografik yöntemlerle saklanmalı, verilere ve işleme sonucu elde edilen çıktıya erişebilecek kişilerin yetki kapsamı ve süresi belirlenmeli ve sistemde yapılan her bir işlem kayıt altına alınmalıdır*”. Yüz tanıma sistemlerinde biyometrik veri kullanıldığından bu güvencelerin sağlanması gerekir.
 - c. Kazara kayıp, imha ve diğer zararları önleyecek güvenlik önlemleri sağlanabilir.
7. **Yüz tanıma için kullanılan algoritmanın güvenilirliği ve doğruluğu sağlanmalıdır:** Algoritma gerçek olaylara uygulanmadan önce yeterince test edilmelidir. Erişebileceği veri türleri açıkça belirlenmelidir.
8. **Veri işlemeyle elde edilecek menfaatle, müdahale edilecek hak ve özgürlükler arasında adil bir denge ve orantılılık, hem kanuni dayanak oluşturulurken hem de uygulama sırasında gözetilmelidir.**
- a. **Kullanılan yönteme göre değerlendirme yapılmalıdır:** Geriye dönük yüz tanıma veya canlı yüz tanımadan hangisi kullanılıyorsa ona göre şartlar belirlenmelidir. Kontrolsüz bir ortamda canlı yüz tanıma yapılması oldukça müdahaleci bir yöntem olduğundan, gereklilik ve orantılılık bakımından sıkı bir inceleme yapılmalı ve katı gereklilik (“*strict necessity*”) gözetilmelidir.
 - b. **Herhangi bir sınırlandırma veya istisna olmadan herkesi kapsayan bir düzenleme ve uygulama yapılmamalıdır:** Üst başlıklarda da değinildiği üzere amaç, ilgili kişiler ve suçlar ile kullanılan veriler ve saklama şartlarına dair, gereklilik ve orantılılık temelinde sınırlamalar getirilmesi gerekir.

Tüm bu hususların yanı sıra yüz tanıma teknolojilerindeki hızlı gelişmeler sebebiyle ortaya çıkabilecek yeni müdahaleci yöntemler ve keyfilik riski ile özel hayata saygı bağlamında kişisel verilerin korunmasına dair getirilebilecek yeni kurallar göz önünde bulundurularak, yüz tanıma sistemlerinin kullanıldığı tedbir-lere dair kanuni dayanak gerektiğinde güncellenmelidir. İlgili hak ve özgürlük-lerin özüne saygı gösterilerek, bunların kullanımını ciddi biçimde engelleyecek orantısız uygulamalardan kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akgül A, ‘Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı’ (2015) 118 TBB Dergisi 199

Akgül A, ‘Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve Ab Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’ (2015) 116 TBB Dergisi 11

Alpaydın E, *Machine Learning* (The MIT Press 2021)

Amelin R and Channov S, ‘On the Legal Issues of Face Processing Technologie’ in Daniel A. Alexandrov, Alexander V. Boukhanovsky, Andrei V. Chugunov, Yuri Kabanov, Olessia Koltsova, Ilya Musabirov (eds), *Digital Transformation and Global Society 5th International Conference* (Springer Nature 2020) 223

Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2012 on facial recognition in online and mobile services* <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 21 Ocak 2025

Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies* <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 28 Ocak 2025

Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> erişildi 28 Ocak 2025

Atak S, ‘Biyometrik ve Genetik Verilerin Korunması Konusunda Avrupa Konse-yi’nin Genel Yaklaşımı’ (2024) 60 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 343

Berle I, *Face Recognition Technology Compulsory Visibility and Its Impact on Privacy and the Confidentiality of Personal Identifiable Images* (Springer Nature 2020)

Can N, *Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2021)

Cole SA, *Suspect Identities A History of Fingerprinting and Criminal Identifi-cation* (Harvard University Press 2002)



Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, *Guidelines on Facial Recognition* (2021) <<https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/9753-guidelines-on-facial-recognition.html>> erişildi 20 Ocak 2025

Council of Europe, *Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometric data* (2005) para 8 <<https://rm.coe.int/16806840ba>> erişildi 16 Mart 2025

Donohue LK, ‘Technological Leap, Statutory Gap, and Constitutional Abyss: Remote Biometric Identification Comes of Age’ (2012) 97 Minnesota Law Review 407

Dülger MV, ‘İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2018) 5 [1] İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71

European Data Protection Board, *Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement* <https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-052022-use-facial-recognition_en> erişildi 20 Ocak 2025

European Union Agency for Fundamental Rights, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement* <<https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition-technology-fundamental-rights-considerations-context-law#publication-tab-7>> erişildi 21 Ocak 2025

Evison MP, ‘Forensic Facial Analysis’ in Gerben Bruinsma and David Weisburd (eds), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Springer Science Business Media 2014) 1713

Gless S, ‘AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials’ (2020) 51 [2] Georgetown Journal of International Law 195

Ildırar E, ‘Kolluğun Vücut Kamerası Kullanımı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği’ in Oktay Karaalp, Barkın Özyurt and Gökçen Elif Toksoy (eds), *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi IV. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 20-21 Nisan 2024 Çevrim İçi* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 45

İçer Z and Dönmez E, ‘Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları’ (2020) 15 [43] Ceza Hukuku Dergisi 421

Jasserand-Breeman C, ‘Reprocessing of biometric data for law enforcement purposes: Individuals’ safeguards caught at the Interface between the GDPR and the ‘Police’ directive?’ (PhD thesis, University of Groningen 2019) <<https://research.rug.nl/en/publications/reprocessing-of-biometric-data-for-law-enforcement-purposes-indiv>> erişildi 4 Şubat 2025

Ketizmen M and Kart A, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme’ (2021) 1 [2] Kırıkkale Hukuk Mecmuası 256

Kindt EJ, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications A Comparative Legal Analysis*, (Springer 2013)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber* <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2030/Rehberler>> erişildi 24 Ocak 2025

Mozur P, ‘One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority’ *The New York Times* (New York, 14 April 2019) <www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> erişildi 12 Şubat 2025

National Science and Technology Council, *Biometrics History* (2006) <<https://www.hsd.org/c/view?docid=463907>> erişildi 24 Ocak 2025

Özar S, ‘Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler’ (2023) 81 [3] Ankara Barosu Dergisi 263

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Gezer ÖS, Saygılar YF, Çalışkan EA, Alan E, Özaydın Ö, Tütüncü EE, Güzel İ, Seyhan S, Köker N and Tok MC, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2024)

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Declaration on mass communication media and Human Rights* (Resolution 428, 1970) <<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>> erişildi 14 Şubat 2025

Ringelheim, J, ‘Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?’ (2007) Center for Human Rights and Global Justice Working Paper No. 13 Jean Monnet Working Paper 08/06, <<https://jeanmonnetprogram.org/>> erişildi 15 Ocak 2025

Rouvroy A and Poulet Y, ‘The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy’ in Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, Cécile de Terwangne and Sjaak Nouwt (eds), *Reinventing Data Protection?* (Springer 2009) 45

Smith M and Miller S, ‘The ethical application of biometric facial recognition technology’ (2022) 37 AI & SOCIETY 167

Sprenger J and Brodowski D, ‘Predictive Policing’, ‘Predictive Justice’, and the use of ‘Artificial Intelligence’ in the Administration of Criminal Justice in



Germany’ (2023) *Revue Internationale de Droit Pénal* 5 <<https://www.penal.org/de/2023-2>> erişildi 11 Haziran 2025

Şıracı S, ‘Yüz Tanıma Teknolojilerinin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından İncelenmesi’ (2023) 5 [1] *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 23

Tahmazoğlu Üzeltürk S, ‘Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar’ (2008) 1 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 95

The European Commission, *Summary Report of the project “Towards the European Level Exchange of Facial Images”* <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/results>> erişildi 26 Kasım 2024

The European Commission, *Support to the project ‘Towards the European Level Exchange of Facial Images’* <<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/TELEFI-Project.pdf>> erişildi 16 Mart 2025

The European Commission, *Towards the European Level Exchange of Facial Images Legal Analysis for TELEFI project* <<https://www.telefi-project.eu/telefi-project/results>> erişildi 5 Şubat 2025

Tilstone WJ, ‘Scientific Basis of the Forensic Process’ in Gerben Bruinsma and David Weisburd (eds), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Springer Science Business Media 2014) 4672

United Nations Human Rights Council, *Surveillance and human rights Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (A/HRC/41/35, 28 May 2019) <ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/41/35> erişildi 12 Şubat 2025

Veale M, *Algorithms in the Criminal Justice System* (June 2019) <<https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/algorithm-use-in-the-criminal-justice-system-report>> erişildi 20.01.2025

Warren SD and Brandeis LD, ‘The Right to Privacy’ (1890) 4 [5] *Harvard Law Review* 193

Weissbrodt D, ‘The Administration of Justice and Human Rights’ (2009) 1 *City University of Hong Kong Law Review* 23

Zalnieriute M, ‘Glukhin v. Russia. App. No. 11519/20. Judgment’ (2023) 117 [4] *American Journal of International Law* 695

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Amann v İsviçre App no 27798/95 (ECtHR, 16 Şubat 2000)

Aycaguer v Fransa App no 8806/12 (ECtHR, 22 Haziran 2017)

Benedik v Slovenya App no 62357/14 (ECtHR, 24 Nisan 2018)



- Delcourt v Belçika* App no 2689/65 (ECtHR, 17 January 1970)
- Gaughran v Birleşik Krallık* App no 45245/15 (ECtHR, 13 Şubat 2020)
- Glukhin v Rusya* App no 11519/20 (ECtHR, 4 Temmuz 2023)
- Leander v İsveç* App no 9248/81 (ECtHR, 26 Mart 1987)
- Lupker ve Diğerleri v Hollanda* App No 18395/91 (ECtHR, 7 Aralık 1992)
- M.K. v Fransa* App no 19522/09 (ECtHR, 18 Nisan 2013)
- P.G. ve J.H. v Birleşik Krallık* App no 44787/98 (ECtHR, 25 Eylül 2001)
- P.N. v Almanya* App no 74440/17 (ECtHR, 11 Haziran 2020)
- Peck v Birleşik Krallık* App no 44647/98 (ECtHR, 28 Ocak 2003)
- Perry v Birleşik Krallık* App no 63737/00 (ECtHR, 17 Temmuz 2003)
- Peruzzo ve Mertens v Almanya* App nos 7841/08 ve 57900/12 (ECtHR, 4 Haziran 2013)
- Rotaru v Romanya* App no 28341/95 (ECtHR, 4 Mayıs 2000)
- S. ve Marper v Birleşik Krallık* App nos 30562/04 ve 30566/04 (ECtHR, 4 Aralık 2008)
- Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v Finlandiya* App no 931/13 (ECtHR, 27 Haziran 2017)
- Sciacca v İtalya* App no 50774/99 (ECtHR, 11 Ocak 2005)
- Uzun v Almanya* App no 35623/05 (ECtHR, 2 Eylül 2010)
- Van der Velden v Hollanda* App no 29514/05 (ECtHR, 7 Aralık 2006)

BAŞKASI HESABINA İŞLEM YAPILDIĞININ BİLDİRİLMEMESİ SUÇU

*The Crime of not Reporting that a Transaction was Made
on Someone Else's Account*

Oğuzhan SAPAN*

Öz

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 15. maddesiyle başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi fiili suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kimlik tespitini gerekli kılan işlemlerde kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapanların yazılı bildirimde bulunması gerekecektir. Suçun düzenlenmesiyle bu türdeki işlemlerin esas sahibinin kimliğinin gizli tutulmasının, böylelikle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçuyla birlikte kayıt dışı işlemlerin önlenmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Böylece iktisadi hayattaki düzen korunacak, kayıt dışı ekonomi önlenerek, suç örgütlerinin ekonomik gücü ortadan kaldırılacak ve bunların faillerine ulaşılacaktır. Düzenleniş itibarıyla bir soyut tehlike suçu olan başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda, suçu bastırmaktan çok suçla mücadele anlayışı ön plana çıkmaktadır. Bu anlayış da cezalandırılabilirliğin öne alınmasına sebep olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştiri konusu yapılmaktadır. Uygulamada ise suçun cezalandırdığı fiilin ne olduğuna dair yaşanan yanlışlar nedeniyle hatalı sonuçlara varıldığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu, suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi, kimlik tespitini gerektiren işlemler, yükümlü, bildirim

Abstract

Article 15 of Law No. 5549 on the Prevention of Laundering Proceeds of Crime classifies the failure to report a transaction conducted on behalf of another person as a criminal offense. Accordingly, in transactions requiring identification, individuals who carry out transactions in their own name but on behalf of another are required to submit a written notification. The regulation of this offense appears to aim at concealing the identity of the true beneficiary in such transactions, thereby seeking to prevent both the laundering of assets derived from criminal activities and unregistered transactions. In this way, the order in economic life will be preserved, the informal economy will be curbed, the financial power of criminal organizations will be eliminated and access to their perpetrators will be facilitated. As an abstract endangerment offense by its legal construction, the failure to report that a transaction is conducted on behalf of another person reflects a legislative approach that emphasizes crime prevention over crime suppression. However, his understanding

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.01.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* İstanbul Anadolu Hâkimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisanüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, oguzhansapan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2848-8880>



has been also criticized in the doctrine on the grounds that it causes the emphasis punishability over actual harm. In practice, it is observed that misinterpretations regarding the specific conduct criminalized by the offense have led to erroneous judicial outcomes.

Keywords: Crime of failing to report a transaction conducted on behalf of another person, prevention of laundering proceeds of crime, transactions requiring identification, obligator, notification

GİRİŞ

Milattan önce 2000’li yıllara kadar dayandırılmakla beraber, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun öncül suçlarla beraber ele alınması 1980’li yıllardan itibaren mümkün olmuştur. 1990’lı yıllarda G7 ülkelerince toplantılar düzenlenmiş ve uluslararası alanda faaliyet gösteren ve bu suçla ilgili tavsiye kararlar alacak olan Mali Eylem Görev Gücü (*The Financial Action Task Force, FATF*) kurulmuştur. FATF’ın tavsiye kararlarıyla birlikte ülkeler suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesinin engellenmesi ve ekonomik düzenin işleyişinin korunmasına yönelik idari ve adli tedbirler almıştır¹.

Ülkemizde ise 1960’lı yıllardan itibaren bu suçta rastlanmaya başlanmıştır. 1970’li yıllardan itibaren suç örgütlerinin faaliyetlerini geliştirmeye başlaması ve devam eden yıllarda yaşanan siyasi ve ekonomik sorunlarla birlikte suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması faaliyetleri yoğun biçimde ortaya çıkmıştır. Türkiye Cumhuriyeti, 24.09.1991’de FATF’a üye olmuşa da suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuyla mücadelede gerekli önlemlerin alınmasında geç kalınması nedeniyle 1996 yılında FATF tarafından Türkiye aleyhine yaptırım uygulanması kararı alınmıştır. Bunun üzerine yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik olarak 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun 13.11.1996 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 19.11.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir².

Sonraki dönemde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte 4208 sayılı Kanun m. 7’de düzenlenen karaparanın aklanması suçu, TCK’nın Adliyyeye Karşı Suçlar başlıklı bölümde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu olarak TCK m. 282’de yerini almıştır³.

Devam eden süreçte suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesine dair daha ayrıntılı hükümler getiren kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulması üzerine yapılan çalışmalar neticesinde 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun

¹ Kerim Çakır, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 42 vd.; Murat Volkan Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar (Kara Paranın Aklanması Suçu)*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025) 218; Sermet Aydın, “Başkası Hesabına Yapılan İşlemlerde Beyan Yükümlülüğü”, (2008) (66), *Bankacılar Dergisi* 13.

² Çakır (n 1) 45; Dülger, (n 1) 218.

³ 5549 sayılı Kanun m. 26 gereğince diğer mevzuatta yer alan “karapara” ifadesinden “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri”, “karapara aklama suçu” ifadesinden ise “aklama suçunun” anlaşılabacağı belirtilmiştir.

11.10.2006 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 18.10.2006 tarih ve 26323 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun’la, 4208 sayılı Kanun’un birçok hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun’un ilk iki bölümünde suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesine dair çeşitli yükümlülükler öngörülmüş, buna dair denetimin ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Kanun’un üçüncü bölümünde ise öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması hallerine yönelik bir kısım kabahatler (idari suçlar) ve adli suçlara yer verilmiştir.

Kanun’un üçüncü kısmında ele alınan suçlardan birisi de başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesidir. 5549 sayılı Kanun m. 15’teki düzenlemeyle yükümlüler nezdinde ya da aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerekli kılan işlemlerde, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kişilerin, bu işlemleri yapmadan evvel kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı biçimde bildirmemesi durumunda altı aydan bir yıla kadar hapis ya da beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır.

5549 sayılı Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak 09.01.2008 tarihli ve 26751 sayılı Resmi Gazete’de Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) yayımlanmış ve 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının önlenmesi kapsamında 5549 sayılı Kanun’la getirilen yükümlülüklerden birisi olan kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kişilerin, kimin hesabına hareket ettiğine dair yazılı bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihlalini düzenleyen suç 18.10.2006 tarihinden bu yana yürürlükte olmasına karşın literatürde bu suçla ilgili az sayıda akademik çalışma olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, anılan suça ilişkin açıklamalara, uygulamada yaşanan tereddütlere ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

Organize suçlarla mücadele, terörizm, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasına yönelik tedbirler, tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan zararların önlenmesi, bilişim alanındaki gelişmeler gibi sebeplerle geleneksel bastırıcı ceza hukukunun yanında, önleyici ceza hukukunun önemli ölçüde alan kazandığı görülmektedir. Ancak bu uğurda özgürlük-güvenlik dengesi özgürlükler aleyhine bozulmakta, idari yetkilerin ve belirsizliğin artmasına neden olunmakta, kolluk hukukunda geleceğe dönük öngörüler yeterli bulunarak müdahale gücü önleyici müdahale yetkileriyle genişlemekte, cezanın son çare oluşu prensibi zayıflamakta, ceza hukuku “tehlikeleri önleme hukuku” haline gelmektedir⁴. Malvarlığı değer-

⁴ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024) 222, 223; Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 135 vd.; Ulrich Sieber, *Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen*



lerini aklama suçu bakımından da etkin önleyici tedbirlerin uygulanmasıyla suçun meydana gelmesi engellenmekte, engellenemeyen hallerde de meydana gelen suçun tespiti kolaylaşmaktadır⁵. Malvarlığı değerlerini aklama suçu bağlamında alınabilecek önleyici tedbirlerin başında müşterinin tanınması prensibi gelmektedir⁶. Bu sayede yükümlüler aracılığıyla müşteriye, kurulan ilişkinin niteliğine, müşterinin yaptığı işlemlere ve hesabına işlem yapılan kişilerin kimliğine dair tatmin edici biçimde bilgi edinilmekte ve yapılacak işlemlerin amacı belirlenmektedir⁷.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunun ihdas edilmesindeki amaç da işlemin esas sahibinin kimliğinin gizli tutulmasının, böylelikle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçuyla birlikte kayıt dışı işlemlerin önlenmesidir⁸.

Bu açıklamalar doğrultusunda incelemeye konu suçta korunan hukuki değerler iktisadi hayattaki düzenin korunması, kayıt dışı ekonominin önlenmesi, suç örgütlerinin ekonomik gücünün ortadan kaldırılması ve bunların faillerine ulaşılabilmesi ve dolayısıyla adalet sisteminin işleyişinin korunmasıdır⁹.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail

Türk ceza hukukunda bir amaca yönelmiş iradi hareket etme yeteneğinin sadece gerçek kişilere ait olduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişiler, ölümler, yapay zekâ sistemleri bu anlamda fail olarak kabul edilemezler¹⁰. Bazı suçlarda ise her gerçek kişinin fail olması mümkün değildir. Suçun mahiyeti gereği failin belirli özelliklere (örneğin kamu görevlisi olmak gibi) veya yükümlülükleri (yardım etmek veya bildirimde bulunmak gibi) taşınması gerekir. Bu hallerde özgü suçlardan söz edilir.

Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, (Ed.) Feridun Yenisey, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 387, 388, 413, 415; Uğur Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları” (2020), 11 (41), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 29.

⁵ Aydın (n 1) 14.

⁶ Aydın (n 1) 14; Dülger (n 1) 319.

⁷ Aydın (n 1) 14, 30.

⁸ Bkz. maddenin gerekçesi.

⁹ Dülger (n 1) 769.

¹⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 215; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019) 361; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024) 112; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 228; Öztürk ve Erdem (n 4) 208; Timur Demirtaş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (19. Baskı, Seçkin Kitabevi 2024) 267 vd.; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I*, (Ed.) Yener Ünver, (Adalet Kitabevi, Ankara 2014) 110; Oğuzhan Sapan, *Ceza Muhakemesinde Yapay Zekâ Kullanımı*, (Adalet Kitabevi, Ankara 2024) 151 vd.

Özgü suçlar doktrinde üçe ayrılarak incelenmektedir: Suçun temel halinin oluşması için failin özel nitelikleri haiz olması gerektiği halde gerçek özgü suçlardan, suçun temel halinde bu yönde bir gereklilik olmamasına rağmen nitelikli hallerin oluşması için failin özel niteliklere sahip olmasının gerektiği durumlarda ise görünüşte özgü suçlardan bahsedilmektedir. Bunların yanında bizzat işlenebilen suçlardan söz edilmektedir. Aslen gerçek özgü suçların özel bir görünümü mahiyetinde olmakla birlikte, kanun, fail olabilecek kişileri belirli bir grupla sınırlandırmadığından bu tür suçların, aslen özgü suç olmakla beraber özgü suçlardan ayrıldığı ifade edilmektedir¹¹. Bizzat işlenebilen suçlarda tipik hareketin failin kendisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir¹².

Yine doktrinde özgü suçlar konusu bağlamında yükümlülük suçlarından söz edilmektedir. Bu suçlarda fail belirli bir yükümlülük altında olan kişidir¹³. Doktrinde çoğunlukla özgü suçların yükümlülük suçlarıyla aynı içerikte olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Bununla birlikte tüm yükümlülük suçlarının özgü suç olduğu, ancak özgü suçların tümünün yükümlülük suçu olmadığına dair görüşler¹⁵ de bulunmaktadır. Bazı yazarlar¹⁶ ise yükümlülüğü konu alan durumun gerçekleş(tiril)miş olmasının

¹¹ Bazı yazarlar belirli kişilerce işlenebilecek suçları özgü suçlar ve bizzat işlenen suçlar olarak iki ayrı bir başlık altında ele almaktadır (Öztürk ve Erdem (n 4) 203, 204; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (30. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2024) 129, 130). Kitapçıoğlu Yüksel ise, genel ve özgü suç dışında ayrıca bir sınıflandırma yapılmasının gerekli olmadığını, bizzat işlenebilen suçların özgü suçun görünüm şekillerinden birisi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, *Özgü Suç*, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 127). Alman doktrininde Jescheck / Weigend bizzat işlenebilen suçları failin fiile bizzat kendi beden hareketiyle/fiziksel olarak katılmasının arandığı suçlar (örneğin kendisini savunamayacak kişiye karşı cinsel saldırı, TCK m. 102/3-a), kişisel davranış gerektiren suçlar (örneğin hakaret, TCK m. 125) ve usul hukukunun kişinin şahsen hareket etmesini öngördüğü suçlar (örneğin yalan yere yemin, TCK m. 275) olarak üçe ayrılarak incelemektedir (Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, (Duncker & Humblot, Berlin, 1996) 267; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 363.) Heinrich bu suçlarda belirleyici olanın suçla korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesi olmasından ziyade, failin sahip olduğu özel kınanabilirlik hali olduğunu belirtmektedir (Heinrich (n 10) 99).

¹² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 363; Özgenç (n 10) 222; Koca ve Üzülmmez (n 10) 114; Demirtaş (n 10) 564; Heinrich (n 10) 98; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – II*, (Ed.) Yener Ünver, (Adalet Kitabevi, Ankara 2015) 234; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 422; Kitapçıoğlu Yüksel (n 11) 108, 109; Hakeri (n 11) 130; Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, (2010), (14) (1), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 190.

¹³ Öztürk ve Erdem (n 4) 203.

¹⁴ Özgenç (n 10) 215; Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017) 125, 126; Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, (Yetkin Yayınları, Ankara 2009) 270; Özge Bozkurt, *İhmali Suçlarda İştirak*, (Adalet Kitabevi, Ankara 2024) 148; Yargıtay, 6. CD, T. 06.06.2022, E. 2021/13074, K. 2022/8544.

¹⁵ Kitapçıoğlu Yüksel (n 11) 107, 205 vd.; Öntan (n 4) 157. Karş. Heinrich (n 10) 97; Heinrich (n 12) 233.

¹⁶ Öntan (n 4) 157.

suça dair düzenlemeyle yapılması zorunlu kılınan hareketin ön şartı¹⁷ olduğunu, bu şartın gerçekleşmesi halinde herkesin fail olabileceğini belirtmektedir.

Akbulut, TCK m. 40'ın özel faillik niteliğinin söz konusu olduğu suçlar olarak sadece özgü suçlardan söz etmesi nedeniyle özel yükümlülüğün söz konusu olduğu tüm suçların ve bizzat işlenebilen suçların özgü suç olarak kabul edileceğini ifade etmektedir¹⁸.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda fail, yükümlüler nezdinde ya da onların aracılığıyla yapılacak kimlik tespiti yapılması gereken işlemlerde kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket etmesine rağmen, bu işlemlerin yapılmasından evvel kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirmeyen kişidir. Buna göre incelemeye konu suç, bizzat işlenebilen (*Jescheck / Weigend* tasnifine göre kişisel davranış gerektiren) suçlardan olduğu gibi aynı zamanda yükümlülük suçlarındandır¹⁹.

Uygulamada ticaretle iştigal etmemesine rağmen kişilerin hesaplarında normalin ötesinde yüksek tutarlı ve/veya fazla sayıda para transferi bulunması, ticari işletme işletmekle birlikte işletmenin ticari ve ekonomik icaplara uygun olmayan hacimde para transferi yapılması, yine bir ticari işletmede çalışan olmakla birlikte şirket hesapları yerine şahsi hesabı üzerinden para transferi yapılması ya da kayıt dışı işlemlere paravan olacak şekilde gerçekleştirilen iş ve işlemleri vergi dairelerinin bilgisi dışında bırakma çabasında bulunulması hususlarının vergi daireleri tarafından görevleri kapsamında yaptıkları incelemelerde tespit edildiği hallerde incelemeye konu suça dair suç duyurusunda bulunulduğu ve ceza davalarının açıldığı görülmektedir. Davaların önemli bir kısmında kişilerin kendilerine maddi menfaat sağlanması taahhüdünde bulunulması karşılığında banka hesaplarının kullanımını hesapları üzerinden ne gibi işlemler yapılacağını bilmeden başkalarının kullanımına devrettikleri ve suçun faili durumunda kaldıkları görülmektedir. Doktrinde de hesabına hareket edilen kişiler için herhangi bir yaptırım getirilmediğine işaret edilerek, bu durumun manipüle edilen, maddi imkânsızlıklarından fayda sağlanan ya da kandırılan kişilerin mağduriyetiyle sonuçlandığı ifade edilmektedir²⁰. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere bu kişilerin suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluklarına gidilmesi mümkündür²¹.

¹⁷ “Ön şart” doktrinde kimi yazarlarca dile getirilmektedir. Bazı yazarlar ön şartın suçun unsurlarından bağımsız ve hareketin gerçekleştirilmesinden önce mevcut olması gerektiğini savunurken, bazı yazarlar ise ön şart kavramını kabul etmemekte ve bunları suçun unsuru olarak kabul etmenin daha doğru olduğunu belirtmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt (n 14) 145, 146; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* Cilt II, (13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2021) 12 vd.).

¹⁸ Akbulut (n 12) 190, 194. Benzer yönde bkz. Dülger (n 12) 754.

¹⁹ *Dülger*, kimlik tespiti gerekli kılan işlemleri yapan herkesin bu suçun faili olabileceğini ifade etmektedir (Dülger (n 1) 769). *Çakır*’a göre ise herkes bu suçun faili olabilir (Çakır (n 1) 278).

²⁰ Aydın (n 1) 30.

²¹ Bir Yargıtay kararında, çeşitli bankalar nezdinde kendi adlarına açtıkları banka hesaplarını ilgili bankalara herhangi bir bildirimde bulunmadan bir kısım şirketlerin kullanımına tahsis etmeleri nedeniyle

2. Mağdur

Tüm suçlarda bir mağdur vardır, mağduru bulunmayan suç olamaz²². Modern ceza hukuku sistemlerinde mağdurun gerçek kişiler olabileceği, tüzel kişilerin ve kurumların suçtan zarar gören sıfatını taşıyabileceği kabul edilmektedir²³. Aynı doğrultuda hakkın süjesinin ancak fertler olabileceği kabul edildiğinden devlet tüzel kişiliğinin suçun mağduru olması mümkün görülmemektedir²⁴.

Bazı suçlarda belirli kişi veya kişiler mağdur olarak addedilemeyeceğinden, mağduru toplumu oluşturan her bir birey olduğu kabul edilmektedir²⁵. Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda da suçtan doğrudan mağdur olan bir kişi yoktur. Bu nedenle bu suçta mağdur, toplumu oluşturan her bir birey olarak kabul edilmelidir²⁶. Yine aşağıda açıklanacağı üzere bu suçta hazine, vergi dairesi ya da nezdinde veya aracılığıyla işlem yapılanın suçtan zarar gören olarak kabulü de olanaklı değildir.

3. Suçun Konusu

Suç teorisinde suçun konusu suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yöneldiği, suçun üzerinde işlendiği kişi veya şeydir²⁷. Mağduru bulunmayan suç olmadıgı gibi, konusu olmayan suçtan da söz edilemez²⁸.

İncelemeye konu suç tipinde suçun konusu, failin ihmali nedeniyle gerçeğe aykırı biçimde oluşturulan yükümlüler nezdinde ya da onların aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerekli kılan işlemlere dair kayıtlardır. Ancak doktrinde suçun

sanıklar hakkında ilk derece mahkemesi tarafından verilen beraat hükmünün bozulmasına karar verilmiştir. Kararda banka hesabı sahiplerinin 5549 sayılı Kanun m. 15 gereğince mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak karardan anlaşılabilirdi kadariyla aslen bu banka hesaplarını kullanan şirket yetkilileri hakkında dava açılmamıştır. (Yargıtay, 19. CD, T. 07.07.2020, E. 2019/35457, K. 2020/9980)

²² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 374; Özgenç (n 10) 227; Dülger (n 12) 429.

²³ Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları farklı kavramlardır. Prensip olarak bir suçtan mağdur olan aynı zamanda o suçtan zarar da görür. Ancak suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramına göre daha geniş bir kavramdır. Suçtan zarar gören kişiler her zaman suçun mağduru olmayabilir (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 375; Koca ve Üzülmöz (n 10) 115; Öztürk ve Erdem (n 4) 205; Dülger (n 12) 430). *Demirtaş*, tüzel kişilere karşı işlenen suçlarda tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceğini belirtmektedir (Demirtaş (n 10) 626).

²⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 375, 376; Özgenç (n 10) 228; Dülger (n 12) 430. Karş. Öztürk ve Erdem (n 4) 204; Demirtaş (n 10) 625.

²⁵ Doktrinde bu durumda “geniş anlamda mağdur” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 153; Özgenç (n 10) 229; Koca ve Üzülmöz (n 10) 115.

²⁶ Dülger (n 1) 769.

²⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 377; Özgenç (n 10) 228; Koca ve Üzülmöz (n 10) 116; Öztürk ve Erdem (n 4) 206; Demirtaş (n 10) 623; Dülger (n 12) 433.

²⁸ Aksi yönde bkz. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 221; Öztürk ve Erdem (n 4) 206.



konusunun başkası hesabına hareket edildiğine dair yazılı bildirimde esas bilgiler olduğu da ifade edilmektedir²⁹.

5549 sayılı Kanun m. 3/1 gereğince yükümlüler müşterinin tanınmasına ilişkin esaslar dâhilinde kendileri nezdinde ya da aracılıkta bulundukları işlemlerde, işlem yapanları ve nam ya da hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek ve bunun için lüzumlu diğer önlemleri almakla yükümlüdür³⁰. Yönetmelik m. 5 ve devamında da kimlik tespitinin ne şekilde yapılacağı ve kimlik tespitinin gerçek kişiler, tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan teşekküller, 5015 sayılı Kanun kapsamındaki genel yönetim dâhilindeki kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, dernek ve vakıflar, sendikalar ve konfederasyonlar, siyasi partiler, yurt dışında yerleşik tüzel kişiler ve yurt dışında kurulmuş güven sözleşmeleri ve başkası adına hareket edenler bakımından ne şekilde gerçekleştirileceğine dair ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

Yönetmelik m. 5/1 gereğince yükümlüler, işlem tutarı veya birbiriyle bağlantılı birden çok işlemin toplam tutarı 185 bin TL (kripto varlık hizmet sağlayıcılar için 15 bin TL) ve daha fazla olduğunda, elektronik transferler ile kripto varlık hizmet sağlayıcılarca gerçekleştirilen kripto varlık transferlerinde ise bu tutar 15 bin TL ve daha üzerinde olduğunda; sürekli iş ilişkisi³¹ tesisinde, şüpheli işlem bildirimini gerekli kılan hallerde, daha önce elde edilen müşteri kimlik bilgilerinin yeterliliği ve doğruluğu hususunda şüphe oluştuğunda ise tutarı gözetmeden kimliğe dair bilgileri edinmek ve bunların doğruluğunu teyit ederek müşterilerinin ve müşterilerinin adına yahut hesabına hareket edenlerin kimliklerini belirlemek ve işlemin gerçek faydalanıcısının³² ortaya çıkartılması için gerekli önlemleri almak mecburiyetindedir.

Başkası hesabına hareket edenlerin kimlik tespitlerinin ne şekilde yapılacağı ise Yönetmelik m. 17’de belirtilmiştir. Hükme göre işlemi talep eden kişi bir başkası hesabına hareket ettiğini bildirdiği takdirde Yönetmelik m. 6 ila 14 hükümleri doğrultusunda işlem talebinde bulunanın kimliği ve yetki durumu ile hesabına hareket edilenin kimliği belirlenir³³.

²⁹ Dülger (n 1) 703; Devrim Aydın ve Çetin Arslan, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama ve Terörizmin Finansmanı Suçları, Yetkin Yayınları*, Ankara 2023) 123.

³⁰ 5549 sayılı Kanun m. 13/1’de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi kabahat olarak öngörülmüş ve karşılığında idari para cezası tatbik edileceği öngörülmüştür.

³¹ Yönetmelik m. 3/1-i gereğince sürekli iş ilişkisi, yükümlüyle müşteri arasında hesap açılması, kredi ya da kredi kartı verilmesi, kiralık kasa, finansman, faktoring, finansal kiralama, hayat sigortası ya da bireysel emeklilik gibi hizmetler sebebiyle tesis edilen, niteliği itibarıyla devamlılık unsuru barındıran iş ilişkisini ifade eder.

³² Yönetmelik m. 3/1-h gereğince gerçek faydalanıcı, yükümlü nezdinde işlem gerçekleştiren gerçek kişileri, adına işlem yapılan gerçek kişi, tüzel kişi ya da tüzel kişiliği bulunmayan teşekkülleri nihai olarak kontrolünde bulunduran veya bunlar üzerinde nihai nüfuz sahibi olan gerçek kişi ya da kişileri ifade eder.

³³ Yönetmelik m. 15 gereğince alınan bilgilerin teyidi için kullanılan belgelerin gerçekliği konusunda şüphe duyulduğu halde olanakların imkân verdiği ölçüde, belgeyi tanzim eden kişi veya kuruma yahut diğer yetkili mercilere başvuru yapılmasıyla belgenin gerçekliğinin doğrulanması mümkündür.

Başkası hesabına işlem yapıldığı hususunda işlemi gerçekleştirenler için karşılığı suç oluşturacak biçimde zorunluluk getirilmiş olmakla birlikte yükümlülerin de bunun tespiti için gerekli tedbirleri alması gereklidir. Bu doğrultuda yükümlülerin kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kişilere sorumluluklarını hatırlatmak için gerekli duyuruları hizmet sundukları bütün işyerlerine müşterilerin rahatlıkla görebileceği biçimde asmaları gereklidir (Yönetmelik m. 17/1-c. 1 ve 2)³⁴. Ancak Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), risk temelli yaklaşım çerçevesinde yükümlüleri bu uygulama kapsamı dışında bırakma yetkisine sahiptir (m. 17/1-c. 3). Ayrıca Yönetmelik m. 17/5'te bir kişinin başkası hesabına hareket etmediğini beyan etmesine karşın kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket ettiği konusunda şüphe duyulması durumunda gerçek faydalanıcının tanınmasına dair tedbirlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

4. Fiil

“Başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmemesi” suçunda fiil, yükümlüler nezdinde ya da onların aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerekli kılan işlemlerde, bu işlemlerin yapılmadan evvel kimin hesabına hareket edildiğinin yükümlülere yazılı olarak bildirilmemesidir.

Bu noktada suçu düzenleyen 5549 sayılı Kanun m. 15'in başlığının “Başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmemesi” olarak belirlenmesine rağmen suçun tanımının madde metninde “yazılı olarak bildirim yapılmaması” şeklinde kaleme alınmasıyla, terminoloji kullanımında yeknesaklığa riayet edilmediği dikkat çekmektedir. Nitekim Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde “bildirim” kelimesi “yazılı olarak yapılan açıklama” olarak tanımlandığından, madde başlığının “Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi” şeklinde belirlenmesi daha doğru olurdu kanaatindeyiz. Bu düşünceyle bu çalışmada Yönetmelik tarafından “beyan” kelimesinin kullanıldığı haller dışında “bildirim” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Dikkat edileceği üzere, inceleme konusu suçta yükümlülerin nezdinde ya da onların aracılığıyla işlem yapanların başkası hesabına işlem yaptığına dair bildirimde bulunma yükümlülüğü kimlik tespitini gerekli kılan işlemlerle sınırlandırılmıştır³⁵.

³⁴ Ancak bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi hali gerek Kanun gerekse Yönetmelik'te yaptırım altına alınmamıştır. Yönetmelik m. 39/2'deki hüküm gereğince söz konusu yükümlülüğü düzenleyen üçüncü bölümdeki hükümlere uymayan yükümlüler hakkında idari para cezası uygulanacağı belirtilmekle birlikte gerek Kanun gerekse Yönetmelik'te idari para cezasına esas teşkil edecek şekilde bir idari suç (kabahat) hükmü bulunmamaktadır (Aynı doğrultuda Yargıtay, 7. CD, T. 07.02.2022, E. 2021/29260, K. 2022/1834). Ayrıca ifade edilmelidir ki bu yükümlülüğün yerine getirilmesi incelemeye konu suçun bir unsuru olmadığından, bu yükümlülüğün ihlali halinde dahi başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu oluşacaktır (Aynı doğrultuda bkz. İstanbul BAM, 31. CD, T. 12.02.2025, E. 2024/3484, K. 2025/450). Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği de görülmektedir (İstanbul BAM, 14. CD, T. 23.01.2025, E. 2024/3764, K. 2025/284).

³⁵ “Dosyanın konusunda uzman bilirkişiye tevdi edilerek maddede belirtildiği şekilde yapılan işlemlerin kimlik tespitini gerektiren işlemlerden olup olmadığı[nın] (...) tespit edilmesi (...) gerekirken



Delayısıyla suçun konusuna dâhil olmayan kimlik tespitini gerektirmeyen işlemler için başkası hesabına işlem yapıldığına dair bildirimde bulunulmaması halinde bu suçun varlığından söz edilemeyecektir.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunun varlığından söz edilebilmesi için, işleme konu malvarlığı değerinin suç geliri olması gerekli görülmemiştir. Örneğin bildirimde konu bir para transferi işleminde, bu para herhangi bir suç nedeniyle elde edilmiş değilse bile suç oluşacaktır³⁶.

Suçun adında ve tanımında yer alan “başkası hesabına” işlem yapılması ile buna yakın ancak aynı anlamı taşımayan “başkası adına” işlem yapılması halleri birbirine karıştırılmamalıdır. Başkası hesabına işlem yapılmasında, diğerinden farklı olarak menfaatine hareket edilen kişi doğrudan belli değildir³⁷.

Suçun kanuni tanımı “kendi adına ve fakat başkası hesabına” olarak belirtildiğinden, “kendi adına ve kendi hesabına” ya da “başkası adına ve fakat başkası hesabına” yapılan işlemler suçun kapsamında kalmayacaktır. Örneğin bir ailede, maddi konulardaki ticari nitelikte bulunmayan tasarruflar aile bireyleri tarafından birlikte gerçekleştiriliyor ise, aile bireyleri tarafından yapılacak işlemler aynı zamanda işlemi yapan açısından kendi adına ve kendi hesabına olacağından bu suçun maddi unsurlarının gerçekleştiği söylenemeyecektir. Ya da bir şirketin çalışanı olan kişi şirket adına ve fakat başkası hesabına (mesela başka bir şirket hesabına) bir işlem yapıyor ise bu halde de bu suçun unsurlarının oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Ceza hükümlerinin büyük bir çoğunluğu belirli bir şeyin yapılmasını yasaklar. Ancak kişilere belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü yüklenen hallerde, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise ihmali suçlar ortaya çıkmaktadır³⁸. Bu suçlarda kaynağını hukuktan alan bir değer ihmali suretiyle ihlali haksızlık değeri taşır³⁹.

İhmali suçlar iki başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlardır. Gerçek ihmali suçlarda belirli bir biçimde icrai davra-

eksik inceleme ile karar verilmesi ...” (İstanbul BAM, 15. CD, T. 06.04.2023, E. 2023/350, K. 2023/1646); “bilirkişinin işletme mühendisi olduğu, banka işlemleri konusunda ehil olmadığı (...), suçun unsurlarının tespiti yönünden vergi tekniği ve suç duyurusu raporunda belirtilen bankacılık işlemlerine ilişkin bilgi ve belgelerin ilgili bankalardan getirtilmesi, sonrasında dosyanın bankacılık işlemleri konusunda uzman bilirkişiye tevdi edilerek yasa maddesinde belirtildiği şekilde yapılan işlemlerin kimlik tespitini gerektiren işlemlerden olup olmadığı ve bu işlemlerin kendi adına fakat başkası hesabına yapılan işlemler olup olmadığının tespit edilmesi” (İstanbul BAM, 15. CD, T. 29.05.2024, E. 2024/1233, K. 2024/1952)

³⁶ Yargıtay, 19. CD, T. 25.01.2018, E. 2017/5429, K. 2018/791.

³⁷ Aydın (n 1) 16.

³⁸ Özgenç (n 10) 394; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 320; Koca ve Üzülmöz (n 10) 391; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 236; Öztürk ve Erdem (n 4) 216; Demirtaş (n 10) 261; Öntan (n 4) 152; Heinrich (no 10) 96; Yargıtay, CGK, T. 28.05.2020, E. 2020/1-164, K. 2020/239.

³⁹ İzzet Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, (2021) 25(4), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 305.

nışta bulunma yükümlülüğünün varlığına karşın, kişinin ortaya çıkabilecek ya da ortaya çıkan neticeyi önlemek konusunda teminat yükümlülüğü (garantörlüğü) yoktur veya herhangi bir neticenin gerçekleşmesine lüzum bulunmamaktadır⁴⁰. Bu doğrultuda gerçek ihmalî suçlar bir hareketin yapılmamasıyla gerçekleştiğinden sırf hareket suçlarıdır⁴¹.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu da bir yükümlülüğün ihlali halini düzenlediğinden bir gerçek ihmalî suçtur. Bu suçta başkası hesabına bir işlem gerçekleştirilmesine rağmen buna dair bildirimde bulunulmaması suç olarak düzenlendiğinden ve suçun varlığından söz edilebilmesi için işlemin gerçekleşmiş olması gerekli olduğundan, bir diğer deyişle suçun ihmalî davranıştan sonra gerçekleştirilmesi gereken icrai işlemi barındırmasına göre, suçun vasfı konusunda duraksama yaşanabilecektir. Öncelikle ifade edilmelidir ki ortada yapılmış bir işlem bulunmaması durumunda zaten suçun söz konusu olamayacağı açıktır. Ayrıca kanaatimizce suçu düzenleyen hükümdeki “bu işlemleri yapmadan önce” şeklindeki ifade, bildirim yapılabilmesi son anın açıklanmasına yöneliktir. İşlemin gerçekleştirilmesinin belirli bir süre almasının mümkün olduğu düşünüldüğünde dahi, kanunda belirtilen an suçun işlendiği andır.

İnceleme konusu suç gerçek ihmalî suç olması nedeniyle aynı zamanda bir sırf hareket suçudur. Dolayısıyla başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi üzerine herhangi bir neticenin ortaya çıkmasının veya kamunun ya da bir kişinin zarar görüp görmediğinin suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur⁴². Kanun koyucu suçun işlenmesiyle bir tehlikeye sebebiyet verilmesini yeterli bulduğundan ve suçun tanımında suçun konusunun gerçekten tehlikeye düşürülüp düşürülmediği konusunda hâkim tarafından inceleme yapılmasını da gerekli görmediğinden⁴³ bu suç aynı zamanda soyut tehlike suçlarındandır⁴⁴.

⁴⁰ Özgenç (n 10) 398; Özgenç (n 36) 308; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 322; Koca ve Üzülmmez (n 10) 396; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 237, 521; Dülger (n 12) 335; Öntan (n 4) 156; Fatih Yurtlu, *İhmalî Suçlar*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022) 159, 162, 163; Heinrich (n 10) 114; Yargıtay, CGK, T. 28.05.2020, E. 2020/1-164. K. 2020/239. İfade edilmelidir ki gerçek ihmalî suçlar ile görünüşte ihmalî suçlar arasında ayırım yapılırken kullanılacak kıstas teminat yükümlülüğünün varlığı olup, netice kıstas olarak uygulanamaz (Özgenç (n 36) 349, 351). Nitekim Alman doktrininde de bazı gerçek ihmalî suçlarda geniş anlamda bir netice bulunduğu ifade edilmektedir (Yurtlu (n 40) 160).

⁴¹ Yurtlu, ihmalî suçların mahiyeti itibarıyla hareket kavramının kullanılmasının doğru olmadığını, bunun yerine davranış kavramının tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Yurtlu (n 40) 47 vd., 164).

⁴² Dülger (n 1) 771; Aydın ve Arslan (n 29) 123.

⁴³ Aksi yönde görüş bildiren Ersoy, hâkimin soyut tehlike suçlarında da tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırmakla yükümlü olduğunu, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olduğunu, ayrıca TCK m. 61 gereğince cezanın belirlenmesinde ve fikri içtima hükümlerinin değerlendirilmesinde bu araştırma sonucuna göre hareket edileceğini ifade etmektedir (Ersay (n 4) 47).

⁴⁴ Soyut tehlike suçlarında tipik hareketin gerçekleştirilmesinin suçun konusu üzerinde bir tehlikeyi ortaya çıkarttığı varsayımında bulunmaktadır (Ersay (n 4) 44). Ancak ifade edilmelidir ki suçun



Soyut tehlike suçlarında suç bastırmaktan çok suçla mücadele anlayışı ön plandadır. Bu da cezalandırılabilirliğin öne alınmasına ve “*suçun objektif unsurlarının yerini subjektif unsurların almasına*”⁴⁵ sebep olmaktadır. Bunun da arka planında fiilin gerçekleştirilmesinin taşıdığı riskin önlenmesi ve/veya ispatı kolaylaştırma bulunmaktadır⁴⁶. Sieber’e göre tehlike suçları “*cezaen kınanabilir haksızlığı, netice- nin haksızlığından bizatihi hareketin haksızlığına kaydırmıştır*”⁴⁷. Doktrinde, failin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama faaliyetinde bulunmamasına rağmen bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin ceza hukuku yaptırımıyla karşılanmasını gerektirecek anti-sosyal bir fiil olmadığı, bunun yanın- da kişinin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklamak için “çeşitli işlemlere tabi tutma” fiilini gerçekleştirilmesi halinde zaten TCK m. 282/1 gereğince sorumlu olacağı belirlemesiyle 5549 sayılı Kanun m. 15’in mülga edilmesi gerektiği fikri de ileri sürülmektedir⁴⁸.

a. Bildirimde Bulunulması Gereken Yükümlüler

Suçun kanuni tanımında yer alan bildirimde bulunulması gerekli yükümlüler, aynı Kanun m. 2/1-d’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre yükümlüler bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer fi- nansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyette bulunanlar; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş ma- kinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticaretiyle iştigal edenler ya da bu faaliyetler için aracılık yapanlar ile noterler, spor kulüpleri ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyette bulunanlardır. Ayrıca Yönetmelik m. 4’te Kanun’un ver- diği yetki doğrultusunda yükümlüler daha ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Örneğin, Yönetmelik m. 4/1-ü gereğince kripto varlık hizmet sağlayıcılarına yükümlüler arasında yer verilmiştir.

27.12.2020 tarihli ve 7262 sayılı Kanun m. 20 ile yapılan eklemeye savunma hakkı açısından diğer kanun hükümlerine aykırı bulunmamak ve Avukatlık Kanunu m. 35/1 ile alternatif uyumsuzluk çözüm yolları dâhilinde yapılan mesleki çalışmalar sebebiyle elde edilen bilgiler haricinde, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak tesisi ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devri ve tasfiyesi işlerine dair finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle

tehlike suçu ya da zarar suçu olması fark etmeksizin bir suçun işlenmesiyle o suçun koruduğu hukuki değer ihlal edildiği anlaşılr. Dolayısıyla herhangi bir hukuki değeri ihlal etmeyen bir fiilin cezalandırılabilmesi mümkün değildir (Koca ve Üzülmaz (n 10) 118; Dülger (n 12) 352; Öntan (n 4) 331).

⁴⁵ Sieber (n 4) 390.

⁴⁶ Öztürk ve Erdem (n 4) 222; Sieber (n 4) 390, 391, 410, 411.

⁴⁷ Sieber (n 4) 390.

⁴⁸ Hasan Dursun, “Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanına Karşı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bir Bakış”, (2008) 3(7), *Ceza Hukuku Dergisi* 132-133.

sınırlı olmak kaydıyla serbest avukatlar da yükümlüler kapsamına alınmış ise de, Anayasa Mahkemesinin 18.01.2024 tarihli kararıyla buna dair kısım Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir⁴⁹. Mahkemenin oyçokluğuyla aldığı bu kararda, iptal gerekçesi olarak Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleme altına alan m. 20 hükmüne aykırılık gösterilmiş ve avukatların mesleklerinin icrası sırasında elde ettikleri meslek sırları ve bilgilerini idareyle paylaşmak şeklindeki yükümlülüğün gereği olarak kanun tarafından bir güvence ve mekanizma getirilmediği, bunun da mesleğin icrası kapsamında serbest avukatlara katlanamayacakları bir külfet yüklediği, netice itibariyle özel hayata saygı hakkına dair öngörülen sınırlamanın orantılı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu belirlemelerine katılmıyoruz. Belirtilmesi gerekir ki getirilen düzenlemede savunma hakkı ve alternatif çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki faaliyetler hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. Bu şekilde özel hayata saygı hakkı kapsamında getirilen sınırlamanın çerçevesi çizilmiş ve avukatlar bakımından savunma hakkının tesisi amacıyla gerekli güvenceler sağlanmıştır. Kararın karşı oy gerekçelerinde de isabetle belirtildiği gibi, düzenlemeye esas teşkil eden işlemlerin hiçbirisi savunma hakkı ya da yargılama faaliyeti kapsamında değildir. Bunun yanında avukat-müvekkil mahremiyeti delaletiyle getirilen ayrıcalıklar avukatların şahıslarına tanınmış değildir. Taşınmaz alım satımına aracılık etmek gibi avukatlar haricindeki diğer tüm kişilerin de yapabileceği işlemler bakımından avukat-müvekkil mahremiyetinin korunmasını gerektirecek bir durum olmadığı gibi, bu yönden avukatlara ayrıcalık tanınmasının mantıklı bir izahı da bulunmamaktadır. Netice itibariyle iptal edilen hükümde, kanaatimizce, özel hayata saygı hakkı Anayasa'nın öngördüğü çerçeve içinde sınırlandırılmış olup, hüküm demokratik bir toplumda zorunlu ihtiyaca cevap vermektedir ve orantılıdır⁵⁰.

Nitekim kanun koyucu Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararından sonra 7521 sayılı Kanun ile hükmü yeniden düzenlemiştir. Kanun koyucu, öncekinden farklı olarak, Avukatlık Kanunu m. 35/3 kapsamında yürütülen mesleki faaliyetleri de hariç tutmuş, savunma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırılık oluşturmamak ve sadece avukatların yapabileceği işlemlerle ilgili olarak Avukatlık Kanunu m. 36 hükmü saklı kalmak koşuluyla iptal edilen 7262 sayılı Kanun m. 20'de belirtilen işlemlerle sınırlı olmak üzere serbest avukatları yeniden yükümlüler arasında zikretmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin iptal kararında belirtilen hususlar bakımından endişeleri giderecek biçimde yeniden düzenleme yapılmıştır.

⁴⁹ AYM, T. 18.01.2024, E. 2021/28, K. 2024/11.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Anayasa m. 20/1 hükmünde özel sınırlama sebeplerine yer verilmemiş olması, hakkın doğası itibariyle sınırlarının bulunduğu ve Anayasa'nın diğer hükümlerine göre sınırlama yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bkz. AYM, T. 18.01.2024, E. 2021/28, K. 2024/11, § 193-196.



5549 sayılı Kanun gereğince yükümlüler, müşterinin tanınmasına dair esaslar dâhilinde; kendileri nezdinde yapılan ya da aracılıklıta bulundukları işlemlerde, işlemin yapılmasından önce, işlem yapanlarla nam ya da hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini belirlemek ve lüzumlu başkaca önlemleri almak; kendileri nezdinde ya da aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüste bulunulan işlemlere konu edilen malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığına ilişkin herhangi bir bilgi, şüphe ya da şüpheyi gerektirecek bir hususun varlığı durumunda bu işlemleri MASAK Başkanlığına bildirmek; taraf oldukları ya da aracılıklıta bulundukları işlemlerden Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek meblağı aşanları MASAK Başkanlığına bildirmek; Kanunla getirilen yükümlülüklerle ve işlemlere ilişkin her türlü ortamdaki belgeleri düzenleme tarihinden, defter ve kayıtları son kayıt tarihinden, kimlik tespitine dair belgeleri ise son işlem tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle saklamak ve istenilmesi durumunda yetkililere göstermek gibi yükümlülükler altındadır. Yükümlülerin bunları yerine getirmemesi, 5549 sayılı Kanun m. 13 ve 14 gereğince idari ve adli müeyyidelere tabi kılınmıştır. Bu kapsamda ihlali söz konusu olan yükümlülüğe göre idari para cezası veya adli para cezası verilmesi, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması, faaliyetlerinin belirli bir süre durdurulması, kısıtlanması ya da faaliyet izin belgesinin iptali müeyyideleri uygulanacaktır.

b. Bildirimin Konusu, Zamanı ve Şekli

Suçun tanımında ifade edildiği üzere yapılacak bildirimin konusu “kimin hesabına hareket edildiği”dir.

Örneğin, A kişinin 01.02.2024 tarihinde B bankasına giderek, burada kendi adına ve fakat C hesabına işlem yapacak olması durumunda, işlemin yapılmasından önce hesabına hareket ettiği kişinin C olduğuna dair yazılı bir bildirim yapması gerekecektir. A, yaptığı işlemlerde hukuken tek sayılan bir zaman diliminde C’nin yanı sıra D kişisi hesabına da işlemler yaparsa, bildirimde C ve D hesabına işlem yaptığını ifade edecektir. A, 01.03.2024 tarihinde yine B bankasına giderek yeniden C hesabına işlem yapacak olması durumunda bu halde de kimin hesabına işlem yaptığını bildirmekle yükümlüdür. Çünkü Kanun “bu işlemleri yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini” bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Aynı örnek üzerinden devam edilecek olunursa, A kişisi 01.03.2024 tarihinde öncekinden farklı olarak bir başka bankaya (E Bankası) giderek kendi adına ve fakat C hesabına bir işlem yapmak istese, yine bildirimde bulunması gerekecektir. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğünün “zamana yayıldığı” şeklinde bir yorumda bulunulması doğru olmayacaktır. Zaten Kanun’un düzenlemiş olduğu suçla neyi önlemeye çalıştığı konusunda yapılacak değerlendirmede de bu sonuca ulaşılması mümkündür. Kanun kişilere başkaları hesabına işlem yapıldığı hallere dair genel bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmemekte, yapılacak işlemlerin kimin hesabına yapıldığını, bu işlemlerin yapılmasından önce bir zorunluluk olarak öngörmektedir.

Yönetmelik m. 17/1-c.3'te ise diğer yükümlülerden farklı olarak finansal kuruluşların⁵¹ sürekli iş ilişkisi kurması halinde başkası hesabına hareket edilip edilmediğine dair müşterinin yazılı beyanını da alacağı düzenleme altına alınmıştır⁵². Bu beyan müşteri sözleşmesinde bulunabileceği gibi, buna yönelik formların kullanılmasıyla da alınabilir. Hükmün ikinci fıkrası gereğince işlemi talep edenin bir başkası hesabına hareket ettiğini beyan etmesi halinde Yönetmelik m. 6 ila 14'e göre kimliği, yetki durumu ve hesabına hareket edilenin kimliğinin tespiti yoluna gidilir.

Yönetmelik ile sürekli iş ilişkisi kurulması durumunda finansal kuruluşların kendiliğinden yazılı beyan alması zorunluluğu getirildiğinden, finansal kuruluşlar tarafından sadece bu beyanın alındığı hallerde değil, aynı zamanda hesabına hareket edilenin kimliğinin tespit edildiği durumlarda inceleme konusu suç oluşmayacaktır.

Suçun kanuni tanımı başkası hesabına işlem yapıldığının yazılı olarak bildirilmemesi olarak ifade edildiğinden, kişilerin kimin hesabına hareket ettiklerine dair yazılı bir bildirim yapması ve fakat bildirim içeriğinin gerçeği yansıtmaması (hayali bir kişinin isminin verilmesi gibi) durumunda Yönetmelik m. 17/2'ye göre hesabına hareket edilenin kimliğinin tespiti zorunluluğu ve Yönetmelik m. 22/1 gereğince yükümlünün kimlik tespiti yapamaması durumunda talep edilen *işlemi yapamayacağı* düzenlemesi karşısında işlem gerçekleşmeyeceğinden suçun oluşması da söz konusu olmayacaktır⁵³. Ancak suçu düzenleyen kanuni metinde “kimin hesabına hareket edildiğinin” bildirilmemesi suç olarak öngörüldüğünden yapılacak bildirimin *hesabına işlem yapılan kişiler bakımından* doğru ve fakat eksik olması halinde (iki kişi hesabına işlemler yapılmasına rağmen tek bir kişinin hesabına hareket ettiğinin bildirilmesi gibi) yine suç oluşacaktır.

Kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kişi, yapacağı bildirimi işlemi yapmadan önce yerine getirmelidir. Bu nedenle bu kişilerin suçun tanımında belirtilen işlemleri yaptığı sırada veya yaptıktan sonra bildirimde bulunması suçun oluşumu bakımından etkili olmayacaktır.

5549 sayılı Kanun m. 15 gereğince kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapan kişilerin yapacakları bildirimi yazılı şekilde yerine getirmesi gerekir. Kanun koyucu tarafından aranan şartı sağlayacağından işlemin gerçekleştirilmesinden önce olmak kaydıyla sözlü bildirimin yükümlü tarafından yazıya dönüştürülmesi de mümkündür. Elektronik ortamda yapılan işlemler bakımından ise işlem öncesi elektronik ortamda bildirim yapılması yazılı bildirim olarak kabul edilmelidir⁵⁴.

⁵¹ Yönetmelik m. 3/1-f gereğince finansal kuruluşlar m. 4/1-a ila h ve m'de sıralanan yükümlüler ve bankacılık faaliyetleriyle sınırlı olmak kaydıyla Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketidir.

⁵² Yazılı beyan alma yükümlülüğünün daha geniş biçimde getirilmesi yerine yalnızca sürekli iş ilişkisiyle sınırlandırılması eleştiri konusu yapılmaktadır. Bkz. Aydın (n 1) 19.

⁵³ Doktrinde, hesabına işlem yapılan kişinin ayrıt edilmesini sağlayacak bilgilerin verilmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Dülger (n 1) 770).

⁵⁴ Dülger (n 1) 770.

B. Tipikliğin Manevi Unsuru

Tipiklik sadece maddi (objektif) unsurlardan ibaret değildir. Ayrıca kişiyle işlediği fiil arasında manevi bağ bulunması yani manevi (subjektif) unsurun da varlığı gerekir. Maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi durumunda tipik haksızlıktan söz edilebilir⁵⁵.

Ceza hukukunda manevi unsur kural olarak kastı işaret eder. Bu da suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 21)⁵⁶. Ancak kanunda açıkça belirtildiği durumlarda taksirle işlenen fiiller de cezalandırılır. Taksir de dikkate ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir davranışın suçun kanuni tanımında bulunan neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi halidir (TCK m. 22).

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu ancak kastla işlenebilir. Çünkü Kanun'da bu fiilin taksirle gerçekleştirilebileceği öngörülmemiştir (TCK m. 22/2). İncelemeye konu suç itibarıyla failin kastından söz edilebilmesi için başkası hesabına işlem yaptığını bildirmek zorunda olduğunu bilmesine rağmen bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir. Ancak doktrinde TCK m. 21'deki kast tanımının icrai suçlar bakımından geçerli olduğu, ihmali suçlar bakımından tam olarak uygulanamayacağı belirtilmektedir⁵⁷.

Alman doktrininde *Heinrich*, ihmali suçlarda manevi unsur olarak suçun maddi unsurlarını (ve neticeli suçlarda neticeyi) kapsayan ihmal kastından bahsedilmekte, failin suçun maddi unsurlarının bilincinde olmasına (neticeli suçlarda ayrıca neticenin kabullenilmesine) rağmen hareketsiz kalmaya karar verdiği halde ihmal kastının mevcut olduğu ifade edilmektedir⁵⁸.

Türk doktrindeki hâkim görüş ihmali kastın varlığını kabul etmektedir. Bu doğrultuda ihmali suçlarda kast “tipikliğin tüm objektif unsurlarını bilerek hareketsiz kalmaya karar vermek” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Bir diğer ifadeyle fail harekete geçebileceği bilinci içinde ihmalde bulunmaktadır⁶⁰.

İhmali fiillerin olası kastla gerçekleştirilmesi mümkündür⁶¹. Dolayısıyla failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine karşın, ihmali fiilin varlığı durumunda eylemi olası kastla gerçekleştirdiği kabul edilecektir.

⁵⁵ Koca ve Üzülmmez (n 10) 145; Heinrich (n 10) 165.

⁵⁶ Doktrinde bazı yazarlar kastın varlığı için bilme unsurunun yeterli olduğunu, istemenin aslen kastın bir unsuru olmadığını ifade etmektedir (Bkz. Özgenç (n 10) 245; Koca ve Üzülmmez (n 10) 157). *Koca / Üzülmmez*'e göre “isteme” bir suç tipini gerçekleştirme iradesi olarak anlaşılmalıdır (Koca ve Üzülmmez (n 10) 159). Aksi yönde bkz. Öztürk ve Erdem (n 4) 249.

⁵⁷ Koca ve Üzülmmez (n 10) 413, 414.

⁵⁸ Heinrich (n 12) 18; Öztürk ve Erdem (n 4) 246.

⁵⁹ Koca ve Üzülmmez (n 10) 414.

⁶⁰ Koca ve Üzülmmez (n 10) 414.

⁶¹ Öztürk ve Erdem (n 4) 467.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tipe uygunluktan sonra inceleme yapılacak ikinci aşama hukuka aykırılıktır⁶². Kanundaki tarife uyan fiilin gerçekleşmesiyle birlikte bir diğer deyişle tipikliğin ortaya çıkmasıyla birlikte fiilin doğrudan cezalandırılabilir olduğu söylenemez. Bunun yanında fiilin hukuka aykırı olması (ayrıca kınanabilirliğin gerçekleşmesi) gerekir. Çünkü bazen aslen tipe uyan fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmesi, fiilin en başından hukuka uygun biçimde ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. İşte sadece ceza hukuku değil, tüm hukuk düzeni tarafından tipik fiillere dair verilen izinler hukuka uygunluk sebeplerini oluşturmaktadır⁶³. Bu doğrultuda hukuka uygunluk hallerinin sadece ceza kanunlarında yer alması beklenmemelidir. Özel hukukta ya da kamu hukukunda mevcut olan yazılı ya da yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri ceza hukukunda da sonuç doğurur⁶⁴. Ancak doktrinde ifade edildiği üzere, ihmalî suçlarda tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle birlikte hukuka aykırılık da karine olarak gerçekleşir⁶⁵.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunu düzenleyen 5549 sayılı Kanun m. 15'te ya da Kanun'un diğer hükümlerinde suç oluşturan fiili hukuka uygun hale getirecek bir sebebe yer verilmemiştir. TCK'da yer verilen hukuka uygunluk sebepleri olan meşru savunma, hakkın kullanılması, kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygun emrin ifası ve ilgilinin rızası hallerinin incelemeye konu suç açısından değerlendirilmesi gerekir.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi yönündeki tipik fiilin kanun hükmünü yerine getirme ya da hakkın kullanılması kapsamında gerçekleştirilmesi mümkün değildir. 5549 sayılı Kanun ve Yönetmelik'te de görevin ifası ya da hakkın kullanılması kapsamında tipik fiilin gerçekleştirilebilmesine imkân tanıyan bir hâle yer verilmemiştir.

Suçun mahiyeti itibarıyla fiilin meşru savunma veya ilgilinin rızası kapsamında gerçekleştirilmesi de olanaklı değildir.

III. KUSURLULUK

Failin başkası hesabına işlem yapmasına rağmen buna ilişkin bildirimde bulunmak konusundaki emredici normun varlığında hataya düşmesi halinde hukuken ne şekilde hareket edileceği de tartışılmalıdır. Çünkü uygulamada getirilen savunmaların önemli bir kısmının argümanı bu yöndedir.

⁶² Koca ve Üzülmüş (n 10) 265; Öztürk ve Erdem (n 4) 263.

⁶³ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 483, 484; Koca ve Üzülmüş (n 10) 267; Öztürk ve Erdem (n 4) 263, 264.

⁶⁴ Koca ve Üzülmüş (n 10) 275; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 488; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 291, 292; Öztürk ve Erdem (n 4) 264.

⁶⁵ Koca ve Üzülmüş (n 10) 415; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 292.



Haksızlık bilinci kastın değil kusurluluğun sahasına ait bir kavramdır⁶⁶. İşlenen fiilin haksızlık muhtevasını belirleyen unsurların bilinmesiyle, bu fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesi birbirinden farklıdır⁶⁷. Şöyle ki kişi işlediği fiilin unsurlarını biliyor ancak bu fiilin haksızlık ve suç teşkil ettiğini bilmiyor ise kişi kasten hareket etmiştir; fakat kusurlu olmayabilir. Bu durumda failinin kusuru bulunmasa da yine suç vardır⁶⁸. Ancak uygulamada hatalı biçimde aksi yönde yorumlarla suçun manevi unsuruna işaret edilerek yapılan değerlendirmelere de rastlanmaktadır⁶⁹.

Fail işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu (haksızlık bilinci) hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerse fiilin suç olma vasfı devam etmesine karşın fail cezalandırılmaz (TCK m. 30/4). Ancak failin hatası kaçınılabılır nitelikteyse bu hükümden yararlanamaz ve cezalandırılır⁷⁰. Burada önem taşıyan bir diğer husus da failin yanlışlığının fiilin suç teşkil etmesini bilip bilmemesi konusunda değil, haksızlık oluşturduğu hakkında olmasıdır. Fail fiilinin anti-sosyal bir hareket oluşturduğunun farkındaysa kaçınılabirlikten söz edilemez⁷¹. Dolayısıyla failin bir kanun hükmünü ihlal ettiği konusunda bilgi sahibi olması gerekli değildir⁷².

Doktrinde TCK m. 30/4 hükmünün iki ayrı görünümünün olduğu ifade edilmiştir. Bunlar doğrudan haksızlık yanlışlığı ve dolaylı haksızlık yanlışlığıdır. Doğrudan (soyut) haksızlık yanlışlığı failin yasaklayıcı normu gözden kaçırmaması, bilmemesi ya da yanlış yorumlayarak kendisi için uygulanamayacağını düşünmesinden kaynak-

⁶⁶ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır (n 10) 397, 661; Koca ve Üzülmaz (n 10) 166; Özgenç (n 10) 234 vd.; Öztürk ve Erdem (n 4) 332; Demirtaş (n 10) 475; Dülger (n 12) 598 vd.; Heinrich (n 10) 360. Haksızlık yanlışlığının kastı ve kusurluluğu birlikte kaldırdığını ifade eden yazarlar da vardır. Bkz. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 459.

⁶⁷ Özgenç (n 10) 242.

⁶⁸ Özgenç (n 10) 235.

⁶⁹ “Sanık S... B... ’un tüm aşamalarda; A... Ö... ’e ait petrol şirketinde çalıştığını, hesaplarını kullandırdığını, bankadan para çekme yatırma işlemlerini yaptığını, çektiği paraları A... Ö... ve yeğenine verdiğini savunduğu, dosya içerisinde mevcut banka kayıtlarının incelenmesi sonucu sanığın banka hesabına 23/11/2018 tarihinde transfer yapıldığı, bu parayı 26/11/2018 de S... B... ’a aktardığı, 10/12/2018 ve 11/12/2018 tarihlerinde ise para çeken olarak kayıtlı olduğu, mevcut işlemlerin sanığın başkası hesabına işlem yapmak kastı ile hareket ettiğine dair savunmasının aksini kabule yeterli olmadığı, (...) sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken...” (İstanbul BAM, 32. CD, T. 01.10.2024, E. 2024/2491, K. 2024/3064).

⁷⁰ TCK m. 61’in gerekçesi incelendiğinde kaçınılabılır haksızlık yanlışlığının temel cezanın belirlenmesinde nazara alınacağı ifade edilmesine rağmen, madde metninde bu hususa yer verilmemiştir. Doktrinde bu husus eleştirmekte ve bunun bir indirim sebebi olarak öngörülmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir (Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 460; Öztürk ve Erdem (n 4) 334) Nitekim Alman hukukunda kaçınılabılır hata halinde ceza indirimi öngörülmektedir (Heinrich (n 12) 214).

⁷¹ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 459; Öztürk ve Erdem (n 4) 333. Alman doktrininde gerçek ve potansiyel haksızlık bilinci ayrımı yapılmakta ve failin gerçek bir haksızlık bilincine sahip olmasının gerekli olmadığı, kendisinden potansiyel olarak haksızlığı algılayabileceği bekleniyor ise bunun yeterli olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Heinrich (n 10) 363).

⁷² Koca ve Üzülmaz (n 10) 373; Öztürk ve Erdem (n 4) 333; Dülger (n 12) 688. Karş. Demirtaş (n 10) 477.

lanmaktadır⁷³. Dolaylı (somut) haksızlık yanılığında ise fail, fiilinin yasak olduğunu bilmekte ancak fiili hukuka uygun hale getiren (aslında hukuken var olmayan) bir sebebin olduğunu düşünmektedir⁷⁴.

Bu açıklamalar doğrultusunda failin başkası hesabına işlem yapmasına rağmen buna ilişkin bildirimde bulunmak konusundaki haksızlığın varlığında (suçun varlığında değil) hataya düşmesi, yani soyut haksızlık yanılığında olması ve bunun kaçınılmaz olması durumunda fail hakkında ceza tayin edilmeyecektir. Doktrinde ifadesini bulduğu üzere failin haksızlık bilgisine ulaşabilme olanağı varsa kaçınılmazlık söz konusu olamayacaktır⁷⁵. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediği konusunda değerlendirme yapılırken failin bilgi seviyesi, eğitim durumu, sosyal ve ekonomik durumu, yanılığa düşmemek için gerekli çaba ve özeni gösterip göstermediği dikkate alınmalıdır⁷⁶. Örneğin kaçınılmazlığın tespiti için mutlak bir şart olmamakla birlikte, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket edenlerin sorumluluklarının hatırlatılması için yükümlülere gerekli duyuruların işyerlerine müşterilerin görebileceği bir yere asılması yükümlülüğü kaçınılmazlığı engelleyen nitelikte bir hal olacaktır⁷⁷.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu -daha önce de zikredildiği üzere- gerçek ihmali suçlardandır. Türk ceza hukukunda hâkim olan görüşe göre gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkün değildir⁷⁸. Hatta Özgenç suça te-

⁷³ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 659; Koca ve Üzülmöz (n 10) 371; Öztürk ve Erdem (n 4) 332; Heinrich (n 12) 214.

⁷⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 659; Koca ve Üzülmöz (n 10) 372; Öztürk ve Erdem (n 4) 332, 333; Heinrich (n 12) 215.

⁷⁵ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 460; Öztürk ve Erdem (n 4) 334.

⁷⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 660; Koca ve Üzülmöz (n 10) 373; Öztürk ve Erdem (n 4) 334; Demirtaş (n 10) 478; Heinrich (n 10) 361.

⁷⁷ “Yabancı uyruklu olan sanığın bir kısım ülkeler ile olan ticaret ve para akışına dair zorluklardan kaynaklı sebeplerle hesabına para geldiği yönündeki savunma da nazara alınarak; (...) Sanığın hesabının bulunduğu İ... Bankası ve Z... Bankasına ayrı ayrı müzekkere yazılarak, 5549 sayılı Kanunun 3. maddesi ve 5337 sayılı Yönetmeliğin 17/1 maddesi kapsamında sanığa başkaları nam ve hesabına işlem yapması halinde bu durumun bankaya bildirilmesi gerektiğine dair bankalarınca herhangi bir ihtar yapıp yapılmadığı yahut bu hususun usulü dairesinde sanığa veya sanığın görebileceği yerlere asılıp asılmadığının sorulması gerektiğinin gözetilmemesi,” (İstanbul BAM, 32. CD, T. 03.09.2024, E. 2024/1586, K. 2024/2498).

⁷⁸ Koca ve Üzülmöz (n 10) 436; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 717, 718; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 237, 521; Demirtaş (n 10) 549; Dülger (n 12) 721. Ayrıca bkz. Yargıtay, CGK, T. 11.05.2022, E. 2020/1-382, K. 2022/345. Ancak Öntan parçalara bölünebilen bir gerçekleşme veya suç yolunun varlığı durumunda teşebbüsün olanaklı olduğunu belirtmektedir (Öntan (n 4) 158; aynı yönde bkz. Yurtlu (n 40) 320). Öztürk / Erdem de suç tipinin gerçekleştirilmesi kastıyla hareketsiz kalınmasına karşın tipikliğin gerçekleşmemesi durumunda ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu, tartışılması gerekenin suçun icrasına ne zaman başlanıldığı olduğunu



şebbüse dair hükümlerin icrai suçlar için uygulanabilir nitelikte olduğunu, ihmali suça teşebbüsün cezalandırılabilir mahiyette olmadığını savunmaktadır⁷⁹. *Koca / Üzülmaz* ise, ihmali suçlarda failin ihmale yönelik gerçekleştirme iradesinin yokluğu nedeniyle bir fiil kastından bahsedilemeyeceğini, bu nedenle teşebbüsten söz etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir⁸⁰. Yargıtay da sonuca ulaşmamış bir ihmali davranışı değerlendirebilme ve hangi sonuca yöneldiğini anlayabilme olanağı bulunmadığından, ihmali suça teşebbüsün mümkün olmadığı ifade etmektedir⁸¹.

Dolayısıyla başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçuna ilişkin olarak teşebbüs hükümlerinin (TCK m. 35) uygulanması mümkün değildir.

B. İştirak

Türk ceza hukukunda suç oluşturan tipik eylemin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda iştirake dair hükümlere (TCK m. 37-41) başvurulur. Bu doğrultuda faillik ve şeriklik olarak ikili bir ayrıma gidilmektedir. Faillik içinde doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan failliğe⁸² yer verilmektedir. Şeriklikte ise azmettirme ve yardım etmeden söz edilir. Faillerin aksine şerikler fiili bizzat gerçekleştirmemelerine rağmen, suçun işlenmesindeki katkıları nedeniyle bağlılık kuralı gereğince (TCK m. 40) cezalandırılmaktadır.

Doktrinde ihmali suçlarda yükümlülüğün birden fazla kişi bakımından mevcut bulunması halinde bu kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleriyle birlikte suç işleme kararının bulunması ve fiil üzerinde müşterek hâkimiyetin kurulması halinde müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecekleri belirtilmekle⁸³ beraber, bazı Yargıtay kararlarında ihmali suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığı, her kişinin ihmali davranışının ayrı bir suçu oluşturacağı belirlenmesinde bulunmaktadır⁸⁴.

Bizzat işlenebilen suçlarda eylemi bizzat gerçekleştirmeyen ve özgü suçlarda gerekli görülen niteliği taşımayan kişi fail olamayacağından, bu kişiler dolaylı fail

belirtmektedir. Yazarlara göre failin kendisinden beklenen hareketi yapmaması suretiyle korunan hukuki yararın doğrudan tehlikeye girmesiyle teşebbüs alanına girilmiş olunmaktadır (Öztürk ve Erdem (n 4) 370, 371).

⁷⁹ Özgenç (n 10) 582.

⁸⁰ Koca ve Üzülmaz (n 10) 440.

⁸¹ Yargıtay, 4. CD, T. 25.12.2015, E. 2014/34362, K. 2015/40853; Yargıtay, 4. CD, T. 18.01.2016, E. 2015/27008, K. 2016/615.

⁸² Birden fazla kişinin birbirinden bağımsız biçimde bir suçun işlenmesine katkıda bulunması hali olan yan faillik TCK'da doğrudan yer almamakla birlikte doktrinde kabul görmektedir (Öztürk ve Erdem (n 4) 433, 434; Koca ve Üzülmaz (n 10) 483).

⁸³ Koca ve Üzülmaz (n 10) 464; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 740; Yurtlu (n 40) 346, 347. Alman doktrinde *Jescheck / Weigend* de konuya olumlu yaklaşmaktadır. Bkz. *Jescheck ve Weigend* (n 13) 640. Konuyla ilgili tartışmalar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt (n 14) 302 vd.

⁸⁴ Yargıtay, 4. CD, T. 18.01.2016, E. 2015/27008, K. 2016/615. Aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Koca ve Üzülmaz (n 10) 464.

de olamayacaktır⁸⁵. Dolayısıyla başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda dolaylı faillikten söz edilemeyecektir.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda yükümlülük sadece işlemi yapan için öngörüldüğünden, suçun kanuni tanımında tarif edilen kişilerin dışında fiilin işlenişine katılan kişilerin sorumluluğu azmettiren⁸⁶ veya yardım eden olarak tayin edilecektir (TCK m. 40/2)⁸⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere yükümlülük altında bulunan kişiler aracılığıyla fayda sağlamaya çalışan kişilerin bu doğrultuda azmettiren olarak sorumluluklarına gidilmesi mümkündür.

Bildirim yükümlülüğü altındaki kişiye cebir şiddet, korkutma veya tehdit uygulanarak suç işletilmesi durumunda suçun unsurların oluşacak ancak TCK m. 28 gereğince bu kişiler hakkında kusurlu olmamaları nedeniyle ceza verilmeyecektir. Bu halde arka plandaki kişiler bakımından yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda dolaylı faillik söz konusu olamayacak ise de azmettiren olarak sorumluluklarına gidilmesi mümkündür⁸⁸.

Bir başka ihtimal olarak bildirim yükümlülüğü altındaki kişinin yanıltılması veya yanılgısından faydalanılması durumunda failin kastı bulunmadığından yükümlülük altındaki kişi bakımından kast yokluğu nedeniyle suç oluşmayacaktır. Aynı nedenle yanılgıya sevk eden veya yanılgıdan faydalanan kişinin de fail veya bağlılık kuralı gereğince şerik olarak sorumluluğuna gidilemeyecektir⁸⁹.

Doktrinde inceleme konusu suç bakımından iştirak hallerinden olan yardım etmenin teorik olarak mümkün olduğu, ancak uygulamada karşılaşılabilecek bir durum olmadığı ifade edilmektedir⁹⁰.

İncelemeye konu suç tipikliğin gerçekleşmesiyle tamamlanan ve biten suçlardan olduğundan, ayrıca fiilin bitmesi söz konusu olamayacağına göre bildirim esas işlemin tamamlanmasından sonra suça iştirak edilmesi de olanaklı değildir⁹¹.

⁸⁵ Heinrich (n 10) 99; Heinrich (n 12) 234; Öztürk ve Erdem (n 4) 432; Koca ve Üzülmaz (n 10) 475; Akbulut (n 12) 188; Dülger (n 12) 422; Hakeri (n 11) 130; Yurtlu (n 40) 343. Aksi yönde bkz. Dönmezer ve Erman (n 17) 824.

⁸⁶ İhmalî suçlara azmettirme ancak icrai davranışla olabilir. İhmalî davranışla azmettirme mümkün değildir (Heinrich (n 12) 319; Özgenç (n 10) 630; Öztürk ve Erdem (n 4) 442); Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 751; Demirtaş (n 10) 581; Dülger (n 12) 780; Yurtlu (n 40) 355. Aksi yöndeki görüşler için bkz. Kitapçıoğlu Yüksel (n 11) 342 vd.

⁸⁷ Burada TCK m. 40/2'nin doğru yorumlanması gereklidir. Yükümlülük öngörülen kişiyi azmettiren veya bunlara yardım eden kişiler zaten bu doğrultuda (m. 38 ve 39 gereğince) cezalandırılacaktır. Ancak fiil üzerinde hâkimiyet kurmasına rağmen yükümlülük sahibi olmayan kişinin fail olmasının mümkün olamamasına göre kanuni hüküm nedeniyle şerik olarak sorumluluğuna gidilecekse, azmettiren olarak cezalandırılmalıdır. Bir diğer deyişle azmettirme ya da yardım etme hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirlemede kişinin fiil üzerindeki katkısı dikkate alınacaktır (Kitapçıoğlu Yüksel (n 11) 329).

⁸⁸ Koca ve Üzülmaz (n 10) 478, 479. Bozkurt, TCK m. 28 ve 40/2'nin birlikte yorumlanmasıyla dolaylı faillik bakımından engel bulunmadığı kanaatindedir (Bozkurt (n 14) 204, 205).

⁸⁹ Koca ve Üzülmaz (n 10) 477.

⁹⁰ Dülger (n 1) 771. Ayrıca bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 18.01.2016, E. 2015/27008, K. 2016/615.

⁹¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 332; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 243.

C. İçtima

Türk ceza hukukunda “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” prensibi geçerlidir⁹². Bununla birlikte TCK’da bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlar zincirleme suç (TCK m. 43/1) ve fikri içtima (TCK m. 43/2 ve 44) halleridir.

Bir suç işleme kararı dâhilinde aynı suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla defa işlenmesi durumunda zincirleme suçtan bahsedilir. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulur. Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu TCK m. 43/3’te hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının yasaklandığı suçlardan olmadığından bu suç için zincirleme suç hükümlerinin uygulaması mümkündür. İhmali suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bir hal yoktur⁹³. Türk doktrininde hâkim olan görüşe göre zincirleme suç kapsamında olan her fiil bağımsız nitelikte suç oluşturmaya rağmen kanun koyucu tarafından bu fiiller dolayısıyla tek bir cezaya hükmedilmesi ve cezanın belirli oranlar arasında artırılması tercih edilmiştir⁹⁴.

Zincirleme suçtan söz edilebilmesi için aynı fiilin başlı başına suç oluşturacak ve kovuşturulabilecek biçimde birden fazla kez işlenmesi gerekir⁹⁵. Tabii ki burada fiillerin birden fazla oluşu bunların hukuki anlamda birden fazla oluşuyla açıklanır. Bir diğer ifadeyle birden fazla olmasına rağmen hukuken tek sayılan fiiller bu kapsamda kabul edilmezler.

İncelemeye konu suçta fiil bildirim yapılmaması olduğundan, bu bildirimde teşkil edecek işlem sayısının ya da hesabına işlem yapılan kişi sayısının zincirleme suç bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla yanılığa düşülerek kişi sayısı ve işlem sayısına göre birden fazla fiil olduğu düşüncesiyle zincirleme suç hükümlerine gidilmemelidir. Ancak failin farklı zamanlardaki işlemleri nedeniyle ayrı ayrı bildirimde bulunma yükümlülüğü doğmuş ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁹⁶.

⁹² Özgenç (n 10) 669; Koca ve Üzülmmez (n 10) 519; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 781; Dülger (n 12) 803; Yurtlu (n 40) 362.

⁹³ Koca ve Üzülmmez (n 10) 535; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 794; Demirtaş (n 10) 607; Dülger (n 12) 836; Yurtlu (n 40) 365.

⁹⁴ Özgenç (n 10) 679; Koca ve Üzülmmez (n 10) 532; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 791, 792; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 571; Öztürk ve Erdem (n 4) 403; Demirtaş (n 10) 604; Dülger (n 12) 832.

⁹⁵ Koca ve Üzülmmez (n 10) 533; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 572; Öztürk ve Erdem (n 4) 399; Dülger (n 12) 834.

⁹⁶ Aynı yönde bkz. Adana BAM, 11. CD, E. 2022/1459, K. 2022/1886; İstanbul BAM, 16. CD, T. 18.03.2021 E. 2020/4442, K. 2021/1681; Bursa BAM, 5. CD, T. 25.04.2022, E. 2022/1060, K. 2022/1401.

Örneğin, A kişinin 01.02.2024 tarihinde B bankasına giderek, burada kendi adına ve fakat C hesabına işlem/ler yapması durumunda, hesabına hareket ettiği kişinin C olduğuna dair yazılı bir bildirim yapmadığı, daha sonra 01.03.2024 tarihinde yeniden C (ve/veya D) hesabına işlem/ler yapmasına rağmen yeniden bildirimde bulunmadığı halde 01.02.2024 tarihindeki eylemleri ile 01.03.2024 tarihindeki eylemleri bakımından TCK m. 43/1 gereğince zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmesi gerekir. Aynı şekilde 01.04.2024 tarihinde E bankası üzerinden C (ve/veya D) hesabına işlem gerçekleştirmesine rağmen bildirimde bulunmadığı takdirde 01.02.2024, 01.03.2024 ve 01.04.2024 tarihindeki eylemler bakımından TCK m. 43/1 gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmesi gerekir. Burada ifade edilmelidir ki 01.02.2024, 01.03.2024 ve 01.03.2024 tarihlerindeki eylemler kendi içlerinde hukuken tek bir fiil olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde *Dülger*, her işlemin ayrı bir yükümlülük getirdiğini ifade ederek aynı suç işleme kararı kapsamında kalsa dahi zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını, ayrı suçlar oluşacağını ifade etmektedir⁹⁷. Kanaatimizce bu görüş ortaya çıkacak ceza miktarı açısından hakkaniyetli ve kanun koyucunun amaçladığı bir sonuç olmadığı gibi, eylemlerin tek bir fiil olarak kabul edilmesi gerekliliğine göre de isabetli değildir.

Buna karşın uygulamada kişilerin başkaları hesabına yaptıkları işlemleri yükümlülere bildirme zorunluluğuna rağmen gösterdikleri ihmalin “*aynı amaca yönelik aynı kasıtle gerçekleşen birden fazla ve zamana yayılan fiiller olması, yenilenen kasıt bulunmadığı sürece iddianame düzenlenerek hukuki kesinti oluşana kadar tek suç olduğu*” şeklinde gerekçeye dayanarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁹⁸. Bir başka kararda ise “*niteliği gereği ve işin mahiyetinden kaynaklı süregelen ve zamana yayılan dilimler içerisinde gerçekleşmesi gerektiği, suçun mahiyetinde ve içeriğinde birden fazla işlem yapmanın zorunlu olduğu, yenilenen kasıt bulunmadığı sürece birden fazla hareketin teselsül kapsamında olmayıp suçun maddi unsuru içerisinde bulunduğu*” gerekçesi ileri sürülmüştür⁹⁹. Bu düşünceye katılmıyoruz. İfade edilmelidir ki başkasının hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi “zamana yayılan” bir fiil olmadığı gibi “süregelen ve zamana yayılan dilimler içerisinde gerçekleşmesi” gerekmez. Nitekim başkasının hesabına işlem yapılmasıyla birlikte doğan hesabına işlem yapılanın kim olduğunu bildirme yükümlülüğünün en geç işlemin yapılmasından önce yerine getirilmesi gerektiği 5549 sayılı Kanun m. 15’te açıkça zikredilmektedir. Ayrıca suçun maddi unsurlarından olan fiil de birden fazla kez işlem yapmak değildir. Dolayısıyla TCK m. 123’te düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunda olduğu gibi zamana yayılan

⁹⁷ Dülger (n 1) 771.

⁹⁸ İstanbul BAM, 14. CD, T. 22.04.2024, E. 2023/1949, K. 2024/342.

⁹⁹ Adana BAM, 17. CD, T. 11.01.2024, E. 2023/345, K. 2024/77.



fiil bulunmaması nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına dair yorum bize göre isabetli değildir.

Fikri içtimada ise aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi (aynı neviden fikri içtima) ya da bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması (farklı neviden fikri içtima) mümkündür. İlk halde TCK m. 43/2 gereğince zincirleme suçta olduğu gibi cezanın belirli oranda artırılacağı öngörülmekteyken, TCK m. 44'te en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırma yapılacağı düzenlenmiştir. Fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların kovuşturulabilir ve başlı başına cezalandırılabilir olması gereklidir¹⁰⁰. Fiilin ihmali olması fikri içtima için engel oluşturmamaktadır¹⁰¹. Zincirleme suçta olduğu gibi, aynı neviden fikri içtimada da TCK m. 43/3'teki suçlar bakımından aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu TCK m. 43/3 kapsamındaki suçlardan olmamakla birlikte bu suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi mümkün olmadığından ve suçun konusunun tek olması sebebiyle aynı neviden fikri içtima hükümlerinin (TCK m. 43/2) bu suç için tatbiki mümkün değildir.

Farklı neviden fikri içtimanın inceleme konusu suç itibarıyla mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Alman doktrininin etkisi altındaki görüşe göre icrai suçlar ile ihmali suçlar arasında fikri içtima bulunması mümkün değildir. Bu görüşe göre mütemadi suç teşkil eden haller dışında ihmali hareket ile icrai hareket kısmen de olsa örtüşmemekte ve yalnızca zamansal olarak birleşebilmektedir¹⁰².

Bu doğrultuda alt sınırı altı ay ya da daha fazla hapis cezasını öngören bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran ya da bunların meşru olmayan kaynağını gizlemek yahut meşru bir yolla sağlandığı hususunda kanaat oluşturmak maksadıyla çeşitli işlemlere tâbi tutan kişinin cezalandırılmasını öngören TCK m. 282/1 hükmüyle, inceleme konusu suçun fikri içtimayı mümkün olmayacaktır. Yine TCK m. 282/1'deki suçun işlenmesine iştirak etmeden suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran ya da kullananlar hakkında da ceza hükmü öngören TCK m. 282/2'deki suç açısından da sonuç aynı olacaktır.

Örneğin dolandırıcılık suçundan elde edilmiş bir malvarlığı değeri, kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yaptığını bildirmeden yurt dışına çıkartmak veya meşru şekilde elde edildiği hususunda düşünce oluşturmak amacıyla 5549 sayılı Kanun m. 2/1-d gereğince yükümlüler nezdinde ya da aracılığında işleme tâbi tutulursa, farklı neviden fikri içtimadan söz edilemez. Ancak bu konuyla ilgili doktrinde

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmöz (n 10) 560; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır (n 10) 811; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 590; Dülger (n 12) 824.

¹⁰¹ Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır (n 10) 806.

¹⁰² Koca ve Üzülmöz (n 10) 562; Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*, (Adalet Kitabevi, Ankara 2013) 226 vd.

aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bazı yazarlar 5549 sayılı Kanun ile TCK m. 282 arasındaki bağlantının ve bütünlüğün sağlanmadığını belirterek, öncül suçtan elde edilen malvarlığı değerini aklamak için kendi adına ve başkası hesabına hareket edilmesi durumunda, bunun “çeşitli işlemlere tabi tutma” olarak değerlendirilmesi ve failin TCK m. 282/1 gereğince cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰³.

Uygulamada da failin spor karşılaşmalarına dayalı sabit ihtimalli ya da müşterek bahis veya şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek (7258 sayılı Kanun m. 5/1-c) ve başkası hesabına işlem yapıldığını bildirmemek suçlarına birlikte vücut veren eylemleri nedeniyle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmekle¹⁰⁴ beraber, bu halde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinin belirtildiği kararlar¹⁰⁵ da bulunduğu görülmektedir.

Doktrinde görünüşte içtima olarak belirtilen ceza kanunlarının birinin uygulanmasının diğerini etkisiz kıldığı hallerin de tartışılması gerekir. Asli – tali norm, özel – genel norm ve tüketen – tüketilen norm ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, bir fiil birden fazla ayrı normu ihlal etmesine rağmen bunlardan sadece birisinin uygulama alanı bulması söz konusudur¹⁰⁶. Aslında bu nedenle görünüşte içtima hallerinde uygulanabilir tek bir norm bulunması nedeniyle içtimayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu bir başka suç karşısında asli ya da tali, özel ya da genel norm yahut tüketen veya tüketilen suç kapsamında olmadığından görünüşte içtima gereğince değerlendirme yapılması mümkün değildir. İnceleme konusu suç dolayısıyla kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapılmasına rağmen bildirilmemesi, nezdinde işlem yapılan yükümlü tarafından tespit edilmediği ya da şüpheli bulunmadığı sürece işlemin yapılmasına engel teşkil etmediğinden ya da biri ötekinin bir unsuru olmadığından, bu işlemin yapılmasını suç olarak düzenleyen TCK m. 282/1 hükmü ile inceleme konusu suç arasında görünüşte içtima ilişkisi yoktur.

V. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

5549 sayılı Kanun m. 15 gereğince başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunun işlendiğinin sabit görülmesi halinde fail altı aydan bir yıla kadar hapis ya da beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Kanun koyucu suçun karşılığı olan cezayı seçimlik olarak öngörmüş olmakla birlikte, adli para cezasının alt sınırını açıkça zikretmemiştir. Bu nedenle TCK m. 61/9 gereğince alt sınır, yüzseksen gün olarak değerlendirilmelidir.

¹⁰³ Dursun (n 48) 128, 133; Çakır (n 1) 278.

¹⁰⁴ İstanbul BAM, 31. CD, T. 24.01.2023, E. 2018/587, K. 2020/704; Ankara BAM, 9. CD, T. 06.07.2023, E. 2022/1142, K. 2023/1831; İstanbul BAM, 32. CD, T. 06.01.2025, E. 2025/90, K. 2025/35.

¹⁰⁵ İstanbul BAM, 14. CD, T. 26.11.2024, E. 2024/2731, K. 2024/3009; İstanbul BAM, 31. CD, T. 09.05.2024, E. 2024/914, K. 2024/1731 K..

¹⁰⁶ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız, Başbüyük (n 10) 592 vd.; Koca ve Üzülmüş (n 10) 565 vd.; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 10) 781 vd.; Öztürk ve Erdem (n 4) 407 vd.; Demirtaş (n 10) 598 vd.; Dülger (n 12) 852 vd.



İncelemeye konu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet tabi kılınmıştır. Bu doğrultuda Cumhuriyet savcısının ihbar üzerine ya da başka bir biçimde suçun işlendiği izlenimini veren durumu öğrenmesiyle bir kamu davası açılmasının gerekliliğine ilişkin karar vermek üzere işin gerçeğini araştırması gerekir. Cumhuriyet savcısı bu amaçla maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın icra edilebilmesi için emri altındaki kolluk görevlileri eliyle şüphelilerin lehine ve aleyhine olan delilleri toplar ve muhafaza eder. Cumhuriyet savcısının bu görev ve yükümlülükleri işlenmekte olan bir suçun bildirilmesi (TCK m. 278) ya da kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerekli kılan bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenmesi halinde yetkili makamlara bildirmekte ihmal ya da gecikme göstermesini (TCK m. 279) gerektirmez. Dolayısıyla bu iki halde kişilerin ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin uygulamada vergi daireleri görevleri kapsamında yaptıkları incelemelerde başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunun işlenmiş olabileceği kanaatiyle Cumhuriyet başsavcılıklarına ihbarda bulunmaktadır. Bunun yanında mahkemelerin de bu suçun öğrenmesi halinde ihbarda bulunması gerekir¹⁰⁷.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu şikâyet tabi kılınmadığı gibi belirli sürede dava açılması (5187 sayılı Basın Kanunu m. 26/1 gibi), soruşturulması veya kovuşturulması için rapor düzenlenmesi veya mütalaa verilmesi (213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 367/2-3 gibi), izin istenmesi (TCK m. 299/3 gibi), yahut talepte bulunulması (TCK m. 12/1 veya 13/3 gibi) şeklinde herhangi bir muhakeme şartına ya da yazılı başvuruda bulunulması (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 115 gibi) koşuluna yer verilmemiştir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 uyarınca bu suçla bakmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu ani suçlardan olduğundan yetkili mahkeme CMK m. 12/1 gereğince suçun işlendiği yer olan yükümlünün nezdinde veya aracılığıyla başkası hesabına işlemin yapıldığı yer mahkemesi olacaktır. Örneğin sanık bir bankanın Çankaya şubesinde işlem gerçekleştiriyorsa, bildirimin yapılması gereken yer de burası olduğundan yetkili yer mahkemesinin Ankara asliye ceza mahkemeleri olması gerekir. Buna göre doğrudan vergi incelemesini gerçekleştiren vergi dairesinin bulunduğu yer, sanığın ikamet ettiği yer, şirketin merkezinin bulunduğu yer ya da sanığın ticari işlemlerini yürüttüğü yer mahkemelerinin yetkili olduğu şeklindeki yorumlar hukuken doğru olmayacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ankara BAM, 23. CD, T. 19.03.2024, E. 2024/110, K. 2024/484.

¹⁰⁸ Karş. Yargıtay, 5. CD, T. 13.05.2024, E. 2024/4044, K. 2024/5503; Yargıtay, 5. CD, T. 18.03.2024, E. 2024/1830, K. 2024/2927; Yargıtay, 5. CD, T. 12.06.2023, E. 2023/6258, K. 2023/7286; Yargıtay, 5. CD, T. 12.06.2023, E. 2023/6258, K. 2023/7386; İstanbul BAM 13. CD, T. 03.04.2024, E. 2024/936, K. 2024/1089; Ankara BAM, 5. CD, T. 23.02.2024, E. 2024/579, K. 2024/535.

Başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçunda basit yargılama usulünün uygulanması mümkündür. Ancak bu konudaki takdir hakkı hâkime aittir. Buna karşın CMK m. 175/2 gereğince duruşma gününün belirlenmesinin ardından basit yargılama usulünün tatbikine karar verilmesi hukuken mümkün değildir (CMK m. 251/1).

Kanun'da suç için öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ay hapis cezasından fazla olduğundan ve suç TCK m. 75/6'da ayrıca sayılmadığından önödeme uygulanamaz.

Suç şikâyeteye tabi olmadığından veya CMK m. 253/1-b'de yer almadığından uzlaştırma hükümleri uygulanmayacaktır.

Yine bu suç CMK m. 250/1'de açıkça öngörülmediği için seri muhakeme usulünün tatbiki mümkün değildir.

İncelemeye konu suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel olacak şekilde doğrudan maddi bir zarar oluşmayacağından, diğer şartların da varlığı durumunda CMK m. 231/5 vd. uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür¹⁰⁹.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu ile terörün finansmanı suçu nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturmaların aksine, başkasının hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçundan dolayı yapılacak soruşturma ve kovuşturma sonucunda verilecek kararların, MASAK Başkanlığına bildirilmesi zorunlu tutulmamıştır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki 5549 sayılı Kanun'da MASAK Başkanlığının, vergi dairelerinin ya da Hazine ve Maliye Bakanlığının başkasının hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçu nedeniyle yapılan yargılamalarda duruşmalara katılabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmaması (5607 sayılı Kanun m. 18 gibi) ve suçtan zarar gören olmamaları nedeniyle bu kurumlara ihbarda bulunulması ve bu kurumların katılan olarak kabulü hukuka aykırı olacaktır¹¹⁰.

CMK m. 100/4 gereğince suçun karşılığında öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmadığından tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir.

¹⁰⁹ İstanbul BAM, 15. CD, T. 18.03.2024, E. 2023/453, K. 2024/998. Aksi yönde bkz. Diyarbakır BAM, 12. CD, T. 10.10.2024, E. 2023/1741, K. 2024/2362.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay, CGK, T. 16.10.2018, E. 2015/9-172, K. 2018/435; Adana BAM, 11. CD, T. 03.04.2024, E. 2024/435, K. 2024/851; Ankara BAM, 9. CD, T. 27.02.2024, E. 2023/898, K. 2024/491; İstanbul BAM, 15. CD, T. 18.03.2024, E. 2023/453, K. 2024/998; İstanbul BAM, 14. CD, T. 20.02.2024, E. 2024/240, K. 2024/321; Diyarbakır BAM, 12. CD, T. 10.10.2024, E. 2023/1741, K. 2024/2362.

Ancak aksi yönde verilen kararlar da bulunmaktadır. Bkz. İzmir BAM, 24. CD, T. 15.02.2024, E. 2024/117, K. 2024/333; Antalya BAM, 13. CD, T. 13.02.2024, E. 2024/114, K. 2024/181; İstanbul BAM, 31. CD, T. 20.12.2023, E. 2023/2862, K. 2023/3979; Konya BAM, 5. CD, T. 05.06.2023, E. 2023/1033, K. 2023/1337; Ankara BAM, 23. CD, T. 13.02.2023, E. 2023/51, K. 2023/361.



TCK m. 66/1-e gereğince suça dair dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Ceza zamanaşımı ise TCK m. 68/1-e uyarınca on yıldır.

SONUÇ

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 15 ile hukukumuzda giren başkası hesabına işlem yapıldığının bildirilmemesi suçuyla kimlik tespitini gerektiren işlemlerde kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapanların yazılı bildirimde bulunması yükümlülüğü getirilmiş ve aksine yönelik fiil, karşılığında adli para ya da hapis cezası öngörülen bir suç olarak düzenlenmiştir.

Düzenleme altına alınan suçla getirilen yükümlülük sayesinde, hesabına işlem yapılan kişilerin kimliğine dair bilgi edinilmesi sağlanarak suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesinin önlenmesi ya da ispatının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

Suçla dair düzenlemenin yürürlüğe girmesinden bu yana suçun doktrinde yeterince tartışılmadığı gözlemlenmiştir. Uygulamada da özellikle suçun koruduğu hukuki değer ve suçun cezalandırdığı fiilin ne olduğuna dair farklı yorumların bulunması zincirleme suç bahsinde hatalı sonuçlara varılmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce bildirim yükümlülüğünün “zamana yayıldığı” ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı şeklindeki yorum isabetli değildir.

Yine aynı sebeplerle usul hukukunda da farklı yorumlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin uygulamada suça dair yargılama yapma yetkisinin hangi yer mahkemesine ait olduğu konusunda karışıklık yaşandığı anlaşılmaktadır. Bize göre yetkili mahkeme suçun işlendiği yer olan yükümlünün nezdinde veya aracılığıyla başkası hesabına işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Ayrıca suçun mağduru toplumu oluşturan her bir birey olmasına karşın, suçtan zarar görenin kamu kurum ve kuruluşları olup olmayacağı konusunda farklı yorumlarda bulunduğu görülmektedir. Bizce kamu kurum ve kuruluşlarının suçtan zarar görmemeleri nedeniyle katılan sıfatını almaları ve dolayısıyla hükme karşı kanun yollarına başvurmaları mümkün değildir.

İhmali suç teorisi üzerindeki doktriner tartışmalarda iştirak ve içtima konularında da fikir ayrılıkları bulunduğundan iştirak ve içtimada farklı sonuçlara varılmaktadır. İncelemeye konu suç bağlamında çoğu kez failin fiillerinin kaynağını oluşturan bir şerikin bulunmasına ve bazen bu kişilerin tespit edilmesine karşın bu kişilerle ilgili yargısal tasarruflarda bulunulmadığı gözlemlenmektedir. Kanaatimize göre bu kişiler hakkında azmettirme ve yardım etme hükümlerinin uygulanması olanaklıdır.

Ayrıca ihmali suçlarla icrai suçlar arasında fikri içtimanın mümkün olup olmayacağı hususundaki farklı yorumlar nedeniyle incelemeye konu suçun fikri içtima kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bizce suçu oluşturan fiillerin aynı olmaması ve ihmali hareketle icrai hareketin tam anlamıyla örtüşmemesi nedeniyle fikri içtimanın uygulanma koşullarının oluştuğundan söz edilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, “Bağlılık Kuralı”, (2010) 14 (1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167-214
- Artuk, ME, Gökçen A, Alşahin, ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019)
- Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, (Yetkin Yayınları, Ankara 2009)
- Aydın D ve Arslan Ç, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama ve Terörizmin Finansmanı Suçları, (Yetkin Yayınları, Ankara 2023)
- Aydın S, “Başkası Hesabına Yapılan İşlemlerde Beyan Yükümlülüğü”, (2008) (66), Bankacılar Dergisi, 13-33
- Bozkurt Ö, İhmali Suçlarda İştirak, (Adalet Kitabevi, Ankara 2024)
- Çakır K, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023)
- Demirel M, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017)
- Demirtaş T, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024)
- Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, (13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2021)
- Dursun H, “Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanına Karşı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bir Bakış”, (2008) 3 (7), Ceza Hukuku Dergisi 121-149
- Dülger MV, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023)
- Dülger MV, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar (Kara Paranın Aklanması Suçu), (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025)
- Ersoy U, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları” (2020), 11 (41), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 27-64
- Göktürk N, Fikri İhtima (Suçların İhtimai), (Adalet Kitabevi, Ankara 2013)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (30. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2024)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, (Ed.) Ünver, Yener: (Adalet Yayınevi, Ankara 2014)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım – II, (Ed.) Ünver, Yener: (Adalet Yayınevi, Ankara 2015)



Jescheck HH ve Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, (Duncker & Humblot, Berlin, 1996)

Kitapçioğlu Yüksel T, Özgü Suç, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021)

Koca M ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024)

Öntan Y, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021)

Özbek VÖ, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Başbüyük İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023)

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023)

Özgenç İ, “İhmalî Suç Teorisi”, (2021) 25(4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 303-378

Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, (24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024)

Sapan O, Ceza Muhakemesinde Yapay Zekâ Kullanımı, (Adalet Yayınevi, Ankara 2024)

Sieber U, Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, (Ed.) Feridun Yenisey, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021)

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023)

Yurtlu F, İhmalî Suçlar, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022)



MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNE EKLENEN MAL PAYLAŞIMINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN NİTELENDİRİLMESİ

Qualification of Provisions on Property Sharing Added to the Property Regime Agreement

A. Dilşad KESKİN*

Özet

Mal rejimi sözleşmesiyle eşler kanunda belirlenen seçimlik rejimlerden birini kabul edebilirler. Sözleşmenin muhtevası ve şekli TMK m. 203 ve m. 205 hükümlerinde kesin çizgilerle belirlenmiştir. Buna göre eşler istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler. Oysa uygulamada, özellikle mal ayrılığı rejimini benimsemek isteyen eşlerin, rejimin özelliği sebebiyle dezavantajlı konumda bulunan eşin durumunu iyileştirmek amacıyla mevcut mallarını kendi aralarında adil olduğuna inandıkları bir şekilde paylaşmak istedikleri ve mal rejimi sözleşmesine de bu yönde, tasfiye anlaşması niteliği taşımayan hükümler ekledikleri görülmektedir. Mal rejimi hukuku alanında kanun koyucunun sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesini benimseyen yaklaşımı, bu durumda problem oluşturmaktadır. Bu problemin değerlendirilmesinde iki temel sorunun cevaplanması gerekir. Bunlardan ilki mal rejimi sözleşmesine eklenecek mal paylaşımına ilişkin hükümlerin, muhtevası kanun hükmüyle belirlenmiş olan mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliğine ve geçerliliğine zarar verip vermeyeceği, ikincisi de bu yöntemle yapılan mal paylaşımının geçerli olup olmayacağı ve mal paylaşımını öngören sözleşme hükmüyle hedeflenen malvarlığı unsurlarının aynı üzerinde tasarruf edilip edilemeyeceğidir.

Anahtar Kelimeler: Mal rejimi sözleşmesi, seçimlik mal rejimi, sözleşme özgürlüğü, isimsiz sözleşme, geçmişe yürürlük

Abstract

With a matrimonial property regime agreement, spouses can accept one of the optional regimes specified in the law. The content and form of the agreement are strictly defined in TMK Art. 203 and Art. 205. Accordingly, spouses can choose, terminate or change the property regime they want only within the boundaries in the law. However, in practice, it is seen that spouses who especially want to adopt the property separation regime want to share their existing property among themselves in a way they believe is fair in order to improve the situation of the spouse who is in a disadvantaged position due to the nature of the regime and add provisions to the property regime agreement in this direction that do not have the nature of a liquidation agreement. In the field of property regime law, the legislator's approach that adopts the principle of limited number and

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.04.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, dilsad.keskin@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5523-569X>

type of commitment creates a problem in this case. In the evaluation of this problem, two basic questions need to be answered. The first of these is whether the provisions regarding the division of property to be added to the property regime contract will harm the legal nature and validity of the property regime contract, the content of which is determined by the law, and the second is whether the property division made with this method will be valid and whether the assets targeted by the contract provision for the division of property can be disposed of on the same basis.

Keywords: Matrimonial property regime agreement, contractual property regime, freedom of contract, unnamed (innominat) contract, retroactivity

GİRİŞ

Mal rejimi sözleşmesi, kanuni mal rejimine tabi olmak istemeyen tarafların, kanunda öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birini benimsemek üzere akdettikleri sözleşmedir. Sözleşmenin geçerliliği noter tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış olmasına bağlıdır.

Kanun koyucu, mal rejimi sözleşmesinin geçerliliğini, belirlediği şekil şartının yerine getirilmesine bağlı kılmakla kalmamış, muhtevasını da sınırlandırmıştır. TMK m. 203 hükmünde mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabileceği belirtilmiş, ancak hemen ardından, tarafların istedikleri mal rejimini yalnızca kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilecekleri, kaldırabilecekleri veya değiştirebilecekleri hükme bağlanmıştır. Mal rejimi sözleşmesinin seçimlik rejimlerden birini tercih etmek dışında fonksiyonunun olamayacağı ve tercih edilen mal rejiminin özelliklerinin taraflarca değiştirilebilmesi imkânının da kanunda sayılan belli başlı hâllere hasredildiği bu noktada, uygulamada sık rastlanan bir problem ortaya çıkmaktadır: Özellikle mal ayrılığı rejimini benimsemek isteyen eşler, Medeni Kanun değişikliğinden sonra kanun koyucu tarafından tanınmış olan bir yıllık süre içinde yapacakları sözleşme ile evliliğin başından itibaren tabi oldukları mal ayrılığı rejimini bundan sonra da devam ettirmek ve aynı sözleşmeye ekleyecekleri hükümlerle hâlihazırda tapuda eşlerden biri üzerine tescilli bulunan taşınmaz mallarını paylaşmak istediklerinde, “mal rejimi sözleşmesi” başlığı ile noterde yapılan ancak mal paylaşımına ilişkin hükümler de içeren bu sözleşme geçerli olacak mıdır?¹

Problemın çözümü, birbirine bağlı üç ayrı sorunun cevaplanmasını gerektirmektedir. Bunlardan birincisi, yapılan mal rejimi sözleşmesinin gerçekten de mal ayrılığı rejiminin evliliğin başından itibaren geçerli olmasını sağlayıp sağlayamayacağıdır; zira konuya ilişkin hüküm, lafzî itibarıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin ev-

¹ Bu çalışmanın hareket noktasını teşkil eden olayda eşler, “Mal Ayrılığı Sözleşmesi” başlığı altında noterde yaptıkları sözleşmede “evlendikten sonra edindikleri mallar için mallarının ayrılığı hususunda evlendikleri tarihten itibaren geçerli olmak üzere bu sözleşmeyi düzenlediklerini” belirtmiş ve ardından arsa vasfındaki taşınmazın “yarı yarıya eşler arasında paylaştırıldığını”, taşınmaz içerisindeki iki daireden birinin kadın eşi diğerinin de erkek eşi “ait olacağını” ifade etmişlerdir. Sözleşmeye göre; “bahsi geçen taşınmazlar eşler tarafından evlilik birliği içerisinde kendi kazançları ile alınmış olup eşler arasında mal ayrılığı kabul edilmektedir. Herkes kendisine ait taşınmazlar üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptir”. Sözleşme metninde kullanılan ifadelerden ve ortaya konulan taraf iradelerinden, yapılmak istenen mal paylaşımının, özellikle boşanma sonrasında gerçekleşmek üzere planlanmış olmadığı, dolayısıyla bunun bir tasfiye anlaşması niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır.

liliğin başından itibaren geçerli olmasını sağlamak için getirilmiş görünmektedir. İkinci soru, noterde düzenleme şeklinde yapılan “Mal Ayrılığı Sözleşmesi” başlıklı bir sözleşme ile özellikle taşınmaz malların geçerli olarak paylaşılıp paylaşılamayacağıdır. Taşınmazlar üzerinde aynı hak kazanılması, tapuda yapılacak bir sözleşmenin ve ardından bu sözleşmeye dayalı tescilin varlığını gerektirir, oysa mevcut sözleşme noterde yapılmıştır ve tapu siciline tescil de gerçekleşmemiştir. Bu halde sözleşmenin bütünüyle geçersiz olduğu sonucuna varmak mı gerekeceği, yoksa mal paylaşımına ilişkin hükümlerin hukuken geçerli olacak şekilde nitelendirilmeleri suretiyle mal rejimi sözleşmesinin eklenen bu hükümlerle ayakta tutulması yoluna mı gidileceği belirlenmelidir. Nihayet mal rejimi sözleşmesinin kapsamı kanun koyucu tarafından net bir biçimde sınırlandırılmıştır. Buna göre taraflar mal rejimi sözleşmesiyle ancak kanunda belirtilen seçimlik rejimlerden birini benimseyebilirler. Bu rejimlerin muhtevasında yapılabilecek küçük değişiklikler de yine kanun koyucu tarafından izin verilmiş olanlarla sınırlıdır. Aynı sözleşmede hem mal ayrılığı rejiminin benimsenip hem de mal paylaşımı yapılmasının, kanun koyucunun bu iradesine ne kadar uygun düşeceğinin ve muhtemel aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine sebep olup olmayacağının, tartışılması gerekir.

I. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE KURULUŞU

Eşlerin evlilikleri süresince geçerli olmak üzere istedikleri mal rejimini seçmek, kaldırmak veya değiştirmek amacıyla akdedebilecekleri mal rejimi sözleşmesinin muhtevası, şekli ve taraflarda aranacak ehliyet ile ilgili hususlar TMK m. 203-205 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

A. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tarafları

Mal rejimi sözleşmesi, TMK m. 203 hükmü uyarınca evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Evlenmeden önce yapılacak mal rejimi sözleşmesinin taraflarını nişanlılar oluşturur.² Evlenmeden sonra yapılacak sözleşmenin tarafları ise eşlerdir.³

² Mehaz kanunda mal rejimi sözleşmesinin tarafları belirlenirken “nişanlılar” ve “eşler” ifadelerinin kullanılmasına (Art. 182 ZGB) karşılık TMK m. 203’te sözleşmenin “evlenmeden önce veya sonra” yapılabileceğinin hükme bağlanmasıyla yetinilmiş, dolayısıyla nişanlıların mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri hususu açıkça düzenlenmemiştir (Faruk Acar, ‘Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri’ (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 143, 148).

³ Nişanlılar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, taraflar arasında evlilik ilişkisinin kurulmuş olmasına bağlıdır (Alexandra Jungo, ‘Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG’, in Breitschmid P ve Jungo A (eds), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess Juristische Medien AG, 2016) 587; Heinz Hausheer ve Ruth Reusser ve Thomas Geiser, ‘Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB’ in Meier-Hayoz A (ed.), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1* (Stämpfli Verlag AG 1992) 76; Acar (n 2) 148; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Seçkin Yayıncılık 2021) 48).

B. Mal Rejimi Sözleşmesinin Kuruluşu

Bütün diğer sözleşmeler gibi mal rejimi sözleşmesinin kuruluşu da öncelikle taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin açıklanmasını gerektirir. Buna ek olarak kanun koyucu, mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için bulunması gereken fiil ehliyetinin derecesini düzenlemiş, ayrıca sözleşmeyi geçerlilik şekline tabi kılmıştır.

1. Ehliyet Şartı

Tarafların geçerli bir mal rejimi sözleşmesi kurabilmek için sahip olmaları gereken fiil ehliyeti, TMK m. 204'te belirlenmiştir. Buna göre mal rejimi sözleşmesi ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir.⁴ Tarafların küçük veya kısıtlı olmaları halinde ise sözleşmenin geçerliliği, kanuni temsilcilerin rızasının alınmış olmasına bağlıdır.⁵ Mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu sebeple ayırt etme gücü bulunmayan eş adına mal rejimi sözleşmesinin kanuni temsilci tarafından yapılması mümkün değildir. Ayırt etme gücü bulunmayan eşin kanuni temsilcisinin mal rejimi sözleşmesine ilişkin yetkisi, ayırt etme gücünün yokluğuna dayanarak mahkemeden mal ayrılığına karar verilmesini talep etmekle (TMK m. 206/III) sınırlıdır.⁶ Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yapacağı mal rejimi sözleşmesinin geçerliliğinin kanuni temsilcinin rızasına tabi olması ise sözleşmenin taraflarının ancak nişanlılar veya eşler olabileceği hususunu değiştirmez.⁷

2. Şekil Şartı

Tarafların, benimseyecekleri mal rejimine ilişkin olarak evlenme başvurusu sırasında evlendirme memuruna yazılı bildirimde bulunmaları mümkün olmakla birlikte, mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmasını gerektirir.⁸ Ayrıca TMK m. 205 hükmü sebebiyle tarafların ve gerektiğinde kanuni temsilcilerinin, mal rejimi sözleşmesini imzalamaları da zorunludur.⁹

⁴ Mal rejimi sözleşmesi bakımından ayırt etme gücü, tarafların mal rejimi sözleşmesini akdetmenin ve bu suretle mal rejimini seçmenin, kaldırmanın veya değiştirmenin sonuçlarını kavrayarak buna uygun davranabilme yeteneğini ifade etmektedir (İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (Oniki Levha Yayınları 2018) 4; Jungo (n 3) 593).

⁵ Bu hakkın nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı işlem niteliği taşıdığı görüşü için bkz. Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 101.

⁶ Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 102; Aldemir (n 4) 4; Zeytin (n 3) 50.

⁷ Jungo (n 3) 594.

⁸ Nişanlıların evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçeceklerine ilişkin yazılı bildirimde bulunmuş olmaları, mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekil şartının yerine getirilmiş olduğu anlamına gelmez, bu sebeptir ki yazılı bildirim yalnızca seçilecek mal rejimini gösterir, bu belgeyle mal rejiminin muhtevasına ilişkin bir düzenleme yapılması mümkün değildir (Zeytin (n 3) 61). Noterin sözleşmeye kazandıracağı resmiyetin tarafların sonradan irade sakatlığı iddiasıyla sözleşmenin geçerliliğini tartışma konusu haline getirmelerinin de büyük ölçüde önüne geçeceği yönünde bkz. Iwo Schwander, 'Eheverträge - zwischen 'ewigen' Verträgen und Inhaltskontrolle' (2003) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 572, 572.

⁹ Resmi şekil zorunluluğunun mal rejimi sözleşmesine konu edilebilen hususlarla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Eşlerin malların yönetimine, değer artış payından feragate veya değer artış payı

II. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI

Mal rejimi sözleşmesi, esas itibarıyla, kanuni rejim olan edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemek istemeyen eşler tarafından, kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul etmek amacıyla yapılır.¹⁰ Sözleşmenin kapsamı bizzat kanun koyucu tarafından belirlenmiştir, tercih edilen mal rejiminin muhtevasının taraflarca değiştirilmesi ise ancak kanunda yazılı sınırlar içinde mümkün olabilir (TMK m. 203/II).¹¹

A. Seçimlik Mal Rejimlerinden Birinin Benimsenmesi

Kanun koyucu, eşler arasındaki mal rejimini düzenleyen TMK m. 202 hükmünde edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasının asıl olduğunu ifade etmiş, ancak eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle, kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul etmelerini de mümkün kılmıştır. Buna göre eşlerin evlilik birliğinde geçerli olacak mal rejimini seçmek üzere bir sözleşme yapmamış oldukları durumda, kendiliğinden uygulanacak “kanuni mal rejimi”, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Mal rejimi sözleşmesiyle benimsenebilecek olan seçimlik rejimler ise mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı ile sınırlıdır.¹²

oranın değiştirilmesine, karşılıklı borçlarına, paylı mülkiyete tabi mal üzerindeki payda tasarrufa ilişkin anlaşmaları, şekil zorunluluğu kapsamının dışında kalmaktadır (Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (Seçkin Yayıncılık 2021) 137).

¹⁰ Ayesha Curmally ve Stephan Wolf, ‘Arbeitskreis 2: Ehevertragsgestaltung im Hinblick auf Scheidung’ in Schwenzer I ve Büchler A ve Fankhauser R (eds), *Siebtte Schweizer Familienrecht Tage* (Bern 2014) 117, 119. Yasal düzenlemelerin, evliliğin genel hükümleri çerçevesinde gerçekleşen malvarlığına ilişkin tüm diğer sözleşmelerin ve boşanmanın sonuçları hakkındaki anlaşmaların mal rejimi sözleşmesinin konusunu oluşturmayaacağına açıklığa kavuşturduğu hakkında bkz. Carmen Ladina Widmer, ‘Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen’, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 145/2009, 419, 422. Art. 182 Abs. 2 ZGB (TMK m. 203/c.2) hükmünden hareketle mal rejimi sözleşmesinin eşler arasındaki diğer hukuki işlemler için elverişli bir araç olmadığının söylenebileceği yönünde bkz. Philip R. Bornhauser, ‘Kombinierte Ehe-/Erbverträge – Chancen und Risiken’ (2013) 94 *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR)* 289, 290.

¹¹ Widmer (n 10) 422; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (Oniki Levha Yayınları 2013) 203.

¹² Edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olduğundan, uygulanabilmesi için bir mal rejimi sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Bununla birlikte daha önce seçimlik rejimlerden birini kabul etmiş olan taraflar, sonradan edinilmiş mallara katılma rejimine geçmek istedikleri takdirde, bunun için mal rejimi sözleşmesi yapmak zorundadırlar (Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 399). TMK m. 206 hükmünün uygulanmasıyla hâkimin olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçiş kararı verdiği durumda da eşlerin mal ayrılığı rejiminden dönmek üzere bir mal rejimi sözleşmesi yapmaları ve bununla diğer seçimlik rejimlerden biri yerine edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını kabul etmeleri mümkündür (TMK m. 208). Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflasına karar verilirse kendiliğinden, eşe karşı icra takibinde bulunan alacaklı haczin uygulanmasında zarara uğrarsa hâkim kararıyla mal ayrılığına geçilmesi halinde de eşler mal rejimi sözleşmesi yaparak edinilmiş mallara katılma rejimini benimseyebilirler (Aldemir (n 4) 15).

Eşlerin aile hukuku çerçevesindeki kişisel ilişkilerini mal rejimi sözleşmesiyle düzenlemeleri mümkün değildir. Bununla birlikte mal rejimi sözleşmesinin fiili tespitler içermesi söz konusu olabilir. Özellikle sözleşmenin kurulduğu sırada eşlerin sahip oldukları malların ve bunların hangi mal grubuna dâhil olacağının mal rejimi sözleşmesinde gösterilmesi, bir anlamda tespit edilmesi, mümkündür.¹³ Mal rejimi dışında kalan ekonomik ilişkiler hakkındaki anlaşmaların mal rejimi sözleşmesine dâhil edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüş eşlerin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğü kapsamında yapılacak ödemeler ve çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderleri hakkındaki anlaşmaların, tabi oldukları şekil şartına uyulmak kaydıyla¹⁴ mal rejimi sözleşmesinde yer alabileceğini savunurken¹⁵ diğer bir görüş kanundaki sınırlamaya riayet edilmesi gerektiği, velayet yetkisinin nasıl kullanılacağı veya kadının soyadı gibi aile hukukuna özgü düzenlemelerin mal rejimi sözleşmesinde yapılamayacağı yönündedir.¹⁶ Kanaatimizce bu noktada, kanun koyucunun oluşturduğu mal rejimi yapısının bozulmaması esas olmalıdır. Benimsenmek istenen rejimin özellikleri değiştirilmedikçe, başka bir ifadeyle bu hususta kanunla çizilmiş sınırlar aşılmadıkça, eşlerin sözleşme özgürlüğü ilkesinden yararlanarak mal rejimi sözleşmesi başlığı altında başka ekonomik ilişkilerini düzenlemelerinde bir sakınca bulunmadığı kabul edilmelidir.¹⁷

¹³ Öztan (n 12) 400; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 72.

¹⁴ Örneğin boşanmanın yan sonuçlarının mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılması mümkündür, ancak böyle bir anlaşma, hâkimin onayı olmaksızın (TMK m. 184/b.5) geçerlilik kazanamaz (Öztan (n 12) 407; Gian Sandro Genna, 'Allgemeine Vorschriften des ehelichen Güterrechts, Art. 181-195a ZGB' in Jolanta Kren Kostkiewicz JK ve Wolf S ve Amstutz M ve Fankhauser R (eds), *Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar* (Orell Füssli Verlag AG 2016) 352; Curmally ve Wolf (n 10) 119). İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere boşanma anlaşması ileriye dönük olarak yapılmış olsa (Scheidungsvereinbarung auf vorrat) dahi somut boşanma durumunda bu anlaşmanın geçerliliği için yine hâkim onayı aranmaktadır (Özge Öncü, 'Eşlerin 'Anlaşmalı Boşanma' Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar' (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 793, 804). Federal Mahkeme, Aralık 2003 tarihli bir kararında, yalnızca belirli bir mal rejiminin seçildiği, malvarlığına ilişkin somut bir uyumsuzluk ve özellikle boşanmanın yan sonuçları hakkında anlaşma içermeyen mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için mahkemece onaylanmasına ihtiyaç bulunmadığına hükmetmiştir (Iwo Schwenzer, 'Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen' (2005) FamPra.ch 1 1, 7).

¹⁵ Jungo (n 3) 587; Curmally ve Wolf (n 10) 119; Zeytin (n 3) 55; Aldemir (n 4) 21.

¹⁶ Zeytin (n 3) 55; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 70.

¹⁷ Mal rejimi hukuku alanında, eşlere borçlar hukukunda yer alan gerçek ve teknik anlamda bir sözleşme özgürlüğü tanınmamış olduğu hatırlanmalıdır. Gerçekten de eşlere tanınan mal rejimi seçme özgürlüğü sınırlı sayı, tipe bağlılık ve kanunun belirlediği bazı alanlarda değişiklik yapabilme esasına dayanmaktadır (Şıpka (n 11) 20; Zeytin (n 3) 52). Bununla birlikte mal rejimleri için kanun koyucu tarafından oluşturulan yapı bozulmaksızın mal rejimi sözleşmesi içinde başka hususların da kararlaştırılması mümkün olmalıdır. Nitekim mal rejimi sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulabilmesi de esasen sınırlı da olsa mevcut olan sözleşme özgürlüğü esasına dayalı olarak gerçekleşmektedir (Zeytin (n 3) 54). Benzer yaklaşım için bkz. Hubert Stöckli, 'Die Ehevertragsfreiheit und ihre Schranken' in Rumo-Jungo A ve Pichonnaz P (eds.), *Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf; Symposium zum Familienrecht 2007* (Universität Freiburg Zürich 2008) 85, 87.

B. Mal Rejiminin Yürürlük Zamanının Belirlenmesi

Taraflar arasında kurulacak mal rejimi sözleşmesiyle mal rejiminin yürürlük zamanının belirlenip belirlenemeyeceğinin birkaç farklı ihtimal dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Mal rejiminin şarta bağlanması suretiyle yürürlük zamanının değiştirilmesi söz konusu olabilir. Tartışılması gereken bir başka uygulama ise mal rejimi sözleşmesinin geçmişe etkili kılınıp kılınamayacağıdır.¹⁸

1. Mal Rejimi Sözleşmesinin Şarta Bağlanıp Bağlanamayacağı

Mal rejimi sözleşmesinin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılması;¹⁹ böylece tarafların aralarındaki mal rejimini ileride değiştirmeyi veya sözleşmenin hemen yapılır yapılmaz değil de belirli bir süre sonra yürürlüğe gireceğini kararlaştırmaları, hatta birden fazla mal rejimi türünün kademeli olarak uygulanmasını öngörmeleri mümkündür.²⁰ Bununla birlikte kararlaştırılan belirli bir mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanması, evliliğin sona erme biçimine bağlanamaz; örneğin eşler evliliğin ölümle sona ermesi halinde edinilmiş mallara katılma rejiminin, boşanma ile sona ermesi halinde ise mal ayrılığı rejiminin geçerli olacağını kararlaştıramazlar.²¹

Henüz evlenmeden önce, nişanlılar arasında kurulan mal rejimi sözleşmesi de geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşır;²² hüküm ve sonuçlarını doğurabil-

¹⁸ Mal rejimi sözleşmesi söz konusu olduğunda clausula rebus sic stantibus ilkesinin uygulanmayışı ve sözleşmenin sonradan değişen şartlar doğrultusunda uyarlanmasının mümkün olmayışı eleştirilmiştir. Buna göre, tarafların mal rejimi sözleşmesinde değişiklik yapmaları ancak bu hususta anlaşma sağlamaları halinde gerçekleşebilir. Oysa ilişkileri bozulmadıkça, eşler arasında mal rejimi sözleşmesinde değişiklik yapmak gereği gündeme gelmez. Evlilik sarsılmaya başladığında ise artık sözleşmeyi değiştirmek için gereken anlaşmayı sağlamak mümkün değildir (Schwander (n 8) 573).

¹⁹ Mal rejimi sözleşmesinin şarta bağlanması hususunda üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi eşlerin veya nişanlıların sözleşmeyi geciktirici veya bozucu şarta bağlayabilecekleri (Zeytin (n 3) 54; Şipka (n 11) 17; Genna (n 14) 351; Cyril Hegnauer ve Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, (Stämpfli Verlag AG 2000) 236; Martin Eggel, ‘Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod’ (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90, 92), ikincisi ise mal rejimi sözleşmesinin şarta bağlanamayacağı yönündedir (Öztaş (n 12) 235; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler* (Turhan Kitabevi 2004) 204). Üçüncü bir görüş ise şarta bağlanabilecek olan mal rejimi sözleşmelerinin çevresini mülkiyet değişikliği yaratmayanlarla sınırlandırmıştır (Yaşar Şahin Anıl ve Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri* (Legal Yayıncılık 2011) 45).

²⁰ Hegnauer ve Breitschmid (n 19) 236; Zeytin (n 3) 54; Jungo (n 3) 590; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019) 208. Öngörülen şart veya sürenin geriye dönük olarak kararlaştırılamayacağı ve ilgili mal rejiminin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuramayacağı hususunda bkz. Öztaş (n 12) 404.

²¹ Jungo (n 3) 591; Curmally ve Wolf (n 10) 124; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 96; Eggel (n 19) 92; Öncü (n 14) 808, dpn. 38; Widmer (n 10) 453.

²² Küçükün nişanlanmadan sonra, fakat evlenmeden önce TMK m. 204/II hükmü uyarınca yasal temsilcisinin rızasını alarak yapacağı mal rejimi sözleşmesi de geciktirici şarta bağlı sözleşmedir, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için evlenme sözleşmesinin yapılması gerekir (Öztaş (n 12) 401; Jungo (n 3) 587; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 76; Stöckli (n 17) 86, dpn. 3; Şipka (n 11) 17).

mesi, evliliğin gerçekleşmesiyle olur.²³ Böylece bu ihtimalde, kararlaştırılan mal rejimi evlenmeyle yürürlüğe girer. Eşlerden birinin ölümü veya butlan ya da boşanma hükmünün kesinleşmesi ise mal rejiminin yürürlüğünü sona erdirir. Nişanlılar, kurdukları mal rejimi sözleşmesini sonradan aralarında anlaşarak da ortadan kaldıracabilirler.²⁴

2. Mal Rejimi Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yapılıp Yapılamayacağı

Mal rejimi sözleşmesinin, evlenme gerçekleştikten sonra eşler arasında yapıldığı durumda, kural olarak sözleşmenin kuruluş tarihi rejimin başlangıç tarihini, ölüm veya boşanma hükmünün kesinleşme tarihi de rejimin sona erme tarihini gösterir.²⁵ Seçilen mal rejiminin yürürlüğünün evlilik birliği devam ederken yapılan sözleşme ile geçmişe etkili kılınıp kılınamayacağı ise tartışmalıdır. Bu hususta Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (Yürürlük Kanunu) mal rejimlerine ilişkin m. 10 hükmü, eşlerin Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde mal rejimi sözleşmesiyle kanuni mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebileceklerini düzenlemekle, sözleşmenin geçmişe yürütülmesi imkânını sınırlandırmış görünmektedir. Hükmün salt lafzına bakıldığında, öngörülen bir yıllık geçiş döneminin sona ermesinden sonra artık mal rejimi sözleşmelerinin, kanuni mal rejiminin kabulüne ilişkin bile olsa, geçmişe etkili olamayacağı sonucuna varmak gerekir. Başka bir deyişle bu hüküm gereği, mal rejimi sözleşmesinin geçmişe etkili olabilmesi, ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli kılınabilmesini sağlamak üzere ve yalnızca eşlere tanınan bir yıllık süre içinde mümkün olabilir. Buna karşılık doktrinde, hükmün amaçsal olarak dar yorumlanması gerektiği ve TMK'nın yürürlük tarihinden önce evlenen eşler açısından -geçiş döneminde veya bu dönemin dışında- mal rejimi sözleşmesi ile kanuni veya seçimlik mal rejimlerinden birinin geçmişe etkili olarak uygulanmasının kabul edilemeyeceği, bunun dışında kalan hallerde ise kanuni veya seçimlik olmasına bakılmaksızın, benimsenen mal rejiminin geçmişe uygulanabileceği savunulmuştur. Buna göre, mal rejiminin geçmişe yürütülmesi hususunda, eşlerin TMK'nın yürürlük tarihinden önce mi yoksa sonra mı evlendikleri belirleyici olmaktadır.²⁶

²³ Şipka (n 11) 17; Jungo (n 3) 587; Aldemir (n 4) 21; Öztan (n 12) 401.

²⁴ Öztan (n 12) 398.

²⁵ Eşlerin daha sonra yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak evlilik birliğinde geçerli olacak mal rejimini değiştirmeleri mümkündür. Böyle bir durumda yeni mal rejimi sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı tarih, önceki mal rejiminin sona erdiği tarih olacaktır. Nihayet kararlaştırılmış olan mal rejiminin olağanüstü mal rejimine geçmekle (TMK m. 206, m. 209, m. 210, m. 197/II) veya hâkimin evlilik birliğini korumak üzere resen mal ayrılığına geçiş kararı vermesiyle (TMK m. 180, m. 195/III, m. 197/II) sona ermesi de düşünülebilir (Öztan (n 12) 408).

²⁶ Zeytin (n 3) 62. Eşlerin sözleşme yaparak yasal mal rejiminin sözleşme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırmaları durumunda Yürürlük Kanunu m. 10 hükmü uyarınca eşlerin başka bir mal rejimi seçmeyererek 1 Ocak 2002 tarihinden geçerli olacak şekilde yasal mal rejimine tabi olmak veya tanınan bir yıllık süre içinde sözleşme yaparak yasal mal rejiminin başlangıç tarihini evlilik

Mal rejimi sözleşmesinin geçmişe yürütülebileceğine ilişkin bizim de katıldığımız başka bir görüş, Yürürlük Kanunu m. 10 hükmünün emredici nitelik taşımadığını, burada kamu menfaatinin de söz konusu olmadığını bu sebeple eşlerin isterlerse mal rejimi sözleşmesi ile kanuni mal rejimini evliliklerinin başından itibaren geçerli kılabileceklerini ileri sürmektedir. Buna göre, Yürürlük Kanunu'nda öngörülen bir yıllık süre, eşlerin mal rejimlerini serbestçe seçebilmelerine ilişkin ilkeyi ihlal etmekte ve hakkın kullanılmasını gereksiz yere sınırlandırmaktadır.²⁷ Kanun koyucunun böyle bir hükümle “*zaman sınırlaması getirmek suretiyle evli kimseleri bu hususta aktif davranışta bulunmaya sevk etmeyi*” amaçladığının kabulü gerekir.²⁸ Mal rejimi sözleşmesinin, seçilen mal rejiminin evlilik birliğinin kurulduğu andan itibaren geçerli olmasını sağlayıp sağlayamayacağı hususunda da aynı sonuca varılmalıdır, zira mal rejiminin geçmişe etkili kılınması hakkındaki bir sözleşme bakımından ne kanuna ne de kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir.²⁹ Böylece Yürürlük Kanunu m. 10/III hükmünün lafzına rağmen, kanunda öngörülen süre geçtikten sonra da eşler arasında kanuni mal rejiminin veya seçilen başka bir mal rejimi türünün geçmişe etkili olarak uygulanabileceği yönündeki anlaşmaların geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.³⁰

tarihine kadar geriye çekmek dışında seçenekleri bulunmadığından, yasal mal rejiminin sözleşme tarihinden itibaren geçerli olacağını öngören sözleşmenin geçersiz olacağı yönünde bkz. Özcan Günergök, ‘Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi’ (2002) 6(1-4) 333, 341.

²⁷ Şeref Ertaş, ‘Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar’ (2014) 15 Özel Sayı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 915, 917; Oğuz Sadık Aydos, ‘Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 383, 387.

²⁸ Aydos (n 27) 387.

²⁹ Aydos (n 27) 390. Aksi görüşte Şıpka (n 11) 23; Acar (n 9) 132. Bu konuda Yargıtay’ın da aksi görüşü benimsediğini belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme, 8. Hukuk Dairesinin 2010/6262 E., 2011/3497 K. tarihli kararında; “öngörülen bir yıllık süre içerisinde eşlerin geçmişe etkili olmak üzere sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilecekleri açıktır. Diğer bir ifade ile eşler kanunun tanıdığı bir yıl içinde geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısıyla varsa bile böyle bir belirleme de yok hükmündedir ve kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz.” ifadelerini kullanarak görüşünü mal rejiminin kamu düzeninden sayılmasına dayandırmıştır. (Benzer yönde başka kararlar için bkz. Yarg. 8. HD., 2012/13166 E., 2013/7003 K.; Yarg. 8. HD., 2012/11466 E., 2013/8552 K.)

³⁰ Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 20) 208. Seçilen mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasının kararlaştırılabileceği ve bunun o zamana kadar üçüncü kişilerle yapılmış hukuki işlemler bakımından problem yaratmayacağı, amacın gelecekte ortaya çıkacak uyumsuzlukların, söz konusu mal rejimi daha önceki bir tarihte kabul edilmiş gibi çözülmesini sağlamak olduğu yönünde bkz. Jungo (n 3) 590; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 95; Genna (n 14) 353. Yürürlük Kanununda tanınan bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra kurulan, yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olmasına ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin, alacaklılardan mal kaçırma söz konusu olmadığı

III. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNE EKLENEN MAL PAYLAŞIMI HÜKÜMLERİ

Eşler “mal rejimi sözleşmesi” adı altında kurdukları sözleşmede mal paylaşımına ilişkin hükümlere de yer vermiş olabilirler. Uygulamada mal ayrılığı rejimini benimsemek isteyen tarafların, mevcut mallarını kendi aralarında adil olduğuna kanaat getirdikleri bir şekilde paylaşarak rejimin özelliği sebebiyle dezavantajlı konumda bulunan eşin durumunu iyileştirmek amacıyla, sözleşmeye bu türden hükümler eklediklerine rastlanmaktadır. Böyle bir durumda mal paylaşımına ilişkin hükümlerin niteliğinin ve mal rejimi sözleşmesinin akıbetinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Özellikle eşlerden biri üzerine kayıtlı taşınmazların mevcut olduğu ve tarafların, aralarında geçerli mal rejimini belirlerken aynı zamanda bu taşınmazların tamamının veya bir kısmının diğer eşe ait olacağını kararlaştırdıkları bir sözleşmede, hem taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekle bağlılığı ve hem de mal rejimi sözleşmesinin muhtevasının esasen kanunen sınırlandırılmış oluşu sebebiyle bu husus önemli bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.³¹

A. Mal Paylaşımına İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği ve Geçerliliği

Mal rejimi sözleşmesi başlığı ile noterde düzenleme veya onaylama biçiminde yapılan sözleşme metninde yer alan mal paylaşımına ilişkin hükümler; taraf iradelerinin ne yönde olduğuna göre başka bir sözleşme, bir ölüme bağlı tasarruf veya sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını ve dolayısıyla tercih edilen mal rejiminin derhal yürürlüğe girmesini engelleyecek bir geciktirici koşul niteliği taşıyabilir. Hükümlerin geçerliliği ise mal rejimi sözleşmesi için öngörülen ve taraflarca da uygulanan şeklin bu sözleşme, ölüme bağlı tasarruf veya geciktirici koşulun geçerliliği için yeterli olup olmadığına bağlıdır. Başka bir açıdan durum şöyle ifade edilebilir: Mal rejimi sözleşmesi olarak düzenlenen sözleşmede yer alan mal paylaşımına ilişkin hükümler, ancak noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması mümkün olan bir hukuki işlem ile nitelendirildiği veya mal paylaşımının taraflarca tercih edilen mal rejiminin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için bir geciktirici koşul olarak belirlendiği kabul edilebildiği takdirde geçerli olabileceklerdir.³²

1. Mal Paylaşımına İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

Mal rejimi sözleşmesinde yer alan ve belirli malvarlığı değerlerinin taraflar arasında paylaşılmasını öngören hükümlerin hukuki niteliği değerlendirilirken, öncelikle ortada bir geciktirici koşulun mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Mal rejimi

durumlarda bütünüyle geçersiz olmamasının, en azından eşler arasında geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Günergök (n 26) 341.

³¹ Burada söz konusu edilen “mal paylaşımı”nın duruma göre “tasfiye anlaşması” niteliği taşıması mümkün olmakla birlikte esas itibarıyla boşanma ile bağlantılı olmadığı özellikle vurgulanmalıdır.

³² Mal rejimi sözleşmesi içerisinde yer alan diğer anlaşmaların bu sözleşmeye ilişkin hükümlere tabi olmayacağı, kendileri için öngörülmüş şekil şartlarına uygun olarak akdedilmelerinin gerekeceği yönünde bkz. Widmer (n 10) 422.

sözleşmesinin geciktirici veya bozucu koşula bağlanması mümkündür, dolayısıyla taraflar, eşlerden biri üzerine kayıtlı bazı malvarlığı değerlerinin mülkiyetinin diğer eşe geçirilmesini, seçilen mal rejiminin yürürlüğe girmesi için bir geciktirici koşul olarak kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda ilgili malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet hakkı el değiştirmedikçe, sözleşmede tercih edilen mal rejiminin yürürlüğe girmesi de söz konusu olmayacaktır. Mal paylaşımına ilişkin hükmün geciktirici koşul olarak nitelendirilmesi halinde, özellikle devrin konusu taşınmaz mal ise, ilgili sözleşmenin, taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlamakta kullanılamayacağı belirtilmelidir. Böylece örneğin erkek eş üzerine kayıtlı arsa kadın eşe devredilmedikçe mal ayrılığı rejiminin yürürlüğe girmeyeceğinin kararlaştırıldığı mal rejimi sözleşmesi, bu arsanın mülkiyetinin devrine yönelik bir hukuki işlem niteliği taşımaz, tapu sicilinde gerçekleştirilmesi gereken tescilin hukuki sebebi de olamaz.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesinin kurulması sırasında, henüz nişanlı iken veya daha sonraki bir aşamada, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemeler yapmaları da mümkündür. Bu düzenlemeler “mal rejiminin tasfiyesi anlaşması” veya kısaca “tasfiye sözleşmesi” olarak isimlendirilen ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Kanunda ayrıca düzenlenmediğinden tasfiye sözleşmesinin, geçerliliği şekle bağlı olmayan ve mahiyeti izin verdiği ölçüde borçlar hukuku kurallarının uygulanacağı bir aile hukuku sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.³³ Kanaatimizce, uygulamada özellikle anlaşmalı boşanma durumunda, taraflarca hazırlanan boşanma protokolünün bir parçası halinde düzenlendiğine sıklıkla rastlanan³⁴ tasfiye anlaşmasının, mal rejimi sözleşmesine dâhil edilmesine de bir engel bulunmamaktadır.³⁵ Bu sebeple mal rejimi sözleşmesinde yer alan mal paylaşımına ilişkin hükümlerin hukuki niteliği değerlendirilirken, geciktirici koşul ihtimalinin bertaraf edilmesinin hemen ardından, eşlerin iradelerinin bir tasfiye anlaşması düzenlemek yönünde olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin oldukları kanaatine varıldığı takdirde, ilgili hükümlerin, ancak mal rejiminin sona ermesi halinde uygulanabilecekleri açıktır.

Geciktirici koşul niteliği taşımayan, mal rejimi sözleşmesine dâhil edilmiş bir tasfiye anlaşması da olmayan, ancak mal rejimi sözleşmesinin mutata muhtevastından farklı olarak mal paylaşımına ilişkin düzenlemeler içeren hükümlerin hukuki

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aldemir (n 4) 136 vd.

³⁴ Böyle bir durumda tasfiye sözleşmesinin anlaşmalı boşanma sebebiyle hazırlanan protokolün şekline tabi olacağı ve hâkim tarafından onaylanmasının gerekeceği hususunda bkz. Aldemir (n 4) 137; Gülçin Elçin Grassinger, ‘Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı’ (1997) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 235, 237. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve tespitler için bkz. Şahin Akıncı, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 165, 179-186.

³⁵ Tasfiye sözleşmesi, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma niteliğiyle mal rejimi sözleşmesi içinde yapıldığı takdirde de hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz (Aldemir (n 4) 151).

niteliğinin belirlenmesinde, zikredilen malvarlığı değerlerinin, sözleşmenin kurulduğu anda zaten ilgili eşin mülkiyetine tabi olup olmadığı önem taşır. Mal rejimi sözleşmesine eklenen hükümlerle sözleşmeye konu malvarlığı değerleri üzerindeki mülkiyet hakkının bir eşten diğerine devrinin amaçlanmış olması, bunların niteliği ve dolaylı olarak geçerliliği üzerinde etkilidir.

Tarafların amacı, malvarlığı değerlerinin aynı üzerinde tasarruf etmek değil de bunların mal rejimi hukuku anlamında niteliklerini belirlemek ise, bu yöndeki hükümlerin mal rejimi sözleşmesinin mutlak muhtevasını meydana getirdiği belirtilmelidir. Gerçekten de mal rejimi sözleşmesinde, mevcut malların hangi mal sınıfına dâhil olacağı kararlaştırılabilir; örneğin TMK m. 221/I hükmü uyarınca bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağı veya TMK m. 221/II hükmü uyarınca kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağı yönünde düzenleme yapılabilir. Mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının kapsamının genişletilmesi (TMK m. 258) veya daraltılması da (TMK m. 259) mümkündür.³⁶

Mal rejimi sözleşmesinde yer alan hükümlerin amacı, eşlerden birine ait olan malvarlığı değerlerinden bir kısmını veya tamamını diğer eşe devretmek, böylece ilgili malvarlığı değerinin aynı üzerinde tasarrufta bulunmak da olabilir. Bu ihtimalde artık mal rejimi hukuku alanının dışına çıkmış olduğunu kabul etmek gerekir. İlgili hükümlerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde de örneğin devir konusu malvarlığı değerlerinin taşınır mı yoksa taşınmaz mal mı olduğu veya devrin ivazlı mı yoksa ivazsız mı gerçekleşeceği gibi hususlar önem kazanır. Eşlerden birinin mülkiyetine tabi malların diğer eşe ivazlı olarak devrinin kararlaştırılmış olması, satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadini akla getirir. Eşler malvarlığı değerlerinin ivazsız devrini kararlaştırmış oldukları takdirde ise bir bağışlama ilişkisinin varlığından bahsedilebilir. Taşınmaz bağışında, taşınmaz mülkiyetinin intikali için varlığı aranan hukuki sebep ancak bağışlama sözü verme ile sağlanabileceğinden,³⁷ eşlerden birinin taşınmaz mülkiyetini diğer eşe ivazsız olarak devretme yönündeki iradesi, öncelikle bağışlama vaadi niteliğinde ortaya çıkacaktır. Nihayet ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ve belirli mal vasiyeti başta olmak üzere ölüme bağlı tasarruflar³⁸ da mal rejimi sözleşmesinde yer alan mal paylaşımına ilişkin hükümlerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yararlanılabilecek başlıca ihtimaller arasında düşünülebilir.³⁹

³⁶ Öztan (n 12) 406; Roland Fankhauser, ‘Die Errungenschaftsbeteiligung und -gemeinschaft am Beispiel der Schweiz’ (2016) 2 Zeitschrift des Juristinnenbundes (djBZ) 59, 59.

³⁷ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin Yayınları 2019) 241.

³⁸ Özellikle eşlerden biri üzerine kayıtlı taşınmaz malların diğer eşe intikalinin amaçlandığı hallerde, belirli mal vasiyeti söz konusu olabilir. Mal rejimi sözleşmesi ile miras sözleşmesinin birleştirildiği sözleşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bornhauser (n 10) 305-309.

³⁹ Eşler arasında 10.3.1971 tarihinde yapılan mal ortaklığı sözleşmesinde “eşlerden birisinin diğerinden önce vefatı halinde, ortaklığa ait mallarla bilcümle maddi ve manevi haklarının tamamının sağ

2. Mal Paylaşımına İlişkin Hükümlerin Geçerliliği

Eşler arasında mal rejimi sözleşmesi adıyla akdedilen sözleşmede yer alan mal paylaşımına ilişkin hükümlerin geçerliliğinin belirlenmesinde, bir taraftan mal rejimi sözleşmesinin muhtevasının kanunla sınırlandırılmış olmasının diğer taraftan da geçerlilik şeklinin etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

Mal rejimi sözleşmesinin muhtevasını düzenleyen TMK m. 203 hükmü sebebiyle, tarafların bu sözleşmeyle, istedikleri mal rejimini kanunda yazılı sınırlar içinde seçmek, kaldırmak veya değiştirmek dışında bir hususu kararlaştırmaları mümkün değilmiş gibi görünmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm sözleşme özgürlüğü ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde, varılacak sonuç bundan biraz daha farklıdır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, yapmak istedikleri bir sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları içinde diledikleri tip ve muhtevada yapma hususunda özgür oldukları anlamına gelir. Öyleyse bir mal rejimi sözleşmesi yapmak isteyen taraflar, şüphesiz bu sözleşmeyi, kanundaki düzenlemelere uygun olarak ve orada çizilen çerçevenin içinde kalarak yapmak zorundadırlar. Kanunda mal rejimi sözleşmesi için belirlenen muhtevanın dışına çıkılarak ilgili mal rejiminin yapısı bozulmaksızın, sözleşmeye, örneğin mal paylaşımına ilişkin hükümler eklenmiş olması ise mal rejimi türlerinden birini benimsemek ve aynı zamanda eşlerden birine ait bazı malvarlığı değerlerini diğer eşe devretmek isteyen tarafların, “mal rejimi sözleşmesi” ismiyle veya başka bir başlık altında yapacakları sözleşmenin geçersiz kılınmasını gerektirmemelidir.⁴⁰ Şu hâlde,

kalan eşe ait olacağına” dair hükmün yer aldığı uyuşmazlıkta, Yargıtay “müteveffa kocanın bu miras sözleşmesi hükmüyle diğer eşi mirasçı atadığına, sözleşmenin eşler arasında düzenlenmiş olup olumlu miras sözleşmesi olarak ayakta ve eşler açısından geçerli/bağlayıcı olduğuna” hükmetmiştir. Kararda, yasada mal rejiminin konusunun sınırlandırılmış olduğu, buna göre mal rejimi sözleşmesinin sadece yasada sayılan mal rejimi tiplerinden birini seçme, seçilen mal rejimi çerçevesinde kimi malların kişisel mal olarak kabulüyle paylaşım dışı bırakılması, artık değer katılma oranını değiştirme gibi hususların düzenlenmesine yönelik olabileceği, somut uyuşmazlıktaki gibi ölüme bağlı olarak eşlerin terekeleri konusunda yapacakları düzenlemeleri, artık mal rejimi sözleşmesi olarak kabul etmeye yasal imkan bulunmadığı belirtilmiştir (Yarg. HGK., E. 2013/8-1077, K. 2014/664, T. 14.5.2014).

⁴⁰ Yargıtay 8. HD’nin 2010/1159 E., 2010/4951 K. tarihli kararında, tarafların 2001 yılında evlenerek 2005 yılında boşandıkları, 25.12.2002 tarihinde yaptıkları mal ortaklığı sözleşmesinde “evlilik birliği içerisinde edinilen taşınır ve taşınmazların yarı yarıya paylaşılacağını” kararlaştırdıkları, yerel mahkemenin, çözümünde bu sözleşmeyi esas aldığı bir uyuşmazlık ele alınmıştır. Yüksek Mahkeme, “sözleşmenin yapıldığı 25.12.2002 tarihinde yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi olup sözleşmeyle ancak edinilmiş mallara katılma rejimi evlenme tarihinden geçerli olmak üzere geriye götürülebilecektir. 01.01.2002 tarihinden önce mal ayrılığı rejimi geçerli olup somut olayda taraflar; yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin aksine mal ayrılığı sözleşmesi yaparak evlilik birliği içerisinde edinilen taşınır ve taşınmaz mallara yarı yarıya sahip olunacağını kararlaştırmışlardır. Bu açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, taraflar arasındaki sözleşme kanunun öngördüğü koşulları taşımadığından geçerli bir mal rejimi olarak kabul edilemez” ifadelerini kullanmış ve uyuşmazlığın çözümünde tarafların evlendikleri tarihten 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı rejiminin, bu tarihten sonra ise edinilmiş mallara katılma rejiminin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.

kanatımızca mal rejimi sözleşmesi olarak kurulmasına rağmen mal paylaşımına ilişkin hükümler içeren böyle bir sözleşmenin hukuki niteliği tartışılmaya muhtaçtır; buna karşılık hukuki işlemlerin geçersizliğine yol açan genel sebeplerden biriyle sakatlanmış değilse, geçerliliği hususunda bir problem bulunmamaktadır. Başka bir deyişle eklenen bu hükümler, benimsenmek istenen mal rejimi türünün yapısı bozulmadıkça, sözleşmeyi tipik mal rejimi sözleşmesi olmaktan çıkarabilir, ancak kural olarak geçersiz kılmaz.⁴¹

Mal paylaşımına ilişkin hükümler içeren böyle bir sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecek genel sebeplerin başlıcaları arasında ehliyet yokluğu, irade sakatlığı, kanuna veya ahlaka aykırılık sayılabilir.⁴² Bununla birlikte mal paylaşımı hükümleri bakımından özellikle önem taşıyan geçersizlik sebebi, şekil eksikliğidir. Mal paylaşımına ilişkin hükümlerin mal rejimi sözleşmesine dâhil edilmiş olması, bunların geçerliliğinin, mal rejimi sözleşmesinin kanuna uygun olarak noterde düzenleme veya onaylama biçiminde yapılmış olduğu ihtimalde dahi, noterce sağlanan resmiyetin, ilgili hükümlerin niteliği gereği uygulanması gereken şekil şartını karşılayıp karşılamadığına bağlı olması sonucunu doğurur. Buna göre, taraflar mal rejimi sözleşmesine mal paylaşımı hükümleri eklemekle, seçtikleri mal rejiminin yürürlüğünü, öngördükleri paylaşımın gerçekleştirilerek belirli malların mülkiyetinin aralarında el değiştirmesine bağlamışlarsa veya mal rejimi sözleşmesine eklenen bu hükümlerin bir tasfiye anlaşması niteliği taşıdığı kabul edilebiliyorsa, noterde düzenleme veya onaylama biçiminde yapılan sözleşmenin şekil bakımından geçerli olacağı söylenebilir. Bunun aksine, söz konusu hükümlerle belirtilen mal varlığı değerlerinin bir eşten diğerine devrinin amaçlanmış olması ise şekle noter tarafından kazandırılacak resmiyetin, sözleşmenin geçerliliğini sağlamakta yetersiz kalmasına yol açabilir. Amacın mülkiyetin devredilmesi olarak ortaya çıktığı bu ihtimalde, paylaşım konu malın veya malların niteliği, özellikle taşınır veya taşınmaz -ya da devri şekle bağlı başka bir mal- oluşu önem kazanır. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliğinin belirlenmesinde de aslolan, noterde onaylama veya düzenleme biçiminde gerçekleştirilen resmi şeklin, mal paylaşımına ilişkin hükümlerin hukuki niteliği hakkında yapılacak değerlendirmelerde ortaya çıkacak ihtimallerden hangilerinin geçerliliği için yeterli olduğudur. Böylece bu hükümlerle örneğin taşınmazın satışının amaçlanması halinde, buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunluluğu bulunduğu ve sözleşmeye resmiyet kazandırılacak makam da tapu sicil müdürlüğünün yanı sıra noterlik de olabileceğinden, şekil eksikliği probleminin söz konusu olmayacağı düşünülebilir.⁴³ Benzer şekilde, taraf

⁴¹ Mal rejimi sözleşmesine muhtemel bir boşanmaya veya nafakaya ilişkin hükümler eklenebileceği hakkında bkz. Bornhauser (n 10) 290.

⁴² Aynı hususların mal rejimi sözleşmesi özelinde zikredilmesi için bkz. Acar (n 9) 140.

⁴³ 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 23.06.2022 tarihinde kabul edilerek 28.06.2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Anılan düzenleme ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu’na “Noterlerin genel olarak yapacakları işler” başlıklı

iradelerinin taşınmaz satış vaadi yönünde olduğu söylenebilirse, TBK m. 237/II ve Noterlik Kanunu m. 60/I-b.3 düzenlemeleri uyarınca, ilgili hükümlerin şekil bakımından geçerli olacağı sonucuna varılabilir.⁴⁴ Ancak her iki sözleşme bakımından da işlemin noterce düzenleme biçiminde yapılması gerektiği hatırd tutulmalıdır⁴⁵.

B. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tasarrufi Etkisi ve Mal Paylaşımına İlişkin Hükümler Bakımından Durum

Mal rejimi sözleşmesi, tasarruf işlemi niteliği taşır. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasıyla gerçekleşmesi söz konusu olabilecek mülkiyet değişikliği, benimsenen mal rejiminin kanunda öngörülen gereklilikleriyle sınırlı olduğundan, her zaman tarafların arzu ettikleri sonucu sağlamakta yeterli değildir.⁴⁶ Mal ayrılığı rejimi ba-

m. 60/I b.3 hükmüne “Taşınmaz satış sözleşmesi yapmak” ibaresi eklenmiş ve “Taşınmaz satış sözleşmesi” başlıklı 61/A maddesi ihdas edilerek taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabileceği düzenlenmiştir.

⁴⁴ Mal rejimi sözleşmesi başlığıyla noterde akdedilen ancak mal paylaşımı hükümleri içeren böyle bir sözleşmenin, duruma göre ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olarak ayakta tutulması da mümkün olabilir. Nitekim bu ihtimal, Yargıtay tarafından da değerlendirilmiş ve kabul görmüştür. Uyuşmazlık konusu olayda; taraflar 31.03.2002 tarihinde evlenmiş, evlilik işlemi sırasında mal paylaşım anlaşması senedi düzenlenerek nikah memuruna verilmiş, taraflar kesinleşen mahkeme ilamı ile 16.04.2007 tarihinde boşanmışlardır. Boşanma davası sırasında yerel mahkeme taraflar arasında 54 yaş farkı olduğunu, evlenme tarihi itibarıyla taraflar arasında mal paylaşımı sözleşmesinin imzalandığını, bu iki unsur ele alındığında davacının bu evliliği kendisine bakılması amacıyla, davalının da bakım karşılığında bazı malvarlığı değerlerinin verilmesini temin etmek amacıyla yaptıklarının anlaşıldığını, ancak davalının yükümlülüklerine uymadığını ve kusurlu olduğunu belirterek davanın kabulüne, tarafların TMK m. 166/I uyarınca boşanmalarına karar vermiş, bu karar temyiz edilmekle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 09.10.2006 T., 2006/6481 E., 2006/13329 K. sayılı ilamıyla onanmış, karar düzeltme talebi ise reddedilerek karar 16.04.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra açılan alacak davasında yerel mahkemenin kararının temyizi vesilesiyle yeniden Yargıtay’ın önüne geldiği, Yüksek Mahkeme’nin bu defa ilgili sözleşmenin TMK m. 202 hükmü kapsamında belirtilen şekilde olmadığı ve TBK m. 19-m. 20 hükümlerine göre de batıl olduğu sonucuna vararak yerel mahkemenin kararını onadığı belirtilmelidir (bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 2009/5015 E., 2010/2125 K. sayılı kararı). Buna ek olarak, uygulamada mal rejimi sözleşmelerinin çoğu zaman bir miras sözleşmesiyle bağlantılı olarak kurulduğu, bu durumda miras sözleşmesinin daha nitelikli şekil şartlarının mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekli de karşıladığı, bununla birlikte birbirinden tamamen farklı iki sözleşmenin aynı belgede birleştirilmesinin, özellikle sözleşmelerin değiştirilmesine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin belirsizliklere yol açacağından, tavsiye edilebilir olmadığı yönünde bkz. Genna (n 14) 354.

⁴⁵ Bkz. Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8 ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 89.

⁴⁶ Eşlerden birine ait malvarlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakkının sözleşmenin kurulmasıyla kendiliğinden diğer eşe geçmesinin, hâlihazırda TMK’da düzenlenmiş yasal mal rejimi ve seçimlik mal rejimleri arasında yalnızca mal ortaklığı rejiminde söz konusu olduğu belirtilmelidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde “her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir” (TMK m. 223). Mal ayrılığı rejiminde de “eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur” (TMK m. 242). Bu esas, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi bakımından TMK m. 244 hükmünde aynı ifadelerle düzenlenmiştir. Buna karşılık mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar ve eşler, ortaklık mallarına

kımından ise böyle bir mülkiyet değişikliği hiç söz konusu olmamakta, dolayısıyla eşlerin hâlihazırda mevcut malvarlığı dağılımından memnun olmadıkları ihtimalde, mal rejimi sözleşmesi bu memnuniyetsizliğe bir çözüm oluşturamamaktadır. Bu noktada taraflar, bir çözüm yolu olarak, mal rejimi sözleşmesine mal paylaşımına ilişkin hükümler eklemek suretiyle istedikleri malvarlığı dağılımını gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar. Sözleşmeye eklenen hükümlerin, bu sonucun sağlanmasında yeterli olup olmayacağı ise ayrıca değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur.

1. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tasarrufl Etkisi

Mal rejimi sözleşmesinin kurulması, eşlerin sahip oldukları mal varlığı değerlerinin aynı üzerinde doğrudan etkilidir. Sözleşmenin, mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler arasında yer aldığı, TMK m. 706 hükmünden anlaşılmaktadır. Hükme göre “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Ölümüne bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri, kendilerine özgü şekillere tabidir”. TMK m. 716/III hükmünde ise taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişikliklerin, eşlerden birinin istemiyle tapu kütüğüne doğrudan tescil olunacağı ifade edilmiştir.⁴⁷ Gerçekten de mal ortaklığının benimsenmesine ilişkin mal rejimi sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmasını sağlar. Sözleşmenin kurulmasıyla eşler, ortaklığa dâhil mallar üzerinde elbirliğiyle malik olurlar. Sonradan yapılacak tescil bildirici niteliktedir; mülkiyet hakkının kazanılmasını değil, malikin ilgili taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesini sağlar.⁴⁸

Mal rejimi sözleşmesinin tasarrufl etkisinin yalnızca sözleşmenin kanunda belirlenmiş kapsamı bakımından geçerli olduğu belirtilmelidir; sözleşmenin kurulması, ancak benimsenen mal rejiminin, kanuni özelliği sebebiyle mülkiyet değişikliğini gerektirdiği durumlarda böyle bir etkiye yol açar. Bundan dolayıdır ki, örneğin taraflar sözleşmede mal ayrılığı rejimini benimsemiş ve aynı zamanda eşlerden biri üzerine kayıtlı arsanın mülkiyetinin diğer eşe ait olacağını kararlaştırmış olsalar, arsanın mülkiyetinin salt bu sözleşmenin kurulmasıyla intikali söz konusu değildir. Bu sözleşme, olsa olsa malik eşin arsa üzerindeki mülkiyeti diğer eşe devretme yükümlülüğü altına girmesi sonucunu doğurabilir ve dolayısıyla mülkiyetin kazanılması için zorunlu olan tescilin hukuki sebebini oluşturur.⁴⁹

bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar (TMK m. 257/II). Eşler, mal rejiminin kurulmasıyla ortaklık mallarına kendiliğinden elbirliği ile malik olduklarından, bu mallara dâhil taşınmazların tapu kütüğüne tescili de kurucu değil, açıklayıcı tescil niteliği taşımaktadır (Öztan (n 12) 550).

⁴⁷ Acar (n 9) 130; Anıl ve Taner (n 19) 26.

⁴⁸ Dural ve Öğüz ve Gümüş (n 20) 258; Öztan (n 12) 552.

⁴⁹ Sözleşmede yer alan mülkiyetin devrine ilişkin hüküm sebebiyle alacaklı durumundaki eş, bu sözleşmeye dayanarak diğer eşten tescil talebinde bulunmasını isteyebilir ve malik eşin bundan kaçınması halinde mahkemen, mülkiyetin hükmen geçirilmesi talebinde bulunabilir (TMK m. 716/I). Buna karşılık ilgili düzenleme “taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişiklik” mahiyetinde olmadığından, eşin bu sözleşmeyi gerekçe

2. Mal Paylaşımına İlişkin Hükümler Bakımından Durum

Mal rejimi sözleşmesinde yer verilen mal paylaşımına ilişkin hükümlerle eşlerden birine, seçilen mal rejiminin -ki bu rejim çoğunlukla mal ayrılığıdır- yol açtığı olumsuz sonuçların hafifletilmesini sağlamak üzere, sahip olduğu malvarlığı değerlerinden bir kısmını diğer eşe devir yükümlülüğü getirilmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla söz konusu hükümlerle amaçlanan, malvarlığı değerlerinin sınıflandırılmasının veya ait oldukları mal gruplarının belirlenmesinin ötesinde, bunlar üzerindeki mülkiyet hakkının bir eşten diğerine devrinin sağlanması, böylece doğrudan doğruya bu değerler üzerinde tasarruf edilmesidir. Bununla birlikte, salt bu hükümleri de içeren mal rejimi sözleşmesinin kurulmuş olması, istenen mal paylaşımının gerçekleşmesi için yeterli değildir. Özellikle taşınmazlar söz konusu olduğunda, şekil eksikliği sebebiyle satış veya bağışlama olarak geçerli kılınması mümkün olmayabilecek bu hükümler, taraf iradelerine uygun olmak kaydıyla taşınmaz satış vaadi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi veya bir ölüme bağlı tasarruf ya da geciktirici koşul niteliğiyle geçerli kabul edilebilir. Ancak bu ihtimallerin hiçbirinde mal paylaşımına ilişkin hükümler, mal rejimi sözleşmesinin sahip olduğu aynı etkiyi yaratmaz; örneğin erkek eş üzerine kayıtlı iki arsadan birinin kadın eşe devredileceğine ilişkin mal paylaşımı hükmü içeren mal ayrılığı sözleşmesinin kurulmasıyla, ilgili arsanın mülkiyeti kadın eşe intikal etmiş olmaz. Bu sebeple hukuki nitelendirmeden bağımsız olarak, mal rejimi sözleşmesi içinde yer alan mal paylaşımı hükümlerinin aynı etkiye sahip olmadığı, başka bir deyişle bu hükümleri içeren mal rejimi sözleşmesinin kurulmasıyla eşlerin sahip oldukları malvarlığı değerlerinin aynına doğrudan etki edilemeyeceği sonucuna varılmalıdır.⁵¹

göstererek arsanın tapu kütüğüne doğrudan kendi adına tescil edilmesini sağlaması mümkün değildir (TMK m. 716/III).

⁵⁰ Stöckli (n 17) 87.

⁵¹ Mal rejimi sözleşmesinde yer verilen mal paylaşımı hükümlerinin etkisi, taraf iradelerine ve dolayısıyla bunların hukuken nasıl nitelendirileceğine göre farklılık gösterir. Geçerli bir taşınmaz satış vaadinin varlığı kabul edilirse, vaat alacaklısı bu sözleşmeye dayanarak vaat borçlusundan ilgili taşınmazın kendisine devri için tapu sicil müdürlüğünde asıl satış sözleşmesinin yapılmasını talep edebilir. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de bakım alacaklısının bakım borçlusuna devretmeyi üstlendiği her bir malvarlığı değerinin mülkiyetinin geçirilmesi için ilgili değer niteliğinin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin yapılması gerekir (Şebnem Akipek Öcal, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi’ (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 86; Simge Aksu Kayacan, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları’ (2019) 21(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353, 360). Mal paylaşımına ilişkin hükümle taraflardan birinin diğer tarafa belirli mal vasiyetinde bulunmayı amaçladığı kabul edildiği takdirde vasiyet alacaklısı mirasbırakanın cüzi halefi olduğundan, ölümle birlikte vasiyet edilen şey üzerinde doğrudan hak kazanmaz, sadece mirasçılara karşı vasiyet borcunun yerine getirilmesine ilişkin bir alacak hakkı elde eder. Nihayet geciktirici koşulun varlığı da sözleşmede benimsenen mal rejiminin kararlaştırılan koşul gerçekleşmeden yürürlüğe girmemesi sonucunu doğurur. Bununla birlikte tarafların mevcut sözleşmeye dayanarak koşulun gerçekleşmesini sağlamaları, başka bir ifadeyle sözleşmeyi taşınmaz mülkiyetinin devri için varlığı gereken hukuki sebebi karşılamak üzere kullanmaları mümkün değildir.

C. Mal Paylaşımına İlişkin Hükümlerin Mal Rejimi Sözleşmesine Etkisi

Mal rejimi sözleşmesinde aslanan, eşlerin aralarında geçerli olacak mal rejiminin türünü belirlemeleridir. Kanun koyucu, seçilen mal rejiminde bazı hususların kanunda düzenlenenden farklı kararlaştırılmasını da konuyu düzenleyen hükümlerle izin verdiği ölçüde mümkün kılmıştır. Bununla birlikte uygulamada mal rejimi sözleşmesi kapsamında, bu ölçüyü aşan, başka anlaşmaların da yer aldığına rastlanmaktadır. Bu anlaşmaların ve özellikle mal paylaşımına ilişkin hükümlerin, mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliği üzerindeki etkisi ve taraflar arasındaki sözleşmeyi mal rejimi sözleşmesi olmaktan çıkarıp çıkarmayacağı, sözleşmenin şekline ve muhtevasına ilişkin sınırlamalar karşısında, tartışılması gereken başka bir husustur.⁵²

Taraflarca konulan isim ve uygulanan şekil ne olursa olsun, sözleşmenin türünün ve muhtevasının belirlenmesinde, yanlışlıkla veya gerçek amacın gizlenmesi için kullanılan sözcüklere bakılmaksızın, tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK m. 19/I). Buna göre, taraflar kendi aralarında seçimlik mal rejimlerinden birini benimsemek üzere anlaşma sağlamışlarsa ve bu yöndeki sağlıklı ve gerçek iradelerini mal rejimi sözleşmesi için aranan şekil şartına uygun olarak açıklamışlarsa, bu irade açıklamalarının geçerli olmadığını ileri sürmek için bir sebep yoktur. Bununla birlikte, mal rejimi sözleşmesine eklenen mal paylaşımına ilişkin hükümlerin, sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirebileceğini kabul etmek gerekir. Zira mal rejimi sözleşmesi, özünde eşler arasında akdedilen, iki taraflı, şekle tabi bir hukuki işlemde başka bir şey değildir.⁵³ Bu sözleşmenin esaslı unsurları, TMK m. 203 hükmünde “istenilen mal rejiminin kanunda yazılı sınırlar içinde seçilmesi, kaldırılması veya değiştirilmesi” olarak belirlenmiştir. Eşlerin bu sözleşmede mal rejiminin seçilmesi, kaldırılması, değiştirilmesi dışında başka hususlara da yer vermeleri, benimsenmek istenen rejimin yapısı bozulmadıkça, mal rejimine ilişkin düzenlemeleri ve kural olarak bu sözleşmeyi geçersiz kılmaz, ancak farklı sözleşmelere ait unsurlar bir araya getirilmiş olduğundan, burada artık kanun koyucunun “mal rejimi sözleşmesi” tanımının dışına çıkmış ve bir isimsiz sözleşme yaratılmış olur.⁵⁴ Şüphesiz böyle bir sonuca varılabilmesi için taraflarca mal rejimi sözleşmesine eklenen hükümlerin, aynı belge içinde kurulmuş ikinci bir sözleşme olmaktan

⁵² Mal rejimi sözleşmesine eklenen hükümlerin, seçilen mal rejiminin yürürlüğe girmesi bakımından geciktirici veya bozucu koşul oluşturmaları halinde, sözleşmenin hukuki niteliğini etkilemeyeceği açıktır. Tarafların mal ayrılığı rejiminin geçerliliğini eşlerden biri üzerine kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin diğerine devrine bağladığı bir örnekte, mülkiyetin devri, mal ayrılığı rejiminin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının bağlandığı bir geciktirici koşuldur. Geçerliliğinin koşula bağlanmış olması sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirmez, başka bir ifadeyle geciktirici koşulun varlığı, mal rejimi sözleşmesinin tipikliğine zarar vermez, onu kanunda tanımı yapılmış ve unsurları gösterilmiş olan sözleşme tipinin dışına çıkarmaz.

⁵³ Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 68; Öztan (n 12) 400; Bornhauser (n 10) 290; Acar (n 9) 130.

⁵⁴ Bornhauser (n 10) 291; Stöckli (n 17) 87. Bu isimsiz sözleşmenin terminolojik karışıklığı önlemek için “Ehevertrag” yerine “Familienvertrag” şeklinde isimlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Bornhauser (n 10) 291.

çıkartılıp mal rejimi sözleşmesinin bir parçası haline getirilmiş olması zorunludur; mal paylaşımı hükümleri, kendilerine asli unsur niteliği kazandırılmış olmadıkça, mal rejimi sözleşmesinin tipikliğine zarar vermez.⁵⁵ Taraflarca mal rejimi sözleşmesine mal paylaşımına ilişkin hükümler eklenmek suretiyle oluşturulan bu yeni sözleşmenin, isimsiz sözleşme türlerinden hangisine dâhil edileceği hususunda ise kanun koyucunun, mevcut kanuni ve seçimlik mal rejimlerinin yapılarının bozulmaması hususundaki hassasiyeti dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Mal rejimi açısından geçerli olan tipe bağlılık kuralı, tarafların farklı mal rejimlerinden bazı kuralları alıp karma bir mal rejimi sözleşmesi yaparak özel bir mal rejimi meydana getirmelerine engeldir.⁵⁶ Aksine hareketin müeyyidesi ise geçersizlik olarak ortaya çıkar. Buna karşılık, benimsenmek istenen mal rejiminin kanuni yapısı ve özellikleri muhafaza edilmek kaydıyla mal rejimi sözleşmesinde başka hususların da düzenlenmesi, örneğin eşlerden birinin mülkiyeti altındaki bazı malvarlığı unsurlarının diğer eşe devrinin kararlaştırılması, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde mümkün olmalıdır. Böyle bir durumda tipe bağlılık kuralı ihlal edilmiş olmaz, zira benimsenmek istenen mal rejiminin özüne dokunulmamıştır. Mal rejiminin yapısını koruma zorunluluğu, mevcut rejimin özellikleri üzerinde değişiklik yapılmasını gerektiren bir isimsiz sözleşme oluşturulmasını engeller. Başka bir deyişle, eşlerin bir taraftan mal rejiminin kanuni tipini muhafaza ederken bir taraftan da istedikleri diğer düzenlemeleri, bir karma sözleşme akdetmek suretiyle yapabilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple kanaatimizce mal paylaşımına ilişkin hükümler içeren mal rejimi sözleşmelerinin bileşik sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir. Bileşik sözleşmede, karma sözleşmelerden farklı olarak mal rejimi sözleşmesinin tek tek unsurlarına ayrılarak bu unsurlardan bazılarının çıkartılması ve kalanların başka bir sözleşmenin unsurlarıyla birleştirilmesi, böylece kanun koyucunun oluşturduğu yapının değiştirilmesi ve mal rejiminin bütünlüğünün bozulması söz konusu değildir. Aksine, bir araya getirilen sözleşmeler hukuki bağımsızlıklarını tamamen koruduklarından, mal rejiminin sözleşmesinin muhtevasının düzenlenmesi hususunda kanunda tanınan, oldukça sınırlı özgürlük alanının dışına çıkılmamış olmaktadır.⁵⁷

SONUÇ

Mal rejimi sözleşmesi, eşlerin seçimlik mal rejimlerinden birini benimsemek üzere akdettikleri sözleşmedir. Geçerliliği için tarafların ayırt etme gücüne sahip olması, küçük veya kısıtlılar bakımından kanuni temsilcinin rızasının alınması ve

⁵⁵ Esasen mal rejimi sözleşmesi resmi senet biçiminde yapıldığından, eşlerin malvarlıklarına ilişkin bağış, ödünç, iş sözleşmesi gibi bütün diğer anlaşmalarını aynı belge içinde fakat ayrı birer sözleşme olarak yapmaları mümkündür. Bu durumda bu anlaşmalar mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliğini etkilemeyeceği gibi mal rejimi sözleşmesinin şekil şartına dahi tabi olmaksızın kurulurlar (Genna (n 14) 352; Curmally ve Wolf (n 10) 120; Jungo (n 3) 587).

⁵⁶ Öztan (n 12) 397; Hausheer ve Reusser ve Geiser (n 3) 68.

⁵⁷ Aynı sonucun mal rejimi sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler eklenmesi özelinde kabulü için bkz. Bornhauser (n 10) 311.

sözleşmenin noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Sözleşmenin amacı, seçimlik mal rejimlerinden birinin benimsenmesidir. Kanun koyucu tercih edilen mal rejiminin seçilmesinin, kaldırılmasının veya değiştirilmesinin yalnızca kanunda yazılı sınırlar içinde gerçekleştirilebileceğini hükme bağlayarak, mal rejimi sözleşmesinin kapsamını daraltmıştır. Mal rejimi sözleşmesiyle kanunda yer almayan bir rejimin mal rejimi olarak benimsenmesi mümkün olmadığı gibi seçimlik mal rejimleri üzerinde yapılabilecek muhtemel değişikliklerin de ilgili mal rejiminin esasını etkileyecek nitelikte olmaması gerekir. Mal rejimi sözleşmesinin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık sözleşmenin geçmişe yürütülüp yürütülemeyeceği hususu tartışmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10 hükmünün lafzı sebebiyle öngörülen bir yıllık geçiş döneminin sona ermesinden sonra artık mal rejimi sözleşmelerinin kanuni mal rejiminin kabulüne ilişkin olsa bile geçmişe etkili olamayacağı savunulmakta ise de kanaatimizce söz konusu hükmün emredici nitelik taşımadığı ve mal rejiminin geçmişe etkili kılınması hakkındaki bir sözleşme bakımından kanuna veya kamu düzenine aykırılığın söz konusu olmadığı, dolayısıyla eşler arasında yapılan ve kanuni ya da seçimlik mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasını öngören anlaşmaların geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Mal rejimi sözleşmesiyle benimsenebilecek rejimlerin esasları kanunda bir hayli kesin çizgilerle belirlenmiş olduğundan, uygulamada tarafların mal rejimi sözleşmesine, seçilen rejimin özelliği sebebiyle nispeten kötü duruma düşecek olan eşe bazı avantajlar sağlamak amacıyla mal paylaşımına ilişkin hükümler eklediklerine rastlanmaktadır. Böyle bir durumda eklenen bu hükümlerin geçerliliği, mal paylaşımının gerçekleşmesine etkisi ve mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliğini değiştirip değiştirmeyeceği, tartışılmaya değer önemli hususlar olarak ortaya çıkar. Özellikle eşlerden biri üzerine kayıtlı taşınmazların mevcut olduğu ve tarafların aralarında geçerli mal rejimini belirlerken aynı zamanda bu taşınmazların diğer eşe ait olacağını kararlaştırdıkları bir sözleşmede, bir taraftan mal rejimi sözleşmesinin muhtevasının esasen kanunun sınırlandırılmış oluşu bir taraftan da taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekle bağlılığı, bu tartışmayı daha kapsamlı hale getirmektedir.

Mal rejimi sözleşmesinin muhtevası kanunla belirlenmiş ve “mal rejiminin seçilmesi, kaldırılması ve değiştirilmesinin, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde gerçekleşebileceği” hükme bağlanmıştır (TMK m. 203). Bu hükümden hareketle sözleşmenin esaslı unsurlarının “istenilen mal rejiminin kanunda yazılı sınırlar içinde seçilmesi, kaldırılması veya değiştirilmesi” olarak belirlendiği söylenebilir. Kanaatimizce eşlerin kendi aralarında seçimlik mal rejimlerinden birini benimsemek üzere anlaşma sağlamış ve bu yöndeki sağlıklı ve gerçek iradelerini mal rejimi sözleşmesi için aranan şekil şartına da uyarak açıklamış olmaları halinde, sözleşmeye eklenen hükümler sebebiyle bu irade açıklamalarının geçerli olmadığını ileri

sürmek için bir sebep yoktur. Başka bir deyişle eşlerin aralarındaki sözleşmede mal rejiminin seçilmesi, kaldırılması, değiştirilmesi dışında başka hususlara da yer vermeleri, mal rejimine ilişkin düzenlemeleri ve kural olarak bu sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Bununla birlikte mal rejimi sözleşmesine eklenen mal paylaşımına ilişkin hükümlerin, sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirebileceğini kabul etmek gerekir. Eklenen bu hükümler, aynı belge içinde düzenlenmiş iki ayrı sözleşme olmaktan çıkılarak mal rejimi sözleşmesinin bir parçası haline getirildiği takdirde artık kanun koyucunun “mal rejimi sözleşmesi” tanımının dışına çıkılarak yeni ve isimsiz bir sözleşme yaratılmış olmaktadır. Bu sonucun istisnası, mal rejimi sözleşmesine eklenen hükümlerin, aynı belge içinde düzenlenmiş, hukuken diğerinden bağımsız ikinci bir sözleşme veya seçilen mal rejiminin derhal yürürlüğe girmesini engellemeye yönelik bir geciktirici koşul oluşturmastır.

Mal rejimi sözleşmesinde yer alan ve belirli malvarlığı değerlerinin taraflar arasında paylaşılmasına ilişkin olan hükümlerin hukuki niteliği değerlendirilirken birkaç farklı ihtimal dikkate alınmalıdır. Bunlardan birincisi, bahis konusu malvarlığı değerlerinin sözleşme kurulduğu sırada zaten ilgili eşin mülkiyetine tabi olup olmadığıdır. Eşler belirli malvarlığı değerlerinin aynı üzerinde tasarruf etmeyi değil de bunların mal rejimi hukuku anlamında niteliklerini belirlemek istemişlerse, bu yöndeki hükümler mal rejimi sözleşmesinin mutlak muhtevasına dâhildir; mal rejimi sözleşmesinde eşlerin mallarının hangi mal sınıfına gireceği kararlaştırılabilir. Buna karşılık mal rejimi sözleşmesinde yer alan hükümlerle eşlerden birine ait olan malvarlığı değerlerinin diğer eşe devri amaçlanmışsa, bu noktada artık devir konusu malvarlığı değerlerinin taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğu ve devrin ivazlı mı yoksa ivazsız mı yapılacağı üzerinde durmak gerekir. Bu çerçevede mal paylaşımına ilişkin hükümlerin hukuki niteliğinin bir tasfiye anlaşması, satış, taşınmaz satış vaadi, bağışlama vaadi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi veya bir ölüme bağlı tasarruf olabileceği düşünülebilir. Niteliği itibarıyla bu ihtimallerin uzağında kalmakla birlikte tarafların eşlerden biri üzerine kayıtlı bazı malvarlığı değerlerinin mülkiyetinin diğer eşe geçirilmesini, seçilen mal rejiminin yürürlüğe girmesi için bir geciktirici koşul olarak kararlaştırmaları da mümkündür. Her halde, bu hükümlerin ancak noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması mümkün olan bir sözleşme ile nitelendirildiği veya bir geciktirici koşul olarak belirlendikleri kabul edilebildiği takdirde geçerli olabilecekleri belirtilmelidir.

Temas edilmesi gereken bir başka husus, mal rejimi sözleşmesine eklenen mal paylaşımı hükümlerinin tasarrufi etkiye sahip bulunmadıklarıdır. Bu hükümlerin etkisi, taraf iradelerine ve dolayısıyla bunların hukuken nasıl nitelendirileceğine göre farklılık gösterirse de her halde mal paylaşımına ilişkin hükümleri içeren mal rejimi sözleşmesinin kurulmasıyla eşlerin sahip oldukları malvarlığı değerlerinin aynına doğrudan etki edilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Acar F, ‘Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri’ (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 143-156.

_____, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. bs Seçkin Yayıncılık 2021).

Akıncı Ş, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Me-seleler ve Çözüm Önerileri’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 165-190.

Akipek Öcal Ş, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi’ (2018) 6(1) Kadir Has Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-91.

Aksu Kayacan S, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Gü-vence Sağlamaya Yönelik Hakları’ (2019) 21(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353-395.

Aldemir İB, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (Oniki Levha Yayınları 2018).

Anıl YŞ ve Taner Y, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri* (Legal Yayıncılık 2011).

Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin Yayınları 2019).

Aydos O, ‘Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araş-tırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 383-395.

Bornhauser PR, ‘Kombinierte Ehe-/Erbverträge – Chancen und Risiken’ (2013) 94 Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR) 289-312.

Curmally A ve Wolf S, ‘Arbeitskreis 2: Ehevertragsgestaltung im Hinblick auf Scheidung’ in Schwenzer I ve Büchler A ve Fankhauser R (eds), *Siebte Schweizer Familienrechtstage* (Bern 2014) 117-132.

Dural M ve Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019).

Eggel M, ‘Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflö-sung durch Scheidung oder Tod’ (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90-102.

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2019).

Ertaş Ş, ‘Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiye-sinde Bazı Hukuki Sorunlar’ (2014) 15 Özel Sayı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 915-932.

Fankhauser R, ‘Die Errungenschaftsbeteiligung und -gemeinschaft am Beispiel der Schweiz’ (2016) 2 Zeitschrift des Juristinnenbundes (djBZ) 59-62.

Genna GS, ‘Allgemeine Vorschriften des ehelichen Güterrechts, Art. 181-195a ZGB’ in Jolanta Kren Kostkiewicz JK ve Wolf S ve Amstutz M ve Fankhauser R (eds), *Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar* (Orell Füssli Verlag AG 2016).

Grassinger GE, ‘Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı’ (1997) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 235-242.

Günergök Ö, ‘Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi’ (2002) 6(1-4) 333-342.

Hausheer H ve Reusser R ve Geiser T, ‘Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB’ in Meier-Hayoz A (ed.), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1* (Stämpfli Verlag AG 1992).

Hegnauer C ve Breitschmid P, *Grundriss des Eherechts*, (Stämpfli Verlag AG 2000).

Jungo A, ‘Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG’, in Breitschmid P ve Jungo A (eds), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess Juristische Medien AG, 2016).

Kılıçoğlu A, *Medeni Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler* (Turhan Kitabevi 2004).

Öncü Ö, ‘Eşlerin ‘Anlaşmalı Boşanma’ Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar’ (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan 793-835.

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Schwander I, ‘Eheverträge - zwischen ‘ewigen’ Verträgen und Inhaltskontrolle’ (2003) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 572-573.

Schwenzer I, ‘Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen’ (2005) FamPra.ch 1 1-11.

Stöckli H, ‘Die Ehevertragsfreiheit und ihre Schranken’ in Rumo-Jungo A ve Pichonnaz P (eds.), *Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf; Symposium zum Familienrecht 2007* (Universität Freiburg Zürich 2008) 85–102.

Şıpka Ş, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (Oniki Levha Yayınları 2013).

Widmer CL, ‘Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen’ (2009) 145 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 419-458.

Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Seçkin Yayıncılık 2021).

SİGORTA TAHKİM SÜRECİNE KISA BİR ELEŞTİRİ

A Brief Critique of the Insurance Arbitration Process

Mehmet Çelebi CAN*

Özet

Sigorta tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sigorta uyuşmazlıkları bakımından her geçen gün önemini artırmaktadır. Kendine özgü mevzuat hükümleri ile şekillenen Sigorta Tahkim Komisyonu ve tahkim uygulamasının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bağlamındaki *tahkim rejiminden* mahkemeler nezdindeki *yargılama sistemine doğru* pozitif şekilde ayrışması, 2020 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı sonrası hızlanmış, 2025 yılı başında bireysel başvuru neticesinde verilen Anayasa Mahkemesi Kararı ile de farklı bir boyut kazanmıştır. Bu çalışmada sigorta tahkim süresine dair bazı eleştirilerimiz sıralanmıştır. Amacımız sistemin mevcudiyetine karşı bir eleştiri değil bilakis söz konusu pozitif ayrışmanın sürdürülebilir olmasına katkı sağlamaktır. Sigorta tahkim kurumunun kurumsallaşan yapısı ve izlenen pozitif seyir sayesinde, “iş hukuku uyuşmazlıklarında”, “tüketici hukuku uyuşmazlıklarında” ve “bireysel müşterilerin banka ve finans kurumlarıyla olan uyuşmazlıklarında” olduğu gibi kendi alanında zaten düzenlenmiş olup da etkinlik sağlayamamış özel hakem/tahkim süreçlerinin de kurumsallaşması tetiklenecektir. Hem sigorta tahkime dair olası yasal düzenleme çalışmalarına hem de sayılan alanlarda sigorta tahkim benzeri kurumsal müesseselerin oluşumuna yönelik yasal düzenlemelere kapının aralanmasına, buradaki kısa eleştirilerin katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Sigorta, tahkim, sigorta tahkim komisyonu, zorunlu deprem sigortaları, arabuluculuk

Abstract

Insurance arbitration has been gaining increasing importance as an alternative dispute resolution method in insurance-related disputes. Shaped by its own distinct legislative framework, the Insurance Arbitration Commission and arbitration practice have positively diverged from the *arbitration regime* governed by the Code of Civil Procedure towards a model more closely aligned with *judicial proceedings*, a divergence that gained momentum following the unified decision of the Court of Cassation in 2020 and acquired a new dimension with the Constitutional Court’s decision rendered in early 2025 in response to an individual application. In this study, certain criticisms regarding the duration of insurance arbitration proceedings are set forth. Our objective is not to criticize the existence of the system itself, but rather to contribute to the sustainability of this positive divergence. By virtue of the institutional structure of the insurance arbitration mechanism and its positive trajectory, the institutionalization of special arbitration processes -already subject

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 04.06.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, celebi.can@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7177-6998>



to regulation yet currently underutilized- in areas such as “labor law disputes”, “consumer law disputes”, and “disputes between individual clients and banking/financial institutions” may also be triggered. It is our view that the concise criticisms set forth herein may contribute not only to prospective legislative reforms concerning insurance arbitration, but also to paving the way for the establishment of institutionalized mechanisms akin to insurance arbitration in the aforementioned fields.

Keywords: Insurance, Arbitration, Insurance Arbitration Commission, Compulsory Earthquake Insurance, Mediation

GİRİŞ

Huzurdaki çalışmanın konusu ve kapsamı belirlenirken, aslında bugüne kadar pek çok kez üzerinde kalem oynatılan bir kurum hakkında yeni ne söylenebilir kaygısı taşımamak olağan dışı olurdu. Ancak sigorta sektöründeki gelişmeler, sektörde güncel olanı sürekli değiştirmektedir. Bu dinamizm nedeniyle de, ne zaman yazı yazılırsa yazılsın, o çalışmayı özgün kılabilecek bir potansiyel bulunmaktadır. Sektöre dair önemli kurumlardan biri de sigorta tahkim kurumudur. Bu kurum da tıpkı içinde bulunduğu sigorta sektörü gibi aynı dinamizmi içinde barındırır. Dolayısıyla sigorta tahkim sürecine her daim bir bakış atmak ve kısa bir eleştiri yapmak mümkündür ve yararlıdır.

Uluslararası uygulamalardaki “Ombudsmanlık Sistemi”nin¹ işleyişinin esas alındığı, Sigortacılık Kanunu m. 30/23 atfıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde şekillendirilen, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı² ile yargılama sisteminde kendine özgü istisnai bir yer bulan *sigorta tahkim sistemi*, 2024 yılı sonu itibari ile üye sayısının - Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK)³, Tarım Sigorta Havuzu (TARSİM)⁴ ve Güvence Hesabı⁵ ile birlikte 39 şirketin de katılımıyla - 42’ye ulaştığı, hayat dışı ve hayat

¹ Alman sigorta sektöründe uygulanan Ombudsmanlık hakkında ayrıntılı bilgi verilen çalışmada sigorta hukukunda ombudsmanlığın çıkışı başlığı altında Alman hukuku ile sınırlı olmayacak şekilde karşılaştırmalı hukuka dair bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, ‘Alman Hukukunda Sigorta Hukuku Ombudsmanlığı’ (2008) 24(3), Batider 309-328, 310-311. Sigorta tahkim sistemine dair aşağıda yer verilen kanun gerekçesinden de görüleceği üzere işleyişi esas alınan sistem Ombudsmanlık olmakla birlikte, oradaki gibi uzlaştırmaya dönük bir sistemin sigorta tahkiminde kurulmadığı ve uygulamasında da anlaşmanın neredeyse hiç olmadığı, sigorta tahkime gelen her başvurunun yargılama sonucu verilen kararlar ile son bulduğu eleştirileri için bkz. Samim Ünan, *Sigorta Tüketici Hukuku* (B.1 , On İki Levha Yayınları 2016) 249, 250.

² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19.06.2020 tarihli 2019/4 Esas ve 2020/1 Karar sayılı karar özeti: “5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi ile kurulan Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti’nin bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra itiraz üzerine verilen kararlarının temyiz yoluna tabi olduğuna ilişkin karar verildi.” şeklindedir. RG, 11.11.2020, S. 31301.

³ Sisteme 03.04.2010 tarihinde dahil olmuştur.

⁴ Sisteme 04.03.2013 tarihinde dahil olmuştur.

⁵ Sisteme 16.01.2013 tarihinde dahil olmuştur.

branşlarında yıllık toplam 615.303 başvurunun yapıldığı, sigorta uyuşmazlıklarının çözümünde düne göre daha etkin bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

Sigorta tahkim sürecine ilişkin temel düzenleme 5684 sayılı *Sigortacılık Kanunu*⁷ olmakla birlikte ikincil düzenleme *Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik*⁸'tir. Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 17.08.2007 tarihinden itibaren dokuz kez değişikliğe uğradığı görülmektedir. İlk paragrafta bahsedildiği üzere sigorta sektöründe olduğu gibi sigorta tahkim kurumunda da mevcut olan dinamizm, sürekli şekilde mevzuat değişiklikleri ile karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bu iki düzenlemenin yanı sıra bazı tali düzenlemeler de mevcuttur. Bunların yanı sıra sigorta tahkimdeki dinamizme etki eden bir diğer faktör ise Yargıtay ihtisas dairesi kararlarıdır.

Bu çalışmanın hazırlanmasını tetikleyen husus; gündemde olan -bu sefer ikincil düzenlemelerle yetinilmeyecek şekilde yasal düzenleme düzeyindeki- mevzuat değişikliğine yönelik çalışma gruplarına katkı sağlamak amacıyla sigorta tahkim sürecine dair güncel bir kısa eleştirinin yapılmasının faydalı olacağı kanaatimizdir. Türk literatüründe pek çok kez hakkında kalem oynatılan sigorta tahkim kurumuna, çalışmamızda yer alan tespitlerimiz ile birlikte ayrıca Yargıtay ihtisas dairelerinin kararları perspektifinde güncel bir kısa eleştiri de biz getirmekteyiz. Bu eleştirilerin sigorta tahkim sürecinin kurumsallaşan yapısını geliştireceği ve gündemde olan mevzuat çalışma gruplarına katkı sağlayacağı hem de kendine özgü özel hakem/ tahkim süreci olan “iş hukuku uyuşmazlıklarında ki”, “tüketici hukuku uyuşmazlıklarında ki” ve “bireysel müşterilerin banka ve finans kurumlarıyla olan uyuşmazlıklarında ki” yapıların kurumsallaşmasını ve yasal alt yapısının oluşmasını tetikleyeceği kanaatindeyiz.

Sigorta tahkim sistemine dair burada dile getireceğimiz eleştiriler, her geçen gün popülerliği artan bu kuruma karşı olası güven kaybının önüne geçmek için yapılmaktadır. Sorunların kaynağına bakıldığında, bazen mevzuat eksikliği bazen mevcut mevzuat hükmünün düzenleniş biçimi bazen de uygulayıcıların –özellikle de hakemlerin- tutumları karşımıza çıkmaktadır. İşbu çalışmada sigortacılıkta tahkim yargılamasında önemli görülen bir kısım sorunları ortaya koymayı ve ilgililerin – mevzuat değişikliklerine yönelik gündemde olan çalışma gruplarının ve tahkimdeki süljelerin- dikkatini bu hususlara çekmeye çalışacağız.

İnceleyeceğimiz konulardan ilki, *Sigorta Tahkim Yargılamasına Özgü Mevzuat-taki Eksiklikler* başlığı altında, sigortacılıkta tahkim sisteminin kendine özgü yasal bir düzenlemesinin olmaması ve buna bağlı olarak hakemler arasında uyum ve istikrar kazanan uygulamaların gelişmemesi eleştirilmektedir. Sonra, *Sigorta Tahkim*

⁶ Komisyona yapılan başvuru sayısı 2023 yılında 563.409 olurken; 2024 yılında yapılan başvurular 2023 yılına göre %9,21 oranında bir artışla 615.303'e yükselmiştir. İstatistikler için bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu 2024 Faaliyet Raporu 9, 22. <https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20WEb.pdf> E.T:01.05.2025.

⁷ RG, 03.06.2007, S. 26552.

⁸ RG, 17.08.2007, S. 26616.



Komisyonuna Yapılan Başvurular başlığı altında, Sigorta Tahkim Komisyonunun tanınırlığı ve sıklıkla başvuru yapılan (hasar, değer kaybı, cismani tazminatlar) konular hakkında değerlendirmeler ile tahkim dosyalarında karşılaşılan sorunlar, alt başlıklar halinde ele alınacaktır. Üçüncü konu olarak, *Zorunlu Deprem Sigortaları* özelinde tazminat davalarında verilen kararlar bağlamında, Doğal Afet Sigortaları Kurumuna karşı açılan zorunlu deprem sigortasından doğan tazminat istemlerinde kesinlik sınırının altında kalan dosyalar ile temyiz incelemesine tabi olan dosyalar arasında uygulama birliğinin olmaması incelenecektir. En son başlıkta ise *sigorta tahkim yargılamasında arabuluculuğun görünümü*⁹ kapsamında, arabuluculuk anlaşılamama tutanağının, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97 ve Sigortacılık Kanunu'nun 30/13'üncü maddeleri gereği dava açmadan önce yerine getirilmesi gereken müra-caat ön koşulunu sağlayıp sağlamadığı sorununa ve tahkim ön şartı arabuluculuk tartışmalarına yer verilecektir.

I. SİGORTA TAHKİM YARGILAMASINA ÖZGÜ MEVZUATTAKİ EKSİKLİKLER

A. Genel Olarak

Sigorta tahkim sürecine ilişkin mevzuat denildiğine, ilk olarak 5684 sayılı *Sigortacılık Kanunu (SK)* ile yapılan atıf nedeniyle birlikte ele alınması zorunlu olan 6100 Sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*¹⁰; sonrasında da ikincil düzenleme olan *Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik* karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli tali düzenlemeler arasında bir örnek verilmesi gerekirse de *Sigortacılık Kanununun 30 uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ*¹¹ zikredilebilir. Tahkim sürecine ilişkin mevzuat hükümleri ile sigorta uyuşmazlıklarının çözümüyle ilgili mevzuat hükümlerinin birbirinden farklı olduğunu belirtmeye gerek bulunmamaktadır. Burada anılan mevzuat ilk ifade edilenle sınırlı olup, ihtilafların çözümünde sıklıkla uygulanan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 6305 Sayılı Afet Sigortaları Kanunu vb. yasal düzenlemeler çalışma kapsamında değildir.

Sigortacılık Kanunu m. 30, yirmi dört fıkradan müteşekkildir. 13.06.2012 tarihli 6327 sayılı Kanun, 03.04.2013 tarihli 6456 sayılı Kanun ve 22.07.2020 tarihli 7251 sayılı Kanun olmak üzere üç defa değişikliğe uğramıştır.

Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik maddelerinde yapılan değişikliklerin tarihlerine baktığımızda, sırasıyla 24.07.2013, 09.01.2016, 14.06.2018, 18.04.2019,

⁹ Çalışmadaki bu bölüme dair tespitlerin bir kısmı, 15 Ekim 2021 tarihli “*Sigorta Hukukunda Arabuluculuk*” başlıklı “<<https://www.youtube.com/watch?v=7tIU0mhDdJs>>” adresinde sunulan programda tarafımızca verilen sözlü tebliğde de işaret edilen hususlardır.

¹⁰ RG, 04.02.2011, S. 27836 olmakla birlikte kabul tarihi 12.01.2011 ve esas yürürlük tarihi 01.10.2011'dir.

¹¹ RG, 16.04.2022, S. 31811.

15.06.2019, 10.08.2021, 25.09.2021, 22.04.2022 ve 07.06.2023 tarihli dokuz değişikliğe rastlarız. 12.09.2009 yılında Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan ilk başvuru baz alındığında bu tarihten sonra yapılan mezkur değişiklikler son derece dikkat çekicidir. Bu değişikliklerden ilk ikisi arasında yaklaşık altı hafta vardır. Üst üste yapılan bu değişiklikler sonrasında da henüz yedi ay geçmiş olmasına rağmen üçüncü bir değişiklik yapılması gerekmiştir. Bu düzenlemelerin altında yatan sebep, huzurdaki çalışmamızda yer alan tespitlerle doğrudan ilgili olmasa da dolaylı şekilde sigorta tahkim sistemini etkileyen dinamikleri göstermesi bakımından anlamlıdır. Bu noktada halihazırda Sigortacılık Kanunu 30. maddesinde değişikliğe gidilmesine ve hatta ayrı bir kanun olarak 30. madde içeriğinin düzenlenmesine yönelik çeşitli çalışma gruplarının varlığı konuyla ilgilenenlerin kulağına çalınmaktadır. Sigortacılık tahkime yönelik yasal düzenlemenin nasıl hayata geçeceği de yukarıda anılan değişiklikleri tetikleyen dinamiklerle yakından ilgilidir.

Bu kısımda ayrıca, 2025 mayıs ayı sonuna doğru beklenen ve huzurdaki çalışma yayımlandığında yürürlüğe girmesi kuvvetle muhtemel olan güncel bir mevzuat değişikliğinden bahsetmek yararlı olur. Yukarıda zikrettiğimiz “*Sigortacılık Kanunu’nun 30’uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde*” parasal miktarların artırılmasına yönelik bir değişiklik yapılacaktır¹². Parasal sınırlara ilişkin bu son güncel değişiklik 2024 yılına ait Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görülen uyuşmazlık miktarı bazında dağılıma bakıldığında daha bir anlamlı gözükmektedir. Buna göre; 5.000 TL’nin altındaki uyuşmazlık oranının %53 olduğu, 5.000 ila 15.000 TL arasındaki uyuşmazlıkların oranı %18 olarak gerçekleşmiştir. 15.000 ila 40.000 TL arasındaki uyuşmazlıkların oranı ise %17 iken; 40.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıkların oranı %10 olarak gerçekleşmiştir¹³. Böylece 5.000-15.000-40.000 TL basamakla-

¹² Tebliğ’deki Mayıs 2025 sonu itibarıyla yürürlüğe girecek muhtemel değişiklik sonrası esas alınacak parasal sınırlara dair sektörde yer alan sùjeler tarafından aynı rakamlar telaffuz edilmektedir. Buna göre; *tebliğ değişikliùli yürürlük tarihinden itibaren* ihtilaf konusu 28.000 TL ve üzeri olan uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı Komisyona itiraz yoluna, 300.000 TL’yi aşan uyuşmazlıklar hakkında verilen itiraz hakem heyeti kararlarına karşı Yargıtay’da temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Tebliğ’de güncellenen parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıklar kesinlik arz edecektir. Bununla birlikte, en az üç kişiden oluşan hakem heyeti ile çözümü zorunlu olan ihtilaflarda parasal sınır, *tebliğ değişikliùli yürürlük tarihinden itibaren* 96.000 TL ve üzeri olarak uygulanacaktır. İtiraz ve temyiz başvuruları için kararın verildiğı tarihte geçerli olan parasal sınırlar, heyet teşekkülünde ise teşekkülün zorunlu hale geldiğı tarihteki (ya da dosyada mevcutsa islah veya bedel artırım hakkının kullanıldığı tarihteki) parasal sınırlar esas alınacaktır. Ayrıca enflasyonist dönemin bir süre daha devam edeceği öngörüsüyle Tebliğ’e kendiliğinden güncelleme maddesi de eklenmesinden bahsedilmektedir. Şöyle ki; işbu çalışma girişinde bahsettiğimiz üzere gerek sigorta sektörünün gerekse sigorta tahkim sürecinin dinamik yapısına uyum sağlamak amacıyla parasal sınırlar, yeni bir değişikliùli tebliğ kurumca çıkarılmadığı müddetçe, her takvim yılı başında TÜİK tarafından bir önceki yılın aynı ayına göre belirlenen yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) değişim oranında artırılarak uygulanması planlanmaktadır.

¹³ İstatistikler için bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu 2024 Faaliyet Raporu 22 <https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20Web.pdf> E.T: 14.05.2025.



rının 28.000-96.000-300.000 TL olarak baz alınmasıyla birlikte hem itiraz yolunun kapalı olduğu hem üç hakemli heyet yerine tek hakemin gördüğü hem de temyiz yolunun¹⁴ kapalı olduğu sigorta tahkim uyuşmazlık sayılarında artış kaçınılmazdır. Enflasyonist ortam devam ettiği takdirde yeni takvim yılı başında parasal sınırlar güncellenene kadar bu kendi içinde dengelenecektir.

Yukarıda mezkur mevzuat düzenlemelerinin yanında, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu; Güvence Hesabı Yönetmeliği; Hayat Sigortaları Yönetmeliği; Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik; Sigorta Tahkim Komisyonu Bilirkişilik Yönetmeliği; Sigorta Şirketini Seçme Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Sektör Duyurusu da zikredilmeden geçilmemelidir. Ancak anılan bu düzenlemeleri esasen çalışma konumuzun kapsamı dışında bıraktığımızı burada belirtelim.

B. Mevzuat Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu çalışma bakımından esasen sigorta tahkim yargılamasına özgü bir kısım mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu noktada da SK m. 30 temel yasal düzenleme olarak karşımıza çıkar. Hakikaten Sigorta Tahkim Komisyonu (STK), sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolu¹⁵ olarak, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği bünyesinde bu mevzuat hükmüne dayalı olarak kurulmuştur (SK m. 30/1). Kanun koyucu burada pek de olağan olmayacak şekilde STK kurumuna ilişkin özel yasa çıkarma yerine yirmi dört fıkradan oluşan bir yasa maddesi ile yetinmiştir. Söz konusu maddeye ilişkin¹⁶ yirmi dört

¹⁴ İtiraz yoluna gidilmeden temyize gidilemeyeceğine dair karar için bkz. Y. 11 HD, 2023/4489 E, 2024/2690 K, 03.04.2024 T. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:03.05.2025).

¹⁵ Alternatif bir çözüm yöntemi olma vurgusu ile birlikte sigorta tahkim usulünün tanımı için bkz. Şaban Kayıhan/ Atakan Adem Selanik, *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 70. Zorunlu-ihiyari tahkim sistemine dair klasik ayırım bakımından sigorta tahkiminin karma bir yapıya sahip olduğuna dair bkz. Mehmet Özdamar, 'Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831-855, 840.

¹⁶ Sigortacılık Kanunu 30. madde gerekçesi:
"Bilindiği gibi, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki ilişkiler sözleşme hukukunun konusudur. Sigortacılık sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi işlevini yerine getiren ve kamu hukukuna göre görev yapan Müsteşarlığın, sigortacılık mevzuatına aykırılık söz konusu olmadığı takdirde yapılan uygulamalara müdahale etmesi mümkün bulunmamaktadır.
Sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki uyuşmazlıklar adli yargı mekanizmalarıyla çözümlenmektedir. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması, sigortalıların mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, sigortalılar; bazı uyuşmazlıklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu durum, sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır."

Diğer taraftan, uluslararası uygulamalar incelendiğinde, yapıları farklılık arz etse de bir çok ülkede sigortacılık alanında ombudsman müessesesinin var olduğu görülmektedir.

Madde ile getirilmek istenilen tahkim sistemi ile, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası uygulamalarda varolan “Ombudsman Sistemi”nin işleyişi esas alınmış, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sistem şekillendirilmiştir.

Öncelikle, uluslararası uygulamalar ile riski üstlenen taraf açısından kararların belirli bir miktara kadar bağlayıcı olması dikkate alınarak, Tahkim Komisyonu, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği çatısı altında teşkilatlandırılmıştır. Tahkim sisteminin işleyişe kavuşması ve uygulama alanı bulması, sigortalıların sistemin tarafsızlığına olan güveninin sağlanması ile mümkün olabilecektir. Bu amaçla, sigorta hakemliği müessesesi tasarlanmış ve belirli niteliklere sahip kişilerin, Komisyona başvurarak listeye kaydolmaları temin edilmiştir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin Komisyona yapılacak başvuruda, belirli usul ve esaslar çerçevesinde, Komisyona listeden bir hakem atanacak ve uyuşmazlık tamamen tarafsız olan hakem tarafından çözülecektir.

Madde ile, sigorta hakemliği listesinin bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm ile amaçlanan, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, Tahkim Komisyonu dışında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesindeki tahkim müessesesi ile çözümlenmesi halinde, uygulamada paralellik sağlanması bakımından sigortacılık alanında belirli nitelikleri taşıyan sigorta hakemlerine başvurulmasını temin etmektir.

Sigorta Tahkim Komisyonunun belirli nitelikleri haiz bir Müsteşarlık temsilcisi, iki Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği temsilcisi, bir tüketicici derneği temsilcisi ve Müsteşarlıkça belirlenecek bir hukukçudan oluşması öngörülmüştür. Komisyona bağlı olarak bir müdür, iki müdür yardımcısı, raportörler ve yeterli sayıda personelin çalışacağı hüküm altına alınmıştır. Komisyonun nihai kararlarda herhangi bir inisiyatifli bulunmaması olup idari işlemlerin düzenlenmesinden sorumludur. Tahkim Komisyonunun işlevinin gerçek anlamda uyuşmazlıkların çözümü olmasından hareketle, Tahkim Komisyonuna başvuru için öncelikle ilgili sigorta şirketine ya da riski üstlenen tarafa başvurulması ve kişinin talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandırıldığını belgelemiş olması şartı aranmaktadır. Sistemin gereksiz kullanımından kaçınılması amacıyla, başvuruda bulunacak sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişilerden Müsteşarlıkça belirlenecek oranda cüzi bir ücret alınması tasarlanmıştır.

Riski üstlenen tarafla uyuşmazlığa düşen kişinin Tahkim Komisyonuna başvurusu, öncelikle raportörler tarafından incelenecek, uyuşmazlık konusu eksik bilgilendirme, evrakların eksikliği gibi konulardan kaynaklanıyorsa raportörlerin riski üstlenen tarafla iletişimi ile sonuçlandırılacaktır. Ancak raportörler tarafından sonuçlandırılmayan başvurular sigorta hakemine iletilecektir.

Riski üstlenen taraflar açısından sisteme katılım tamamen gönüllülük esasına dayanmaktadır. Sisteme üye olmak isteyenlerden Birlikçe belirlenecek ve Müsteşarlıkça onaylanacak miktarda katılma payı alınması tasarlanmıştır. Uluslararası uygulamalar ve mahkemelerin iş yükü dikkate alınarak, hakemin verdiği kararın belirli bir miktara kadar her iki taraf için de kesin olması, bu miktarın üstü için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde temyiz yoluna başvurulabilmesi ilkesi benimsenmiştir.

Uyuşmazlıkların çözümü için hakemlerin karar verme süresi dört ay ile sınırlandırılmıştır. Ancak bu süre, tarafların yazılı muvafakati ile uzatılabilmektedir. Kararın resmîyet kazanabilmesi ve icra kabiliyeti açısından süre başlangıcının belirlenebilmesi için, Hakemin verdiği kararın Komisyon müdürünce, en geç üç iş günü içinde, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 532 nci maddesi uyarınca gereğinin yapılabilmesi için davayı görmeye yetkili mahkemeye iletilmesi öngörülmüştür.

Madde de, ayrıca, Komisyon tarafından ödenecek sigorta hakemlerinin ücretlerinin Birliğin görüşü alınmak suretiyle Müsteşarlıkça belirleneceği hüküm altına alınmıştır.” Gerekçe için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y4/T1/WebOnergeMetni/a6b8c13c-f7d2-48fabf60-8e5511766179.pdf>> E.T:01.05.2025.



fıkranın hepsi olmasa da pek çoğu bakımından, uzun, grift ve yoruma açık lafzından kaynaklanan sorunlar gündeme gelmektedir¹⁷.

Bu sorunlardan önem arz edenleri de tahkim sürecinin asli süjeleri olan hakemlerle ilgilidir. Hakikaten hakemler bakımından önlerine gelen başvuru dosyalarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, kendi aralarında uyum ve yeknesaklık sağlayacak bir denetim mekanizması kurulamamıştır. Özellikle de parasal sınırlara ilişkin işbu makalede yaptığımız açıklamalar gözetildiğinde, parasal sınıra takılıp, tek hakemle verilen kararlar ile itiraz ve temyize tabi olmadan kesinleşen kararların sayısının çokluğu, bu sorunu daha da önemli kılmaktadır. Birebir aynı konularda farklı kararların verilmesi sektörde sürekli dile getirilen sorunların başında gelir. Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından *Hakem Karar Dergisi*¹⁸ nezdinde kararların paylaşılması ise bu sorunu önlemek için kurumsal bir çözüm değildir; nitekim bugün gelinen noktada da mezkur sorunların devam ettiği dikkate alındığında yeterli olmadığı da görülmüştür. Ayrıca tüm kararlar yayımlanmadığı gibi, yayımlanan kararların takibi de uyuşmazlık ve itiraz hakemlerinin kendi inisiyatifine bırakılmakta ve çelişkili kararlara karşı bir yaptırım da bulunmamaktadır¹⁹.

19.06.2020 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı sonuçları itibariyle, zaten mevzuat gereği HMK'da kurulan tahkim rejiminden farklı konumlanan sigorta tahkimi, mahkemeler nezdindeki yargılama sistemine doğru daha da yaklaştırmıştır. Hal böyleyken sigorta tahkimin ve bünyesindeki hakemlerin, mahkemelerin ve görev yapan hakimlerin tabi olduğu denetim²⁰ benzeri bir denetime tabi olmamaları, işbu makalede anılan sorunların bir kısmının da müsebbibidir.

¹⁷ Sigorta Tahkim Komisyonunun kanunda tek maddede ve 24 fıkraya sıkıştırılarak düzenlenmesine yönelik son derece ayrıntılı eleştirileriyle konuyu ele alan kuruma özgü ayrı bir usul kanununa ihtiyaç duyulduğu bu olmadığı takdirde sigortacılık kanunu 30. Maddesinin yanı sıra ayrı başlıklar taşıyan maddelerle halinde düzenlenmesini öneren akademik çalışma için bkz. Fatma Zülal Baykan, *Sigorta Tahkimde Yargılama Süreci* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AHBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2024) 103.

¹⁸ Hakem Karar Dergisi, 2010 tarihinden itibaren belirli periyotlarda çıkarılmakta ve makalenin kaleme alındığı tarih itibariyle 61. Sayısı yayımlanmış bulunmaktadır. Bkz. <<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/hakem-karar-dergisi>> E.T:01.05.2025.

¹⁹ Hakem kararlarında da yargı kararlarında olduğu gibi gerekçelerini belirtmek suretiyle Yargıtay içtihatlarından farklı karar verilebileceği, ama anlayışları farklı diye maddi hukuka aykırı karar verilemeyeceği görüşü için bkz. Samim Ünan (n. 1) 251, 252.

²⁰ Bu hususta *Hal Kağıdının Doldurulmasıyla İlgili İlkeler* ile ilgili Hakimler Savcılar Kurulu iç düzenlemeleri dikkat çekicidir. Bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/064756fb-a985-491d-9331-98b49cd15cd3.pdf>> E.T:01.05.2025. Ayrıca 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 28'de yer alan, istinaf kanun yolu incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu ile temyiz incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu şeklinde "*Kanun Yolu Değerlendirme Formu*" düzenlemesi de önem arz etmektedir. Burada anılan her iki düzenlemeden hareketle hakimlerin tabi olduğu meslek kurallarına sigorta tahkim hakemlerinin de tabi olması ve görevleri müddetince mevzuatı ve içtihatları takip ederek hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından -hakemlerin yargısal takdir hakkına karışmadan- çelişkili kararlardan kaçınılması sağlanmalı, takdire farklı kanaatler mevcutsa da gerekçeye dayandırılmalı, ben böyle gerekçesiz takdir ettim keyfiğine kapı aralanmamalıdır.

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararının yanı sıra benzer sonuçlara matuf güncel bir karar da Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir²¹. Bu kararda yer alan hüküm ve gerekçeler²² önem arz etmektedir. Öncelikle sigorta tahkim sürecinde de, yargılamada olduğu gibi adli yardıma başvurulabileceği ve bu yönde lehe karar verilebileceğine hükmedilmesi, sigorta tahkimi yargılamaya yaklaştıran yönde bir başka içtihat olmuştur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu hüküm içeriğindeki diğer kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira karşı oy gerekçelerinde de haklı şekilde tespit edildiği üzere, işbu makale konusu bakımından şu hususlar vurgulanmalıdır. Tahkime başvurmakla tarafların adil yargılanma hakkının bütün güvencelelerinden feragat ettiklerine ilişkin Anayasa Mahkemesi nezdinde bir ön kabulün varlığı halinde, hakemlerin bilinçli/bilinçsiz birbiriyle çelişkili şekilde ne tür bir karar verebileceğini önceden bilmeyen taraflar yönünden, sigorta tahkim yoluna gitmelerinde tereddüt oluşacak ve hatta bu yol tercih dışı kalacaktır. Hakikaten Anayasa Mahkemesi kararına konu tahkim kararında da hakem/ler “*Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanun hükmünü yürürlükteymiş gibi uygulamışlar, bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin normu iptal eden kararını dikkate almamışlardır*”. Bu tür açıkça usul ve yasaya aykırı, içtihatlarla çelişkili kararlar, parasal sınırlara da takıldığı takdirde temyiz denetiminden geçmeden kesinleşmektedir. Şayet anılan Anayasa Mahkemesi Kararı müstakar hale gelirse de, hak ihlali başvuruları yönünden de denetim kapısı çelişkili ve keyfi hakem kararlarına kapanacaktır. Bu nedenle mevzuat çalışmaları ivedilikle sonuçlanmalı ve hakem kararlarının denetimine yönelik bir kurumsal prosedür geliştirilmelidir. Bu noktada önerimiz şu şekildedir:

²¹ AYM’nin 2020/37428 numaralı başvuru hakkında 23.01.2025 tarihinde verdiği karar 32891 sayılı Resmi Gazete’de 05.05.2025 tarihinde yayımlanmıştır.

²² Anayasa Mahkemesi Kararının gerekçesi şu şekildedir:

“ ...

4.Ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

“ ...

6...Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarda başvurunun, tahkim yoluna başvurmakla adil yargılanma hakkına ilişkin iddialarını denetletme imkanından kendi iradesiyle vazgeçtiğini, bu bağlamda verilen hakem kararının kanun gereği kesin nitelikte olduğundan ve yargısal karar üzerine yapılan bir başvuru da bulunmadığından ileri sürülen iddialar yönünden başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır.

7. Somut olayda başvuru, yaşadığı trafik kazası neticesinde oluşan zararları dolayısıyla yargı mercileri önünde dava açmak yerine tercihen sigorta tahkim komisyonuna başvuruda bulunmuş; geçici iş göremezlik ve bakıcı gideri tazminatının ödenmesini talep etmiştir. Sigorta tahkim komisyonu hakemi başvurunun talebini kabul etmiş, itiraz üzerine itirazı inceleyen hakem heyeti itirazı kabul etmiş, kararı kaldırmış ve başvurunun reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvurucu, tahkim yoluna başvurmakla adil yargılanma hakkına ilişkin iddialarını denetletme imkânından kendi iradesiyle vazgeçtiğinden ve yargısal karar üzerine yapılan bir başvuru söz konusu olmadığından anılan kararlarda açıklanan ilkelere ve ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır”.



Sigortacılık Kanunu gerekçesinde de ifade edildiği üzere sigorta ihtisas mahkemelerinin olmaması sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil eden neticeler doğurur. Bu eksikliği istatistiki verilerden anlaşıldığı üzere sigorta tahkim nicelik olarak doldurmaktadır. Her ne kadar Sigorta Tahkim Komisyonunun varlığı bakımından tehdit görenler olsa da sigorta ihtisas mahkemelerinin kurulması yine de gereklidir. Zira sigorta tahkim kurumu hakkında işbu çalışmada dile getirdiğimiz bir kısım eleştirilerin giderilmesi, sigorta hakemlerinin ilk derece yargılamasında da takip edebilecekleri ihtisas mahkemelerinin kurulması ile mümkün olabilir²³.

Sigorta Tahkim Komisyonunun kurumsallaşmasının daha üst seviyeye ulaştırılması, kendine özgü mevzuat nedeniyle zaten olağan tahkimden farklı konumlanan sigorta tahkimin anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile birlikte yargılama benzeri bir statüye doğru daha hızlı evrilmesi de gözetildiğinde, bu statünün artık kapsamlı kendine özgü bir kanunla yeniden düzenlenmesi ile mümkün olacaktır. Bu noktada sigorta hakemlerinin çelişkili kararlar vermesinin önüne geçmek için hem kurumsal denetim hem de yargısal denetim mekanizmasının kurulması gerekmektedir.

Mevzuat değişmediği takdirde mevcut duruma göre, özellikle birçok başvurunun parasal sınırlara takılması sonucu, heyet halinde görülememesi, hakem kararına itiraz edilememesi ve temyize tabi olunmaması, son olarak da anılan AYM kararı neticesinde hak ihlaline de konu edilemeyecek olması durumuyla karşılaşıldığında yargısal denetim hiçbir suretle yapılamayacaktır.

Hakemin, mevzuatı ve Yargıtay ihtisas dairelerinin içtihatlarını takip etmemesi neticesinde, bilinçli ya da bilinçsiz çelişkili kararlar vermekte ısrar etmesi ve bunları gerekçelendirmemesi halinin önüne nasıl geçileceği mevzuat çalışma gruplarının meşgul olması gereken bir sorundur. Yargı sürecinde hakimler doğrudan Yargıtay içtihatlarına bağlı olmamakla birlikte, müstakar içtihatları takip edip gözettikleri, istinaf ve temyiz aşamasında bozma kararları ile kendilerinin terfilerinin etkilendiği bilinmektedir. Temyize tabi olmayan kararlar bakımından da hakimlerin bu hassasiyeti korudukları görülmektedir. Sigorta tahkimde de verilen kararlarla ilgili bu şekilde bir not sistemi düşünülebilir. Yargısal faaliyetler ve karar verildiği sıradaki takdirleri kapsam dışında olsa da Hakimler Savcılar Kurumu Teftiş Kurulu Başkanlığının denetim sonrası *Hal Kağıtları ve Tavsiye Kararları* da, sigorta tahkime yönelik gündemdeki mevzuat çalışmaları için önemli bir örnek teşkil edebilir. Buna benzer bir mekanizma ile uyuşmazlık hakemleri ve itiraz hakemleri hakkında not verme, hal kağıdı ve tavsiye kararları düzenlenebilir. Anayasa'nın sadece mahkemelere tanıdığı yargı yetkisinin²⁴, birebir olmasa da, benzeri faaliyette bulunma ayrıcalık ve nimetinin karşılığında, denetime tabi olmak hem bir ödev hem de bir külfet olarak kabul edilmeli, bunun yasal alt yapısı oluşturulmalıdır. Yoksa bilinçli

²³ Benzer görüş için bkz. Baykan (n. 17) 124 vd.

²⁴ 2709 sayılı T.C. Anayasası m. 9: Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.

ve/veya bilinçsiz çelişkili karar veren sigorta hakemleri aleyhine Türk Ceza Kanunu kapsamında görevi ihmal, görevin kötüye kullanılması vb. suç duyurularında bulunulmaya devam edilecek; hukuk mahkemeleri nezdinde de tazminat davaları sürekli gündemde bulunacaktır. Bu nev'i isnat ve davalara karşı duyuru²⁵ yapmak ya da hukuk mahkemeleri nezdinde açılan tazminat davalarına karşı mesleki sorumluluk sigortası önerilerinde bulunmak, sorunun kökten çözümüne yönelik bir yöntem değildir. Hakem kararlarındaki keyfiliği, bilinçli/bilinçsiz verilen çelişkili kararları ve diğer birçok eleştiriye ancak kurumsal bir denetim mekanizması ile önlemek mümkündür. Bunun örnekleri de yukarıda bahsettiğimiz üzere mevcuttur. Ayrıca, parasal sınırlara takılan kararlarda hakemler bakımından çelişkili ve gerekçesiz karar verilmesi keyfiliğinin önlenmesi amacıyla bunlar için anılan AYM kararının kapattığı hak ihlali yolunun açılması için yasal düzenleme getirilmesi, ayrıca HMK m. 443'te düzenlenen yargılamanın iadesi prosedürünün –bu haliyle uygulanması zorlama ve çok geniş bir yorum olacağından- bu kararlar için işlevsel şekilde sigorta tahkime özel şekilde düzenlenmesi düşünülebilir.

Sigortacılık Kanunu m. 30 lafzında yer alan uzun, grift ve yoruma açık hükümlere bir örnek de madde hükmünün 15. fıkrasında yer alır. Bu fıkra raportörün incelemesine dair süreçle ilgili bilgi vermekle başlayıp, -çok tartışmalı ve farklı yorumlanan “hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir” hükmü de dahil olmak üzere- hakemlerin görevi reddi ve hakemin reddedilmesi prosedürü hakkındaki düzenlemeyle tamamlanmaktadır. Zaten yirmi dört fıkradan oluşan 30. madde hükmü örnek fıkradaki gibi farklı konuların sıkıştırıldığı fıkraları da içermesiyle birlikte, kanunun sistematığı ve mantıki yapısının ortaya konulmasını zorlaştıran bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu fıkralara bakıldığında hem usule hem de esasa yönelik yönetmelikte yer alması gereken bazı düzenlemelerin de yasa madde içeriğine alındığı değerlendirilmektedir. Bunun tersi de olmuş, yasa ile düzenlenmesi gereken bazı hususlara yönetmelikte yer verilerek çözüm getirilmeye çalışılmış ve hatta mevcut yasa hükmüne aykırı yönetmelik hükümleri dahi getirilmiştir. Bu hükümler zaman zaman idari yargı nezdinde iptal davalarına konu edilerek, aleyhlerinde iptal kararları dahi verilmiştir. Buna bir örnek Danıştay 10. Dairesinin; 14.06.2018 gün ve 30451 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” m. 2 hükmü ile ana Yönetmeliğin 16/5. fıkrası değişikliği olan, “değer kaybı başvurularında raportörlere karar verme yetkisi veren düzenleme” ile ilgili verdiği iptal

²⁵ Konu hakkında, yapay husumet oluşturma yoluyla hakemi reddetme sürecinin başlatılmasına ve hakemler hakkında hukuk ve ceza mahkemeleri nezdinde dava açılmasına tepki olarak, İstanbul 1 Nolu Barosu Sigorta Hukuku Komisyonunun “Sigorta Hakemlerini Dava ve Tehdit Kabul Edilemez” duyurusu içeriğinden anlaşıldığı üzere bu nevi ceza davaları/soruşturmaları ile hukuk mahkemeleri nezdinde tazminat davaları açılmasının kapısı da aralanmıştır. Bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=19167&Desc=Sigorta-Hakemlerini-Dava-ve-Tehdit-Kabul-Edilemez>> E.T: 01.05.2025.



kararıdır²⁶. Zaten ilgili yönetmeliğin bugüne kadar dokuz kez değişikliğe uğraması da sigorta tahkim sürecine dair kurumsallaşmanın tamamlanmaması veya mevcut kurumsallaşmanın sektöre uğratılması eleştirilerimizi teyit eden bir olgudur. Bu değişikliklerin sebeplerinden biri de anılan iptal kararları olup, –hakem olma vasıflarında sürekli değişikliğe gidilmesi eksenindeki- eleştirilerimizin temel sebebi bu ve benzeri iptal kararları değildir.

Kanun koyucunun sigorta tahkim kurumunu, Sigortacılık Kanunu m. 30 olmak üzere tek maddede düzenleme tercihi hatalıdır. Ayrıca bu düzenlemeyi de kanun sistematğine uymayacak şekilde aşırıya kaçacak şekilde ayrıntılı ve çok fazla alt fıkra tesis ederek oluşturması da doğru olmamıştır. Kanun koyucunun tek maddeyi ayrıntıya boğan hatalı tercihi dahi konuyu düzenlemeye yetmemiş ve SK m. 30/23'te Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan genel atıf hükmü de, burada kendine yer bulmuştur. Bu atıf hükmü, hem 30. maddeyi kendi içinde daha da karmaşık ve çelişkili hale getirmiş hem de uygulama birliğinin önüne ket vurmuştur. Şöyle ki, anılan düzenlemelerdeki karmaşa ve karışıklık doğal olarak sigorta tahkimde görev alan hakemlerin farklı yorumlarına sebebiyet vermiştir. Sigorta tahkim sürecinde tahkikatın yürütülmesi, delillerin sunulması/toplanması ile incelenip ve değerlendirilmesi ve uyuşmazlığın aydınlatılarak hüküm kurulması safahatlarıyla ilgili olarak -SK m. 30/15'te yer alıp çok tartışmalı ve farklı yorumlanan “hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir” hükmünden ve Yargıtay'ın bunun aksine yorumundan²⁷ kaynaklanan- hakemler arasında uygulama birliği tam olarak sağlanmış değildir. Tahkim yargılamasında kimi hakemler olağan dışı uygulamalar gösterebilmektedir. Kendi kanunu olmayan sigorta tahkim kurumu, Sigortacılık Kanunu'nda tek maddeye sıkıştırıldığından bu karmaşanın çıkması da beklenmelidir. Bunun yanında SK m. 30/23'teki “Bu Kanunda hüküm bulunma-

²⁶ Gerekçe: “Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden; sigorta raportörlerinin yalnızca ön inceleme yapmakla görevli oldukları, uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkilerinin bulunmadığı açık olmasına rağmen, değer kaybı taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların Komisyonun danışmanlık hizmetleri çerçevesinde raportörler tarafından sonuçlandırılması, çıkan sonuca göre başvuru sahibi tarafından hakeme gidilmesinin talep edilmesi halinde hakemler tarafından yeniden bilirkişi tayin edilememesi yönündeki dava konusu düzenlemelerde, raportörlere Kanun hükmünü aşar bir şekilde yetki tanınması, Sigortacılık Kanunu ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile oluşturulan sigorta tahkim sistemi ile bağdaşmaması, sigorta hakemlerinin ve sigorta raportörlerinin Kanun ve Yönetmelikle belirlenmiş olan görev tanımlarıyla çelişmesi nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır” Bkz. Danıştay 10. Dairesi 2018/3190 E, 2022/4383 K ve 12.10.2022 T. Ayrıca örnek diğer iptal kararları da m. 14/A ile ilgili Danıştay 10. Dairesi 2016/553 E, 2021/4718 K ve 13.10.2021 T. ile m. 18/ğ ile ilgili Danıştay 10. Dairesi 2016/735 E, 2021/4719 K ve 13.10.2021 T. <https://karararama.danistay.gov.tr. E.T: 02.05.2025>.

²⁷ Yargıtay'ın sigorta tahkimde hakemlerin sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verebileceğine dair SK m. 30/15 hilafına, SK m.30/23'teki HMK'ya yapılan genel atıf hükmünden hareketle yargılama benzeri keşif, istinabe, delil toplama, defter inceleme vb. unsurlarla tahkikat yapılması gerektiğine dair kararlarına birkaç örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/2312 E, 2019/5017 K ve 01.07.2019 T. (Halil Akkanat, Murat Atalı ve Vural Seven, *Sigorta Tahkimi* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 399). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2019/515 E, 2019/1582 K ve 27.02.2019 T. (Akkanat,Atalı ve Seven (n. 27) 407).

yan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır”” atıf hükmü –ki buradan mer’i kanun olan HMK anlaşılmalıdır²⁸- karmaşayı daha da tetiklemiştir. Dikkat edileceği üzere bu atıf hükmünde HMK’nın hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda herhangi bir ifadeye yer verilmemesi, hakemler arasındaki görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir. Bu atıftaki gönderme ile, öncelikle HMK’daki (m. 407 vd.) tahkime ilişkin hükümlere mi²⁹ yoksa mahkeme sürecindeki yargılamaya dair HMK’da yer alan tüm hükümlere mi gönderme yapılmaktadır, belirsizlik mevcuttur. Bu hususta bir düzenleme yapılması uygulama birliğinin tesisi açısından elzemdir.

SK m. 30/23’teki HMK’ya yapılan yollama neticesinde, HMK’da öngörülen tahkikat aşamasının burada da uygulanmasına kapı aralandığı düşünülebilir. HMK hükümlerinin burada salt olarak uygulanmaya çalışılması halinde, delillerin değerlendirilmesi, duruşma yapılması³⁰, keşif düzenlenmesi, tanık dinlenmesi, kamu kurumlarından ve yeri geldiğinde özel hukuk tüzel kişilerinden bilgi talep edilmesi, evrak getirilmesine dair müzekkere yazılması, istinabe yoluyla diğer yetki mahallindeki mahkemeden yardım istenilmesi, taraflara 2 haftadan az olmamak üzere süre verilmesi ve hatta talep halinde bu sürelerin uzatılması gibi hususlar gündeme gelecektir. Genel tahkim sürecinde dahi uygulanmasında çeşitli zorluklarla ve fiili imkansızlıklarla karşılaşılacak bu hususların – elzem olan ve sunulması kısa sürede mümkün olan bilgi ve belgelerle birlikişi incelemesi dışında- büyük bir kısmının sigorta tahkim yargılamasının doğası ile örtüşmediğini ve uygulama imkanının da bulunmadığını belirtmek malumun ilanıdır³¹. Kaldı ki, *Tahkim* başlıklı on birinci kısımla ilgili olarak, HMK m. 444’teki “*bu Kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz*” hükmü de bu görüşümüzü destekler mahiyettedir. Buradaki “*ratio legis*” açıkça genel tahkim sürecine dair HMK’nın ilgili kısmının münhasır uygulanması yönündedir. Özel bir tahkim süreci olan sigorta tahkim için bu evleviyetle böyle olmalıdır. HMK’daki

²⁸ 6100 sayılı HMK’nın 447’nci maddesi gereği HUMK’ye yapılan atıfların HMK’ye yapıldığı kabul edilmektedir.

²⁹ Bu görüş için bkz. Baykan (n. 17) 68; Işıl Ulaş, *Sigortacılıkta Tahkim Hukuku-Sigortacılık Tahkiminde Yeni Gelişmeler ve Uygulamalar* (1. Baskı, Turhan Kitapevi 2022) 27; Benzer şekilde, öncelikle genel kanun içindeki tahkime ilişkin hükümlerin tüketilmesi yönünde görüş için bkz. Ecehan Yeşilova Aras/Bilgehan Yeşilova, ‘Sigortacılık Tahkimi -Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)’ (2013) 8(Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 275-379, 353; HMUK (HMK) hükümlerinin uygulanmasına yönelik karşı görüş için bkz. Selçuk Öztekin, ‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış’ (2009) 2(13) MİHDER 221-249, 231.

³⁰ Duruşma yapılabileceği yönünde görüş için bkz. Tuğçe Nimet Yaşar, ‘Sigorta Hukukunda Tahkim’ (2018) 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 211-240, 229, 230.

³¹ Aksi görüş için bkz. Oya Çakan, *Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2022) 99, 100. HMK m. 31’deki aydınlatma yükümlülüğü ilkesi gereğince dosyada yeterli bilgi ve belge yoksa bunların hakemler tarafından bilgi, belge istenmesinin, açıklama talep edilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Fatma Tülay Parlak, *Sigorta Tahkim Yargılaması* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2024) 207.



yargılamaya ilişkin işlemlerin büyük kısmının sigorta tahkim sürecinde fiilen uygulanma kabiliyetinin bulunmamasının yanı sıra sigorta tahkim süreci bakımından SK m. 30/15 tetkik edildiğinde, buradaki “*ratio legis*” bakımından da uygulanma yönünde kanaate rahatlıkla varılabilir. Şöyle ki, SK m. 30/15 uyarınca, sigorta hakemlerine *sadece evrak* üzerinden inceleme yetkisi verilmektedir.

Hakem kararlarına bakıldığında, SK’nın 30/15’inci maddesini katı bir şekilde benimseyen hakemler bulunduğu gibi; davanın aydınlatılması kapsamında bilgi ve belge temin eden hakemlerin de olduğu³² ve hakemler arasında bu hususta uygulama birliği olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay’ın bazı kararlarında ise bu hususta hakem kararlarını bozarak, defter incelemesi yapılması, tanık dinlenilmesi, keşif yapılması vb. şekilde dosyayı yeniden inceleme yapılması amacıyla iade ettiği³³, komisyonun aynı heyete tevdi ile birlikte sigorta hakemlerinin ise bozulan dosyalar yönünden Yargıtay kararına karşı direnme hakkı olmadığı için³⁴ bozma kararı doğrultusunda inceleme yaptığı, ancak

³² Eksik bilgi ve belgeler tamamlanmadan uyumsuzluğun esastan çözümlenmesinin mümkün olmadığı kanaatine varmaları halinde, özellikle de uyumsuzluk hakemleri tarafından eksik olan bu bilgi ve belgelerin tamamlanması gerektiği, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi görevlendirilmesinin de mümkün ve gerekli olduğu, ayrıca ihtiyati tedbir kararı da verilebileceği yönünde bkz. Rauf Karasu, ‘Sigorta Tahkim ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 49-69, 60.

³³ “Dava, sigortalı yatta meydana gelen hasarın sigorta şirketinden tahsili istemine ilişkin olup, İtiraz Hakem Heyetince Yargıtay’ın bozma kararı doğrultusunda, tekneyi C. K. ’un işletip işlemediği, davacı adına mı yoksa dava dışı L. Y. firması adına mı işlettiği hususunda tanık beyanlarına başvurulması gerektiği, ayrıca davacı tarafın defterleri üzerinde inceleme yapılmasının tahkim yargılamasında öngörülen süreler çerçevesinde yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle dosyadan el çekilmesine karar verilmiştir...”

5684 sayılı Kanun’un 30 uncu maddesinin yirmi üçüncü fıkrası gereğince kanunda hüküm bulunmayan hallerde (6100 sayılı Kanun) hükümlerinin sigortacıları tahkim hakkında da kıyasen uygulanacağını benimsenmiştir. 6100 sayılı Kanun’un 431 inci maddesinde Hakem Heyetinin bilirkişi seçimine ve keşif yapılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. 6100 sayılı Kanun’un 432 nci maddesinde de Hakem Heyetinin mahkemeden yardım isteyebileceği kabul edilmiştir. Bu halde Hakem Heyetinin bilirkişi atamasında, tanık dinlenmesinde ve keşif yapılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, Hakem Heyetince bozma ilamında da belirtilen hususlara yönelik ilgili kurumlardan belge talep edilmesi, tanık dinlenmesi, keşif yapılması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün açıklanan nedenlerle davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir”. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2022/570 E, 2023/4337 K, 11.07.2023 T. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:11.5.2025).

³⁴ Bu noktada ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi için öngörülen HMK m. 373/5 kapsamında kararında direnme prosedürünün sigorta hakemleri için söz konusu olmadığı belirtilmelidir. Bu yönde ki Hukuk Genel Kurul Karar gerekçesi: “...Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre direnme yetkisi devlet (ilk derece) mahkemelerinin ve istinaf mahkemelerinin tekelindedir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 15 inci maddesine göre; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen direnme kararlarını inceleyerek karar vermekle görevli kılınmıştır... Daha açık bir ifadeyle sigortacılıkta tahkim müessesesi hızlı ve adil çözüme ulaşmak hedeflenmiştir. Bu nedenle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) 440/III-4 üncü maddesi gereğince hakem kararlarına karşı karar düzeltme yoluna dahi başvurulamayacağı

temyiz incelemesine tabi olmayan dosyalar yönünden aynı usule devam edildiği görülmektedir³⁵. Bununla birlikte Yargıtay'ın söz konusu tahkimat işlemlerinin birçoğunun tahkimin doğasına aykırı olduğu tespitini yapan kanaatimiz doğrultusundaki itiraz hakem kararını onadığı bir kararı da mevcuttur³⁶.

Komisyon'a başvuracak taraflar, başvuru koşulları, hakem kararları ve kanun yolları ile Komisyon'un teşkilatlanma yapısı gibi hususlara dair kendine özgü usul hükümlerinin de bulunduğu ayrı bir kanunun hazırlanması öncelikli tercih ve tavsiyemizdir. Bu yönde halihazırda hazırlık aşamasında olan çalışma grupları teşvik edilmelidir. Ayrı kanun mümkün olmayacaksa da Sigortacılık Kanunu'na 30A, 30B, 30C vd. hükümlerin eklenerek açıklayıcı ve anlaşılır ayrı başlıklar altında her biri farklı maddeler halinde kurumun yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Mevzuat hükümleriyle ilgili başta söylenmesi gerekirken sona bıraktığımız mevzuu ise uyuşmazlık hakemlerinin ve daha doğru ifade ile itiraz hakemlerinin belirlenmesi ile ilgili son yıllarda yapılan ve birbiri ile çelişen yönetmelik değişikliklerinin mevcudiyetidir. Sigorta Tahkim Komisyonunun istatistiki verileri arasında yer almasa da, listelerde yer alan hakemlerin önemli bir kısmının hem başlangıçta hem de geçen son birkaç yıl içinde toplu ve sınavsız şekilde bu statüyü kazanmış oldukları herkesin malumudur. Bu yöntemi eleştirmekten ziyade, özellikle hakim statüsündeki kişilere hakimlikleri sonrasında – hakimlik faaliyetiyle aynı anda hakemlik yapmaları mümkün değildir (2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m.

düzenlenmiştir. Netice itibarıyla Uyuşmazlık Hakem Heyetince direnme kararı verilmesi mümkün değildir. Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 02.11.2021 tarihli ve 2018/(17)4-686 Esas, 2021/1318 Karar; 22.09.2022 tarihli ve 2022/4-672 Esas, 2022/1127 Karar sayılı kararlarında da benimsenmiştir..." Bkz. Y. HGK, 2023/4-395 E, 2023/478 K, T.17.05.2023 <<https://portal.uyp.gov.tr>> E.T:03.05.2025). Karşı görüş için bkz. Bahadır Köksal, 'Sigortacılıkta Tahkimde İtiraz Hakem Heyetinin Direnme Hakkı' (2023) 166 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129-154, 149.

³⁵ Baykan (n. 17) 65, 105.

³⁶ "İTİRAZ HAKEM HEYETİ KARARI: Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile vefat olayının tüpten kaynaklandığına dair dosyada somut delil bulunmadığı, Güvence Hesabı Yönetmeliği uyarınca Güvence Hesabına husumet yöneltilebilmesi için sigortalının veya sigortayı yaptırmakla sorumlu olanın tespit edilememesi ve patlamanın ve/veya yangının tüplerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının duraksamaya mahal vermeyecek şekilde açık tespit edilmiş olması gerektiği, emsal kararlar dikkate alındığında, ceza dosyası evrakının celbi ile gerektiğinde mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak yangın/infilak ve buna bağlı olarak vefat hadisesinin tüpgaz kaynaklı olduğunun tartışmaya yer bırakmayacak şekilde tespitinin gerektiği, bu usulü gerekliliklerin yerine getirilmesinin tahkim yargılaması ile mümkün olmadığı, Uyuşmazlık Hakem Heyetinin davalının sorumluluğuna ilişkin kanaatinin eksik incelemeye dayalı olduğu, uyuşmazlığın tahkim yargılaması ile çözülemeyeceği, davalı vekilinin itirazı hakkında karar verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle Uyuşmazlık Hakem Heyeti kararı kaldırılarak tahkim yargılamasından el çekilmesine, uyuşmazlığın yetkili mahkemece incelenerek karara bağlanmasına karar verilmiştir...3. Değerlendirme: Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kararın gerekçesinde dayatılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...VI. KARAR: Açıklanan sebeplerle; Temyiz olunan Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti kararının ONANMASINA...". Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2023/3774 E, 2024/1736 K, 04.03.2024 T. <<https://portal.uyp.gov.tr>> E.T:11.05.2025.



48)- Sigorta Tahkim Komisyonunda hakemlik görevi yapabilme imkanı tanımının hakimlik mesleğinden gelen hakemlerce verilen kararlara bakıldığında sigorta tahkim süreci bakımından fayda sağlayacağı kanaatindeyiz. Aynı şekilde sigortacılık ve sigorta hukuku alanında uzmanlığı bulunan akademisyenlerin de özellikle heyetlerde³⁷ hakem olarak görev almalarını sağlayacak yasal düzenlemeler yapılabilir. Ancak hakem olma kriterlerinin³⁸ belirlenmesinin Kanun yerine ikincil düzenlemelere bırakıldığı hallerde keyfilik ve sürekli kural değişiklikleriyle karşılaşılmaktadır. Örneğin, sigorta hakemi olmak için aranan şartları ele aldığımızda, Sigortacılık Kanunu'nda genel düzenlemelere yer verildiği ve hangi kriterlere göre hakem seçimi yapılacağı belirtildiği halde, Yönetmelikte sınav şartı arandığı ve Kanun'da bahsedilen kriterlerin anlamsız şekilde çok kısa süre zarfında değiştirildiği görülmektedir. Örneğin, bir dönem için Bölge Adliye Mahkemesi üyeleri hakem olabilirken şu an bu hak kendilerine tanınmamaktadır. Ya da üst düzey bürokratlara hakem olma imkanı tanınırken alanında uzman -Profesör ünvanı dahi olsa- akademisyenlere bu imkan tanınmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen mevzuat çalışma grupları kaçınılmaz olarak daha önceki düzenlemeleri örnek göstererek benzeri hükümlerin yasalaşmasına çaba gösterecektir. Hiç değilse bu aşamada hakemlerde aranan niteliklerin, sigorta tahkim sürecinin kurumsallaşmasına ve sürdürülebilirliğine pozitif katkı sağlayacak şekilde ve bir daha değişikliğe sebebiyet vermeyecek bir biçimde revize edilmesi olması gerektir.

Sigorta tahkimle ilgili olarak bu başlıkta incelenen son konu da, tarafların avukatla temsil edildiği süreçte vekalet ücretinin nasıl hesaplanacağı mevzuudur. Sigortacılık Kanunu m. 30/17, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik m. 16/13, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 17/2 birlikte değerlendirildiğinde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekalet ücretinin, her iki taraf için de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi içeriğinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekalet ücretinin beşte biri olarak hükmolunması gerektiği yönünde içtihatlar müstakar hale gelmiş, artık davacı lehine hükmedilecek vekalet ücretine ilişkin olarak anılan mevzuat uyarınca maktu vekalet ücretinin altında kalmamak kaydıyla yukarıda ifade edildiği şekilde 1/5 vekalet ücretine karar verilmekte, nispi ve tam vekalet ücreti yönünde verilen kararlar temyizden dönmektedir³⁹.

³⁷ Uyuşmazlık dosyalarında heyet şeklinde dosyalara bakılma oranı parasal sınırlamalar nedeniyle bir hayli düşük orandadır. Şöyle ki, 2023 yılında tek hakemli olarak görülen dosyaların oranı %93,67 iken 2024 yılında bu oran %91,32'dir. İstatistik için bkz. <https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20Web.pdf> E.T:14.05.2025. Dolayısıyla bu önerimiz uyuşmazlık hakemlerinden ziyade itiraz hakem heyetleri bakımından bir anlam ifade edecektir.

³⁸ Hakem ve itiraz hakemi olma şartları hakkında ayrıntılı bilgi, eleştiri ve öneriler için bkz. Baykan (n. 17) 31-34.

³⁹ Bkz. Y. 4 HD, 2023/5214 E, 2025/3276 K, 26.02.2025 T. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:11.05.2025.

II. SİGORTA TAHKİM KOMİSYONUNA YAPILAN BAŞVURULAR HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

Bu başlık altında sonda söyleyeceğimizi başta vurgulamanın daha faydalı olduğunu değerlendiriyoruz. Sigorta Tahkim Komisyonunun faaliyet raporları ve bültenlerinden anlaşıldığı üzere, olağan tahkimden tamamen ayrışan, yargılama benzeri bir yapıda neredeyse kurumsallaşmış ve sürdürülebilirlik ilkelerine riayet eden, alanında yargı yükünü nicelik bakımından çok fazla hafifleten sigorta tahkim kurumunun, diğer özel hakemlik müesseslerinin olduğu iş hukuku, tüketici hukuku, bireysel müşterinin muhatap olduğu banka ve finans hukuku uyumsuzlukları için örnek alınarak yasal düzenleme ile benzeri kurumların bu alanlarda da oluşturulmasını önermekteyiz.

Sigorta Tahkim Komisyonu, 2024 yıl sonu itibariyle on beşinci takvim yılını tamamlamış bulunmaktadır. 31 Mart 2025 tarihi itibariyle, Sigorta Hakemlerince toplam 2.214.307 başvuru karara bağlanmıştır. Ocak 2025-Mart 2025 döneminde ise 186.168 başvuru alınmıştır. Bunlardan 206'sı hayat branşında, 185.962'si hayat dışı branşlardadır. Şikayet sebeplerine ilişkin dağılıma baktığımızda, *tazminatın ödenmemesi* talep konulu 149.745, *tazminatın eksik ödenmesi* talep konulu 36.361 ve diğer konularda ise 62 talep ile başvuru yapıldığı görülmektedir. Ocak 2025-Mart 2025 döneminde söz konusu başvurulardan sonuçlanan 165.061'i arasından 109.491'i kabul edilmişken, 18.632'si kısmen kabul edilmiş, buna karşın 36.938'i ise reddedilmiştir⁴⁰. Buna göre başvuruların yaklaşık %22'si reddedilmektedir. Dolayısıyla sigorta tahkim süreci başvuru sahipleri bakımından müspet sonuçlanma oranı yüksek olup, yargılamanın yanı sıra diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre de tercih edilen bir yol olduğu ve hatta mahkemelerin iş yükünü de önemli şekilde azalttığı bu sonuçlardan görülmektedir.

Komisyon nezdinde çözüme ulaştırılan başvuruların konularına bakarak, ağırlıklı olarak karşılaşılan sorunlar hakkında fikir sahibi olunabilir. Buna göre, 2023 yılı için komisyon nezdinde başvuruların poliçe türünde dağılımı %94,74 oran ve 534.317 adetle trafik, %2,37 oran ve 13.357 adetle kasko, %1,17 oran ve 6.582 adetle zorunlu deprem, %0,64 oran ve 3.598 adetle motorlu kara taşıtları ihtiyari mali sorumluluk ile toplam %1,08 oranında kalan diğer sigortalar⁴¹ şeklindedir. 2024 yılı

⁴⁰ Konu hakkındaki istatistiki bilgiler için bkz. E-Bülten 61 <<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/bultenler>> E.T: 14.05.2025.

⁴¹ Sigorta Tahkim Komisyonu faaliyet raporunda geçen poliçe türleri şunlardır: Trafik, Kasko, Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Sorumluluk, Devlet Destekli Bitkisel Ürün, Kredi, Yangın, Sağlık (Hayat), Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza, Zorunlu Deprem, Deprem ve Sel Dışındaki Doğal Afetler, Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Sorumluluk, Ferdi Kaza, Motorlu Kara Taşıtları Dışındaki Motorlu Araçlar, Hırsızlık, Sel, Mesleki Sorumluluk, Ferdi Kaza (Hayat), İşveren Mali Sorumluluk, Mot.Kar.Taş.İhtiyari Mali Sorumluluk (Kazanç/Mahrumiyet/Gün kaybı), Makine kırılması, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk, Elektronik cihaz, Emtea, Tekne – Deniz araçları, Hastalık (Hayat), Diğerleri (Hayat), Sağlık, Devlet Destekli Hayvan Hayat, Cam kırılması, Seyahat Sağlık (Hayat), İnşaat, Toprak kayması, Seyahat Sağlık, Zorunlu Sertifika Mali



için ise, komisyon nezdinde başvuruların poliçe türünde dağılımı %94,09 oran ve 578.974 adetle trafik, % 1,73 oran ve 10.634 adetle kasko, %1,67 oran ve 10.245 adetle zorunlu deprem, %0,98 oran ve 6.060 adetle motorlu kara taşıtları ihtiyari mali sorumluluk ile toplam %1,53 oranında kalan diğer sigortalar şeklinde gerçekleşmiştir⁴². 2025 yılının ilk üç dönemi için bakıldığında toplam 186.168 başvuru dosyasının poliçe türünde dağılımı %95,46 oran ve 177.733 adetle trafik, %1,44 oran ve 2.689 adetle kasko, %0,66 oran ve 1.214 adetle zorunlu deprem, %1,78 oran ve 3.312 adetle motorlu kara taşıtları ihtiyari mali sorumluluk ile toplam %0,66 oranında kalan diğer sigortalar şeklinde gerçekleşmiştir⁴³. Bu sonuçlardan da anlaşılabileceği üzere Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki başvurular belirli ve hatta tek sigorta türünde yaklaşık %94 oranında yoğunlaştığı anlaşılmaktadır. Bu da uygulamadaki kısa adıyla trafik sigortası; hukuk ve sigorta tekniği bakımında asıl adıyla “*Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*” olarak karşımıza çıkar. Aynı kapsamı ihtiva ettiğinden ihtiyari mali mesuliyet sigortası başvurularını da hesaba kattığımızda Sigorta Tahkim Komisyonunun karşılaştığı ihtilaf konularının ayniyeti %95 oranını geçmektedir. Kasko, zarar sigortası olması hasebiyle ayrı bir tür olmakla beraber, talep ve incelenen konular bazlı kısmi benzerlik açısından bu hesaba katıldığında ise söz konusu bu oran %97 civarındadır. O halde sigorta tahkim, henüz kuruluş amacındaki sigorta sözleşmesinden doğan uyumsuzlukların tamamı için başvuru alan bir yöntem olma hedefini nicelik olarak yakalasa da, nitelik olarak sağlayamadığını belirtmek yanlış bir değerlendirme sayılmayacaktır. Nitelik açısından hedefe yaklaşılması için, bu yönde tanıtlara ağırlık verilebileceği gibi, müracaatı teşvik edici ve tanıtıcı yasal düzenlemeler de yapılabilir⁴⁴.

Yukarıdaki veriler ışığında Sigorta Tahkim Komisyonuna gelen başvurular içerik bazlı ele alındığında tazminatın ödenmemesi (2023 yılı için %76,57, 2024 yılı için %78,28) ve tazminatın eksik ödenmesi (2023 yılı için %23,43, 2024 yılı için %21,64) taleplerinin ağırlıklı şekilde karşımıza çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla burada yoğunlaşan sorunlara değinmek faydalı olacaktır.

Sorumluluk, Tüpgaz zorunlu sorumluluk, İstihdam (Hayat), Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza, Kredi-Borcun Ödenmemesi, İhtiyari Deprem, İrat Ödemeleri (Hayat), Hayvan Hayat, Devlet Destekli Sera, Patlama, Hukuksal koruma, Faaliyet Raporu, Diğer Finansal Kayıplar, Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk, Evlilik/Doğum Sigortası, Özel Güvenlik Mali Sorumluluk, Uzun Vadeli Konut Kredisi, Asansör Üçüncü Kişilere Karşı Mali Sorumluluk, Nükleer Enerji, Uçak Yolcu Kaza, Uçak – Tekne, Hastalık, İstihdam, Yapı Denetimi Zorunlu Mali Sorumluluk, Göl Araçları, Beklenmeyen Ticari Giderler, Devlet Destekli Kümes Hayvan Hayat, Dolu Sera, Montaj, Kar Kaybı, İhracat Kredi, Emniyet Suistimal, Kira ve Gelir Kaybı, Destek Genel, Devlet Destekli Su Ürünleri.

⁴² Konu hakkındaki istatistiki bilgiler için bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu 2024 Faaliyet Raporu <https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20WEb.pdf> E.T:14.05.2025).

⁴³ Konu hakkındaki istatistiki bilgiler için bkz. E-Bülten 61 <<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/bultenler>> E.T: 14.05.2025.

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Baykan (n. 17) 96.

İlk olarak Sigorta Tahkim Komisyonuna müracaat edildiği hallerde, gerek başvuru bulunan tarafın gerekse sigorta şirketi tarafından karşılıklı şekilde matbu dilekçe verdikleri görülmektedir. Matbu dilekçe sorunu; başvuru sahibi bakımından somut olayın kapsamı dışındaki iddia ve vakıaları da içerecek şekilde daha önceki tahkim başvurularından kopyala-yapıştır şeklinde elde edilen olası tüm iddia ve taleplerin sıralandığı dilekçe olarak karşımıza çıkarken, cevap veren sigorta şirketi bakımından ise dava dilekçesindeki somut olay esasına uygun olmayacak şekilde bağlantılı/bağılantısız her konuda olası tüm cevapların sıralanması şeklinde görülür. Dilekçeler safahatındaki bu sorunlar tarafların ancak vekille temsil edildiği durumlarda bir ihtimal taraf vekilinin özeni ile çözülebilecek meslek etiğiyle ilgili bir problemidir. Esasında söz konusu keyfiyet sigorta tahkime özgü olmayıp, mahkemeler nezdindeki yargılamalarda da sıklıkla karşılaşılan bir sorundur.

Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan başvurular incelendiğinde, sigorta kuruluşu tarafından tedarik edilen parçalarla ilgili de ihtilafların çıktığı görülmektedir. Bu noktada aracın eski haline getirilmesi için tedarik edilen parçaların indirimli temin edilmesinden doğan zarar, bir diğer ifade ile iskonto bedeli talep edilmektedir. İskonto, sigorta kuruluşu ile parça temin eden tedarikçi firma arasında yapılan sözleşmeye istinaden elde edilen indirimdir. Bu kapsamda, sigorta kuruluşları, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın *Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi* başlıklı B.2. maddesine göre, hasarlı parçanın onarımı mümkün değil ise öncelikle orijinal parça ile değişimini, parçanın orijinali üretilmediği takdirde hasar gören aracın sahibinin onayı alınarak eşdeğer parça ile onarımını sağlamakla yükümlüdür⁴⁵. Çoğu uyuşmazlığın temelini ise bu hüküm oluşturmaktadır. Şöyle ki, sigorta kuruluşu tarafından orijinal olarak temin edilen parçalara, tedarikçi firmadan uygulanan indirim tutarı, başvuru tarafından hasar dosyalarında sık şekilde talep konusu edilmektedir.

Başvuru sahipleri, parça bedeline uygulanan indirim nedeniyle zarara uğradığı iddiasıyla Komisyon'a başvurmaktadır. Zarar orijinal parça ile giderildikten sonra bakiye zarar talep edilmesi mümkün olmadığı halde, gerçek zararın giderilmesi ilkesi⁴⁶ adı altında bazı hakemler tarafından taleplerin kabul edildiğini ve sigorta

⁴⁵ ZMSS Genel Şartları m. 2; "*Hasar halinde, hasar gören orijinal parça, onarımı mümkün değilse orijinal parça ile değiştirilir. Ancak, hak sahibinin onayının alınması veya hasar gören parçanın orijinal parça ile değiştirilmesine imkân olmaması halinde hasar gören parça, eşdeğer (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 6/10/2022 tarihli ve YD İtiraz No.:2022/471 sayılı kararı ile yürütmesi durdurulan ibare: veya yeniden kullanılabilir parça) ile değiştirilir. Bu fıkra kapsamında hak sahibinden onay alındığını veya hasar gören parçanın orijinal parça ile değiştirilmesine imkan olmadığını ispat yükü sigortacıya aittir. Bu fıkranın uygulanması sonucu araçta bir kıymet artışı meydana gelse dahi bu fark tazminat miktarından indirilemez*"

⁴⁶ Farklı bir somut olayda gerçek zararın ödenmesi ilkesi ile ilgili "*6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1459. maddesine göre sigortacı, sigortalının uğradığı zararı tazmin edecektir. Rücuen tazminat davalarında sigortalının talep edebileceği miktar, sigortalının hak sahibine ödediği miktar değil ödemesi gereken miktar yani gerçek zarardır. Bu nedenle Hakem Heyetince kusur durumunun ve gerçek zarar miktarının bilirkişiden alınacak rapor ile belirlenip değerlendirilmesi gerekirken*



tazminatının bir zenginleşme aracı olarak kullanılmasına sebebiyet verildiği görülmektedir. Bu noktada yukarıda zikredildiği şekilde çelişkili kararların verilmesinin önlenmesi için kararlar dergisi bir fonksiyon görmemektedir, bir denetim mekanizmasının kurulması şarttır.

Değer kaybı ile ilgili tazminat taleplerinin görüldüğü dosyalardaki sorun ise geçmiş hasar kayıtlarının tespit edilememesi ve aynı yerden daha önce hasar alan araçların yeniden değer kaybı tazminatı talebinde bulunulmasıdır. Son dönem güncel kararlarda, Sigorta Tahkim Komisyonu listelerine kayıtlı bilirkişiler tarafından hazırlanan bilirkişi raporlarında, “*geçmiş hasar sorgulama ekranı kapatıldığı için sorgulama yapılamamıştır*” ifadeleri ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Sigorta kuruluşları tarafından kolaylıkla temin edilebilen geçmiş hasar bilgilerinin, bilirkişiler tarafından da sorgulanabilmesi ve buna göre değer kaybı taleplerinin değerlendirilmesi, sigorta tazminatının zenginleşme aracına dönüştürülmemesinde ve sigorta hukukuna hakim olan temel ilkelerden biri olan zenginleşme yasağı ilkesinin korunması bakımından önem arz etmektedir.

Sigorta Tahkim Komisyonuna sıklıkla başvuru yapılan bir diğer talep ise cismani zararlardır. Çoğunlukla, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında teminat altına alınan araçların neden olduğu trafik kazalarında, zarar gören üçüncü şahıs tarafından yapılan başvurularda, önemli sorunlardan biri de, zararın ispatlanmasında sunulan sağlık raporlarıdır. Nitekim, başvuru dilekçeleri ekinde sunulan sağlık raporlarının, çoğunlukla üniversite hastanelerinin adli tıp anabilim dalı bölümlerinden bizzat başvuruocular tarafından temin edildiği görülmektedir. Yerleşik yargı kararlarına göre, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen ve yetkilendirilen hastaneler ile Adli Tıp Anabilim Dalı bulunan Üniversite hastanelerinden sağlık raporu temin edilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak bu uygulamanın, Genel Şartlarda yer alan düzenleme ile bağdaşmadığı ve kötüye kullanıldığı görülmektedir. Şöyle ki, örneğin İstanbul’da meydana gelen bir trafik kazasında zarar gören ve yine İstanbul’da ikamet eden şahsın, tüm sağlık tetkiklerini İstanbul’daki hastanelerde yapıldığı halde, maluliyet oranının belirlendiği sağlık raporu Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi veya Dokuz Eylül Üniversitesi gibi olay ile bağlantısı bulunmayan ve başvuruocuların ikametlerine oldukça uzak hastanelerden temin edildiği ve bu raporların çoğu zaman, tespit edilen araz ile ilgili uzman hekim imzasının görüşü alınmadan hazırlandığı ve barkodu da bulunmadığı için teyit edilemediği görülmektedir. Bir diğer ifade ile başvuru sahibi tarafından kaç üniversite hastanesinden ne kadar sağlık raporu alındığı, hangi raporda ne tespit edildiği, yüzde kaç maluliyet belirlendiğini gösterir ortak bir sistem bulunmadığı için, iyiniyetli olmayan başvurularda, istenen maluliyet oranlarının temin edilebilmesi için sayısız hastaneden rapor alındığı ve içlerinden en yüksek maluliyet oranını veren

eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”
gerekçeli karar için bkz. Y. 11 HD, 2024/4522 E, 2024/8626 K, 04.12.2024 T. Bkz. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:11.05.2025.

sağlık raporu ile STK'ya başvuru yapıldığı ve ne yazık ki bu başvuruların kabul edildiği ve yine sigortanın bir zenginleşme aracı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Komisyon'a yapılan bu başvurularda adil ve hakkaniyete uygun kararlar verilebilmesi için ilk olarak Sağlık Bakanlığınca geliştirilmesi gereken bir uygulama ile başvuru sahiplerinin daha önce hangi hastanelere müracaat ettiği, kaç farklı hastaneden maluliyet raporu aldığı kayıt altına alınmalı ve böylelikle nihai maluliyet raporu ile öncekilerin kıyaslanması sağlanmalıdır. Ayrıca, uyuşmazlık hakemlerince de sunulan raporlar kayıtsız şartsız kabul edilmeden önce, Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin⁴⁷ 6 ve 7'nci maddelerine uygun sağlık raporunun temin edilmesi için, başvurucunun ikametene en yakın ve hakkında daha önce sağlık raporu temin etmeyen yetkili bir hastaneye sevkı sağlanmalı ve bizzat muayenesi yapılarak, varsa maluliyet oranının tespit ettirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, sunulu raporların gerçeği yansıtmadığı tespit edilemediği için sigorta dolandırıcılığına kapı aralayacağı şüphesizdir.

Yukarıda ifade edilmeye çalışılan sigorta tahkime dair kronikleşen sorunların çözümüne yönelik, sigorta tahkimin doğasına uygun hızlı teknik inceleme ve raporlamayı sağlayacak tüzel kişi bilirkişi kurumunun kazandırılması gerekmektedir.

III. ZORUNLU DEPREM SİGORTALARINDAN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA VERİLEN KARARLAR HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

06.02.2023 tarihli Kahramanmaraş İli Pazarcık Merkezli 7.7 ve 7.6 büyüklüğünde meydana gelen iki ayrı deprem, ülkemizin on bir şehrini etkilemiş olup, 35.355 bina yıkılmış⁴⁸ ve bunun onlarca katı bağımsız bölümde ağır hasarlı hale gelmiştir. Deprem sonrasında DASK'a karşı Sigorta Tahkim Komisyon'u nezdindeki başvurularda doğal olarak artış yaşanmıştır. Başvuru sahipleri, Zorunlu Deprem Sigortası ile sağlanan teminat limitinin, deprem tarihinde geçerli olan yeni teminat limitleri dikkate alınarak ödeme yapılması gerektiği iddiası ile DASK tarafından karşılanmayan bakiye hasar tazminatı istemi ile ilgili tahkime müracaat etmeleri üzerine, DASK vekillerince sunulan savunmalarda, DASK'ın bir kamu kuruluşu olduğu, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmadığı ve bu nedenle de aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığı ve değişen teminat limitlerinin geçmişe etki etmeyeceği yönünde savunmalarda bulundukları görülmüştür. Bu hususta sigorta tahkim nezdinde pek çok çelişkili karar verilmiştir. Bu konuya dair tartışma ve çelişkili hakem kararlarının verilmesi sürerken Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 30.05.2024 tarihinde 2023/13140 Esas 2024/5473 Karar sayılı içtihadını çıkarmıştır⁴⁹. Bu içtihattan sonra, pek çok sigorta hakeminin Yargıtay ihtisas dairesinin mezkur kararına uyarak, DASK lehine

⁴⁷ RG, 20.02.2019, S. 30692.

⁴⁸ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Stratejik ve Bütçe Başkanlığı: 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu, Mart 2023, 65 <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaras-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>> E.T: 01.05.2025.

⁴⁹ Karar için bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Y2024-7473.pdf>> E.T:01.05.2025.



taleplerin reddine karar verdiği görülmektedir. Ancak mezkur kararın gerekçesine bakıldığında, sigorta tahkim nezdindeki başvurulara ilişkin ihtilafı gidermeye yönelik yeterli gerekçe sunulmadığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bahse konu kararında, zorunlu deprem sigortasının zorunlu sigortalardan olduğu, değişen tarife ve talimatların nasıl uygulanması gerektiği veya DASK'ın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği gibi tahkim nezdindeki dosyalarda ihtilaf mevzuu olan önemli hususlara değinmediği, sadece sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki farka işaret ederek, sigortacının sigorta bedelinden fazlasını ödeme yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesi ile ilgili itiraz hakem heyeti kararını kaldırdığı görülmektedir. Ancak uyuşmazlık temeli doğru tespit edilmişse de sonuca doyurucu gerekçelerle varılmamış ve gerekçede değişen tarife ve talimatlara değinilmemiştir. Bu nedenle anılan Yargıtay ilamının gerekçesine katılmak mümkün değildir. Bu eleştiriler neticesinde, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi vermiş olduğu aynı yöndeki kararlarında ayrıntılı gerekçelere yer vermeye başlamış olup 10.04.2025 tarihli güncel kararı şu şekilde gerekçelendirilmiştir⁵⁰: “*Gerek TTK, gerek Deprem Sigortası için daha özel bir kanun olan Afet Sigortaları Kanunu, gerekse Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ve dosya içerisinde bulunan poliçe özel şartlarında poliçe düzenlendikten sonra yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği’ne göre belirlenecek bedelin sigorta bedeli olarak kabul edileceği veya sonradan belirlenen bu bedelin tazminat olarak ödenebilmesi için zeyilname düzenlenerek gönderilmesi veya zeyilname düzenlenmesini talep edip etmeyeceğine yönelik sigorta ettirenin bilgilendirileceği hususunda davalı DASK’a bir yükümlülük ve sorumluluk getirilmemiştir. Kanunda, Genel Şartlar ve poliçe özel şartlarında olmayan bir sorumlulukla ilgili olarak davalıya bilgilendirme yükümlülüğü yüklenerek bu yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesi ile yine Kanunda, Genel Şartlarda ve poliçe özel şartlarında olmayan bir tazminatı sigortacının ödenmesine karar verilmesi doğru değildir...TTK’nın 1452. maddesidir. Bu maddeye göre, TTK 1404 ve 1408 inci madde hükümleriyle 1429 uncu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine, 1418 ve 1420 nci maddeler ile 1430 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı sözleşme şartları geçersizdir. Ayrıca TTK 1405, 1409, 1413 ilâ 1417, 1419, 1421, 1422 ilâ 1426 ncı maddeler, 1427 nci maddenin ikinci ilâ beşinci fıkraları, 1428 inci madde, 1430 uncu maddenin birinci ve üçüncü fıkraları, 1431 inci maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkraları ve 1433 ilâ 1449 uncu madde hükümleri, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse bu Kanun hükümleri uygulanır. Görüldüğü gibi bu madde koruyucu hükümleri düzenlemekte olup TTK 1423. maddesi ile ilgili bir koruyucu hüküm olmadığı gibi, TTK hükümlerinde tebliğ ile sonradan belirlenen sigorta bedelinin geçerli olacağına ilişkin bir hüküm de bulunmadığı ve bu nedenle poliçede sigorta ettiren aleyhi-*

⁵⁰ Y. 4. HD, 2025/2057 E, 2025/5731 K, 10.04.2025 T.; Birebir aynı gerekçe ile Y. 4. HD, 2024/13851 E, 2025/3514 K, 27.02.2025 T. Bkz. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:11.05.2025.

ne bir hükümden bahsedilemeyeceği gözetilmeden, bu madde gerekçe gösterilerek DASK'ın sorumlu olmadığı bir tazminattan sorumlu tutulması da doğru değildir”.

Ancak anılan karar sonrasında, sigorta hakemlerinin Yargıtay kararlarına karşı direnme hakkı olmadığından, belirtilen dosyalarda artık görüş değiştirildiği ve eski tarife üzerinden yapılan ödemelerin yeterli olduğu yönünde kararlar verilmeye başlanmış ve bu durum da hakemler arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Geline aşamada, miktar itibariyle temyiz denetimine tabi olmayan dosyalarda, deprem tarihinde geçerli olan yeni tarife üzerinden taleplerin kabul edildiği⁵¹, ancak temyize tabi olan dosyalarda Yargıtay ilamı gereği talebin reddedildiği görülmektedir. Bu çelişkilerin giderilmesi ve Yargıtay müstakar kararları hilafına çıkarılan parasal sınırlara takılan hakem kararlarına yönelik ise, Anayasa Mahkemesinin anılan kararlar hak ihlali başvurularından sonuç alınmasına kapıyı kapattığı düşünüldüğünde, geriye mer’i mevzuata göre HMK m. 443’teki tahkimde yargılamanın iadesi prosedürünün zorlama ve geniş şekilde yorumlanması yoluna gidilebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte nihai çözüm yukarıda zikredildiği şekilde bir mevzuat değişikliği olmalıdır.

IV. SİGORTA TAHKİM YARGILAMASINDA ARABULUCULUĞUN GÖRÜNÜMÜ

A. Arabuluculuk Tutanağı ile Sigorta Tahkim Komisyonuna Yapılan Başvuruların Geçersizliği Hakkında Değerlendirmeler

Komisyon’a yapılan başvurularda karşılaşılan bir diğer sorun ise arabuluculuk tutanaklarına ilişkindir. Bu sorunu ele almadan önce, başvuru koşullarının nelerden ibaret olduğuna değinmekte fayda görüyoruz.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun (KTK) 97’inci ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30/13’üncü maddeleri gereği, sigorta kuruluşu ile uyuşmazlık yaşayanların, (zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına münhasır olmak üzere) dava veya her konuda tahkim yoluna gitmeden önce, taleplerini yazılı olarak sigorta kuruluşuna iletmeleri özel bir dava şartıdır.

Nitekim SK’nın 30/13’üncü maddesinde, “*gerekli başvuruların yapılmış olması*” ve KTK’nın 99’uncu maddesinde, “*hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine*” iletilmesi koşulu arandığından, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının (ZMSSGŞ) Ek-6’ncı maddesinde belirtilen belgelerin yazılı müracaat sırasında sunulması şarttır.

⁵¹ Bu şekilde Yargıtay kararı hilafına verilen ve parasal sınırlara takıldığından kesinleşen hakem kararlarıyla ilgili olarak, hakem kararlarının gereğinin DASK tarafından yerine getirilmediğine yönelik, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. Maddesine göre hakem kararlarının yerine getirilmesinin yasal zorunluluk olduğuna dair bildiri için bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=19052>> E.T:01.05.2025.



ZMSS Genel Şartları Ek 6'da hasar, değer kaybı ve cismani zararlarda, zarar görenlerin, tazminat talebinde bulunurken, sigorta kuruluşuna sunmak zorunda oldukları belgeler açıkça sıralanmıştır. Bahse konu belgelerin sigorta kuruluşuna sunulması, zararın hesaplanması ve tazmin edilebilmesi için gereklidir. Bu nedenle KTK'nın 99'uncu maddesinde açıkça ZMSS Genel Şartları ile belirlenen belgelerin sigorta kuruluşuna sunulması dava şartı olarak hüküm altına alınmıştır. Buna rağmen, tahkime yapılan başvurular arasında, müracaat belgesi olarak arabuluculuk anlaşamama tutanaklarının sunulduğunu görülmektedir. Bahse konu arabuluculuk görüşmelerinin, özel dava şartını yerine getirmediği kanaatindeyiz⁵².

Nitekim arabuluculuk tutanağı, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri kapsamında gizli yürütülen bir görüşmenin yazılı belgesidir. Ancak, tutanakta, görüşme detaylarının yazılması, gizlilik ilkesine aykırı olacağından sadece tarafların anlaşma sağlayamadığı hususun ne olduğu yazılır.

Arabuluculuk başvurusu yapılırken, tarafların bilgilerinin sunulması yeterli olup, ZMSS Genel Şartları Ek-6'da sayılı belgelerin sunulma zorunluluğu bulunmamaktadır⁵³. Bu nedenle de arabuluculuk görüşmeleri kapsamında, sigorta kuruluşuna, tazminat talebinin değerlendirilebilmesi ve hesaplama yapılması için gerekli belgeler sunulmamaktadır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere tahkim veya dava şartı müracaat koşulunun yerine getirilebilmesi için anılan belgelerin sigorta kuruluşuna sunulması zorunludur. Bu nedenle arabuluculuk görüşmeleri neticesinde tanzim olunan arabuluculuk anlaşamama tutanağının, dava veya tahkim özel şartını sağlamadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle arabuluculuk anlaşamama tutanağı ile yapılan başvuruların, HMK m. 115 uyarınca dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekmektedir.

B. Dava Şartı Arabuluculuktan Sonra Tahkim Şartı Arabuluculuk

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesi, 14.04.2016 kabul tarihli, 26.04.2016 tarih ve 29695 Sayılı R.G.de yayımlanan 6704 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilmeden önce sigorta kuruluşuna karşı doğrudan talep ve dava açma hakkı tanııyordu. Yasa bu şekilde eski hali ile yürürlükte iken, 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile sigortacılıkta tahkim sistemi kabul edilmiş ve maddenin 13. fıkra hükmü ile tahkim uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmadan önce sigorta kuruluşuna yazılı/belgeli müracaat koşulu getirilmiştir. Tahkim yoluna başvurmadan önce sigorta kuruluşuna zorunlu müracaat koşulu

⁵² Aksi görüş için bkz. Tuğba Bulut Yamaç, *Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 63.

⁵³ Böyle bir yasal zorunluluk olmamakla birlikte, anılan belgelerin sunulmasına arabuluculuk nezdinde yapılacak görüşmeler ve talebin somutlaştırılması açısından ihtiyaç duyulacağına şüphe bulunmamaktadır. Hatta bunun dışında bir halde sürecin müspet sonuçlanması - somut olayda TTK m. 1427, 1446 ve 1447 kapsamında bilgi ve belge paylaşılmış olduğu durumlar hariç- düşünülemez.

aranırken, genel mahkemelerde dava açılması halinde böyle bir koşulun aranmıyor olması, bu kez tahkimden istenen faydayı görmeye engel olacağı kanaati ile 6704 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle -zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına münhasır olmak üzere- KTK'da yer alan doğrudan dava açma hakkı da kaldırılmıştır.

Yukarıdaki başlıkta da değindiğimiz üzere mevcut durumda artık, sigorta kuruluşundan talepte bulunan hak sahipleri, öncelikle sigorta kuruluşuna yazılı müracaatta bulunma şartını yerine getirdikten sonra, her konuda tahkim veya - zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına münhasır olmak üzere de- dava yoluna gidebilmeleri⁵⁴ mümkündür.

2016 yılından bu yana uygulanan bu düzenlemeye bir yenisinin eklenmek istendiği görülmektedir. Türkiye Sigorta Birliği tarafından sigorta kuruluşları ile paylaşılan ancak resmi olarak henüz duyurulmayan bir tasarı metnine göre, sigorta kuruluşuna karşı tahkime başvurmadan önce bir kez de arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmek istendiğine dair girişimlerin olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18/A-18'de "*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*" denilmektedir. Sigorta tahkim sigorta şirketleri penceresinden değil de, sigortalı ve doğrudan zarar gören başvuru sahipleri bakımından değerlendirildiğinde, HUAK m. 18/A-18'da bahsi geçen zorunlu başvuru kriterini karşılamadığından bu madde kapsamında değerlendirilemez. Sigorta tahkim kendisi alternatif bir çözüm yolu olması ve – benzese dahi - T.C. Anayasası m. 9'daki yargı yetkisinin kapsamında olmadığı için dava şartı arabuluculuğa ilişkin bir düzenlemenin burada söz konusu olması tarafımızca mümkün görünmemektedir⁵⁶. Aksi düşüncenin kabulü ile birlikte; öncelikle sigorta kuruluşuna yazılı mür-

⁵⁴ Buradaki eleştirilerden biri de kendi yasal düzenlemeleri açısından sigorta kuruluşunun cevap süresi olarak tahkim ile ilgili mevzuatta 15 iş günü öngörülmüşken, KTK'da zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına dair dava için 15 gün ifadesinin yer almasıdır. Ayrıca KTK m. 97 son cümlede "...veya tahkime başvurulabilir" ek ifadesi duruma daha da çelişkili hale getirmiştir. KTK'daki bu düzenleme ile zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına dair dava ve tahkim prosedürlerinin başlatılabilmesi için zorunlu olarak (dava şartı/tahkim şartı olarak) başvuru zorunluluğunun süreleri, anılan yasalarda farklı düzenlendiği gibi, -zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortalarına dair- tahkime başvuru açısından da iki ayrı mevzuatta farklı sürelerin öngörülmesi gibi bir durumla karşılaşmıştır. KTK'daki düzenlemenin sonraki ve özel kanun hükmü olması bakımından 15 günün uygulanması yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vural Seven, 'Mahkemeye – Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvurma Zorunluluğu' (2018) 83(2) İzmir Barosu Dergisi 95-129.

⁵⁵ Konu hakkında "*Sigorta Tahkimin Önüne Zorunlu Arabuluculuk Getirme Çabalarına İlişkin Açıklama*" için bkz. <<https://sigortahakemlilerdernegi.org/sigorta-tahkimin-onune-zorunlu-arabuluculuk-getirme-cabalarına-iliskin-aciklama>> E.T: 01.05.2025.

⁵⁶ Benzer şekilde görüş için bkz. Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 391; Mustafa Özgen, *Sigorta Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 72. Yazar bu çalışmasının ilerleyen kısmında "...bu sebeple güvenilirliği her geçen gün artan Sigorta Tahkim Komisyonu'nda arabuluculuk uygulamasının



caatta bulunarak, SK m. 30/13 hükmü gereği dava/tahkim şartı yerine getirilmeli, bu kapsamda 15 gün cevap verme süresi beklenmeli ve sigorta kuruluşu belirtilen sürede müracaata karşı cevap vermez veya talebi karşılamaz ise bu kez de aynı sigorta kuruluşu ile arabuluculuk masasına oturarak bir daha uzlaşma sağlanması için tüketici uyuşmazlıklarında 3+1=4 hafta, ticari uyuşmazlıklarda 6+2= 8 hafta ayrıca beklemelidir. Ancak tüm bu sürecin sonrasında sigorta kuruluşu aleyhine tahkim yoluna gidebilmesi mümkün olacaktır. Sigorta tahkim sürecini şu an cazip kılan en önemli etkenlerden biri yargılamaya göre hızlı sonuçlanmasıdır. Ayrıca arabuluculuk ücreti de sigorta tahkim masraf kalemlerine ekleneceği de gözlemlenmelidir.

Sigorta uyuşmazlıklarının çözüme ulaşması; tahkim yargılamasında, hakemlere tevdiiden itibaren uyuşmazlık aşamasında 4 ay, itiraz aşamasında 2 ay olmak üzere toplam 6 ay ve buna ilaveten komisyonda havale için geçen sürede⁵⁷; genel mahkemelerde ise İstanbul örneğinden hareketle ilk derecede 3 yılı bulan yargılamalar sonrasında kanun yollarıyla birlikte kesinleşme için bu sürenin toplamda 6 yıla kadar uzadığı görülmektedir. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla kabul edilen müracaat koşuluna bir yenisinin bu şekilde eklenmesi tarafların uzlaşmasını sağlamayacağı gibi, sadece süreci uzatmaya ve yargılama masraflarının katlanarak çoğalmasına ve sonunda hazine üzerinde mali yüke neden olacaktır. Hak arama özgünlüğüne getirilmek istenen bu yeni kısıtlamanın amacı anlaşılammaktadır. Arabuluculuk faaliyeti de aynı tahkim gibi alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Her iki yöntem de tarafların tercihinine bağlı tutulması gerekirken, birinin diğerine ön koşul olarak kabul edilmesi ve zorunlu kılınması, kurumların varlık amacına aykırıdır. Bu halin kabulü sigorta tahkime, T.C. Anayasası m. 9 hiline, tamamen yargı yetkisi tanımak demektir. Sigorta tahkim kurumuna destek, sigorta ihtisas mahkemelerinin kurulması ile mümkün olacaktır. Sigorta hakemlerinin ilk derecede izleyebileceği bir yargılama süreci, tahkim kurumunun kurumsallaşmasına ivme kazandıracaktır.

olması hem tahkim yükünü azaltacak hem de uzman arabulucular önünde adil anlaşmalar sağlanmış olacaktır. Ancak bunun uygulanabilirliği uzman sayısının artması ve arabulucunun rolünün net belirlenmesi ile mümkündür” demek suretiyle kendisinin aksine görüş belirtmiştir (Özgen (n. 56) 143).

⁵⁷ Bu sürelerin hakeme göndermeyle başlayacağı, süre aşımı neticesinde verilen kararın yok hükmünde sayılacağına dair “Davacının 30.05.2019 tarihli başvurusu üzerine Sigorta Tahkim Komisyonunca 22.06.2019 tarihinde hakeme görev tevdi edilmiş, taraflarca daha önceden başkaca bir süre belirlenmemiş ve hakem heyetince tahkim süresinin uzatılması yönünde karar alınmamış olduğundan, hakem heyetinin 4 ay içinde kararını vermiş olması gerekmektedir. 4 aylık süre madde metninde açıkça belirlendiği üzere hakemlerin görevlendirildikleri tarihten itibaren başlayacağından 22.10.2019 tarihinde dolmuş bulunmaktadır. Hakem heyeti kararı ise 02.11.2019 tarihinde verildiğinden verilen bu karar yok hükmünde olmakla hakem heyeti kararının re'sen bozulması gerekmiştir” kararı ve önem arz eden “...Bu itibarla, 4 aylık sürenin başlangıcında esas alınan görevlendirme tarihinin, hakemin dosyada tasarruf edebildiği tarih olan linklerin aktif hale getirildiği tarihin esas alınması kanunun ruhuna uygun bir yorum olacağı gibi, Sigortacılık Kanunu'nun amacına da uygun olacaktır...” gerekçeli karşı oy için bkz. Y. 11 HD, 2020/2016 E, 2021/3024 K, 29.03.2021 T. <<https://portal.uyap.gov.tr>> E.T:03.05.2025.

SONUÇ

Huzurdaki çalışmanın hazırlanmasını tetikleyen İçtihadı Birleştirme Kararı ve Anayasa Mahkemesi Kararı ile literatürde kolay ulaşılamayacak Yargıtay ihtisas dairelerinin kararları, işbu çalışmada yukarıda zikrettiğimiz bir kısım eleştirilerimizin tespitinde ve bunlara yönelik aşağıda sonuç olarak özetlediğimiz çözüm önerilerinin kurgulanmasında esas teşkil etmiştir.

Günümüzde karşımızdaki Sigorta Tahkim Komisyonunu neredeyse kurumsallaşmış, faaliyetlerini sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde yürüten, en azından nice-lik olarak da kurulduğu alana münhasır olacak şekilde yargının yükünü hafifleten başarılı bir kurum olarak ifade etmezsek haksızlık olur. Bu çalışma ile bir kısım eleştiriler ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılmış ve aşağıdaki tespitlere sonuç olarak varılmıştır:

- i. Komisyon'a başvuracak taraflar, başvuru koşulları, hakem kararları ve kanun yolları ile Komisyon'un teşkilatlanma yapısı gibi hususlara dair kendine özgü usul hükümlerinin de bulunduğu ayrı bir kanunun çıkarılması, bu olmadığı takdirde Sigortacılık Kanunu'na 30A, 30B, 30C vd. hükümlerin eklenerek sigorta tahkim kurumunun çalışmadaki eleştirileri önleyecek şekilde yeniden düzenlenmesi,
- ii. Sigorta hakemleri için yargısal ve idari denetim mekanizmasının getirilmesi,
- iii. Parasal sınırlara takılan kararlarda keyfiliğin önlenmesi amacıyla bunlar için anılan AYM kararının kapattığı hak ihlali yolunun açılması için yasal düzenleme getirilmesi, ayrıca HMK m. 443'te düzenlenen yargılamanın iadesi prosedürünün bu kararlar için işlevsel şekilde sigorta tahkime özel şekilde düzenlenmesi,
- iv. Uyuşmazlık ve itiraz hakemi olma nitelikleri kanun ile düzenlenmeli, alanında uzman ve belirli kıdemi haiz hakimler ile sigortacılık ve sigorta hukuku alanında çalışan belirli unvanlardaki akademisyenlere en azından heyet halinde karar verilen süreçte sigorta tahkim hakemi olma imkanı verilmesi,
- v. Sigorta tahkime başvurular bakımından değerlendirme yapıldığında, tek türde yoğunlaşan trafik sigortası ağırlıklı başvuruların olduğu, diğer sigorta türleri için de sigorta tahkimi fonksiyonel hale getirmek için teşvik edici ve tanıtıcı aksiyonlar alınması ve yasal düzenlemelerde bu hususlara dikkat edilmesi,
- vi. Sigorta tahkime özgü bilirkişilik faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için, değer kaybı, gerçek zararın ortaya çıkarılması, sağlık raporları vb. şeklindeki sigorta tahkime dair kronikleşen sorunların yaşanmaması için sigorta tahkimin doğasına uygun hızlı teknik inceleme ve raporlamayı sağlayacak tüzel kişi bilirkişi kurumunun kazandırılması,
- vii. Diğer özel hakemlik müesseselerinin olduğu iş hukuku, tüketici hukuku, bireysel müşterinin muhatap olduğu banka ve finans hukuku uyuşmazlıkları için örnek alınarak yasal düzenleme ile benzeri kurumların bu alanlarda da oluşturulması,

- viii. DASK ile ilgili sigorta tahkimi son iki yılda çok meşgul eden teminat limitleriyle ilgili güncel Yargıtay kararlarının artık ayrıntı gerekçelerle verildiği ve hakemlerin bu gerekçelere dikkat etmesi gerektiği,
- ix. Her ikisi de alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk ile sigorta tahkiminin birinin diğerinin dava/tahkim şartı olarak kabul edilmesini önermek, sigorta tahkime yargı yetkisi tanıma anlamına geleceği,
- x. Sigorta ihtisas mahkemelerinin kurulmasının sigorta tahkime menfi bir etkisi olmayacağı, bilakis hakemlerin ilk derecede izleyebileceği bir yargılama sürecinin varlığının tahkim kurumunun kurumsallaşmasına ivme kazandıracığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akkanat H, Atalı M ve Seven V, *Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi* (1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022)
- Aras Yeşilova E ve Yeşilova B, ‘Sigortacılık Tahkimi -Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırtedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)’, (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 275-379
- Baykan F Z, *Sigorta Tahkimde Yargılama Süreci* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AHBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2024
- Çakan O, *Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk* 1. Baskı, Adalet Yayınları 2020
- Karasu R, ‘Sigorta Tahkim ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 49-69
- Kayıhan Ş ve Selanik AA, *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Köksal B, ‘Sigortacılıkta Tahkimde İtiraz Hakem Heyetinin Direnme Hakkı’ (2023) 166 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129-154
- Özdamar M, ‘Alman Hukukunda Sigorta Hukuku Ombudsmanlığı’ (2008) 24(3) Batider 309-328
- Özdamar M, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831-855
- Özgen M, *Sigorta Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim* 1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022
- Parlak T F, *Sigorta Tahkim Yargılaması* 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024

Seven V, ‘Mahkemeye – Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvurma Zorunluluğu’ (2018) 83(2) İzmir Barosu Dergisi 95-129

Ulaş I, *Sigortacılıkta Tahkim Hukuku-Sigortacılık Tahkiminde Yeni Gelişmeler ve Uygulamalar* 1. Baskı, Turhan Kitapevi 2022

Ünan S, *Sigorta Tüketici Hukuku* 1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2016

Yamaç T B, *Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024)

Yaşar T N, ‘Sigorta Hukukunda Tahkim’ (2018) 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 211-240

Elektronik Kaynaklar

E-Bülten 61 <<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/bultenler>> E.T: 14.05.2025

<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=19052>> E.T:01.05.2025

<<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y4/T1/WebOnergeMetni/a6b8c-13c-f7d2-48fa-bf60-8e5511766179.pdf>> E.T:01.05.2025

<https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20Web.pdf> E.T:14.05.2025

<<https://karararama.danistay.gov.tr>>

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

<<https://portal.uyap.gov.tr>>

<<https://sigortahakemleridernegi.org/sigorta-tahkimin-onune-zorunlu-arabuluculuk-getirme-cabalarına-iliskin -aciklama>> E.T: 01.05.2025

<<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/064756fb-a985-491d-9331-98b49cd15cd3.pdf>> E.T:01.05.2025

<https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20Web.pdf> E.T:14.05.2025

<<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/bultenler>> E.T: 14.05.2025

<<https://www.sigortatahkim.org/sayfa/hakem-karar-dergisi>, E.T:01.05.2025

<<https://www.youtube.com/watch?v=7t1U0mhDdJs>>

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Stratejik ve Bütçe Başkanlığı: 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaraş-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>> E.T: 01.05.2025

İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK BELGESİNİN AŞIRI YARARLANMA NEDENİYLE İPTALİ DURUMUNUN İNCELENMESİ

*Examination of the Cancellation of the Mediation Agreement Document
in Labor Law Due to Undue Influence*

Özgür OĞUZ*
Ece ATAĞ**

Özet

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, menfaat temelli bir yöntemdir. Bu yöntemle taraflar bir araya getirilerek bir uzlaşma ortamı sağlanmasında ve tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. İş hukuku açısından işçi ve işveren uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Böyle bir uyuşmazlıkta dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak zorunludur. Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşma sağlarsa bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Bu anlaşma belgesi, borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğundan sözleşmeler için öngörülen genel geçerlilik şartlarına tabidir. Bu belge düzenlenirken taraflardan birinin diğerinin zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlık yaratması halinde aşırı yararlanmanın olduğundan bahsedilir. Aşırı yararlanmanın varlığı halinde, zarar gören ya sözleşmeyle bağlı olmadığını belirterek edimin iadesini isteyecek ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edecektir. Bu çerçevede sözleşmeyle bağlı olmama ifadesinden iptal edilebilirliğin anlaşılması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarına bakıldığında arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptal edildiği görülmektedir. Ayrıca tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya vardıkları hususlar hakkında dava açamayacağı da kanunda düzenlenmiştir. Ancak bu dava açma yasağı mutlak değildir. Aşırı yararlanma nedeniyle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptaline karar verildiği durumlarda bu hususlar hakkında dava açılabilir.

Anahtar Kelimeler: İş hukuku, arabulucu, arabuluculuk anlaşma belgesi, aşırı yararlanma, dava açma yasağı

Abstract

Mediation, which is one of the alternative conflict resolution methods, is a method that relies on benefits. With this method, the aim is to bring the parties together, provide a consensus environment and resolve the dispute between the parties. In terms of labor law, mediation is regulated as a condition of litigation to resolve disputes between employees and employers. In such a dispute, it

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.05.2025
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ooguz1@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>

** Avukat/Doktora Öğrencisi, Eskişehir Barosu/Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, ecetatak98@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2936-8864>



is mandatory to apply to a mediator before filing a lawsuit. If the parties reach an agreement as a result of mediation activity, a mediation agreement document may be issued. Since the agreement document is a contract of obligations law, it is subject to the general validity requirements for contracts. Undue influence may show up if one party takes advantage of the other's difficulties, inexperience or thoughtlessness during drafting the agreement document, thereby creating a clear disproportion between considerations. In case of undue influence, the injured party will either state that they are not bound by the contract and request the return of considerations or will remain bound by the contract and request the elimination of the disproportion between the considerations. In this context, it is accepted in the doctrine that the expression of not being bound by the contract should mean cancelability. When looking at the court decisions, it is seen that the mediation agreement document was cancelled due to undue influence. It is also regulated in the law that the parties could not file a lawsuit regarding the issues they have agreed upon as a result of the mediation activity. However, this prohibition on filing a lawsuit is not absolute. In cases where the decision to cancel the mediation agreement document is made due to undue influence, a lawsuit could be filed regarding these issues.

Keywords: Labor law, mediator, mediation agreement document, undue influence, prohibition of litigation

GİRİŞ

İş hukukunun ortaya çıkışında esas neden eşit konumda olmayan işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmesidir. İşçi ve işverenlerin birbirine karşı haklarını savunabilmelerinin yanı sıra iş hukukunun kapsamında taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması da yer almaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Son zamanlarda geleneksel yöntemlerin uzun sürmesi ve maliyetli olması, farklı yöntemlerin doğmasına neden olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çatısı altında yer alan arabuluculuk da kabul edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Özellikle 2018 yılından itibaren işçi ve işveren uyuşmazlıkları için dava şartı olarak arabuluculuk getirilmesiyle birlikte uygulama alanı oldukça genişlemiştir. Böylece işçi ve işveren arasında ortaya çıkan iş sözleşmesi ve alacak gibi uyuşmazlıklar dava yolundan önce arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır. Arabuluculuk sisteminin Türk Hukuk sistemine dâhil edilmesiyle birlikte hem iş mahkemelerinin yükünün azalması hem de uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulması hedeflenmiştir.

Arabuluculuk sürecinde, tarafsız üçüncü bir kişi olan arabulucu rehberliğinde işçi ve işveren tarafı bir araya gelerek tarafların müzakere etmesi sağlanarak bir anlaşma ortamı yaratılmaya çalışılmaktadır. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda ise taraflar anlaşırsa, bir arabuluculuk anlaşma belgesi hazırlayabilirler. Bu belge, arabuluculuk sürecinin sona ermesi için zorunlu olmayıp tamamen tarafların iradelerinin bir metne dökülmesidir. Ayrıca tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma zorunlulukları bulunmayıp isterlerse geleneksel yöntemle de aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirebilirler.

Aşırı yararlanma ise bir hukuki işlemde ya da sözleşmede zayıf olanı güçlü olan karşısında koruma amaçlı hukuk sistemlerine dâhil bir kavramdır. Nitekim

kanuni düzenlemede de açıkça ifade edildiği üzere, hukuki ilişkinin taraflarından birinin, diğer tarafın özel durumundan bilerek ve isteyerek faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlık yaratması söz konusudur. Kavramın getiriliş amacı dikkate alındığında, aşırı yararlanmanın işçi ve işveren uyumsuzlukları açısından da gerçekleşebilme olasılığının oldukça yüksek olduğu açıktır. Zira işçi ve işveren, hukuki ilişkide eşit konumda bulunmamaktadır. Güçlü konumda bulunan işveren, kendi lehine olacak şekilde zayıf konumda bulunan işçinin haklarını düşünmeksizin hareket edebilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle iş hukukunda arabuluculuk süreci genel hatlarıyla ele alınıp yine iş hukuku kapsamında arabuluculuk anlaşma belgesi inceleme konusu yapılacaktır. Ardından, aşırı yararlanma kavramı ele alınıp kanuni düzenlemeden yola çıkılarak tanımı, unsurları, hüküm ve sonuçları hakkında makale konusu çerçevesinde bilgi verilecektir. Üçüncü bölümde ise arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedenine dayanılarak iptal edilip edilmeyeceği sorusuna yanıt aranacaktır. Ayrıca bu bölümde hem Yargıtay hem de Bölge Adliye Mahkemeleri kararları incelenerek uygulamada böyle bir durumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve bu konu hakkında nasıl kararlar verildiği üzerinde durulacaktır. Son olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine 2017 yılında eklenen dava açma yasağı olarak da bilinen tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaya varması halinde dava açılmayacağına yönelik düzenleme, arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilmesi açısından değerlendirilecektir.

I. İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK SÜRECİ VE ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

İş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk, tarafların anlaşmazlıklarını hızlı ve etkili biçimde çözmelerine olanak tanıyan bir yöntemdir. Arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi düzenleyerek anlaşmanın sağlanmasını kolaylaştırır. Sürecin sonunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi ise tarafların üzerinde vardığı anlaşmayı resmi bir metin olarak belgeleyerek hukuki güvence sağlamaktadır. Bu çerçevede, ilk olarak iş hukukunda arabuluculuk sürecinin işleyişi ele alınacak; ardından arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımı, özellikleri ve iş hukuku uyuşmazlıklarındaki hukuki niteliği değerlendirilecektir.

A. İş Hukukunda Arabuluculuk Süreci

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹ ile Türk Hukuk sisteminde uygulanmaya başlamıştır. Ayrıca Kanun'da arabuluculuk hakkında bir tanıma da yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre; tarafları görüşmek ve müza-

¹ RG, 22.06.2012, S. 28331.



kerede bulunmaları için bir araya getirerek onların birbirini anlamalarına yardımcı olan ve böylece kendi çözümlerine kendilerinin ulaşmalarını sağlayan, ancak bir çözüme ulaşamadıkları zaman çözüm önerisi getirebilen, bu konuda eğitim almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gönüllülük esasına dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi, arabuluculuk olarak kabul edilmektedir (HUAK m.2/1-b). Kısaca arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları, iletişim süreci yönetilerek, bir çözüme kavuşturma faaliyeti olarak da tanımlanabilir². Bu kapsamda faaliyette bulunan ve Bakanlıkça düzenlenmiş olan arabulucular siciline kayıtlı olan gerçek kişi de arabulucu olarak ifade edilmektedir (HUAK m.2/1-a).

Kanun koyucu, yine Kanun'da hangi uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk yolunun uygulanabileceği konusunu da düzenleme altına almıştır. Bu çerçevede yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin mümkün olduğu iş ya da işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk uygulama alanı bulmaktadır (HUAK m.1). İlgili maddenin devamında da aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklar açısından arabuluculuğun elverişli olmadığı ifade edilmiştir. Kanun maddesinin lafzından hareketle iş hukuku uyuşmazlıkları için arabuluculuk uygulanmaya elverişlidir. Özellikle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İşMK)³ 3. maddesi bu kapsamda inceleme konusu yapılmalıdır. Zira ilgili maddeye göre kanuna, bireysel ya da toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ya da işveren alacakları ve tazminatı ile işe iade talebinin bulunduğu davalarda öncelikle arabulucuya başvurulması zorunludur. Bu tür davalarda arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması halinde, dava şartı eksikliğinden davanın usulden reddine karar verilecektir. Görüldüğü üzere arabuluculuk süreci boyunca gönüllülük esasının olması aranmakla birlikte kanun koyucu bazı uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurma zorunluluğu getirmiştir. Bu kapsamda işçi ve işveren arasındaki bir alacağa yönelik uyuşmazlıklar, mahkeme yolundan önce arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmalıdır. Fakat iş kazası ya da meslek hastalığı nedenlerinden kaynaklanan maddi veya manevi tazminatla ve bunlarla ilgili tespit⁴, itiraz ve rücu davaları hakkında arabulucuya başvuru yapılmaksızın doğrudan dava yoluna başvurulabilir (İşMK m.3/3). Ancak önemle vurgulamak gerekir ki kanun koyucunun arabuluculuğa

² Zeki Okur, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk* (2.Baskı, Karahan Yayınevi 2019) 14; Onur İlhan, *Arabuluculuk Sözleşmeleri (1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 31*; Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' (2018) 13(138) *Terazi Hukuk Dergisi* 28.

³ RG, 25.10.2017, S. 30221.

⁴ Bkz. Yargıtay 9.HD., 18.03.2021 tarihli ve 2021/2740 E. ,2021/6513 K. Sayılı kararına göre : "... işçi işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı kabul edilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Lexpera).

başvurma zorunluluğu getirdiği uyuşmazlıklar açısından zorunluluk sadece işçi açısından değil, işveren açısından da geçerlidir⁵.

Başka bir usul kararlaştırılmadığı müddetçe, arabulucu ya da arabulucular uyuşmazlığın taraflarınca seçilir (HUAK m.14). Arabulucu, seçilmesinden sonra en kısa sürede tarafları ilk toplantıya davet ederek süreci başlatır (HUAK m.15/1). Arabuluculuk görüşmelerinde taraflar bizzat yer alabilecekleri gibi kanuni temsilcileri ya da avukatları aracılığı ile de süreci yönetebilirler (HUAK m.15/6). Her ne kadar kanunda sayılmış olan iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk öngörülmüş olsa da tarafların arasındaki uyuşmazlığın bu aşamada çözüme kavuşturulması zorunlu değildir⁶. Taraflar görüşmenin sonunda anlaşabilir, kısmen anlaşabilir ya da anlaşmaya varamayabilirler⁷. Arabulucu sürecin sonunda bir tutanak düzenler. Arabulucu tarafından düzenlenmesinin zorunlu olduğu tutanakta; taraflarla yapılan görüşmenin sonucu, hangi uyuşmazlıklar üzerinde durulduğu ve tarafların ya da kanuni temsilcilerinin veya avukatlarının imzaları bulunur (HUAK m.17/2). Arabulucu tarafından düzenlenen tutanak yeterli olmasına rağmen süreç sonunda anlaşan taraflar aralarında bir arabuluculuk anlaşma belgesi de düzenleyebilirler⁸.

B. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

Arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların uyuşmazlığı çözmek amacıyla vardıkları anlaşmayı hukuki bir metin olarak belgeleyen temel bir belgedir. Bu çerçevede, öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımı, yapısal özellikleri ve geçerlilik koşulları ortaya konulacak; ardından iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin anlaşma belgelerinin taşıdığı hukuki niteliği değerlendirilecektir.

1. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Tanımı, Özellikleri ve Şekli

Kanunda arabuluculuk anlaşma belgesinin herhangi bir tanımına yer verilmemiştir. Ancak Kanun'da tarafların anlaşma belgesi düzenleyebilecekleri yönün-

⁵ Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk* (1.Baskı Legal Yayıncılık 2019) 117. Bkz. Yargıtay 9.HD., 07.05.2019 tarihli ve 2019/3609 E. , 2019/10072 K. Sayılı kararına göre: "...Kaldı ki, arabuluculuğa başvurma işçi açısından olduğu gibi işveren açısından da zorunludur. Bu tür uygulama hataları işveren açısından da gündeme gelebilmektedir..." (Legal Online). Benzer yöndeki karar için bkz. Yargıtay 9.HD. 18.03.2021, 2024/4481 E. , 2024/8257 K.(Legal Online).

⁶ Canan Erdoğan ve H. Hilal Tiritöğlu Ersoy, 'İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme' (2022) 7(1) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55.

⁷ Emel Badur, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 9(18) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 51.

⁸ Eylem Pamuk, *İş Hukukunda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Hukuki Mahiyeti ve Geçersizliği* (1.Baskı, Adalet Yayınları 2024) 95. Arabuluculuk anlaşma belgesinin uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar göz önüne alınarak zorunlu olarak düzenlenmesi gerektiğine dair bir hükmün Kanun'a eklenmesi yönündeki görüş için bkz. Mesut Köksoy, 'Arabuluculukta Tarafların Anlaşmasına Rağmen Anlaşma Belgesi Düzenlenmemesi' (2024) 14(1) *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 344-345.



deki hükümden hareketle arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların talebi üzerine, arabuluculuk sürecine konu olan uyuşmazlık ve çözümüyle birlikte tarafların anlaşmaya vardıkları hususların yazılı hale getirilerek taraflar ile arabulucunun imzalamasıyla tamamlanan sözleşme olarak tanımlanabilir⁹. Arabuluculuk sürecinin başarıyla yani uyuşmazlığın anlaşma yoluyla sona ermesi halinde arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebilir¹⁰. Öğretide arabuluculuk anlaşma belgesi anlamında kullanılmak üzere “*arabuluculuk sulh sözleşmesi*”¹¹ ya da “çözüm anlaşması”¹² gibi ifadelerin de tercih edildiği görülmektedir.

Arabuluculuk anlaşma belgesini, arabuluculuk sürecinde yapılan diğer sözleşmelerden ayırmak gerekir. Tarafların aralarında olan ya da olabilecek uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk yöntemini kararlaştırdıkları sözleşmeler, arabuluculuk sözleşmeleridir¹³. Arabulucu sözleşmesi ise, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemini kabul ettikleri, arabulucunun da bu uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğu üstlendiği ve bunun karşılığı olarak tarafların arabulucuya ödeme yapmayı taahhüt ettikleri sözleşmelerdir¹⁴. Arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk sürecine katılan taraflar arasında düzenlenir; arabulucu, belgede taraflardan biri değildir¹⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların isteği üzerine düzenlenir yani bu belgenin düzenlenmesi zorunlu değildir. Taraflar; anlaştıkları hususları, tarafların hak ve yükümlülüklerini son tütanağa yazdırarak ona arabuluculuk anlaşma niteliği yükleyebilirler¹⁶. Ancak bir belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğinde olabilmesi için belirli unsurları içermesi gerekmektedir. Bu kapsamda bir belgenin, arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğinde olabilmesi için arabuluculuk sürecinin sonunda bu belgenin düzenlenmiş olması,

⁹ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019) 55; Seda Baş, ‘6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali’ (2022) 13(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 179; Badur (n7) 53.

¹⁰ Badur (n7) 81.

¹¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (1.Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 87.

¹² Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (2.Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 372; Oğuz (n5) 63.

¹³ Oğuz (n5) 67. Arabuluculuk Sözleşmeleri için bkz. Neil Andrews, ‘Mediation Agreements: Time For A More Creative Approach By The English Courts’ (2013) 18(1) *Uniform Law Review* 6; Safa Koçoğlu, ‘A Calculated Alternative To Dispute Resolution: “Mediation Contracts Prior To Disputes”’ (2020) 5(8) *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 158; Emel Badur, ‘Arabulucu Sözleşmesi’ (2020) 15(162) *Terazi Hukuk Dergisi* 263; Kılıçoğlu (n11) 47-48; İlhan (n2) 79.

¹⁴ Arabulucu Sözleşmesi için bkz. Badur (n13) 249; Baş (n9) 179; Kılıçoğlu (n11) 64vd; İlhan (n2) 153.

¹⁵ Badur (n7) 55; Baş (n9) 179.

¹⁶ Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (1.Baskı, Adalet Yayınları 2018) 99.

tarafaların belgede yer alan konular üzerinde anlaşması ve kanun koyucunun öngörmüş olduğu şekil şartına uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir¹⁷. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuken geçerli kabul edilebilmesi için kanunda düzenlenmiş olan usule uygun bir şekilde arabulucuya başvurulması ve tutanağın düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle usulüne uygun bir şekilde arabuluculuğa başvuru olmadığı takdirde tarafların imzalamış oldukları belge, arabuluculuk anlaşma belgesi niteliğinde kabul edilmez ve bu belgede yer alan konular hakkında tarafların dava açamayacakları iddia edilemez¹⁸.

Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları çerçevesinde belirleyebilirler. Ancak yapılan arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuken geçerli kabul edilebilmesi için başta söz konusu uyumsuzluğun, öncelikle, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmaya elverişli olması gerekmektedir¹⁹. Zira arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulması mümkün olmayan bir konu hakkında arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenemez.

Yine arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların iradesinin ne olduğunun tam olarak anlaşılabilmesi için belgenin açık dille yazılması gerekmektedir²⁰. Bu çerçevede arabuluculuk anlaşma belgesinin yazımında belirsiz ifadeler kullanılmamaya çalışılmalıdır. Örneğin arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunacağına yönünde bir ifade arabuluculuk anlaşma belgesinin anlaşılması konusunda bir sorun meydana getirilebilecektir²¹. Görüldüğü gibi, özellikle arabuluculuk süreci sonunda tarafların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesinde açık bir dil kullanılması önem taşımaktadır²². Bu şekilde icra edilebilirlik şerhi alınarak belgenin icrası kolaylaşacaktır. Bunun yanı sıra anlaşmanın yerine getirilmesi, birden fazla yolla mümkünse hangi yolun tercih edildiği anlaşmada belirtilmelidir²³.

Arbuluculuk anlaşma belgesi hazırlanırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise taraflara; emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve ahlaka aykırı nitelikteki edimlerin yüklenmemesidir. Hatta arabulucu bu şekilde edimlerin yer aldığını anlaşma belgesini imzalamaktan kaçınarak gerektiği takdirde görüşmelere de son vermelidir²⁴. Ayrıca arabulucunun, anlaşma belgesinde yer alan faaliyet dışı konuların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağına

¹⁷ Badur (n7) 58.

¹⁸ Bkz. Yargıtay 9HD., 11.06.2019 tarihli ve 2019/3696 E. , 2019/13042 K. (Legal Online).

¹⁹ Köksoy (n8) 343; Badur (n7) 81-82.

²⁰ Oğuz (n5) 63; Badur (n7) 73.

²¹ Büyükkay (n16) 101-102.

²² Büyükkay (n16) 102.

²³ Elif Kısmet Kekeç, *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2.Baskı, Adalet Yayınları 2014) 200.

²⁴ Emre Kıyak, 'Arbuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) 6(21) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 529.



dikkat etmelidir. Eğer, uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmaya elverişli değilse bu durumu taraflara bildirmelidir. Yine de taraflar ısrar ederse arabulucu, anlaşma belgesini imzalamaktan kaçınmalı ve gerektiği takdirde arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalıdır (HUAK m.17/1-d).

Arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarca mı yoksa arabulucu tarafından mı hazırlanması gerektiği konusunda kanuni bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak öğretide arabuluculuk anlaşma belgesinin, arabulucu tarafından hazırlanması gerektiği görüşü ağırlıklı olarak benimsenmektedir²⁵. Anlaşma metninin arabulucu tarafından açık ve net şekilde hazırlanması, taraflar arasında ileride çıkabilecek hukuki ihtilafların önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir²⁶. Buna karşın öğretide, anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanmasının, taraf iradesine müdahale anlamına gelebileceğini ve arabulucunun tarafsızlık ilkesini zedeleyebileceğini ileri sürüldüğü görüşler de bulunmaktadır²⁷.

Taraflar, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın geçerli kabul edilebilmesi için belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Daha önce bahsedildiği üzere arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenip düzenlenmemesi uyuşmazlığın taraflarının iradesine bırakılmıştır. Kanunen arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak tarafların bu belgeyi düzenlemek istemeleri durumunda, belgenin yazılı olarak hazırlanması gerekmektedir. Zira Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine göre anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenlemeden yola çıkarak arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna varılabilir²⁸. Ayrıca anlaşma belgesinin kaç sayfadan oluştuğu ve kaç nüsha olarak düzenlendiğinin de belgede ifade edilmesi faydalı olacaktır. Belge, taraf sayısından bir fazla olarak düzenlenip taraflara teslim edildikten sonra bir nüsha da arabulucu tarafından muhafaza edilebilir²⁹.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması durumunda, tarafların talebi üzerine düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için taraflar, şerh verilmesini de talep edebilirler³⁰. Bu kapsamda bir ayırım yapılması

²⁵ Mustafa Çiçek, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (2018) 13(139) *Terazi Hukuk Dergisi* 58; Köksoy n(8) 342; Okur (n2) 155; Büyükkay (n16) 101.

²⁶ Büyükkay (n16) 101.

²⁷ Kekeç (n23) 198, dn. 248.

²⁸ Melis Taşpolat Tuğsavul, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği' (2019) 18(1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 354; Erdoğan ve Tiritoglu Ersoy (n6) 56.

²⁹ Badur (n7) 80.

³⁰ Oğuz (n5) 64. Ayrıntılı bilgi için bkz. Büşra Kazmaz Tepe, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usulü' (2018) 5(1) *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 125 vd.; Büyükkay (n16) 127 vd.

gerekmektedir. Arabuluculuğa başvurunun dava açılmadan önce yapıldığı durumla dava açıldıktan sonra yapılması bakımından talebin yöneltileceği mahkeme açısından bir farklılık bulunmaktadır. İlk durumunda anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine yönelik şerh verilmesi talebi, arabulucunun görev yaptığı yerin sulh hukuk mahkemesine yönetilebilir. İkinci durumda ise bu talep, davanın görüldüğü mahkemeye yöneltilmelidir. Şerhin yer aldığı anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge sayılacaktır (HUAK m.18/2).

Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine yönelik şerh verilmesi talebi, çekişmesiz bir yargı işi olup dosya üzerinden inceleme yapılarak karar verilir. Ancak aile hukukuna ilişkin ve arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerektiği hususu Kanunda ayrıca düzenleme alanı bulmuştur. Buna ek olarak kanun koyucu yapılacak incelemeyi de belirli sınırlamalara tabi tutmuştur. Bu çerçevede incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuk ve cebri icra açısından uygun olup olmadığıyla sınırlandırılmıştır. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine yönelik şerh verilmesi için yapılan başvuru ve mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karara karşı ilgili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması durumlarında maktu harç alınacaktır. Tarafların, icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın, arabuluculuk anlaşma belgesini başka bir resmi işlemde kullanmak istemesi durumunda da damga vergisi de maktu olarak alınacaktır (HUAK m.18/3). Kanun koyucu, ayrıca, Kanunda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu tutulduğu durumlar hariç olmak üzere, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları arabuluculuk anlaşma belgelerinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağını hüküm altına almıştır. (HUAK m.18/4). Son olarak belirtmek gerekir ki taraflar, arabuluculuk faaliyetinin sonunda anlaşmaya vardıkları hususlar hakkında taraflara dava açamayacaktır (HUAK m.18/5). Bu düzenleme çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleme konusu yapılacaktır³¹.

2. İş Hukuku Uyuşmazlıkları Hakkında Yapılan Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, belgenin uygulanması ve geçersizlik durumlarında uygulanacak olan hükümler açısından önemlidir. Bu kapsamda öncelikle, arabuluculuk anlaşma belgesinin, maddi hukuku ilgilendiren bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmek gereklidir³². Usul hukukuna yönelik bazı sonuçlar doğurmasına rağmen bu sözleşmenin asıl amacı maddi hukuka ilişkindir³³. Zira borçlar hukuku sözleşmesi olması

³¹ Bkz. Aşağıda IV. Bölüm.

³² Ekmeççi, Özkes, Atalı ve Seven (n9) 51; Pamuk (n8) 97; Büyükkay (n16) 108; Baş (n9) 179; Dür (n12) 372.

³³ Mine Akkan, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları' (2018) 20(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16.



nedeniyle belgenin geçerli olabilmesi için tüm sözleşmelerde aranan geçerlilik şartlarına uygun bir şekilde düzenlenmiş olması zorunludur³⁴. Bu çerçevede uyuşmazlık konusunun taraflarının ehil olması gereklidir. Ayrıca 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)³⁵ 27. maddesi gereğince sözleşmenin; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun da imkânsız olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde ilgili sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Yine irade bozukluğu halleri (yanılma, aldatma, korkutma) ve aşırı yararlanma gibi durumlar da söz konusu olmamalıdır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin ne olduğu tespit edebilmek için belgenin içeriği dikkate alınabilir³⁶. Zira taraflarca belirlenmiş olan başlığın, hukuki açıdan herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır³⁷. Bu çerçevede iş hukuku uyuşmazlıklarında yapılan arabuluculuk anlaşma belgesi, ibra, sulh ya da ikale sözleşmesinin unsurlarını içerebilir ve hatta bu sözleşmelerin hepsinden birer unsur da taşıyabilir. Bu yüzden arabuluculuk anlaşma belgesi için doğrudan ibra, sulh ya da ikale sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmek doğru olmayacaktır. Bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için yapılması gereken anlaşma belgesindeki olaya bakılmasıdır³⁸. Bundan hareketle öğretide çeşitli durumlar değerlendirilerek farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide bir görüş arabuluculuğun temelinde sulh kurumunun bulunmasından hareket ederek anlaşma belgesinin de sulh sözleşmesi niteliğinde olacağını ifade etmektedir³⁹. Genel anlamda sulh, tarafların arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın sona ermesi için karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunarak bir sözleşme yapmaları olarak tanımlanabilir⁴⁰. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁴¹ 313/1.maddesinde sulh, “...görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Sulh, mahkeme önünde yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilir. Bu çerçevede öğretide, dava açılmadan önce tarafların yapmış olduğu arabuluculuk

³⁴ Erdoğan ve Tiritöğlu Ersoy (n6) 57; Kıyak (n24) 529; Taşpolat Tuğsavul (n28) 344.

³⁵ RG, 04.02.2011, S. 27836.

³⁶ Akkan (n33) 16; Kıyak (n24) 531.

³⁷ Erdoğan ve Tiritöğlu Ersoy (n6) 58.

³⁸ Kıyak (n24) 531.

³⁹ Kekeç (n23) 24.

⁴⁰ Cenk Akil, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi’ (2012) 16(4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2; Fatma Hızır Asrav, ‘Sulh Sözleşmesinin Konusunun Sınırları’ (2018) 3(2) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14-15.

⁴¹ RG, 04.02.2011, S. 27836.

anlaşması mahkeme dışı sulh⁴² olarak nitelendirilirken davanın açılmasından sonra yapılan arabuluculuk anlaşmasının niteliğinin mahkeme içi sulh niteliğinde olup hükme esas teşkil edeceği⁴³ kabul edilmektedir. Uygulamaya bakıldığı takdirde Yargıtay'ın arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin mahkeme dışı sulh olarak yorumladığı kararları⁴⁴ mevcut olmasına karşın iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra yapılan anlaşma belgesinin sulh niteliğinde olmadığına yönelik kararları⁴⁵ da bulunmaktadır.

Her ne kadar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varıldığında, bu uzlaşmada tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunabilmesi mümkün olsa da bu durum zorunlu değildir⁴⁶. Arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan bazı anlaşmaların ibra niteliğinde olabilmesi de mümkündür⁴⁷. Genel anlamda ibra sözleşmeleri, alacaklıyla borçlu arasındaki bir borcu tamamen ya da kısmen sona erdirmek amacıyla yapılan sözleşme olarak tanımlanabilir⁴⁸. Türk Borçlar Kanunu'nda iş hukuku açısından özel bir düzenleme yaparak ibranın geçerli kabul edilebilmesi için birtakım şartlar öngörülmüştür. Yargıtay'da 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında⁴⁹, arabuluculuk tutanağının ibra belgesi olduğu belirttikten sonra Türk Borçlar Kanun'unun 420. maddesine göre, iş ilişkisi sona erdikten ve üzerinden en az bir aylık sürenin geçmesinden sonra tutulması gerektiğini ifade etmiş; bununla birlikte, tutanağın, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı bir dönemde, uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu olmaksızın yapılamayacağı, bu nedenle de tutanağın ibra niteliğinde olduğu ve kesin olarak hükümsüz olduğuna karar vermiştir⁵⁰. Ancak daha sonra görüş değiştiren Yargıtay başka bir kararında⁵¹, arabulucu önünde yapılmış olan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğunu, ibraya ilişkin hükmün emredici bir özellik taşıdığını ve tarafların ibra

⁴² Resul Kurt, 'İş Yargısında «Arabuluculuk»' (2018) 30(135) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 355; Pamuk (n8) 102; Kekeç (n23) 24; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n9) 109; Dür (n12) 374-375.

⁴³ Taşpolat Tuğsavul (n28) 345; Kurt (n42) 355.

⁴⁴ Bkz. Yargıtay 3.HD., 11.04.2017 tarihli ve 2016/17747 E. , 2017/5059 K. Sayılı kararı (Legal Online).

⁴⁵ Bkz. Yargıtay 9.HD., 11.11.2004 tarihli ve 2004/9481 E. , 2004/25644 K. Sayılı kararı (Legal Online).

⁴⁶ Pamuk (n8) 103.

⁴⁷ Süha Tanrıver, 'Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler' (1994) 46(1-2) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 333.

⁴⁸ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri* (29.Baskı, Beta Yayınları 2020) 173; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26.Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 1439.

⁴⁹ Bkz. Yargıtay 9.HD., 08.12.2016 tarihli ve 2016/25300 E. , 2016/21744 K. Sayılı kararı (Lexpera).

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Odaman, 'Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2017) (19) *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* 1757 vd.

⁵¹ Bkz. Yargıtay 9.HD., 07.02.2022 tarihli ve 2022/436 E. , 2022/1380 K. Sayılı kararı (Lexpera).



niteliğine sahip belge üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri gerekçesiyle dava kabul kararı, arabulucu önünde yapılmış olan anlaşmada ibrayla ilgili Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı aksi halde arabulucunun önünde anlaşabilme imkânının ortadan kalktığı ve ayrıca arabulucu önünde anlaşılmış olan hususlar hakkında dava açılmayacağına yönelik açık bir düzenlemenin Kanun'da yer alması dolayısıyla davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabul kararı verilmesini hatalı bulup bozma kararı vermiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın kararlarında da arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliğinin ibra olup olmadığı yönünde farklılıklar bulunmaktadır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin ikale sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı belirleyebilmek için karara dair uyuşmazlıkta fesih şeklinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵². Zira ikale sözleşmesi, işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla aralarındaki mevcut olan iş sözleşmesini sonlandırdıkları sözleşme olarak tanımlanabilir⁵³. Bu kapsamda işçi-işveren uyuşmazlığına konu arabuluculuk görüşmesinde tarafların, işçinin kıdem tazminatı konusunda anlaşarak müzakere sonunda iş ilişkisini sona erdirmeyi kararlaştırmaları durumunda anlaşma belgesinde ikale niteliğinin yer aldığından bahsedilebilir⁵⁴. Ancak arabuluculuk görüşmesinde işçinin ihbar tazminatı konusunda anlaşılması durumunda işveren tarafından bir fesih yapıldığı için ikale sözleşmesinin açısındaki öngörülen koşul gerçekleşmemiştir⁵⁵.

Görüldüğü gibi öğretide genel kabul gören görüş arabuluculuk anlaşma belgesinin borçlar hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği bakımından bir görüş birliği bulunmamaktadır. Zira iş hukukundaki uyuşmazlıkların çeşitlilik göstermesi ve her uyuşmazlığın farklı şekillerde çözüme kavuşturulması mümkündür. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh, ibra ya da ikale sözleşmesine ait unsurları barındırmasının yanı sıra her birinden bir unsur barındırması da söz konusu olabilir. Bununla birlikte arabuluculuk anlaşma belgesinin arabulucu tarafından düzenleniyor olması ve anlaşmada yer alan şartların uyuşmazlığın taraflarını menfaat dengesi gözetilerek oluşturulduğu hususları da göz önüne alındığı takdirde belgenin, belirli bir sözleşme kapsamında değerlendirilmesi zor olduğundan kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğunun kabulü, kanaatimizce, daha yerinde bir yaklaşım olacaktır⁵⁶.

⁵² Pamuk (n8) 104.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Melekoğlu Keser, *İkale ve İbra Sözleşmeleri* (1.Baskı, Seçkin Yayınları 2018).

⁵⁴ Pamuk (n8) 104-105

⁵⁵ Pamuk (n8) 104.

⁵⁶ Akkan (n33) 16; Kıyak (n24) 541.

II. AŞIRI YARARLANMA KAVRAMI

Aşırı yararlanma, hukuk sistemlerinde tarafların eşitliği ve haklarının korunması açısından büyük önem taşıyan bir kavramdır. Taraflardan birinin, diğerinin özel durumunu bilerek fayda sağlaması halinde devreye giren bu kavram, özellikle arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve iptali süreçlerinde temel bir rol oynamaktadır. Bu çerçevede, aşağıda aşırı yararlanmanın tanımı, temel unsurları ve hukuki niteliği açıklanacak; ardından, sözleşmenin iptali hakkının kapsamı ve uygulama koşulları ele alınacaktır.

A. AŞIRI YARARLANMA KAVRAMININ TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Aşırı yararlanma, geçmişten günümüze kadar varlığını koruyan ve geniş bir uygulama alanına sahip olan bir kavramdır. Aşırı yararlanmanın temeli aslında Roma hukukundaki “*laesio enormis*” kavramına dayanmaktadır⁵⁷. Roma Hukuku dönemindeki hukukçular teorik bilgidен ziyade uygulamaya önem verdikleri için “*laesio enormis*” kavramının bir tanımının yapılması oldukça güçtür. Ancak o dönemde ilgili kavramın genel çerçevesi, satış sözleşmesi kapsamında oluşturulmaya çalışılmıştır. Zira Roma döneminde bir kimsenin taşınmazını değerinin çok altında satmak zorunda kalmasından dolayı yaşadığı mağduriyeti imparatora anlatması ve bir çözüm yolunun bulunmasını talep etmesinin “*laesio enormis*” kavramının doğmasına yol açtığı kabul edilmektedir⁵⁸.

Aşırı yararlanma kavramı, mülga 818 sayılı Borçlar Kanun’un⁵⁹ 21. maddesinde “*gabin*” olarak düzenleme alanı bulmuştur. İlgili düzenlemeden yola çıkılarak bir sözleşmede yer alan açık orantısızlık, sözleşme ilişkisinin diğer tarafının müzayaka halinde bulunmasından, hiffetinden veyahut da deneyimsizliğinden faydalanılarak oluşturulmuşsa gabin gerçekleşmiş kabul edilmekteydi. Ayrıca bu orantısızlık nedeniyle zarar gören ya da diğer bir deyişle kendisinin özel durumundan faydalanılan tarafın sözleşme ilişkisinin kurulduğu andan itibaren bir yıl içerisinde sözleşme ilişkisini feshetmesi ve edimlerin iadesini talep edebilmesi mümkündü. Ancak öğretilde Kanunda öngörülmüş olan bir yıllık süre içerisinde zarar gören tarafın özel durumunun sona ermeme ihtimalinin olmasına dayanılarak tarafın hak kaybına uğrama olasılığının göz ardı edildiği ifade edilmekteydi⁶⁰. Yine öğretilde, ilgili düzenlemede zarar görenin sadece sözleşme ilişkisini

⁵⁷ Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, ‘Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)’ (2004) 53(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 77.

⁵⁸ Burcu Kalkan, *Türk Hukukunda Gabin* (1.Baskı, Vedat Kitapçılık 2004) 12.

⁵⁹ RG, 29.04.1926, S. 359.

⁶⁰ Bu kapsamda öğretilde Kanun’da irade fesadı halleri açısından yapılan düzenlemenin gabin için de geçerli olması gerektiği öğretilde savunulmuştur. Zira hile veya hata hallerinde bunları öğrendiği, korku halinde ise bu durumun ortadan kalktığı andan itibaren sürelerin işlemeye başlayacağı öngörülmüşken gabin açısından sürenin, sözleşme ilişkisinin kurulduğu andan itibaren başlıyor

sona erdirebilme hakkının bulunması da hak kaybına yol açabileceğinden eleştirisi konusu yapılmıştı⁶¹. Kanun koyucu, öğretide yer alan bu haklı eleştirileri dikkate alarak, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda gabin kavramında düzenlemeler yapmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenleme alanı bulunmuştur. İlgili düzenleme gereğince aşırı yararlanma, sözleşme ilişkisinin taraflarından birinin; diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlığın yaratılması olarak tanımlanabilir.

Yapılan bu tanımdan yola çıkılarak kanun koyucunun aşırı yararlanmanın meydana gelebilmesi için bazı unsurların varlığını aradığı açıktır. Bu çerçevede aşırı yararlanmadan söz edebilmek için “*tarafların edimlerinin arasında açık bir orantısızlığın bulunması*”, “*hukuki işlemde dolayı zarar gören tarafın özel bir durumunun olması*” ve “*karşı tarafın zarar görenin özel durumundan bilerek ve isteyerek faydalanması*” gerekmektedir⁶². Öğretide, tarafların edimleri arasındaki açık orantısızlık objektif unsur olarak ifade edilirken zarar görenin özel durumunun olması ve karşı tarafın bu durumdan faydalanılması ise sübjektif unsur olarak belirtilmiştir⁶³. Aşırı yararlanmanın varlığından bahsedebilmek için bu unsurların kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir⁶⁴. Öncelikle tarafların edimleri arasında açık orantısızlık olup olmadığı yani objektif unsurun var olup olmadığının tespit edilmesi, objektif unsurun var olduğu ortaya koyulduktan sonra sübjektif unsur araştırma konusu yapılması gerekmektedir⁶⁵.

Tarafların edimleri karşılaştırıldığında açık bir orantısızlık bulunması durumunda objektif unsur gerçekleşmiş kabul edilir⁶⁶. Açık orantısızlığın olup olmadığı, hukuki işlemin yapıldığı zaman dikkate alınarak ve her somut olayda ayrı

olması çelişkili kabul edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Beşir Acabey, ‘TBK’nda Aşırı Yararlanma (TBK M.28)’ (2011) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu 119.

⁶¹ Haluk Nami Nomer, ‘Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?’ (2015) Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan Cilt: I 637.

⁶² Çiğdem Mine Aslan, *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları* (BK. md. 21) (1.Baskı Yetkin Yayınları 2006) 64; Eraslan Özkaya, *Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları* (4.Baskı Yetkin Yayınları 2020) 28.

⁶³ Öğretide aşırı yararlanmanın varlığı için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun aranması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Halid Kemal Elbir, ‘Gabinin Unsurları’ (1951) XXV(4) *İstanbul Barosu Dergisi* 195; İbrahim Kaplan, *Türk Borçlar Hukuku TBK. Madde 1-206 (Genel Hükümler)* (7.Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 139-140.

⁶⁴ Bkz. Yargıtay 1HD, 29.09.2020 tarihli ve 2017/2638 E., 2020/4570 K. Sayılı kararı (Hukuktürk). Ayrıca bkz. Selmani Okumuş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Aşırı Yararlanma (Gabin) (1.Baskı Yetkin Yayınları 2015) 87.

⁶⁵ Bkz. Yargıtay 7HD, 23.05.2024 tarihli ve 2023/2889 E., 2024/2886 K. Sayılı kararı (Lexpera).

⁶⁶ İrem Apaydın, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma (1.Baskı Yetkin Yayınları 2020) 55; Okumuş (n62) 90.

ayrı değerlendirilerek belirlenir⁶⁷. Kanun koyucu, açık orantısızlık için kanunda herhangi bir oran belirlememiştir. Bu konuda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle orantısızlığın olup olmadığı konusunun çözümü yargı mercilerine ve öğretiyeye bırakılmıştır⁶⁸. Bu kapsamda hâkim, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un (TMK)⁶⁹ 4. maddesinde düzenlenen takdir yetkisi kapsamında orantısızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir⁷⁰.

Objektif unsurun var olduğu tespit edildikten sonra sübjektif unsurun da incelenmesi gerekmektedir. Zira Türk Hukuk sisteminde somut bir olayda aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için sadece objektif unsurun varlığı yeterli görülmemiş buna ek olarak sübjektif unsur da aranmıştır. Sübjektif unsur da kendi içerisinde “zarar görenin özel bir durumunun olması” ve “karşı tarafın bilerek ve isteyerek bu özel durumdan faydalanması” şeklinde ikiye ayrılarak inceleme konusu yapılmıştır. Sübjektif unsur araştırılırken; zarar gören tarafın yaşı, sağlık durumu, toplumdaki statüsü, ekonomik gücü, fiziksel ve ruhsal sağlığı gibi birçok kişisel özelliği göz önüne alınmalıdır⁷¹.

Kanun koyucu, zarar görenin özel bir durumunun ne olacağını Kanun'da düzenlemiştir. İlgili düzenlemeye göre zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği ve deneyimsizliği bu kapsama dâhil edilmiştir.

Zor durumda kalma hali, kısaca, zarar görenin söz konusu hukuki işlemi yapmaya mecbur bırakan bir durumun var olması şeklinde tanımlanabilir⁷². Zarar gören mevcut durumunu korumaktan ziyade hukuki işlemi yapmayı tercih etmektedir. Bu hal, ekonomik nitelikte olabileceği gibi şahsi nitelikte de olabilmesi mümkündür⁷³. Hatta zor durumda olma hali, hukuki işleminden zarar görenden kaynaklanabileceği gibi, Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere⁷⁴, yakınlarından biri açısından da geçerli olabilir⁷⁵.

Düşüncesizlik hali ise hukuki işlemi yapan tarafın; araştırmadan, değerlendirmeden, düşünmeden ve karar verme sürecinde özenli davranmadan işlemi

⁶⁷ Seda İrem Çakırca, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı (1.Baskı On İki Levha Yayınları 2015) 135,141; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, ‘Gabinin Şartları’ (2011) 7(2) Çankaya University Journal of Law 205.

⁶⁸ A. Suphi Kurşun, ‘Aşırı Yararlanma ve Ahlakı Aykırılıkta Taleplerin Yarışması’ (2016) Prof. Dr. M. İlhan Uluhan’a Armağan Cilt:2 199.

⁶⁹ RG, 08.12.2011, S. 24607.

⁷⁰ Çakırca (n67) 138.

⁷¹ Bkz. Yargıtay 1HD, 25.02.2021 tarihli ve 2018/5308 E. , 2021/1042 K. Sayılı kararı (Karar Arama). Ayrıca bkz. Çakırca (n67) 150.

⁷² Kalkan(n58) 122-123; Özkaya (n62) 37.

⁷³ Acabey(n60) 114; Elbir (n63) 202.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 1HD, 21.11.1974 tarihli ve 1973/10284 E. , 1974/8745 K. Sayılı kararı (Legal Online).

⁷⁵ Çakırca (n67) 154.



yapması olarak ifade edilebilir⁷⁶. Bu kapsamda düşüncesizlik halinin, süreklilik arz etmesi gerekmez; sadece hukuki işlemin yapıldığı anda var olması yeterli kabul edilmektedir⁷⁷.

Deneyimsizlik halinde de hukuki işlemin taraflarından birinin yaşının küçük olması ya da başka bir deyişle hayat tecrübesinin sınırlı olması veya meslekle alakalı işlerle ilgili bilginin az olması şeklinde ifade edilebilir⁷⁸.

Öğretide bu hallerin örnek olarak mı sayıldığı yoksa tahdidi nitelikte mi olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüş aşırı yararlanmanın zarar gören açısından subjektif unsur olarak kabul edilen bu üç halin tahdidi olarak düzenlendiğini yani bu üç hal dışında aşırı yararlanmanın uygulanmayacağını savunmaktadır⁷⁹. Başka bir görüş ise aşırı yararlanmanın zayıf olanı güçlü karşısında koruma amacıyla getirilen bir kavram olduğuna dayanarak bu hallerin tahdidi olarak kabul edilmesinin bu amaca aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır⁸⁰. Yargıtay ise bazı kararlarında bu üç halin tahdidi olarak düzenlendiğini kabul ederek bu halleri geniş yorumlamayı tercih ederek bağımlı olma, yaşlılık ve bir kişiye şükran duymak gibi halleri de kapsamın içine dâhil etmiştir⁸¹.

Sübjektif unsur, sadece sömürülen açısından değil ayrıca sömüren açısından da öngörülmüştür. Bu çerçevede sömürenin, sömürülen (zarar görenin) zor durumda kaldığını veya düşüncesizliğini ya da deneyimsizliğini bilgi sahibi olması ve bu durumdan fayda sağlamayı amaçlayarak hareket etmesi gerekir ki bu iki şartın aynı anda var olması da aranmaktadır⁸². Öğretide, sömüren açısından kast halinin var olması yani sömürenin (aşırı yararlanan tarafın) edimler arasındaki açık orantısızlığı farkında olması ve bu durumdan faydalanmayı istemesi gerektiği görüşü çoğunluk tarafından ileri sürülmektedir⁸³.

Aşırı yararlanmanın hukuki niteliği açısından da öğretide çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu çerçevede aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu görüşü⁸⁴, irade bozukluğu hallerinden biri olduğunu kabul eden görüş⁸⁵ ve aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılık kapsamında olduğunu sa-

⁷⁶ Aslan (n62) 94; Elbir (n63) 204.

⁷⁷ Apaydın (n66) 72; Okumuş (n64) 127.

⁷⁸ Özkaya (n62) 41; Kalkan(n58) 127-128.

⁷⁹ Elbir (n63) 197,200; Acabey (n60) 113; Kalkan (n58) 135.

⁸⁰ Erdinç Dalar, Ekin Ezgi İkikait ve Burak Çelik, 'Lesion and Duress under the Turkish Law of Obligation' (2021) 24 *GSI Articleletter* 207; Çakırca (n67) 163.

⁸¹ Bkz. Yargıtay 1HD, 22.03.1978 tarihli ve 1978/2699 E. , 1978/3106 K. Sayılı kararı (Legal Online); Yargıtay 1HD, 06.05.1980 tarihli ve 1980/4135 E. , 1980/6218 K. Sayılı kararı (Legal Online).

⁸² Bkz. Yargıtay 1HD, 10.09.2013 tarihli ve 2013/8716 E. , 2013/12288 K. Sayılı kararı (Legal Online). Ayrıca bkz. Çakırca (n67) 168-169.

⁸³ Elbir (n63) 200; Ozanemre Yayla (n67) 212; Çakırca (n67)168.

⁸⁴ Özkaya (n62) 23; Aslan (n62) 43.

⁸⁵ Okumuş (n64) 62.

vanan görüş⁸⁶ olmak üzere öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür⁸⁷. Yargıtay kararlarına bakıldığı takdirde ise aşırı yararlanmanın hukuki niteliği konusunda farklı kararları söz konusu olduğu görülmektedir. Yargıtay bazı kararlarında⁸⁸ aşırı yararlanmayı irade bozukluğu hallerinden biri olarak değerlendirirken nispeten daha yakın tarihli bazı kararlarında⁸⁹ ise sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Kanun koyucu, bilerek ve isteyerek aşırı yararlanmayı irade bozukluğu hallerinden biri olarak düzenlememiştir. Ayrıca önemle tekrarlamak gerekir ki aşırı yararlanma kavramının getiriliş amacı bir hukuki ilişkide zayıf olanı güçlü olan karşısında korumaktır. Hiçbir sınırlama olmaksızın sözleşme özgürlüğünün uygulandığı durumlarda zayıf olanın içinde bulunduğu durumun daha da zorlaşacağı aşikârdır. Bu nedenle de aşırı yararlanma kavramı hukuk sistemlerinde kendine yer edinmiştir.

B. AŞIRI YARARLANMADA SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI VE KULLANIMI

Kanun koyucu; Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde sadece aşırı yararlanma kavramının unsurlarını değil, aynı zamanda aşırı yararlanmaya maruz kalan kimsenin yani zarar görenin başvurabileceği kanuni imkânları da düzenlemiştir. İlgili düzenlemeye göre zarar görenin iki seçeneği bulunmaktadır. Bunlar, “*sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirerek edimin geri verilmesini*” veya “*sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini*” talep etme hakkıdır. Konumuz açısından önemli olan zarar görenin sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirerek edimin geri verilmesini talep edebilme hakkı olduğundan zarar görenin, edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep etme hakkı çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki kanun koyucu, aşırı yararlanmanın hüküm ve sonuçlarını düzenlerken zarar görenin “*durumun özelliğine*” göre tercihte bulunacağını hüküm altına almıştır. Kanunda, her ne kadar zarar görenin bu seçimlik haklarını nasıl kullanacağına dair bir düzenleme olmasa da, zarar görenin bu hakkı dürüstlük kuralı (TMK m. 2) ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi Türk Hukuk sisteminin prensiplerine uygun bir şekilde kullanması gerekecektir. Bu kapsamda zarar görenin tercih ettiği seçimlik hak, dürüstlük kuralına aykırıysa ya da hakkın kötüye

⁸⁶ Çakırca(n67) 59 vd.; Aslan(n62) 59 vd.

⁸⁷ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın (n66) 48 vd.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay 1HD, 06.03.2013 tarihli ve 2012/15900 E. , 2013/3342 K. Sayılı kararı (Lexpera).

⁸⁹ Bkz. Yargıtay 17HD, 29.11.2018 tarihli ve 2015/19336 E. , 2018/11538 K. Sayılı kararı (Karar Arama).

kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilirse o zaman zarar görenin diğer hakkı kullanması gerekli olacaktır⁹⁰.

Öğretide “*sözleşme ile bağlı olmamak*” ifadesinin anlamı konusu tartışılmıştır. Bu tartışmanın ana nedeni mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 21’in direkt çevrilerek Türk Borçlar Kanunu’na eklenmesidir⁹¹. İsviçre Hukuku’nda öğreti, bu ifadede anlaşılmaması gerekenin “*tek taraflı bağlamazlık*” olduğunu ifade etmektedir⁹². Ancak bu kavram da tıpkı “*sözleşme ile bağlı olmamak*” gibi muğlakta kalmaktadır.

Türk öğretisine bakıldığında zaman “*sözleşme ile bağlı olmamak*” ifadesinin sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin feshi anlamında kullanılmadığı zira bu ifadelerin nitelikleri ve uygulama alanlarının aşırı yararlanma ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁹³. Bu nedenle de “*sözleşme ile bağlı olmamak*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Geçersizlik teorisi olarak da adlandırılan bir görüşe göre iradeyi sakatlayan bir durumun var olduğu bir hukuki işlem en başından itibaren geçersizdir ve taraflar açısından ne alacak ne de borç söz konusu olacaktır⁹⁴. Ancak geçersizlik teorisi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenen kesin hükümsüzlük hallerinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Kesin hükümsüzlük hallerinde sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olacaktır. Fakat geçersizlik teorisinde, zarar gören tarafın hukuki işlemi onayladığı ya da söz konusu hakkını süresi içerisinde kullanmadığı takdirde hukuki işlem geçerli kabul edilerek hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁵.

Kısmi hükümsüzlük teorisi olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre ise, iradesi sakatlanan taraf açısından hukuki işlem, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeyen diğer taraf açısından böyle bir durum söz konusu olmayacaktır⁹⁶. Hukuki işlemin diğer tarafı, işlemle bağlı olmaya devam edecektir. Ancak iradesi sakatlanan tarafın iptal hakkını kullanmasıyla diğer taraf da borcundan kurtulabilecektir⁹⁷.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüş olan iptal teorisine göre, aşırı yararlanmanın mevcut olduğu bir hukuki işlem başından itibaren

⁹⁰ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, ‘*Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*’ (18.Baskı Vedat Kitapçılık 2020) 144; Dalar, İkikat ve Çelik (n80) 208.

⁹¹ Çakırca (n67) 178.

⁹² Apaydın (n66) 160.

⁹³ Çakırca (n67) 181.

⁹⁴ Gediz Kocabaş, ‘Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ (2014) 20(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 127; Okumuş (n64) 161. Ayrıca “*düzelebilir hükümsüzlük teorisi*” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Kalkan (n58) 137.

⁹⁵ Apaydın (n66) 85.

⁹⁶ Çakırca (n67) 185.

⁹⁷ Okumuş (n64) 162; Apaydın (n66) 85.

geçerlidir ancak geçerliliği zarar gören tarafının kanuni düzenlemede kendisine tanınmış olan hakları kullanarak söz konusu hukuki işlemin geçerliliğini sona erdirebilmesi mümkündür⁹⁸. Bu kapsamda “sözleşme ile bağlı olmamak” ifadesinden anlaşılması gerekenin sözleşmenin ya da hukuki işlemin iptal edilebilirliği olarak anlaşılması daha doğru bir yaklaşımdır⁹⁹.

İlgili düzenlemedeki “sözleşme ile bağlı olmamak” ifadesinin ne anlama geldiğini açıkladıktan sonra aşırı yararlanmadan dolayı zarar gören tarafın bu hakkını nasıl kullanacağı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. Kanun koyucu zarar gören tarafın, sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirerek edimin geri verilmesini talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Hükümün lafzına bakıldığı takdirde, zarar görenin bu hakkını kullanması için mutlaka mahkemeye başvurması gerekmez. Ancak genellikle, zarar görenin bu hakkını yargı kanalıyla kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Ayrıca zarar görenin hukuki işlemle ya da sözleşmeyle olan ilişkisini sona erdirmesinin şekliyle ilgili özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durumda, kanunda aksi görülmediği için, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın zarar gören, sözleşme ile bağlı olmadığını tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafa bildirebilecektir¹⁰⁰. Yine de, Yargıtay’ın da kararlarında açıkça görüldüğü üzere bildirimin yazılı bir şekilde yapılması, bir uyumsuzluğun ortaya çıkması halinde ispat kolaylığı sağlayacaktır¹⁰¹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 28. maddesinde aşırı yararlanmadan zarar gören tarafın seçimlik haklarını kullanması açısından bir süre sınırlaması da düzenleme alanı bulmuştur. İlgili düzenlemeye göre; zarar gören tarafın düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalma halinde ise ilgili durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşme ilişkisinin kurulduğu andan itibaren beş yıl içerisinde bu hakkı kullanabilecektir. Kanunda, öngörülen bu sürelerin niteliği açıklanmamış olsa bile zarar görenin hem iptal hakkının hem de edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edebilme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olması nedeniyle hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir¹⁰².

Sonuç olarak kanun koyucu, aşırı yararlanmadan dolayı zarar gören tarafın ya sözleşme ilişkisini iptal ederek edimlerin iadesini ya da sözleşme ilişkisinin devamıyla birlikte edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesi talep edebile-

⁹⁸ Kocabaş (n94) 127-128; Acabey (n60) 117; Çakırca (n67) 185.

⁹⁹ Özkaya (n62) 43. 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu döneminde de her ne kadar aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmişse de öğretilde bu ifadeden anlaşılması gerekenin sözleşmenin iptali olduğu yönündeki görüş için bkz. Kalkan (n58) 138 vd.

¹⁰⁰ Çakırca (n67) 188; Okumuş (n64) 167.

¹⁰¹ Bkz. Yargıtay 1HD, 26.06.2003 tarihli ve 2003/7026 E. , 2003/7698 K. Sayılı kararı (Legal Online). Ayrıca bkz. Apaydın (n66) 87-88.

¹⁰² Bkz. Yargıtay 13HD, 18.12.2019 tarihli ve 2019/6356 E. , 2019/12835 K. Sayılı kararı (Legal Online). Ayrıca bkz. Acabey (n60) 115-116.



ceğini düzenlemiştir. Zarar gören taraf, durumun özelliğine göre, bu iki haktan birini tercih edebilecektir. Ancak bu haklarını kullanabilmesi için bir yıl ve beş yıl olmak üzere iki süre şartına uyması gerekmektedir. Bu süreler hak düşürücü nitelikte olduğu için süresi içerisinde iptal hakkını kullanmadığı takdirde sözleşme ilişkisi kesin olarak geçerli olacaktır¹⁰³.

III. İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN AŞIRI YARARLANMA NEDENİYLE İPTALİ

Arabuluculuk anlaşma belgesi niteliği itibariyle maddi hukuku ilgilendiren bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu yüzden de anlaşma belgesinin hukuki açıdan geçerli bir şekilde varlığından söz edebilmek için borçlar hukuku kapsamında bir sözleşmenin geçerli kabul edilebilmesi için aranılan genel şartlara uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınıp alınmamasının bu duruma bir etkisi söz konusu değildir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi açısından Türk Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanma kavramını düzenlediği 28. maddesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretide tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüş, arabulucuların hukukçu olduğu ve arabuluculuk müzakereleri boyunca da tarafların yanında bulunacağına ve aşırı yararlanmanın oluşmasına müsaade etmeyeceğine dayanarak aşırı yararlanmanın arabuluculuk anlaşma belgesi açısından uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmüştür¹⁰⁴. Ancak öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesinde aşırı yararlanma söz konusu olabilir¹⁰⁵. Özellikle işçi- işveren uyuşmazlıkları ve işverenin işçi karşısındaki güçlü konumu düşünüldüğünde, hukuki ilişkinin zayıf konumunda bulunan işçi, bazı özel durumları nedeniyle alması gerekenden ya da talebinden daha düşük bir miktarı kabullenmek zorunda kalabilir. Önemle belirtmek gerekir ki kanuna uygun olarak gerçekleştirilen bir arabuluculuk sürecinde, arabulucu sürecin tamamına hâkim olacağından bu süreç içinde de aşırı yararlanma durumunu saptayabilir¹⁰⁶. Müzakereler esnasında taraflarla birlikte olan arabulucu, taraflardan birinin diğerinin özel bir durumundan yani zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanarak edimler arasında bir eşitsizlik yaratılması durumunu fark edebilir. Bu çerçevede arabulucunun görüşmede zayıf konumda bulunan tarafa, hukuki bir yardım ya da danışmanlık alması gerektiği yönünde tavsiyede bulunması gerekmektedir¹⁰⁷. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk faaliyetinde, müzakerede yer alan her iki tarafın da

¹⁰³ Okumuş (n64) 167; Apaydın (n66) 86.

¹⁰⁴ Büyükkay (n16) 304.

¹⁰⁵ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n9) 114; Dür (n12) 380; Pamuk (n8) 138; Baş (n9) 187.

¹⁰⁶ Badur (n7) 75.

¹⁰⁷ Badur (n7) 75.

menfaatlerinin gözetilmesi ve her iki taraf açısından da uygun olan bir çözümle uyuşmazlığın sona erdirilmesi amaçlanmaktadır.

Görüldüğü üzere taraflardan birinin diğer tarafın zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlık oluşması halinde arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptali söz konusu olabilir¹⁰⁸. Örnek olarak işçinin, işverenden hukuken alması gereken 400.000 Türk Lirası alacağını bilmesi ancak, eşinin tedavisinin masraflarını karşılamak için acil nakit paraya ihtiyaç duymasından dolayı 40.000 Türk Lirasını kabul etmesi ve işverenin de işçinin zor durumda olduğunu bilmesi halinde aşırı yararlanma nedeniyle anlaşma belgesi iptal edilebilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptali için öncelikle kanunda düzenlenmiş şartlara uygun bir arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ve bu faaliyetin sonunda anlaşma belgesinin düzenlenmiş olması gerekmektedir. Yargıtay’a konu olmuş bir olayda¹⁰⁹, ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi işçi ve işveren arasındaki kıdem ve ihbar tazminatı için yapılmış olan arabuluculuk anlaşma belgesinde, edimler arasındaki açık orantısızlığın işçinin deneyimsizliğinden ve düşüncesizliğinden fayda sağlanarak yapıldığını ve aşırı yararlanma nedeniyle belgenin iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay; yapmış olduğu inceleme sonunda anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle değil, arabuluculuk faaliyetinin kanunda düzenlenmiş şartlara uygun olarak yürütülmediği ve bundan dolayı da geçerli bir anlaşma belgesinin bulunmadığı gerekçesiyle bölge adliye mahkemesinin kararının gerekçesini düzelterek onamayı tercih etmiştir. Her ne kadar söz konusu olayda aşırı yararlanmanın mevcut olabileceği kabul edilmişse de öncelikli olarak sağlıklı bir arabuluculuk anlaşma belgesinin varlığı inceleme konusu yapılmıştır. Bu karar uygulama açısından büyük bir öneme sahiptir. Zira Yargıtay’ın bu kararından önce Ankara

¹⁰⁸ Dür (n12) 373; Pamuk (n8) 138.

¹⁰⁹ Bkz. Yargıtay 9HD, 20.11.2024 tarihli ve 2024/12150 E. , 2024/14939 K. Sayılı kararına göre: “... Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; taraflarca, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti alacağı, ulusal bayram ile genel tatil ücreti alacağı, yıllık ücretli izin alacağı, ücret alacağı, hafta tatili ücreti alacağı olarak 4.000,00 TL’nin ödenmesi konusunda anlaşıldığı, davacının hizmet süresinin 3 yıldan fazla olduğu, varsayımsal olarak anlaşma tarihindeki asgari ücrete göre bile kıdem ve ihbar tazminatı hesaplandığında sonucun anlaşma belgesinde ödenmesi kararlaştırılan miktardan çok fazla bir miktar olduğu, bu şekilde edimler arasında aşırı orantısızlık olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir... somut olayda; iddia, savunma, tanık beyanları ile dosya kapsamındaki bütün bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda arabuluculuk faaliyetinin kanuna uygun olarak yürütülmediği ve geçerli bir anlaşma belgesinin varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken İlk Derece Mahkemesince ve Bölge Adliye Mahkemesince yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiş olması hatalıdır... Davalı vekilinin Bölge Adliye Mahkemesince yapılan değerlendirmeye yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile sonucu itibarıyla doğru olan Bölge Adliye Mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek ONANMASINA, ... oy birliğiyle karar verildi.” (Lexpera).



Bölge Adliye Mahkemesinin inceleme konusu yaptığı olayda¹¹⁰ da benzer bir durum yaşanmıştır. Söz konusu karara konu olan olayda işçinin, işverenle aynı adreste çalışan bir arabulucu tarafından kendisine herhangi bir bilgilendirme yapılmaksızın görüşmelerin yürütüldüğü ve tutanağın imzalandığı belirtilmiş, ayrıca bilgisizliğinden faydalanılarak alması gereken alacaktan daha azını kabullenmek zorunda bırakıldığını ifade ederek anlaşma belgesinin iptali talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi işçinin iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermişse de bölge adliye mahkemesi yapmış olduğu inceleme sonunda hem arabuluculuk anlaşma belgesinin kanuni düzenlemelere uygun olarak yapıldığını hem de edimler arasındaki açık orantısızlık nedeniyle aşırı yararlanmanın mevcut olduğuna karar vermiştir. Bölge adliye mahkemesi, aşırı yararlanmaya ilişkin kanunda aranılan şartların gerçekleşmiş olması gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali yönünde bir hüküm kurmuştur. Ancak bölge adliye mahkemesinin de kararında belirttiği gibi somut olayda, kanuni düzenlemelere uygun olarak düzenlenmediği için, sağlıklı bir arabuluculuk anlaşma belgesinin varlığından bahsedilebilmesi mümkün değildir. Durum böyleyken mahkemenin, arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal gerekçesi olarak aşırı yararlanmanın var olmasını göstermesi yerinde olmamıştır.

Görüldüğü üzere öğretilde yer alan aşırı yararlanma nedeniyle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilemeyeceği yönündeki görüş yargı kararlarında geçerlilik kazanmamıştır. Aksine, daha önce de belirttiğimiz üzere, arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği itibarıyla bir borçlar hukuku sözleşmesi olması dolayısıyla geçerliliği için sözleşmeler açısından aranılan şartları taşıması gerekmektedir. Aynı zamanda arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin, ilam niteliğinde olmasına karşın, maddi anlamda kesin hüküm ifade etmemesinden dolayı tarafların kesin hükümsüzlük, irade bozukluğu halleri ve aşırı yararlanma nedenlerine dayanılarak belgenin geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu da Yargıtayca kabul edilmektedir¹¹¹. Önemle tekrar hatırlatmak gerekir ki arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınıp alınmadığının bir önemi bulunmamaktadır¹¹². İcra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali söz konusu olabilir.

¹¹⁰ Bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9HD, 14.03.2023 tarihli ve 2023/6 E. , 2023/935 K. Sayılı kararı (Lexpera).

¹¹¹ Bkz. Yargıtay 9.HD, 27.11.2024 tarihli ve 2024/10855 E. , 2024/15300 K. Sayılı kararına göre: "... Arabuluculuk faaliyeti sonunda elde edilen ilâm niteliğindeki anlaşma belgesi maddi anlamda kesin hüküm olmadığından, tarafların kesin hükümsüzlük, aşırı yararlanma, yanıltma, aldatma, korkutma, sahtelik iddiası gibi hâllerde anlaşma belgesinin geçersizliğini ileri sürmesi mümkündür (... , s. 22-23). İrade fesadı iddiasıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalinin talep edilmesi hâlinde, yanıltma ve aldatmanın öğrenildiği, korkutmanın ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde iptal iradesinin ileri sürülmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır..." (Lexpera).

¹¹² Erdoğan ve Cömert (n2) 42.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilip edilemeyeceği sorusu cevaplandıktan sonra aşırı yararlanmanın nasıl meydana gelebileceği sorusu gündeme gelecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlendiği üzere aşırı yararlanmanın meydana gelebilmesi için objektif ve sübjektif unsurların varlığı aranmaktadır. Bu unsurların aynı anda var olması da gerekmektedir. Ancak unsurlar, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira her olay birbirine benzememektedir. Bu da bir olayda aşırı yararlanmanın gerçekleştiğine karar verilirken başka bir olayda gerçekleşmediği yönünde karar verilmesine yol açabilir.

Mahkeme tarafından ilk önce objektif unsurun var olup olmadığı hususu araştırıldıktan sonra sübjektif unsurun varlığı değerlendirme konusu yapılacaktır. Yargıtay incelemesine konu olmuş bir olayda¹¹³ ilk derece mahkemesi söz konusu olayda, alması gereken tazminat miktarından azını alan işçi açısından aşırı yararlanmanın objektif unsuru olan edimler arasındaki açık orantısızlık şartının gerçekleşmemesi nedeniyle davanın reddine karar vermiş ve bölge adliye mahkemesi de bu kararı hukuka uygun bularak başvurunun esastan reddine karar vermiştir. Yargıtay da yapmış olduğu inceleme sonucunda sübjektif unsur açısından herhangi bir değerlendirmede bulunmadan sadece objektif unsuru inceleyerek kararı onamıştır.

Yargıtay incelemesine konu olmuş başka bir olayda¹¹⁴ ise öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesinde, her ne kadar tüm işçilik hak ve alacakları açıkça yazılmamışsa da, işçinin hizmet süresi göz önüne alındığında edimler arasında açık bir orantısızlığın var olması nedeniyle objektif unsurun oluştuğuna kanaat getirilmiş ve sübjektif unsur incelenmeye geçilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda işveren karşısında işçinin sosyo-ekonomik anlamda denk durumda olmadığı, gerçekte işten ayrılma yönünde bir iradesinin olmadığı ve işçinin geçmiş hak ve alacaklarını tasfiye amacıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin yapıldığı gerekçeleriyle aşırı yararlanmanın sübjektif unsurunun oluştuğuna karar vermiştir.

Aşırı yararlanmadan dolayı zarar gören taraf sözleşme ilişkisini tek taraflı irade beyanıyla sona erdirebilme olanağına sahip olmasına rağmen verilen şeyin geri alınmasını sağlamak için hükümsüzlüğün tespitine yönelik bir dava açılması genellikle söz konusu olmaktadır¹¹⁵. Hâkim, sözleşmede aşırı yararlanmanın gerçekleştiğine ve bundan dolayı zarar gören tarafın sözleşmenin iptali hakkının kullanıldığına yönelik bir karar verecektir. Bu çerçevede zarar görenin sözleşmenin iptali için mahkemeye sunduğu dava dilekçesinin, sözleşmenin diğer tarafına ulaştığı anda bozucu yenilik doğuran hakkını kullanacağı kabul edilmektedir.

¹¹³ Bkz. Yargıtay 9HD, 19.11.2024 tarihli ve 2024/10549 E. , 2024/14868 K. Sayılı kararı (Lexpera).

¹¹⁴ Bkz. Yargıtay 9HD, 13.02.2024 tarihli ve 2024/1210 E. , 2024/2091 K. Sayılı kararı (Lexpera).

¹¹⁵ Baş (n9) 186; Çakırca (n67) 188.



Aşırı yararlanmanın varlığı nedeniyle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptaline karar verilmesi durumunda artık anlaşma belgesine dayanılarak yapılan icra takiplerine devam edilemez¹¹⁶. Kararın alınmasından önce yapılan ve tamamlanan bir icra takibi söz konusu olduğunda ise İcra ve İflas Kanunu hükümleri kapsamında icranın iadesi yoluna gidilmesi gerekmektedir¹¹⁷.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin aşırı yararlanma nedeniyle iptaline karar verilmesi halinde zarar görenin tazminat talep edebilmesi mümkündür. Bu çerçevede ortaya çıkan durum, culpa in contrahendo kapsamında kabul edilmektedir¹¹⁸. Bundan dolayı da zarar görenin, sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına ve hükümlerini doğrulacağına yönelik taraflarda oluşan güvenden kaynaklanan zararı ya da başka bir deyişle olumsuz zararı talep edebilmesi mümkündür¹¹⁹.

Sonuç olarak aşırı yararlanma, bir sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlık meydana getirmesi olarak tanımlanabilir. Arabuluculuk anlaşma belgesi de hem yargı kararlarında hem de öğretide maddi hukuku ilgilendiren bir borç sözleşmesi niteliğinde kabul edildiğinden aşırı yararlanmayı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 28.maddesinin uygulama alanı içerisinde yer almaktadır. Kısaca arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından da aşırı yararlanmanın mevcut olması nedenine dayanılarak belgenin iptalinin istenebilmesi mümkündür.

IV. DAVA AÇMA YASAĞI KAPSAMINDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN AŞIRI YARARLANMA NEDENİYLE İPTALİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında getirilen 5. fıkra ile birlikte arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması halinde, tarafların anlaştıkları bu hususlar hakkında dava açamayacağı düzenleme alanı bulmuştur. Örnek olarak, arabuluculuk görüşmelerinin sonunda işçinin kıdem ve ihbar tazminatı konusunda anlaşıldığı ancak fazla çalışma ücreti konusunda anlaşamadığı bir durumda işçinin kıdem ve ihbar tazminatı için dava açması söz konusu olmayıp fazla çalışma ücreti için yargı yoluna başvurulabilmesi mümkündür.

Hükümün gerekçesinde de belirtildiği üzere ilgili düzenleme “*dava açma yasağı*” olarak nitelendirilmiştir. Dava açma yasağı, dava şartlarından biri olan hukuki yararın bulunması gerekliliğinin özel bir görünümüdür. İlgili düzenleme de bu husus dikkate alınarak yapılmıştır. Arabuluculuk görüşmeleri esnasında

¹¹⁶ Erdoğan ve Cömert (n2) 42.

¹¹⁷ Erdoğan ve Cömert (n2) 42.

¹¹⁸ Okumuş (n64) 188.

¹¹⁹ Çakırca (n67) 206.

tarafkların kendi iradeleriyle anlaştıkları hususları değiştirmek istemeleri durumunda hukuki bir yarardan bahsedilemez¹²⁰.

Dava açma yasağı arabuluculuk faaliyetinin iradi ya da dava şartı olup olmamasına göre bir değişiklik göstermemektedir. Kısaca, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan her husus hakkında geçerlidir. Ayrıca, arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhinin alınıp alınmaması yönünde bir ayrım da kanuni düzenlemede yer almamaktadır.

Kanun koyucu dava açma yasağını düzenlemiş olsa da bu yasak mutlak olarak kabul edilmemiřtir¹²¹. Bölge adliye mahkemesinin de bir kararında¹²² bahsettiği üzere arabuluculuk anlaşma belgesi kapsamında dava açma yasağının istisnaları da bulunmaktadır. Diğer bir deyişle arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar hakkında da dava açılabilmesi mümkündür. Bu çerçevede tarafların ehliyet durumu; emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olmasına dayanılabilir (TBK m.27). Yine aynı şekilde aşırı yararlanma da bu kapsamda kabul edilmiştir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, geçersiz olması ya da iptal edilmesi durumlarında dava açma yasağı uygulama alanı bulmayacaktır¹²³. Arabuluculuk görüşmelerinde anlaşılan ve tarafların isteği doğrultusunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edilmedikçe bu belgede yer alan hususlar hakkında dava açılması mümkün değildir. Öğretide hem arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali hem de bu iptal kararından sonra anlaşılan hususlarla ilgili karar verilebilme talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir¹²⁴. Zira dava açma yasağı, tarafların arabuluculuk görüşmelerinde anlaştıkları hususların tekrar mahkeme önüne gelmesinin önüne geçilmek, yargının yükünü hafifletmek ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığın kesin olarak son bulması amaçlarının gerçekleşmesine fayda sağ-

¹²⁰ Bykay (n16) 118.

¹²¹ Köksoy n(8) 351.

¹²² Bkz. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 3HD, 24.09.2024 tarihli ve 2024/572 E. , 2024/1063 K. Sayılı kararına göre: “...Doktrinde ve yüksek mahkeme kararlarında, dava açma yasağı, dava şartlarından olan hukuki yarar bulunması şartının özel bir görünümüdür, daha açık bir ifadeyle özel bir dava şartıdır. Dava açma yasağının istisnaları da bulunmaktadır. Anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlarda dava açılmasının mümkün olduğu haller mevcuttur. İrade fesağı halleri buna örnek olup; anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Bu anlamda TBK’nın 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hkmszliğine dayanılabilir. Aşırı yararlanma da bu kapsamdadır. Anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın geçersizliği, anlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ihtiyaç bulunması, icra edilebilir bir anlaşma bulunmaması gibi durumlarda da dava açılması ve bu hususların mahkemece incelenip karara bağlanması mümkündür...” (Lexpera).

¹²³ Baş (n9) 187.

¹²⁴ Baş (n9) 186.



lamaktadır. Ancak aşırı yararlanmanın mevcut olduğu bir arabuluculuk anlaşma belgesinin bulunduğu durumlarda arabuluculuk sürecinin de kanun koyucunun arzusu doğrultusunda yani kanuni düzenlemelere uygun olarak gerçekleştiğinden bahsedebilmek oldukça güçtür. Böyle bir durumun varlığı halinde arabuluculuk müessesinden istenilen sonuç elde edilememiş demektir. Bu unsurları barındıran bir sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılması, menfaat temelli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun da niteliğine uygun düşmemektedir. Yine güçlü olan karşısında zayıfı koruma amacıyla sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama olarak getirilen aşırı yararlanmanın da düzenleme amacına da aykırılık teşkil etmektedir. Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde aşırı yararlanma nedenine dayanılarak iptal edilmiş bir arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan ve tarafların anlaştıkları hususlara ilişkin dava açılabilmesinin mümkün olduğu söylenmelidir.

SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk hem taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hızlı ve düzgün bir şekilde çözüme kavuşturulması hem de yargının yükünü hafifletmek amacıyla kabul edilen bir müessesedir. Bu kapsamda arzulanan, tarafların arasındaki uyuşmazlığın anlaşarak sona ermesidir. Ancak arabuluculuk sürecinin gönüllülük esasına dayanıyor olması nedeniyle tarafların anlaşma gibi bir zorunlulukları bulunmamaktadır. Anlaşmaya varamayacakları ve uyuşmazlığı yargı kanalı ile çözebilecekleri gibi bazı konularda anlaşıp bazı konuların çözümü için de yargı kanalını tercih edebilirler. Tarafların anlaşması durumunda ise onların anlaştıkları hususlarla ilgili bir arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenebileceği gibi anlaştıkları hususların yanı sıra hak ve yükümlülükleri de açıkça tutanağa yazdırabilmeleri de mümkündür.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin kanunda bir tanımı yer almamaktadır. Ancak öğretide de kabul edildiği üzere arabuluculuk sürecine konu olan uyuşmazlık ve çözümüyle tarafların anlaşmaya vardıkları hususların yazılı hale getirilerek taraflar ile arabulucunun imzalamasıyla tamamlanan sözleşme olarak ifade edilebilmesi mümkündür. Bu tanımda da anlaşılacağı üzere arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk sürecinde yapılan arabuluculuk sözleşmesi ve arabuluculuk sözleşmesi ayrı ve farklı bir sözleşmedir.

Bir belgenin arabuluculuk anlaşma belgesi olarak kabul edilebilmesi için bazı şartlar aranmıştır. Bu çerçevede ilk olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması ve usulüne uygun bir şekilde arabuluculuk sürecine bir başvurunun bulunması gerekmektedir. Ayrıca bu belgenin arabuluculuk sürecinin sonunda düzenlenmiş olması, tarafların belgede yer alan konular üzerinde anlaşması ve kanun koyucunun öngörmüş olduğu şekil şartına uygun bir şekilde düzenlenmesi de aranılan diğer şartlardır.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliği öğretide tartışma konusu yapılmıştır. Özellikle bazı hukuk dallarına has özellikteki uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu edinilmesi anlaşma belgesinin farklı özellikteki anlaşmalardan hususlar taşımaya neden olmuştur. Bu yüzden öğretide arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliği konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Ancak hem uygulamada hem de öğretide kabul edildiği üzere arabuluculuk anlaşma belgesi maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu nedenle de bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için gerekli bütün şartları taşıması gerekmektedir. Bu kapsamda arabuluculuk anlaşma belgesinin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmaması ve diğer sözleşmelerin geçerliliği için aranılan ehliyet gibi hususlara da dikkat edilmesi gerekmektedir.

İş hukuku uyuşmazlıklarının ya da diğer bir deyişle işçi ve işveren uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmüş olması ve bu uyuşmazlıkların kendine has özelliklerinin bulunması nedeniyle arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği öğretide yine tartışma konusu yapılmıştır. Öğretide bir görüş bu uyuşmazlıkların çözümü sonunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğin sulh sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştür. Zira arabuluculuğun temelinde sulh yatmaktadır. Diğer bir deyişle uyuşmazlığın tarafları anlaşmaya varabilmek için birtakım fedakârlıkta bulunmaktadır ve bu yüzden de anlaşma belgesi sulh sözleşmesi niteliğindedir. Ancak tarafların her zaman fedakârlıkta bulunması söz konusu olmayabilir. Bu nedene dayanarak da başka bir görüş anlaşma belgesinin, ibra sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay'ın da arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliğinin ibra sözleşmesi niteliğinde olduğuna dair kararları bulunmakla birlikte farklı yönde kararları da mevcuttur. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesinin ikale sözleşmesinin unsurlarını da içinde barındırması mümkündür. Bu durumda ise tarafların aralarındaki mevcut iş ilişkisini fesih şeklinin dikkate alınması gerekmektedir. Bununla birlikte her bir sözleşmeden bir ya da birkaç unsur da belgenin içeriğinde yer alabilir. Bütün bunlar düşünüldüğünde arabuluculuk anlaşma belgesinin kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğu söylenebilir.

Aşırı yararlanma ise güçlü olan karşısında zayıf durumda bulunanı korumak için kabul edilmiş bir kavramdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde yer alan düzenleme gereğince sözleşmenin bir tarafı; diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden faydalanarak edimler arasında açık bir orantısızlık yaratması halini aşırı yararlanma olarak ifade edilmektedir. Tanımdan yola çıkarak aşırı yararlanmadan söz edebilmek için edimler arasında açık bir orantısızlık yaratılması (objektif unsur), sözleşme ilişkisinin bir tarafının özel bir durumunun olması ve diğer tarafın bu durumdan bilerek ve isteyerek faydalanması (sübjektif unsur) gerekmektedir. Kanun koyucu aşırı yararlanmanın genel bir çerçevesini çizdiğinden her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirmeyi yapacak kişi de hâkimdir.



Hâkim, takdir yetkisi kullanarak somut olayda aşırı yararlanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir.

Kanun koyucu aşırı yararlanmanın tanımını verdikten sonra aşırı yararlanmadan dolayı zarar gören tarafın bu durumda seçebileceği haklarını da düzenlemiştir. Bu çerçevede zarar gören isterse sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirerek edimlerin iadesini talep edebileceği gibi edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edebilir. Zarar gören bu hakları Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmalıdır. Ayrıca kanun koyucu bu hakların kullanılması açısından da hak düşürücü süreler de öngörmüştür. Zarar gören bu haklarını; zor durumda kalması halinde zor durumun kalktığı, deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinde ise bunu öğrendiği andan itibaren bir yıl ve herhalde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içerisinde kullanmalıdır.

Borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde kabul edilen arabuluculuk anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusuna da öğretide cevap aranmıştır. Bu çerçevede bir görüş; hukukçu olan arabulucunun, görüşmeler esnasında bu durumu fark edebileceği ve tarafların aşırı yararlanmanın bulunduğu bir anlaşmayı yapmasına müsaade etmeyeceğini ileri sürmektedir. Diğer bir deyişle arabuluculuk anlaşma belgesinde aşırı yararlanmanın gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak bizim de katıldığımız öğretide çoğunlukta olan görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesi sırasında aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi mümkündür. Her ne kadar hukukçu olan bir arabulucu sürece rehberlik etse de tarafların bazı özel durumları nedeniyle alması gerekenden daha azına razı olduğu durumlar da olabilir. Böyle bir durumda arabuluculuk anlaşma belgesinin ayakta tutulması, hem arabuluculuk müessesesi hem de aşırı yararlanmanın kabul edilme amaçlarına ters düşmektedir. Zaten hem Yargıtay hem de Bölge Adliye Mahkemesi yakın tarihli kararlarında aşırı yararlanmanın mevcut olduğu arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali yönünde kararlar vermiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasına göre de arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sona ermesi halinde tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar hakkında dava açamayacağını düzenleme altına almıştır. Ancak dava açma yasağı olarak da bilinen bu kural mutlak olarak kabul edilmemiş ve bazı istisnaları olduğu belirtilmiştir. Aşırı yararlanma da bu istisnalardan biridir. Bu kapsamda arabuluculuk anlaşma belgeleri, aşırı yararlanma nedenine dayanılarak iptal edildiği takdirde tarafların anlaşarak söz konusu belgeye düzenleme altına aldıkları hususlar hakkında dava açma yasağı uygulama alanı bulmayacaktır.



KAYNAKÇA

- ACABEY M.B, ‘TBK’nda Aşırı Yararlanma (TBK M.28)’ (2011) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 111-121.
- AKINTÜRK T ve ATEŞ D, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri (29.Baskı Beta Yayınları 2020).
- AKİL C, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi’ (2012) 16(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-18.
- AKKAN M, ‘Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları’ (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- ANDREWS N, ‘Mediation Agreements: Time For A More Creative Approach By The English Courts’ (2013) 18(1) Uniform Law Review 6-16.
- APAYDIN İ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma (1.Baskı Yetkin Yayınları 2020).
- ASLAN Ç.M, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. md. 21) (1.Baskı Yetkin Yayınları 2006).
- BADUR E, ‘Arabulucu Sözleşmesi’ (2020) 15(162) Terazi Hukuk Dergisi 248-265.
- BADUR E, ‘Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) 9(18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87.
- BAŞ S, ‘6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali’ (2022) 13(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 176-189.
- BÜYÜKAY F, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi (1.Baskı Adalet Yayınları 2018).
- ÇAKIRCA S.İ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı (1.Baskı On İki Levha Yayınları 2015).
- ÇİÇEK M. *‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’* (2018) 13(139) Terazi Hukuk Dergisi 51-63.
- DALAR E, İKİKAT E.E ve ÇELİK B, ‘Lesion and Duress under the Turkish Law of Obligation’ (2021) 24 GSI Articleletter 202-217.
- DÜR O, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (2.Baskı, Adalet Yayınevi 2018).
- EKMEKÇİ Ö, ÖZEKES M, ATALI M ve SEVEN V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019).



- ELBİR H.K, ‘Gabnin Unsurları’ (1951) XXV(4) İstanbul Barosu Dergisi 193-216.
- ERDOĞAN C ve TİRİTOĞLU ERSOY H H, ‘İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme’ (2022) 7(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51-90.
- ERDOĞAN E ve CÖMERT B, ‘Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler’ (2018) 13(138) Terazî Hukuk Dergisi 27-47.
- EREN F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26.Baskı Yetkin Yayınları 2021).
- HIZIR ASRAV F, ‘Sulh Sözleşmesinin Konusunun Sınırları’ (2018) 3(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-42.
- İLHAN O, *Arabuluculuk Sözleşmesi* (1.Baskı Seçkin Yayıncılık 2020).
- KALKAN B, Türk Hukukunda Gabin (1.Baskı, Vedat Kitapçılık 2004).
- KAPLAN İ, Türk Borçlar Hukuku TBK. Madde 1-206 (Genel Hükümler) (7.Baskı Yetkin Yayınları 2021).
- KAZMAZ TEPE B, ‘Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü’ (2018) 5(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 125-150.
- KEKEÇ E.K, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (2.Baskı, Adalet Yayınları 2014).
- KILIÇOĞLU A.M, Arabuluculuk Sözleşmeleri (1.Baskı, Turhan Kitabevi 2020).
- KIYAK E, ‘Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği’ (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523-548.
- KOCABAŞ G, ‘Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ (2014) 20(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 105-142.
- KOÇOĞLU S, ‘A Calculated Alternative To Dispute Resolution: “Mediation Contracts Prior To Disputes”’ (2020) 5(8) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151-180.
- KÖKSOY M, ‘Arabuluculukta Tarafların Anlaşmasına Rağmen Anlaşma Belgesi Düzenlenmemesi’ (2024) 14(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-360.
- KURŞUN A.S, ‘Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması’ (2016) Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan Cilt:2 189-214.
- KURT R,, ‘İş Yargısında “Arabuluculuk”’ (2018) 30(135) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 337-376.

KÜÇÜKGÜNGÖR E ve EMİROĞLU H, ‘Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)’ (2004) 53(1) Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-87.

ODAMAN S, ‘Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ (2017) (19) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 1753-1766.

OĞUZ, Ö, ‘Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (1.Baskı Legal Yayıncılık 2019).

OĞUZMAN M.K ve ÖZ T, ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1’ (18.Baskı Vedat Kitapçılık 2020).

OKUMUŞ S, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Aşırı Yararlanma (Gabin) (1.Baskı Yetkin Yayınları 2015).

OKUR Z, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk (2.Baskı, Karahan Yayınevi 2019).

OZANEMRE YAYLA H.T, ‘Gabinin Şartları’ (2011) 7(2) Çankaya University Journal of Law 195-217.

ÖZKAYA E, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları (4.Baskı Yetkin Yayınları 2015).

PAMUK E, İş Hukukunda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Hukuki Mahiyeti ve Geçersizliği (1.Baskı, Adalet Yayınları 2024).

TANRIVER S, ‘Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler’ (1994) 46(1-2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 333-348.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL M, ‘Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği’ (2019) 18(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-379.

İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YENİ DÜZENLEME: MENFAAT ÇATIŞMASI (İsvBK m. 717a)

*New Regulation in Swiss Joint Stock Company Law: Conflict of Interest
(Swiss Code of Obligations Art. 717a)*

Hediye BAHAR SAYIN*

Özet

Menfaat, bir kişinin belirli bir mal varlığına atfettiği kıymet olarak kabul edilmektedir. Bir kişi kendi menfaatlerini veya üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetebilmektedir. Anonim şirkette de temsil ve idare organı olan yönetim kurulu üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaatle ilişki içindedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması ise gayet olağandır. Bu durumun dikkate alınması sonucu İsviçre’de anonim şirketler hukuku revizyonunun bir parçası olarak, “Menfaat çatışması” İsvBK m. 717a’da açık şekilde düzenlenmiştir. Hüküm, revizyonun bir kısım hükümleri ile birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsvBK m. 717a “Menfaat Çatışmaları” başlığı altında, “1. Yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri, kendilerini ilgilendiren menfaat çatışmaları hakkında yönetim kurulunu derhal ve eksiksiz olarak bilgilendirir. 2. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alır.” ifadeleri yer almaktadır.

İsvBK m. 717a/1’de menfaat çatışmalarına ilişkin düzenleme ile yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri için bilgilendirme ve eylem mecburiyeti şeklinde açık yükümlülükler belirlenmiştir. Bu kapsamda bilgilendirmenin “derhal ve eksiksiz” şekilde yapılması gerekmektedir. Ancak menfaat çatışmasından etkilenen üyenin bilgilendirmeyi ne şekilde yapacağı kanunda açıkça düzenlenmediği gibi “derhal” ifadesi bilgilendirme süresinde tereddütlere sebep olmaktadır. İsvBK m. 717a/2’ye göre, bildirim üzerine yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirleri almalıdır. Kural olarak, her menfaat çatışmasının niteliğini ve yoğunluğunu dikkate alarak değerlendirmek ve uygun önlemlere karar vermek yönetim kurulunun görevidir. Alınacak tedbirler konusunda ise kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta doktrin olası tedbirleri genel olarak; çekilme (sadece karar alma veya gerektiğinde danışma için), üst organ veya komite tarafından karar alma, bağımsız değerlendirme görüşü veya uzman görüşü, iradenin oluşmasının tüm aşamalarından ve bilgiye erişimden tamamen yoksun bırakma ve son çare olarak istifa veya azil şeklinde sıralamaktadır. İsvBK m. 717a’da yükümlülüğün ihlali hâlinde doğrudan bir yaptırım veya özel bir hukuki sonuç öngörülmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, menfaat çatışması, bilgilendirme, tedbir

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, hediye@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5175-8987>

Abstract

An interest is recognised as the value that a person attributes to a particular asset. A person can consider their own interests or the interests of third parties. In a joint-stock company, the members of the board of directors, as the representative and administrative body, are involved in many interests due to their duties. The conflict of these interests is quite normal. As a result of considering this situation, "Conflict of Interest" has been explicitly regulated in Swiss Code of Obligations Article 717a as part of the revision of the law on joint-stock companies in Switzerland. The provision came into effect on January 1, 2023, along with some provisions of the revision. Article 717a of the Swiss Code of Obligations states under the title "Conflicts of Interest: " 1. *The members of the board of directors and the executive board shall inform the board of directors immediately and comprehensively of any conflicts of interest affecting them.* 2. *The board of directors shall take the measures required to safeguard the company's interests.*" expressions are included.

Article 717a/1 of the Swiss Commercial Code sets forth clear obligations for the members of the board of directors and the executive board in the form of information and action obligation. In this context, the information must be provided "immediately and comprehensively". However, the manner in which the member affected by the conflict of interest shall be informed is not clearly regulated in the law, and the expression 'immediately' causes hesitations in the duration of the information. According to Art. 717a/2 of the Swiss Code, upon notification, the board of directors must take the necessary measures to protect the interests of the company. As a rule, it is the duty of the board of directors to evaluate each conflict of interest, taking into account its nature and intensity, and to decide on appropriate measures. There is no regulation in the law on the measures to be taken. In this regard, the doctrine lists the possible measures as: recusal (only for decision-making or consultation when necessary), decision-making by the higher body or committee, independent evaluation report or expert opinion, complete deprivation of all stages of will formation and access to information, and, as a last resort, resignation or dismissal. Article 717a of the Swiss Code does not provide for special legal consequences in case of conflict of interest.

Keywords: Joint Stock Company, board of directors, conflict of interest, information, measure

GİRİŞ

Anonim şirkette temsil ve idare organı yönetim kurulu olup kurul üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaati temsil etmektedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması olağan kabul edilmektedir. Menfaat çatışması mutlak bir sorun olmayıp çatışma halinde hareketsiz kalınması konuyu sorun haline getirmektedir. Bu sebeple menfaat çatışmalarına ilişkin farkındalığı yükseltmek önem arz etmektedir¹. Deneyimler, menfaat çatışmalarının genellikle fark edilmediğini ve fark edildiklerinde de çözüme ulaşmanın şirket kültürüyle bağlantılı olduğunu göstermektedir. Zira bir şirketin menfaat çatışmalarını nasıl ele aldığı esasen kurumsal kültür meselesidir. Şirket içinde menfaat çatışmalarının ele alınıp alınmaması

¹ Claudia Götz Staehelin and Roman Huber, 'Interessenkonflikte im Fokus von internen Untersuchungen – Herausforderungen in der Praxis und «Lessons Learned» (2023) (1) RR-COMP 10.

sadece çatışma durumlarında nasıl hareket edileceğine dair iç yönergelerle değil, aynı zamanda şirketi yönetenlerin tutumuna da bağlı bulunmaktadır².

Anonim şirketlerin, menfaat çatışmalarının önlenmesine veya meydana gelen menfaat çatışmalarında alınacak tedbirlere ilişkin organizasyonel düzenlemeler yapmaları ya da yönetim kurulu tarafından çıkarılacak iç yönergelerde bu hususlara dair hükümlere yer vermeleri mümkündür³. Bu tür hükümlerin yer aldığı düzenlemelere çoğunlukla halka açık anonim şirketlerde rastlanmaktadır. Buna karşılık, menfaat çatışmalarından yoğun şekilde etkilenen küçük ve orta ölçekli şirketler, genellikle sorun hakkında farkındalıktan ve dolayısıyla önleyici düzenlemelerden yoksun bulunmaktadır⁴.

Tüm bu hususların dikkate alınması sonucu İsviçre kanun koyucusu anonim şirketler hukukunun 2020 revizyonunun bir parçası olarak, İsvBK m. 717a'da “*Menfaat çatışması*”nı (Interessenkonflikt) düzenlenmiştir. İsviçre Parlamentosu 19 Haziran 2020 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu’nun (İsvBK) (Schweizerisches Obligationenrecht) revize edilen hükümlerini kabul etmiştir. İsvBK m. 717a revizyonun bir kısım hükümleri ile birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çalışmanın konusunu da İsvBK m. 717a’da düzenlenen menfaat çatışması, menfaat çatışmasının bildirilmesi, bildirim yükümlüsü, bildirimin muhatabı, muhatabın aldığı bilgi üzerine hangi önlemlerin alınabileceği ve alınması gerektiği ve şirketin menfaatlerini korumak için alınması gereken önlemler⁵ oluşturmaktadır. Bu çalışma, Türk Ticaret Hukuku üzerinde büyük etkileri olan İsviçre hukukunda yeni bir düzenleme olan İsvBK m. 717a “*Menfaat çatışması*”nın genel çerçevesini belirlemeyi ve düzenlemenin İsviçre doktrinindeki yansımalarını tespit etmeyi amaçlamaktadır.

I. MENFAAT ÇATIŞMASINA İLİŞKİN İSVİÇRE BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN HUKUKİ DÜZENLEMELER

İsviçre Borçlar Kanunu’nda anonim şirketler revizyonu kapsamında kabul edilen hükümlerin bir kısmının 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce “menfaat çatışması” kavramına rastlanmamaktadır. Her ne kadar açık bir hüküm bulunmasa da, menfaat çatışması kapsamında değerlendirilebilecek bazı düzenlemeler mevcuttur. Menfaat çatışması bağlamındaki düzenlemelerden en önemlisi yönetim kurulu üyeleri ve şirket yönetiminde yer alan kişilerin sadakat

² Staehelin/ Huber (n 1) 10. Modern menfaat çatışması sistemleri ve ilgili düzenlemeler tipik olarak menfaat çatışmalarıyla başa çıkmak için tanımlama, açıklama, yönetim ve kaçınmadan oluşan dört aşamalı bir süreç öngörmektedir. Götz Staehelin/Huber (n 1) 9.

³ Rolf Sethe, ‘Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda’ (2018) 90 (4) SZW 388.

⁴ Sethe (n 3) 388.

⁵ Dieter Gericke and Daniel Böttcher, ‘Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht’ (2021) 93 (1) SZW 339.



yükümlülüğüne ilişkin İsvBK m. 717/1 hükmüdür⁶. Hüküm kapsamında, yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini sadakatle korumakla yükümlüdür. Bu doğrultuda, şirket yönetiminde görev alan kişilerle ilgili menfaat çatışmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, yeni düzenleme öncesinde büyük ölçüde İsvBK m. 717/1. çerçevesinde çözümlenmiştir⁷.

Bu kapsamdaki bir diğer düzenleme ise İsvBK m. 718b'dir. Hükme göre, “Şirket bir sözleşmenin akdi sırasında sözleşmeyi akdettiği kişi tarafından temsil ediliyorsa, sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır. Bu gereklilik, şirketin mal veya hizmetlerinin değerinin 1.000 Frankı aşmadığı günlük işlerle ilgili sözleşmeler için geçerli değildir”. Hüküm çerçevesinde İsviçre anonim şirketler hukukunun kendi kendine işlem yapma (Insichgeschäfte) konusundaki düzenlemesinin yalnızca bir şekil şartı ile sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁸. Bu işlemler uygulamada çoğunlukla tek ortaklı şirketler ile yönetim kurulunun genellikle tek başına imza yetkisine sahip olduğu şirketlerde görülmektedir. Çoğunluk pay sahibinin veya bir grup hâkim pay sahibinin yönetim kurulunu oluşturduğu şirketler de söz konusu işlemlere açıktır⁹.

Kendi kendine işlem yapma iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Kendi adına işlem yapma (Selbstkontrahieren)¹⁰ ve çifte temsil (Doppelvertretung)¹¹. Kendi adına işlem yapma ve çifte temsil İsviçre doktrinde ve içtihatlarında¹² hukuken geçersiz

⁶ Andreas Bohrer, ‘Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern’ (2023) (1) GesKR 7.

⁷ Peter V. Kunz, ‘Interessenkonflikte – aktienrechtliche Lösungen’ (2024) (160) ZBJV 391.

⁸ Peter Böckli, ‘Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR’ (2012) (3) GesKR 354.

⁹ Sethe (n 3) 378.

¹⁰ Şirketler hukukunda kendi kendine işlem yapma (Insichgeschäft) türlerinden biri “kendi adına işlem yapma”dır (Selbstkontrahieren). Bu durumda, bir veya birden fazla ortak, organ üyesi ya da vekil, şirket adına hareket ederek kendisiyle bir sözleşme akdetmektedir. Buradaki temel menfaat çatışması, şirketi temsil eden kişinin yalnızca temsil ettiği şirketin menfaatlerini gözetmekle kalmayıp aynı zamanda sözleşmenin diğer tarafı olarak kendi menfaatlerini de korumak istemesinden kaynaklanmaktadır. Peter Jung, ‘Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst’, in: Kunz/Arter/Jörg (eds), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI (Stämpfli Verlag 2011), 274-275. Benzer şekilde bkz. Böckli (n 8) 355.

¹¹ Doğrudan çifte temsil (unmittelbare Doppelvertretung) halinde, her iki veya (çok taraflı sözleşmelerde) birden fazla sözleşme tarafı aynı hukuki temsilci (dar anlamda çifte temsil) veya organ temsilcisi (çifte organ üyeliği) tarafından temsil edilmektedir. Buradaki temel menfaat çatışması, temsilcinin yalnızca bir sözleşme tarafının menfaatlerini gözetmek zorunda olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum, temsil edilen taraflardan birinin kayırılması riskini doğurmakta ve sözleşme müzakerelerinin dengeli bir şekilde yürütülmesini tehlikeye atmaktadır. Jung (n 10) 275; Aynı hususta bkz. Böckli (n 8) 355.

¹² A. Damian Fischer, ‘Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung Besprechung des Urteils 4A_360/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Dezember 2012’ (2013) (2) GesKR 281.

(ungültigkeit) olarak kabul edilmektedir¹³. Ancak işlemin niteliği gereği, temsil olunan kişinin zarar görme riski (Benachteiligungsgefahr) yoksa, temsil olunan kişi, temsilciyi özel olarak yetkilendirmişse ya da söz konusu işlemi sonradan açıkça onaylamışsa (nachträglich genehmigt)¹⁴ işlem geçerli kabul edilebilmektedir. Zira bu istisnalar dışında, hem temsilcinin temsil ilişkisine dayanan yetkisinin (İsvBK m. 32) hem de tüzel kişi organlarının kanunen tanınan temsil yetkisinin (İsvBK m. 718), temsilcinin kendisiyle işlem yapmasını kapsamadığı genel kabul görmektedir¹⁵.

II. YENİ DÜZENLEMeye İLİŞKİN TARİH SÜREÇ

İsviçre Federal Konseyi 21 Aralık 2007 tarihinde yeni İsvBK m. 717a için ayrıntılı bir metin önermiş¹⁶ ve madde gerekçesinde (Message/Botschaft), menfaat çatışmasının söz konusu olması halinde ilgili üye için geniş kapsamlı bir çekilme yükümlülüğünü savunmuştur. 28 Kasım 2014 tarihli anonim şirketler hukuku revizyonuna ilişkin ön taslak – tıpkı 21 Aralık 2007 tarihli revizyon taslağı gibi – doktrin ve uygulamada geliştirilen menfaat çatışmalarıyla ilgili davranış kurallarını yeni İsvBK m. 717a kapsamında ele almış ve menfaat çatışmalarının açıklanması konusunda sadakat yükümlülüğünü açık bir şekilde somutlaştır-

¹³ Böckli (n.8) 355; İşlemin etkisiz (unwirksam) olacağı hususunda bkz. Sethe (n 3) 378. Söz konusu olan bir konzern ise çifte temsil halinde temsilci tarafından yapılan bir işlem temelde geçerli sayılmaktadır. Federal Mahkeme de konzernlerde çifte temsilin temelde kabul edilebilir olduğunu zira bu durumda önceden sessiz bir onayın var sayılabileceğini ifade etmiştir. Ancak öğretilde, bu istisnanın yalnızca ana şirketin yavru şirketlerin %100 sermayesine sahip olduğu durumlarla sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır. Aksi takdirde, böyle bir işlemin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Zira bu durum, azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet etmektedir. Peter Nobel and Christoph Müller (eds), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli Verlag 2023) 572 N. 81.

¹⁴ Fisher (n 12), 281.

¹⁵ Böckli (n 8) 356; Sethe (n 3) 379. Kendi kendine sözleşme yapmanın esasen caiz olmadığı ancak “işlemin niteliği, temsil edilenin zarar görme riskini ortadan kaldırıyorsa” bunun kabul edilebileceği görüşü için bkz. *Homburger Eric, Zürcher Kommentar zu Art. 707-726, Der Verwaltungsrat* (Schulthess Verlag 1997) Art. 717 N. 909; *Jung* (n 10) 281; Sethe (n 3) 381. Kendi kendine işlemin sözleşme tarafını haksız şekilde kayırıp kayırmadığı ancak sözleşme içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesiyle anlaşılabilir. Öte yandan, belirli bir sözleşme grubunun yalnızca kuruluş biçimi nedeniyle (şirketin yakın veya doğrudan çevresinde yapılmış olması) baştan itibaren hukuka aykırı olduğu şüphesiyle değerlendirilmesi aşırı bir yaklaşımdır. Bu nedenle hukuki geçersizlik varsayımına dayanan sözleşme denetiminden vazgeçilmeli, bunun yerine talep üzerine içerik denetimi yapılmalıdır. Claire Huguenin, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: *Kramer/Nobel/Waldburger* (eds.), *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag* (Schulthess Verlag 2006) 526.

¹⁶ “1. Yönetim kurulu üyeleri ve şirket yöneticileri, menfaat çatışmaları hakkında derhal ve eksiksiz bir şekilde yönetim kurulu başkanını bilgilendirir. Eğer başkanın kendisi bir menfaat çatışması içinde bulunuyorsa, başkan yardımcısına (stellvertretenden Präsidenten) başvurur. 2. Başkan veya başkan yardımcısı, gerekli olduğu takdirde yönetim kurulunu bilgilendirir. 3. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlarını korumak için gerekli önlemleri alır. İlgili önlemlerle ilgili karar alma sürecinde, menfaat çatışması bulunan kişi toplantıya katılamaz.” Bohrer (n 6) 8.



mayı öngörmüştür¹⁷. Söz konusu hedefe rağmen, Ulusal Konsey (Nationalrat), Hukuk Komisyonu'nun önerisiyle ilk etapta maddeyi tamamen kaldırılmış, karara gerekçe olarak; söz konusu hükmün tüm olası menfaat çatışması durumlarını kapsamadığı belirtilmiştir. Ayrıca, organ üyelerinin şirkete karşı bir sadakat yükümlülüğü bulunduğu ve bunun menfaat çatışmalarının yönetimini de içerdiği vurgulanmıştır. Son olarak, İsviçre En İyi Uygulamalar Kodu (Swiss Code of Best Practice) ile menfaat çatışmalarının yönetimi konusunda yeterli bir rehber bulunduğu ifade edilmiştir¹⁸.

Ulusal Konsey'in, Hukuk İşleri Komisyonunun talebi üzerine parlamento görüşmeleri sırasında bu hükmün değiştirmeden kaldırmasının ardından, Federal Konsey, farklılıkların uzlaştırılmasının bir parçası olarak Ulusal Konsey'de kabul edilen 2016 Taslağındaki versiyona geri dönmüştür¹⁹. Federal Konsey 23 Kasım 2016 tarihinde hükmün yasalaşan kısa versiyonunu önermiş ve 19 Haziran 2020 tarihinde yeni hüküm kabul etmiştir²⁰. Federal Konsey'in şirket iç yönergesinde (Organisationsreglement) menfaat çatışmalarına ilişkin hüküm olmasına dair önerisi ise parlamento tarafından red edilmiştir²¹.

İsvBK m. 717a'nın yürürlüğe girmesiyle "Menfaat Çatışmaları" başlığı altında, "1. Yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri²², kendilerini ilgilendiren menfaat

¹⁷ Lukas Handschin (ed), *Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat Mängel in der Organisation Art. 698-726 und 731b OR* (3th edn, Schulthes Verlag 2018) Art. 717 N. 160.

¹⁸ Sethe (n 3) 390.

¹⁹ Gericke/Böttcher (n. 3) 340.

²⁰ Federal Konsey hükmün kısaltmasını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "İyi bir kurumsal yönetim anlayışı doğrultusunda, yeni 717a madde menfaat çatışması ortaya çıktığında ne yapılması gerektiğini belirtmektedir. ... Yönetim kurulu üyeleri ve eğer icra kurulu (Geschäftsleitung) mevcutsa, onun üyeleri de 717a maddesi 1. fıkrası uyarınca menfaat çatışmalarını yönetim kuruluna derhal ve eksiksiz bir şekilde bildirmek zorundadır. Bu bildirim yükümlülüğü açısından, menfaat çatışmasının yalnızca potansiyel olup olmadığı ya da halihazırda çözümsüz bir çekişmenin ortaya çıkıp çıkmadığı önemsizdir. İkinci fıkra gereği, yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri almalıdır. 2007 yılına ve önceden önerilen taslaqlara kıyasla, burada zorunlu bir çekilme yükümlülüğünden vazgeçilmiştir. Çoğu zaman, menfaat çatışmasında bulunan yönetim kurulu ya da icra kurulu üyelerinin bilgisinin, organın karar alma süreci için önemli olduğu görülmektedir. Çekilmenin zorunlu olması, bazı durumlarda yanlış olabilir, zira bu durum, ilgili kişinin genellikle sorumluluktan kurtulmasına neden olabilmektedir. Pratikte, böyle bir durumda genellikle iki aşamalı bir oylama yapılır, önce tüm yönetim kurulu üyeleri/şirket yönetimi arasında, sonra ise menfaat çatışmasında bulunan üyeler olmadan. Karar, her iki aşamada da kabul edilirse geçerli sayılır." Bohrer (n 6) 8.

²¹ Gericke/Böttcher (n. 3) 344; Rolf Watter and Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II* (6th edn. Helbing Lichtenhahn Verlag 2024) Art. 717a N. 2.

²² Türkiye'de "icra kurulu" terimi, genellikle şirketin üst yönetim kadrosunu tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu kapsamda, şirket genel müdürü genellikle icra kurulu başkanı olarak anılmaktadır. Genel müdüre bağlı çalışan genel müdür yardımcıları da icra kurulunun üyeleri sayılmaktadır. Yavuz Akbulak, 'Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Başkanı, İcra Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Ceo vb. Kavramlar Üzerine Bir Değerlendirme' (<https://blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-yonetim-kurulu-baskani-icra-kurulu-baskani-genel-mudur-ceo-vb-kavramlar-uzerine-bir-degerlendirme>)

çatışmaları hakkında yönetim kurulunu derhal ve eksiksiz olarak bilgilendirir. 2. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alır” ifadelerine yer verilmiştir. İlgili düzenleme ile yönetim kurulu ve icra kurulu (Geschäftsleitung) üyeleri açısından, bilgilendirme ve harekete geçme yükümlülüğü (Informations- und Handlungspflicht) şeklinde açık ve somut yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülükler, menfaat çatışmasının vuku bulması halinde yerine getirilmesi gereken sorumluluklar olarak ortaya çıkmaktadır²³.

Taslak metindeki basitleştirilmiş hüküm, doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların temelinde ise hükmün uygunluğu ve hukuki gerekliliği değerlendirilmektedir. Bazı yazarlar, söz konusu düzenlemeyi “budanmış ve anlamını yitirmiş” olarak nitelendirerek eleştirmekte; halka açık anonim şirketlerin büyük ölçüde İsviçre En İyi Uygulamalar Kodu’na²⁴ uyum sağladığına dikkat çekerken, diğer anonim şirketlerin ise yönlendirici bir çerçeveden yoksun bırakıldığı görüşünü ileri sürmektedirler²⁵. Diğer bazı yazarlar ise söz konusu hükmün esasen mevcut uygulamaların kodifikasyonundan ibaret olduğunu, bu nedenle biçimsel nitelikte bir düzenleme taşıdığını ve herhangi bir değişiklik içermediğini ifade etmektedir. Bu görüşe ilave olarak, düzenlemenin hem yönetim kurulu üyeleri hem de yargı mercileri açısından ek bir iş yükü oluşturabileceğine dikkat çekmektedirler²⁶. Ayrıca İsvBK m. 717a’nın İsvBK m. 717’ye karşı

(Erişim Tarihi: 12.6.2025). İcra kurulu üyeleri stratejik açıdan önemli işlemler için genellikle öneriler geliştirmekte, bunları hazırlamakta ve yönetim kurulunun talimatları doğrultusunda yürütmektedir. Ancak nihai olarak işlemin müzakere edilen koşullarla gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine karar vermemektedir. Ayrıca, Murahhas Müdürler genellikle şirkette tam zamanlı çalıştıklarından, başka şirketlerde yöneticilik yapmaları hem fiilen hem de hukuken mümkün değildir. Sınırlı da olsa başka bir şirketin yönetim kurullarında görev almaları ise mümkündür. Rudolf Tschäni and Hans-Jakob Diem, ‘Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen’ in: Rudolf Tschäni(ed), Mergers & Acquisitions XVIII, Schulthess Verlag 2016, 74.

²³ Gericke/Böttcher (n 3) 341.

²⁴ 2023 yılı başında, İsviçre Kurumsal Yönetişim için En İyi Uygulamalar Kodu (Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance) gözden geçirilmiştir. Kod, menfaat çatışmalarıyla başa çıkmak için en iyi uygulama standartları sunmaktadır. Kod, menfaat çatışması ile menfaat çakışmasını açıkça ayırmaktadır. Bir menfaat çakışması (kişisel menfaatlerin veya üçüncü taraf menfaatlerinin şirketin menfaatlerini etkilemesi) söz konusu olduğunda, etkilenen kişi, başkana durumu bildirmek ve tüm ilgili koşulları açıklamak zorundadır, böylece başkan menfaat durumunu değerlendirebilmektedir. Bir menfaat çatışması mevcutsa (karşıt menfaatler söz konusuysa), kurul menfaat çatışmasının yoğunluğuna uygun bir karar almakta, böylece şirketin bağımsız menfaatlerinin korunması sağlanmaktadır. Kurul, çatışmadan etkilenen kişileri dinlemekte, ilgili üyenin çekilmesi gerekip gerekmediği, ilgili üyeyle ya da üyeye rağmen çift oylama yapılmasının yeterli olup olmadığı, üyenin çekilme durumunda yalnızca karar alma aşamasında mı yoksa ayrıca müzakere aşamasında mı çekilmesi gerektiği, bağımsız bir üçüncü şahıs tarafından değerlendirme yapılmasının gerekip gerekmediği gibi önlemler hususunda değerlendirme yapmaktadır. Eğer menfaat çatışması devam ediyor ise yönetim kurulu, ilgili üyenin istifa edip etmeyeceğine veya yeniden seçilip seçilmeyeceğine karar vermektedir. Bohrer (n 6) 11.

²⁵ Handschin (n 17) Art 717 N. 164.

²⁶ Kunz (n 5) 395.



lex specialis olması ve zaman olarak daha sonra yürürlüğe girmesi dolayısıyla hükmün, İsvBK m. 717 hükmünü geçersiz kılıp kılmadığının değerlendirmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁷.

A. Menfaat Çatışması Kavramı ve Kavramın Benzer Kavramlardan Ayrılması

1. Yönetim Kurulunun Bağımsızlığı ve Menfaat Çatışması

Yönetim kurulunda menfaat çatışmasının “*Verwaltungsrat im Interessenkonflikt*” düzenlendiği İsvBK m. 717a hükmünün çerçevesinin çizilebilmesi için öncelikle kavramın diğer bazı kavramlardan farklarının ortaya konulması gerekmektedir. İsviçre hukukunda menfaat çatışması olmayan yönetim kurulu üyesi (konfliktfreie Verwaltungsrat) genellikle hatalı bir şekilde “bağımsız” (unabhängig) olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu bağımsızlık, kurumsal yönetim ilkele-
rindeki “bağımsız yönetim kurulu üyesi”(unabhängiger Verwaltungsrat) ile aynı hususu ifade etmemektedir²⁸. Menfaat çatışması, münferit durumlarda sadakat yükümlülüğünün bir uygulaması iken (İsvBK m. 717/1); bağımsızlığın konusu, halka açık anonim şirkette iç ve dış denetimin sağlanması (internen und externen Kontrolle) ile ilişkilidir²⁹. Esasen, yönetim kurulu üyelerinden hâkimlerde olduğu gibi mutlak bir tarafsızlık beklenmemektedir. Zira yönetim kurulu, doğası gereği belirli ölçüde farklı menfaatlara bağlı bir yapıya sahiptir. Bu bağ, büyük ölçüde yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından seçilmesi ve bu nedenle söz konusu çoğunluğun görüş ve beklentileriyle yönetim kurulu üyelerinin düşüncelerinin örtüşme eğiliminde olmasından kaynaklanmaktadır³⁰. Yönetim kurulu üyeliğine, pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından seçilen hemen her kişi getirilebilmektedir. Bu görev için herhangi bir yeterlilik belgesi veya sertifika şartı aranmamakta olup, üyelerin bağımsızlık durumuna ilişkin harici bir denetim mekanizması da bulunmamaktadır³¹. Ayrıca pay sahiplerinin özellikle hâkim pay sahiplerinin doğrudan yönetim kurulunda yer alması ve kendi ticari menfaatlerini doğrudan savunabilmesi, kapitalist anonim şirket modelinin değişmeyen bir parçasını oluşturmaktadır³². Bazı durumlarda ise kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin belirli menfaat gruplarını temsil edecek şekilde seçil-

²⁷ Kunz’a göre, İsvBK m. 717/1’e dayalı sadakat yükümlülüğü, hâlâ -ve gelecekte de- yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışmalarını çözmede merkezi bir rol oynamaktadır. Kunz (n 5) 392. Dogmatik olarak, İsvBK m. 717a’daki yükümlülükler, İsvBK m. 717/1’de yer alan sadakat yükümlülüğünün, yani “şirketin menfaatlerini sadakatle koruma” yükümlülüğünün bir somutlaştırması olarak sınıflandırılmaktadır. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

²⁸ Böckli (n 8) 360.

²⁹ Sethe (n 3) 378.

³⁰ Böckli (n 8) 360; Sethe (n 3) 377.

³¹ Böckli (n 8) 363.

³² Böckli (n 8) 363; Aynı hususta bkz. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

mesini açıkça öngörmektedir³³. Esasen yönetim kurulunun, kişisel menfaatlardan arınmış, hakimler gibi tarafsız ve önyargısız hareket eden vekiller grubu olarak kurgulanması anonim şirket kavramıyla bağdaşmamaktadır³⁴. Bu çerçevede, yönetim kurulu içerisinde belirli düzeyde bir “menfaat çatışması”nın varlığı, kurulun yapısal özelliklerinden biri olarak değerlendirilebilir. Zira yönetim kurulu bünyesinde farklı bireysel roller üstlenilmekte ve kişisel kaygılardan kaynaklanan çeşitli bakış açıları karar alma süreçlerine yansıyabilmektedir³⁵.

Anonim şirketlerde menfaat çatışmasının hiç ortaya çıkmadığı ya da farklı menfaatlerin yalnızca var olduğu veya korunmasının amaçlandığı durumlar da söz konusudur. Bu tür hallerde menfaatler arasındaki gerilim, tarafsız bir değerlendirmeyi tehlikeye düşürecek düzeyde bir çatışma boyutuna ulaşmamaktadır³⁶. Bu bağlamda, şirket menfaatleri ile kişisel menfaatler veya üçüncü kişi menfaatleri birbirine zıt değilse, bir menfaat çatışması oluşmamaktadır³⁷. Farklı menfaatler bulunsun da bunlar birbirine zıt değilse ve bir çatışmaya yol açmıyorsa, bu durum menfaat çatışması değil, sadece bir “menfaat çakışması/teması” (Interessenberührung) olarak değerlendirilmektedir³⁸. Örneğin, bir kişinin kendi menfaatini veya üçüncü kişinin menfaatini gözetmesi, şirketin menfaatlerine doğrudan zarar vermiyorsa, söz konusu durum menfaat çatışması sayılmamaktadır³⁹. Uygulamada menfaat çakışması/teması, menfaat çatışmalarından çok daha yaygındır. Menfaat çakışmasında, yönetim kurulu üyesinin (veya ona yakın bir kişinin) potansiyel menfaatinin, şirket menfaatlerini doğrudan tehlikeye atacak bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁰. Öte yandan tamamen ideolojik veya önemsiz kişisel finansal menfaatlerin ya da sadece kişinin kendi konumunu koruma isteğinin söz konusu olduğu durumlarda, menfaat çatışmasını gerektirecek bir yoğunluk

³³ Şirkette önemli payı bulunan tüzel kişilere ve ticaret şirketlerinin temsilcilerine (İsvBK m. 707/3), azınlık pay sahiplerinin temsilcilerine (İsvBK m. 709/2), oy hakkında imtiyazlı paylar veya tercihi paylar bulunması durumunda adi pay sahiplerine (stammaktionäre) yönetim kuruluna temsilci gönderme hakkı tanınmıştır (İsvBK m. 709/1). Ayrıca kamu tüzel kişilerinin pay sahibi oldukları anonim şirketlerde kendi menfaatlerini doğrudan temsil etmek üzere yönetim kuruluna üye atanması imkânı bulunmaktadır (İsvBK m. 762). Sethe (n 3) 377.

³⁴ Böckli (n 8) 363; Aynı hususta bkz. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

³⁵ Böckli (n 8) 363; Peter Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess Verlag 2011) 275 vd. N. 104.

³⁶ Tschäni /Diem (n 22) 75; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.

³⁷ Bohrer (n 6) 9.

³⁸ Peter Böckli, *Aktienrecht* (4th edn, Schulthess Verlag 2009) § 9 N 796; Nicolas Facincani and Reto Sutter, ‘*Interessenkonflikte im Verwaltungsrat*’ (2023) (2) TREX 89; Watter/Vogt (n. 21) Art. 717a N. 8.

³⁹ Daniel Daeniker, ‘*Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen*’ in: Tschäni (eds), *Merges & Acquisitions VII* (Schulthess Verlag 2005) 115; Tschäni/Diem (n 22) 76; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.

⁴⁰ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.



bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda, sadece açıklama yükümlülüğü doğuran bir menfaat çatışması söz konusu olup, üyenin yönetim kurulu toplantılarından çekilmesini gerektiren ağır önlemler alınmasına gerek bulunmamaktadır⁴¹. “Menfaat çatışması/teması” olsa bile, her yönetim kurulu üyesinin İsvBK m. 716 anlamında kararın alınmasına katılma konusunda tam yetkisi ve hatta yükümlülüğü mevcuttur⁴². Ancak gerçek bir menfaat çatışması olduğunda ve bu çatışma karar alma sürecinin işlevselliğini tehdit edecek kadar doğrudan ve yoğun olduğunda, duruma müdahale edilmesi gerekmektedir⁴³.

2. Menfaat Çatışması

Menfaat, genellikle bir kişinin belirli bir mal varlığı unsuruna atfettiği değer olarak tanımlanmaktadır. Kişi, bu kapsamda ya kendi menfaatlerini ya da üçüncü kişilere ait menfaatleri gözetebilir⁴⁴. Kendi menfaatlerinin gözetilmesi ekonomik yaşamda her zaman var olan doğal bir durum olarak kabul edilirken, üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmesi ise genellikle kişinin bir üçüncü şahısla ya da kendisinin organ sıfatıyla görev yaptığı bir şirketle arasında hukuki bir yükümlülük ilişkisinin bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır⁴⁵.

Menfaat çatışması, bir kişinin aynı anda gözetmekle yükümlü olduğu iki menfaat arasında uzlaştırılamaz bir çıkar çatışması bulunduğunda söz konusu olmaktadır. Ancak menfaatlerin çatışması/teması, tek başına bir menfaat çatışması teşkil etmemektedir. Bir kişinin, üçüncü kişiler adına görevlerini ifa ederken kişisel menfaatlere sahip olması mümkündür ve bu durum, görevlerini gereken özenle yerine getirmesiyle her zaman çelişmek zorunda değildir⁴⁶. Bu çerçevede Kanun koyucu 2007 ile 2016 yıllarındaki taslak gerekçelerinde ve İsvBK m. 717a gerekçesinde anonim şirketler hukukunda menfaat çatışmasının tanımını yapmamış ancak hangi durumların menfaat çatışması oluşturabileceğine dair bazı ipuçları sunmuştur. Menfaat çatışmasını tanımlamaya yönelik yaklaşımlara ise doktrinde rastlanmaktadır. Buna göre; “Hukuki bir işlemde, hareket eden taraf başka bir tarafın menfaatlerini korumakla yükümlüyse ve diğer tarafın menfaatleri ile kendi menfaatleri çatışıyorsa menfaat çatışması söz konusudur”⁴⁷.

Yönetim kurulu görevi gereği kendisine ait olmayan bir menfaati korumakla yükümlüdür; bu da anonim şirketin menfaatidir⁴⁸. Esasen, “şirket menfaati” kavra-

⁴¹ Tschäni/Diem (n 22) 81; Bohrer (n 6) 10.

⁴² Bohrer (n 6) 10; Böckli (n 8) 363.

⁴³ Böckli (n 8) 363.

⁴⁴ Claude Lambert, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Stämpfli & Cie AG 1992, 25.

⁴⁵ Daeniker (n 39) 115.

⁴⁶ Daeniker (n 39) 115.

⁴⁷ Böckli (n 38) § 13 N. 636.

⁴⁸ Bohrer (n 6) 9.

minı genel geçer bir şekilde tanımlamak da mümkün değildir. Bir anonim şirketin şirket menfaatinin tam olarak ne olduğu, şirketin büyüklüğü, pay sahibi yapısı, faaliyet gösterdiği sektör, piyasa gücü gibi unsurlar dikkate alınarak her şirket için ayrı ayrı belirlenmelidir⁴⁹. Doktrinde uzun süre, bu kavramın pay sahiplerinin menfaatlerini mi (Shareholder-Value yaklaşımı) yoksa çalışanlar, iş ortakları ve müşteriler gibi diğer önemli paydaşların menfaatlerini mi (Stakeholder-Value yaklaşımı) ifade ettiği konusunda görüş birliği sağlanamamıştır. Ancak, günümüzde bu tartışma Stakeholder-Value yaklaşımı lehine çözülmüş görünmektedir. En son gelişmeler ışığında İsvBK m. 717/1 anlamında şirket menfaatinin “geniş paydaş topluluğunun” menfaatlerini ifade ettiği kabul edilmektedir⁵⁰.

İsvBK m. 717/1 bağlamında yönetim kurulu, şirketin menfaatini sadakatle (in guten Treuen) korumakla yükümlüdür. Ayrıca hüküm, yönetim kurulunun kendi menfaatlerini şirketin menfaatlerinin önüne koymasını yasaklamaktadır. Zira yönetim kurulunun lehine ve şirketin aleyhine sonuç doğurabilecek bir işlem söz konusu olduğunda, bir menfaat çatışması ortaya çıkmaktadır⁵¹. Sonuç olarak inceleme konumuz anlamında menfaat çatışması⁵², şirketin menfaatlerinin kişinin kendi menfaatleri veya üçüncü şahısların menfaatleri ile çatışması ve bu çatışmanın belirli bir yoğunluğa ulaşması durumunda ortaya çıkmaktadır⁵³. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin, kendi menfaatleri veya temsil ettikleri üçüncü kişilerin menfaatleri doğrultusunda şirket menfaatleriyle doğrudan çatışma içerisine girmeleri ve bu durumun sonucunda şirkete zarar verip kendilerine veya üçüncü şahıslara avantaj sağlamaları halinde menfaat çatışmasından söz edilmektedir⁵⁴.

B. Menfaat Çatışmasının Derhal ve Eksiksiz Bildirilmesi

İsvBK m. 717a/1 göre; yönetim kurulu ve icra kurulu üyelerinin kendilerini ilgilendiren “menfaat çatışmaları” hakkında “derhal ve eksiksiz” bilgi vermeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, hükmün uygulanması açısından bazı hususların açıklığı kavuşturulması gerekmektedir.

1. Menfaat Çatışmasının Varlığı

Bir menfaat çatışmasının ne zaman var olduğu doktrinde kapsamlı bir şekilde tartışılmış ve tartışılmaya devam etmektedir. Menfaat çatışması zarar verme

⁴⁹ Facincani/Sutter (n 38) 88; Aynı hususta bkz. Watter/Vogt (n 21) Art. 717 N. 16.

⁵⁰ Facincani/Sutter (n 38) 88.

⁵¹ Daeniker (n 39) 116.

⁵² Uygulamada menfaat çatışmasının bazen soruşturma sırasında “tesadüfen” keşfedildiği ve daha sonra merkezi bir konu haline geldiği tespit edilmiştir. İlgililerin menfaat çatışmasını fark edip etmeyecekleri, rapor edip etmeyecekleri ve nihayetinde önleyip önlemeyecekleri ve bir şüphe ortaya çıktığında nasıl ele alınacakları büyük ölçüde şirket yönetiminin “menfaat çatışmaları” konusunu tutarlı bir şekilde ele alıp almadığına bağlıdır. Götz/Huber (n 1) 10.

⁵³ Daeniker (n 39) 115; Götz/Huber (n 1) 8; Tschäni/Diem (n 22) 75.

⁵⁴ Daeniker (n 39) 115-116.



potansiyeline bağlı olarak çeşitli türlere ayrılmaktadır. İlk olarak, menfaat çatışmalarının tetikleyicisi açısından, durumsal menfaat çatışması ve kalıcı menfaat çatışması şeklinde bir ayrım söz konusudur⁵⁵. İkinci olarak, menfaat çatışmaları yoğunluklarına göre sınıflandırılabilir⁵⁶. Son olarak, menfaat çatışmalarının olgunluk aşamasına (potansiyel, gizli⁵⁷, akut) göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Akut bir menfaat çatışmasının İsvBK m. 717a kapsamında bildirilmesi gerektiği tartışmasızdır. Gizli veya potansiyel menfaat çatışmalarında ise bildirimin gerekli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada potansiyel bir menfaat çatışması henüz gerçekleşmediği ve sadece “olası” olduğundan kanun koyucunun her türlü potansiyel menfaat çatışmasını bildirim yükümlülüğüne tabi tutmak istemiş olmasının aşırıya gitmek olacağının dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yerine, potansiyel bir menfaat çatışmasının gerçekleşme olasılığı değerlendirilmelidir. Potansiyel bir menfaat çatışması somutlaştığı anda, İsvBK m. 717a uyarınca bildirim yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁸.

Menfaat çatışmasının en yoğun hali, menfaatlerin tamamen zıt olduğu, karşıt kişisel/üçüncü kişi menfaatlerin/nin baskı oluşturduğu ve söz konusu kişinin bu menfaatleri sadece ekonomik nedenlerle değil, aynı zamanda hukuki yükümlülüklerden dolayı savunmak zorunda olduğu durumlarda görülmektedir⁵⁹. Bu bağlamda, kişisel menfaatler taraf menfaatleri olarak değerlendirilirken; başkalarının menfaatlerinin korunması amacıyla devredilen menfaatler ise danışmanlık, yönetim kurulu üyeliği veya başka bir şirkette çalışan olarak yürütülen faaliyetleri kapsamaktadır⁶⁰. Bir yönetim kurulu üyesinin, “iki efendiye hizmet

⁵⁵ Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 2020) § 18 N. 1317; *Sethe* (n 3) 376. İlk çatışma belirli kararlar alırken ortaya çıkan ve durumsal menfaat çatışmalarıdır; ikincisi ise kalıcı ve sürekli olan çatışmalardır. Durumsal menfaat çatışması, sadece belirli durumlarda yönetim kurulunu etkilemektedir. Yönetim kurulu üyelerinin içinde bulunduğu ilişki ağı nedeniyle bu tür çatışmalar pratikte sıkça ve farklı şekillerde meydana gelmektedir. Buna karşılık kalıcı menfaat çatışmaları, bir kişinin görevlerinden veya fonksiyonlarından kaynaklanmaktadır. Bu çatışmalar, yönetim kurulunu ve organ faaliyetlerini genel olarak etkilemektedir. Handschin (n 17) Art. 717 N. 129.

⁵⁶ Böckli (n 38) § 13 N. 636.

⁵⁷ Gizli bir menfaat çatışması durumunda bile ilgili yönetim kurulu üyesi şeffaflık sağlamak amacıyla en azından yönetim kurulu başkanını konu hakkında bilgilendirmelidir. Buna karşın, anonim şirketler hukuku, yönetim kurulu üyeleri için genel bir çekilme yükümlülüğü öngörmemektedir. Diğer bir ifadeyle kişisel menfaatler söz konusu olduğunda yönetim kurulu üyelerinin toplantılardan çekilmesi zorunlu değildir. Örneğin, bir üye yönetim kurulu başkanının seçimi veya komitelerin oluşturulması sırasında kendisi için oy kullanabilir. Şirketin genel menfaatleriyle uyumlu olduğu sürece, bir üye kendi menfaatlerini veya temsil ettiği pay sahiplerinin menfaatlerini ilgilendiren diğer konulara da katılım sağlayabilir. Ancak, kişisel menfaatlerin şirketin menfaatleriyle örtüşmesi durumu, oy kullanma hakkının askıya alınması için yeterli bir sebep teşkil etmemektedir. Forstmoser (n 35) 275 N. 104.

⁵⁸ Facincani/Sutter (n 38) 89.

⁵⁹ Tschäni/Diem (n 22) 81; Bohrer (n 6) 10.

⁶⁰ Rolf Watter, “Interessenkonflikte im neun Aktienrecht” (2022) (2) GesKR 251.

eden” (Diener zweier Herren) durumuna düşmesine neden olan ve hangi çıkarın öncelikli olması gerektiğine karar vermesi gereken çatışma; hukuki yükümlülükler, şirketin menfaatlerine karşı üçüncü kişilerin ekonomik çıkarları ya da üyenin ahlaki sorumluluklarından kaynaklanabilmektedir⁶¹. Bu noktada menfaat çatışması, tarafsız bir yargıya varmayı tehdit eden bir durum olarak kabul edilmektedir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin sözleşmede taraf olması veya sözleşme tarafının yönetim kurulu üyesi tarafından kontrol edilen bir şirket olması veya yönetim kurulu üyesini etkileyen yönetim kurulu kararı alınması (yönetim kurulunun üyenin sorumluluğuna yol açacak iç soruşturma kararı alması) menfaat çatışmalarına sebebiyet vermektedir⁶².

Hangi menfaat çatışmalarının bilgilendirme yükümlülüğü getireceği konusunda, 2016 yılında yayımlanan gerekçede, bilgilendirme yükümlülüğünün doğması için potansiyel bir menfaat çatışması ile çözülemeyen bir çatışma arasında fark gözetilmediği belirtilmiştir⁶³. İsvBK m. 717a’nın menfaat çatışması yaşayan kişiye ağır yükümlülükler getirmediği göz önünde bulundurulduğunda, çıkar çatışmasının tespiti için yüksek standartların benimsenmemesi gerekmektedir. Menfaat çatışmasının varlığından şüphe edilmesi durumunda, İsvBK m. 717a/1’in uygulanması gerekir⁶⁴. Bu görüşe temel olarak katılmak mümkündür; zira bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca yoğun menfaat çatışmalarında değil, potansiyel olarak karar üzerinde etkili olabilecek menfaat çatışması/temasında da doğmaktadır. Ancak menfaat çatışması potansiyelinin somut, mevcut ya da yakın gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan bir durumda açık şekilde ortaya çıkması gerekmekte olup, aksi takdirde İsvBK m. 717a devreye girmemektedir⁶⁵.

2. Derhal ve Eksiksiz Bildirme

İsvBK m. 717a/1 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin ve şirket yönetiminde yer alan üyelerin kendilerini ilgilendiren menfaat çatışmaları hakkında “derhal ve eksiksiz” bilgi vermelerini gerektirmektedir. Bilgilendirmenin “derhal yapılması” esasen bir belirsizliği de içermektedir. Bu sebeple doktrinde bilgilendirmenin derhal yapılması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bilgilendirmenin “derhal” yapılmasına ilişkin olarak, yönetim veya icra kurulunda⁶⁶ yer alan üye, karar alma sürecinin işlev-

⁶¹ Watter (n 60) 251.

⁶² Watter (n 60) 251.

⁶³ Gericke/Bötticher (n 3) 342. Gerçek veya potansiyel bir menfaat çatışması mevcut olduğunda çatışmanın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum, yönetim kurulu üyeleri arasında gerekli güven ilişkisini sağlamak için şeffaflık oluşturduğu ve bir kurul içinde verimli iş birliği açısından merkezi bir rol oynamaktadır. Watter/Vogt (n 17) Art. 717a N. 11.

⁶⁴ Kunz (n 7) 408; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N.10; Watter (n 60) 252.

⁶⁵ Gericke/Bötticher (n 3) 342.

⁶⁶ Şirket icra kurulu üyelerinin bilgilendirme yükümlülüğü, üyenin görevini ifa etmesini engelleyebilecek nitelikteki durumlar (örneğin, şirketin bir rakibinde önemli hisse payına sahip olunması) ile yönetim



selliliği açısından önemli bir menfaat çatışması içinde olma riski somut olarak ortaya çıkar çıkmaz durumunu açıklamalıdır. Diğer bir ifade ile zamanlama açısından bilgilendirme “gecikmeksizin” yapılmalıdır, bu da ilgili üyenin çatışmayı tespit eder etmez bilgilendirme yapması gerektiği anlamına gelmektedir⁶⁷. Somut olarak, kurul üyesi olası bir menfaat çatışmasına dair işaretler ortaya çıktığında önce kendi araştırmalarını yapacak ve ardından yönetim kurulu bir bütün olarak devreye girmeden önce durumu yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu sekreteri ile görüşecektir⁶⁸. Bir başka görüşe göre ise ilgili üye menfaat çatışmasını fark ettiği anda “derhal” bilgilendirme yapılmalıdır⁶⁹. Bu görüşte olanlara göre, bir menfaat çatışmasının yaklaşan bir karar sürecinde somutlaştığı durumlarda, bilgilendirmenin çatışmaya ilişkin tartışma veya karar alma aşamasına gelinmeden (bu halde çatışma ilave bir zarara yol açmadığından) önceki süreçte yapılması yeterlidir⁷⁰. “Derhal” ifadesinin somut anlamı, menfaat çatışmasına yol açan durumun ortaya çıkmasından itibaren geçen süreye değil, bilginin, menfaat çatışmasının şirketin karar alma süreci üzerindeki olumsuz etkisinin incelenmesi ve gerekli önlemlerin alınabilmesi için zamanında verilmesine bağlıdır⁷¹.

Bilginin “eksiksiz” olması menfaat çatışmasıyla ilgilidir. Bilgilendirme neticesi yönetim kurulu, menfaat çatışmasına yol açan koşulları ve bunun karar alma sürecini ve dolayısıyla İsvBK m. 717a/2 uyarınca alınması gereken önlemleri nasıl etkilediğini anlayabilmelidir⁷². Bu çerçevede, menfaat çatışmasından etkilenen üyenin, çatışmanın niteliğini ve yoğunluğunu değerlendirebilmesi ve bu doğrultuda alınacak önlemlerin uygun şekilde tasarlanabilmesi amacıyla, duruma ilişkin tüm ilgili unsurlarıyla birlikte vakaya dair olguları açıklaması halinde, bilgilendirme yükümlülüğü eksiksiz olarak yerine getirilmiş sayılır⁷³. Belirli durumlarda, menfaat çatışması yaşayan bir üyenin sır saklama yükümlülüğü, ilgili tüm bilgilerin eksiksiz biçimde açıklanmasını engelleyebilir. Bu gibi hallerde, genel ilke olarak sır saklama yükümlülüğü öncelikli kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, menfaat çatışması bulunan üyenin, bilgilendirme yükümlülüğünü

kurulunun yetki alanına giren hususlara ilişkin bilgileri kapsamaktadır. Örneğin, bir genel müdürün yeğeniyle yaptığı bir hizmet sözleşmesini kendisi imzalamak yerine bir meslektaşından durumu değerlendirmesini istemesi durumunda, yönetim kurulunu bilgilendirmeye gerek yoktur. Ancak, şirketin iç düzenlemelerinde bu gibi durumlarda genel müdürün yönetim kurulunu bilgilendirmesi gerekebileceği belirtilebilir. Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 17.

⁶⁷ Böckli (n 8) 366.

⁶⁸ Böckli (n 8) 366.

⁶⁹ Gericke/Böttcher (n 3) 343.

⁷⁰ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 14.

⁷¹ Gericke/Böttcher (n 3) 343.

⁷² Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 16.

⁷³ Böckli (n 8) 366; Gericke/Böttcher (n 3) 343; Facincani/Sutter (n 38) 89.

yerine getirirken gizlilik yükümlülükleri nedeniyle tüm ayrıntıları açıklayamamaya-
yacağını açık ve net bir biçimde ifade etmesi gerekmektedir⁷⁴.

3. Bilgilendirmenin Şekli ve Muhatabı

Kanunda menfaat çatışmasına ilişkin bilgilerin nasıl verilmesi gerektiğini belirtmemektedir. Bu nedenle, yönetim kurulu toplantısında veya toplantı dışında, yazılı veya sözlü olarak bilgilendirme yapılması mümkündür. İspat açısından bilgilendirmenin yönetim kurulu toplantı tutanağına kayıt veya mektup aracılığıyla (özellikle e-posta yoluyla) yapılması daha uygundur⁷⁵.

Bilgilendirme doğrudan yönetim kuruluna yapılmalıdır. Ancak uygulamada iç yönergelerde bu bilgilendirmenin öncelikle yönetim kurulu başkanına yapılacağı öngörülmektedir. Başkanın yönetim kurulu üyelerini durumun özelliğine göre ya toplantı öncesinde ya da toplantı sırasında ilgili gündem maddesi görüşülürken bilgilendirmesi gerekmektedir⁷⁶.

Çıkar çatışması bizzat başkanı ilgilendiriyorsa, iç yönergelerde genellikle bu bilginin başkan yardımcısına (Vizepräsident) iletileceği ve başkan yardımcısının da diğer kurul üyelerini bilgilendireceği düzenlenmektedir. Bu tür bir düzenleme bulunmuyorsa, çıkar çatışması yaşayan üye, yönetim kurulundaki tüm üyeleri doğrudan bilgilendirmekle yükümlüdür⁷⁷.

III. MENFAAT ÇATIŞMASI HALİNDE YÖNETİM KURULUNCA ALINACAK TEDBİRLER

A. Menfaat Çatışmaları ve Önlemlere İlişkin Karar

İsvBK m. 717a/2'ye göre, yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirleri almalıdır. Kural olarak, her menfaat çatışmasının niteliğini ve özellikle de yoğunluğunu dikkate alarak değerlendirmek ve uygun tedbirlere karar vermek yönetim kurulunun görevidir⁷⁸. Ancak bu konudaki karar alma yetkisi yönetim kurulu başkanına veya bir komiteye devredilebilmektedir⁷⁹.

⁷⁴ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 16.

⁷⁵ Gericke/Böttcher (n 3) 342 vd. Bilgilendirmenin sözlü yapılabileceği hususunda bkz. Facincani/Sutter (n 38) 89.

⁷⁶ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 15. Önerilen uygulama, ilgili yönetim kurulu veya icra kurulu üyesinin, genellikle yönetim kurulu toplantılarını çağıran ve yöneten yönetim kurulu başkanını menfaat çatışması hakkında bilgilendirmesidir. Yönetim kurulu başkanı da genellikle tüm yönetim kurulunu bilgilendirir. Ancak, açıkça bir menfaat çatışması söz konusu değilse veya şirketin menfaatleri derhal önlem alınmasını gerektiriyorsa (örneğin, ilgili yönetim kurulu üyesinin toplantıya davet edilmemesi gibi), bu bilgilendirme yapılmayabilir. Gericke/Böttcher (n 3) 342.

⁷⁷ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 15. Bilgilendirme yönetim kuruluna hitaben yapılmalı, kural olarak yönetim kurulu başkanı bilgilendirilmeli ve o da tüm yönetim kurulu üyelerini bilgilendirmelidir. Facincani/Sutter (n 34) 89.

⁷⁸ Gericke/Böttcher (n 3) 343; Handschin (n 17) Art. 717 N. 139; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.

⁷⁹ Facincani/Sutter (n. 38) 89; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19. Menfaat çatışması olan üyenin (veya karara katılan herhangi bir üyenin) kararı yönetim kuruluna taşıyabilmesinin mümkün olması gerektiği hususunda bkz. Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.



Menfaat çatışması halinde teknik açıdan, menfaat çatışmasının varlığının değerlendirilmesine ilişkin karar (Feststellungsbeschluss) ve alınması gereken somut önlemler hakkında karar (Massnahmenbeschluss) olmak üzere iki farklı karar⁸⁰ bulunmaktadır⁸¹. İlgili üyenin bu kararlarda yer alıp alamayacağı açık değildir. Toplantıda ilgili üyenin görüşünün alınması gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamakla birlikte⁸², müzakere ve karar alma sürecinde üyenin tamamen çekilmesi (Ausstand) önerilmektedir⁸³. Ancak sıkça uygulanan üyenin yönetim kurulu toplantısından çekilmesi yöntemi çoğu zaman şirketin menfaatlerini korumada yetersiz kalmaktadır. Zira bu durumda, kararlar eksik bilgiye dayalı olarak verilebilmekte ve ilgili üye haksız yere sorumluluktan muaf olabilmektedir⁸⁴. Esasen, yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışmalarına ilişkin genel bir çekilme yükümlülüğünün bulunmamaktadır⁸⁵. Bu nedenle doktrinde, üyelerin kişisel menfaatleri şirket menfaatleriyle kısmen ya da tamamen çatışsa bile, karar alma süreçlerine katılmalarının mümkün olabileceği görüşü savunulmaktadır (İsvBK m. 713)⁸⁶. Sadece kişisel menfaatin olması, üyenin kurulda oy kullanma hakkının ortadan kalması için yeterli olmayıp, menfaat çatışmasının yoğun da olması gerekmektedir. Yoğun menfaat çatışması ile özellikle “insichgeschäft” olarak adlandırılan işlemlerde karşılaşmaktadır⁸⁷.

B. Olası Tedbirler

Alınacak tedbirler konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. İsvBK m. 717a ile özellikle konzern ilişkileri göz önünde bulundurularak, alınacak tedbirler konusunda yönetim kuruluna mümkün olduğunca takdir yetkisi tanınması hedeflenmiştir⁸⁸.

Alınacak tedbirlerin, menfaat çatışmasının yoğunluğuyla orantılı olması gerekmektedir. Bu koşul, tedbirlerin şirketin menfaatlerini koruyacak nitelikte olmasının yanı sıra, menfaat çatışmasını gidermek için gerekli ve ölçülü olmalarını

⁸⁰ Yönetim kurulunun, bir menfaat çatışmasının olup olmadığına ve hangi önlemlerin alınması gerektiğine dair kararı iptal edilemez ve kararda sakatlık (Mängel) bulursa dahi kural olarak karar batıl sayılmamaktadır. Bunun nedeni, menfaat çatışmasının varlığına ve alınacak önlemlere ilişkin kararın takdir yetkisine dayalı bir karar olmasıdır. Buna bağlı olarak, menfaat çatışması nedeniyle ilgili üyenin çekildiği veya toplantıya katılmasının engellendiği durumlarda alınan kararlar da kural olarak geçerlidir. Ancak, özellikle ilgili üyenin kötü niyetle yönetim kurulu toplantılarına davet edilmemesi gibi ağır hukuka aykırılıklar buna istisna teşkil etmektedir. Tschäni/Diem (n 22) 87 vd.

⁸¹ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 20.

⁸² Böckli (n 8) 366; Tschäni/Diem (n 22) 87, 90.

⁸³ Böckli (n 38) § 13 N. 644; Handschin (n 17) Art. 717 N. 141; Tschäni/Diem (n 22) 90.

⁸⁴ Tschäni/Diem (n 22) 90; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.

⁸⁵ von der Crone (n 55) § 18 N. 1512.

⁸⁶ Handschin (n 17) Art. 717 N. 144.

⁸⁷ Handschin (n 17) Art. 717 N. 144.

⁸⁸ Nobel/Müller (n 13) 571 N. 78; Facincani/Sutter (n 38) 89.

ifade etmektedir⁸⁹. Parlamento görüşmeleri sırasında İsvBK m. 717a hükmüne ilişkin mevcut doktrinin halihazırda alınabilecek birçok olası tedbir geliştirdiği ifade edilmiştir. Hükme ilişkin tasarlarda yalnızca çekilme (Ausstand) tedbirine yer verilmiş olmakla birlikte, doktrinde önerilen diğer önlemler şu şekilde sıralanabilir⁹⁰.

— Menfaat çatışmasına ilişkin bilgilendirme ve tartışmadan sonra ek tedbir alınmasından feragat edilmesi: Eğer yalnızca bir menfaat ilişkisi söz konusuysa ve güçlü bir menfaat çatışması bulunmuyorsa, ek tedbir alınması gerekmemektedir⁹¹.

— Piyasa araştırması (Markttest): İşlemin emsallere uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde şirket zarara uğramayacaktır. Ancak bu tedbirin uygulanması için işlemin yapıldığı bir pazarın olması gerekmektedir. Aynı zamanda, işlemin diğer koşullarının da piyasa koşullarına uygun olup olmadığı incelenmelidir. Zira fiyatın ve diğer şartların piyasa koşullarına uygun olması, şirketin zarar görmeyeceği anlamına gelmemektedir⁹². Piyasa fiyatının mevcut olmadığı hallerde uygulamada genellikle bağımsız değerlendirme görüşü (fairness opinion) alınmaktadır⁹³.

— Bağımsız değerlendirme görüşü (fairness Opinion) veya uzman görüşü (Expertengutachten) ya da bağımsız tavsiye: Bu tür tedbirler, kritik bir işlemin piyasa veya üçüncü taraf koşullarına uygun olup olmadığını ya da işlemin tarafsız bir perspektiften değerlendirilmesini sağlanmaya yardımcı olmaktadır⁹⁴.

— Çekilme (Ausstand): Çekilme yöntemi, bir organ içindeki menfaat çatışmalarını önlemede, ancak tarafsızlığın yalnızca bazı üyelerle sınırlı olduğu durumlarda etkili bir araçtır. Eğer yapısal (örneğin, devralma) ya da kişisel nedenlerle (örneğin, bir aile anonim şirketinde tarafsızlık sorunu) çatışmadan kurulum tüm üyeleri etkileniyorsa, tek çözüm üst organın işleme onay vermesidir. Böyle bir durumda, yönetim kurulu bir bütün olarak çekilmiş sayılmaktadır⁹⁵. Menfaat çatışmasına dahil olan organ üyesinin ne zaman ve hangi koşullarda çekilmesi

⁸⁹ Gericke/Böttcher (n 3) 344.

⁹⁰ Gericke/Böttcher (n 3) 344.

⁹¹ Facincani/Sutter (n 38) 90; Huguenin (n 15) 525; Sethe (n 3) 386; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

⁹² Sethe (n 3) 382. Aynı konuda bkz. von der Crone (n 55) § 18 N. 1514; Huguenin (n 15) 525; Facincani/Sutter (n 38) 90.

⁹³ Sethe (n 3) 383; von der Crone (n 55) § 18 N. 1514.

⁹⁴ Bohrer (n 6) 11; Facincani/Sutter (n 38) 90; Huguenin (n 15) 525; Sethe (n 3) 386; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

⁹⁵ Sethe (n 3) 385. Menfaat çatışmasından etkilenen organ üyesinin ne zaman ve hangi koşullarda çekilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş, yönetim kurulunun kolektif bir organ olma özelliğine dayanarak, yönetim kurulunda çekilmeyi çatışmayı önlemede uygun bir araç olarak görmemektedir. Çekilme zorunluluğu, ana hissedar temsilcilerinin oy kullanamamasına ve yönetim kurulundaki azınlığın tek başına karar vermesine yol açabilir. Hâkim olan karşıt görüş, çekimser kalma yükümlülüğünü menfaat çatışmalarını yönetmek için uygun bir araç olarak görmektedir. Hepsi yerine bkz. Sethe (n 3) 385 dnp. 66.



gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş, yönetim kurulunun kolektif bir organ olması nedeniyle çekilmeyi uygun bir çatışma önleme yöntemi olarak kabul etmemektedir⁹⁶. Bu görüşe göre, çekimser kalma yükümlülüğü, çoğunluk pay sahiplerinin temsilcilerinin oy kullanamamasına ve böylece yönetim kurulundaki azınlığın tek başına karar vermesine yol açabilmektedir. Buna karşılık, hâkim görüş, menfaat çatışmalarının yönetilmesi açısından çekilme yükümlülüğünü uygun bir yöntem olarak görmektedir⁹⁷. Genel olarak, menfaat çatışmasına dahil olan kişinin, çatışmanın önemine ilişkin müzakerelere, esas konunun tartışılmasına ve karar alınmasına katılması uygun görülmemektedir. Ancak, bazı durumlarda, ilgili kişinin belirli bilgilere sahip olması ve bu bilgilerin karar alma süreci açısından önemli olması durumunda, tartışmaların başlangıcında ilgilinin de sürece dahil edilmesi mantıklı olabilmektedir⁹⁸. Federal Mahkeme (Bundesgericht), belirli bir işlemin şirkete zarar verdiğini bildiği halde çekilen üyesinin görevini ihlal ettiğini tespit etmiştir⁹⁹. Bununla birlikte, yönetim kurulunun sadece menfaat çatışması bulunan üyenin sahip olduğu bilgilere dayanarak karar almak zorunda kalması hali, uzman görüşü alınmasını gerektiren bir neden olarak görülmelidir¹⁰⁰. Azınlıkta kalan görüşe göre ise bazı organ üyelerinin çekimser kalması nedeniyle tesadüfi çoğunluğun (Zufallsmehrheiten) ortaya çıkması sorununu çözmek için çift oylama yapılması önerisini gündeme getirmektedir. Oylama biri çekilen üye dahil edilerek, diğeri ise ilgili üye dahil edilmeksizin gerçekleştirilir. Ancak her iki oylamada da çoğunluk sağlanırsa karar geçerli kabul edilmektedir¹⁰¹. Daha ileri bir tedbir olarak, menfaat çatışmasından etkilenen üyenin yalnızca tartışmaya katılmasına, ancak oylamaya katılmamasına izin verilebilmektedir (Kademeli çekilme). Bu durumda diğer üyeler, çatışmanın farkında olarak üyenin görüşlerini değerlendirebilmektedir¹⁰².

— Üst organ veya komite tarafından onay: Birden fazla üyenin menfaat çatışmasına dahil olduğu durumlarda menfaat çatışması bulunmayan üyelerden oluşan özel bir komitenin oluşturulması önerilmektedir¹⁰³. Bu çerçevede, yönetim kurulu düzeyinde, genel yönetim kuruluna (Gesamtverwaltungsrat) ait olan devredile-

⁹⁶ von der Crone (n 55) § 18 N. 1512.

⁹⁷ Hepsi yerine bkz. Sethe (n 3) 385 dpn. 66.

⁹⁸ Sethe (n 3) 385.

⁹⁹ BGer 4A_462/2009, E. 6.3 Swisslex (Erişim Tarihi:12.03.2025).

¹⁰⁰ Sethe (n 3) 385.

¹⁰¹ Sethe (n 3) 385. Aynı hususta bkz. Bohrer (n 6) 11; Gericke/ Böttcher (n 3) 345; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22. Gericke/ Böttcher'e göre, bu süreci tersine işletmek daha iyi bir yöntemdir: Öncelikle, menfaat çatışması içinde olmayan yönetim kurulu üyeleri tarafından teklif onaylanır ve ancak bu aşamadan sonra genel yönetim kurulu düzeyinde oylamaya sunulur. Bu durumda, menfaat çatışması yaşayan üyelerin oyları yalnızca danışma niteliğinde (konsultatif) sayılır ve eğer belirleyici bir öneme sahipse dikkate alınır. Gericke/Böttcher (n. 3) 345; Facincani/Sutter (n 38) 90.

¹⁰² Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

¹⁰³ Böckli (n 8) 368; von der Crone (n 55) § 18 N. 1515; Facincani/Sutter (n 38) 90; Sethe (n 3) 386.

mez görevler korunarak, komitelere belirli karar yetkileri devredilebilir. Benzer bir işlevi, üst organ olarak genel kurul da yerine getirebilmektedir¹⁰⁴.

— Bilgiden mahrum bırakma (*Ausschluss von allen Informationen*): Bir yönetim kurulu üyesinin, kurulun irade oluşumunun tüm aşamalarından—sadece oylamalardan değil, aynı zamanda tartışmalardan da—dışlanması ve bilgiye erişiminin tamamen engellenmesi, ağır bir tedbir olarak değerlendirilmekte olup, yalnızca ilgili üyenin doğrudan karşıt ve son derece yoğun bir menfaat çatışması içerisinde bulunduğu durumlarda uygulanmalıdır¹⁰⁵. Yönetim kurulu üyesinin, şirketin işlem yapmayı planladığı başka bir şirkette de yönetim kurulu üyesi olarak görev alması halinde söz konusu tedbire başvurulmaktadır¹⁰⁶. Bu hususta en son tedbir ise menfaat çatışması olan üyenin kurul toplantısına davet edilmemesidir¹⁰⁷.

— İstifaya davet (*Aufforderung zum Rücktritt*): 2016 tarihli hükümet tasarısında, bir üyenin görevinden istifa etmesi gereken durumlara örnek olarak “kalıcı menfaat çatışması” (dauerhaften Interessenkonflikt) gösterilmiştir¹⁰⁸. Söz konusu halde açıkça hukuka aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesinin görevden alınması için genel kurula başvuruda bulunmaktadır¹⁰⁹.

— Temsilci atanması (*Prozessvertreter oder Sachwalters*): Temsilci atanmasına, dava açmanın mümkün olmaması (İsvBK m. 706a/2) veya yönetim kurulunun çıkar çatışması nedeniyle felç olması (İsvBK m. 731b) durumunda başvurulmaktadır¹¹⁰.

IV. YAPTIRIM

Kanun koyucu, bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmaması, uygun önlemlerin alınmaması ya da bilgilerin derhal ve eksiksiz olarak verilmemesi hallerine özgü herhangi bir hukuki sonuç öngörmemektedir¹¹¹ İsvBK m. 717a yer alan görevlerin

¹⁰⁴ von der Crone (n 55) § 18 N 1515; Gericke/Böttcher (n. 3) 345; Facincani/Sutter (n 38) 89.

¹⁰⁵ Böckli (n 8) 369; Gericke/Böttcher (n 3) 345; Tschäni/Diem (n 22) 90.

¹⁰⁶ Gericke/Böttcher (n 3) 345.

¹⁰⁷ Facincani/Sutter (n 38) 90.

¹⁰⁸ Facincani/Sutter (n 38) 90; Sethe (n 3) 385; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22. Kanun koyucu yönetim kurulu veya icra kurulu üyeleri için görevle bağdaşmayan işler (Unvereinbarkeitsbestimmungen) öngörmemiş olduğundan, bu tedbire yalnızca menfaat çatışmasının özellikle yoğun olduğu durumlarda başvurulmalıdır. Gericke/Böttcher (n 3) 346. Konzern şirketlerde çalışan kişiler için, zaman yetersizliğinin de bir menfaat çatışması yaratabileceği önemle belirtilmelidir. Örneğin, bir yönetim kurulu üyesinin konzern içindeki diğer görevleri, yasalara uygun olsa bile, o kadar yoğun olabilir ki kendi şirketindeki görevlerini gerektiği gibi yerine getirecek zamanı kalmayabilir. Bu nedenle, her konzern şirketine harcanan zamanın kaydedilmesi yararlı olabilir. Eğer menfaat çatışması sürekli hale gelirse (örneğin belirgin ve sürekli zaman yetersizliği nedeniyle) ilgili yönetim veya icra kurulu üyesinin tek çözümü, görevinden ayrılmak olacaktır. Nobel/ Müller (n 13) 571 N. 79.

¹⁰⁹ Böckli (n 8) 369.

¹¹⁰ Facincani/Sutter (n 38) 90; Handschin (n 17) Art. 717 N. 159; Sethe (n 3) 386.

¹¹¹ Facincani/Sutter (n 38) 91.



ihlali nedeniyle şirketin bir zarara uğraması halinde, İsvBK m. 754 vd. uyarınca üyenin sorumluluğu yoluna başvurulabilmektedir¹¹².

Her menfaat çatışması şirkette zarara yol açmamaktadır. Zararın söz konusu olduğu hallerde ise çatışmanın bu zarara neden olduğunu ispatlamak ise genellikle zordur. Zira İsvBK m. 717a/1'e uygun şekilde yapılmamış bir bilgilendirmenin "yanlış" kararlar nedensellik bağının da ortaya konması gerekmektedir¹¹³. Örneğin, bir yönetim kurulu üyesi sözleşmenin karşı tarafında yer alan şirkette pay sahibi olduğunu gizler ve bu nedenle şirket, söz konusu işlem için piyasa değerinin üzerinde bir bedel öderse, zararın tazmini için yalnızca fiyatın yüksek olduğunun değil, aynı zamanda yönetim kurulunun bu çıkar çatışmasından haberdar olması halinde farklı bir karar vereceğinin veya farklı hareket edeceğinin de ispat edilmesi gerekir. Bu nedenle, çıkar çatışması ile oluşan zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağı kurmak ve bunu ispatlamak genellikle zordur¹¹⁴.

İsvBK m. 717a uyarınca yönetim kurulu üyesinin görevini (ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğünü) ihlali sebebi ile kurulun karar alma sürecini etkileyebilecek bir menfaat çatışmasının ortaya çıkması halinde, iş adamı kararı ilkesine (Business Judgment Rule)¹¹⁵ başvurulamamaktadır¹¹⁶.

SONUÇ

Anonim şirkette temsil ve idare organı olan yönetim kurulu üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaatle ilişki içindedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması ise gayet doğaldır. Bu bağlamda, menfaat çatışması mutlak bir sorun olmayıp çatışma halinde hareketsiz kalınması konuyu sorun haline getirmektedir. Bu sebeple menfaat çatışmalarına ilişkin farkındalığı yükseltmek önem arz etmektedir. Uygulamada menfaat çatışmaları çoğunlukla fark edilmemekte, fark edildiğinde ise çözüm süreci büyük ölçüde şirket kültürüne bağlı olarak şekillenmektedir.

İsviçre anonim şirketler hukuku revizyonu ile menfaat çatışması açıkça düzenlenmiş ve bu açıdan şeffaflık sağlanmıştır. Esasen mevcut düzenleme, uygulamanın kaleme alınması niteliği taşısa da maddi hukuk açısından -süreçlerin formülle edilmesi dışında-, en azından menfaat çatışmaları ve menfaat çatışmasıyla uygun şekilde başa çıkma konusundaki farkındalığı artıracaktır.

¹¹² Facincani/Sutter (n 38) 91; Gericke/Böttcher (n 3)346; Huguenin (n 15) 532; Kunz (n 7) 405.

¹¹³ Watter (n 60) 254.

¹¹⁴ Watter (n 60) 254.

¹¹⁵ İsviçre'de mahkemeler, yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının incelenmesinde uzun zamandır ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemiştir. Federal Mahkeme, son yıllarda "iş adamı kararı ilkesini" (İsviçre tarzında modifiye edilmiş şekliyle) uygulanmasını destekleyen birkaç karar almıştır. Federal Mahkeme'nin ilke için kullandığı formül şöyledir: Federal Mahkeme, hakim doktrinle paralel olarak, mahkemelerin doyurucu bilgiye dayanarak ve menfaat çatışmalarından arınmış bir karar alma süreci çerçevesinde verilen kararları geriye dönük olarak değerlendirirken ihtiyatlı davranması gerektiğini kabul etmektedir. BGer 4A_642/2016 (27.06.2017) E. 2.1; BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 (13.12.2016) E. 5.1. Benzeri kararlar için bkz. Joel A Fischer, *Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates* (Dike Verlag 2018) 237-238 dpn. 1354.

¹¹⁶ Facincani/Sutter (n 38) 91; Gericke/Böttcher (n 3) 346; Kunz (n 7) 405.

İsvBK m. 717a hükmü, menfaat çatışmalarıyla ilgili olarak belirli bir bildirim ve karar süreci öngörmektedir. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesi kendisinde bir menfaat çatışması olup olmadığına öncelikle kendisi karar verecektir. Eğer böyle bir çatışma olduğunu düşünüyorsa, durumu gecikmeksizin ve derhal ve eksiksiz bir şekilde yönetim kurulu başkanına (veya onun yerine geçebilecek kişiye) bildirmelidir. Başkan da bu bilgiyi yönetim kuruluna iletmektedir. Sonrasında ise yönetim kurulu, herhangi bir önlem alınıp alınmayacağına ve gerekirse ilgili üyeye karşı hangi tedbirlerin uygulanacağına karar vermektedir¹¹⁷. Menfaat çatışması halinde alınacak tedbirler konusunda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta doktrin olası tedbirleri genel olarak şu şekilde sıralamaktadır; çekilme (sadece karar alma veya gerektiğinde danışma için), üst organ veya komite tarafından karar alma, bağımsız değerlendirme raporu veya uzman görüşü, iradenin oluşmasının tüm aşamalarından ve bilgiye erişimden tamamen yoksun bırakma ve son çare olarak istifa veya azil.

İsvBK m. 717a menfaat çatışması haline ilişkin özel hukuki sonuçlar öngörmemektedir. Hükümde yer alan yükümlülüklerin ihlalinin şirketin zararına sebebiyet vermesi halinde İsvBK m. 754 vd. uyarınca kusurlu yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilir.

KAYNAKÇA

Akbulak Y, *Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Başkanı, İcra Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Ceo vb. Kavramlar Üzerine Bir Değerlendirme* (<https://blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-yonetim-kurulu-baskani-icra-kurulu-baskani-genel-mudur-ceo-vb-kavramlar-uzerine-bir-degerlendirme>).

Bohrer A, *‘Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern’* (2023) (1) GesKR 3-12.

Böckli P, *‘Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR’* (2012) (3) GesKR 354-371.

Böckli P, *Aktienrecht* (4th edn, Schulthess Verlag 2009).

Claudia Götz S and Roman H, *‘Interessenkonflikte im Fokus von internen Untersuchungen – Herausforderungen in der Praxis und «Lessons Learned»* (2023) (1) RR-COMP 8-10.

Daeniker D, *‘Die zwei Hüte des Verwaltungsrates : Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen’* in: Tschäni R (ed.), *Merges & Acquisitions VII* (Schulthess Verlag 2005).

¹¹⁷ Kunz (n 7) 407.



Facincani N and Sutter R, ‘*Interessenkonflikte im Verwaltungsrat*’ (2023) (2) TREX 88-91.

Fischer J A, *Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates* (Dike Verlag 2018).

Fischer, A. D, ‘*Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung Besprechung des Urteils 4A_360/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Dezember 2012*’ (2013) (2) GesKR 281-286.

Forstmoser P, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess Verlag 2011).

Gericke D and Bötticher D, ‘*Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht*’ (2021) 93 (1) SZW 339-347.

Handschin L (ed), *Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat Mängel in der Organisation Art. 698-726 und 731b OR* (3th edn, Schulthess Verlag 2018).

Homburger E, *Zürcher Kommentar zu Art. 707-726, Der Verwaltungsrat* (Schulthess Verlag 1997).

Huguenin C, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: Kramer/Nobel/Waldburger (eds), *Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag* (Schulthess Verlag 2006).

Jung P, ‘*Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst*’, in: Kunz/Arter/Jörg (eds), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI* (Stämpfli Verlag 2011) 273-300.

Kunz Peter V, ‘*Interessenkonflikte – aktienrechtliche Lösungen*’ (2024) (160) ZBJV 379-408.

Lambert C, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Stämpfli & Cie AG 1992

Nobel P and Müller C (eds), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli Verlag 2023).

Sethe, R, ‘*Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*’ (2018) 90 (4) SZW 375-392.

Tschäni R and Diem H-J, ‘*Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen*’ in: Tschäni R(ed), *Mergers & Acquisitions XVIII* (Schulthess Verlag 2016).

von der Crone H C, *Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 2020).

Watter R and Vogt H-U (eds.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II* (6th edn. Helbing Lichtenhahn Verlag 2024)

Watter R, ‘*Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*’ (2022) (2) GesKR 250-255.

KAÇAK KULLANIMLARDAN DOĞAN FİİLÎ SÖZLEŞMELERİN TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILMASI VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

*The Classification of Implied Contracts Arising from Unauthorized Usage
as Consumer Transactions and their Legal Consequences*

Hüseyin ACUN*

Özet

Sözleşme benzeri borç ilişkileri, sözleşme hukuku ile sözleşme dışı sorumluluk hukukunun kesiştiği kadim bir alandır. Bu bir üst kavram olup sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo), koruma yükümlülükleri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmenin ifasından sonraki sorumluluk (culpa post pactum perfectum), güven sorumluluğu gibi birçok teoriyi bünyesinde barındırmaktadır. Tüm bu teorilere ihtiyaç duyulmasının sebebi sözleşme hukuku hükümlerinin uygulanması ihtiyacına karşın taraflar arasında TBK m. 1/1 hükmü uyarınca kurulmuş bir sözleşme olmaması, sözleşmenin batıl olması veya ifa yahut diğer bir sebeple sözleşme ilişkisinin sona ermiş olmasıdır. Fiili sözleşme teorisi de bu bağlamın dışında değildir. Aralarında sözleşme bulunmayan tarafların adeta sözleşme akdetmiş gibi değerlendirmeleridir. Günümüzde mehz hukukta taraftarı pek kalmayan bu teori, bazı durumlarda hala uygulanagelmektedir.

Ücret karşılığında sunulan bir hizmetten hizmet sağlayıcısının izni olmaksızın, onunla bir sözleşme akdetmeksizin faydalanmak, yürürlükte mevzuatımız uyarınca bir fiili sözleşme ilişkisi sayılmaktadır. Çalışmamızda fiili sözleşme ilişkisi kavramı ve teorinin hukuki temelleri, uygulama alanı ve kaçak elektrik kullanımı sonucunda ortaya çıkan özel hukuk ilişkisi incelenmiştir. Günümüzde her özel hukuk ilişkisinin sınıflandırma sorunu olan tüketici işlemi – adi iş – ticari iş ayrımı ve bunun sonuçları da konu kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Fiili sözleşme, Sözleşme benzeri borç ilişkisi, Tüketici işlemi, Ticari iş, Kaçak elektrik kullanımı

Abstract

Implied contractual relationships form a historical intersection between contract law and non-contractual liability law. This overarching concept encompasses various theories, such as pre-contractual liability (culpa in contrahendo), duties of protection, contracts with protective effects for third parties, liability after contract performance (culpa post pactum perfectum), and the principle of reliance-based liability. The necessity of these theories arises from the fact that contract law rules must be applied even though no contract exists between the parties pursuant to Article 1(1) of the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.02.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, av.huseyin.acun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7106-2223>

Turkish Code of Obligations (TBK), the contract is null and void, or the contractual relationship has been terminated due to performance or another reason. Implied contractual relationships, in which parties are treated as contractually bound despite the absence of an explicitly concluded agreement, serve as a significant example of these theories. Although this theory has few adherents in its original legal system today, it continues to be applied in certain cases.

The unauthorized use of a service offered for a fee without the service provider's consent and without concluding a contract with them is considered a implied contractual relationship under the applicable legislation. This study examines the concept of implied contractual relationships, the legal foundations of the theory, its scope of application, and the private law relationship arising from the unauthorized use of electricity. Furthermore, it analyzes the distinction between consumer transactions, ordinary transactions, and commercial transactions, which constitutes a typical classification issue in modern private law, as well as their legal consequences within the context of the subject matter.

Keywords: Implied contractual relationships, De facto contracts, quasi-contractual obligations, consumer transaction, commercial transaction, unauthorized electricity use

GİRİŞ

Bu çalışmada, sözleşme benzeri borç ilişkileri kapsamında ele alınan fiilî sözleşme teorisinin tarihsel gelişimi, ortaya çıkış nedenleri ve bu kavramın günümüzdeki uygulama alanları incelenmiştir. Öncelikle, fiilî sözleşme kavramının kökenine inerek öğretilde benimsenen farklı yaklaşımlar değerlendirilmiş, fiilî sözleşmenin hukuki dayanakları tartışılmıştır. Çalışmanın temel amaçlarından biri, fiilî sözleşme teorisinin günümüz hukuk sistemlerinde nasıl uygulama alanı bulduğunu ve öğretilde bu kavrama ilişkin hangi teorik görüşlerin ileri sürüldüğünü ortaya koymaktır. Özellikle kaçak elektrik kullanımı olgusu üzerinden fiilî sözleşmenin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunsalı ele alınmış, bu çerçevede mevzuatımızda elektrik dağıtım hizmetlerine ilişkin düzenlemeler tespit edilerek yargı uygulamalarında bu tür borç ilişkilerine nasıl yaklaşıldığı incelenmiştir. Çalışmada, kaçak elektrik kullanımına dayalı fiilî sözleşmelerin tarafları, kaçak kullanım ve yararlanma kavramları detaylı bir şekilde ele alınarak, bu ilişkinin borçlar hukuku çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Bunun yanı sıra, kaçak elektrik kullanımına dayalı fiilî sözleşmelerde yararlanan tarafın tüketici mi yoksa tacir mi olduğunun tespitinin taşıdığı hukuki önem ortaya konularak, bu tespitin doğuracağı hüküm ve sonuçlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Özellikle, tüketici veya tacir statüsünün, borç ilişkisine etkileri, tarafların hak ve yükümlülükleri ile uyumsuzluk çözüm süreçleri üzerindeki belirleyici rolü çalışmanın odak noktalarından biri olmuştur. Çalışma, fiilî sözleşmenin genel teorik çerçevesi ile somut uygulamalarını bir araya getirerek, bu kavramın hukuk sistemimizde ne ölçüde yer bulduğunu ve uygulamadaki sorunlarını tespit etmeyi amaçlamaktadır.

I. FİİLÎ SÖZLEŞME KAVRAMI VE KORUMA AMACI

Fiilî sözleşme, sözleşme benzeri borç ilişkilerinin bir türünü oluşturmaktadır. Sözleşme benzeri borç ilişkileri Türk-İsviçre borçlar kanunlarında düzenlenmiş bir husus olmayıp bunun dayanağı TMK m. 2 (Art. 2 ZGB)'dir¹. Yararlanılanı veya zarar

¹ Christoph Müller, 'Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht' (2018) BK - Berner Kommentar 239-255, Stämpfli Verlag, N. 284, ayrıca bkz. N 283: sözleşme benzeri borç ilişkileri hakim kararıyla doğan borç ilişkileridir. Culpa in contrahendo, üçüncü kişiye

göreni haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre korumak yeteri kadar hakkaniyetli görülmediğinden sözleşme hükümlerinin uygulanması için öğretide ve yargı kararlarında fiilî sözleşme görüşü ortaya konulmuştur². Cermen Hukukunda fiilî sözleşme kavramı “*Faktische Vertragsverhältnisse*” olarak anılmaktadır³. Fiilî sözleşme ilişkisi teorisinin Almanya’da doğduğu belirtilmektedir⁴. Teorinin ilk kez ünlü hukukçu Günther Haupt tarafından ortaya konulduğu⁵ ve Karl Larenz’e ait “tipik sosyal davranış teorisi” (*sozialtypisches Verhalten*⁶) ile geliştirildiği ve günümüzde terk edildiği ifade edilmektedir⁷. Günümüzde uygulanan güven sorumluluğunun

koruyucu etkili sözleşme, fiilî sözleşme ilişkisi gibi kavramlar bu kapsamdadır; ayrıca bkz. Rolf H. Weber und Susan Emmenegger, ‘Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR’ (2020) BK - Berner Kommentar 1-19, Stämpfli Verlag, N. 7-8: Bu tür ilişkiler “güvene dayalı borç ilişkileri” (=Vertrauensschuldverhältnisse) olarak da isimlendirilmektedir.

² Eugen Bucher und Regina E. Aebi-Müller, ‘Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit’ (2017) Stämpfli Verlag 318-349, N. 101 ff.; Peter Gauch, Walter R. Schluep und Jörg Schmid, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2014) 10. Aufl. Schulthess Verlag, RZ. 1183a; Carole Syz, *Faktisches Vertragsverhältnis* (1991) Schulthess Polygraphischer Verlag, N. 1 vd.

³ Christof Burri, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags* (2010) Schulthess Juristische Medien 161-187, N. 392 ff.; Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 101; Ahmet Kut und Christoph Bauer, ‘Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR’ (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 1-31, Schulthess Juristische Medien. N. 64 ff.; Rémy Messer, *Rückwirkung im Gesellschaftsrecht* (2013) Stämpfli Verlag 125-139, N. 304 vd.; C Müller (n 1) N. 393; Rahel Müller, *Haftungsfragen am Berg* (2016) Dike Verlag. N. 203.; Patrick Schurtenberger, *Der Allianzvertrag: Vergütung und Haftung nach einem neuen Vertragsmodell* (2021) Schulthess Juristische Medien, N. 854 ff.; Roberto Vito und Nadia Kuzniar, ‘Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung’ (2019) Aktuelle Juristische Praxis 1105-1111, Dike Verlag, 1111.

⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (2021) Yetkin Yayınevi, 93-94; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (1993) Filiz Kitabevi, 68.

⁵ bkz. David Markworth, *Vertragsschlüsse durch faktisches oder sozialtypisches Verhalten?* (JuS 2024, 1105-1110), 1107; Mansel Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage (2023) C.H. Beck, Vorbemerkungen Rn. 16-20, Rn. 16; Necip Kocayusufpaşaoğlu (n 5) *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) (2017) Filiz Kitabevi, 76; Günther Haupt, 1940’lı yıllarda toplu taşımanın yaygınlaşmasıyla kaçak kullanımların ortaya çıkmasından esinlenerek bu teoriyi geliştirmiştir (Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943). Haupt, билет almadan tramvaya binme eylemini, irade beyanına gerek kalmaksızın bir taşıma sözleşmesinin doğum sebebi olarak değerlendirmiştir.

⁶ bkz. Busche, *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Auflage (2025) § 147, Rn. 5; Karl Larenz (n 6) *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1989) 7. Aufl. München, 492.; C Müller (n 1) N. 410; Mustafa A. Yavuz, *Elektrik Tedarik Sözleşmeleri* (2. baskı, 2022) On İki Levha Yayıncılık, 126 vd.: Bu teoriye göre kaçak kullanıcılar yalnızca sosyal tipik bir davranış sergiler ve gerçekte bir sözleşme kurulmaz. Yalnızca sözleşme hukukuna ilişkin sonuçlar uygulama alanı bulur.; Kocayusufpaşaoğlu (n 5) 76.

⁷ Burri (n 3) N. 392; C Müller (n 1) N. 394 ve 410; ayrıca bkz. Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (2016) On İki Levha Yayıncılık, 193; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. baskı, 2022) Yetkin Yayınevi, N. 372; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2022) Vedat Kitapçılık, N. 144 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 68: Sosyal tipte davranış teorisine göre sözleşme yapmak arzusunu içeren bir irade beyanında bulunmayan veya hiçbir sözleşme yapmak istemediğini açıkça

(=Vertrauenshaftung) öncüsü olarak değerlendirilmektedir⁸. İsviçre öğretisinde ise Hans Giger fiilî sözleşme teorisini şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sözleşmeler bakımından kabul etmiş ve geliştirmiştir⁹.

Fiilî sözleşmelerde, geçersiz sözleşmeler hariç olmak üzere, TBK m. 1/I hükümündeki tanım itibarıyla ortada bir sözleşme yoktur. Çünkü karşılıklı irade beyanları bir sözleşmenin kurulması noktasında birbirine uygunluk sağlamamaktadır¹⁰. Fiilî sözleşme teorisinde sözleşmenin kurulması için duyulan karşılık ve birbirine uygun irade beyanları gerekliliği bir kenara bırakılmaktadır¹¹. Fiilî sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin kurulması fiilî olgulara veya iradi olarak kurulmuş olmakla birlikte ortadan kaldırılmamış ilişkilere dayanmaktadır¹². Fiilî sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki, aralarında geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen sözleşme kurallarına göre ele alınmaktadır¹³. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması irade beyanına değil fiilî olguların varlığına dayandırılmaktadır¹⁴. Yararlanan tarafın, karşı tarafça sunulmakta olan bir malvarlığı yararını, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeye dayanmaksızın elde etmesi veya aralarında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmayan taraflardan birinin diğerine zarar vermesi hallerinde fiilî sözleşme ilişkisinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Korunan hukukî değer sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasını gerektiriyorsa fiilî sözleşmenin mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

beyan eden bir kişi, “sosyal tipte davranış” işleyerek kamuya ücretli olarak sunulan bir hizmetten faydalanırsa sözleşme ilişkisi doğmuş olur. Özellikle elektrik, su ve doğalgaz gibi edimlerin kaçak ve ücretsiz tüketilmesinde durum böyledir.

⁸ Vito und Kuzniar (n 3) 1111.

⁹ bkz. Alfred Koller, *Der Grundstückskauf* (2017) Stämpfli Verlag, 81-109, bkz. N. 19 dipnot 25: Öğretide Hans Giger, Art. 216 OR bakımından fiilî sözleşme teorisine dayanan bir görüş ileri sürmüştür. Giger’e göre tarafların karşılıklı edimleri yerine getirmesiyle bir fiilî sözleşme ilişkisi oluşur ve bu ilişki, yapılan edimlerin elde tutulması için yeterli bir hukukî temel oluşturur. Giger’e göre, fiilî bir sözleşme ilişkisi tam ifadan önce de oluşabilir; krs. Özbiçen (n 7) 192-193: Giger klasik manada geçerlilik şekline tabi tutulmuş sözleşmenin şekle aykırı olarak yapılması halinde kesin hükümsüzlük sonucunun doğduğunu kabul eder. Bu sözleşmeler ifa edilmez. Fakat taraflar edimlerin ifasını tamamlamışsa artık fiilî bir sözleşme doğduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumda sözleşmenin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmadığının kabulü tarafların menfaatine uygun değildir.

¹⁰ Kut und Bauer (n 3 N. 64; C Müller (n 1) N. 393; Ayrıca bkz. Syz (n 2) N. 5, 89 ff.: Yazar bu sebeple fiilî sözleşme ilişkisinin mutlak kabulünün TBK m. 1/I hükmünde düzenlenen uyuşma ilkesinin ihlali olarak nitelendirmekte ve fiilî sözleşmeye yalnızca hatalı olarak kurulmuş sürekli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

¹¹ Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (2019) On İki Levha Yayıncılık, 425.

¹² Gümüş (4) 93.

¹³ Schurtenberger (n 3) 858.

¹⁴ Musa Kama (n 14) *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 34.

¹⁵ Thirza Döbeli, *Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen Unter besonderer Berücksichtigung der Sperrung von Geldern* (2020) Dike Verlag, 187.

Fiilî sözleşme, geçerli bir sözleşmeye dayanmaksızın yararlananın, yararlanılandan bir malvarlığı yararı elde etmesi veya bir tarafın diğerine kast ya da ihmali fiiliyle zarar vermesi hallerinde somut olayın şartlarına göre kurulmuş sayılan sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasıdır¹⁶. Dayanağı ise TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralıdır¹⁷. Bu ilkeler bir hizmetin yalnızca ücret karşılığında sunulduğunun bilinmesini gerektirmektedir. Böyle bir hizmetten karşılıksız ve kaçak şekilde yararlanan bunu bilmediğini iddia etse de buna riayet edilmemelidir. Kanımızca bir sözleşmeye dayanmaksızın karşı taraftan yararlanan kişiyi haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmenin kısa zamanaşımı süreleri ve yararlanılan tarafın ispat zorluğu ile ödüllendirmek hakkaniyete aykırı sayılmalıdır. Ayrıca sorumluluk birden fazla hukuki sebebe dayandırılabilir ve zarar gören aksini talep etmedikçe TBK m. 60 hükmü uyarınca hâkim, zararın giderilmesi için zarar gören bakımından en elverişli rejimi seçmekle yükümlüdür. Teorinin kabulüyle zarar gören, haksız fiil, vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaktan ve bunların şartlarını yerine getirmekten kurtulmakta ve borçluya doğrudan sözleşme hükümlerine istinaden başvurabilmektedir¹⁸.

II. FİİLÎ SÖZLEŞME TEORİSİNİN UYGULAMA ALANI

Fiilî sözleşme ilişkisi teorisi sosyal temasa dayalı borç ilişkilerini, geçersiz veya hiç kurulmamış sürekli borç ilişkilerini ve su-doğalgaz-elektrik gibi kamu hizmetlerini sağlayan kişilerden kaçak kullanımda bulunulması hallerini hukuken tek bir çatı altında toplamak adına geliştirilmiş bir teoridir¹⁹. Bu sayede geçersizliğin geçmişe etkili olması önlenerek tarafların aldıklarını geri vermelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁰.

İsviçre Hukukunda “fesih teorisi” (*Kündigungstheorie*)’nin fiilî sözleşme teorisinin yerini alarak git gide yaygınlık kazanmaktadır²¹. Günümüzde Alman ve İsviçre hukuklarında büyük ölçüde terkedildiği ifade edilmektedir²². Bunun başlıca sebepleri fiilî sözleşme teorisinin irade özgürlüğü ile bağdaşmaması ve yararlanma eyleminin başlı başına sözleşmenin doğum sebebi sayılmak yerine zımnî öneri sayılmasıdır²³. Günümüzde Alman Federal Mahkemesi, faydalanma eylemlerini zımnî sözleşme teklifi olarak nitelendirerek çözümlemek eğilimindedir²⁴. Artık fiilî

¹⁶ Weber und Emmenegger (n 1) N. 55.

¹⁷ Gauch, Schluep und Schmid (n 2) RZ. 1183a ff.

¹⁸ Oğuzman ve Öz (n 7) N. 146; Yünlü (n 11) 425.

¹⁹ Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 394.

²⁰ Burri (n 3) N. 392.

²¹ Weber und Emmenegger (n 1) N. 56.

²² Christiana Fountoulakis, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte’ (2018) Aktuelle Juristische Praxis 95-99, Dike Verlag, 96-97, dipnot 5; Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 397.

²³ Busche (n 6) Rn.5; Markworth (5) 1108-1109.

²⁴ Yargı kararları için bkz. Jauernig (5) Rn. 20; BGHZ 21, 333 ff.; 23, 177 f., BGHZ 113, 33.

sözleşme teorisinin yalnızca geçerli bir sözleşmeye dayanmayan hukuki ilişkilere hangi hallerde sözleşme hukukunun uygulanması gerektiğinin tespitinde başvurulması gerektiği belirtilmektedir²⁵.

Türk hukukunda ise fiilî sözleşme teorisinin uygulama alanının bulunduğu²⁶ ve bulunmadığı²⁷ yönünde karşıt görüşler mevcuttur. Kanımızca fiilî sözleşme teorisinin günümüzde hiçbir uygulama alanı bulunmadığını kabul etmek isabetli değildir²⁸. Cermen hukuk öğretisinde büyük ölçüde terk edilmiş olmasına karşın fiilî sözleşme teorisinin gerek iç hukukumuzda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde hala bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Örneklere uygulamada ve yürürlükteki mevzuat hükümlerinde dağınık olarak rastlanılmaktadır. Fiilî sözleşme kavramının, yargı kararlarında ve öğretilerde; kira hukukunda, iş hukukunda, ortaklıklar hukukunda, banka hukukunda, fıkri mülkiyet hukukunda ve sigorta hukukunda da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, dışarı karşı geçerli bir ortaklık gibi görünen fiilî topluluklara adi ortaklık hükümleri uygulanarak üçüncü kişilerin daha etkin korunması amaçlanır²⁹. Ayrıca fiilî şirket kavramı da bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir³⁰.

Bir banka ile müşterisi arasındaki sözleşme feshedildikten sonra müşterinin bankanın elinde kalmaya devam eden parasını bankanın nemalandırmakla yükümlü kılınması da vekaletsiz iş görme, sözleşme sonrası yükümlülükler veya fiilî sözleşme ilişkisine dayandırılmaktadır³¹.

Ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işçiye karşı olan yükümlülükleri de fiilî sözleşme teorisi ile açıklanmaktadır³².

İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişilerin varlığına güvendiği geçersiz bir sigorta sözleşmesini fiilî sözleşme ilişkisi olarak değerlendirmiştir³³. Ayrıca dağcılık

²⁵ C Müller (n 1) N. 397.

²⁶ Ahmet Kılıçoğlu, “Fiilî Sözleşme İlişkileri” (1985) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 738-752, 750; bkz. Gümüş (4) 94: Türk Hukukunda TBK m. 394/III hükmü fiilî sözleşme ilişkisinin doğumuna sebebiyet verir.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 69.

²⁷ Eren (n 7) N. 372; Kocayusufoğlu (n 5) 80; bkz. Zeynep Damla Taşkın, *Sözleşmenin Kurulması* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 211 vd.: Günümüzde çelişkili davranış yasağı ve butlan yaptırımının amaca uygun sınırlandırılması gibi kurumlara fiilî sözleşmesine duyulan ihtiyaç ortadan kalkmıştır.

²⁸ Görüşümüzü destekler yönde bkz. Markworth (5) 1105: Yazara göre günümüzde “Fiilî sözleşme teorisi aşılmıştır” söylemi ancak bir temenniden ibarettir.

²⁹ Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararının incelemesi için bkz. Urs P. Gnos, Dominik Hohler und Fabienne Anner, *Gesellschaftsrecht: Entwicklungen 2017* (2018) Stämpfli Verlag, 26-27 (BGE 143 III 167); R Müller (n 3) N. 204.

³⁰ C Müller (n 1) N. 408.

³¹ Döbeli (n 15) 187-189.

³² Thibaut Meyer und Katharina Drossard, ‘Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO und wer sie zu tragen hat’ (2024) Haftung und Versicherung 4-10, Dike Verlag, 9, dipnot 50.

³³ bkz. C Müller (n 1) N. 394: BGE 143 III 167.

sporuyla uğraşan ve tırmanıcılardan oluşan ip takımlarında³⁴ gruba fiilen liderlik eden tecrübeli tırmanıcılar diğerlerine rehberlik ederken kazaya uğramalarına sebebiyet verirse aralarındaki ilişki yalnızca haksız fiile değil fiilî vekalet ya da adi ortaklık ilişkisine de dayandırılmaktadır³⁵.

Kira sözleşmesinin fesih veya hükümsüzlük sebebiyle ortadan kalkmış olmasına karşın kiracının taşınmazı kullanmaya devam etmesi veya ortada bir sözleşmesi bulunmamasına rağmen eşyanın kullanılması da bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir³⁶. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi bunu bir kararında sebepsiz zenginleşme ilişkisine dayandırmıştır³⁷.

Ehliyetsiz bir kişi yasal temsilcisinin onayı bulunmaksızın bir çalışma ilişkisine girdiği takdirde sözleşme hükümsüz olduğundan ücret talep edemeyecektir. Ehliyetsiz kişinin bu durumda ücret talep edebilmesi fiilî sözleşme ilişkisine dayandırılabilir³⁸. Benzer şekilde ehliyetsiz kişilerin ortaklık benzeri veya eşya kullanımı gibi sürekli nitelikteki ilişkileri fiilî sözleşme olarak nitelendirilebilir³⁹.

Bir otoparkın kullanılması fiilî sözleşme olarak değerlendirilmiştir⁴⁰.

Leasing sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta da İsviçre Federal Mahkemesi, bir yıl fiilen devam ettikten sonra geçersiz sayılan sözleşmeden doğan iade taleplerini fiilî sözleşmeye dayandırmıştır⁴¹. Lisanssız kullanımlarda makul bir lisans ücretinin talep edilebilmesi de fiilî sözleşme ilişkisiyle açıklanmaktadır⁴². Ayrıca bir lisans sözleşmesinin sona ermesine rağmen yazılımın silinmemesi fiilî sözleşme

³⁴ Almanca: Seilschaft, İngilizce: Rope Team

³⁵ R Müller (n 3) N. 205-207.

³⁶ Alfred Koller, 'Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters - Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung' (2010) Aktuelle Juristische Praxis 845-854, Dike Verlag, s. 851; bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: OR 253 N 10; BGE 119 II 437 E 3b/bb; BGE 63 II 368 E 3; Yannick Minnig, *Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte: Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis* (2018) ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 828, Stämpfli Verlag, N. 5.5.; Beat Rohrer, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar* (2018) SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft 1-29, Schulthess Juristische Medien. N. 35.

³⁷ bkz. C Müller (n 1) N. 407: BGE 119 II 437 E. 3b/cc S. 442 f.

³⁸ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 105.

³⁹ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 106.

⁴⁰ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: BGE 6S.77/2003 E 4.2; ayrıca BGHZ 21, 319, 333 ff.

⁴¹ BGE 110 II 244: bkz. Burri (n 3) N. 394; C Müller (n 1) N. 395; Roman Schister, *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht* (2021) EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02, 18; Frédéric Krauskopf, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (2021) Schulthess Juristische Medien 315-317, N. 6.

⁴² bkz. Burri (n 3) N. 393; Mark Schweizer, 'PatG 73' (2016) *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* 2296-2313, Dike Verlag, N. 38 - 39: Buna karşın İsviçre Federal Mahkemesi BGE 132 III 379 nolu kararında makul bir lisans ücreti ödenmesinin fiilî sözleşme ilişkisi olmadığını, mevzuatta bununla ilgili bir boşluk olmadığını belirtmektedir.; Mark Schweizer, 'Patentgesetz PatG Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG)' (2019) SHK - Stämpfli Handkommentar 833-861, Stämpfli Verlag, N. 56.



olarak değerlendirilmiştir⁴³. Avrupa Birliğinin “Fikri mülkiyet haklarının uygulanması hakkındaki 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AEA ile bağlantılı metin)”⁴⁴ m. 13/1 (b) bendindeki düzenleme⁴⁵ de fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenmiş bir fiilî sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁴⁶.

Ücret karşılığında sunulan bir hizmetin kasıtlı ve bilinçli olarak karşı bir edim edinmeksizin ve sözleşme yapma amacı taşımaksızın elde edildiği hallerde de fiilî sözleşme ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Örneğin otobüs bileti almaya niyeti olmayan bir kimsenin yine de otobüse binmesi fiilî sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁴⁸.

Taşınmaz satış sözleşmesinde şekil eksikliğinin bulunması durumu doğal borç kavramı veya fiilî sözleşme teorisiyle açıklanabilir⁴⁹.

Evlilik dışı fiilî birlikteliklerde (=Konkubinät) taraflardan birinin diğerine ev işleri dışındaki işlerinde yardım ederek malvarlığı menfaati sağlaması da fiilî sözleşme ilişkisine benzetilmektedir⁵⁰. Bu durumda Art. 320/II OR (TBK m. 394/II) hükmü kıyasen uygulanabilir⁵¹.

Sürekli bir borç ilişkisi hükümsüz olmasına veya iptal edilmesine rağmen bir süre ifa edilmeye devam edilirse bu durum da fiilî sözleşme teorisiyle açıklanabilmektedir⁵². Fiilî sözleşme teorisini kabul eden görüşe göre bu sözleşmeler geleceğe etkili olarak sona ermiş kabul edilmelidir⁵³. Bir diğer görüşe göre iptalden önceki dönem

⁴³ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 65: HGer ZH, SJZ 2008, 438 f..

⁴⁴ Düzenlemenin tam metni için bkz. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/Eklenti/107095%2Cuygulama-direktifi-2004-48-trpdf.pdf?0=> (erişim tarihi 14.12.2024).

⁴⁵ “...zararları, uygun olan durumlarda, ihlal edenin söz konusu fikri mülkiyeti kullanma hakkını talep etmiş olsa en azından ödemesi gerekecek olan Telif Ücretleri ve harçlar gibi unsurları temel alan bir toplam şeklinde belirleyebilirler.”

⁴⁶ Mathis Berger, *Entwicklungen im Immaterialgüterrecht / Le point sur le droit de la propriété intellectuelle* (2007) 103 Schweizerische Juristen-Zeitung 403-409, Schulthess Juristische Medien, 403.

⁴⁷ Bettina Lienhard (n 47) *Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten: Familien- und Erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda* (2017) ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 281, Schulthess Juristische Medien, 271-272.

⁴⁸ Eren (n 7) N. 372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 4) 68.

⁴⁹ Markus Binder, *Art. 216 OR, Obligationsrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 123-137, Schulthess Juristische Medien, N. 20.

⁵⁰ Andreas Baumann (n 50) *Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen* (2012) Pflegerecht - Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 81-90, Stämpfli Verlag, 89.

⁵¹ Baumann (n 50) 89.

⁵² Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: (BGE 4C.284/2000 E 2c/aa; BGE 110 II 244 E 2d.; Messer (n 3) N. 307.

⁵³ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: BGE 132 III 242 E. 4.2 S. 245, 129 III 320 E. 7.1.2 S. 328.

sözleşme benzeri bir borç ilişkisi teşkil etmektedir⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise Art. 320/III ZGB OR (TBK m. 394/III) hükmünün kıyasen tüm sürekli borç ilişkilerine uygulanması iptalin geçmişe etkili olmaması için yeterli bir hukuki dayanaktır ve fiilî sözleşme teorisine bu bağlamda gerek kalmamaktadır⁵⁵. İsviçre Federal Mahkemesinin de irade bozukluğu sebebiyle iptal hallerinde bu görüşü benimsediği, fakat hükümsüzlük halinde net şekilde fiilî sözleşme teorisini reddetmediği ifade edilmektedir⁵⁶. Federal mahkemeye göre nitelendirmede yapılan ayırım çok önemli olmayıp yanılma sebebiyle iptal anına kadar fiilî sözleşmenin geçerli sayılmasıyla fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçları pratikte aynıdır⁵⁷.

Başlangıçtan itibaren imkânsız olan sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ileri sürüldüğü ana kadar sözleşme ilişkisinin sürdürülmüş olması fiilî sözleşme teorisi ile açıklanabilmektedir⁵⁸. Bunun dışında fiilî sözleşmenin özellikle Art. 20 OR (TBK m. 27) hükmündeki içerik yasağı kapsamında tartışılmış olduğu ve geçerlilik şekline aykırılığın da bu kapsamda değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir⁵⁹. Fakat İsviçre Federal Mahkemesine göre ifa edilmiş bir sözleşmenin şekil eksikliğine dayalı olarak geçersizliğinin ileri sürülmesi fiilî sözleşme teorisi ile değil hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmesi olarak değerlendirilmektedir⁶⁰.

Öğretide bir görüşe göre, sözleşme kurma niyeti olmayan bir kişinin yardımcı kişilerin sebebiyet verdiği zarar ve elde ettikleri karşılıksız yararlanmalardan dolayı da fiilî sözleşme ilişkisi doğabilecektir⁶¹. Kanımızca bu durumda ifa yardımcılığı ve fiilî sözleşmenin şartları kümülatif olarak aranmalıdır.

Son olarak, bedel karşılığında sunulan, bedel karşılığında sunulduğu bilinen veya bilinmesi gereken ve sözleşme yapılmasını gerektiren bir hizmetten karşılıksız ya-

⁵⁴ Claire Huguenin, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil* (2019) 3. Aufl. Schulthess Verlag, N. 1483.

⁵⁵ Alfred Koller, 'Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge' (2020) Aktuelle Juristische Praxis 562-571, Dike Verlag, N. 5.2.1; C Müller (n 1) N. 405.

⁵⁶ C Müller (n 1) N. 405; İrade bozukluğu halinde sözleşmenin iptal edilmesi halinde fiilî sözleşmenin varlığına işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi karar incelemesi için bkz. Eveline Wyss und Hans Caspar von der Crone, 'Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)' (2003) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 35-44, Schulthess Juristische Medien, 35 ff.

⁵⁷ Bkz. Kut und Bauer (n 3) N. 66: BGE 129 III 320 E 7.1.2./3.

⁵⁸ Schurtenberger (n 3) 854 ff.

⁵⁹ Burri (n 3) N. 396.

⁶⁰ Burri (n 3) N. 396.

⁶¹ bkz. Yünlü (n 11) 426 vd.: Teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu hale verilebilecek örnekler zorlama ve aşırı kurgu olabilir.

rarlanması da bir fiili sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁶². Çalışmamızın devamında bunun unsurlarına, hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

III. KAÇAK KULLANIMADAYALI FİİLİ SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A. Geçerli Bir Sözleşmenin Kurulmamış Olması

Kaçak kullanıma dayalı bir fiili sözleşmenin varlığından söz edebilmek için aranması gereken ilk ölçüt, geçerli bir kullandırma sözleşmesinin⁶³ bulunmamasıdır⁶⁴. Çünkü fiili sözleşme teorisine göre Art. 1/I OR (TBK m. 1/I) hükmü uyarınca sözleşme hiç kurulmamış veya Art. 20/I OR (TBK m. 27) uyarınca hükümsüz olsa dahi taraflar arasındaki ilişkinin sanki geçerli bir sözleşmeymiş gibi muamele görmesi esas alınmaktadır⁶⁵. Kaçak kullanımda bulunan bir kişinin (yararlananın) başlangıçtan itibaren bir sözleşme kurmak istemediği açıktır⁶⁶. Kaçak kullanımdan haberi bulunmayan veya bunu sonradan öğrenen yararlanılanın da sözleşme yapmaya niyeti olduğu söylenemez. Kaçak kullanımdan haberdar olan yararlanılanın suskun kalması da TBK m. 1/I hükmü uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının bulunduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Fiili sözleşmeye dayanak ancak

⁶² C Müller (n 1) N. 409; Özbilen (n 7) 192-193; Weber und Emmenegger (n 1) N. 57; Gauch, Schluep und Schmid (n 2) RZ. 1190.

⁶³ Kullandırma sözleşmesi kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve öğretideki tartışmalar için bkz. A. Hulki Cihan, *Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar* (2015) Vedat Kitapçılık 67 vd.: Yazar, kullandırma sözleşmesi kullandırma sözleşmesinin yeknesak bir kavram olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bir şeyi veya hakkı kullanma hakkının geçici olarak, ivazlı veya ivazsız şekilde kullanıcıya devrini amaçlayan sözleşmeler kullandırma sözleşmeleridir. Bu kapsamda ivazlı olanlar kira, ivazsız olanlar ödünç sözleşmeleridir. Ayrıca atipik kullandırma sözleşmeleri de mevcuttur. Kanımızca, elektrik dağıtım şebekesinden elektrik enerjisi almak bir tür taşınır kirası olarak değerlendirilebilir. Çünkü, elektrik enerjisi TMK'nın "doğal güçler" kategorisine girmekte olup bir taşınır eşyadır. Ayrıca bu bir hak veya hizmet kullanımı olarak da değerlendirilebilir. Çünkü dağıtıcılar ulusal şebeke ağına sağlanan elektrik enerjisini ölçülebilir kullanım miktarları üzerinden kullanıcılara bedel karşılığında sağlamaktadırlar. Sağlanan elektriğin mal veya hizmet sayılması, abonelik sözleşmesi bakımından önem taşımaz. Çünkü hem mal hem de hizmetler abonelik sözleşmelerine konu olabilmektedir. Elektrik enerjisi sağlanmasının mal veya hizmet sayılmasının pratik önemi kanımızca tüketici hukukunda ortaya çıkacaktır. Çünkü mal veya hizmet ayırımı ilişkin uygulanması gereken hükümler farklıdır. Kanımızca tüketicilerle yapılan elektrik aboneliği sözleşmesi bir hizmet sağlama sözleşmesi sayılmalıdır. Çünkü elektrik sağlama hizmeti, 6502 s. TKHK m. 3 hükmünde yer alan mal tanımına uymamaktadır. Tüketici işlemi dışında kalan elektrik aboneliği sözleşmelerinde kıyasen kira sözleşmesinin ayıp hükümleri uygulanabilir. Çünkü adi ve ticari işlerde hizmet ayırımının düzenlendiği bir hüküm yoktur. Elektrik aboneliği sözleşmelerinde elektrik kesintisi, akımda ve güçte sözleşmeye aykırılık ayıp olarak değerlendirilebilir. Elektrik şebekesindeki gerilimde meydana gelen dalgalanmaların kullanıcıların cihazlarına zarar vermesi ise ayıbbı takip eden zarara örnek gösterilebilir.

⁶⁴ Kama (n 14) 35.

⁶⁵ Burri (n 3) N. 392.

⁶⁶ Karşıt görüş için bkz. Yavuz (n 6) 128: Yazara göre iletim sisteminden kaçak elektrik çekilmesi zımni bir öneri beyanıdır. Fiili davranışla sözleşme kurulması söz konusu değildir. Yararlanma fiili zımni irade sayılmalıdır. Sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde de durum böyledir. Bu hallerde uyumsuzluk sebepsiz zenginleşme kurallarına göre çözümlenebilir.

TMK m. 2 hükmünün bunu gerektirmesi veya mevzuatta buna yönelik bir düzenlemenin bulunmasıdır. Geçerli bir kullanım sözleşmesinin mevcudiyeti halinde fiilî sözleşme teorisinin uygulama alanı bulunmayıp yürürlükteki sözleşme hükümleri uygulanmalıdır⁶⁷.

B. Yürürlükteki Mevzuat Hükümleri Uyarınca Bir Fiilî Sözleşmenin Kurulmuş Sayılması veya Dürüstlük Kuralının Bunu Gerektirmesi

Fiilî sözleşme ilişkisinin doğumuna doğrudan bir mevzuat hükmü veya TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralının bunu gerektirmesi sebebiyet vermektedir. Bir fiilî sözleşme ilişkisi kanunda düzenlenmemişse bunun hukuki dayanağı ancak kanun boşluğunun doldurulması olabilir⁶⁸. Dürüstlük kuralının bunu gerektirmesinden kasıt, hizmetin sağlayıcı tarafından yalnızca bedel karşılığında sunulduğunun yararlanan tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir⁶⁹.

Bazı hallerde doğrudan Kanun bir fiilî sözleşme ilişkisi kurulmasını öngörmektedir⁷⁰. Art. 320/II ve III ZGB OR (İsviçre Borçlar Kanunu) (TBK m. 394/II ve III) hükümleri kanunî fiilî sözleşme ilişkisidir⁷¹. İkinci fıkra hükmü uyarınca işveren, bir işçiden hizmet alır ve bu hizmet, koşullara göre yalnızca ücret karşılığı beklenilecek nitelikte ise, bu durum da bir hizmet sözleşmesinin yapıldığı anlamına gelir. Üçüncü fıkra hükmü uyarınca işçi, iyi niyetle geçersiz bir hizmet sözleşmesine dayanarak işverenin hizmetinde çalışırsa, bu geçersizliğin taraflardan biri tarafından ileri sürülmesine kadar, taraflar geçerli bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aynı şekilde hareket etmek zorundadır.

Gerçek vekaletsiz işgörmeye ilişkin Art. 419 ila 424 ZGB OR (TBK m. 526 ila 531) hükümleri de kanunda düzenlenmiş bir fiilî sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilir.

⁶⁷ Kama (n 14) 36.

⁶⁸ bkz. Messer (n 3) N. 306: Buna karşın eğer bağlayıcı hukuk kurallarında bir hukuki ilişkinin geçmişte etkili olarak ortadan kalkması açıkça düzenlenmişse bir yasal boşluk yoktur. Bu durumda fiilî sözleşmenin uygulama alanı kalmaz. Böyle bir halde gerekirse güven sorumluluğu ilkeleri uygulanabilir.

⁶⁹ Kut und Bauer (n 3) N. 65.

⁷⁰ C Müller (n 1) N. 399.

⁷¹ Frank Emmel, *Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 511-516, N. 2; Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 57; Kut und Bauer (n 3) N. 64; Lienhard (n 47) 280-281; Lukasz Grebski, *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 922-925, Orell Füssli Verlag, N. 5, 10; C Müller (n 1) N. 400-401; Dominik Probst, 'Arbeitsvertrag' (2021) SHK - Stämpfli Handkommentar 8-27, Stämpfli Verlag, N. 42-46; Hans Michael Riemer, 'Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht' (2009) Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 116-122, Stämpfli Verlag, 117; Mehmet Akif Özsoy, *Özel Hukuk İlişisine Dayalı Olarak Çalışanların Buluşları* (2020) On İki Levha Yayıncılık, 78 vd.

dirilmektedir⁷². Anılan hükümlerde ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmamasına karşın sağlanan hizmet sanki bir sözleşmeye dayanıyormuşçasına ele alınmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, bir kararında fiili sözleşmelerle ilgili önemli tespitler yapmaktadır⁷³. Kararda ifade edildiği üzere Federal Mahkeme bazı eski kararlarında⁷⁴ iyiniyet ve dürüstlük ilkeleri uyarınca tarafların yalnızca fiili davranışlarıyla fiili sözleşme ilişkisi kurulabileceğini kabul etmiştir. Anılan karardaki uyuşmazlıkta idareye ait atık su iletim sisteminin sözleşme yapılmadan kullanılmasının 1991 yılından 1996 yılına kadar yürürlükte kalan kanalizasyon yönetmeliğinde (Entwässerungssatzung) bir fiili sözleşme sayıldığı ifade edilmektedir. Fakat Federal Mahkemenin daha güncel tarihli bazı kararlarında⁷⁵ bu konularda fiili sözleşme görüşünden uzaklaştığı belirtilmektedir.

Mevzuatımızda fiili sözleşmeleri doğrudan ilgilendiren ve elektrik iletim sistemi ile ilgili teknik bir düzenleme bulunmaktadır. “Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifeleri ve Yöntem Bildirimi” isimli düzenleme, her yıl TEİAŞ tarafından düzenli olarak yayımlanmaktadır⁷⁶. “Fiyatlandırma ile İlgili Düzenlemeler ve Anlaşmalar” başlığı taşıyan yönerge ekinin 1.5. no’lu ve diğer çeşitli hükümleri uyarınca elektrik iletim sistemi kullanıcıları TEİAŞ ile sözleşme yapıp yapmadığına bakılmaksızın sanki aralarında sözleşme varmış gibi hükümlere tabi tutulmuştur⁷⁷. Ayrıca kulla-

⁷² bkz. Philipp Klaus, *Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag* (2020) Schulthess Juristische Medien. 23-24: Buna karşın gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye tamamen haksız fiil hukukuna ilişkin bir kavramdır. Hatta BGB’nin taslağını hazırlayan ilk kanun komisyonu da gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeyi yalnızca haksız fiil hukuku içinde değerlendirmiştir.; Kut und Bauer (n 3) N. 64; C Müller (n 1) N. 402; Jörg Schmid, ‘Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete BGE 126 III 69 ff.’ (2000) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 205-209, Stämpfli Verlag, 205; Daniel Werder und Roger Rudolph, ‘OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht’ (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 1387-1390, Orell Füssli Verlag, N. 1; Wyss und von der Crone (n 56) 34.

⁷³ BGH III ZR 287/01, 18/07/2002 <<https://juris.bundesgerichtshof.de>> E.T. 05/01/2025.

⁷⁴ Örneğin park yerlerine ilişkin BGHZ 21, 319, 334 ff., altyapı hizmetlerine ilişkin BGHZ 23, 175, 177 ff., tarım arazilerinin mirasçılığına ilişkin BGHZ 23, 249, 261.

⁷⁵ Örneğin BGHZ 95, 393, 399.

⁷⁶ 2025 yılı için geçerli düzenleme: <<https://www.teias.gov.tr/tarifeler>> E.T. 06/01/2025.

⁷⁷ Bu husus Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta da vurgulanmıştır: 11. HD., E. 2016/8317 K. 2017/3806 T. 19.6.2017 <lexpera.com.tr> E.T. 12/01/2025: “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasındaki sistem kullanım anlaşmasının 11.06.2010 tarihinde imzalandığı, anlaşma imzalanmadan önce de davalının iletim sisteminin davacı tarafından kullanılmakta olduğu, fiili bir anlaşmanın mevcut bulunduğu, dava konusu ceza faturasının sistem kullanım anlaşmasının öncesine ilişkin olarak Mayıs 2009 dönemi için düzenlendiği, bu dönemde yürürlükte bulunan İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildirimi m.1.5 maddesi gereğince, taraflar arasında sistem kullanım anlaşması bulunmasa bile iletim sistemine bağlı olarak faaliyet gösterenler sanki aralarında sözleşme varmış gibi yükümlülüklerle tabi tutulmuş bulunduğu ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde cezai şart ödemeleri öngörüldüğü, bu nedenle yazılı sözleşme öncesi dönem için de fiili bir sözleşme ilişkisinin olduğunun kabulü gerektiği, buna bağlı olarak sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesine gereğince, ceza

nıcılar için belirli kullanım üst sınırları söz konusu olup bunların aşılması halinde de sözleşme cezaları uygulanmaktadır⁷⁸. TEİAŞ'ın bir idare olması sebebiyle kaçak kullanım halinde fiilî sözleşme ilişkisi tespitine ilişkin birçok uyuşmazlık idari yargı kolu içinde çözümlenmektedir⁷⁹. Bunlar “Sistem Kullanım Anlaşmaları” olarak

düzenlenmesi için davacıya önceden önel verilmek suretiyle bir uyarı yapılmadığı, bu hali ile ceza faturasının düzenlenmesinin taraflar arasındaki sözleşme şartlarına uygun olmadığı, kaldı ki; sözleşme imzalandıktan sonra 2013 yılında sözleşme öncesi döneme dönülerek Mayıs 2009 dönemi için ceza faturası düzenlenmesinin TMK'nın 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına da uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile 423.711,15 TL'nin dava tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...”.

⁷⁸ Bkz. Y. 11. HD., E. 2015/12006 K. 2016/5779 T. 26.5.2016 <lexpera.com.tr> E.T. 10/01/2025: “... Davacı vekili, davalı tarafından düzenlenen Ağustos 2009 yılına ait reaktif ceza faturalarının hukuka aykırı olduğu, zira fiilî sözleşme ilişkisi içerisinde sistem kullanım anlaşmasının öngördüğü ihtar şartının yerine getirilmediğini, ayrıca ihlal fiilinin üzerinden 4 yıl gibi bir süre geçtikten sonra cezai şart uygulamasının TMK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu, cezai şartla ilişkin faturaların zamanında düzenlenmediğini, davalının cezai şart isteme hakkının bulunmadığını ileri sürerek, davalının 738.935,19 TL'lik ceza faturasının hukuka aykırı olduğunu tespiti ile fatura nedeniyle ödenen 738.935,19 TL ceza bedelinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile istirdatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın usul ve esas yönünden reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin lisanslı dağıtım şirketi olarak dağıtım sistemi olarak enerji aldığı trafo merkezlerinden Ağustos 2009 dönemi içinde taraflar arasında yürürlükte bulunan Sistem Kullanma Anlaşması'nın 10. maddesi ve Bağlantı Anlaşmasının 16. maddeleri kapsamında davalı şirketin reaktif sınır değerlerinin aşılmasından dolayı cezai şart uygulayabilmesi için “kullanıcıya süre verilerek yazılı olarak uyarılması ve verilen süre sonunda ihlalin ortadan kaldırılmaması halinde ceza uygulanması”na ilişkin düzenleme karşısında, davalı ...'nin ilk ihlali tespit edildiğinde davacı yana ihlalin sona erdirilmesi için süre vererek uyarıda bulunmadığı, bu nedenle cezai şartın ön koşulunun gerçekleşmediği, cezai şartla ilişkin faturanın sözleşmeye aykırı düzenlendiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...”.

⁷⁹ bkz. D. İDDK., E. 2019/2416 K. 2021/750 T. 12.4.2021 <lexpera.com.tr>: “...Davalı idarelerden Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından; TEİAŞ ile anlaşma imzalamadığı halde iletim sistemini fiilen kullanan kişiler ile TEİAŞ arasında fiilî sözleşme ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiği, tarafların örtülü de olsa bir irade beyanının olduğu, aksi takdirde gerçekte sözleşme imzalayan kullanıcılar aleyhinde eşitsizliğin doğduğu, sözleşme imzalayan ve imzalamayan sistem kullanıcılarının bu yolla aynı hüküm ve şartlara tâbi olduğu, Yönetim Bildirimi'nin 1.5. maddesinin de bu fiilî sözleşme ilişkisi içindeki cezai şartları düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği; Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından, eksik incelemeyle hakkaniyete aykırı karar verildiği, davanın süresinde açılmadığı, davacı ile Ocak 2007 - Aralık 2009 tarihleri arasında imzalanmış bir sistem kullanım anlaşması olmadığı, bazı kullanıcıların TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalamaktan imtina ettiği, bu durumun anlaşmayı imzalayan kullanıcıların aleyhine bir durum oluşurması nedeniyle dava konusu Yönetim Bildirimi'nde gerekli düzenlemelerin yapıldığı, bu doğrultuda kullanıcıların yarattığı ihlaller nedeniyle gerekli yaptırımların uygulandığı, ülkemiz iletim sisteminin devamlı, güvenilir ve sorunsuz işletilmesine yönelik olarak her kullanıcıya eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin işlem yapıldığı ileri sürülmektedir... Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir...”.



isimlendirilmekte olup hangi yargı kolunun görev alanına girdiği tartışmalıdır⁸⁰. Kanımızca, hukuk mahkemeleri veya idare mahkemeleri önünde görülmesi fark etmeksizin özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TEİAŞ bir kamu tüzel kişisi olsa da serbest piyasada faaliyet gösteren bir tacir olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Kanun koyucu engel olmadığı sürece uygulayıcının sözleşme hukuku hükümlerini kıyasen uygulayabilmesi için bu yaklaşım daha elverişli olacaktır.

Yargıtay bazı kararlarında kaçak elektrik kullanımı haksız fiil olarak nitelendirmekle birlikte⁸² bazı kararlarında bir tür sözleşme benzeri borç ilişkisinin kurulduğunu kabul etmiştir⁸³. Yargıtay haklı olarak, kaçak elektrik kullanımlarında sözleşme benzeri borç ilişkisi kurulduğunu kabul ettiği uyuşmazlıklarda haksız fiilî sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz işgörmenin şartlarını aramanın TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu şekilde kaçak kullanımda bulunanın teşvik edilmesi sonucu ortaya çıkacağından borçlu akdetmekten imtina ettiği sözleşme hükümleri veya tarife göre sorumlu tutulmalıdır. Yargıtay’a göre sözleşme benzeri borç ilişkilerinde alacak zamanaşımı

⁸⁰ Serhat Çelen ve Fırat Karaalp, ‘Teiaş’ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu’ (2021) 12(48) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 509-546, 543-544.

⁸¹ Beşir Fatih Doğan, ‘Teiaş’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu’ (2013) 4(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-84, 64 vd.

⁸² bkz. Y. 13. HD., E. 2007/10958 K. 2008/306 T. 16.1.2008: “...Kaçak elektrik kullanma haksız fiil olup, sonuçlarından haksız fiilî işleyen kişi sorumludur. Her ne kadar abone, aboneliğin tesis edildiği taşınmazın kiraya verirken iptal ettirmediği abone sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre içinde taşınmazda oturanların kullandığı elektrik bedelinden sorumlu ise de, haksız fiil niteliğinde olan kaçak elektrik kullanımından dolayı sorumlu değildir...” <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025; Y. HGK., E. 2012/54 K. 2012/350 T. 6.6.2012: “...Kaçak elektrik kullanımı haksız fiil olup, sonuçlarından haksız fiilî işleyen kişi sorumludur. Somut olayda, abone sözleşmesi yapmak zorunda olan üçüncü kişinin zorunlu tutularak kaçak kullanımdan oluşan bu borç için taksit sözleşmesi yapması “borcun nakli” anlamını taşımaz...” <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

⁸³ bkz. Y. 3. HD., E. 2014/11546 K. 2014/10474 T. 26.6.2014: “...davalı kurum sözleşme yapmak ve böylece karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya hizmet sunmuş bulunmaktadır. Davacı taraf ise, sözü edilen hizmetten sözleşme vasıtasıyla yararlanacağı yerde böyle bir sözleşme yapmaksızın (ve belki de bunu istemeksizin) karşılıksız ve kaçak olarak elektrik enerjisinden yararlanmış bulunmaktadır. O halde, taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak “sözleşme benzeri” bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve davalı idarenin bu gibi durumlara ilişkin olarak belirlediği kurallara uygun bedelin davacı tarafından ödenmesi gerekir. Bu sonuç için sunulan edimden davacının sadece yararlanmış olması gerekli ve yeterli görülmelidir. Öte yandan davalı idarenin sunduğu elektrik hizmetinden yararlanan kişi (davacı); nedensiz zenginleşme, haksız eylem veya vekaletsiz iş görme koşullarının gerçekleştiğinin ispatı gerekmeksizin idarenin “yönetmelik veya tarife” hükümlerine uygun olarak istediği bedeli ödemek zorundadır. O kadar ki; borcunun (davacının), zenginleşmesinin istenilen bedelden daha az olması veya alacaklının (davalının) savunulduğu kadar fakirleşmemiş bulunması istenilen bedelin miktarını etkilemeyecektir (YHGK. nun 20.12.2000 gün ve 2000/3-1803-1813 E., K; 13.02.2002 gün ve 2002/3-100-68 E., K. sayılı ilamları)...”; benzer yönde ayrıca bkz. Y. 3. HD., E. 2016/8586 K. 2016/9844 T. 23.6.2016; 3. HD., E. 2014/2860 K. 2014/5810 T. 10.4.2014; Y. 3. HD., E. 2015/1314 K. 2016/930 T. 28.1.2016; Y. 3. HD., E. 2016/1289 K. 2016/7890 T. 23.5.2016; Y. 3. HD., E. 2013/19144 K. 2013/17073 T. 03.12.2013; Y. 3. HD., E. 2015/5732 K. 2015/9745 T. 28.5.2015 <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

sözleşme zamanaşımı olan 10 yıldır⁸⁴. Yargıtayın bu kararlarında kaçak kullanımı sözleşme hükümlerinin işletilmesi için gerekli ve yeterli saymasından fiilî sözleşme teorisini kastettiği anlaşılmaktadır. Bu da Türk yargı uygulamasında fiilî sözleşme teorisinin uygulanmaya devam ettiğinin en somut göstergesidir.

C. Tarafları

Kaçak kullanıma dayalı fiilî sözleşme ilişkisinin tarafları yararlanılan ve yararlanandır. Fiilî sözleşme teorisinin uygulanmasıyla yararlanılan, yararlanana karşı haksız fiil veya sebepsiz sözleşme hükümlerine kıyasen daha etkin bir şekilde korunmaktadır.

1. Yararlanılan

Yararlanılan, sunduğu iletim sisteminden izinsiz ve kaçak bir şekilde fayda sağlanan kişidir. Kaçak kullanımın elektrik iletim altyapısından yapılması halinde TEİAŞ gibi elektrik iletim ve dağıtım kurumları yararlanılındır. Bu bir doğalgaz, içme suyu veya atık su iletim sisteminin sahibi olan kişi ve kurumlar da olabilmektedir. Yararlanılan bir özel hukuk kişisi olabileceği gibi, kamu tüzel kişisi veya kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü bir imtiyaz sahibi de olabilecektir. Kamu veya özel hukuk kişisi olması fark etmeksizin yararlanılanı belirlemede esas, bu kişi veya kurumların özel kişilerle iletim sistemini kullandırmaya yönelik sözleşmeler akdediyor olmasıdır.

2. Yararlanan

Yararlanan, yararlanılanın iletim sistemini, onun iznini almaksızın veya bir kullanım sözleşmesi akdetmeksizin kullanan kişidir. Yararlananın iradesi yalnızca fiilî sonuç elde etmeye yönelik olup hukuki işlem kurmaya yönelik bir irade beyanı bulunmamaktadır⁸⁵. Yararlananın ehliyetli olup olmaması gerektiğine dair öğretilde fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre yararlananın ehliyeti yoksa bu durumda fiilî sözleşme de hükümsüz sayılmalı ve yararlanılan taleplerini haksız fiil ya da

⁸⁴ bkz. Y. 3. HD., E. 2015/1314 K. 2016/930 T. 28.1.2016: "...Eldeki davada taraflar arasındaki ilişki; kaçak elektrik kullanımından kaynaklanmaktadır. Tekel niteliğinde bir hizmette bulunan davacı ... şirketinin, fiilî veya yasal bir engel bulunmayan hâllerde elektrik hizmetinden yararlanmak isteyen kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla hizmetten yararlanan kişinin hizmetin bedelini ödemesi gerekir. Aynı şekilde sözleşmesiz ve kaçak olarak elektrik hizmetinden yararlanan kişinin de kullandığı elektriğin bedelini ödemesi gerekir. Aksine bir yaklaşım sözleşme yapıp, normal tüketime ilişkin tarife göre ödeme yapan kişilerin aleyhine, kaçak elektrik kullananların lehine bir sonuca yol açar. TBK'nın 146.maddesinde (818 sayılı BK md.125) sözleşmeye dayanan alacakların, başka türlü hüküm mevcut olmadığı takdirde 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulması halinde olaya uygulanacak zamanaşımı süresi de 10 yıldır. Kaçak elektrik kullanımından dolayı tutanak tutulduğunda taraflar arasında "sözleşme benzeri" bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir..." <lexpera.com.tr> E.T. 09/03/2025.

⁸⁵ Larenz (n 6) 492.

sebebsiz zenginleşme hükümlerine göre tazmin etmelidir⁸⁶. Bir diğer görüşe göre fiili sözleşmenin ismine aldanmamak gerekir. Bu gerçekte bir sözleşme olmayıp yalnızca bir dengeleme mekanizması olduğundan ehliyetsiz kişilerle devam eden fiili ilişkiler de fiili sözleşme teşkil edebilmektedir⁸⁷.

Yararlanan iletim sisteminin niteliğine göre mühür kırarak, sayaç saati bozarak, izinsiz boru hattı çekerek veya bu kapsamda başka bir eylemle bedel ödemeksizin iletim sisteminden karşılıksız fayda sağlamaktadır. Yapılmaktan imtina edilmiş kullanım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin başında kullanım bedelleri gelmektedir. Kaçak kullanıma dayalı fiili sözleşmelerde uygulanması gereken hükümlerin tespitinde en önemli ayırım, yararlanılanın hukuki statüsüdür. Yararlanan kişinin tacir olması veya kurulmamış sözleşmenin ticari iş sayılması halinde bunun hükümleri uygulanmalıdır. Fakat yararlanana tüketici sıfatını haizse, yani yararlanma onun kişisel bir ihtiyacını karşılamaktaysa, tüketici hukukuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Adi işlerde ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK hükümleri uygulanmalıdır.

D. Kaçak Kullananın Yararı ve Yararlanılanın Zararı

Kaçak kullanım, yalnızca bedel karşılığında sunulan hizmetten hizmet sağlayanın rızası olmadan faydalanılmasını ifade eder. Uygulamada hizmet sağlayıcılar, hizmetten yararlanan kişilerle abonelik sözleşmeleri akdetmektedir. Abonelik sözleşmesi, bir tarafın düzenli olarak mal veya hizmet temin etmeyi üstlendiği, diğer tarafın ise buna karşılık bir bedel ödemeyi üstlendiği sürekli borç ilişkisi niteliğinde sözleşmedir⁸⁸. Tüketici mevzuatı dışında kanunî bir tanımı yoktur ve uygulandığı alanda amaca göre isimlendirilmektedir⁸⁹. Kaçak kullanımda akdinden kaçınılan

⁸⁶ C Müller (n 1) N. 414.

⁸⁷ Bucher und Aebi-Müller (n 2) N. 102.

⁸⁸ Arnold Lehmann-Richter (n 88) ‘Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke’ in Westphalen F G von, Pamp R und Thüsing G (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München, Rn. 1 ff.; Birgit Roth-Neuschild, ‘§ 13 Überlassung von Software auf Zeit’ in Auer-Reinsdorf A und Conrad P (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht* (2019) 3. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 58.

⁸⁹ bkz. Lehmann-Richter (n 88) Rn. 1: Bu bağlamda elektrik tedarik sözleşmeleri, telekomünikasyon sözleşmeleri, e-ticaret sözleşmeleri, spor-fitness salonu sözleşmeleri, gibi sözleşmeler abonelik sözleşmesi sayılabilir. Fakat hizmet kavramı daha geniş yorumlarsa kira sözleşmesi ve işgörme sözleşmeleri de abonelik sözleşmesi olarak yapılabilir. Örneğin eğlence veya spor gibi bir hizmetten yararlanılması için oluşturulan abonemankartı, bisiklet veya araba paylaşımına yönelik car-sharing sözleşmeleri kira ve iş görme sözleşmelerinin abonelik sözleşmesi şeklinde yapılmış halleridir. O halde, mal veya hizmet tedarikinin sürekli olması kaydıyla hemen hemen her edim abonelik sözleşmesi yapılmasına uygundur.; Benzer örnekler için bkz. Thomas Probst, ‘Art. 8 UWG / IX. Potentiell problematische Klauseln’ in Jung P (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2023) Stämpfli Verlag 1340-1373, N. 510; Ayrıca bkz. Roth-Neuschild. (n 88) Rn. 58: Bir yazılımın çevrimiçi sunulmasına yönelik abonelik sözleşmeleri uygulamada “subscription agreement” olarak anılmaktadır. Bu anlaşmalarla kullanıcı, yazılımı çevrimiçi ortamda kesintisiz olarak kullanır.; Ayrıca bkz. Herbert Schönle, ‘OR 184’ in Gauch P (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a* (1993) Schulthess Polygraphischer Verlag 104-123, N. 105: Abonelik sözleşmeleri ile art arda teslimli satış sözleşmeleri de yapılabilir.

sözleşme de genellikle bir abonelik sözleşmesidir. Bu bakımdan yarar, tedarikçinin diğer kullanıcılarla akdettiği abonelik sözleşmelerinde sunduğu edimdir.

Abonelik sözleşmeleri, kombine tipte karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Özellikle kombine tipte karma sözleşmelerde bir veya daha çok edime karşılık karşı tarafın edimi yalnızca bir bedel ödemektir⁹¹. Kaçak kullanıcının yararı, abonelik sözleşmelerinde tedarikçinin edimi hangi ölçütlere göre belirleniyorsa bu kapsamda belirlenmelidir. Yararlanılanın zararının en önemli kısmını bu yararın parasal karşılığı oluşturmaktadır. Bunun dışında, hizmetin sunulduğu iletim altyapısına verilen zararların giderilmesi için ödenmesi gereken tazminat da zararın kalanını oluşturmaktadır. Nihayetinde kaçak kullanıcının sorumluluğu bir tür para borcundan ibarettir ve buna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

Abonelik sözleşmesi bir tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapıldığı takdirde tipik bir sözleşmedir ve ilgili tüketici mevzuatının özel uygulama alanına girmektedir⁹². 6502 s. TKHK m. 52/I uyarınca abonelik sözleşmeleri tüketicinin, sözleşmede belirlenmiş mal ya da hizmetleri düzenli aralıklarla veya kesintisiz olarak edinmesinin sağlandığı sözleşmelerdir⁹³. Bağlı yönetmelik olan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde⁹⁴ de m. 4/I (a) bendinde benzer şekilde tanımlanmıştır.

IV. KAÇAK KULLANIMA DAYALI FİİLÎ SÖZLEŞMELERDE TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ AYRIMI YAPILMASININ HÜKMÜ

A. Tacir veya Tüketici Sifatının Tespiti

Mevzuatımızda TKHK m. 3/I (k) bendi uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir⁹⁵. § 13 BGB (Alman Medeni Kanunu) hükmü uyarınca tüketici, ticari faaliyet ya da serbest meslek faaliyeti icra

⁹⁰ Lehmann-Richter (n 88) Rn. 3.

⁹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hüseyin Acun, *Otel Kontenjan Sözleşmesi* (2023) Adalet Yayınevi, 69 vd.

⁹² Lehmann-Richter (n 88) Rn. 7.

⁹³ Mehmet Aslan, *Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi* (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-182, 160 vd.; Selin Sert Sütçü, 'Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1457-1481, 1462.

⁹⁴ Resmî Gazete Tarih: 24 Ocak 2015 Sayı: 29246

⁹⁵ Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, *Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi* (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395-436, 396-397; M. Murat İncoğlu, 'Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz' (2016) *Recht der Internationalen Wirtschaft* 572-577, Deutscher Fachverlag. 573; Osman Levent Özyay, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 257-272, 257-258; Selin Sert Sütçü, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M. 80 Hükmüne Göre Piramit Satışlar' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2505-2519, 2507 dipnot 12.



etmeksizin hukuki işlem yapan gerçek kişidir⁹⁶. Bunun karşıt kavramı olan girişimci (unternehmer) de § 14 BGB hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca girişimci, ticari faaliyet veya serbest meslek faaliyeti kapsamında hareket eden gerçek kişiler, tüzel kişiler veya şahıs şirketleridir⁹⁷. Tüketici sıfatının belirlenmesinde kişinin entelektüel ya da ekonomik durumu belirleyici olmayıp ticari işletmesi bulunan bir kişinin dahi kendi ihtiyacı için hareket etmesi durumunda tüketici sayılması söz konusu olacaktır⁹⁸.

Hukukumuzda kanun koyucu tüketici tanımına tüzel kişileri de eklemiş olup öğretide ticari amaç gütmeyen dernek ve vakıfların tüketici sayılabileceği ifade edilmektedir⁹⁹. Alman hukukunda kamu yararına dernekler de dahil olmak üzere tüzel kişilerin tüketici sıfatı yoktur¹⁰⁰. İsviçre hukukunda ise ülkenin Avrupa Birliği müktesebatında yer alan düzenlemelerden Lugano Sözleşmesi'ni kabul edip uygulamasıyla¹⁰¹ bu düzenlemedeki tüketici tanımını iç hukukunda benimsenmiştir¹⁰². Düzenlemenin Art. 15 abs. I hükmü uyarınca tüketici ve tüketici işlemi kavramı dolaylı yoldan tanımlanmaktadır. Buna göre mesleki veya ticari faaliyete atfedilemeyen bir amaçla sözleşme yapan gerçek kişiler tüketicidir¹⁰³. Bununla birlikte İsviçre ve AB hukuk sistemlerinde yeterince kapsayıcı ve yeknesak bir tüketici tanımının bulunmayışı eleştirilmektedir¹⁰⁴. İsviçre Hukukundaki dağınık düzenlemelere Art. 40a OR hükmü¹⁰⁵, Art. 32 ZPO (İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu) hükmü¹⁰⁶, Art. 3 KKG (İsviçre Tüketici Kredileri Kanunu) hükmü, Art. 2 Abs. 3 PauRG (İsviçre Paket Tur Kanunu) hükmü ve Art. 114-120 IPRG (İsviçre Milletlerarası Özel

⁹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 13 Verbraucher: “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*”; Henning Harte-Bavendamm und Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2021) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 122.; Markus Saller, ‘Verbraucherverträge’ in Hamm C (Hrsg.), *Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch* (2022) 12. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, Rn. 8.; C. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)* (2023) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München, § 449 Rn. 49-52.

⁹⁷ Saller (n 96) Rn. 8.

⁹⁸ Schmidt (n 96) § 449 Rn. 50.

⁹⁹ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 404-405.

¹⁰⁰ Saller (n 96) Rn. 8.

¹⁰¹ Schweiz mit der Ratifikation des Lugano Übereinkommens (LugÜ): Metne erişmek için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/801/de>> E.T. 24/12/2024.

¹⁰² Helmut Heiss, ‘UWG 8’ in Heizmann R und Loacker L D (Hrsg.), *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (2018) Dike Verlag 1115-1145, N. 110.

¹⁰³ Andreas Furrer und Andreas Glarner, ‘Lugano-Übereinkommen (LugÜ)’ (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 356-389, Stämpfli Verlag, N. 16.

¹⁰⁴ Helmut Heiss, *Grundfragen des Konsumentenrechts* (2020) Schulthess Juristische Medien, N. 3.1-3.6.

¹⁰⁵ Kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin olup dolaylı bir tüketici tanımı yer almaktadır.

¹⁰⁶ “*Verbraucher*” yerine “*konsumenten*” kavramı kullanılmıştır.

Hukuk Kanunu) hükümleri örnek verilebilir¹⁰⁷. Ayrıca “ticari veya mesleki faaliyet” kriteri, küçük işletmeleri, çiftçileri ve serbest meslek çalışanlarını koruma alanının dışında bıraktığı için eleştirilmektedir¹⁰⁸. Buna karşın, şahsî varlıklarını sermaye piyasalarında nemalendiren özel yatırımcıların (=Privatanleger), bankalara karşı tüketici olarak değerlendirilmesi de eleştirilmektedir¹⁰⁹.

Kaçak kullanımda bulunan kişinin yükümlülüğünün belirlenebilmesi için tüketici sıfatını taşıyıp taşımadığı belirlemek gerekmektedir. Bu bakımdan tarafın bir girişimci (ticari veya mesleki faaliyette bulunan kişi) olarak hareket edip etmediği tespit edilmelidir¹¹⁰. Yargılama hukukunun genel ilkelerine riayeten tüketici işleminin tespitinde, kendisine avantaj sağlayan bir tüketici hükmüne dayanan kişinin hem tüketici işlemi yaptığını ileri sürmesi hem de bunu kanıtlaması gerekmektedir¹¹¹. Fakat bir girişimci olarak hareket eden kişi bu davranışıyla bağlı kalmak durumunda olup sonradan sırf tüketici hükümlerinden yararlanmak amacıyla tüketici olduğu iddiasını ileri sürmesi dikkate alınmamalıdır¹¹². Kaçak kullanımda bulunmuş olan bir borçlunun tüketici hukukunun kendisi bakımından elverişli sayılan hükümlerinden faydalanabilmesi için, tüketici sıfatının bulunduğunu ispat yükü kaçak kullanımda bulunana ait sayılmalıdır. Aksinin kabulü, kusurlu davranışıyla bir kazanımda bulunan kişiye sırf sessiz kalması sebebiyle elverişli bir statü bahşetmek anlamına gelecektir. Kanımızca, kimsenin kendi kusurundan fayda sağlayamayacağını öngören “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” prensibi ve TMK m. 3/II hükmü de tüketici sıfatını veya tacir sıfatı bulunmadığını ispat yükünün kaçak kullanımda bulunan kişide olduğunun kabulünü gerektirmektedir.

¹⁰⁷ Furrer und Glarner (n 103) N. 26-26a.

¹⁰⁸ Heiss (n 86) N. 110; Fridolin Walther, ‘ZPO 32’ in Hausheer H und Walter H P (Hrsg.), *ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* (2012) Stämpfli Verlag 290-299, N. 15.

¹⁰⁹ bkz. Susanna Gut, *Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten* (2014) SSFM - Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 116, Schulthess Juristische Medien 86-126, 96-98: Avrupa Birliği Adalet Divanı ve İsviçre mahkemelerine göre tüketici, mal ve hizmetleri, özel ve kişisel amaçlarla edinen gerçek kişilerdir. Tüketicinin gerçekte korumaya muhtaç olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Milyonerler dahi tüketici mahkemelerine başvurabilir. Lugano Sözleşmesi Art. 15 hükmü uyarınca bankaların harici varlık yönetim sözleşmeleri yaptıkları özel yatırımcılar tüketici tanımına uymaktadır. Hakim görüşüne göre bunlar kazanç sağlama amaçları bulunsu dahi tüketici olarak değerlendirilmektedir.

¹¹⁰ Susanne Vogt und Friedrich Graf von Westphalen, ‘Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke’ in Graf von Westphalen F, Thüsing G und Pamp R (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München, Rn. 12.

¹¹¹ Carsten Thomas Ebenroth, Franz Jürgen Boujong und Axel Fest, *Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht* (2024) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, Rn. 17.

¹¹² Bkz. Vogt und Westphalen (n 110) Rn. 12: Bir hukuki işlem hem kişisel kullanım hem de ticari veya mesleki amaca hizmet ediyorsa çifte kullanım (“dual-use”) işlemleri olarak adlandırılmaktadır. Çifte kullanım işlemlerinde daha baskın olan kullanım amacı esas alınmaktadır.



Bazı hallerde kaçak kullanılan hizmet hem kişisel hem de ticari veya mesleki amaca hizmet ediyor olabilir. Tüketici sıfatının kabul edilebilmesi için ticari veya mesleki amacın son derece ikincil olması, kişisel kullanımın esas olması gerekmektedir¹¹³. Buna karşın, sunulan hizmet açıkça sağlayıcı tarafından yalnızca girişimcilere sunulan bir hizmetse, yani tüketiciler bu sözleşmeyi yapmaktan dışlanmışsa, bu hizmetten yararlanan tüketici sayılmamalıdır¹¹⁴.

B. Kaçak Kullanıma Dayalı Fiilî Kullanım Sözleşmesine Ticarî Hükümler veya Tüketici Hukuku Hükümleri Uygulanması

Fiilî sözleşme teorisinin kabulünün en önemli sonuçlarından biri de ispat yükünün borçluya ait olmasıdır. Haksız fiilde zararın varlığını ve miktarını ispat etme yükümlülüğünü zarar görene yükleyen TBK m. 49 vd. hükümleri fiilî sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz.

Edim dengesini sağlamak adına, sırf kendi kişisel ihtiyacı için kaçak kullanımda bulunan bir kişiyi ticari abonelik sözleşmesi hükümleri kapsamında giderimle yükümlü kılmak da hakkaniyetli sayılamaz. Ancak kaçak kullanımın bir ticari işletmeye ilişkin olması halinde fiilî sözleşme ticari iş sayılmalıdır. TKHK ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında kaçak kullanımın sırf kişisel ihtiyaç giderilmesi amacıyla yapılmış olması halinde fiilî sözleşme bir tüketici işlemi sayılmalıdır.

1. Kullanım Bedeline Uygulanan Tarifenin Farklı Olması

Bir mal veya hizmetin düzenli olarak sunulduğu sözleşmelerde bedelin belirlenmesi işin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Abonelik sözleşmelerine ilişkin TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği hükümlerinde kullanım dönemi, birim fiyat ve faturalandırma gibi kavramlar düzenlenmiş olsa da bir hesaplama yöntemine yer verilmemiştir. Hesaplama yöntemlerinde uygulanacak esaslar teknik düzenlemelerde yer almaktadır. TEİAŞ tarafından yayımlanan “İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama ve Uygulama Yöntem Bildirimi” isimli düzenleme hükümleri uyarınca iletim sistemini kullanan kişilerin dağıtıcı ile bir anlaşma yapıp yapmamasına bakılmaksızın sözleşme tarifelerine göre ücretlendirilmektedir. Düzenleme ve ekleri uyarınca kullanım bedellerinde “tarife bölgeleri”, 81 il bazında tarife bölgeleri, kullanım miktarına göre değişken tarifeler gibi hesaplama yöntemleri kullanılmaktadır. EPDK ve TEİAŞ tarafından konulan bu esaslar çerçevesinde imtiyaz sahibi elektrik dağıtım şirketleri kullanıcılarla abonelik sözleşmeleri akdetmekte ve faturalandırmada bu esaslara riayet etmektedir¹¹⁵.

¹¹³ Vogt und Westphalen (n 110) Rn. 12.

¹¹⁴ Michael Glossner, ‘Teil 5.1 Die Grundregeln des elektronischen Geschäftsverkehrs’ in Christoph Leupold, Andreas Wiebe und Michael Glossner (Hrsg.), *IT-Recht* (2021) 4. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 201-220, Rn. 199-202.

¹¹⁵ Enerji piyasasında yapılan dağıtım ve elektrik sağlama sözleşmeleri için bkz. Çağlar Özel, Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Fatma Özel, ‘Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler’ (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2073-2125, 2085 vd.

Kullanım bedeline uygulanacak hükümler bu dağıtıcıların kullanıcılarla yaptığı tip sözleşme ve tarife türüne göre belirlenmelidir.

2. Yararlananın Faiz Ödeme Borcunun Farklı Olması

Kaçak kullanım halinde yararlananın yararlanılana bedel ödeme borcu doğduğundan bunun fer'i olan faizi de tespit etmek zorunludur. Kullanıma karşılık ödenen bedel bir tür para borcudur. Kaçak kullanım tarihinden itibaren yararlanılanın muaccel bir alacağı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu tarihten itibaren temerrüt faizi de işleyecektir. Hukukumuzda adi işlerde temerrüt faizi oranı TBK m. 88 ve 120 hükümlerinde düzenlenmiştir. 3095 s. “Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun” da temerrüt faizini somutlaştıran bir diğer düzenlemedir. TKHK hükümleri TTK, TBK veya 3095 s. Kanun hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olmasına karşın¹¹⁶ temerrüt faizinin oranına ilişkin bir düzenleme içermemektedir¹¹⁷. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde de faize ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. TKHK m. 83/I hükmü uyarınca bu konuda diğer kanun hükümleri niteliği uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Bu sebeple tüketici işlemlerine de temerrüt faizinin oranı bakımından adi iş hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸.

Temerrüt faizinin oranını belirleyen bir hüküm bulunmamasına rağmen TKHK hükümlerinde faize ilişkin belli başlı sınırlandırmalar hüküm altına alınmıştır. TKHK m. 4/VII hükmü uyarınca tüketici işlemlerinde temerrüt hali dahil bileşik faiz uygulanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla fiili sözleşmenin tüketici işlemi sayılmasının bir diğer sonucu, kullanım bedeline ilişkin faizin bileşik faiz olarak tespit edilememesidir.

SONUÇ

Fiili sözleşme ilişkisi, sözleşme benzeri borç ilişkileri içinde yer alan bir teoridir. Mevzuat veya dürüstlük kuralı gereği aralarında sözleşme bulunmayan tarafların aralarındaki borç ilişkisine sözleşme kurallarının uygulanmasını amaçlamaktadır. Fiili sözleşme teorisi İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde federal mahkemeler tarafından bir süre uygulandıktan sonra uygulama alanını giderek kaybetmiştir. Günümüzde yine de yargı kararlarında ve öğretide; kira hukukunda, iş hukukunda, ortaklıklar hukukunda, banka hukukunda, fikrî mülkiyet hukukunda ve sigorta hukukunda da kullanıldığı görülmektedir. Bazı hallerde uygulama, bazı hallerde ise mevzuat hükümleri, somut bir borç ilişkisinin fiili sözleşme olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Örneğin TBK m. 394/II hükmü ortada geçerli bir

¹¹⁶ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 420.

¹¹⁷ Murat Aydoğdu ve Serkan Ayan, *Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi* (2014) Adalet Yayınevi 237 vd.; Çıtır, Eren. “Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, 2016, s. 37-52, s. 49.

¹¹⁸ Bahtiyar ve Biçer (n 95) 419.



hizmet sözleşmesi bulunmasa bile hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin borç ilişkisine uygulanmasını öngörmektedir. Kaçak elektrik kullanımlarına ilişkin husus ise elektrik dağıtımına ilişkin teknik mevzuat hükümlerinde düzenlenmektedir. TEİAŞ tarafından düzenlenen “Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifeleri ve Yöntem Bildirimi” isimli yıllık olarak yayımlanarak yürürlüğe konulmaktadır. Yönergenin “Fiyatlandırma ile İlgili Düzenlemeler ve Anlaşmalar” başlığı taşıyan ekinin 1.5. no’lu ve diğer çeşitli hükümleri uyarınca elektrik iletim sistemi kullanıcıları TEİAŞ ile sözleşme yapıp yapmadığına bakılmaksızın sanki aralarında sözleşme varmış gibi değerlendirilmektedir. Bu kanımızca mevzuat hükmünden doğan bir fiilî sözleşme ilişkisidir. Bu durumda ortaya kaçak kullanıcının bir tüketici gibi mi yoksa bir tacir gibi mi hareket ettiği sorunu çıkmaktadır. Bu ayrım fiilî sözleşme ilişkisine uygulanması gereken sair mevzuat hükümlerinin tespiti bakımından önemlidir. Eğer kaçak kullanıcı şahsi kullanım amacı güden bir tüketici gibi hareket etmekteyse ve kullanım miktarı teknik mevzuatta belirlenmiş limitleri aşmıyorsa fiilî sözleşme bir tüketici işlemi olarak değerlendirilmelidir. Kaçak kullanım bir ticari işletmeye ilişkinse fiilî sözleşme ticari iş olarak değerlendirilmelidir. Bunun sonucu olarak fiilî sözleşmeden doğan bedel ödeme borcuna ilişkin tarife ve bunun fer’i olarak faiz ödeme borcu farklılık göstermektedir.

KAYNAKÇA

Acun H, *Otel Kontenjan Sözleşmesi* (2023) Adalet Yayınevi

Aslan M, *Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi* (2020) 6(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-182

Aydoğdu M ve Ayan S, *Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi* (2014) Adalet Yayınevi

Bahtiyar M ve Biçer L, *Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi* (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395-436

Baumann A, *Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen* (2012) Pflegerecht - Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 81-90, Stämpfli Verlag

Berger M, *Entwicklungen im Immaterialgüterrecht / Le point sur le droit de la propriété intellectuelle* (2007) 103 Schweizerische Juristen-Zeitung 403-409, Schulthess Juristische Medien

Binder M, *Art. 216 OR, Obligationsrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 123-137, Schulthess Juristische Medien

Bucher E und Aebi-Müller R E, 'Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit' (2017) Stämpfli Verlag 318-349

Burri C, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags* (2010) Schulthess Juristische Medien 161-187

Busche, *Münchener Kommentar zum BGB*, 10. Auflage (2025) § 147

Cihan A H, *Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar* (2015) Vedat Kitapçılık

Çelen S ve Karaalp F, 'Teiaş'ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu' (2021) 12(48) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 509-546

Doğan B F, 'Teiaş'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu' (2013) 4(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-84

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2022) Yetkin Yayınevi

Gnos U P, Hohler D und Anner F, *Gesellschaftsrecht: Entwicklungen 2017* (2018) Stämpfli Verlag

Döbeli T, *Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen Unter besonderer Berücksichtigung der Sperrung von Geldern* (2020) Dike Verlag

Ebenroth C T, Boujong F J und Fest A, *Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht* (2024) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck

Emmel F, *Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge* (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 511-516, Schulthess Juristische Medien

Fountoulakis C, 'Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte' (2018) Aktuelle Juristische Praxis 95-99, Dike Verlag

Furrer A und Glarner A, 'Lugano-Übereinkommen (LugÜ)' (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 356-389, Stämpfli Verlag

Gauch P, Schluep W R und Schmid J, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2014) 10. Aufl. Schulthess Verlag

Glossner M, 'Teil 5.1 Die Grundregeln des elektronischen Geschäftsverkehrs' in Leupold C, Wiebe A und Glossner M (Hrsg.), *IT-Recht* (2021) 4. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 201-220

Grebski L, *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 922-925, Orell Füssli Verlag

Gut S, 'Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten' (2014) SSFM - Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 116, Schulthess Juristische Medien 86-126

- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (2021) Yetkin Yayınevi
- Harte-Bavendamm H und Henning-Bodewig F (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2021) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München
- Heiss H, ‘UWG 8’ in Heizmann R und Loacker L D (Hrsg.), *UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (2018) Dike Verlag 1115-1145
- Heiss H, *Grundfragen des Konsumentenrechts* (2020) Schulthess Juristische Medien
- Huguenin C, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil* (2019) 3. Aufl. Schulthess Verlag
- İnceoğlu M M, ‘Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz’ (2016) Recht der Internationalen Wirtschaft 572-577, Deutscher Fachverlag
- Jauernig M, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Auflage (2023) C.H. Beck, Vorbemerkungen Rn. 16-20
- Kama M, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri* (2020) On İki Levha Yayıncılık
- Klaus P, *Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag* (2020) Schulthess Juristische Medien
- Kılıçoğlu A, ‘Fiilî Sözleşme İlişkileri’ (1985) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 738-752
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) (2017) Filiz Kitabevi
- Koller A, ‘Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge’ (2020) Aktuelle Juristische Praxis 562-571, Dike Verlag
- Koller A, ‘Ausserordentliche Kündigung der Wohnungs- und Geschäftsmiete wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters - Ungeschriebene Kündigungstatbestände und Rechtsfolgen einer ausserordentlichen Kündigung’ (2010) Aktuelle Juristische Praxis 845-854, Dike Verlag
- Koller A, *Der Grundstückkauf* (2017) Stämpfli Verlag
- Krauskopf F, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (2021) Schulthess Juristische Medien 315-317
- Kut A und Bauer C, ‘Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR’ (2023) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 1-31, Schulthess Juristische Medien
- Larenz K, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1989) 7. Aufl. München

Lehmann-Richter A, 'Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke' in Westphalen F G von, Pamp R und Thüsing G (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München

Lienhard B, *Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten: Familien- und Erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda* (2017) ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 281, Schulthess Juristische Medien

Markworth D, *Vertragsschlüsse durch faktisches oder sozialtypisches Verhalten?* (JuS 2024, 1105)

Messer R, *Rückwirkung im Gesellschaftsrecht* (2013) Stämpfli Verlag 125-139

Meyer T und Drossard K, 'Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO und wer sie zu tragen hat' (2024) Haftung und Versicherung 4-10, Dike Verlag

Minnig Y, *Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte: Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis* (2018) ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 828, Stämpfli Verlag

Müller C, 'Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht' (2018) BK - Berner Kommentar 239-255, Stämpfli Verlag

Müller R, *Haftungsfragen am Berg* (2016) Dike Verlag

Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2022) Vedat Kitapçılık

Özay O L, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 257-272

Özbilen (n 7) *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (2016) On İki Levha Yayıncılık

Özel Ç, Özcan Büyüktanır B G ve Özel F, 'Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler' (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2073-2125

Özsoy M A, *Özel Hukuk İlişkisine Dayalı Olarak Çalışanların Buluşları* (2020) On İki Levha Yayıncılık

Probst D, 'Arbeitsvertrag' (2021) SHK - Stämpflis Handkommentar 8-27, Stämpfli Verlag

Probst T, 'Art. 8 UWG / IX. Potentiell problematische Klauseln' in Jung P (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (2023) Stämpfli Verlag 1340-1373



Riemer H M, 'Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht' (2009) Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 116-122, Stämpfli Verlag

Rohrer B, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar* (2018) SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft 1-29, Schulthess Juristische Medien

Roth-Neuschild B, '§ 13 Überlassung von Software auf Zeit' in Auer-Reinsdorff A und Conrad P (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht* (2019) 3. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Saller M, 'Verbraucherverträge' in Hamm C (Hrsg.), *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch* (2022) 12. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Schister R, *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht* (2021) EXIMIUS - Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02

Schmid J, 'Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete BGE 126 III 69 ff.' (2000) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 205-209, Stämpfli Verlag

Schmidt C, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)* (2023) 5. Aufl. Verlag C.H. Beck, München

Schönle H, 'OR 184' in Gauch P (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a* (1993) Schulthess Polygraphischer Verlag 104-123

Schurtenberger P, *Der Allianzvertrag: Vergütung und Haftung nach einem neuen Vertragsmodell* (2021) Schulthess Juristische Medien

Schweizer M, 'Patentgesetz PatG Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG)' (2019) SHK - Stämpflis Handkommentar 833-861, Stämpfli Verlag

Schweizer M, 'PatG 73' (2016) *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* 2296-2313, Dike Verlag

Sert Sütçü S, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M. 80 Hükmüne Göre Piramit Satışlar' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2505-2519

Sert Sütçü S, 'Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1457-1481

Syz C, *Faktisches Vertragsverhältnis* (1991) Schulthess Polygraphischer Verlag

Taşkın Z D, *Sözleşmenin Kurulması* (2020) On İki Levha Yayıncılık

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (1993) Filiz Kitabevi



Vito R und Kuzniar N, 'Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung' (2019) Aktuelle Juristische Praxis 1105-1111, Dike Verlag

Vogt S und Graf von Westphalen F, 'Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke' in Graf von Westphalen F, Thüsing G und Pamp R (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (2024) 50. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München

Walther F, 'ZPO 32' in Hausheer H und Walter H P (Hrsg.), *ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung* (2012) Stämpfli Verlag 290-299

Weber R H und Emmenegger S, 'Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR' (2020) BK - Berner Kommentar 1-19, Stämpfli Verlag

Werder D und Rudolph R, 'OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht' (2023) OFK - Orell Füssli Kommentar 1387-1390, Orell Füssli Verlag

Wyss E und von der Crone H C, 'Bestechung bei Vertragsschluss Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)' (2003) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 35-44, Schulthess Juristische Medien

Yavuz M A, *Elektrik Tedarik Sözleşmeleri* (2022) On İki Levha Yayıncılık

Yünlü S (n 11) *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (2019) On İki Levha Yayıncılık.

SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKINA VE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASINA İLİŞKİN SORUNLAR

*Problems Regarding the Preemption Right of the Owners
of Adjoined Agricultural Land and Its Repeal*

Ömer Faruk PETEK*

Özet

Türk Hukukunda sınırdaş tarımsal arazi maliklerine 2014 yılında bir yasal önalım hakkı tanınmıştır. Ancak, uygulamada yol açtığı sorunlar sebebiyle bu hak 2020 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte derdest davalarda hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkmış ve bu konuda mahkemeler tarafından farklı kararlar verilmiştir. Konunun bir diğer özelliği de daha sonra yürürlükten kaldırılan yasal önalım hakkı ve dava açma zorunluluğu düzenlemelerinin her ikisinin de Türk Hukukuna özgü olmalarıdır. Çalışmada bu yasal önalım hakkının kaldırılmasının altında yatan sebepler ve yürürlük hukuku bakımından etkisi konuları hukuki yönleriyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önalım hakkı, sınırdaş tarımsal arazi, kanunların yürürlüğü, mülkiyet hakkının kısıtlamaları, yenilik doğuran hak, inşai dava

Abstract

The statutory right of preemption for the owners of adjoining agricultural lands was recognized by Turkish Law in 2014. However, due to the issues it provoked in practice, this right of pre-emption had to be repealed in 2020. With the repeal of the preemption right, the question of which provisions should be applied in pending cases has arisen, and different decisions are made by the courts on this very issue. In this study, the reasons behind the repeal of the right of pre-emption and the effect of the repeal of the right of pre-emption in terms of time are examined from a legal perspective.

Keywords: Right of pre-emption, adjoined agricultural land, applicability of laws, restrictions on the ownership, formative right, constitutive lawsuit

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.07.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Arş. Gör., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk ABD, omer.petek@ihu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5786-6353>

GİRİŞ

Önalım hakkı, kullanılmasıyla birlikte hak sahibi ve muhatap arasında satış ilişkisi kuran yenilik doğuran bir haktır¹. Bu hak iki taraf arasında nispi hak şeklinde kararlaştırılabilir ya da mülkiyet hakkının kısıtlaması olarak yasal önalım hakkı şeklinde düzenlenmiş olabilir. Yasal önalım hakkı dendiğinde ilk akla gelen Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) paylı mülkiyete tabi taşınmazın paydaşlarına tanınan önalım hakkıdır. Bunun yanında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na (TKAKK)² 30.04.2014 tarihinde 6537 sayılı Kanunun³ 5. maddesiyle eklenen 8/İ maddesi ikinci fıkrasıyla yeni bir yasal önalım hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre, bir tarımsal arazinin satılması durumunda ona sınırdış tarımsal arazi malikleri önalım hakkına sahiptirler. Bu yeni yasal önalım hakkının amacı tarımsal arazilerin aynı kişinin mülkiyetinde toplanması ve böylece tarımsal verimliliğin artırılmasıdır. Ortalama tarımsal arazi büyüklüğünün gelişmiş tarım ülkelerinin çok gerisinde olduğu⁴ göz önüne alındığında mülkiyet hakkının bu gerekçeyle kısıtlanmasında kamu yararı olduğu inkar edilemez. Ancak, bu hakkın kullanılması arazilerin satışına bağlı olduğundan amaçlanan sonucun gerçekleşmesinin uzun bir zamana yayılacağı şüphesizdir. Buna rağmen, çok kısa bir sürede mevcut haliyle

¹ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. bs, Yetkin Yayınları 2016) 409; Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (Vedat Kitapçılık 2007) 54; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 154; Osman Açıkgöz, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)* (2. bs, On İki Levha 2022) 80; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984) 614; Simge Aksu Kayacan, 'Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Doğumu ve İleri Sürülebilmesi İçin Gerekli Unsurlar' (2020) 15 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 617, 620; Sinan Okur, 'Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)' (2019) 9 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 114; Turan Şahin, 'Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı' (2018) 24 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 906, 907; Gökçe Canarslan, 'Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı' (2020) 6 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 14; Mert Yaşar, 'Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler' (2004) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423, 425; Fikret Eren, 'Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) 12 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 106; Ümit İlker Özcan, 'Sınırdış (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 Sayılı Kanunun 8/İ Maddesinin 2. Fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 Sayılı Kanunun 20'nci Maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme' (2021) 16 Terazi Hukuk Dergisi 264, 266; Melek Bilgin Yüce, 'Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları' (2022) 30 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 787, 792; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti* (Seçkin 2020) 345; Mehmet Erdem, 'Yasal Önalım Bedeli ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Bedelin Güncellenmesi Meselesi' in Saibe Oktay Özdemir, Atilla Altıp ve Azra Arkan Serim (eds), *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan*, C. 1 (Filiz 2020) 791.

² Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 2005 (Resmi Gazete).

³ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 2014 (Resmi Gazete).

⁴ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gereğesi 2013.

sınırdış tarımsal arazilerde önalım hakkının amaçlanan sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmadığı ve kötüye kullanıldığı gerekçesiyle olumsuz yönlerinin daha fazla olduğu görülmüştür⁵. Nitekim, bu gerekçeyle 7255 sayılı Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunun 20. maddesiyle 04.11.2020 tarihinde anılan önalım hakkı yürürlükten kaldırılmıştır⁶.

Anılan yasal önalım hakkı düzenlemesinin amacının gerçekleşmesi için yürürlükte kaldığı sürenin yeterli olmadığı ve hükmün uygulamada ortaya çıkan sorunlar sebebiyle zorunlu olarak yürürlükten kaldırıldığı açıktır. Ancak, önalım hakkının tamamen yürürlükten kaldırılmasıyla da sorunlar tam anlamıyla giderilememiştir. Bu sefer mevcut haklar ve derdest davalar için zaman bakımından yürürlük kuralının nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Aralarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin (BAM) de bulunduğu farklı yargı mercileri tarafından bu konuda birbiriyle çelişen kararlar verilmiştir⁷. Bir kısım mahkemeler kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesine dayanarak yürürlükten kalkan hükmü derdest davalarda uygulamaya devam etmişlerdir. Bazı mahkemeler de kanunların derhal uygulanması ilkesi uyarınca hakkın tamamen ortadan kalktığını belirterek derdest davaları reddetmişlerdir.

Bu çalışmanın konusu yukarıda bahsedilen yasal önalım hakkının yürürlükte olduğu dönemde ve yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte uygulamada ortaya çıkan sorunların incelenmesidir. Türk hukukunda diğer bir yasal önalım hakkı olan paylı mülkiyette paydaşlara tanınan önalım hakkı çok uzun süredir uygulanmaktadır. Kullanım bakımından her iki önalım hakkı arasında bir fark bulunmamaktadır⁸. Dolayısıyla, yürürlükten kaldırılan hükmün öngörülen amacı gerçekleştirmeye elverişsiz olması ve uygulamada kötüye kullanılmasının sebeplerini öncelikle düzenlemenin esasında aramak gerekir. Düzenlemenin kapsamının çok geniş tutulmuş olması

⁵ Hakkın kötüye kullanılması teknik bir ifade olup hukuken korunmayan bir durumdur. Teorik olarak hakkın kötüye kullanıldığı durumlarda TMK m.2 hükmü buna engel olacaktır. Ancak, 7255 s. Kanun'un gerekçesinde bu ifadeye yer verildiği için açıklamalarımızda bu haliyle kullanmakta bir sakınca görmüyoruz. 7255 Sayılı Kanun Gerekçesi 2020 [221] 10.

⁶ Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun 2020 (Resmi Gazete).

⁷ Karş. *Antalya BAM 5 HD, 2021/450, 19042021; Samsun BAM 1 HD, 2021/564, 22032021; Konya 4 BAM, 2020/1770, 30122020; Samsun BAM 1 HD, 2020/2030, 21122020; Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25112020; Bursa BAM 15 HD 2023/371 E 2024/305 K; Yargıtay HGK 2019/14-798 E 2022/730 K.*

⁸ Haluk Burcuoğlu, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler', *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri: Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: 26-27 Haziran 2008, İstanbul Üniversitesi - Merkez Bina, Doktora Salonu, Beyazıt/İstanbul* (On İki Levha 2011) 298; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. bs, Filiz Kitabevi 2023) 637; Yaşar (n 2) 427; Simge Aksu Kayacan, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması' (2020) 17 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529, 552; Özcan (n 2) 267; Buz (n 2) 183; Açıkgöz (n 2) 79; Erdem (n 2) 792.



uygulamadaki sorunların en önemli sebeplerindendir. Özellikle, hakkın konusu olan tarımsal araziler yönünden nitel veya nicel hiçbir sınırlamanın öngörülmemiş olması öğretide eleştirilmiştir⁹. Bunun yanında, uygulamada çok yaygın olan bedelde muvazaa konusu da bir diğer önemli sebeptir. Tapu işlemlerinde yüksek harç ödemekten kaçınmak için bedelin düşük gösterilmesi ve satış ilişkisinin bunun üzerinden kurulması yaygın şekilde hükmün amaçlanan fayda dışında kullanıldığı iddialarına yol açmıştır¹⁰. Sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan yasal önalım hakkı yürürlükten tamamen kaldırılmış olsa da bu sorunların incelenmesi ve muhtemel çözümlerin araştırılması benzer düzenlemeler bakımından önemlidir.

Hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte ortaya çıkan sorunlar, derdest davaların akıbetinin ne olacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı kaldırılırken özel bir yürürlük düzenlemesi veya geçiş hükmü getirilmemiştir. Bu yüzden derdest davalarda sorunun yürürlük hukuku ilkelere ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun kurallarına göre çözülmesi gerekmektedir. Bunu yaparken öncelikle maddi hukuk kurallarını uygulayarak önalım hakkının doğumu ve kullanılmasından ne anlaşılması gerektiği tespit edilmeli, ardından yürürlük hukuku hükümleri uygulanarak bir sonuca varılmalıdır. Bu sayede, aslında yürürlükten kaldırıldığı tarihten sonra bu önalım hakkına ilişkin hükmün uygulanmaya devam edileceği bir ihtimalin bulunup bulunmadığı ve bu yöndeki mahkeme kararlarının hukuken yerindeliğini değerlendirilebilir.

I. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI VE SATIŞ İLİŞKİSİNİN KURULMAANI

Yenilik doğuran haklar, kural olarak hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılırlar ve muhatabının kabulüne gerek olmaksızın hükümlerini doğururlar¹¹. İrade beyanının varmasıyla taraflar arasında konusu daha önce belirlenen hukuki ilişki meydana gelir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için ise öncelikle önalım olayının gerçekleşmesi gerekir¹².

Yenilik doğuran hakların kullanılmasında kural tek taraflı irade beyanının yeterli olmasıyken, kamu düzeni, muhatabın veya üçüncü kişinin haklarının korunması gibi gerekçelerle bazı yenilik doğuran hakların dava açarak kullanılması gerektiği ön-

⁹ Baki İlkay Engin, ‘Tarımsal Önalım Hakkının Kullanılmasına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ in Saibe Oktay Özdemir, Atilla Altop ve Azra Arkan Serim (eds), *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu’na Armağan*, C. 1 (Filiz 2020) 734; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 644 dn. 1242a.

¹⁰ Bilgin Yüce (n 2) 803 dn.29; Engin (n 10) 734; 7255 Sayılı Kanun Gerekçesi (n 6).

¹¹ Demirbaş (n 2) 80; Buz (n 2) 179; Özcan (n 2) 267.

¹² Eren, *Mülkiyet* (n 2) 452; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 634; Şükran Taman Şıpka, *Kanuni Önalım (Şufl’a) Hakkı, (MK m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları)* (Alfa Basım Yayın Dağıtım 1994) 49; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 2) 616; Açıkgöz (n 2) 78; Topuz (n 2) 367.

görülebilir¹³. Türk hukukunda sadece dava yoluyla kullanılabilen boşanma, babalık hükmü, soy bağının reddi gibi yenilik doğuran haklar ve bunlardan doğan davalar mevcuttur¹⁴. Eğer bir hakkın yalnızca dava açılarak kullanılması düzenlenmişse bu hakka dayanarak açılan bu davalara yenilik doğuran veya inşai dava denir¹⁵. İnşai davalar genel olarak Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK) m. 108’de düzenlenmiştir. Bu dava türünün usul hukukundaki tespit davası ve eda davasından temel farkı hakimin kararının davanın açıldığı esnadaki mevcut durumu tespit etmesi ve bunun gereğinin yapılmasını sağlaması değil, bir hukuki durumda kurucu, değiştirici veya bozucu etki meydana getirmesidir¹⁶. Bir diğer ifadeyle, inşai dava yoluyla kullanılabilen yenilik doğuran haklar bakımından dava açma iradesi tek başına hukuki ilişkiyi meydana getirmek için yeterli olmayıp hakimin kararının da kesinleşmesi gerekir. İnşai davalar da kendi içerisinde ikili bir ayrım ile incelenmekte, tarafların dava dışında da anlaşarak aynı sonucu meydana getirebilmesi durumunda gerçek olmayan inşai dava, mutlaka hakim kararının da gerektiği durumlarda ise gerçek inşai dava söz konusu olmaktadır¹⁷.

Türk hukukunda, İsviçre’deki düzenlemeden ayrılarak, tüm önalım haklarının ve dolayısıyla sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının kullanılması önalım davasına bağlanmıştır. Bu konuda ilk düzenleme 2002 yılında TMK m. 734 ile yasal önalım hakkı için getirilmiş, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır” düzenlemesiyle yenilik doğuran bu hakkın sadece dava yoluyla kullanılması öngörülmüştür¹⁸. Aynı kural 2012 yılında bu sefer TBK’de hukuki işlem den kaynaklanan önalım hakkı için de tekrarlanmıştır¹⁹. Böylece, anılan düzenlemeler

¹³ Yenilik doğran hakların dava yoluyla kullanılması bakımından ‘numerus clausus’ ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Demirbaş (n 2) 81; Hakan Pekcanitez (ed), *Pekcanitez Usul Cilt II*, C. 2 (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017) 984; H Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (Beta 2009) 207 vd.; Elif Irmak Büyük, *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm* (On İki Levha 2021) 274 vd.

¹⁴ Demirbaş (n 2) 81; Buz (n 2) 188 vd.; Büyük (n 14); Ergun Önen, *İnşai dava* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları 1981) 46 vd.

¹⁵ Demirbaş (n 2) 81; Buz (n 2) 188 vd.; Pekcanitez (n 14) 984; Aksu Kayacan (n 9) 557; Türk Hukukunda inşai davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Büyük (n 14).

¹⁶ Pekcanitez (n 14) 987; Demirbaş (n 2) 82; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. bs, Demir-Demir 2001) 1470; Büyük (n 14) 17; Önen (n 15) 48.

¹⁷ Bu ayrımı vurgulamak için öğretide “inşai dava hakkı” ifadesinin de kullanıldığına dair bkz. Büyük (n 14) 15 vd.

¹⁸ Burcuoğlu (n 9) 298; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 637; Yaşar (n 2) 427; Aksu Kayacan (n 9) 552; Özcan (n 2) 267; Buz (n 2) 183; Açıkgöz (n 2) 79; Erdem (n 2) 792; Ahmet M Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’unumuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler* (Turhan Kitabevi 2003) 320.

¹⁹ Buz’a göre bu tercih TBK’da düzeltilmesi gereken vahim bir hatadır. Buz (n 2) 158 vd. Eren, *Mülkiyet* (n 2) 410; İlhan Helvacı, ‘Satış İlişkisi Doğuran Haklar’ in Murat İncoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler, Tebliğler* (XII Levha 2012) 232; Konuya dair tartışmalar için bkz. Genel Görüşme Murat İncoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler, Tebliğler* (1. baskı, XII Levha 2012) 233 vd. Burcuoğlu (n 9) 283 vd. Mustafa Alper Gümüş, *Türk*



neticesinde Türk hukukunda önalım hakkı sadece dava yoluyla kullanılabilen bir yenilik doğuran hak, satış ilişkisinin kurulması için hakim kararının kesinleşmesi zorunlu bir unsur haline gelmiştir²⁰. Türk hukukuna özgü bu çözümün gerekçesi önalım hakkı neticesinde mülkiyetin elde edilebilmesi için uygulamada irade beyanının hiçbir durumda yeterli olmamasıdır²¹. Ancak, değişikliğe gerekçe gösterilen bu gerekliliğin kanun hükmü haline getirilmesi amacını aşan bir sonuç yaratmaktadır. Çünkü bu düzenlemeyle davanın hukuki niteliği, bir eda davası olan tescile zorlama davasıyken²² gerçek inşai davaya dönüşmüştür²³. Buna karşılık düzenlemeye rağmen taraflar haricen anlaştıkları takdirde de önalım hakkına dayanarak tescil talebinde bulunabilecekleri yönünde azınlık görüşü varlığını sürdürmüştür²⁴. Ancak, öğretide ağırlıklı görüş bu düzenlemeler sonrasında önalım hakkının dava dışında kullanılamayacağı yönündedir²⁵. Bu sebeple, önalımdan kaynaklı satış ilişkisinin davanın açılması veya dava dilekçesinin tebliğiyle kurulduğunu ileri süren görüşlere²⁶ yeni Kanun döneminde itibar edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler (Vedat Kitapçılık 2007) 139 vd.

- ²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 636; ‘Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimi ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran karardır.’, Yargıtay HGK, T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, Topuz (n 2) 389; Murat Tezcan, Beyza Canbolat ve Melisa Eda Akıncı, ‘Önalım Hakkı’ (2019) 2019 Ankara Barosu Dergisi 177, 183; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 14) 210; Kılıçoğlu (n 19) 320; Aydın Aybay ve Hüseyin Hâtemî, *Eşya Hukuku* (3. bs, Vedat 2012) 196.
- ²¹ Burcuoğlu (n 9) 298; Topuz (n 2) 390; Eren, *Mülkiyet* (n 2) 410; Erdem (n 2) 792.
- ²² Gürsoy, Eren ve Cansel (n 2) 617; Şıpka (n 13) 203; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şıf’a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959) 357; Aksu Kayacan (n 9) 555; Açıkgöz (n 2) 260.
- ²³ Kuru (n 17); Eren, ‘Yasal Önalım’ (n 2) 117; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 639; Şahin (n 2) 926; Özcan (n 2) 267; Türk Hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.108’de düzenlenen inşai davaların öncelikli olarak kamu yararı ve hukuk güvenliği kaygılarıyla sadece taraf iradesinin yeterli görülmediği, mahkeme incelemesinin gerekli görüldüğü davalar olduğu yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Büyük (n 14) 13 vd. Aksi yönde bkz. Bilgin Yüce (n 2) 800; Yargıtay HGK, T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, 6. HD., T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K. 2007/4098 Topuz (n 2) 389, 390.
- ²⁴ Hatemi bkz Demirbaş (n 2); Mustafa Alper Gümüş, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi’ (2012) 8-9 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435, 450; Aynı sonucun taraf iradesi ve eda davasıyla da sağlanabildiği bu durumda da gerçek olmayan inşai dava söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Büyük (n 14) 42 vd. Kuru (n 17) 1470.
- ²⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 636; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2023) 587; Eren, *Mülkiyet* (n 2) 410; Yargıtay HGK, T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, Topuz (n 2) 389; Yaşar (n 2) 427; Kılıçoğlu (n 19) 320; Aybay ve Hâtemî (n 21) 196.
- ²⁶ Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (14. bs, 2015) 31,32; Şıpka (n 13) 208 vd. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 636; Mehmet Serkan Ergüne, ‘Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ (2009) 2009 Legal Hukuk Dergisi 3151; Önen (n 15) 46 vd.

Önalım hakkının kullanılmasının ancak gerçek inşai davayla mümkün olması karşısında satış ilişkisi hakimın vereceği kararın kesinleşmesiyle kurulduğunu kabul etmekten başka bir seçenek bulunmamaktadır²⁷.

Dava açma zorunluluğu sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının kullanılması bakımından da söz konusudur. Zira TKAKK m. 8/İ/II'de "Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır" ifadesiyle açıkça, hakkın kullanılabilmesi için dava açmak zorunlu kılınmıştır (TMK m. 734)²⁸. Buna göre, sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanmak için doğrudan hakkın muhatabına yapacağı bildirim hukuken hiçbir hüküm doğurmaz. Hatta karşı taraf bu bildirimi kabul etse dahi, buna dayanarak tapuda bir tescil talebinde bulunamaz²⁹.

II. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEME İLİŞKİN SORUNLAR

Sınırdaş tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkı ile paydaşlara tanınan önalım hakkı yasadan kaynaklanmaları ve önalım olayı olarak satış işlemini kabul etmeleri yönünden benzerdir. Ancak, bunlardan ilkinin yürürlükte kaldığı süre ikincisi kadar uzun olamamıştır. Kanaatimizce bu durumun en temel sebebi önalım hakkını tanıyan m. 8/İ/II'deki düzenlemenin yeterli özenle hazırlanmamış olmasıdır. Hükmün konusu, güdülen amacı gerçekleştirmek için elverişli olmasına karşın, uygulama alanı yeterince sınırlandırılmayarak çok geniş tutulmuştur. Özellikle, tarımsal bütünlük kavramının belirsiz olması, tarımsal araziler için nitelik veya nicelik yönünden hiçbir ayırım gözetilmemesi, hakkın kötüye kullanılması ihtimaline karşı özel bir önlem alınmamış olması uygulamada hakkın yürürlükten kaldırılmasını gerektirecek derecede önemli ve yaygın sorunlara yol açmıştır³⁰.

A. Tarımsal Bütünlük Kavramının Belirsiz Olması

Sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı bakımından akla ilk gelen sorunlardan bir tanesi hükmün ifadesinde yer alan tarımsal bütünlük kavramının hukuken belirsiz olmasıdır. TKAKK m. 8/İ/II c. 2 "Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir." şeklindedir. Buna göre, satılan tarımsal arazinin birden fazla tarımsal arazi sınırdaşı olması halinde maliklerden her biri önalım hakkını kullanabilecektir.

²⁷ Eren, *Mülkiyet* (n 2) 421 vd.; Eren, 'Yasal Önalım' (n 2) 124; Aksi yönde bkz. Topuz (n 2) 389; Ergüne (n 27) 3151.

²⁸ Bilgin Yüce (n 2) 799; Topuz (n 2) 390; Canarslan (n 2) 12; Engin (n 10) 735.

²⁹ Buna karşılık tarafların mülkiyeti devir sonucuna ulaşmak için tapuda aynı şartlarla yeni bir satış sözleşmesi yapması mümkündür. Ancak, bu durumda devrin hukuki sebebi yasal önalım hakkının kullanılması değil, bu yeni satış sözleşmesi olacaktır. Aynı yönde bk. Aybay ve Hâtemî (n 21) 196.

³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 644 dn. 1242a; Engin (n 10) 736.



Böyle bir durumda hangi malikin diğerine tercih edileceği, paylı mülkiyetinin aksine, özel olarak düzenlenmiştir. Hükümün amacı göz önünde tutulduğunda bu konunun düzenlenmesi ve paylı mülkiyette önalım hakkından farklı bir çözümün kabul edilmesi yerindedir.

Tarımsal araziler yönünden arazinin sınırdışlar arasında bölünmesi yerine tarımsal bütünlük arz eden sınırdış arazi malikinin diğerlerine göre öncelikli olması kuraldır. Sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan yasal önalım hakkının amacı miras ve diğer sebeplerle her geçen gün daha da küçülen tarım arazilerinin birleştirilerek ekonomik ve tarımsal verimin artırılmasıdır. Bu yüzden, satılan arazinin bölünmesi yerine sınırdış maliklerden birine öncelik tanınmasını öngören çözüm hakkın amacına daha uygundur³¹.

Birden fazla önalım hakkının aynı anda kullanılması sorununa TKAKK m. 8/İ/II'de getirilen çözümün aksayan tarafı, kuralın dayandığı tarımsal bütünlük kavramının belirsiz olmasıdır. Kavramın bir tanımının bulunmaması, öğretide eleştirilere; uygulamada sorunlara yol açmıştır³². Hükümden veya Kanunun genelinden tarımsal bütünlük ifadesiyle tam olarak neyin kastedildiğini anlamak mümkün değildir. TKAKK gibi başka bir kanunda da buna ilişkin bir tanım bulunmadığından, kavramın tanımlanması ancak bu konudaki öğreti ve içtihatlarla mümkündür. Öğretide ağırlıklı görüş, kavramla sınırdış arazilerde aynı türden tarımsal faaliyetin yürütülmesinin kastedildiği yönündedir³³. Öğretinin aksine, mahkeme kararlarında kavramı tarif çabasının başarılı olmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin iptalini değerlendirdiği kararında tarımsal bütünlük ve ekonomik bütünlük kavramlarını birbirini yerine kullanmaktadır³⁴. Halbuki tarımsal bütünlük kavramı için tüketici bir tanım bulunmasa da ekonomik bütünlük ile farklı kavramlar olduğunu açığa çıkarır³⁵. Kararın kendisinde de ifade edildiği üzere ekonomik bütünlük fiziki olarak yakın ya da sınırdış olmakla ilgili olmayıp tarımsal arazilerin birlikte işletilmesine ilişkindir. Yargıtay kararlarında da bu iki kavram birbirine ek-

³¹ İspanya Medeni Kanunu'nda düzenlenen tarımsal taşınmazlar bakımından önalım hakkı kapsamında bu soruna getirilen çözüm de maliklerden birinin hakkının öncelenmesi ve arazi mülkiyetinin bölünmemesi yönündedir. Bu kanun hükmüne göre, birden fazla sınırdış önalım hakkını kullandığı takdirde en büyük arazi sahibine öncelik verilir. Eğer birden fazla aynı büyüklükteki arazi bu şartı sağlıyorsa sınırdış tarım arazisi maliklerinden önalım hakkını ilk kullananın hakkı önceliklidir Feyzioğlu (n 23) 50.

³² Cevdet Yavuz ve Osman Açıkgoz, 'Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi' (2021) 40 Public ve Private International Law Bulletin 893, 910.

³³ Recep Adıgüzel, 'Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı' (2016) 90 İstanbul Barosu Dergisi 121, 128; Ş Barış Özçelik, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi' (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 104; Şahin (n 2) 909; Canarşlan (n 2) 14 vd. aksi yönde Aksu Kayacan (n 9) 582.

³⁴ *Anayasa Mahkemesi*, 2014/165, 30102014.

³⁵ Canarşlan (n 2) 15; Aksu Kayacan (n 9) 578.

lenerek türetilen tarımsal ekonomik bütünlük kavramıyla tarımsal bütünlük ölçütü somutlaştırılmaya çalışılmış ancak tutarlı bir sonuç elde edilememiştir³⁶.

Tarımsal bütünlük kavramı hükmün uygulama alanının sınırlandırılması bakımından elverişli bir ölçüttür. Nitekim Yargıtay'ın tarımsal bütünlüğü genel bir sınırlama olarak kabul etmek istediği kararları olmuştur³⁷. Ancak, mevcut düzenleme itibariyle tarımsal bütünlük yalnızca birden fazla önalım hakkının kullanılmasında hakime tanınan takdir yetkisini sınırlandırmak için düzenlenmiştir. AYM de tarımsal bütünlük ölçütünü böyle görmektedir³⁸. Öğretideki bir görüşe göre ise düzenlemede hüküm içi boşluk türlerinden tanımlama boşluğu söz konusu olup hakime bir takdir yetkisi bırakılmıştır³⁹. Kanaatimizce de tarımsal bütünlük gibi belirsiz bir kavramın mevzuatta bir tanımının olmaması bunun hüküm içi boşluk olduğu ve kanun koyucunun hakime bir takdir yetkisi tanıdığı şeklinde değerlendirilmelidir.

B. Tarımsal Arazinin Büyüklüğüne Dair Sınırlama Olmaması

Daha önce belirttiği gibi sınırdaş tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkının uygulamada sorunlara yol açmasının sebeplerinden bir tanesi de hükmün

³⁶ “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 30.04.2014 tarihli 6537 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişen 8/İ maddesi ‘... tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamazlar. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma onu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.’ hükmünü içermektedir. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun amacı, toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasların belirlenmesi olarak düzenlenmiştir. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda öngörülen bütünlük tarımsal bütünlük olup, fiziki ve maddi bütünlük değildir. Anayasa Mahkemesinin 30.10.2014 tarih, 2014/133 E., 2014/165 K. sayılı Kararında da işaret edildiği üzere ‘İşletmeyi meydana getiren taşınmaz mallar arasında bir tek arazi parçası bulunabileceği gibi, birden çok arazi parçası da bulunabilir. Tarımsal işletmenin ekonomik bütünlüğe sahip olması, işletmeyi oluşturan taşınır ve taşınmaz mallar arasında fonksiyonel bir birlik ve bağlılığın bulunmasını gerektirmektedir. Ekonomik bütünlük, tarım parselleri arasında fiziki bütünlük bulunmasını zorunlu kılmamaktadır. İşletmeyi oluşturan arazi, bina ve diğer yapılar ile alet ve makineler aynı kişi tarafından ortak bir merkezden yönetilebildiği takdirde bu malların ekonomik bütünlük arz ettiği kabul edilir.’ Bu sebeple taşınmazın hangi sınırdaş araziyle ‘tarımsal ekonomik bütünlük’ oluşturduğunun teknik olarak tespiti gerekmektedir.” *Yargıtay 14 HD, 2019/193, 09012019 193; Aksu Kayacan (n 9) 577.*

³⁷ *Yargıtay 14 HD, 2019/486, 17012019; Aksu Kayacan (n 9) 576 dipnot 143; Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Cevdet Yavuz ve Murat Topuz, ‘Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler’ (2016) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 663.*

³⁸ *Anayasa Mahkemesi, 2014/165, 30.10.2014 (n 35).*

³⁹ Aksu Kayacan (n 9) 583; ‘Tarımsal bütünlük esasen sınırdaş arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesi için aranan bir şart değildir.’ Engin (n 10) 740.



kapsamının çok geniş olmasıdır. Kanun hükmü düzenlenirken eksik bırakılan hususlardan bir tanesi de en kolay ve objektif ölçütlerden biri olan arazi büyüklüğüne bir sınırlama getirilmemesidir⁴⁰. Kanunda ne önalım hakkına konu olan taşınmaz ne de önalım hakkını kullanan malike ait sınırdış tarımsal taşınmaz yönünden bir sınırlama vardır. Paylı mülkiyetteki yasal önalım hakkında taşınmazın sınırları aynı zamanda önalım hakkının da doğal sınırlarını teşkil etmektedir. Zaten paylı mülkiyette önalım hakkının amaçlarından bir tanesi de nihayet tüm payların tek kişinin malvarlığında toplanması ve paylı mülkiyetin bu şekilde son bulmasıdır⁴¹. Ancak, sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkında kuramsal olarak da olsa böyle doğal bir sınır belirlemek mümkün değildir. Elbette TMK m. 2 uyarınca hakkın kullanılmasında dürüstlük kurallarından kaynaklanan sınırlar mevcuttur. Ancak, mülkiyet devrinin kısıtlamasına dair istisna olarak kalması gereken böyle bir düzenleme yapılırken sınırlamanın kanunda öngörülmesi kanaatimizce daha uygundur. Bu sınırlama önalım hakkının konusu olan taşınmaz veya önalım hakkı sahibine ait taşınmaz bakımından asgari veya azami bir yüz ölçümü belirlenmesi şeklinde olabilirdi⁴².

Kanun koyucunun arazinin büyüklüğü bakımından hükmün kapsamını sınırlandırmayı tercih etmemiş olması uygulamada buna ihtiyaç duyulmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında TKAKK'ın pozitif genel planından yola çıkarak Kanun hükmünde yer almamasına rağmen asgari tarımsal arazi büyüklükleri ölçütünü bu amaçla kullanmak istemiştir⁴³. Yar-

⁴⁰ Aksu Kayacan (n 2) 676; Adıgüzel (n 34) 127; Bilgin Yüce (n 2) 807.

⁴¹ Gürsoy, Eren ve Cansel (n 2) 614; Eren, *Mülkiyet* (n 2) 412; Şıpka (n 13) 18; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 632; Yaşar (n 2) 426; 'Öte yandan, mülkiyet hakkını sınırlandıran kuralın, paylı mülkiyet ilişkisinin bir bütün olarak tek elde toplanıp son bulmasını amaçlaması, dolayısıyla paydaşlar arasında meydana gelebilecek hukuk düzeninde istenmeyen anlaşmazlıkların önlenmesini sağlaması nedeniyle kamu yararına olduğu da kuşkusuzdur...' AYM, E. 2003/34, K.2007/94 (12 Aralık 2007); Topuz (n 2) 348; İlhan Helvacı, 'Anayasa Mahkemesinin Medeni Kanunumuzun 713. Maddesi ve Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile İlgili Kararları Üzerine' in Tufan Ögüz ve İlhan Helvacı, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: (21 Mayıs 2012)* (XII Levha 2013) 41; Okur (n 2) 133.

⁴² Nitekim, bu hükme en yakın düzenlemelerden biri olan İspanyol Medeni Kanunu m.1523 düzenlemesinde sınırdış tarımsal arazi malikleri tarafından önalım hakkının ancak 1 hektar yüz ölçümünün altında kalan araziler bakımından kullanılabileceği sınırlaması getirilmiştir. Feyzioğlu (n 23) 49; Yazara göre de bu önalım hakkı bakımından tartışılması gereken en önemli sorun arazi büyüklüğü bakımından bir üst sınır belirlenmesidir. Engin (n 10) 734.

⁴³ "Kanun koyucu, belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünün altındaki parsellerin satışa konu edilmeleri halinde, satın almada öncelik hakkını komşu parsel malikine tanımak suretiyle, belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerinin komşu parsellerle birleştirilmesini ve asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturulmasını hedeflemiştir. Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Bu yapılırken, önalım hakkının kullanılmasıyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerekir. Satış yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkını kullanılabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki ta-

gıtay'ın bu yaklaşımı hükmün sınırlandırılması ihtiyacına yapmış olduğu vurgu yönünden kanaatimizce yerindedir. Ancak, başvurmuş olduğu asgari tarımsal arazi büyüklüğü ölçütü Kanunun amacı yönünden tartışılabilir⁴⁴. Her şeyden önce asgari tarımsal arazi büyüklüğü adından da anlaşıldığı gibi, Kanunda arazilerin bundan daha küçük parçalara bölünmemesi için getirilmiş bir alt sınırdır. TKAKK m. 8 uyarınca belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklükleri "... mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez." şeklindedir. Halbuki 5403 sayılı Kanunun gerekçesinde, ülkemizde ortalama tarımsal işletme büyüklüklerinin halihazırda 5.9 hektara kadar düştüğü, bu ortalamanın gittikçe azaldığı ve gelişmiş tarım ülkelerinde ortalamaların 50 hektar civarında olduğu belirtilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla, asgari tarımsal arazi büyüklüğü ölçütünün üst sınır olarak uygulanması durumunda hükmün uygulama alanı, amacına aykırı ve gereğinden fazla daralmış olacaktır⁴⁶.

Kanun maddesinde, tarımsal arazilerin kendi büyüklüklerinin yanında birbirlerine göre büyüklükleri yönünden de herhangi bir sınırlama söz konusu değildir⁴⁷.

rafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir. Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerinin hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı, belirlenen büyüklüğün altındaki tarım arazilerinin komşu tarım arazileriyle birleştirilmesini hedeflediği açıktır." *Yargıtay 14 HD, 2019/339, 15012019*; 'Satışı yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkını kullanılabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir. Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerinin hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı, belirlenen büyüklüğün altındaki tarım arazilerinin komşu tarım arazileriyle birleştirilmesini hedeflediği açıktır. (Yargıtay 7.Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 2022/719 Esas 2023/3125 karar sayılı 06.06.2023 tarihli ilamı ile Yargıtay 14.Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 2018/3645 Esas 2019/339 karar sayılı 15.01.2019 tarihli ilamları)'... 'taşınmazların bir bütün olarak büyüklüklerinin 5403 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinde hedeflenen asgari tarımsal arazi büyüklük miktarı olan 2 hektar (20.000 m2) asgari tarımsal arazi büyüklüğü miktarının üzerinde olduğu, verilen karar ile davalıya ait parsellerin sahip olduğu 2 hektar (20.000 m2) asgari tarımsal arazi büyüklüğünün ortadan kalktığı, kanun koyucunun tarım arazilerinin hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı anlaşıldığından bu taşınmazlar hakkında önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. 4721 sayılı Kanun'un 2 inci maddesinde belirtildiği gibi; herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.' *Bursa BAM 15. HD 2023/371 E. 2024/305 K. (n 8)*.

⁴⁴ Söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. Aksu Kayacan (n 2) 678; Engin (n 10) 748.

⁴⁵ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi (n 5) 7; Yazarlara göre kanun amacı arazilerin birleştirilmesi yoluyla asgari büyüklüğe ulaşmak değil, tarım arazilerinin bölünmesini engellemektir. Yavuz ve Açıkgoz (n 33) 913 vd. Engin (n 10) 745 vd.

⁴⁶ Engin (n 10) 746.

⁴⁷ Bilgin Yüce'ye göre, maddenin yürürlükten kaldırılmasının sebeplerinden biri de tarım arazilerinin



Satılardan çok daha büyük bir arazinin maliki tarafından ya da tam tersine çok küçük bir arazinin maliki tarafından büyük bir arazi için yasal önalım hakkının kullanılmasının önünde hiçbir engel yoktur. Kanaatimizce bu yönde bir sınırlama sorunların çözümü için tek başına yeterli olmayacaktır. Yine de tarım arazilerinin büyüklükleri arasında çok fazla fark olması durumunda somut olayın dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi önerilebilir. Nitekim, büyük yüz ölçümlü arazilerin satış müzakereleri uzun sürdüğünden sırf önalım hakkına sahip olmak için bu arazilere sınırdış küçük yüzölçümlü tarımsal araziler satın alınabilmektedir. Böyle bir ihtimalde önalım hakkının kullanılmasını genel bir düzenlemeyle tamamen engellemek ölçsüz bir sınırlama olacaktır. Ancak, tapu kayıtlarıyla tespiti çok zor olmayan bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunda tereddüt edilmemelidir.

C. Tarımsal Arazi Kavramının Çok Geniş Belirlenmiş Olması

Önalım hakkını düzenleyen hükmün kapsamının fazla geniş olmasının bir diğer sebebi tarımsal arazi kavramının çok genel bir ölçüt olmasıdır. Daha önce belirttiğimiz gibi istisnai olması gereken hükmün uygulama alanı bu sebeple gereğinden fazla genişlemiş ve nihayet tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Halbuki hükmün kapsamını makul ölçülere indirmek için arazide veya arazilerde fiilen tarımsal faaliyet yürütülüyor olması ya da her iki taşınmazın da aynı türden tarım arazisi olması gibi kıstasların getirilmesi yerinde olurdu⁴⁸. Nitekim, Yargıtay 14. HD aslında sadece birden fazla sınırdış tarımsal arazi maliki tarafından önalım hakkının kullanılması durumunda öngörülen tarımsal bütünlük kavramını kullanarak hükmün uygulama alanını daraltmak istemiştir⁴⁹. Kanaatimizce, TKAKK m. 8/İ/II hükmü yürürlükten kaldırılmasaydı da bu ölçüt güvenli bir hukuki uygulamayı tesis etmekte tek başına yeterli olmazdı. Nitekim, aynı Daire'nin sonraki kararlarında bu kıstasın yanına arazide fiilen tarım faaliyeti yürütülmesi gerekliliğinin de eklendiği görülmektedir⁵⁰.

miktarları dikkate alınmadan önalım hakkı tanınmasının, uygulamada yarattığı mağduriyetlerdir. (Bilgin Yüce (n 2) 807).

⁴⁸ Örneğin İspanyol Medeni Kanunu'nda açıkça belirtilmemekle birlikte uygulamada hem önalım konusu arazinin hem de sınırdış arazinin fiilen tarımsal faaliyette kullanılıyor olması aranmaktadır, bkz. Fezyioğlu (n 23) 49 dipnot 143.

⁴⁹ "... mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesine göre ... taşınmazların aralarında tarımsal bütünlük olup olmadığı ... araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken..." *Yargıtay 14 HD, 2019/486, 17.01.2019* (n 38); Aksu Kayacan (n 9) 576 dipnot 143; Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Yavuz ve Topuz (n 38).

⁵⁰ "...fiili kullanım durumlarına göre tarımsal arazi niteliği taşıyıp taşımadıkları tespit ettirilerek tarımsal bütünlük sağlanıp sağlanmadığı hususlarında ayrıntılı denetime uygun rapor alınmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır" *Yargıtay 14 HD, 2019/1158, 12.02.2019*; "...taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Satış yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkının kullanabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tara-

Yargıtay'ın bu konudaki değerlendirmesi açıklanan şekilde olsa da öğretilerde bir görüşe göre, tek bir sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından yasal önalım hakkının kullanılması durumunda tarımsal bütünlük kavramına başvurmak ve hükmün uygulama alanını bu şekilde daraltmak mümkün değildir. Çünkü hükme göre bu ölçüt yalnızca birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde uygulanmalıdır. Hakkı tanımlayan ilk fıkra yerine hemen iki cümle sonrasında bu ölçütün düzenlenmesi bunun bilinçli bir tercih olduğunu göstermektedir⁵¹. Aksi yöndeki görüş ise hükmün amacı ve uygulama alanı arasında açık bir ölçüsüzlük olduğu için bir sınırlamaya ihtiyaç duyulduğu yönündedir. Bu yüzden, hükmün lafzında bu ifade yer almamasına rağmen, ölçülülük ilkesi gereği mahkeme kararlarında bu sınırlamanın kullanılmasının normun koruma amacına uygun olduğu belirtilmektedir⁵².

D. Bedelde Muvazaa Sorunu

Sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının yürürlükte olduğu dönemde uygulamada yaşanan en büyük problem bedelde muvazaadan kaynaklanmıştır. Bedelde muvazaanın iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki üçüncü kişilerin önalım hakkını kullanmasını engellemek için işlem bedelinin gerçek bedelin çok üzerinde gösterilmesidir⁵³. Diğeri ise esas işlem bedelinin gerçek ve rayiç bedelin altında gösterilmesidir⁵⁴. Ülkemizde taşınmaz satışı gibi resmi işlemlerde harç ve vergilerden kaçınmak için bu tür işlemler genellikle emlak vergisine esas değer üzerinden yapılmaktadır. Aslında tüm yasal önalım hakları için geçerli olan bu durumlardan özellikle ikincisi TKAKK m. 8/I/II hükmünün uygulanması bakımından önemli mağduriyetlere yol açmıştır⁵⁵.

Sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı hem Türk hukukuna yeni girmiş hem de temel kanunlarda düzenlenmemiştir. Diğer taraftan, kanundan kaynaklandığı için tapuya şerh edilmeksizin herkese karşı ileri sürülebilen bu hakkın tapu sicilinden anlaşılması da mümkün değildir. İşte bu yüzden, bu yeni önalım hakkından haberdar olmayan birçok malik tarımsal arazilerini harç ve vergilerden kaçınmak için tapuda düzenlenen resmi satış senedinde gerçek bedelin çok altında göstererek satmış ve bu bedeller üzerinden önalım hakkına muhatap olmuşlardır⁵⁶.

findan istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir..." *Yargıtay 14 HD, 2019/339, 15.01.2019* (n 44).

⁵¹ Yavuz ve Açıkgöz (n 33) 912.

⁵² Bilgin Yüce (n 2) 805, 806.

⁵³ Eren, *Mülkiyet* (n 2) 414; Topuz (n 2) 166; Tezcan, Canbolat ve Akıncı (n 21) 193.

⁵⁴ Eren, *Mülkiyet* (n 2) 415; Eren, 'Yasal Önalım' (n 2) 112; Bilgin Yüce (n 2) 802; Tezcan, Canbolat ve Akıncı (n 21) 193.

⁵⁵ 7255 Sayılı Kanun Gerekçesi (n 6).

⁵⁶ Bilgin Yüce (n 2) 803.



Bu malikler doğal olarak diğer sınırdaslara satışa ilişkin herhangi bir bildirim de yapmamıştır. TKAKK m.8/İ hükmünün atfıyla TMK m.733'te yer alan hak düşürücü süreler uygulanacağından, böylece önalım hakkının kullanılabileceği 2 yıllık bir zaman dilimi ortaya çıkmıştır. Böylece resmi satış senedinde satış bedeli düşük gösterilen tarımsal arazileri ucuza almak için sınırdas tarımsal arazi maliklerinden para karşılığı 'vekaletname toplayan girişimciler' türemiştir. Üstelik yasal önalım hakkını kullanarak edinilen bir sınırdas tarımsal arazinin hemen sonra kar amacıyla üçüncü kişilere satılmasının önünde önalım hakkının kendisinden başka bir engel bulunmamaktadır. Aynı durum tarımsal arazinin gerçek değerinde devredilmesi durumunda dahi eleştiri konusu olabilir. Bu duruma bir önlem alınmamasının özellikle yukarıda açıklanan hakkın kötüye kullanılması ihtimalini fazlasıyla kolaylaştırdığı çok açıktır.

Resmi senette satış bedelinin düşük gösterilmesinden kaynaklanan muvazaa sorunu paylı mülkiyete tabi taşınmazlardaki yasal önalım hakkı için de geçerlidir⁵⁷. Sınırdas tarımsal arazi maliklerinin tapuya şerh edilmesine ihtiyaç olmayan böyle bir yasal önalım hakkından haberdar olmamaları ve bu yüzden bu hakkı dikkate almadan satış işlemini gerçekleştirmeleri bu sorunun daha sık ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Aslında yasal önalım hakkının kanunda yer almasıyla herkesin bildiği kabul edilir. Aleniyet ve üçüncü kişilerin hak sahipliği bakımından tapuda herhangi bir şerh gerekmemesi doğaldır. Ancak, uygulama alanı bu kadar geniş tutulan bir hakkın TMK yerine özel kanunla düzenlenmesi de eleştiri konusu yapılabilir.

III. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASIYLA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. Genel Olarak

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasıyla Türk hukukuna giren sınırdas tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı, yönel-diği amaçtan beklenen faydayı gerçekleştirmekten çok amacı dışında kullanılmaya açık bir düzenleme olmuştur. Bu sebeple, başta çiftçiler olmak üzere tarım arazileri maliklerinin zararına yol açtığı gerekçesiyle 04.11.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7255 sayılı Kanunla tümüyle kaldırılmıştır. Hükmün yürürlükten kaldırılması, artarak devam etmesi muhtemel sorunların önünü kesmek bakımından yerinde olmuştur. Ancak, 7255 sayılı Kanunun gerekçesinde de açıkça ifade edilen mevcut zararlar için bir çözüm sağlayıp sağlamadığı konusu öğretide ve

⁵⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 455; Topuz (n 2) 166 vd. Bilgin Yüce (n 2) 805; Erdem (n 2) 792; Özge Erbek Odabaşı, 'Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması' (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1001; Mehmet Üçer and Mehmet Göktimur, 'Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu' (2023) 28 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499.

uygulamada yeni tartışmalar ortaya çıkarmıştır. Bu tartışmalardan en önemlisi TKAKK m. 8/İ/II'ye dayanarak açılmış derdest davaların akıbetinin ne olacağıdır⁵⁸. Bunun kaynağında kanaatimizce birbiriyle ilişkili iki farklı sebep bulunmaktadır. İlki yasal önalım hakkı ve önalım davasının hukuki niteliklerine dair farklı değerlendirmeler, diğeri ise zaman bakımından yürürlük hukuku kurallarının somut olaya uygulanmasıdır. Bu görüşler değerlendirilirken maddi hukuka dair ayrımlardan hareket etmek daha sağlıklı olacaktır. Böylece, derdest davalardaki hukuki duruma ilişkin tüm ihtimallerin değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Bu sebeple, aşağıda önce kısaca yürürlük hukuku kuralları incelenecek ardından önalım hakkı, önalım hakkından doğan satış ilişkisi ve bu satış ilişkisi neticesinde kazanılan mülkiyet hakkı bakımından bu kuralların uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçlar üzerinde durulacaktır.

B. Zaman Bakımından Yürürlük Kuralları

1. Genel Olarak

Türk hukukunda yürürlük hukukunu etraflıca düzenleyen genel bir kanun mevcut değildir. Kanun hükümlerinin yürürlüğü bakımından genel kural, 15.07.2018 tarih ve 10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 7 uyarınca, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmiş olmadıkça Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girmeleridir. Sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkını kaldıran 7255 sayılı Kanun da 04.11.2020 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve bu tarih itibarıyla TKAKK m.8/İ/II düzenlemesinin yürürlüğü sona ermiştir.

Hukuki değerlendirmede bulunurken, kaldırılan veya yeni getirilen hükümlerin yürürlüğe girme anını tespit etmenin yanında zaman bakımından yürürlüğün etkisinin de bilinmesi gerekmektedir. Yürürlüğe ilişkin açıklamalar kanunların sonuna eklenen hükümlerde yahut müteakip sayılı bağımsız bir yürürlük kanununda yer alır. Örneğin, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun böyledir. Bir yürürlük hükmünün veya ayrıntı düzenlemenin olmadığı durumlarda ise yürürlük hukukunun temel ilkeleri uyarınca yeni kanun hükümlerinin uygulanacağı söylenebilir⁵⁹. Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'da yer alan adil yargılanma hakkından kaynaklanan bu ilkelerin amacı hukuk güvenliğini tesis etmektir. Türk hukukunda bu ilkeler 4722 sayılı Kanun gibi özel olarak yürürlüğü konu alan düzenlemelerde görünür hale gelmektedir. Bunun yanında, TKAKK m. 8/İ'nin son fıkrasındaki "Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır" ifadesi geniş yorumlanarak Yürürlük Kanunu da bu atfın kapsamında kabul edilmektedir⁶⁰. Özel hukuk alanında yürürlüğü ayrıca düzenlen-

⁵⁸ Bilgin Yüce (n 2) 793.

⁵⁹ Başak Baysal, 'Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü', *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 481.

⁶⁰ Osman Levent Özay ve Melih Işık, 'Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi' (2021) 2021 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 379, 381 dn. 6.



memiş tüm düzenlemeler bakımından 4722 sayılı Kanunun da temel düzenleme olduğu belirtilmektedir⁶¹. Bu sebeple yürürlük hukukuna dair açıklamalarda 4722 sayılı Kanun esas alınacaktır. Bunu yaparken öncelikle yürürlük hukuku kurallarına dair iki temel ilkeyi de açıklamak gerekmektedir.

2. Geçmişe Etkili Olmama İlkesi ve Derhal Uygulanma İlkesi

Kural olarak, kanunlar yürürlükte bulundukları dönemde gerçekleşen tüm olay, işlem, ilişki ve sonuçlara uygulanır, yürürlüğünden önceki dönemde gerçekleşmiş olay, işlem, ilişki ve sonuçlara uygulanmaz⁶². Geçmişe etkili olma yasağı ya da geçmişe etkili olmama kuralı olarak isimlendirilen bu ilke, 4722 sayılı Kanunun aynı kenar başlığını taşıyan 1. maddesinde de benimsenmiştir⁶³. Ancak bu ilkenin kapsamını açıklayan iki farklı temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki kazanılmış hak kavramından yola çıkan klasik görüş,⁶⁴ diğeri ise derhal uygulanma ilkesi olarak da adlandırılan modern görüştür⁶⁵. Aşağıda ayrıntılarına yer verileceği üzere bu görüşlerden birinin benimsenmesi diğerrinin reddedilmesi anlamına gelmemektedir.

Klasik görüşe göre, geçmişe etkili olmama kuralı yürürlük öncesi dönemde kazanılmış haklar bakımından yeni kanunun etki doğurmamasını ifade eder. Ancak, kazanılmış hak kavramının kapsamının belirsizliği ve yoruma muhtaç olması sebebiyle bu görüşün hukuk güvenliğini tam olarak sağlayamadığı belirtilmektedir⁶⁶. Bu görüş kabul edildiği takdirde ortaya çıkan bir diğer sakınca da kazanılmış hak kavramı geniş yorumlandığı ve mutlak şekilde uygulandığı takdirde yeni kanun yürürlüğe girse dahi uygulama alanının uzun süre çok sınırlı kalacak olmasıdır. Ortaya çıkan bu sakınca, getirilen istisna hükümleriyle ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Örneğin, 4722 sayılı Kanunun 2, 3 ve 4. maddeleri ilk maddede düzenlenen genel kuralın istisnalarına yer vermektedir.

Modern görüşe göre yürürlük hukuku bakımından temel ilke kanunların derhal uygulanması olarak kabul edilmelidir⁶⁷. Buna göre, kanunlar yürürlüğünden önceki dönemde kurulan hukuki ilişkilere ve bunların önceki hukuki sonuçlarına uygulan-

⁶¹ *Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25.11.2020* (n 8).

⁶² Hüseyin Hatemi, *İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku)* (Vedat Kitapçılık 2004) 24 vd.; Başak Baysal, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü' (2012) 70 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 221, 225; Faruk Acar, 'İntikal (Geçiş) Hukuku Bakımından Tek Satıcının Portföy Tazminatını Talep Etme Hakkının Tabi Olduğu Süre Hakkında Bir Değerlendirme' (2016) 22 *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, 23 vd.

⁶³ *Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25.11.2020* (n 8).

⁶⁴ Baysal (n 60) 476 vd.; Baysal (n 63) 227; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükmeleri* (Sevinç Matbaası 1979) 162 vd.

⁶⁵ Baysal (n 60) 479 vd.

⁶⁶ *ibid* 477; Baysal (n 63) 228.

⁶⁷ Oysa gerçekte bu kuralın uygulama alanında, 'Kanunun geriye yürümesi, geçmişe etkili olması' söz konusu olmayıp denilmek istenen... Eski Kanun döneminde kurulan hukuki ilişkiler... Yeni Kanun döneminde doğan sonuçları artık Yeni Kanun'a tabi olur. Hatemi (n 63) 19; Baysal (n 60) 480.

mamalı, ancak yürürlüğünden önceki dönemde kurulan hukuki ilişkilerin yürürlük tarihinden sonra ortaya çıkan sonuçlarına uygulanmalıdır⁶⁸. Bir diğer ifadeyle, derhal uygulama ilkesi kanunun yürürlüğünden önce ortaya çıkmış hukuki durumların geçmişte tamamlanmış etkilerini ortadan kaldırmaz, ancak kendi yürürlük döneminde de devam eden etkilerine derhal uygulanır. Bu durumda kanunun geçmişe etkili olmasından değil, derhal uygulanmasından bahsedilebilir. Bir diğer ifadeyle, geçmişe etkili olmama kuralı ihlal edilmiş olmaz⁶⁹. Nitekim 4722 sayılı Kanun düzenlemelerinin de derhal uygulanma ilkesine göre yorumlanmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir⁷⁰.

3. 4722 sayılı Kanun hükümleri

4722 sayılı Kanun düzenlemelerinin kapsamı ve hükümleri, yukarıda yer alan açıklamalar çerçevesinde yorumlandığı takdirde geçiş dönemine ilişkin kurallar da açıklığa kavuşmuş olacaktır. Nitekim, çalışmanın konusu olan TKAKK m. 8/II hükmünün yürürlükten kaldırılmasının sonuçları bakımından mahkeme kararlarında bu hükümler uygulanmakta ancak birbirinden farklı sonuçlara varılmaktadır⁷¹.

Kanunun 1. maddesi geçmişe etkili olmama kuralı başlığını taşımaktadır. İlk hüküm olması sebebiyle temel ilkeye yer veren madde başlığının bunun yerine eski kanunun uygulanmaya devam ettiği haller şeklinde anlaşılması daha doğrudur⁷². Buna göre, kural olarak yeni kanunun yürürlüğü dönemindeki tüm olaylara yeni kanun hükümleri uygulanır. Ancak, eski kanun döneminde gerçekleşen hukuki işlemlerin geçerliliği ve bunların sonuçları ile hukuki olayların sonuçları bakımından eski kanun hükümleri yeni kanun döneminde de uygulanmaya devam olunur.

Bu kuralın istisnalarını düzenleyen geçmişe etkili olma şeklindeki yan başlık ise yeni kanun hükümlerinin derhal uygulanması olarak anlaşılmalıdır⁷³. Gerçekten de

⁶⁸ Yargıtay da derhal uygulama ilkesini kabul etmekle birlikte vermiş olduğu tanım kapsam bakımından eksiktir, yürürlük hukuku bakımından her ihtimali içermemektedir. “*Bu düzenlemeye göre, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa yönelik uygulamalarda derhal uygulama ilkesi benimsenmiş olup bu ilke, hukuk güvenliğinin daha genel anlamda hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Özel hukuk alanında ve özellikle medeni hukuk kurallarının uygulanmasında, kural olarak her kanun, eğer tersini öngören bir hüküm taşııyorsa, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir.*” “Yargıtay 14. HD 2020/1387 E. 2020/7766 K. 25.11.2020 T.”, Lexpera.

⁶⁹ Yargıtay kararlarında hatalı olarak derhal uygulama ilkesinin geriye yürüme olarak nitelendirildiğine dair bkz. Baysal (n 60) 493; Baysal (n 63) 230; M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (28. bs, On İki Levha 2022) 74.

⁷⁰ Baysal (n 60) 478 vd.; Hatemi (n 63) 19.

⁷¹ Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25.11.2020 (n 8).

⁷² Kanun’un 2. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan ‘... bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz.’ ifadesinin ters anlamından da geçmişe etkili olmama kuralının aslında yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra da uygulanmaya devam edilmesinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Baysal (n 60) 495; Oğuzman ve Barlas (n 70) 74.

⁷³ ‘Demek oluyor ki burada gerçekte bir “geçmişe etki” söz konusu değildir’ Hatemi (n 63) 20; Aynı yönde bkz. Baysal (n 60) 496; Oğuzman ve Barlas (n 70) 76.



4722 sayılı Kanunun 2, 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen durumlar derhal uygulama ilkesinin mutlak olarak kabul edildiği halleri düzenlemektedir. Bu durumlarda Kanun koyucunun yeni kanunla ortaya koyduğu iradesi taraf iradelerinden üstün tutulmaktadır⁷⁴. Yeni kanun hükümlerinin mutlak olarak uygulanacağı, yürürlükten kalkan kanunun uygulanmasına yer olmayan ilk durum kamu düzeni ve genel ahlaka yönelik kurallar olarak belirlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, eski kanun hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği durumlarda bile yeni kanunun kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kuralları derhal uygulanacaktır. Özellikle, ilk maddede düzenlenen ve içeriği taraf iradeleriyle belirlendiğinden 3. maddedeki derhal uygulama kuralının kapsamı dışında kalan durumlar bakımından yeni kanunun bu hükümleri derhal uygulanacaktır. İster eski kanun döneminde ister yeni kanun döneminde kurulmuş olsun ister taraf iradelerinden ister kanundan kaynaklansın yeni kanun dönemindeki kamu düzeni ve genel ahlak kuralları kapsamında kalan tüm ilişkilere ve bunların sonuçlarına yeni kanun uygulanır⁷⁵. Böylece, kamu düzeni ve genel ahlak ile ilgili konularda mutlak bir eşitlik sağlanmış olur⁷⁶.

Kanunun 3. maddesinde yer alan derhal uygulama veya Kanunun ifadesiyle geçmişe etkili olma kuralı eski kanun döneminde kurulmuş ancak içerikleri tarafların istek ve iradelerinden ziyade doğrudan doğruya kanunla düzenlenmiş ilişkilere yeni kanun hükümlerinin derhal uygulanacağını düzenlemektedir. Bir diğer ifadeyle, taraf iradeleriyle kurulan hukuki ilişkiler ve özellikle sözleşmeler yönünden yeni kanun döneminde de 1. madde uyarınca eski kanun hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Buna karşın kanundan doğan ilişkiler yönünden artık eski kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Bu tür ilişkiler bakımından yeni kanun hükümlerinin yine de özel olarak belirtilmediği sürece geçmişe etkili olmayacağı, bu kuralın önceki kanun zamanında kurulmuş ilişkilerin yeni kanun döneminde doğmuş sonuçları yönünden geçerli olduğu belirtilmektedir⁷⁷.

Geçmişe etkili olma veya derhal uygulanmaya dair genel kuralların sonuncusu ise kazanılmamış haklar başlıklı 4. madde düzenlemesidir. Bu hüküm aslında kazanılmış hak ve kazanılmamış hak ayrımıyla kanunların geriye etkili olmaması genel ilkesinin tekrarından ibaret olup kanunların derhal uygulanması ilkesi ve yürürlük hukukunun açıklanmasında daha elverişli olan modern teorinin kabul edilmesine engel değildir⁷⁸.

C. Geçiş Dönemine Dair Sorular

Yürürlük hukukuna dair genel ilkeler ve Kanunda yer alan düzenlemelere ilişkin bu açıklamaların ışığında TKAKK'nın yürürlükten kaldırılan m. 8/İ/II düzenleme-

⁷⁴ Baysal (n 60) 500; Baysal (n 63) 228; Hatemi (n 63) 29.

⁷⁵ Baysal (n 60) 499.

⁷⁶ ibid 501.

⁷⁷ Hatemi (n 63) 21.

⁷⁸ Baysal (n 60) 479.



sinin sonuçları incelenebilir. Bu incelemede de hükmün yürürlükten kaldırılması durumunda maddi hukuk anlamında ortaya çıkabilecek tüm ihtimalleri değerlendirmek daha uygun olacaktır. Bu kapsamda yasal önalım hakkı, önalım hakkının kullanılması neticesinde meydana gelmiş satış ilişkisi ve bu ilişki neticesinde kazanılmış bir mülkiyet hakkının hukuki durumları incelenecektir. Böylece, yargı kararlarıyla ortaya çıkan sonuçların hem maddi hukuk hem yürürlük hukuku bakımından hangi kabullere göre mümkün olabileceği belirlenebilecektir.

1. Önalım Hakkı Bakımından

Yasal önalım hakkının ne zaman doğduğu Türk hukukunda tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, önalım hakkı yasada öngörülen şartların ortaya çıkmasıyla doğar, önalım olayıyla kullanılabilir hale gelir⁷⁹. Diğer görüşe göre ise yasada öngörülen şartlar önalıma dair temel ilişkiyi oluşturur, önalım olayının gerçekleşmesiyle bu ilişkiden önalım hakkı doğar ve aynı anda kullanılabilir hale gelir⁸⁰. İlk görüş kabul edildiği takdirde TKAKK m. 8/İ/II düzenlemesi yürürlüğe girdiğinde aralarında sınırdaşlık ilişkisi bulunan veya bu dönemde sınırdaşlık ilişkisi kurulan tüm tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakları doğmuştur. İkinci görüş kabul edilirse, yasal önalım hakkının yürürlükte olduğu dönemde tüm sınırdaş tarımsal arazi malikleri arasında önalım hakkını ortaya çıkaran temel ilişkinin kurulduğu; ancak, sadece satılan tarımsal araziler için önalım hakkının kazanıldığı söylenebilir.

Yürürlük hukuku bakımından cevaplanması gereken ilk soru, 7255 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldığı 04.11.2020 tarihinden önce doğmuş bir önalım hakkının bu tarihten sonraki hukuki durumunun ne olacağıdır. Bu sorunun cevabı yasal önalım hakkının niteliği ve yürürlükten kaldırılma amacıyla yakından ilişkilidir. Yasal önalım hakkı kanun tarafından dayatılan bir yenilik doğuran haktır. Bu hakka sahip olmaları için sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin iradelerine veya yapmaları gereken bir işleme ihtiyaç yoktur. Her ne kadar hükümde özel hukuk kişilerine tanınan bir menfaat söz konusu olsa da taşınmaz mülkiyetine getirilen bu sınırlanmanın amacı kamusal menfaatlerdir⁸¹. Gerçekten de sınırdaş tarımsal arazi maliklerine tanınan yasal önalım hakkının özünde tarımsal arazilerin yüz ölçümlerini büyütme ve tüm ülke genelinde tarımsal verimliliği arttırmak yatmaktadır⁸². Bu sebeple, söz konusu düzenlemeyle kabul edilen ve daha sonra yürürlükten kaldırılan

⁷⁹ Eren, ‘Yasal Önalım’ (n 2) 108; ‘Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir.’ Yargıtay 6. HD 13.10.2003, 2003/7166 E. 2003/7123 K.

⁸⁰ Şıpka (n 13) 41 vd. Açıkgoz (n 2) 78; Topuz (n 2) 346; ‘Tarımsal arazinin resmî satışının yapılması ile yürürlükte olan kanun maddesi uyarınca önalım hakkının doğduğu açıktır.’ Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K. (n 8).

⁸¹ Anayasanın ‘Toprak Mülkiyeti’ başlıklı 44 üncü maddesinde Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gereğesi (n 5) 5.

⁸² Yargıtay 14 HD, 2019/339, 15.01.2019 (n 44).



yasal önalım hakkının kamu düzenine ilişkin kurallardan olduğunun kabul edilmesi gerekir. Kaldı ki, hakkın kullanılmasının gerçek inşai davaya bağlanmış olması da kamu düzeninden kabul edildiğinin bir diğer göstergesidir⁸³. Bunun yanında, 7255 sayılı Kanunun gerekçesinde de söz konusu hükmün düzenlenme amacına hizmet etmediği, tanınan imkanın kötüye kullanıldığı, faydadan çok mağduriyete sebebiyet verdiği ve bu yüzden yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmektedir. Gerekçede yer alan bu ifadeler de kanun koyucunun iradesinin yürürlükten kaldırılmasından sonra bu hükmün uygulanmasının kamu düzeniyle bağdaşmayacağı yönünde olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, TKAKK m. 8/İ/II düzenlemesinin yürürlükten kaldırılması kararı derhal ve mutlak olarak uygulanmalıdır⁸⁴. Buna göre, 7255 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 04.10.2020 tarihinden itibaren yeni bir yasal önalım hakkı doğmayacağı gibi bu tarihten önce doğan yasal önalım hakları da bu hükümle sona ermiş olur⁸⁵. Bu sonuç hukuk güvenliği ve eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Önalım hakkının doğmasına ilişkin ikinci görüş kabul edildiği takdirde yürürlük hukuku bakımından cevaplanması gereken bir diğer soru, henüz önalım hakkı doğmamış olsa da temel hukuki ilişkinin korunup korunmayacağıdır. Kanaatimizce düzenleme yürürlükten kalktığı için yeni sınırdışlık ilişkilerinde böyle bir temel hukuki ilişki doğmayacağı gibi önceden gelen temel hukuki ilişkiler yönünden de yürürlükten kalkan düzenleme uygulanmaya devam edilmez. Tarımsal araziler arasında sınırdışlık ilişkisi ne zaman doğmuş olursa olsun hükmün yürürlükten kalktığı dönemde önalım olayıyla yeni bir önalım hakkının doğması söz konusu olmaz⁸⁶. Hem hükmün yürürlükten kaldırılmasının kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olması hem de önalım hakkını doğuran temel hukuki ilişkinin içeriğinin doğrudan doğruya kanunla belirlenmesi gerekçelerinden her biri bu sonuca ulaşmayı mümkün kılar. Burada dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan önalım haklarının sona erdiğinin kabul edilmesinin, hükmün geriye dönük olarak uygulanması anlamına gelmediğidir. Çünkü hakkın doğduğu dönemdeki şartları tartışılmamakta sadece kamu düzeni sebebiyle yeni Kanun döneminde hakkın varlığının ve etkisinin devam etmediği kabul edilerek yeni hüküm derhal uygulanmaktadır.

⁸³ Buz (n 2) 183; Hatemi (n 63) 20; Vehbi Umud Erkan, ‘Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması’ (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269, 286; Büyük (n 14) 16 vd.

⁸⁴ Bilgin Yüce (n 2) 810; ‘Bu durumda 7255 sayılı Kanun’un 31. maddesinin (b) bendi uyarınca, Kanun’un yayımlandığı 04.11.2020 tarihinden itibaren sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkından bahsedilmesi mümkün değildir.’ gerekçedeki bu ifadeye rağmen mevcut hakların devamına karar verilmiştir. *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Özcan (n 2) 271, 272; Özay ve Işık (n 61) 381; Yeni bir önalım hakkı doğmayacağı yönünde bkz. Bilgin Yüce (n 2) 809; Aksi yönde bkz. Engin (n 10) 733.

⁸⁶ Özcan (n 2) 271.

Sonuç olarak ister ilk görüşe ister ikinci görüşe göre, Kanunun yürürlükte olduğu tarihte doğmuş sınırdış tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkı Kanunun yürürlükten kalktığı 04.11.2022 tarihinden sonra ortadan kalkar. Bu tarihten sonra önalım hakkının kullanılması ve buna dayanarak bir satış ilişkisinin kurulması da mümkün değildir⁸⁷. Eski Kanun döneminde doğmuş önalım hakkı bakımından kabul edilen derhal uygulanma ilkesinin mutlaklığı ve hiçbir durumda eski Kanuna etki tanınmaması önalım hakkını doğuran temel hukuki ilişki yönünden evleviyetle böyledir.

2. Önalım Hakkından Doğan Satış İlişkisi Bakımından

a. Genel Olarak

Sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan yasal önalım hakkının kamu düzenine ilişkin bir sınırlama olarak kabul edilmesi gerektiğini ve bu yüzden yürürlükten kaldırılmasının mevcut önalım haklarını sona erdirdiğini bir önceki başlıkta gerekçelendirilmiştir. Bu tespitin zorunlu sonucu olarak 04.11.2020 tarihinden itibaren bu hakka dayanarak bir satış ilişkisi de kurulamayacaktır. Bu durumda satış ilişkilerinin kurulması, geçerliliği ve bağlayıcılığı sorunları ancak yasal önalım hakkının eski Kanun döneminde kullanılması neticesinde meydana gelen satış ilişkileri bakımından karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce bu sorunun yürürlük hukukunun temel kurallarıyla cevaplanması çok da zor değildir. Yasal önalım hakkının, yürürlükten kalktığı 04.11.2020 tarihinden sonra kullanılması mümkün olmadığından yeni bir satış ilişkisinin meydana gelmesi zaten mümkün değildir. Bu sebeple, yeni Kanunun yürürlüğü döneminde mevcut böyle bir satış ilişkisi ancak düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasından önceki bir tarihte önalım hakkının kullanılmasından kaynaklanabilir. Diğer bir anlatımla, geçerli bir satış ilişkisi ancak hükmün yürürlükte olduğu dönemde kurulmuş olabilir. Kanunların geriye etkili olmaması ilkesi uyarınca TKAKK m. 8/İ/II düzenlemesinin yürürlükte olduğu dönemde doğmuş bir önalım hakkının geçerliliği ve bundan kaynaklanan satış ilişkisinin kurulması eski Kanun hükümlerine tabidir. Kanunda açıkça aksi düzenlenmediği sürece yürürlükten kaldırmanın önceki dönemdeki olaylara uygulanması mümkün değildir. 7255 sayılı Kanun hükümlerinde de geriye etkili olmamanın böyle bir istisnası kabul edilmemiştir.

Yasal önalım hakkının yürürlükte olduğu dönemde geçerli şekilde doğmuş önalım kaynaklı satış ilişkisinin bağlayıcılığının yeni Kanun döneminde devam edip etmeyeceği kanunların derhal uygulanması ilkesine göre belirlenecektir. Bir diğer ifadeyle, sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkından kaynaklanan satış ilişkisi eski Kanun döneminden kaynaklandığı durumda eski Kanun hükümleri uygulanarak bağlayıcılığı devam edip etmeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Hukuki

⁸⁷ Özcan'a göre 7255 sayılı kanunun yürürlük tarihinden sonraki resmi satışlar hakkın dayanağı olan düzenleme yürürlükte bulunmadığından korunmaz. Buna karşın önceki resmi satışlar bir kazanılmış hak meydana getirir. Eski kanun dönemindeki önalım hakkı korunur ancak temel hukuki ilişki korunmaz. ibid 271, 272; Aksi yönde bkz. *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K. (n 8)*.



ilişkiler yönünden kanunların derhal uygulanması ilkesi taraf iradeleri ile kanundan kaynaklanan hukuki ilişkiler ayırımına göre düzenlenmektedir. 4722 sayılı Kanunun 3. maddesinde bu kural “İçerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar...” yeni “Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile,” yeni “Kanun hükümleri uygulanır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, satış ilişkisinin taraf iradelerinden doğduğu kabul edilirse yeni Kanun döneminde de tarafları bakımından bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Tam aksine kaynağında yer alan yasal önalım hakkı gibi kanundan kaynaklanan bir hukuki ilişki olduğu kabul edildiği takdirde ise yeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra satış ilişkisinin bağlayıcı olduğu söylenemez.

Önalım hakkına dayanan satış ilişkisinin kanuna mı yoksa taraf iradesine mi dayandığını tespit etmek kolay değildir. Bu ilişkinin dayandığı hak kanundan kaynaklanan önalım hakkıdır. Ancak, hukuki ilişkinin kurulması ve içeriği bakımından taraf iradeleri de etkilidir. Bir diğer ifadeyle, satış ilişkisinin doğumu yasal önalım hakkını gerekli kılsa da bunu kullanıp kullanmamak konusunda hak sahibi sınırdış malik irade serbestisine sahiptir⁸⁸. Hukuki ilişkinin kurulması için iradesi aranmamakla birlikte, önalım olayı için de olsa muhatabın açıkladığı bir iradesinin bulunduğu söylenebilir. Yine önalım olayını oluşturan satış için de sözleşmenin içeriğinin, özellikle bedelin, önalım hakkının muhatabı tarafından iradi olarak belirlendiği, önalım hakkı sahibi tarafından da hakkın kullanılmasıyla kabul edildiği düşünülebilir. Bu durumda taraflar arasındaki önalım hakkından kaynaklanan satış ilişkisi de iradi bir hukuki ilişki kabul edilebilir. Böylece, yeni Kanun döneminde de satış ilişkisi bağlayıcı ve bundan doğan hak ve borçlar, bunlara dayanan talepler geçerli olmaya devam edilebilecektir.

Diğer taraftan önalım hakkının kanundan kaynaklanması sebebiyle satış ilişkisinin içeriğinin de kanun tarafından belirlendiği kanaatimizce daha isabetli bir görüştür. Çünkü, bu sözleşmenin içeriği yine kanun tarafından ama önalım olayına atıfla belirlenmektedir. Her iki taraf kabul etse dahi önalım davasında kural olarak kanundaki belirlemeden farklı bir bedele hükmedilemez. Nitekim, önalım hakkının muhatabı da bu hakkın kullanılmasıyla kanunda atıf yapılan içeriğe sahip bir satış ilişkisi kurulacağını öngörebilir. Ancak bunu bilmesi, istediği anlamına gelmez. Ayrıca, “bilme”yi işlem iradesi olarak kabul etmek fazla geniş bir yorum olur. Aynı durum bu hakka muhatap olan taşınmazın yeni maliki için de geçerlidir. Dolayısıyla, önalım hakkından kaynaklanan satış ilişkisinin, içeriği kanunla belirlenen hukuki ilişkilerden olduğu kabul edilmelidir. Bu yüzden eski Kanun döneminde geçerli bir satış ilişkisi kurulmuş olsa da yeni Kanun döneminde artık bağlayıcılığı kalmaz. Bir diğer ifadeyle, bu ilişkiden doğan hak ve borçlar kanun gereği sona erer; talep konusu edilemezler. Kaldı ki satış ilişkisinin iradi işlem olduğu ve sonraki kanun döneminde geçerli olmaya devam edeceği kabul edilse bile derdest davalar bakı-

⁸⁸ Yavuz ve Açıkgöz (n 33) 913.

mindan sonuç değişmeyecektir. Çünkü, daha önce belirtildiği üzere, Türk hukukunda önalım hakkının kullanımı için gerçek inşai dava açılması zorunludur. Bu noktayı açıklığa kavuşturmak amacıyla, derdest davaların durumu ayrı bir bölümde ayrıntılı incelenecektir.

b. Derdest Davalar Bakımından

Geçiş dönemine ilişkin sorunlar uygulamada en çok kanun hükmünün yürürlükten kalktığı sırada derdest olan veya nihai karar verilse de henüz kesinleşmemiş davalar yönünden ortaya çıkmıştır. Bu davaların hukuki nitelendirmesi ve yürürlük hukuku bakımından verilmesi gereken kararın ne olduğu öğretide ve yargı kararlarında farklı görüşlere sebebiyet vermiştir⁸⁹.

Yargıtay 14. HD konuya ilişkin kararında yürürlük hukukuna dair değerlendirmenin 4722 sayılı Kanuna göre yapılması gerektiğini, bu Kanunun 1. maddesinde kanunların geçmişe etkili olmaması esasının kabul edildiğini belirtmiştir. Devamında yürürlük hukukunda derhal uygulama ilkesinin kabul edilmiş olduğunu ve bunu hukuk güvenliğinin gereği gördüğünü, geçmişe yürümeme kuralının ancak Kanunun 2., 3. ve 4. maddelerinde sayılan istisna durumlarda söz konusu olabileceğini ortaya koymuştur. Mahkeme yürürlük hukukundaki genel kuralı ve istisnasını doğru tespit etmesine rağmen, hatalı olarak önalım hakkının ve bu haktan doğan satış ilişkisinin bu istisnalar kapsamına girmediğine hükmetmiştir. Dahası derdest davaları hukuken hatalı nitelendirerek önalım hakkının yenilik doğuran dava ile kullanılmasının hükümlerini tamamen göz ardı etmiştir⁹⁰. Antalya BAM 19.04.2021 tarihli⁹¹ ve Samsun BAM 22.03.2021 tarihli⁹² kararlarında da davanın açılmış olması, yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına gerekçe olarak gösterilmiştir. Açıkça ifade edilmese de derdest davalardaki hukuki durumu koru-

⁸⁹ Engin (n 10) 733; Özay ve Işık (n 61); Bilgin Yüce (n 2); Karş. bkz. *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).

⁹⁰ “7255 sayılı ... Kanunun 20. maddesiyle sınırdaş tarım arazisi maliklerine önalım hakkı veren 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılırken bu değişikliğin geçmişe etkili olacağına dair, anılan Kanunda bir hüküm bulunmadığı gibi; olayda 4722 sayılı Kanunun 2, 3 ve 4. maddelerinde sayılan istisnalardan herhangi birinin söz konusu olmadığı” ve “bu satış işlemiyle doğan önalım hakkı 28.11.2014 tarihinde açılan bu dava ile davacı tarafından kullanılmıştır. Önalım hakkı dava açılarak kullanıldıktan sonra, 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ve bu hükümle komşu tarımsal arazi malikine tanınan önalım hakkının kaldırılması geçmişe etkili olamayacağı...” gerekçesiyle yürürlük hukukuna dayandırılan karar düzeltme talebi reddedilmiştir. *Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25.11.2020* (n 8); aynı yönde *Yargıtay 14 HD., T. 03.12.2020, E. 2020/7, K. 2020/8075* (Yayınlanmamış) bkz. Özcan (n 2) 273 dn.77.

⁹¹ ‘Bu durumda satış ve dava tarihinde yürürlükte olan 5403 sayılı kanunun 8/i/2 maddesine göre değerlendirme yapılması... Önalım hakkı, satış sözleşmesi ile kullanılabilir hale geldiğinden satış ve dava tarihinde yürürlükte olan kanunun uygulanması gerekir.’ *Antalya BAM 5 HD, 2021/450, 19.04.2021* (n 8).

⁹² ‘Önalım hakkı dava açılarak kullanıldıktan sonra, 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ve bu hükümle komşu tarımsal arazi malikine tanınan önalım hakkının kaldırılması geçmişe etkili olamayacağından...’ *Samsun BAM 1 HD, 2021/564, 22.03.2021* (n 8); Aynı yönde *Samsun 1. HD, T. 11.06.2021, E. 2021/1252, K. 2021/1216* (Yayınlanmamış) bkz. Özay ve Işık (n 61) 384 dn. 16.



yan bu kararlardaki gerekçe iki farklı önermeye dayandırılabilir. Bunlardan ilki, davanın açılmasıyla önalım hakkı kullanıldığı ve böylece satış ilişkisinin kurulduğu şeklinde olabilir. Diğer ise henüz satış ilişkisi kurulmamışsa da davanın dayanağı önalım hakkı korunacağıdır.

Davanın açılmasına hukuken bir etki tanınması ve kararlarda buna yapılan atfın anlamlı olabilmesi için tek ihtimal taraflar arasında önalım hakkına dayalı satış ilişkisinin davanın açılmasıyla kurulduğunun kabul edilmesidir. Öğretide ve yargı kararlarında da kabul edildiği görülen bu görüşün⁹³ TMK m. 734 ile getirilen dava açma zorunluluğu ve HMK m. 108 karşısında hukuken savunulması kanaatimizce mümkün değildir. Davanın açılmasının veya dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesinin ne önalım hakkının doğması veya kullanılabilmesi ne de mülkiyet hakkının kazanılması bakımından tek başına bir hukuki etkisi vardır⁹⁴. Türk hukukunda bir hakkın dava açarak kullanılmak zorunda olması durumunda bunun bir inşai dava olacağı HMK m. 108 hükmüyle kabul edilmiş bir genel kuraldır⁹⁵. Dolayısıyla aksine bir kanun düzenlemesi söz konusu olmadığı sürece önalım hakkının kullanılmasına dair davanın da inşai dava olduğu hususunda şüphe etmemek gerekir.

Yargıtay kararlarında davanın açılması kastedilerek önalım hakkının kullanılmasıyla satış ilişkisinin doğduğu belirtilmektedir⁹⁶. Ancak önalım davasının gerçek inşai dava olması karşısında bu sonuca varılması çelişkilidir. İnşai davanın özelliği hakkın kullanımı için tek başına hak sahibinin iradesinin yeterli olmaması ve bunun yanında hakimnin kararının da aranmasıdır⁹⁷. Bu durumda hakkın kullanılmasıyla satış ilişkisinin meydana geldiği doğru olmakla birlikte hakkın kullanılması ifadesinden davanın açılması ya da dava dilekçesinin davalıya tebliği değil nihai kararın verilmesini ve kesinleşmesini anlamak gerekir⁹⁸. Nitekim, yenilik doğuran haklar kullanıldığı takdirde geri alınamazken daha ağır şartlara bağlanmış yenilik doğuran davalardan feragat etmenin mümkün olması da bu gerekçeye dayandırılmaktadır⁹⁹.

Yasal önalım hakkının kullanılmasına dair inşai davalarda satış ilişkisinin kesin kararlar kurulmasının bir diğer sonucu da önalım hakkının dava sonuna kadar muhafaza edilmesi zorunluluğudur. Bu sebeple Yargıtay tarafından paylı mülkiyette

⁹³ Ergüne (n 27) 3150 vd.; Önen (n 15) 48. “Dava dilekçesinin yasal koşullara uygun şekilde alıcıya tebliğ edilmesiyle birlikte alıcı ile önalım hakkı sahibi arasında koşulları satıcı ile alıcı arasında daha önce yapılan satış ile aynı içerikte yeni bir satış sözleşmesi (ilişkisi) kurulur. Topuz (n 2) 390

⁹⁴ Özcan (n 2) 273.

⁹⁵ Büyük (n 14) 39; Kılıçoğlu (n 19) 320; Pekcanitez (n 14) 984.

⁹⁶ Hem satış ilişkisinin kurulmasının hem de mülkiyetin geçişinin nihai kararın kesinleşmesiyle gerçekleştiği yönünde bkz. Eren, ‘Yasal Önalım’ (n 2) 118.

⁹⁷ Büyük (n 14) 39 vd. Demirbaş (n 2) 83 vd. Önen (n 15) 46 vd. Kılıçoğlu (n 19) 320.

⁹⁸ Pekcanitez (n 14) 984.

⁹⁹ Yenilik doğuran davadan feragat mümkündür çünkü burada yenilik doğuran sonuç taraf beyanının varmasıyla değil kesinleşen hakim hükmüyle doğmaktadır. Demirbaş (n 2) 83; Dava dilekçesinin tebliği ile satış ilişkisi kurulduğu kabul edilirse davadan feragat yenilik doğuran haktan feragat anlamına geleceğinden mümkün değildir. Özay ve Işık (n 61) 383 dn. 15.

yasal önalım hakkına ilişkin davalarda paydaşlık sıfatının kesin hükümden önce kaybedilmesi durumunda davanın reddine karar verilmektedir¹⁰⁰. Benzer şekilde davanın açılmasından sonra yürürlükten kaldırıldığı için sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkından da artık söz edilemez. Çünkü bu durumda yenilik doğuran hak herkes için, mutlak olarak sona ermiş olur¹⁰¹.

Önalım davasının inşai bir dava olmadığı veya inşai bir dava olmakla birlikte önalım davasının açılmasıyla taraflar arasında önalım hakkından kaynaklı satış ilişkisinin kurulduğu kabul edilse dahi derdest davalar bakımından yargılamaya devam edilmesi ve yürürlükten kalkan hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Davanın açılmasıyla kurulduğu kabul edilse bile satış ilişkisi içeriği kanunla belirlenen hukuki ilişkilerdendir. Bu sebeple, Yargıtay kararının gerekçesinde 4722 sayılı Kanunun 3. maddesinin şartları oluşmadığından uygulanmayacağına belirtilmesi hatalıdır¹⁰². Aksine 7255 sayılı Kanun hükümleri derhal uygulanarak satış ilişkisinin sona erdiği kabul edilmelidir¹⁰³.

Derdest davalarda yürürlükten kalkan hükümlerin uygulanmasına dair bir diğer karar İstanbul BAM 7. HD tarafından verilmiştir¹⁰⁴. Bu kararda önalım olayıyla birlikte davacı açısından kazanılmış hakkın ortaya çıktığı ve yürürlükten kaldırmanın geriye yürümeyeceği gerekçesi net bir şekilde ifade edilmiştir. Gerekçe ayrıntılı incelendiğinde önalım hakkına dayanan satış ilişkisinin değil Kanunun yürürlükten kaldırılmasından önce doğan önalım hakkının korunması gerektiği için bu yönde hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Öğretide de aynı yönde bir görüş, eğer resmi

¹⁰⁰ "...Davacı davanın açılmasından sonra herhangi bir şekilde payını yitirirse davacının paydaşlığından söz edilemeyeceğinden şuf'a hakkının kullanılması da mümkün olmaz..." YHGK., T. 17.04.2015, E. 2013/6-1754, K. 1235, "...Yasal önalım hakkı payın mülkiyet hakkından doğan ve mülkiyet hakkı ile iç içe bulunan bir haktır. Paydaşın önalım davasını açtıktan sonra kendi payını herhangi bir nedenle yitirmesi ya da taşınmazın paylı mülkiyete konu olma durumunun sona ermesi halinde önalım hakkı da sona erer..." Yarg. 6. HD., T. 04.05.2010, E. 4185, K. 5380 aynı yönde kararlar için bkz. Açıkgoz (n 2) dn. 458; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin aynı yönde kararı için bkz. Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (6. bs, Yetkin Yayınları 2015) 275 dn. 267.

¹⁰¹ Bilgin Yüce (n 2) 817; Aynı yönde bkz. Karşı Oy: "Bu durum dava şartlarıyla ilgili olmayıp maddi hukuka dayalı dava hakkının henüz mülkiyet hakkı kazanılmadan yitirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Burada dava hakkının varlığının hüküm kesinleşinceye kadar aranmasının asıl nedeni ise önalım davasının geriye etkili inşai dava olmayıp ileriye etkili inşai dava olmasıdır." *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).

¹⁰² *Yargıtay 14 HD, 2020/7766, 25.11.2020* (n 8).

¹⁰³ Özay ve Işık (n 61) 386; Hakkın kullanılmasıyla doğan nisbi hakkın korunmayacağına dair bkz. Bilgin Yüce (n 2) 814.

¹⁰⁴ "Buna göre 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa dayanarak önalım hakkının kullanılması ile ilgili olarak da TMK'nın 732 vd. maddelerinin esas alınması düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilga edildiği ancak satış tarihi itibari ile davacı açısından kazanılmış hak oluşturduğu iptalin geriye yürümeyeceği değerlendirilmiştir." *İstanbul 7 BAM, 2020/1905, 04032020*; Aynı yönde İst. BAM 7. HD, T.15.04.2021, E. 2021/853, K. 2021/1040 (Yayınlanmamış) bkz. Özay ve Işık (n 61) 385 dn. 19.

¹⁰⁵ Yürürlük probleminin bir ön sorun olarak tartışıldığı YHGK kararı da aynı yöndedir. Bkz. *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).



satış işlemi 7255 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 04.11.2020 tarihinden önce yapılmışsa sınırdış tarımsal arazi malikinin önalım hakkının korunacağını belirtmektedir¹⁰⁶. Bu durumda önalım hakkının doğumu ve kullanılabilir hale gelmesi için önalım olayının gerçekleşmesi gerektiği görüşü kabul edilmiş olur¹⁰⁷. Bu görüşe göre, hükmün yürürlükten kaldırıldığı tarihte henüz bir önalım davası açılmamış olsa da önalım olayı gerçekleşmişse doğmuştur ve bundan sonra da korunur. Bu tarihten sonra hak düşürücü sürenin dolmasına kadar yeni bir dava açılabilir. Kanaatimizce bu görüş kendi içerisinde daha tutarlıdır. Ancak sınırdış taşınmaz maliklerine tanınan yasal önalım hakkının ve bunun yürürlükten kaldırılmasının kamu düzenine ilişkin karakterini ihmal ettiğinden yürürlük hukukuna aykırıdır¹⁰⁸. Gerçekten de bu görüşün kabul edilmesi durumunda, kötüye kullanıldığı için mülkiyet hakkını ihlal ettiği bizzat Kanunun gerekçesinde belirtilen bir düzenlemeye yürürlükten kaldırılmasından sonra da uygulama alanı sağlanmış olur¹⁰⁹. Bu yüzden, önalım hakkının yürürlük hukuku bakımından korunacağına dair karara¹¹⁰ katılmak mümkün değildir.

Mahkemeler tarafından hem önalım hakkına ilişkin maddi hukuk kurallarını hem de yürürlük hukuku kurallarını daha isabetli uygulayan kararlar verilmemiş değildir. Örneğin Samsun BAM tarafından verilen daha erken tarihli bir kararda¹¹¹ ve

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. Engin (n 10) 733; Yürürlükten kalktığı tarihten itibaren yasal önalım hakkı malvarlığından tamamen çıkmış olduğu gerekçesiyle aksi yönde bkz. Bilgin Yüce (n 2) 817.

¹⁰⁷ ‘Tarımsal arazinin resmi satışının yapılması ile yürürlükte olan kanun maddesi uyarınca önalım hakkının doğduğu açıktır. Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından, hakkın doğduğu ve kullanılabilir hâle geldiği tarihten sonra yürürlüğe giren ve mevcut hakta değişiklik öngören kanunda yapılan değişikliğin önceye etkili olacağına dair açık bir kanun hükmü bulunmadıkça geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı, böyle bir durumun hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olacağı gibi maddi hukuka ilişkin kanun maddelerinde yapılan değişikliklerde derhal uygulanma ilkesinin de söz konusu olmadığı, aksi hâlde kazanılmış hakların zarar göreceği, böyle olunca somut olayda kanun değişikliğinden önce yapılan tarımsal arazi satışı bakımından 7255 sayılı Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’un 20. maddesinin uygulanma imkânının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.’ *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Bilgin Yüce (n 2) 816.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. ibid 813.

¹¹⁰ *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8); *İstanbul 7 BAM, 2020/1905, 04.03.2020* (n 106).

¹¹¹ ‘Dava 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/1 maddesine dayalı önalım davası olup davalının 30.10.2017 tarihinde satın aldığı 126 ada 50 parsel sayılı taşınmaz ile davacının öncesinden beri maliki olduğu 126 ada 51 parsel sayılı taşınmazların sınırdış oldukları gibi her ikisinin de tarım arazisi niteliğinde bulundukları, anılan yasanın 8/1 maddesinde yazılı koşulların mevcut olup hüküm tarihi itibarıyla verilen karar doğru ise de hükümden sonra istinaf aşamasında tarımsal arazilerde sınırdış taşınmaz malikine önalım hakkı veren 8/1 maddesinin 2. Fıkrası 7255 SY.nın 20. Maddesi ile 28.10.2020 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olmakla hükmün yasal dayanağı ortadan kalkmış olmakla ve artık davacıya önalım hakkı tanıyan bir yasal düzenleme bulunmamakla davalı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK.nun 353/1-b-2. Maddesi gereğince hükmün kaldırılarak davanın tümünden reddi yolunda yeniden karar vermek gerekmiş, gerek dava, gerekse ilk derece mahkemesinin hüküm tarihi itibarıyla bu taşınmaz yönünden davacı davasında haklı olmakla bu parsel yönünden yargılama giderleri davalı tarafa yükletilmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.’ *Samsun BAM 1 HD, 2020/2030, 21.12.2020* (n 8).

aynı konuya dair Konya BAM kararında önalım hakkı tanıyan düzenlemenin istinaf aşamasında, dava kesinleşmeden önce yürürlükten kalktığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermek gerektiği belirtilmiştir¹¹². Kanaatimizce yürürlükten kaldırılan TKAKK m. 8/İ/II hükmünün uygulanmaması yönüyle anılan kararlar isabetlidir. Buna karşılık usul hukuku bakımından verilmesi gereken nihai kararın esastan ret yerine HMK m. 331 uyarınca davanın konusuz kalması olduğu belirtilmektedir¹¹³. Üstelik kesinleşmediği sürece dosyada nihai kararın verilmiş olması yahut dosyanın Yargıtay incelemesinde bulunması da sonucu değiştirmez. Bu durumda sadece davanın konusuz kaldığına karar verecek mahkeme açısından bir farklılık vardır¹¹⁴. Sonuç olarak, derdest davalarda öncelikle bir satış ilişkisi değil henüz sadece bir önalım hakkının söz konusu olduğunun doğru tespit edilmesi gerekir. Sonrasında önalım hakkı bakımından yürürlük hukuku kuralları uygulanmalı ve yürürlükten kaldırmanın kamu düzeninden kaynaklandığı tespit edilerek davanın konusuz kaldığına karar verilmelidir.

3. Mülkiyet Hakkı Bakımından

Yenilik doğuran bir hak olduğu öğretide kabul edilen yasal önalım hakkının kullanılmasıyla önalım hakkı sahibi ve taşınmazın maliki arasında bir satış ilişkisi doğmaktadır. Bu satış ilişkisine göre önalım hakkını kullanan sınırdaş taşınmaz maliki önalım olayında kararlaştırılan satış bedeli ve devir masraflarından oluşan bedeli ödemekle, taşınmazın maliki de mülkiyeti devretmekle yükümlenir¹¹⁵. Yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu karşısında sınırdaş tarımsal arazinin mülkiyetinin davacı tarafından hakim kararının kesinleşmesiyle kazanılacağı, daha sonra tapu siciline yapılan tescilin açıklayıcı olduğu ve herhangi bir hak

¹¹² ‘Davanın dayanağı olan kanun maddesinin, davadan sonra ancak iş bu dava kesinleşmeden önce başka bir kanun maddesi ile iptal edilmesi nedeniyle artık davalı vekilinin esasa ilişkin istinaf itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiş ve işin esası hakkında değerlendirme yapan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, 6100 sayılı HMK’nin 353/1-b-2 maddesi uyarınca, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkının yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılması nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekmiştir.’ *Konya 4 BAM, 2020/1770, 30.12.2020* (n 8); Aksi yönde bkz. ‘Tarımsal arazinin resmî satışının yapılması ile yürürlükte olan kanun maddesi uyarınca önalım hakkının doğduğu açıktır. Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından, hakkın doğduğu ve kullanılabilir hâle geldiği tarihten sonra yürürlüğe giren ve mevcut haktaki değişiklik öngören kanunda yapılan değişikliğin önceye etkili olacağına dair açık bir kanun hükmü bulunmadıkça geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı, böyle bir durumun hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olacağı gibi maddi hukuka ilişkin kanun maddelerinde yapılan değişikliklerde derhal uygulanma ilkesinin de söz konusu olmadığı, aksi hâlde kazanılmış hakların zarar göreceği, böyle olunca somut olayda kanun değişikliğinden önce yapılan tarımsal arazi satışı bakımından 7255 sayılı Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’un 20. maddesinin uygulanma imkânının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.’ *Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K.* (n 8).

¹¹³ Özay ve Işık (n 61) 386 vd.; Bilgin Yüce (n 2) 814.

¹¹⁴ Özay ve Işık (n 61) 404; Bilgin Yüce (n 2) 814.

¹¹⁵ Şıpka (n 13) 38; Açıkgöz (n 2) 45; Topuz (n 2) 353.



düşürücü süreye tabi olmadığı tartışmasızdır¹¹⁶. İnşai hükümler, kural olarak ileriye etkili olduğundan davanın açıldığı tarihin kararın sonuç doğurması ve mülkiyetin kazanılması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır¹¹⁷.

Yürürlük hukuku bakımından değerlendirilmesi gereken son ihtimal, yukarıda sayılan önalım hakkının doğumu, kullanılması, satış ilişkisinin kurulması ve mahkeme kararıyla davacı tarafından mülkiyetin kazanılması adımlarının tümünün TKAKK m. 8/İ/II hükmünün yürürlükte olduğu 04.11.2020 tarihinden önce tamamlanmış olmasıdır. Bu durumda, önceki kanun dönemindeki olaylar ve işlemler ile bunların yine önceki kanun döneminde ortaya çıkan sonuçlarının söz konusu olduğu çok açıktır. Dolayısıyla kanunların geriye etkili olmaması ilkesi gereği önceki kanun döneminde kurulmuş satış ilişkisi neticesinde taşınmaz mülkiyetinin sınırdış tarımsal arazi maliki tarafından kazanılması yeni kanun döneminde tartışma konusu olmaz¹¹⁸. Aksi bir sonuca ancak hükmü yürürlükten kaldıran 7255 sayılı Kanun düzenlemesinin kanunda açıkça geriye etkili olduğu öngörülmüş olsaydı varılabilirdi¹¹⁹. Kanunda geriye etki öngören böyle bir düzenleme olmadığından TKAKK m. 8/İ/II'ye dayanarak açılan önalım davalarında kabule ilişkin nihai kararın 04.11.2020 tarihinden önce kesinleşmesiyle mülkiyet hakkı kazanılmış olur ve bu tarihten sonra da aynen korunur¹²⁰.

SONUÇ

Türk hukukuna TKAKK m. 8/İ/II düzenlemesiyle giren sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı amaç bakımından meşru olsa da içerik yönünden elverişsiz düzenlemeler öngörmüştür. Hükmün uygulamada yarattığı mağduriyetler ve kötüye kullanıldığı gerekçesiyle kısa süre sonra yürürlükten kaldırılması da bunu göstermektedir. Özellikle mülkiyet hakkı gibi temel haklara ilişkin düzenlemeler yaparken mümkün olduğu kadar sade, bir o kadar da kapsamlı, boşluk bırakmayan hükümler öngörmek gerekir. Bunun için başta pozitif hukuk planına uyulmalı ve hakların sınırlandırılması konusunda daha özenli davranılmalıdır.

¹¹⁶ Gürsoy, Eren ve Cansel (n 2) 620; Eren, 'Yasal Önalım' (n 2) 416; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 639; 04.11.2020 tarihine kadar kesin hüküm elde edilemediği takdirde mülkiyet hakkının da olmadığı yönünde bkz. Özay ve Işık (n 61) 384; Bilgin Yüce (n 2) 800; Topuz (n 2) 390; Tezcan, Canbolat ve Akıncı (n 21) 184; Akçaal (n 26) 592.

¹¹⁷ Pekcanıtez (n 14) 987; "Davacının taşınmazda paydaşlık sıfatı taşınmazın aynı hakkında açtığı davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi ile gerçekleşir" Yargıtay HGK, 1.3.1978, 6-3482/193 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 633 dn. 1203'ten naklen.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. "04.11.2020 tarihinden önce kazanılmış haklar geçerliliğini koruyacağından, önalım hakkına dayanarak kesinleşmiş mahkeme kararları ile arazinin mülkiyetini kazanan sınırdış tarımsal arazi maliklerinin mülkiyet hakkı korunacaktır" Yargıtay HGK 2019/14-798 E. 2022/730 K. (n 8).

¹¹⁹ Hem klasik hem de modern teori bakımından aynı sonucun kabul edildiğine dair bkz. Baysal (n 63) 233.

¹²⁰ Bilgin Yüce (n 2) 809 vd.; Özay ve Işık (n 61) 381 vd.; Özcan (n 2) 272 vd.

Hükmün yürürlükte olduğu döneme ilişkin sorunların başında, “tarımsal bütünlük” kavramının belirsiz olması gelmektedir. Aynı anda birden fazla önalım hakkının kullanılması durumunda üstün tutulan hak buna göre belirlenmektedir. Bu kavramın işlevsel olabilmesi için sınırlarının mutlaka kanunda belirtilmesi gerekir. Bir diğer temel sorun ise önalım hakkına konu edilebilecek tarımsal arazi kavramının çok geniş olması ve özellikle arazilerin büyüklüğü konusunda kanunda hiçbir sınırlamaya yer verilmemesidir. Bu eksiklik hükmün kapsamını aşırı genişlettiğinden uygulamada önemli sorunlara yol açmıştır. Önalım hakkının kullanılabilmesi için ya da azami arazi büyüklüklerinin belirlenmesi bu sorunun çözümü olabilirdi. Bir diğer sınırlama da önalım hakkının kullanımında sınırdaş arazilerin birbirine göre büyüklüklerinin bir ölçüt olarak getirilmesi olabilirdi. Hükmün yürürlükte olduğu dönemdeki sorunlardan sonuncusu ama en önemlisi, resmi işlemlerde taşınmazların satış değerinin düşük gösterilmesi sorunudur. Davalıların bu değer gerçek olmadığı ve bunun önalım hakkını kullanan tarafından bilindiği itirazları kesinlikle kabul edilmemektedir. Yasal önalım hakkı düzenlemesi yapılırken bu durum göz önünde tutulmadığından uygulamada çok değerli araziler düşük bedellerle el değiştirmiş ve bu durum hükmün yürürlükten kaldırılmasının ana sebebi olmuştur.

Anılan düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasıyla da sorunlar çözülmemiş, geçiş dönemi ve yürürlük hukuku sorunları ortaya çıkmıştır. Özellikle derdest davalarda mahkemeler tarafından verilen farklı kararlar hukuk güvenliğinin sağlanamadığını göstermektedir. Yürürlük hukuku kuralları uygulanırken Türk hukukunda önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının TMK m. 734 uyarınca zorunlu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu düzenlemeyle uygulama kanuna yansıtılırken teorinin ihmal edilmesi sebebiyle amacını aşan sonuçlar ortaya çıkmış ve davanın niteliği artık gerçek inşai dava haline gelmiştir. Bu yüzden, hakkın kullanılabilmesi için artık hakim de iradesinin gerektiği ve taraf beyanının yeterli olmadığı, bir diğer ifadeyle önalım hakkının dava dışında kullanılamayacağı şüphesizdir. Buna rağmen tek başına davanın açılmasını veya dava dilekçesinin tebliğini önalım hakkının kullanılması olarak kabul eden öğreti ve Yargıtay kararları kanaatimizce yerinde değildir. Kaldı ki derdest davalar bakımından Yargıtay’ın bu varsayımları doğru kabul edilse dahi yürürlük hukuku bakımından verdiği sonuç isabetsizdir. Bunu göstermek için sırasıyla önalım hakkının, bu hakkın kullanılmasıyla doğan satış ilişkisinin ve nihayet mülkiyet hakkının zaman bakımından yürürlük kurallarına göre korunup korunmayacağı ayrı ayrı incelenmiştir. Bu kapsamda, düzenleme yürürlükten kaldırılmadan önce doğmuş önalım hakkı kazanılmış hak teşkil etse de kamu düzeni gerekçesiyle korunmamalıdır. Aksi halde sıklıkla kötüye kullanıldığı sabit olan bir hakkın etkisi devam etmiş olur. Önalım hakkına dayanan satış ilişkileri için de hem kamu düzeni hem kanundan doğan bir hukuki ilişki olması sebebiyle bir koruma sağlanmaması gerekir. Ancak, hükmün yürürlükte olduğu dönemde kazanılmış mülkiyet haklarının, 7255 sayılı düzenlemede geriye etkili olma kuralı yer almadığı için, kazanılmış hak kabul edilmesi gerekir.



Önalım davasının gerçek inşai dava olma özelliği karşısında derdest davalarda taraflar arasında bir satış ilişkisinin doğmuş olması zaten mümkün değildir. Bu yüzden sınırdış tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkını düzenleyen TKAKK m. 8/İ/II düzenlemesinin yürürlükten kalktığı, 04.11.2020 tarihinden önce, bu hükme dayanarak açılmış davalarda henüz nihai karar kesinleşmemiş olanlar yönünden önalım hakkı kullanılmış olmaz. Önalım hakkı mutlak olarak yürürlükten kalktığı için artık hakimın vereceği kararla buna dayanarak bir satış ilişkisi kurulması ve mülkiyetin devri de mümkün değildir. Yargıtay'ın görüşü gibi, satış ilişkisinin davanın açılmasıyla ortaya çıktığı varsayılsa bile, bu satış ilişkisi yürürlükteki kanun kapsamında korunmadığından, derdest davalardaki sonuç değişmemektedir. Sonuç olarak, hiçbir ihtimalde derdest davalarda yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanması ve mülkiyet hakkının kazanılması hukuken mümkün olmadığı kanaati oluşmuştur. Bu durumda hakimın vermesi gereken karar, dava konusu hukuki menfaat tamamen ortadan kalktığından davanın konusuz kalması kararıdır.

Bu soruna ilişkin dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus da temelinde yer alan sınırdış tarımsal arazi maliklerine tanınan önalım hakkı ve dava açma zorunluluğu düzenlemelerinin her ikisinin de Türk Hukukuna özgü olmalarıdır. Mülkiyet hakkı gibi temel haklarla ilişkili yeni kanun düzenlemeleri hazırlanırken en yüksek özenle hareket edilmesi gerektiği bu sorunda bir kez daha kendini göstermektedir.

KAYNAKÇA

Acar F, 'İntikal (Geçiş) Hukuku Bakımından Tek Satıcının Portföy Tazminatını Talep Etme Hakkının Tabi Olduğu Süre Hakkında Bir Değerlendirme' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17

Açıkgöz O, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı) (2. bs, On İki Levha 2022)

Adıgüzel R, 'Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı' (2016) 90 İstanbul Barosu Dergisi 121

Akçaal M, Eşya Hukuku (Yetkin 2023)

Aksu Kayacan S, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması' (2020) 17 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529

— —, 'Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Doğumu ve İleri Sürülebilmesi İçin Gerekli Unsurlar' (2020) 15 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 617

Alangoya HY, Yıldırım K ve Deren-Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları (Beta 2009)

Aybay A ve Hâtemî H, Eşya Hukuku (3. bs, Vedat 2012)

Baysal B, ‘Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü’, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan (Seçkin 2004)

— —, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü’ (2012) 70 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 221

Bilgin Yüce M, ‘Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları’ (2022) 30 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 787

Burcuoğlu H, ‘4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu’nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler’, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri: Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: 26-27 Haziran 2008, İstanbul Üniversitesi - Merkez Bina, Doktora Salonu, Beyazıt/İstanbul (On İki Levha 2011)

Büyük EI, Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm (On İki Levha 2021)

Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar (Yetkin 2005)

Canarşlan G, ‘Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı’ (2020) 6 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1

Demirbaş H, Yenilik Doğuran Haklar (Vedat Kitapçılık 2007)

Edis S, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Sevinç Matbaası 1979)

Engin Bİ, ‘Tarımsal Önalım Hakkının Kullanılmasına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ in Saibe Oktay Özdemir, Atillâ Altop ve Azra Arkan Serim (eds), Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, C. 1 (Filiz 2020)

Erbek Odabaşı Ö, ‘Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1001

Erdem M, ‘Yasal Önalım Bedeli ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Bedelin Güncellenmesi Meselesi’ in Saibe Oktay Özdemir, Atillâ Altop ve Azra Arkan Serim (eds), Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, C. 1 (Filiz 2020)

Eren F, ‘Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı’ (2008) 12 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103

— —, Mülkiyet Hukuku (4. bs, Yetkin Yayınları 2016)

Ergüne MS, ‘Yasal Önalım Hakkı Konusu Taşınmaz Payını Devreden Muhatabın Tazminat Yükümlülüğü Altına Girmesi ve Buna İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ (2009) 2009 Legal Hukuk Dergisi 3149

Erkan VU, ‘Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması’ (2016) 5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269



- Esener T ve Güven K, Eşya Hukuku (6. bs, Yetkin Yayınları 2015)
- Feyzioğlu FN, Şuf'a Hakkı (Fakülteler Matbaası 1959)
- Gümüş MA, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler (Vedat Kitapçılık 2007)
- —, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi' (2012) 8-9 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, Türk Eşya Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984)
- Hatemi H, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku) (Vedat Kitapçılık 2004)
- Helvacı İ, 'Satış İlişkisi Doğuran Haklar' in Murat İnceoğlu (ed), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler, Tebliğler (XII Levha 2012)
- —, 'Anayasa Mahkemesinin Medeni Kanunumuzun 713. Maddesi ve Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile İlgili Kararları Üzerine' in Tufan Öğüz ve İlhan Helvacı, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: (21 Mayıs 2012) (XII Levha 2013)
- İnceoğlu M (ed), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler, Tebliğler (1. baskı, XII Levha 2012)
- Kılıçoğlu AM, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler (Turhan Kitabevi 2003)
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü (6. bs, Demir-Demir 2001)
- Nomer HN, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler (14. bs, 2015)
- Oğuzman MK ve Barlas N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (28. bs, On İki Levha 2022)
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (25. bs, Filiz Kitabevi 2023)
- Okur S, 'Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)' (2019) 9 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101
- Önen E, İnşai dâva (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları 1981)
- Özay OL ve Işık M, 'Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi' (2021) 2021 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 379

Özcan Üİ, ‘Sınırdas (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 Sayılı Kanunun 8/İ Maddesinin 2. Fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 Sayılı Kanunun 20’nci Maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme’ (2021) 16 Terazi Hukuk Dergisi 264

Özçelik ŞB, ‘5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi’ (2015) 19 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87

Pekcanitez H (ed), Pekcanitez Usul Cilt II, C. 2 (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Şahin T, ‘Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı’ (2018) 24 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 906

Şıpka ŞT, Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı, (MK m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları) (Alfa Basım Yayım Dağıtım 1994)

Tezcan M, Canbolat B ve Akıncı ME, ‘Önalım Hakkı’ (2019) 2019 Ankara Barosu Dergisi 177

Topuz M, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (Seçkin 2020)

Üçer M ve Göktimur M, ‘Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu’ (2023) 28 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 499

Yaşar M, ‘Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler’ (2004) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423

Yavuz C ve Açıkgoz O, ‘Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı’nın Değerlendirilmesi’ (2021) 40 Public ve Private International Law Bulletin 893

Yavuz C ve Topuz M, ‘Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler’ (2016) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 663

7255 Sayılı Kanun Gerekçesi 2020 [221]

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gerekçesi 2013

Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun 2020 (Resmi Gazete)

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 2005 (Resmi Gazete)

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 2014 (Resmi Gazete)

DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA İLK OTURUMA KATILMAYAN TARAFIN YARGILAMA GİDERLERİNE MAHKÛM EDİLMESİ SORUNU*

*The Issue of a Party Being Ordered to Pay Litigation Costs for Failing to
Attend the First Mediation Session as a Prerequisite for Litigation*

Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN**

Özet

Hukukumuzda dava şartı arabuluculuk kurumu yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bu kuruma özgü usulleri düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 06.12.2018 tarihli 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen md. 18/A hükmünün 11. fıkrasında arabuluculuk ilk oturumuna mazeretsiz olarak katılmayan tarafın sonraki davada haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin *tamamına* mahkûm edileceği ve vekalet ücretini alamayacağı düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasa md. 13 çerçevesinde ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan "*orantılılık*" ilkesine aykırı bularak 2024 yılında iptal etmiştir. Oysa kanaatimizce söz konusu düzenlemenin sadece ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesine aykırı olmadığı, ayrıca temel hakların sınırlandırılmasında aranan "*kanunilik*" ve ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi olan "*gereklilik*" ilkeleri ile de çeliştiği açıktır. İptal sonrası yasanın 07.11.2024 tarihli 7531 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile yeniden düzenlenen halinde ilk oturuma katılmayan tarafın davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinin *yarısına* mahkûm edileceği ve vekalet ücretinin yarısını alacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce ilk oturuma katılmayan kişinin dava lehine sonuçlandırıldığında yargılama giderlerinin *yarısına* mahkûm edilmesi ve karşı vekalet ücretinin *yarısına* hak kazanamaması, isabetli bir yaptırım değildir. Çünkü dava süresince yargılama giderlerinin ne kadar olacağı tam olarak bilinemez. Kanaatimizce maktu bir para cezasının öngörülmesi daha isabetli olacaktır. Böylece taraflar ne kadar olacağı belirli olmayan bir külfete katlanmak zorunda kalmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dava şartı arabuluculuk, yargılama giderleri, hak arama hürriyeti, adalete erişim hakkı, ölçülülük ilkesi

Abstract

In our legal system, the institution of mediation as a prerequisite for filing a lawsuit is widely applied. The Law on Mediation in Civil Disputes, which regulates the procedures specific to this institution, included a provision under Article 18/A, added by Law No. 7155 dated December 6, 2018. According to paragraph 11 of this article, a party who fails to attend the first mediation

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.01.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Bu çalışma 6. Uluslararası Akdeniz Bilimsel Araştırmalar Kongresi'nde sunulan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Md. 18/A-11'in Anayasa Mahkemesi Tarafından İptaline İlişkin Değerlendirme" başlıklı tebliğin yasal değişikliklere göre düzenlenmiş ve genişletilmiş halidir.

** Arş. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku ABD, aysekarakimseli@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9303-9304>



session without a valid excuse would be ordered to bear all litigation costs, even if they win the case, and would not be entitled to attorney fees. The Constitutional Court ruled that this provision violated the principle of “proportionality,” which is a sub-principle of the “principle of proportionality” under Article 13 of the Constitution, and annulled it in 2024. However, in our opinion, the regulation in question is not only inconsistent with the proportionality sub-principle under Article 13 of the Constitution but also contradicts the “legality” and “necessity” principles, which are also sub-principles of the “principle of proportionality” when limiting fundamental rights. After the annulment, the new provision in Article 25 of Law No. 7531, dated November 7, 2024, stipulates that the party who fails to attend the first session will bear half of the litigation costs, even if they win, and will be entitled to only half of the attorney fees. In our view, imposing such a penalty is not appropriate, as the total litigation costs are uncertain during the case. We believe that a fixed monetary fine would be a more suitable penalty, as this would prevent the parties from bearing an unspecified burden.

Keywords: Mediation as a prerequisite for litigation, court fees, right to legal remedies, right to access to justice, principle of proportionality

GİRİŞ

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tarafsız üçüncü bir kişinin huzurunda karşılıklı müzakere esasına göre çözümlenmesini esas alan dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk kurumu¹ hukukumuzda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda (HUAK)² düzenlenmektedir. Bu Kanun’un 3. maddesi çerçevesinde arabuluculuk kurumu kural olarak ihtiyari bir başvuru yolu olmasına karşın yapılan kanun değişiklikleri ile bazı uyuşmazlıklar için arabulucuya başvuru “dava şartı” olarak kabul edilmiştir. İlk olarak 2018 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)³ ile iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir⁴. Daha sonra sırasıyla ticari uyuşmazlıklar ile tüketici, kira, kat

¹ M. Serdar Özbek, ‘Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk’ içinde, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları 9. Toplantısı-Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ankara 2010 (TBB Yayınları 2012) 107; M. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (5. Baskı Yetkin Yayınları 2022) 658; Ersin Erdoğan ve Nurbanu Erzurumlu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, (Seta Yayınları 2016) 9; Seda Özümücü, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış’ (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 827, 837; Sedat Kaya, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk’ (2018) 22(1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211; Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk (Yetkin Yayınları 2018) 27; Faruk Barış Mutlay, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ içinde Tankut Centel (eds), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (On İki Levha Yayınları 2018) 25.

² Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331

³ Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221

⁴ Özbek ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’ (n 1) 1077, 1544; Erdoğan ve Erzurumlu (n 1) 35; Özümücü, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 832; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 32; Mutlay, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 23; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, (Yetkin Yayınları 2018) 765; S. Y. Lokmanoglu, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı’ (2018) 9(33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 865; Emre Ak-yıldız, ‘İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi’, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi SBE 2019) 25, 39; Kaya, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 211; Talat Canbolat, ‘İş Hukuku

mülkiyeti, ortaklığın giderilmesi ve komşu hakkından doğan uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir⁵. Bu şekilde kanun koyucu hem yargının iş yükünü azaltmayı hem de ülkemizde uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözümlenmesine yönelik bir kültür oluşturmayı hedeflemektedir⁶.

Kanun koyucu ihtiyari arabuluculuktan farklı dinamikleri olan dava şartı arabuluculuk kurumu için ayrı bir uygulama hükmü ihdas etmiştir. 7155 sayılı Kanun⁷ md. 23 ile HUAK'ye 18/A maddesi eklenmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan hüküm HUAK md. 18/A-11 hükmü olup bu hükümde ilk toplantıya mazeretsiz olarak katılmayan tarafların yargılama giderlerine mahkûm edilmesi hususu düzenlenmektedir. Anılan hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki haline göre; taraflardan biri geçerli bir mazeret sunmaksızın arabuluculuk ilk toplantısına katılmazsa toplantıya katılmayan taraf davada kısmen ya da tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamına mahkûm edilecektir. Ayrıca bu kişi lehine vekalet ücretine de hükmedilemez. Eğer her iki taraf da ilk toplantıya mazeretsiz

Bakımından Arabuluculuk" içinde, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (Pozitif Matbaacılık, 2019) 95; Mustafa Yavuz, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk' (2019) 5(15) Gümrük ve Ticaret Dergisi 53; Ramazan Arslan, vd. Medeni Usul Hukuku (6. Baskı Yetkin Yayınları 2020) 798; Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Adalet Yayınevi 2020) 33; Nesibe Kurt Konca, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, (Seta Yayınları 2020), 60; Nariye Tuğçe Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Çankaya Üniversitesi SBE 2021), 51; Banu Bilge Sarıhan, 'Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması' (2021) 4(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 416, 420.

⁵ Özbek 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1194, 1544; Canbolat, 'İş Hukuku Bakımından' (n 4) 98; Yavuz, 'Ticari Uyuşmazlıklarda' (n 4) 53; Arslan, vd. (n 4) 798; Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 33; Kurt Konca (n 4) 60; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 51, 69; Sarıhan, 'Tüketici Hukuku' (n 4) 416, 421.

⁶ Özbek 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1547, 1548; Özbek, 'Anayasal Hak ve Hürriyetler' (n 1) 117; Erdoğan ve Erzurumlu (n 1) 37; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 119, 120; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 71; Kürşat Karacabey, 'Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar' (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi 474; Mert Namlı, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' içinde Kübra Doğan Yenisey (eds), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı-İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Dumat Ofset 2016) 152; Özümücü, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 834; Kaya, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 211; Lokmanoğlu, 'İş Mahkemeleri Kanunu' (n 4) 867, 874; Muhammet Özkes, 'Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi' içinde, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (Pozitif Matbaacılık 2019) 112; İlker Koçyiğit ve İzzet Yeşilkaya, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında ve Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (Adalet Yayınevi 2020) 84; Kurt Konca (n 4) 60; Sibel Özel, 'Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 873; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 68, 69, 73, 129.

⁷ Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG 19.12.2018/30630.



katılmazlarsa sonradan açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır⁸.

HUAK md. 18/A-11 hükmünde yer alan bu düzenleme doktrin ve uygulamada tartışma konusu olmuştur. Esasen tartışmalar bu düzenlemenin kaynağını oluşturan İMK md. 3/1-12 hükmü ile başlamış ve söz konusu hükmün tüm dava şartı arabuluculuk halleri için geçerli kılınması ile şiddetlenmiştir. Bu tartışma Anayasa Mahkemesine iki kez taşınmış ve Anayasa Mahkemesi İMK özelinde verdiği 11.07.2018 tarihli ve 2017/178 E. 2018/82 K. sayılı ilk kararında bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu karardan dört yıl sonra benzer bir hüküm olan HUAK md. 18/A-11 hükmü Anayasa Mahkemesine taşınmış ve Mahkeme ilk kararının aksine 14.03.2024 tarihli 2023/160 E. 2024/K sayılı kararı ile arabuluculuk ilk oturumuna katılmayan tarafın davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamına mahkûm edileceği ve lehine vekalet ücretine hükmedilmeyeceği düzenlemesinin iptaline karar vermiştir. İptal hükmünün yürürlüğe giriş tarihinin, karar tarihinden dokuz ay sonrası olması sebebiyle kanun koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması beklenmekteydi. Söz konusu düzenleme 14.11.2024 tarihinde yürürlüğe giren 7531 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile yapılmıştır. Düzenlemenin yeni haline göre; arabuluculuk ilk oturumuna mazeretsiz şekilde katılmayan taraf, davada kısmen ya da tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin *yarısından* sorumlu olacaktır. Ayrıca bu taraf lehine belirlenen vekâlet ücretinin *yarısına* hükmedilir. Aynı değişiklik İMK md. 3/1-12'de de yapılmıştır. Bu çalışmada iptal kararının yerinde olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesinin gerekçelerinin hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. Ayrıca yeni düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu ele alınarak alternatif yaptırımlar değerlendirilecektir.

I. 7155 SAYILI KANUN İLE HUAK M. 18/A-11'DE YAPILAN DÜZENLEMENİN AMACI VE YABANCI SİSTEMLERDEKİ DURUM

İlk toplantıya katılmayan taraf aleyhine öngörülen bu düzenlemelerin amacının tespiti için kanunun gerekçesine bakmamız gerekmektedir. Bu düzenlemenin yer aldığı 7155 sayılı Kanun'un gerekçesinde söz konusu hükmün ihdas ediliş amacı ile ilgili bir açıklama yoktur. Burada söz konusu düzenlemenin hukukumuzda ilk defa karşımıza çıkmadığı göz ardı edilmemelidir. Dava şartı arabuluculuk kurumunu ilk defa gündeme getiren İMK md. 3/1-12'de bu düzenlemenin benzeri bulunmaktadır. Dolayısıyla İMK md. 3/1-12 hükmü, HUAK md. 18/A-11 hükmünün kaynağını oluşturmaktadır. İşte İMK md. 3/1-12 hükmünün gerekçesi, kanun koyucunun bu düzenleme ile neyi hedeflediğinin ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

⁸ Bu hükmün dayanağı olan İMK md. 3'ün tasarısındaki halinde söz konusu yaptırımın tüm arabuluculuk toplantıları bakımından getirildiği ancak metnin yasalaşan halinde sadece ilk toplantıya katılım bakımından bu yaptırımın uygulanacağı esasının benimsendiği yönünde bkz: Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 75.

Hükmün gerekçesine göre; burada yer alan düzenleme, dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerliğini sağlamayı hedeflemektedir. Düzenlemenin amacı, tarafların bir araya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı tartışması ve bir çözüme ulaşması için gerekli ortamın sağlanmasıdır. Taraflardan birinin uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını öngörerek görüşmelere gelmekten kaçınması, arabuluculuk kurumunun işlerliğini azaltacak ve hedeflenen sosyal faydanın elde edilmesine engel olacaktır. Arabuluculuk kurumunun gelişim gösterdiği ülkelerde de müzakere masasına gelmeyen taraflara yönelik bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun bu kuralı ihdas etme amacı, tarafların masaya gelmelerini sağlamak ve arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırmaktır. Esasında bu müeyyide ile tarafların arabuluculuk sürecine mümkün olduğunca aktif katılımlarının sağlanması hedeflenmektedir⁹.

Kanun'un gerekçesinde yabancı sistemlerde de aynı amaçla bazı yaptırımlar kabul edildiğine değinilmiştir. O halde yabancı sistemlerde ne gibi yaptırımlar kabul edildiğine ve bunlara yönelik eleştirilere de yer vermemiz gerekmektedir. Örneğin dava şartı arabuluculuk müessesinin kaynağı olarak görülen İtalyan hukukunda¹⁰ da hukukumuza benzer şekilde arabuluculuk sürecine mazeretsiz bir şekilde katılmayanlar için yargılama giderlerine mahkûmiyet yönünde bir düzenleme bulunmaktadır¹¹. Amerikan hukukunda bu hususta doğrudan yasal bir düzenleme olmakla birlikte, mahkemeler yerel kurallar çerçevesinde mazeretsiz şekilde alternatif uyuşmazlık çözümü toplantılarına katılmayan taraf aleyhine birtakım yaptırımlar uygulamaktadır. Bu yaptırımlar para cezasına, yargılama giderlerine veya vekalet ücretine mahkûmiyet şeklinde olabilmektedir. Ancak bu yaptırımların tarafların uzlaşmasına bir katkısı olmadığı ve mahkemelerin zaman kaybetmesine yol açacağı şeklinde görüşler de ileri sürülmektedir¹². İngiliz hukukunda Hukuk Usulü Kurallarının (CPR) 44.5 maddesinde dile getirilen hakimin yargılama giderlerinin miktarını belirlerken tarafların davadan önce ya da dava esnasında gösterdikleri çabayı dikkat

⁹ Özbeke 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1639; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1), 158; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1), 75, 147; Kaya, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 241; Lokmanoğlu, 'İş Mahkemeleri Kanunu' (n 4) 882; Akyıldız, 'İş Yargılamasında' (n 4) 83; Canbolat, 'İş Hukuku Bakımından' (n 4) 103; Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 122; Özel, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 6) 878; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 75, 127, 156; Sarıhan, 'Tüketici Hukuku' (n 4) 435; Mesut Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısına Geçerli Mazeret Göstermeksizin Katılmamanın Yaptırımı' (2024) 174 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 225; bu yaptırımın tarafların iyi niyetini ödüllendirme ve tarafları arabuluculuğa teşvik etme açısından isabetli bir yaptırım olduğu yönünde bkz: Özbeke 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1639; aksine bu yaptırımın tarafları pazarlık yapmaya zorlayacağı; bu sebeple arabuluculuk kurumunun temel anlayışı ile bağdaşmadığı ve bu durumda söz konusu yaptırım yerine HMK md. 327'nin uygulanmasının tercih edilmesinin daha doğru olacağı yönünde bkz: Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 75, 76.

¹⁰ Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 85.

¹¹ Erdoğan ve Erzurumlu (n 1) 43; Namli, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı' (n 6) 159; Özmumcu, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 809, 815, 816; Özel, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 6) 875, 879

¹² Özbeke 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 588, 589; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 41, dn. 75.



alacağı hükmüne dayanan, 2004 yılındaki Halsey kararında dile getirilen ve 2010'da yürürlüğe giren Arabuluculuk Yönergesinde açıkça yer verilen esaslar çerçevesinde tarafların ihtiyari arabuluculuk sürecine teşvik edilmesi için yargılama giderlerine ilişkin bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Özellikle arabuluculuk sürecine katılmayan tarafın davada haklı çıkması halinde karşı taraftan alacağı yargılama giderlerinin azaltılması yönünde bir uygulama bulunmaktadır. Ancak İngiliz yargı sistemi içerisinde bu yaptırımların ihtiyari olan arabuluculuk yönetimini adeta zorunlu hale getireceği, bu sebeple arabuluculuğun mahkeme öncesi şekli bir aşama olmaktan ileri gidemeyeceği, dolayısıyla adalete erişim hakkı bakımından bir engel teşkil edeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹³. Görüldüğü üzere yabancı sistemlerde arabuluculuk sürecine mazeretsiz bir şekilde katılmamak yargılama giderlerine mahkumiyet şeklinde yaptırımlara tabi tutulmakla birlikte, bu yaptırımın yerinde olmadığı şeklinde görüşlerin varlığı da dikkat çekmektedir.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN İMK MD. 3/1-12 HÜKMÜNÜN İPTALİ TALEBİ HAKKINDAKİ RED KARARININ İNCELENMESİ

Çalışma konumuzu oluşturan HUAK md. 18/A-11 hükmünün dayanağı olan İMK md. 3/1-12 hükmünün, tarafların adalete erişim hakkını ölçsüz bir şekilde sınırlandırdığı ve bu sebeple hak arama hürriyetini ihlal ettiği gerekçesi ile iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 11.07.2018 tarihli ve 2017/178 E. 2018/82 K. Sayılı kararı ile iptal talebini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal talebinin reddi kararında şu gerekçelere yer vermiştir: *“Düzenlemenin amacının, tarafların dürüstlük kuralı gereğince arabuluculuk ilk toplantısına katılarak bir araya gelmeleri ve aralarındaki uyuşmazlığı tartışabilmeleri için gerekli ortamın hazırlanması olduğu görülmektedir. Düzenleme geçerli bir mazeretin bulunması halinde uygulama alanı bulmayacağından sadece keyfi şekilde arabuluculuk sürecinin sekteye uğratılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu düzenleme ile uzun ve masraflı yargılamalara maruz kalınmaksızın çözülebilecek bir uyuşmazlığın, arabuluculuk yolunda görüşülmesine baştan karşı çıkarak uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine ve gereksiz masraflar yapılmasına neden olan tarafın bir yaptırıma tabi tutulması ile arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmak istenmiştir. Bu amaç uyuşmazlıkların en hızlı şekilde ve en az giderle çözümlenmesi şeklindeki anayasal ilkeyle bağdaşmakta olup söz konusu düzenleme bu amaca ulaşmak için gerekli, elverişli ve orantılıdır. Ayrıca geçerli bir mazeret ileri sürmeksizin ilk*

¹³ Andrew Kearney ‘Shrugging Aside Reasonable Requests to Mediate’ (2022) <http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/shrugging-aside-reasonable-requests-to-mediate/> Erişim Tarihi 08.04.2025; Sarah Alexander, ‘Refusing to Mediate – Implications for Costs in Court Actions’ (2022) www.dentons.com/en/insights/articles/2022/november/14/refusing-to-mediate-implications-for-costs-in-court-actions Erişim Tarihi 08.04.2025; <https://www.deacons.com/2014/09/05/costs-consequences-of-refusing-to-mediate/> (2014) Erişim Tarihi 08.04.2025; bu hususta ayrıca bkz: Özbek ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’ (n 1) 384, 385; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 158.

toplantıya katılmamak; sadece tüm yargılama giderlerinden sorumluluk sonucunu doğurmakta olup ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan tarafın yargı organlarına başvurusunu engellemektedir.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi dürüstlük kuralı temelinde ele almıştır. Mahkeme, ilk toplantıya mazeretsiz katılmamak suretiyle arabuluculuk sürecini sekteye uğratmayı dürüstlük kuralına aykırı görmüştür. Doktrinde de söz konusu düzenlemenin Anayasa aykırılık içermediği ve Anayasa Mahkemesinin red kararının yerinde olduğu yönünde görüşler vardır¹⁴. Kanaatimizce kanun koyucu arabuluculuk kurumunu teşvik amacıyla bazı düzenlemeler yapabilir. Ancak bu düzenlemeler tarafların adalete erişim haklarını orantısız şekilde kısıtlamamalıdır. Arabuluculuk kurumunun teşvik edilmesi, dolayısıyla yargılama süreçlerinde süre ve masrafların azaltılması amacı ile kişilerin; yargılama giderlerinin miktarının belirsizliği sebebiyle ne kadar olacağı ve kanundaki düzenlemelerin yetersizliği sebebiyle kim tarafından ve hangi kritere göre tespit edileceği belli olmayan bir cezaya mahkûm edilmeleri arasında orantısızlık vardır. Bu sebeple kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Doktrinde de görüşümüzü destekler şekilde söz konusu düzenlemenin Anayasa’daki hak arama hürriyetine aykırı olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁵.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN HUAK MD. 18/A-11 HÜKMÜNÜN İPTALİ KARARININ İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, İMK md. 3/1-12 hükmünün iptali talebini reddettikten sonra, kanun koyucu aynı hükme dava şartı arabuluculuk kurumu için genel bir düzenleme olan HUAK md. 18/A-11’de de yer vermiştir. Böylece kanun koyucu arabuluculuk kurumunu teşvik amacıyla bu düzenlemeyi korumak noktasında ısrarlı olduğunu göstermiştir. Söz konusu düzenleme yukarıda bahsedilen gerekçelerle yeniden Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise yukarıdaki karardan farklı olarak bu düzenlemenin ilk iki cümlesinin iptaline karar vermiştir¹⁶.

Anayasa Mahkemesi kararında şu hususlara değinmiştir: *“Söz konusu düzenleme, mülkiyet ve mahkemeye erişim haklarına kısıtlama getirmektedir. Bu hakları sınırlandıran düzenlemelerin şekli olarak var olması yeterli olmayıp, keyfi uygulamaları engelleyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemelerde, geçerli bir mazeret ileri sürmeksizin arabuluculuk ilk*

¹⁴ Eminoglu ve Erdoğan (n 4) 123; Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 127.

¹⁵ Kaya, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 241, 242; Canbolat, ‘İş Hukuku Bakımından’ (n 4) 103; Özekes, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 124; düzenlemenin hak arama hürriyetini tamamen ortadan kaldırmadığı ancak sınırlandırdığı yönünde bkz: Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1), 158.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin aynı içerikteki maddelere ilişkin bu şekilde zıt yönde karar vermesinin hukuki güvenlik açısından sakıncalı olduğu yönünde bkz: Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 241.



toplantısına katılmayan tarafın hangi hâl ve şartta bu yaptırımlara maruz kalacağı açık ve net olarak yer almaktadır. Düzenlemede kullanılan “geçerli bir mazeret” kavramı ile tarafın arabuluculuk toplantısına katılmasına mâni olacak, yargı organları tarafından her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenecek mücbir sebep ya da beklenmedik durumlar kastedilmektedir. Görüldüğü gibi bu kavram genel bir kavram olmasına karşın belirsiz ya da öngörülemez değildir. Kanun koyucunun her somut olayda farklılık gösterecek tüm ihtimallere düzenlemede yer vermesi mümkün değildir. Bu çerçevede iptali istenen hükümler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçerli anayasal bir ilke olan kanunilik ilkesine uygundur. İptali istenen hükümler, tarafların arabuluculuk aşamasına katılımını sağlamayı hedeflemektedir. Bu açıdan tarafın sonunda haklı çıksa bile yargılama giderlerine mahkûm olacağı ya da vekalet ücretinden mahrum kalacağı hususu, toplantıya katılmama yönünden belirli ölçüde bir caydırıcılık oluşturacaktır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu düzenlemelerin, arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırmayı amaçladığı söylenmelidir. Böylece düzenlemenin, devletin yargılamaların mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasını sağlayacak etkili çareler oluşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesini hedeflediği görülmektedir. Neticeten söz konusu sınırlamaların anayasal anlamda meşru bir amacı bulunmaktadır.”

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi HUAK md. 18/A-11’de yer alan düzenlemenin adalete erişim hakkını kısıtladığını belirtmiş ancak bu kısıtlamanın Anayasa md. 13 anlamında kanuni, belirli ve meşru bir amaca sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak kararın devamında bu hükmün iptali bağlamında ölçülülük ilkesinin unsurları üzerinde durmuş ve şu hususlara yer vermiştir: “Anayasa md. 13 gereğince söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Anayasa’nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmışının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. HUAK md. 18/A-11’de yer alan yaptırımlar, arabuluculuk aşamasına katılımın sağlanması amacına ulaşılması için elverişli bir vasıta. Arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği hâllerde, uyuşmazlığın bir tarafının bu yola başvurmadan davasını mahkeme önüne taşıma imkânının ortadan kalktığı düşünüldüğünde uyuşmazlığın diğer tarafının arabuluculuk sürecine katılımının taşıdığı önem ortaya çıkmaktadır. Aksi halde arabuluculuk müessesesinin kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır. Maddede öngörülen yaptırımlar belirli ölçüde tarafları ilk toplantıya katılmamaktan alıkoyacaktır. Bu düzenlemeler, mülkiyet ve mahkemeye erişim hakları kısıtlamakla beraber arabuluculuk müessesesinin etkili bir şekilde uygulanmasının sağlanması adına toplumsal bir ihtiyaca cevap teşkil etmektedir.

Öte yandan devlet; yargılamaların mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasını sağlayacak etkin çareler tesis etme yükümlülüğünü yerine getirirken kişilere çok fazla ve orantısız külfetler yüklememelidir. Bu düzenlemenin, karşı tarafın da arabuluculuk toplantısına katılmasını zorlayıcı bir etki oluşturmaya karşılık, haklılığı yargı kararı ile tespit edilen kişilerin her durumda yüksek tutarları bulabilecek mali külfetlere katlanmasına neden olabileceği görülmüştür. Haklılık durumu göz önünde bulundurularak uygulanabilecek istisnalar veya belli bir üst sınır öngörülmeden ve tamamen haksız bir sürece maruz kaldığı yargılamanın sonucunda anlaşılan tarafın özel durumu da gözetilmeden, mazeret ileri sürmeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderlerinden tamamıyla sorumlu tutulması ve vekâlet ücretinin tümünden yoksun bırakılması kişilere aşırı bir külfet yüklemektedir. Neticeten iptali istenen düzenlemenin kamu yararı ile mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakları arasında gözetilmesi gereken dengeyi bozduğu ve bu nedenle orantısız bir sınırlama olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

Özetle Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin adalete erişim hakkına yönelik bir kısıtlama mahiyetinde olduğunu, bu kısıtlamanın belirlilik, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine uygun olduğunu ancak orantılılık ilkesine uymadığını belirterek iptaline karar vermiştir. Orantısızlık sebebi olarak da haklı çıkan tarafın herhangi bir istisna ya da bir üst sınır olmaksızın yargılama giderlerinin tamamına mahkûm edilmesini göstermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararında yer verdiği Anayasa uygunluk denetimi kapsamında kriter olarak esas alınan diğer ilkelerle ilgili açıklamaları tatmin edici değildir. Bu sebeple düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin belirttiği her bir alt ilke açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

B. Kanunilik İlkesi Açısından

Anayasamızın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler yalnızca kanunla sınırlanabilir. Hak arama hürriyetinin bir yansıması olan adalete erişim hakkını¹⁷ kısıtladığı Anayasa Mahkemesi tarafından da kabule edilen bu düzenleme¹⁸, bir kanunla ihdas edildiği için şekli açıdan kanunilik unsurunu taşımaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin de kararında belirttiği üzere temel haklara yönelik sınırlama getiren bir düzenlemenin kanunda yer alması tek başına yeterli olmayıp, belirli ve öngörülebilir olması da gerekir¹⁹. Anayasa Mahkemesi hükmün uygulanma şartlarının açık ve net olduğunu söylemiş ve kanunilik ilkesi açısından bir problem

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 2012/54, 11.04.2012 (Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 30); aynı yönde bkz: Özel, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 881; Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 237; adalete erişim hakkının kaynağının Anayasa md. 2’de düzenlenen sosyal devlet ilkesi olduğu yönünde bkz: Özbek, ‘Anayasal Hak ve Hürriyetler’ (n 6) 131.

¹⁸ Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 124; Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 238.

¹⁹ Aynı yönde bkz: Zafer Gören, ‘Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları’ (2007) 6 (12) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 53, 54; Sibel İncoğlu, ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’, içinde Sibel İncoğlu (eds), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (2. Baskı Beta Yayınları 2013) 29; Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku (1. Baskı Ekin

olmadığını belirtmiştir. Hükmün uygulanma şartlarını değerlendirdiğimizde şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

Bu yaptırımın uygulanabilmesi için ilk oturuma katılmayan tarafın geçerli bir mazeret göstermemesi gerekir. İleri sürülen mazeretin geçerli bir mazeret olup olmadığına kim tarafından karar verileceği ise Kanun'da açıkça düzenlenmemektedir²⁰. Yukarıda yer verilen İMK md. 3/1-12'nin gerekçesinde bu hususa yer verilmiştir. Buna göre; ileri sürülen mazeretin geçerli olup olmadığına ilk etapta arabulucu karar verecektir. Arabulucu mazeretin geçerliliğini her somut olay için ayrı ayrı değerlendirecektir. Uyuşmazlık mahkemeye taşındığında ise durum mahkemece denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda mahkeme nihai kararı verecektir. Arabulucu tarafından geçersiz sayılan mazeretin mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde uyuşmazlık tekrar arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından neticelendirilmelidir²¹. Ancak bu durumda söz konusu yaptırım uygulanmayacaktır.

Kanaatimizce mazereti değerlendirme yetkisinin kime ait olduğuna doğrudan kanun metninden değil de diğer kanunun gerekçesinden ulaşılmaması, belirlilik noktasında problemlidir. Bunun yanı sıra Kanun ve gerekçeye göre mazeretin kaç gün içinde arabulucuya iletileceği, arabuluculuk sürecinde ileri sürülemeyen bir mazeretin yargılama aşamasında geriye dönük olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği ve arabulucunun kabul ettiği mazerete mahkeme aşamasında itiraz edilip edilemeyeceği de belirsizdir²². Tüm bu belirsizlikler, düzenlemenin kanunilik ilkesi açısından tartışılabilir olduğunu göstermektedir.

İkinci olarak mazeretin nasıl değerlendirileceği hususu irdelenmelidir. İMK md. 3/1-12'nin gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesinin kararında bu hususun somut olayın özelliklerine göre belirleneceği ifade edilmiş olup, burada bir belirsizlik olmadığı ortaya konmuştur. Ancak mazeretin tespiti bakımından örnek olarak dahi bir düzenlemeye yer verilmediği için arabulucular benzer mazeretler için farklı yönde karar verebilecektir²³. İngiliz hukukunda ise Arabuluculuk Uygulama Yönergesinde

Yayınları 2017) 228; benzer bir karar için bkz: Anayasa Mahkemesi, 2011/172, 22.12.2011 (İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 31).

²⁰ Kübra Doğan Yenisey, 'İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk', içinde Kübra Doğan Yenisey (eds), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı-İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Dumat Ofset 2016) 188; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 231; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 150.

²¹ Özбек 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1638; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 232; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 156, 157.

²² Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 150, 152; bu konulardaki öneriler için bkz: Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 150, 152.

²³ Aynı yönde bkz: Doğan Yenisey, 'İş Yargısında' (n 20) 188; Erdoğan ve Erzurumlu (n 1) 49; Lokmanoğlu, 'İş Mahkemeleri Kanunu' (n 4) 882; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 136; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 252; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 232; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 149.

bazı makul sebeplere örnek olarak yer verilmiştir²⁴. Anayasa Mahkemesi kanunda tüm hususların öngörülerek düzenleme yapılmasının mümkün olmadığını söylemiştir. Doktrinde de sınırlamaya ilişkin şartların kapsamının yeterince açık olması ile sayısal ve ölçülebilir bir belirliliğin kastedilmediği ifade edilmiştir²⁵. Kanun yapma tekniği açısından bu ifade doğru olmakla birlikte uygulamada doğacak farklılıklara bir çözüm getirmemektedir. İMK'nin gerekçesinde belirtildiği üzere bu konuda nihai kararı tarafça ileri sürülmesi halinde mahkeme verecektir²⁶. Bu açıdan taraflara bir güvence sağlandığı düşünülebilir. Ancak mazeretin mahkemede ne şekilde ve hangi sürede ileri sürülebileceği de belirsizdir²⁷. Dolayısıyla gerek mazeretin değerlendirilme kriterleri gerekse mahkemede ileri sürülüşü açısından belirlilik ilkesinin ihlal edildiği söylenmelidir.

Gerekçede belirtildiği üzere mahkeme eğer mazereti geçerli bulmazsa söz konusu yaptırım kesinleşecek; mazereti geçerli bulursa davayı tekrar arabulucuya göndermeden kendisi sonuçlandıracaktır. Ancak bu durumda HUAK md. 18/A-11'deki yaptırım uygulanmayacaktır. Bu durum iki cepheden problemlidir. Öncelikle mazeretin değerlendirilmesine ve verilen hükmün niteliğine ilişkin bu düzenlemenin kanunda değil gerekçede yer alması belirlilik ilkesine aykırıdır. İkinci olarak eğer arabuluculuk aşaması kanun koyucu tarafından bu kadar önemseniyorsa, mazeretin geçerli olması halinde neden dosya arabulucuya gönderilmemektedir? Yargılamanın daha fazla uzamaması için kanun koyucunun bu yönde bir belirleme yaptığı söylenebilir. Ancak bu durum, düzenlemenin temelindeki arabuluculuk müessesini yerleşik hale getirmekle tezat oluşturmaktadır. Doktrinde de bu görüşümüzü destekler şekilde bu durumda hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesinin ve süre vermesinin doğru olacağı ifade edilmiştir²⁸.

C. Meşru Bir Amaçla Kısıtlama Açısından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerin dolayısıyla da hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasında meşru bir amaç olmalıdır²⁹. Anayasa Mahkemesi kararında arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan

²⁴ Örneğin taraflar arasında başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine ilişkin görüşmeler yapıyor olması, tarafın arabuluculuk toplantısına katılmaması için makul bir gerekçedir. Bu hususta bkz: <https://www.deacons.com/2014/09/05/costs-consequences-of-refusing-to-mediate/> (n 13).

²⁵ Gözler, İnsan Hakları (n 19) 228; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 231.

²⁶ Akyıldız, 'İş Yargılamasında' (n 4) 85; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 151.

²⁷ Lokmanoglu, 'İş Mahkemeleri Kanunu' (n 4) 882; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1), 232; Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 150.

²⁸ Özbek 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (n 1) 1638; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 157, 233; aksine bu düzenlemenin yargılamanın uzatılmaması adına yerinde olduğu yönünde bkz: Mutlay, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 152.

²⁹ Yücel Oğurlu, 'AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi"', içinde Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001) 505; Gözler, İnsan Hakları (n



tarafın davayı kazansa bile yargılama giderlerinin tamamına mahkûm edilmesi ve vekalet ücretinden mahrum bırakılmasının meşru bir amaçla yapılması gerektiğine değinmiş ve devletin, yargının iş yükünü azaltacak bir yöntem olan arabuluculuk müessesesini etkinleştirmek için bu kuralı ihdas etmesinin meşru bir amaç olduğunu belirtmiştir. Böylece taraflar yargılama giderlerinin külfetine katlanmamak için arabuluculuk toplantısına katılmayı tercih edeceklerdir. Doktrinde de bu yönde olmak üzere toplumda arabuluculuk kurumunun tanıtılması ve yerleştirilmesi amacının meşru bir amaç olduğu ifade edilmiştir³⁰.

Anayasa md. 13 gereğince temel haklar ancak ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlanabilir. Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa md. 36'da ise bu hürriyetin hangi sebeplerle sınırlanabileceği ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda hak arama hürriyetinin sınırlanıp sınırlanamayacağı ve eğer sınırlanabilecekse hangi sebebe dayanılabileceği tartışma konusudur. Doktrinde böyle bir durumda sebep unsuru bakımından geniş bir değerlendirme alanının var olduğu ifade edilmekle birlikte, tartışmasız bir gerekliliğin var olması aranmaktadır³¹. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin en geniş manada kamu düzeninin gerekli kılması halinde sınırlanabileceği de göz ardı edilmemelidir³². Benzer şekilde sınırlama sebebi öngörülmemiş olan temel haklar bakımından Anayasa'nın diğer ilkeleri ile bir çatışmanın varlığı halinde orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak bir sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir³³. Anayasa Mahkemesi konumuzu oluşturan hak arama hürriyeti hususunda benzer bir değerlendirme yaparak bu hürriyetin Anayasa md. 141'de yer alan yargılamaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine uyum sağlamak için sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir³⁴. Aynı doğrultuda olmak üzere Anayasa Mahkemesi bu hakların hiçbir şekilde sınırlanamayacağı gibi bir durumun söz konusu olmadığını, burada sebeplerin Anayasa'nın bütününe bakarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

İnceleme konumuz olan düzenlemenin temel amacı, tarafların arabuluculuk sürecine katılımını sağlayarak yargının iş yükünü azaltmaktır. Bir üst paragrafta

19) 229; Yüksel Metin, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük Evrensel Bir Anayasal İlke midir?' (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35; Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 124; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 75, 107, 129; Bülent Algan, İnsan Hakları (2. Baskı Adalet Yayınevi 2024) 158; doktrinde amacın meşruluğundan ziyade "takip edilebilir" olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz: Gören, 'Temel Haklar' (n 19) 51.

³⁰ Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 124; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 130; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 158, 159.

³¹ Gözler, İnsan Hakları (n 19) 234.

³² Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku (4. Baskı Seçkin Yayınları 2015) 160.

³³ İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 25; Sibel İnceoğlu, 'Adil Yargılanma Hakkı' içinde Sibel İnceoğlu (eds), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (2. Baskı Beta Yayınları 2013) 220; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 236.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, 2009/114, 23.07.2009 (İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 25 dn. 6).

³⁵ Anayasa Mahkemesi, 2013/84, 04.07.2013 (Kalabalık (n 32) 165).

izah ettiğimiz üzere hak arama hürriyeti, devletin yargının iş yükünü azaltacak ve yargılamaları hızlandıracak tedbirler alması amacıyla kısıtlanabilir³⁶. Çünkü bu yükümlülük de doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teşviki ile uyuşmazlıklar daha barışçıl ve hızlı çözülebilecektir. O halde düzenlemenin temelindeki bu amacın meşru ve kamu yararına hizmet eder bir nitelikte olduğu söylenebilir.

D. Ölçülülük İlkesi Açısından

Anayasa md. 13 gereğince temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında uyulması gereken bir diğer ilke, ölçülülüktür. Ölçülülük ilkesi; temel hak ve hürriyetin kısıtlanmasındaki amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan vasıta arasında denge olmasını ifade etmektedir³⁷. Ölçülülük ilkesi kendi içinde kısıtlamanın elverişli, gerekli ve orantılı olması şeklinde tasnif edilerek incelenmektedir³⁸.

1. Elverişlilik İlkesi Açısından

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülük ilkesinin bir unsuru olarak nitelendirilen elverişlilik ilkesi, söz konusu sınırlamanın yukarıda bahsedilen meşru amaca ulaşılması bakımından elverişli bir araç olmasını ifade etmektedir. Temel hakka yönelik sınırlama amaca yaklaşıyorsa elverişli, amaçtan uzaklaştırıyor ya da amaca ulaşmada bir tesiri bulunmuyorsa elverişsizdir³⁹. Kanun koyucunun temel haklara yönelik sınırlamaları genellikle amaca ulaşmada elverişlidir; çünkü söz konusu amaç kısmen dahi olsa gerçekleşmektedir⁴⁰.

İnceleme konumuz olan hükümle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi ilk toplantıya katılmayan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesinin, tarafları süreçte dahil olmaya zorlayacağı için elverişli bir araç olduğunu ifade etmiştir⁴¹. Gerçekten de ilk toplantıya katılmamanın sonucunun bilincinde olan taraflar bu riski göze

³⁶ Ancak iş yükünün hafifletilmesi amacı ile hak arama hürriyetinin zorlaştırılması, hakkın özünü zedeleyebilir. Bu görüş için bkz: Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 237.

³⁷ Christian Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi' (1993) 10 Anayasa Yargısı 41, 44; Oğurlu, 'Ölçülülük İlkesi' (n 29) 486, 514; Gören, 'Temel Haklar' (n 19) 50; İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 38; Kalabalık (n 32) 175; Gözler, İnsan Hakları (n 19) 235; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 5, 6; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı Ekin Yayınları 2019) 330; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 106, 128; Algan (n 29) 160, 166.

³⁸ Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi' (n 37) 29, 47; Oğurlu, 'Ölçülülük İlkesi' (n 29) 505, 506; Gören, 'Temel Haklar' (n 19) 50, 51; İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 39; Kalabalık (n 32) 175; Gözler, İnsan Hakları (n 19) 237; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 7, 8; Gözler, Türk Anayasa Hukuku (n 37) 330; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 107, 128; Algan (n 29) 166; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 243.

³⁹ Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi' (n 37) 41; Oğurlu, 'Ölçülülük İlkesi' (n 29) 509, 511; Gören, 'Temel Haklar' (n 19) 51; İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 39; Gözler, İnsan Hakları (n 19) 237; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 7, 8; Gözler, Türk Anayasa Hukuku (n 37) 330; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 108, 131; Algan (n 29) 166; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 243.

⁴⁰ Gözler, İnsan Hakları (n 19) 238; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 10.

⁴¹ Aynı yönde bkz: Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 244.



almayıp toplantıya katılmayı tercih edeceklerdir. Dolayısıyla kanun koyucu bu düzenleme ile kısmen de olsa amaca ulaşabilecektir. Bu kapsamda söz konusu hükmün amaca ulaşmada elverişli olduğu söylenebilir.

2. Gereklilik İlkesi Açısından

Ölçülülük ilkesinin bir diğer unsuru olan gereklilik ilkesi ise ulaşılmak istenen meşru amaca ulaşmak için mümkün olan en zararsız ve en az kısıtlayıcı aracın seçilmesini ifade etmektedir. Bu ilkenin denetiminde birden çok tedbirden daha az müdahaleci ve maliyetli olanın seçilip seçilmediği irdelenir⁴².

Anayasa Mahkemesine göre bu düzenleme, tarafları arabuluculuk sürecine katılmaya zorlayacaktır. Bu zorunluluk mülkiyet ve mahkemeye erişim haklarını sınırlandırmakla birlikte arabuluculuk kurumunun işlerliğinin sağlanması açısından toplumsal bir gereksinime cevap vermektedir⁴³. Ancak Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin gerekliliğine ilişkin kapsamlı bir gerekçelendirme sunmamış ve bu sınırlandırmaların temel haklar üzerindeki etkisini derinlemesine irdelememiştir. Özellikle mahkeme aynı amaca ulaşılmasını sağlayacak daha hafif bir tedbirin var olup olmadığını değerlendirmemiştir. Örneğin tüm yargılama giderlerinin haklı çıkan tarafa yükletilmesi ve bu tarafın vekalet ücretinden mahrum kalması yerine maktu bir para cezası öngörülebilirdi. Her iki yaptırım da parasal bir külfet mahiyetinde olmakla birlikte, bunların birbirinden farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Çünkü kişinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi, karşı taraf lehine bir yaptırım iken belirli bir para cezasına çarptırılması devlet lehine bir yaptırım mahiyetindedir⁴⁴. Her iki yaptırımın usul ve esasları birbirinden farklılık arz etmektedir. Gereklilik denetimi açısından aynı amaca ulaştıran birden fazla kısıtlamadan daha az müdahaleci olanın seçilip seçilmediği irdelenmelidir⁴⁵. Anayasa hukuku açısından bir yaptırımın miktarının veya oranının denetimi orantılılık ilkesi ile ilgili iken birden fazla farklı yaptırımın kıyaslanarak daha hafif olanının seçimi, gereklilik ilkesi ile ilgilidir. Bizim önerdiğimiz yaptırım da yargılama giderlerine mahkûmiyet yaptı-

⁴² Rumpf, ‘Ölçülülük İlkesi’ (n 37) 42; Gören, ‘Temel Haklar’ (n 19) 51; İnceoğlu, ‘Hak ve Özgürlükler’ (n 19), 39; Gözler, İnsan Hakları (n 19) 238; Oğurlu, ‘Ölçülülük İlkesi’ (n 29) 507, 508; Metin, ‘Ölçülülük’ (n 29) 11; Gözler, Türk Anayasa Hukuku (n 37) 331; Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 109; Algan (n 29) 160 dn. 248; Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 245.

⁴³ Aynı yönde bkz: Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 247.

⁴⁴ HMK md. 446 gereğince disiplin para cezaları yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır. Bu ceza, seçenek yaptırımlara çevrilemez ve adli sicil kayıtlarında yer almaz. Ayrıca bu cezalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Bu hususta bkz: Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü (Yetkin Yayınları 2016) 300.

⁴⁵ Örneğin köpeklerin başkalarına zarar vermesini önlemek adına bir kanunla köpeklerin sokağa çıkmasının yasaklanması gereklik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü daha hafif bir tedbir olan köpeklerin ağız bağlı şekilde gezdirilmesi gibi tedbirlerle de aynı sonuca ulaşılabilir. Bu örnek için bkz: Gözler, Türk Anayasa Hukuku (n 37) 331.

rımından farklı bir yaptırımdır. Doktrinde yargılama giderlerinden mahrum kalma yaptırımını yerine ilk oturuma katılmayan tarafın sadece arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulmasının, aynı amaca ulaştıran daha hafif bir yaptırım olduğu ileri sürülmüştür⁴⁶. Bu yaptırım da bizim ileri sürdüğümüz maktu para cezasına benzetilmektedir. Çünkü ilk oturuma katılmayan tarafa yükletilecek arabuluculuk ücreti de yasal olarak belirlenmiştir. Her durumda yargılama giderlerine mahkum edilme yaptırımından daha hafif yaptırımlar olabileceği görüldüğü için gereklilik ilkesinin ihlal edildiği söylenebilir.

3. Orantılılık İlkesi Açısından

Ölçülülük ilkesinin en önemli alt ilkesi, orantılılıktır⁴⁷. Orantılılık, temel hak ve hürriyete getirilen sınırlama ile hedeflenen amaca ulaşmak için kişilere ölçüsüz bir külfet yüklenmemesini ifade etmektedir. Böylece sınırlanan bireysel hak ile hedeflenen kamusal yarar arasında bir denge kurulmaya çalışılır. Getirilen sınırlamanın geniş ölçüde olması, hedeflenen kamusal yararın da bir o kadar büyük olmasını gerektirmektedir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi kararında devletin, yargılamaların mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasını sağlayacak tedbirler alma yükümlülüğü karşısında kişilere yüklenen külfetlerin aşırı ve orantısız olmaması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu düzenleme sebebiyle yargı kararı ile haklı çıkan bir kişi her durumda yüksek tutarda maddi külfetlere katlanmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla tarafın haklılık durumuna göre birtakım istisnalar veya bir üst sınır belirlenmeden ve tümüyle haksız bir yargılamaya sürüklenen kişinin özel durumu da gözeticmeden bu yaptırımın uygulanması, kişilere orantısız bir külfet yüklemektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi HUAK md. 18/A-11 hükmünün iki cümlesini Anayasa md. 13'e aykırı görerek iptal etmiştir.

Doktrinde söz konusu düzenlemenin orantılı olup olmadığı ile ilgili farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Düzenlemenin orantılı olduğu yönündeki görüşlere göre; taraflar sadece ilk toplantıya katılmak zorunda olup anlaşmak veya görüşmeleri devam ettirmek zorunda olmadıklarından, düzenlemenin orantısız olduğu söylenemez. Hâkimin tarafın sunduğu mazeretin geçerli olup olmadığını değerlendirme yetkisi olduğu için, orantısız bir düzenlemenin varlığından bahsedilemez⁴⁹. Ayrıca bu yaptırım sadece ilk oturuma katılmama hali için düzenlenmiş olup diğer oturumlara katılmamanın böyle bir sonucu olmadığından, anlaşmak istemeyen tarafın ilk

⁴⁶ Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 247, 253.

⁴⁷ Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi' (n 37) 33; İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 42; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 13.

⁴⁸ Rumpf, 'Ölçülülük İlkesi' (n 37) 34, 42; Oğurlu, 'Ölçülülük İlkesi' (n 29) 508; Gören, 'Temel Haklar' (n 19) 52; İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlükler' (n 19) 39; Gözler, İnsan Hakları (n 19) 239; Metin, 'Ölçülülük' (n 29) 7, 13, 14; Gözler, Türk Anayasa Hukuku (n 37) 332; Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 110, 134; Algan (n 29) 166; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 248.

⁴⁹ Eminoğlu ve Erdoğan (n 4) 124.

oturuma katılıp anlaşmak istemediğini beyan etmesi yeterlidir. Bu çerçevede söz konusu hüküm mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmamaktadır⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen görüşle paralel olmak üzere doktrinde ileri sürülen ve bizim katıldığımız görüşe göre, bu düzenleme orantılılık ilkesine aykırı olup hak arama hürriyetini ihlal etmektedir⁵¹. Yine bu yönde bir görüşe göre İMK md. 3/1-12'nin gerekçesinde belirtildiği üzere her ne kadar hâkim ileri sürülen mazereti değerlendirecek olsa da bu mazeretin ispatı her zaman mümkün olmayabilir⁵². Ayrıca bu düzenleme yargı organlarına başvuruyu geciktirmekte ve fazladan yargılama gideri külfeti meydana getirmektedir⁵³. Bu kapsamda haksız çıkan taraf, karşı tarafın hakkını yerine getirseydi bu arabuluculuk ve mahkeme aşaması hiç gündeme gelmeyeceği için haklı çıkan tarafa yargılama giderlerinin tamamını yükletmek, mülkiyet hakkının ihlali mahiyetinde olup hakkaniyetli değildir⁵⁴. Doktrinde yargılama giderleri ile mahkemeye başvurma hakkı arasında denge olması gerektiği; dolayısıyla yargılama giderlerinin fazlalığının mahkemeye erişim hakkını zedeleyebileceği açıkça ifade edilmektedir⁵⁵. Ayrıca tarafların bu şekilde arabuluculuk sürecine zorlanmasının, bu müesseseyi şekli bir boyuta taşıyacağı da ileri sürülmüştür⁵⁶.

Gerçekten de davada haklı çıkan tarafın yargılama sürecine haksız yere dahil edildiği açıktır. Bu kişiye sırf arabuluculuk ilk oturumuna katılmadı diye haklı çıktığı davanın tüm yargılama giderlerini yükletmek, adaletsiz bir yaklaşımdır. Düzenleme ile amaçlanan arabuluculuk kurumunun işlerliğinin sağlanması ile tarafın bu denli maddi külfete maruz bırakılması arasında bir dengesizlik vardır. Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere; mazeretin nasıl ileri sürüleceği, kim tarafından ve hangi kriterlere göre değerlendirileceği de belirsizdir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği hususların isabetli olduğu söylenebilir.

HUAK md. 18/A-11 hükmünde ilk toplantıya katılmayan taraf için bir yaptırım daha öngörülmüştür. Buna göre; “*Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.*” Kanun koyucu burada çifte yaptırım uygulama yolunu seçmiştir. Bu durum yargılama giderlerinin bir bütün olması ile de tezat oluşturmaktadır. Yargılama giderlerinden sorumluluk hususunun düzenlendiği HMK md. 323'ün devamı hükümlerinde vekalet ücreti ayrıca belirtilmemiş ve yargılama giderlerine dahil kabul edil-

⁵⁰ Erdoğan ve Erzurumlu (n 1); bu görüşler için ayrıca bkz: Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4)163.

⁵¹ Özümücü, ‘Zorunlu Arabuluculuk’, (n 1) 835; Kaya, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 241, 242; Özekes, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 124, 127; Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 251, 252.

⁵² Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 136.

⁵³ Bu görüş için bkz: Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 162.

⁵⁴ Canbolat, ‘İş Hukuku Bakımından’ (n 4)104; Özekes, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 124, 127.

⁵⁵ İnceoğlu, ‘Adil Yargılanma’ (n 33) 217.

⁵⁶ Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 251; aynı yönde İngiliz hukukunda da görüşler bulunmaktadır: Kearney, ‘Shrugging Aside Reasonable Requests to Mediate’ (n 13).

miştir. HUAK md. 18/A-11’de ise vekalet ücreti sanki yargılama giderleri kapsamı dışındaymış gibi bir izlenim oluşturacak şekilde ayrıca yaptırım konusu yapılmıştır. Bu durum HMK ile HUAK arasında bir uyumsuzluk olduğunu göstermektedir.

Tek başına yargılama giderlerinin tamamının haklı çıkan taraf yükletilmesi bile orantısız iken bir de tarafın yasal hakkı olan vekalet ücretinden mahrum bırakılması, orantısızlığın şiddetini artırmaktadır. Bilindiği üzere Avukatlık Kanunu md. 164 gereğince vekalet ücreti avukata aittir. Avukatların bu sebeple vekalet ücretinden yoksun bırakılması da ayrı bir sorundur⁵⁷. Çünkü bu düzenleme avukatları müvekkileri lehine sonuçlanan davada vekalet ücreti alamama riskine maruz bıraktığı için, avukatlar bu tip uyuşmazlıklarda vekillik yapmayı tercih etmeyeceklerdir⁵⁸. Bu da tarafların sürece kendi başlarına katılmalarına sebep olup, kiracı ya da işçi gibi zayıf tarafların mağdur olmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla vekalet ücretine ilişkin bu düzenlemenin de orantısız olduğu ifade edilmelidir⁵⁹.

IV. HUAK MD. 18/A-11 HÜKMÜNÜN TKHK MD. 73/A-2 HÜKMÜ KAPSAMINDA EŞİTLİK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanaatimizce burada yer verilmesi gereken önemli bir diğer husus da tüketicinin uyuşmazlıklarında karşımıza çıkmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁶⁰ md. 73/A ile tüketici uyuşmazlıkları için de dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir. Ancak kanun koyucu tüketiciyi korumak adına diğer dava şartı arabuluculuk hallerinden farklı bazı hükümler getirmiştir⁶¹. Bunlardan biri de çalışma konumuz olan HUAK md. 18/A-11 hükmü ile ilgilidir. TKHK md. 73/A-2 hükmüne göre; HUAK md. 18/A-11 hükmü, tüketici aleyhine uygulanmayacaktır.

Görüldüğü gibi kanun koyucu tüm dava şartı arabuluculuk halleri için getirdiği bu kurala, tüketici uyuşmazlıklarını istisna tutmuştur. Dolayısıyla eğer bir tüketici uyuşmazlığında dava şartı arabuluculuk uygulanmış ve ilk toplantıya mazeretsiz olarak gelmeyen tüketici davayı kazanmışsa, lehine yargılama giderlerine hükmedilecek ve vekalet ücretini de alacaktır. Burada kanun koyucunun tüketiciyi korumaya çalıştığı açıktır⁶². Doktrinde bu düzenlemenin lehinde ve aleyhinde görüşler ileri

⁵⁷ Bu durumda bir kişinin hatasından dolayı bir başka kişinin cezalandırılmış olacağı yönünde bkz: Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 254.

⁵⁸ Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 254; Mutlay, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1), 148.

⁵⁹ Aynı yönde bkz: Kaya, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 242; Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 164; Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 254; Mutlay, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (n 1) 148.

⁶⁰ Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835

⁶¹ Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 85, 135, 163; Sarıhan, ‘Tüketici Hukuku’ (n 4) 434.

⁶² Kurt Konca (n 4) 62; Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 163; Sarıhan, ‘Tüketici Hukuku’ (n 4) 435; Köksoy ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 229; nitekim Avrupa Birliği hukukunda da aynı esas kabul edilmektedir bu hususta bkz: Özel, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 885; Özbek, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’ (n 1) 1550.



sürüldüğü görülmüştür. Bir görüşe göre tüketiciyi yüksek yargılama giderlerinden korumayı amaçlayan bu düzenleme yerindedir⁶³. Aksini savunan görüşe göre ise bu istisna, HUAK md. 18/A-11’de yer alan arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanması amacına aykırılık teşkil etmektedir⁶⁴.

Kanaatimizce bu düzenleme Anayasal anlamda eşitlik ilkesi açısından problemlidir. Kanun koyucu zayıf durumda olan tüketiciyi korumak için bu şekilde bir düzenleme getirmiştir. Ancak dava şartı arabuluculuğun uygulandığı diğer hallerde de aynı koruma ihtiyacı gündeme gelebilir. Örneğin konut kirası uyuşmazlıklarından kaynaklanan dava şartı arabuluculuk uygulamasında kiracı ilk oturuma mazetsiz olarak katılmazsa, davada haklı çıksa dahi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilecek ve vekalet ücretinden mahrum kalacaktır. Aynı durum, iş ilişkisinden doğan dava şartı arabuluculukta işçiler için de geçerlidir. Peki tüketici açısından söz konusu olan koruma ihtiyacı kiracı ya da işçi için yoktur denilebilir mi? Aslında kanun koyucu bu düzenleme ile söz konusu hükmün taraflar için fazladan bir külfet oluşturduğunu kabul etmiş ve sosyal ve ekonomik açıdan daha zayıf konumda olan tüketiciyi koruma altına almıştır. Ancak kanaatimizce işçi ve özellikle konut kiralari bakımından kiracının da aynı korunmadan yararlanması gerekir⁶⁵. Bu sebeple uyuşmazlığın tarafının tüketici olması halinde farklılaşan TKHK md. 73/A-2 hükmü Anayasa md. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

V. YASANIN YENİ HALİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİMİZ

Yukarıda detaylı olarak incelenen gerekçelerle Anayasa Mahkemesi HUAK md. 18/A-11 hükmünün ilk iki cümlesini iptal etmiştir. İptal kararı üzerine kanun koyucu söz konusu maddeyi yeniden ele almıştır. Maddenin yeni hali şöyledir: *“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir.”*

Görüldüğü üzere kanun koyucu Anayasa Mahkemesinin belirttiği orantılılık ilkesi özelinde ilk oturuma katılmayan tarafın mahkûm edileceği yargılama giderlerini miktar olarak yarı oranında azaltmış ve hak ettiği vekalet ücretinin de yarısını alacağını belirlemiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucunun söz konusu maddede yer alan Anayasa’ya aykırılığı Anayasa Mahkemesinin de belirttiği şekilde sadece ilk oturuma katılmayan tarafa yükletilen yargılama gideri miktarının azaltılması suretiyle gidermeye çalıştığı görülmektedir. Ancak yukarıda izah edildiği üzere söz konusu düzenleme birçok açıdan problemlidir. Her ne kadar haklı çıkan tarafa yükletilen

⁶³ Bahadır, ‘Hak Arama Hürriyeti’ (n 4) 164.

⁶⁴ Sarıhan, ‘Tüketici Hukuku’ (n 4) 435.

⁶⁵ Benzer bir yorum için bkz: Özel, ‘Zorunlu Arabuluculuk’ (n 6) 887 dn. 122.

külfetin azaltılması orantılılık ilkesi açısından olumlu bir yaklaşım olsa da maalesef hükmün bu haliyle de Anayasa'ya uygun olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Doktrinde de benzer şekilde yasadaki bu değişikliğin Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği hususları tam olarak karşılamadığı ifade edilmektedir⁶⁶.

Arabuluculuk ilk oturumuna katılmayan tarafa yönelik düzenleme ile ilgili doktrinde de farklı önerilerin ileri sürüldüğü görülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafın tüm yargılama giderlerine değil de sadece arabuluculuk giderlerine mahkûm edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmalıdır⁶⁷. Farklı bir görüşe göre; arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafın kural olarak yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağı, aksinin ilk toplantıya katılmayan tarafça ispatlanacağı ve ileri sürülen mazeretin haklı sebepler kapsamında her somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından değerlendirileceği şeklinde bir düzenleme yapılmalıdır⁶⁸. Bu kapsamda ileri sürülen bir başka görüşe göre; bu düzenleme esasında yerinde olmakla birlikte özellikle geçerli bir mazeretin var olup olmadığının ve arabulucunun geçerli bir şekilde tarafları davet edip etmediğinin ispatı noktasında eksiktir. Bu çerçevede maddede düzenleme yapılarak arabulucunun tarafları geçerli bir şekilde davet ettiğinin ve toplantıya gelmeyen tarafın da bu davetten bizzat haberi olduğunun ispatı hakkında bir düzenleme yapılmalıdır. İspat sorununu aşmak adına arabulucunun tarafları iadeli taahhütlü bir iletişim aracı ile davet etmesi düşünülebilir⁶⁹.

Kanaatimizce bu düzenleme yukarıdaki görüşlerde ifade edilenden daha fazla problemi bünyesinde barındırmaktadır. Burada ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmede bulunmak daha isabetli olacaktır. Eğer kanun koyucu bu düzenlemeyi korumayı hedefliyorsa, geçerli bir mazeret kavramını somutlaştırmalı ve hiç değilse örneksene yoluyla bazı mazeret hallerine doğrudan kanun maddesinde yer vermelidir. Böylece uygulamada arabuluculara yol gösteren bir hüküm ihdas edilmiş olacaktır. Ayrıca mazeret hakkındaki ilk değerlendirmeyi arabulucunun yapacağı ve yargılama aşamasında tarafların bunu ileri sürmeleri halinde hâkimin karar vereceği hususuna doğrudan kanun metninde yer verilmelidir. Bu düzenlemede tarafın arabuluculuk ve mahkeme aşamalarında hangi süre içinde ve hangi usulle mazerete ilişkin itirazını

⁶⁶ Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 227, 257.

⁶⁷ Bahadır, 'Hak Arama Hürriyeti' (n 4) 164; Köksoy, 'Arabuluculuk İlk Toplantısı' (n 9) 227, 257.

⁶⁸ Kaya, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 1) 242; İngiliz hukukunda Halsey kararında ise tam tersine arabuluculuk yoluna katılmayan ancak davayı kazanan tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilebilmesi için karşı tarafın, davayı kazanan tarafın bu hareketinin anlamsız olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda davayı kaybeden taraf, arabuluculuk aşamasının başarı ile sonuçlanacağını ispatlamalıdır. Bu hususta bkz: Özel, 'Zorunlu Arabuluculuk' (n 6) 880; ancak başka bir kararda ise tam tersine arabuluculuğa katılmayı reddeden tarafın makul gerekçesini ispat etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu karar için bkz: <https://www.deacons.com/2014/09/05/costs-consequences-of-refusing-to-mediate/> (n 13).

⁶⁹ Erdoğan ve Erzurumlu (n 1) 49; Azaklı Arslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 1) 156, 232.



ileri sürebileceği belirtilmelidir⁷⁰. Böylece hükmün belirlilik ilkesine uygun hale gelmesi sağlanabilir. Ayrıca İngiliz hukukunda⁷¹ ve HMK md. 327’de düzenlendiği üzere hâkime yargılama giderlerinin paylaştırılmasında takdir yetkisi tanınabilir.

Burada düzenlemenin farklı bir cepheden yeniden ele alınması da düşünülmelidir. Düzenlemenin güncel halinde ilk oturuma katılmayan taraf aleyhine getirilen külfet sadece miktar bakımından yarı oranda azaltılmıştır. Yukarıda izah edildiği üzere kanaatimizce ilk oturuma katılmayan kişinin yargılama giderlerinin yarısından mahrum bırakılması ve vekalet ücretinin yarısına hak kazanamaması, isabetli bir yaptırım değildir. Çünkü dava süresince yargılama giderlerinin ne kadar olacağı tam olarak bilinemez. Burada kanaatimizce maktu bir para cezasının öngörülmesi daha isabetli olacaktır. Böylece taraflar ne kadar olacağı belirli olmayan bir külfete katlanmak zorunda kalmayacaktır. İlk oturuma katılmayan tarafın davayı kazansa bile vekalet ücretinin yarısına hak kazanamayacağı hükmü de tamamen kaldırılmalıdır.

Maktu para cezalarının tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmasını sağlamak ve yargılamanın selameti açısından caydırıcı yaptırımlar olmadıkları ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre para cezalarına ilişkin hükümler yeniden gözden geçirilmeli ve daha caydırıcı cezalar tercih edilmelidir⁷². Ancak doktrinde bunun aksine belirli caydırıcılıktaki para cezaları ile yargılamalarda dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile mücadele edilmesinin mümkün olduğu da ileri sürülmektedir⁷³. Burada temel amaç, tarafların hiç değilse ilk oturuma katılımlarının sağlanmasıdır. Bu amaç için maktu para cezaları kanaatimizce yerinde bir yaptırım olacaktır. Özellikle miktarların enflasyon oranına göre güncellenmesi şartı ile tarafların hiç değilse ilk oturuma katılmaları sağlanabilir.

Maktu para cezası açısından uyuşmazlığın parasal değerinin göz ardı edildiği ileri sürülebilir. Bu kapsamda yüksek meblağlı uyuşmazlıklarda tarafın maktu olan cezayı ödemek suretiyle toplantıya katılmamayı tercih edebileceği; bunun da söz konusu yaptırımı işlevsiz kılacağı savunulabilir. Kanaatimizce maktu olan bu cezayı ödeyerek toplantıya katılmamanın tercih edilmesi, uygulamada çok da karşımıza çıkabilecek bir ihtimal değildir. Çünkü tarafların tek yapması gereken sadece ilk oturuma katılmaktır. Taraflar süreci devam ettirmek zorunda değildir. O halde uyuşmazlığın değeri fazla olsa bile taraflar cezayı ödeyerek ilk oturuma katılmama yerine hiçbir külfeti olmayan ilk oturuma katılıp sonrasında süreci devam ettirmeyi tercih edeceklerdir. Kaldı ki hukukumuzda uyuşmazlığın parasal değerinin hesaplanması ile ilgili; hangi andaki değer esas alınacağından alacağın fer’ilerinin hesaplama dahil edilip edilmeyeceğine kadar birçok sorun bulunmaktadır. Ceza

⁷⁰ Benzer bir yorum için bkz: Köksoy, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısı’ (n 9) 233.

⁷¹ Kearney, ‘Shrugging Aside Reasonable Requests to Mediate’ (n 13); Alexander, ‘Refusing to Mediate – Implications for Costs in Court Actions’ (n 13); <https://www.deacons.com/2014/09/05/costs-consequences-of-refusing-to-mediate/> (n 13); Özbek, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’ (n 1) 385.

⁷² Kurt Konca, Tarafların Doğru Söyleme Yükümlülüğü (n 44) 302.

⁷³ Bu görüşler için bkz: Kurt Konca, Tarafların Doğru Söyleme Yükümlülüğü (n 44), 302.

miktarını alacağın parasal değerine bağlamak bu sorunlara da çözüm aramamızı gerekli kılacaktır. Ayrıca parasal bir değer taşımayan uyuşmazlıklar bakımında yine maktu bir belirleme yapılması zorunlu olacaktır. O halde burada kanaatimizce uyuşmazlığın parasal değerine göre bir belirleme tercih edilmemelidir.

Bir üst başlıkta bahsedildiği üzere TKHK md. 73/A-2 hükmü ise sadece tüketicileri koruyucu bir mahiyette olup işçi ve kiracı gibi sosyal ve ekonomik açıdan zayıf konumda olan diğer kişileri koruma dışı bıraktığı için Anayasa md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu sebeple TKHK md. 73/A-2 hükmü kaldırılmalı ve HUAK md. 18/A-11 hükmüne buradaki yaptırımın tüketici, işçi ve konut kiralari bakımından kiracı için uygulanmayacağı şeklinde kapsayıcı bir hüküm eklenmelidir.

SONUÇ

HUAK md. 18/A-11 hükmünün önceki haline göre arabuluculuk ilk oturumuna mazeretsiz şekilde katılmayan taraf davada haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamını ödeyecek ve lehine vekalet ücretine hükmedilemeyecektir. Bu düzenlemeye yönelik olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Mahkeme düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırı olması sebebiyle iptal kararı vermiştir. İptal kararı üzerine 2024 yılında yapılan değişiklik ile ilk oturuma mazeretsiz şekilde katılmayan tarafın davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinin yarısına mahkûm edileceği ve vekalet ücretinin de yarısına hak kazanacağı düzenlenmiştir.

Kanaatimizce bu düzenleme Anayasa md. 36 kapsamında hak arama hürriyetini özellikle de adalete erişim imkanını kısıtlamaktadır. Bu kısıtlamanın Anayasa md. 13'e uygun olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yapılan düzenlemede sadece miktar açısından külfetin hafifletilmesi yoluna gidilmiştir. Oysa söz konusu düzenleme miktarın yanı sıra başka problemler de barındırmaktadır. Bu kısıtlama Anayasa md. 13 gereğince temel hakların kısıtlanmasında aranan kanunilik ve gereklilik ilkelerine aykırıdır. Burada eğer kanun koyucu söz konusu hükmü koruyacaksa kanunilik ilkesine uygun bir değişiklik yapılmalıdır. Ancak kanaatimizce burada gereklilik ilkesi de dikkate alındığında ilk oturuma mazeretsiz olarak katılmayan tarafın maktu bir para cezasına mahkûm edilmesi tercih edilmesi gereken bir yaptırım olacaktır. Son olarak TKHK md. 73/A-2 gereğince söz konusu yaptırımdan sadece tüketiciler değil onlar gibi sosyo-ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçi ve konut kiralari bakımından kiracılar da muaf tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyıldız E, 'İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi' (2019) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi SBE)

Alexander S, 'Refusing to Mediate – Implications for Costs in Court Actions' (2022) www.dentons.com/en/insights/articles/2022/november/14/refusing-to-mediate-implications-for-costs-in-court-actions Erişim Tarihi 08.04.2025

- Algan B, İnsan Hakları (2. Baskı Adalet Yayınevi 2024)
- Arslan R vd, Medeni Usul Hukuku, (6. Baskı Yetkin Yayınları 2020)
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku (Yetkin Yayınları 2018)
- Azaklı Arslan B, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, (Yetkin Yayınları 2018)
- Bahadır N T, ‘Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk’ (2021) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Çankaya Üniversitesi SBE)
- Canbolat T, ‘İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk’ içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Pozitif Matbaacılık 2019)
- Doğan Yenisey K, ‘İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk’ içinde Kübra Doğan Yenisey (eds), (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı-İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi Dumat Ofset 2016)
- Eminoğlu C ve Erdoğan E, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Adalet Yayınevi 2020)
- Erdoğan E ve Erzurumlu N, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı (Seta Yayınları 2016)
- Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (1. Baskı Ekin Yayınları 2017)
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı Ekin Yayınları 2019)
- İnceoğlu S, ‘Adil Yargılanma Hakkı’, içinde Sibel İnceoğlu (eds), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (2. Baskı Beta Yayınları 2013)
- İnceoğlu S, ‘Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi’ içinde Sibel İnceoğlu (eds), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (2. Baskı Beta Yayınları 2013)
- Kalabalık H, İnsan Hakları Hukuku, (4. Baskı Seçkin Yayınları 2015)
- Karacabey K, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar’ (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi
- Kaya S, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk’ (2018) 22(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Kearney A ‘Shrugging Aside Reasonable Requests to Mediate’ (2022) <http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/shrugging-aside-reasonable-requests-to-mediate/> Erişim Tarihi 08.04.2025
- Koçyiğit İ ve Yeşilkaya İ, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında ve Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (Adalet Yayınevi 2020)

Köksoy M, ‘Arabuluculuk İlk Toplantısına Geçerli Mazeret Göstermeksizin Katılmamanın Yaptırımı’ (2024) 174 Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Kurt Konca N, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, (Yetkin Yayınları 2016)

Kurt Konca N, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi (Seta Yayınları 2020)

Lokmanoglu, S Y, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı’ (2018) 9 (33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

Metin Y, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük Evrensel Bir Anayasal İlke midir?’ (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Mutlay F B, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ içinde Tankut Centel (eds), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III (On İki Levha Yayınları 2018)

Namlı M, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’ içinde Kübra Doğan Yenisey (eds), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı-İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Dumat Ofset 2016)

Oğurlu Y, ‘AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”’, içinde Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001)

Özbek M S, ‘Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk’ içinde Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları 9. Toplantısı-Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ankara 2010 (TBB Yayınları 2012)

Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (5. Baskı Yetkin Yayınları 2022)

Özekes M, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi’ içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Pozitif Matbaacılık 2019)

Özel S, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi’ (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin

Özmumcu S, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış’ (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Rumpf C, ‘Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi’ (1993) 10 Anayasa Yargısı

Sarıhan B B, (2021), ‘Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması’, (2021) 4(2) Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yavuz M, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2019) 5(15) Gümrük ve Ticaret Dergisi

<https://www.deacons.com/2014/09/05/costs-consequences-of-refusing-to-mediate/>
(2014) Erişim Tarihi 08.04.2025.

OTONOM ARAÇLARDA ORTAYA ÇIKAN ETİK İKİLEMLER ÇERÇEVESİNDE ÜRETİCİNİN TASARIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Manufacturer's Design Obligation within the Framework
of Ethical Dilemmas Arising in Autonomous Vehicles*

Mehmet Emre SARIYILDIZ*

Özet

Otonom araçlar, hızla gelişen teknolojiyle birlikte insanların hayatını kolaylaştıran önemli yeniliklerden biri olmuştur. Ancak bu araçların geliştirilmesi ve kullanımı, etik soruları ve ikilemleri de beraberinde getirmektedir. Otonom araçlar, karar verme süreçlerinde insan müdahalesine ihtiyaç duymadan çalıştıkları için, acil durumlar karşısında alacakları kararların etik yönleri büyük önem taşımaktadır. Bu durum, araçların tasarımından sorumlu üreticilerin etik yükümlülüklerini de gündeme getirmektedir. Üreticiler, otonom araçların yazılım ve donanım tasarımlarını yaparken sadece güvenlik ve teknik yeterlilikleri değil, aynı zamanda toplumsal sorumluluklarını da göz önünde bulundurmalıdır. Bu makale, otonom araçlarda karşılaşılan etik ikilemleri, üreticilerin bu ikilemlerle nasıl başa çıkması gerektiğini ve bu bağlamda üreticinin ürün sorumluluğunu ele alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Otonom araçlar, etik ikilemler, hata, tasarım yükümlülükleri, ürün sorumluluğu, kusursuz sorumluluk

Abstract

Autonomous vehicles have become one of the significant innovations that simplify human lives with the rapidly advancing technology. However, the development and use of these vehicles also bring about ethical questions and dilemmas. Since autonomous vehicles operate without human intervention in decision-making processes, the ethical implications of the decisions they make in emergency situations are of great importance. This raises the ethical responsibilities of the manufacturers responsible for the design of these vehicles. Manufacturers must consider not only safety and technical adequacy but also their societal responsibilities when designing the software and hardware of autonomous vehicles. This article will address the ethical dilemmas encountered in autonomous vehicles, how manufacturers should handle these dilemmas, and the product liability of manufacturers in this context.

Key Words: Autonomous vehicles, ethical dilemmas, fault, design obligations, product liability, strict liability

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Tetkik Hâkimi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, mehmetemre.sariyildiz@hsk.gov.tr, <https://orcid.org/0009-0007-2857-4953>

GİRİŞ

Otonom araç teknolojisinin gelişimi, trafik güvenliğini artırma, ulaşımında verimliliği sağlama ve insan hayatını iyileştirme potansiyeline sahip bir devrim olarak görülmektedir. Ancak bu teknolojinin insan hayatını doğrudan etkileyebilecek kararlar alması, çeşitli etik soruları da gündeme getirmektedir. Otonom araçlar, insansız seyahat edebilme kapasitesine sahip olmalarına rağmen, acil durumlar ve beklenmedik durumlarla karşılaştıklarında alacakları kararlar büyük bir etik sorumluluk taşımaktadır.

Bu tür araçların tasarımında, üreticilerin yalnızca teknik standartlara değil, aynı zamanda toplumsal ve etik normlara da uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Otonom araçların yazılımında ve donanımında yapılan her tasarım tercihi, sonuçları bakımından üretici firmaları bir şekilde sorumlu kılmaktadır. Bu bağlamda, üreticinin tasarım yükümlülüğü, yalnızca teknik mükemmeliyetle değil, aynı zamanda toplumsal ve etik değerlerle de şekillenen bir alan haline gelmektedir. Otonom araçların tasarım sürecinde karşılaşılan etik ikilemler, araç üreticilerinin hangi sorumlulukları taşıdığını, nasıl bir karar verme mekanizması oluşturulması gerektiğini ve bu mekanizmaların toplumun değerleriyle nasıl uyumlu hale getirileceğini tartışmayı zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda, otonom araçlarda ortaya çıkan etik ikilemleri, üretici sorumluluğunu ve bu sorumluluğun tasarım süreçlerinde ne şekilde somutlaşacağı incelenecektir.

I. OTONOM ARAÇLAR VE SÜRÜŞ OTOMASYON SEVİYELERİ

A. Otonom Araç Kavramı

Otonom araç, sürücü müdahalesine ihtiyaç duymadan çevresini algılayarak kendi kendine hareket edebilen ve karar alabilen bir taşıt olarak tanımlanır. Terminolojik olarak farklı disiplinlerde değişen tanımları bulunmakla birlikte, temel olarak yapay zekâ, sensör teknolojileri, makine öğrenimi ve gelişmiş kontrol sistemleri kullanarak yol ve trafik koşullarını analiz eden ve bu verilere dayalı sürüş kararları alabilen araçları ifade etmektedir¹.

Otonom araçlar, çevrelerini algılamak ve güvenli bir şekilde hareket etmek için gelişmiş sensör sistemlerine dayanır². Bunların başında LIDAR (*Işık Algılama ve Menzil Tespiti*) ve radar gelir; bu sistemler, aracın etrafındaki alanın 360° görüntüsünü sağlayarak çevresini detaylı bir şekilde analiz etmesine ve veri toplamasına yardımcı olur³. Buna ek olarak, uydu konumlandırma sistemleri (*GPS*) ve dijital

¹ Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk - Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı* (Adalet Yayınevi 2021), 60.

² Nanci K. Carr, 'As The Role of the Driver Changes With Autonomous Vehicle Technology, So, Too, Must the Law Change' (2019) *St. Mary's Law Journal* 817, 819.

³ Kyle L Barringer, 'Code Bound and Down A Long Way to Go and Short Time to Get There: Autonomous Vehicle Legislation in Illinois' (2013) 38(1) *Southern Illinois University Law Journal*

haritalar gibi veri kaynakları da kullanılarak aracın konumu belirlenir, güzergâh planlanır ve takip edilir. Araç, kameralar yardımıyla yol işaretleri, çizgiler ve potansiyel tehlikeleri algılayarak (örneğin yayalar, bisikletliler ve diğer motorlu araçlar gibi yol kullanıcılarını) uygun şekilde tepki vermelidir. Bu süreç, makine öğrenme (*Machine Learning*) algoritmaları tarafından gerçekleştirilen yapay zekâ yöntemlerinden biridir. Bu algoritmalar, büyük miktarda tarihsel veri ile eğitilmiş olup, zamanla gerçek dünya deneyimlerinden öğrenerek kendi performanslarını sürekli olarak geliştirirler ve çevredeki değişimlere uyum sağlarlar. Makine öğrenimi algoritmaları, büyük veri kümeleriyle eğitilir ve araçlar yolda ilerledikçe gerçek dünya deneyimlerinden sürekli öğrenerek karar alma süreçlerini geliştirir. Örneğin, bir otonom araç bir yaya geçidindeki yayaları nasıl tanıyacağını ve onlara nasıl tepki vereceğini, geçmiş veri ve deneyimler sayesinde öğrenir. Aynı sistemi kullanan diğer araçların verileri de bu sürece katkıda bulunur. Bu süreç, özellikle derin öğrenme (*Deep Learning*) ve sinir ağları gibi gelişmiş yöntemler kullanılarak daha hassas hale getirilir. Sonuç olarak, otonom araçlar, sürekli güncellenen modeller sayesinde giderek daha güvenli ve akıllı hale gelir.

Aşağıda ayrıntılarına yer vereceğimiz Seviye 3 otomasyon ve üstü durumlarda, yapay zekâ sistemi aracın kontrolünü belirli sürelerle tamamen devralmaktadır. Bu noktada, yapay zekânın aldığı kararlar insan hayatı için kritik öneme sahip olabilir. Seviye 3'ten itibaren ve hatta teorik olarak insan gözetiminde gerçekleştirilen Seviye 4 testleri sırasında bile ölümcül kazalar yaşanmıştır. Bu da otonom sistemlerin karar alma süreçlerinin ne kadar hassas ve önemli olduğunu göstermektedir.

B. Sürüş Otomasyon Seviyeleri

1. Kavramsal Çerçeve

Sürüş otomasyon seviyesi, bir aracın sürüş görevlerini insan müdahalesine ne ölçüde ihtiyaç duymadan yerine getirebildiğini belirleyen bir sınıflandırmadır. Bu anlamda, bir aracın kendi kendine sürüş yeteneğini teknik ve operasyonel açıdan ifade eden bir ölçüt ortaya koyar. Her seviye, aracın sürüş sırasında ne kadar kontrol sahibi olduğunu, sürücünün ne kadar müdahil olması gerektiğini ve sistemin hangi koşullarda çalıştığını açıklamaktadır.

Sürüş otomasyonu seviyeleri farklı kuruluşlar tarafından tanımlanmış olup, en yaygın kullanılan sınıflandırma SAE International (*Society of Automotive Engineers*) tarafından geliştirilen J3016 standardıdır⁴. Bunun yanında, NHTSA⁵ (*National*

121, 121-122, <https://law.siu.edu/_common/documents/law-journal/articles-2013/fall-2013/10-barringer-comment-final.pdf> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SAE International, <<https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. National Highway Traffic Safety Administration, Preliminary Statement of Policy Concerning Automated vehicles, <https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/automated_vehicles_policy.pdf> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.



Highway Traffic Safety Administration - Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi), VDA⁶ (*Verband der Automobilindustrie - Alman Otomotiv Endüstrisi Birliği*), BAST⁷ (*Bundesanstalt für Straßenwesen - Alman Federal Karayolu Araştırma Enstitüsü*) ve ADAC⁸ (*Allgemeiner Deutscher Automobil Club – Alman Otomobil Kulübü*) da kendi sınıflandırmalarını geliştirmiştir⁹. Ayrıca, havacılıkta kullanılan otomasyon terminolojisinin otomobiller için de benimsenmesi yönündeki öneriler yapılmış ise de¹⁰, bunun uygun bir çözüm olmadığını belirtmek gerekir.

Bu beş sistemin ortak ve farklı yönleri bulunmakla birlikte, SAE'nin en yaygın kullanılan ve küresel kabul gören standart olmasının temel sebebi, kapsamlı ve esnek tanımlarıyla hem endüstri hem de düzenleyici kurumlar için ortak bir dil oluşturmaktır. Bu standart, teknoloji üreticileri, hükûmetler ve tüketiciler arasında anlaşılabilir bir çerçeve sunduğu için küresel ölçekte benimsenmiştir. Gerçekten de SAE J3016, yalnızca ABD'de değil, Avrupa ve Asya'daki otomotiv üreticileri ve düzenleyici kurumlar tarafından da referans alınmaktadır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) ve ISO¹¹ (*International Organization for Standardization*) gibi uluslararası kuruluşlar tarafından da kabul görmektedir. Yine SAE'nin 0'dan 5'e kadar seviyelendirmesi, otomasyonun gelişim aşamalarını detaylı bir şekilde tanımlamakta ve sürücü müdahalesi gereksinimi, sistem sorum-

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Verband der Automobilindustrie, <<https://www.vda.de/de>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bundesanstalt für Straßenwesen, <https://www.bast.de/DE/Home/home_node.html> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

⁹ Sürüş otomasyon seviyesine ilişkin sınıflandırmalar öğretide de yapılmıştır. *Beiker ve Barringer* tarafından araştıran “*Uyarı ve Bilgilendirme*”, “*Destekli Sürüş*”, “*Otomatik Sürüş*” ve “*Otonom Sürüş*” olmak üzere dört grupta sınıflandırılabilirliğini belirtilmiştir. Sven A Beiker, ‘Legal Aspects of Autonomous Driving’ (2012) 52(4) Santa Clara Law Review 1145, 1147-1148, <<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2726&context=lawreview>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.; aynı yönde bkz. Barringer (n 4) 127. *Beiker*'in yaptığı bu sınıflandırmanın, sürüş otomasyonunu otonom kapasitesine göre dört temel kategoriye ayırarak daha anlaşılır ve fonksiyonel bir çerçeve sunmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. SAE'nin altı seviyeli sınıflandırmasının aksine, *Beiker*'in yaklaşımı daha geneldir. *Beiker*'in dört aşamalı modeli, SAE'nin 0-5 arasındaki altı seviyesini daha sadeleştirilmiş bir çerçevede ele almaktadır. Ayrıca, SAE'nin Seviye 0-2'si, *Beiker*'in ilk iki kategorisine (Uyarı ve Destekli Sürüş) karşılık gelmekte olup, SAE'nin Seviye 3 ve 4'ü, *Beiker*'in Otomatik Sürüş aşamasıyla uyumludur. SAE'nin Seviye 5'i ise, *Beiker*'in Otonom Sürüş aşamasına denk gelmektedir.

¹⁰ Umar Zakir Abdul Hamid ve Mohit Mehndiratta, ‘Adopting Aviation Safety Knowledge into the Discussions of Safe Implementation of Connected and Autonomous Road Vehicles’ (2021) SAE Technical Papers (SAE WCX Digital Summit). *Yazarlar*, havacılık otomasyonu güvenlik bilgisinin otonom araçlar bakımından uyarlanması potansiyel faydaları olduğunu vurgulamaktadır. *Yazarlar* devamla, otonom araç teknolojisindeki ilerlemelerle birlikte, havacılık otomasyonunun yazılım geliştiricilerine ve mühendislere güvenli ve standartlaştırılmış otonom araç teknolojisi geliştirmede hizmet edebileceğini belirtmektedirler.

¹¹ Hatta SAE ve ISO, SAE J3016 belgesinin güncellenmesi için işbirliği halinde çalışmaktadır. SAE International, <<https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025.

luluğu ve çalışma koşulları gibi kritik faktörleri netleştirerek hem üreticilere hem de düzenleyicilere yol göstermektedir. Bunların yanı sıra SAE J3016, teknolojik ilerlemelere uyum sağlamak amacıyla düzenli olarak güncellenmesi bu sistemin kabul edilmesinin başlıca sebepleridir.

Diğer taraftan, otonom araç üreticilerinin otonom sürüş sistemlerinin tanıtımında kullandığı terimlerin, araçların gerçek yetenekleriyle tam örtüşmediğini ve bu durumun yanıltıcı olabileceğini belirtmek gerekir. Bu durum sürücülerin, araçların gerçek otonom seviyelerini doğru anlamalarına engel teşkil edebilecektir. Örneğin, *Autono Drive*, *Pilot Assist*, *Full-Self Driving* veya *Drive Pilot* gibi isimler, pazarlama amacıyla kullanılan terimlerdir. Ancak bu sistemler, bazen isimlerinden daha sınırlı özellikler sunmaktadır ve tüm sürüş görevlerini otonom şekilde yerine getirme kapasitesine sahip olmayabilir. Yani, bu isimler araçların gerçekten tamamen otonom olduğu izlenimini yaratabilir, ancak gerçekte her özellik beklendiği gibi çalışmayabilir. Örneğin, Tesla'nın Full Self-Driving¹² (Tam Otonom Sürüş) adı verdiği sistem, pazarlama açısından tam otonom araç izlenimi verse de, Tesla bu sistemin tüm sürüş görevlerini bağımsız olarak yerine getirmediğini açıklamıştır. Yani, bu sistem, sürücünün hala kontrolü ve müdahalesini gerektirebilmektedir¹³.

Bunun yanı sıra otomasyon sürüş seviyeleri bakımından net ve büyük ölçüde yeknesak bir terminolojinin kullanılması sadece pazarlama söz konusu olduğunda önemli değildir. Otomatik araçların yollarımızda kullanımına izin verilip verilmeyeceği ve hangi kriterlere göre izin verileceği, ilgili otomasyon derecesine bağlıdır¹⁴.

2. SAE (Otomotiv Mühendisleri Topluluğu) Sınıflandırması

SAE sınıflandırması, otonom araç teknolojisinin en yaygın kabul gören sınıflandırması olduğunu belirtmiştik. Zira bu sınıflandırma, dünya genelinde araç üreticileri, düzenleyiciler ve mühendisler arasında ortak bir dil sağlanmasına hizmet etmektedir. Nitekim, SAE, araçların otonom sürüş seviyelerini net bir şekilde tanımlayarak, endüstrideki farklı paydaşlar için standartlaştırılmış bir referans noktası oluşturmuştur. Bu sebeplerle, SAE J3016, otonom sürüş sistemlerinin gelişen teknolojilerine uygun olarak esnek bir yapı sunarken, güvenlik ve düzenleme ihtiyaçlarını da karşılamaktadır. Bu ise, SAE'nin sınıflandırmasının geniş çapta kabul edilmesini sağlamıştır. Biz de bu sebeplerle çalışmamızda SAE sınıflandırmasını esas alacağız¹⁵.

¹² Ayrıntılı bilgi ve tanım için bkz. Tesla Motors, Model S Owner's Manual, <<https://www.tesla.com/ownersmanual>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025.

¹³ Neal E Boudette, 'Tesla's Autopilot Technology Faces Fresh Scrutiny' The New York Times, <<https://www.nytimes.com/2021/03/23/business/teslas-autopilot-safety-investigations.html>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025.

¹⁴ Melinda F Lohmann, 'Mobilität von Morgen – Die Zulässigkeit Automatisierter Fahrzeuge im Ländervergleich' (2021) AJP 617, 618.

¹⁵ Buna mukabil, SAE, VDA ve BAST neredeyse birebir aynı seviyelendirmeye sahip olduğundan, yapacağımız açıklamalarda bu kurumların tasniflerinden de istifade edilecektir.



J3016 standardı, SAE Seviye 0'dan (otomasyon yok) SAE Seviye 5'e (tam araç otonomisi) kadar altı sürüş otomasyonu seviyesi içeren bir taksonomi sağlamaktadır¹⁶. “*Karayolu Motorlu Taşıtlar için Sürüş Otomasyon Sistemlerine İlişkin Terimlerin Sınıflandırılması ve Tanımları*” isimli standart, SAE tarafından ilk olarak 2014 yılında açıklanmış ve 30 Nisan 2021 tarihinde son olarak güncellenmiştir¹⁷. Buna göre otomasyon seviyeleri, tamamen insan kontrolünde olan Seviye 0'dan başlayarak, herhangi bir insan müdahalesine ihtiyaç duymadan her koşulda kendi kendine hareket edebilen Seviye 5'e kadar ilerleyen bir perspektifte ele alınmaktadır¹⁸. Bu sınıflandırma, aracın yetenekleriyle doğrudan ilişkili olsa da daha ziyade sürücünün rolüne dayanmaktadır¹⁹.

Seviye 5 dışındaki tüm seviyelerde araç içinde her zaman bir sürücü bulunmaktadır; bu durumda sürücü, aracın kontrolünü sağlamak ve gerektiğinde müdahale etmekle yükümlüdür. Ancak Seviye 5'te, araç tamamen kendi kendine çalışır; yani aracın tüm sürüş görevlerini yapay zekâ üstlenir ve geleneksel anlamda bir sürücüye ihtiyaç duyulmaz. Bu durum, otomasyon seviyeleri arttıkça sürücünün rolünün azalacağını ve dolayısıyla sürücünün hukuki sorumluluğunun da otomasyon seviyesiyle birlikte değişkenlik göstereceğini ortaya koymaktadır²⁰.

Seviye 0: Sadece Sürücü veya Otomasyonsuz (No Automation²¹): Seviye 0'da, araç tamamen sürücünün kontrolindedir. Aracın sevk ve idaresi tamamen sürücüdür²². Yani, araç üzerinde herhangi bir otomatik kontrol sistemi bulunmaz. Sürücü, seyrin her aşamasına hâkimdir ve yatay (sağa/sola yön verme) ile dikey (hız, frenleme) hâkimiyetini elinde tutar²³. Bu, sürücünün tüm sürüş görevlerinden sorumlu

¹⁶ SAE International, <<https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

¹⁷ SAE International, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

¹⁸ Ziya Altunyaldız, Legal Aspects of “Autonomous” Vehicles Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly, 4. <<https://assembly.coe.int/LifeRay/JUR/Pdf/DocsAndDecs/2020/AS-JUR-2020-20-EN.pdf>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025.

¹⁹ Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Self-driving_car#cite_note-56> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

²⁰ Bu seviyeler için bkz Thomas Probst, ‘Die Benutzung (teil)autonomer Motorfahrzeuge im Strassenverkehr aus Haftpflichtrechtlicher Sicht/I.-V.’ in Thomas Probst and Franz Werro (eds), Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.- 22. Juni 2016 (Schulthess 2016) 1, 14-15; Tom M Gasser, ‘Rechtsfolgen Zunehmender Fahrzeugautomatisierung’ (2012) Berichte der Bundesanstalt für Strassenwesen (BASt) (Heft 83, Fachverlag NW in der Carl Ed. Schünemann KG, 2012). (2012), 9, <<https://bast.opus.hbz-nrw.de/opus45-bast/frontdoor/deliver/index/docId/541/file/F83.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.01.2025.

²¹ SAE, Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles J3016_202104, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

²² SAE, J3016 JUN2018, 21, 24.

²³ Mesut Serdar Çekin, ‘Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk’ (2018) 33, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 283, 286; Salih Özkan, Otonom Sürüşte Zorunluluk Halinden Doğan Sorumluluk (Doktora

olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, tüm dinamik sürüş görevleri, yani aracın karayolu üzerindeki gerçek zamanlı operasyonel ve taktik işlevleri, tamamen sürücü tarafından yerine getirilmektedir. Sürücü, yolculuğun zamanlamasından, hedef ve ara durakların seçimine kadar tüm stratejik kararları almaktadır. Otomobil sürüşünün en basit hâlinin²⁴ söz konusu olduğu bu seviyede bir otomasyon bulunmaz²⁵.

Seviye 0 bir araçta, otonom sistemler yoktur ve fakat sürücü destek sistemleri bulunabilir. Bu tür sistemler, şerit ihlal uyarı veya çarpışma uyarı sistemleri gibi özellikleri içerebilir. Bu sistemler, sürücünün güvenliği ve konforunu artırmak amacıyla uyarı yapabilir, ancak aracın kontrolüne müdahale etmezler. Yani, sürücü hâlâ tüm kontrolü elinde tutar, ancak bu sistemler sürücüyü uyararak güvenliği sağlamak için yardımcı olmaktadır. Örneğin, araç şerit takip uyarısı (*Lane Departure Warning - LDW*), acil fren sistemi (*Autonomous Emergency Brake - AEB*) ve kör nokta uyarı sistemi (*Blind Spot Detection- BSD*) gibi gelişmiş güvenlik özellikleriyle donatılmış olabilir²⁶.

Bu anlamda Seviye 0'daki sürücü destek sistemleri, sistemin gelişmişliğiyle değil, sistemlerin aracın hâkimiyetine ne kadar müdahil olduğu ile ilgilidir. Bu tür sistemler sürücüyü uyabilir ise de aracın kontrolüne doğrudan müdahale etmez.

Seviye 1: Sürüş Asistan Sistemi (Driver Assistance): Seviye 1 otomasyon, sürüş otomasyonunun en temel seviyesidir. Bu seviyede araç, yalnızca tek bir sürüş fonksiyonunu otomatik olarak kontrol edebilir. Bu otomasyon seviyesi, sürücünün aracı yönetmeye devam ettiği ancak belirli bir sürüş fonksiyonunun otomasyon sistemi tarafından desteklendiği ilk adımdır. Bu seviyede, sistem ya direksiyon kontrolünü (*yatay hâkimiyet*) ya da hız ve fren kontrolünü (*dikey hâkimiyet*) üstlenebilir, ancak ikisini birden yapamaz²⁷. Örneğin, Adaptif Hız Sabitleyici (*ACC*) sistemi, aracın hızını ve takip mesafesini ayarlayarak frenleme ve hızlanmayı kontrol edebilir ve Seviye 1'e örnek sürücü asistan sistemlerindendir²⁸. Park asistanı ise direksiyon kontrolünü üstlenirken sürücünün gaz ve freni yönetmesini gerektirir²⁹. Yine şerit takip asistanı (*Lane Keeping Assist - LKA*), Seviye 1'e dâhil edilebilir. Araç, sü-

Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (2024), 26.

²⁴ Çekin (n 24) 286.

²⁵ Okur (n 2) 62.

²⁶ Sema Bayındır, 'Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi' (2021) 7(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383, 390.

²⁷ SAE, J3016 JUN2018, 24; Çekin (n 24) 286.

²⁸ Basil D Kupferschmied, "Autonome Fahrzeuge- Die Haftung im Strassenverkehr der Zukunft", (2015) HAVE 356, 356; Okur (n 2) 64.

²⁹ Cüneyt Pekmez, 'Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi' (2019) 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 153, 160; Çekin (n 24) 286; BAST, Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Fahrzeugtechnik Heft F 83, 31, Tablo 1, <<https://bast.opus.hbz-nrw.de/opus45-bast/frontdoor/deliver/index/docId/541/file/F83.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.01.2025.

rücünün istemsiz şerit dışına çıkmasını önlemek için direksiyona müdahale eder. Buna karşılık şerit takip uyarı sistemi (*Lane Departure Warning - LDW*), Seviye 1 otomasyona girmez çünkü bu sistem yalnızca sürücüyü uyarır ve direksiyon kontrolüne müdahale etmez.

Seviye 1’de sürücü sistemi sürekli gözetim altında tutmalı ve gerektiğinde kontrolü devralmaya hazır olmalıdır³⁰.

Seviye 2: Kısmi Otomasyon (*Partial Automation*): Seviye 2 otomasyon, araçta hem yatay (*direksiyon*) hem de dikey (*hız ve fren*) kontrolün otomasyon sistemi tarafından sağlandığı ancak sürücünün sürekli gözetim ve müdahaleye hazır olma zorunluluğunun bulunduğu bir seviyedir. Yani araç, belirli durumlarda hem direksiyon hâkimiyetini hem de hız ve fren kontrolünü üstlenebilir, ancak sürücü her an müdahaleye hazır olmalıdır³¹. Bu anlamda araç kendi kendine hızlanabileceği gibi fren yapabilir ve direksiyon hareketlerini gerçekleştirebilecektir. Buna mukabil, sürücü, sürekli tetikte olmalı ve gerekirse anında kontrolü devralmalıdır. Dolayısıyla, Seviye 2 sistemleri tam otonom değildir, sadece belirli durumlarda sürücünün yükünü azaltmaktadır.

Bu seviyede sürücü, direksiyondan ellerini tamamen çekmemelidir. Bazı Seviye 2 sistemleri (örneğin *GM Super Cruise*) elleri kısa süreli bırakmaya izin verse de³², bu tam bir otonom sürüş anlamına gelmez. Sistem, kısa bir süre boyunca direksiyon hareketini algılamazsa sürücülere hatırlatır. Bu tür sistemler genellikle kameralar ve radar sensörleri kullanarak bu işlevlerini yerine getirmektedirler. Öte yandan, Seviye 2 otomasyon yalnızca belirli koşullarda (örneğin otoyol sürüşü gibi) geçerlidir. Araç, tüm yol ve hava koşullarında otonom hareket edemez.

Örneğin, Trafik Asistanı (*Traffic Jam Assist - TJA*) isimli sistem, düşük hızlarda aracın, şerit içinde kalmasını sağlar, araç hızını ayarlayabilir ve trafik akışına göre hareket edebilir. Yine Otomatik Şerit Takip Sistemi (*Lane Centering Assist - LCA*) söz konusu olduğunda, araç şeridin ortasında kalmak için direksiyona müdahale edebilir ve yönlendirme yapabilir. Otomatik Pilot Sistemi (*Tesla Autopilot*³³, *Mercedes Drive Pilot*, *GM Super Cruise*) ise aracın otoyol sürüşünü belirli koşullar altında kontrol etmesini sağlamaktadır. Ancak sürücü direksiyonu tutmalı ve her an müdahaleye hazır olmalıdır. Öte yandan adaptif hız sabitleyici ve şerit takip asistanının birlikte entegre edildiği sistemlerde araç, hem hızını hem de direksiyon kontrolünü üstlenmektedir³⁴.

³⁰ Probst (n 21) 14; Özkan (n 24) 27; Okur (n 2) 64.

³¹ Kupferschmied (n 29) 357; Pekmez (n 30) 160; Okur (n 2) 64.

³² <<https://www.caranddriver.com/news/a62586657/every-hands-free-driving-system-2024/>> Son Erişim Tarihi: 12.01.2025.

³³ Yanlış bir algı oluşturmak için “*Otomatik Pilot*” terimi dikkatli kullanılmalıdır. Örneğin, Tesla’nın “*Autopilot*” özelliği Seviye 2’ye aittir, ancak adından dolayı tam otonom sanılabilir.

³⁴ SAE, Chart, <<https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025.; Okur (n 2) 64.

Seviye 3: Koşullu Otomasyon (Conditional Automation): Seviye 3 otomasyonunda araç, üretici tarafından belirtilen kullanım durumlarında araç bağımsız olarak hareket etmektedir³⁵. Bu anlamda, bu seviye otomasyon, aracın belirli koşullarda (örneğin, otoyolda düşük hızda ilerlerken³⁶ veya trafik sıkışıklığında³⁷) tüm sürüş görevlerini kendi başına yerine getirebildiği yani yanıl ve doğrusal hareketinin sürüş asistan sistemleri tarafından yerine getirildiği ancak sürücünün gerektiğinde müdahale etmeye hazır olması gerektiği bir aşamadır³⁸. Sürücü geçici olarak sürüş görevinden ve trafikten uzaklaşabilir³⁹. Bu kapsamda, söz gelimi sürücüler gazete okuyabilecekleri gibi dikkatlerini arka koltuklardaki çocuklara verebilirler. Ancak, sistem bir sorun tespit eder ve bir sinyal gönderirse, sürücü direksiyonu derhal devralmalıdır⁴⁰.

Bu seviyede araç, çevresini algılayarak hızlanma, frenleme, şerit takip ve yönlendirme gibi dinamik sürüş görevlerini otomatik olarak gerçekleştirebilir. Ancak, sistemin çalışma sınırlarını aşan bir durumla karşılaşması halinde, sürücünden kontrolü devralmasını talep etmektedir⁴¹. Eş söyleyişle, sistemin aşamayacağı bir engel veya çözüm üretemeyeceği bir tehlike ortaya çıktığında, sürücüye müdahale etmesi için bir uyarı gönderilir. Bu uyarıyla birlikte sürücüye belirli bir süre tanınır ve bu süre içinde aracın kontrolünü devralması beklenir. Bu durum, Seviye 3 otomasyonun en önemli özelliklerinden biridir; çünkü sürücü, normal şartlarda aracı aktif

³⁵ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

³⁶ Otoyollarda karşıdan gelen trafik yoktur, şerit işaretleri genellikle düzenlidir ve yollar sürekli olarak dijital haritalar olarak kaydedilir. Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

³⁷ ADAC'a göre, Mercedes, S-Serisi ve EQS'de trafik sıkışıklığı pilotu ile Seviye 3 otomasyon sunulmaktadır. Trafik sıkışıklığı pilotu maksimum 60 km/s hız ile sınırlı olup, daha hızlı gitmek henüz teknik olarak mümkün değildir. Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

³⁸ SAE, Chart, <<https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update>> Erişim Tarihi: 11.01.2025.; Okur (n 2) 65.

³⁹ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

⁴⁰ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

⁴¹ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

olarak yönetmek zorunda olmasa da gerektiğinde devreye girmekle yükümlüdür⁴². Dolayısıyla, sürücünün sürekli bir gözetim yükümlülüğü mevcut değildir⁴³.

Seviye 2 otomasyonda, araç hem hız kontrolünü hem de direksiyon hâkimiyetini üstlenebilir ancak sürücünün her zaman aktif olarak gözetim yapması ve direksiyona müdahaleye hazır olması gerekir⁴⁴. Dolayısıyla, Seviye 2’de sürücü, sürüşün tüm sorumluluğunu taşır ve her an kontrolü devralmaya hazır olmalıdır. Buna karşın, Seviye 3’te sürücü belirli koşullarda direksiyon ve gaz-fren kontrolünü tamamen araca bırakabilir ve hatta kısa süreliğine dikkatini yoldan çekebilir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sistem hatası gibi⁴⁵ sistemin araca müdahale edemediği durumlarda sürücüye devralma çağrısı yapıldığında, belirli bir süre içinde kontrolü geri alması zorunludur.

Seviye 4: Yüksek Düzeyde Otomasyon (*High Automation*): Seviye 4, sürücünün belirli koşullar dâhilinde aracın kontrolünü tamamen bırakabileceği⁴⁶ ve bir yolcu haline gelebileceği otomasyonu temsil etmektedir⁴⁷. Buna göre bu seviye otomasyon, aracın belirli koşullar altında tüm sürüş görevlerini kendi başına yerine getirebildiği ve sürücünün müdahalesine ihtiyaç duymadığı, araç hâkimiyetinin sistemde olduğu bir otomasyon seviyesini ifade etmektedir⁴⁸. Seviye 4 araçlar, örneğin otoyol, çok katlı otopark gibi⁴⁹ tanımlanmış bir operasyon tasarım alanı (*Operational Design Domain - ODD*) içinde, tamamen otonom olarak hareket edebilir⁵⁰. Yolcuların uyumalarına, akıllı telefonlarını kullanmalarına veya gazete okumalarına izin verilmektedir. Yolcular, tam otomasyonlu yolculuk sırasında trafik suçlarından veya hasarlardan sorumlu değildir⁵¹.

⁴² Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 15.02.2025.

⁴³ Kupferschmied (n 2) 357; Pekmez (n 30) 160; Okur (n 2) 64.

⁴⁴ National Highway Traffic Safety Administration, Preliminary Statement of Policy Concerning Automated vehicles, Washington, DC, 03 Mayıs 2013, http://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf> 5. Son Erişim Tarihi: 24.12.2024)

⁴⁵ SAE, J3016 JUN2018, 24.

⁴⁶ Çekin (n 24) 287.

⁴⁷ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁴⁸ Bayındır (n 27) 391.

⁴⁹ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁵⁰ Okur (n 2) 65.

⁵¹ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

Bu seviyede teknik sistemler tüm sürüş görevlerini otomatik olarak yerine getirmekte ve otomobil müdahale olmaksızın daha uzun mesafeler kat edebilmektedir. Dolayısıyla otomobil otoyola girebilir, yüksek hızlarda bile trafiğe karışabilir, şeridi takip edebilir, işaret edebilir, sollayabilir, gerekirse fren yapabilir, hızlanabilir ve son olarak otoyoldan tekrar ayrılabilir⁵². Bu seviyede, sürücü direksiyon başında bulunabilir ancak aracın kontrolünü almak zorunda değildir. Ayrıca bu seviyede araç, içinde yolcu olmadan da hareket edebilir⁵³. Sistem, kontrolü sürücüye devretme talebinde bulunmaz⁵⁴ ve beklenmeyen durumlarda da kendini güvenli bir şekilde yönetebilir (örneğin, acil bir durumda durabilir veya alternatif bir rota belirleyebilir). İşte bu noktada *minimum risk durumu* (*Minimal Risk Condition*) devreye girmektedir.

Minimum risk durumu, aracın karşılaştığı beklenmedik bir sorun veya sınırlarını aşan bir durum nedeniyle kendini güvenli bir konuma getirme yeteneğini ifade eder. Seviye 4 otomasyon kapsamında, sistemin çalışmasını sürdürmesi mümkün değilse, sistemin güvenli bir çözüm üretmesi ve riski en aza indirmesi beklenmektedir⁵⁵. Bu güvenli durumlar aracın güvenli bir şekilde yol kenarına çekilmesi, hızın kademeli olarak düşürülüp durdurulması, önceden belirlenmiş güvenli bir alana yönlendirilmesi, acil durum sinyallerinin veya uyarı ışıklarının açılması şeklinde olabilir. Örneğin, yoğun sis veya şiddetli kar yağışı sebebiyle görüş mesafesi minimum seviyeye düştüğünde araç güvenli bir alana çekilerek beklemeye geçebilir. Ya da sensör veya sistem arızası ortaya çıkarsa da aynı durum geçerlidir. Yani, radar veya kamera sistemlerinde hata meydana gelirse, aracın en yakın uygun noktada kendini durdurarak trafiği riske atmadan güvenli bir çözüm üretmesi beklenir. Bunların haricinde değinilmesi gereken diğer bir husus haritalandırılmamış bölgeye giriştir. Seviye 4 araçlar belirli bir coğrafi alan içinde çalışacak şekilde programlandığından, bu sınırların dışına çıkarsa kendini en yakın güvenli noktada durdurabilir veya otonom moddan çıkabilir.

Seviye 5: Tam Otomasyon (*Full Automation*): Şu anda mümkün olmayan Seviye 5 otomasyon⁵⁶, otomasyon seviyelerinin en yüksek noktası olup, aracın herhangi bir insan müdahalesine ihtiyaç duymadan tüm sürüş görevlerini yerine getirdiği seviyedir⁵⁷. Bu seviyede araç, her türlü yol ve hava koşulunda, herhangi bir coğrafi veya operasyonel sınırlama olmaksızın tamamen otonom olarak hareket

⁵² Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁵³ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁵⁴ SAE, Chart, <<https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update>> Son Erişim Tarihi: 18.01.2025.

⁵⁵ SAE, J3016 JUN2018, 25; Pekmez (n 30) 161.

⁵⁶ Altunyaldız (n 19) 5.

⁵⁷ Carr (n 3) 821.

edebilir⁵⁸. Araçtaki teknoloji tüm trafik durumlarıyla başa çıkabilmektedir⁵⁹. Seviye 5'te insan müdahalesine gerek kalmadığı için geleneksel araç kontrol sistemlerine yani direksiyon simidi, gaz ve fren pedalı gibi geleneksel sürüş kontrol unsurları araçta bulunmayabileceği gibi sürücü koltuğu da bulunmayabilir. Artık bir sürücünden değil yalnızca yolculardan bahsedilebilir; o da zorunlu değildir⁶⁰.

Seviye 4 otomasyonla farklarına değinecek olursak, Seviye 4'te araç belirli bir operasyon tasarım alanı (ODD) içinde otonom çalışırken, Seviye 5'te her koşulda ve her yerde sürüş yapabilme yeteneği vardır. Benzer bir ifadeyle, Seviye 4'te araç belirli işletme koşulları altında tamamen sürücüsüz olarak çalışırken⁶¹, Seviye 5'te araç, her koşulda “sürücüsüz” olarak çalışabilir⁶². Bu sebeple, karlı, yağmurlu, sisli hava koşullarında, dar sokaklarda, yoğun trafikte veya otoyolda sorunsuz bir şekilde aracın çalışması beklenmektedir. Araç bütünüyle yapay zekâ ve sensörler tarafından yönlendirilmektedir.

Şu an için bu teknoloji henüz tam anlamıyla geliştirilmemiş olsa da, büyük otomotiv firmaları ve teknoloji şirketleri, bu hedefe ulaşmak için çalışmakta olup, Seviye 5'in yaygınlaşmasıyla trafik kazalarının azalması, ulaşımın daha verimli hale gelmesi ve ulaşım sektöründe büyük bir dönüşüm yaşanması beklenmektedir.

II. OTONOM ARAÇLARDA ORTAYA ÇIKAN ETİK İKİLEMLER

A. Genel Olarak Etik İkilemler

İkilem durumları olarak ifade edilen mesele, “*Tramvay İkilemi*” (*The Trolley Problem*) olarak adlandırılan etik ve felsefi bir tartışma senaryosundan neşet etmiştir. Tramvay ikilemi, ilk olarak 1967'de *Philippa Foot* tarafından öne sürülmüş⁶³ ve *Judith Jarvis Thomson* tarafından detaylandırılmıştır⁶⁴. Geleneksel Tramvay İkileminde, tramvay sürücüsü aynı ray üzerinde kalıp beş kişiyi öldürmek ya da tramvayı başka bir raya yönlendirip bir kişiyi öldürmek arasında karar vermek zorundadır. *Judith Jarvis Thomson*, “*seyirci varyasyonu*” adı verilen bir başka versiyon gelişt-

⁵⁸ SAE, J3016 JUN2018, 25-26; Okur (n 2) 66.

⁵⁹ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁶⁰ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025.

⁶¹ Lohmann (n 15) 619.

⁶² Lohmann, (n 15) 619; Pekmez (n 30) 161.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Philippa Foot, ‘The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect’ (1967) 5 Oxford Review, 1-6, <<https://philpapers.org/archive/footpo-2.pdf>> Son Erişim Tarihi: 22.01.2025.

⁶⁴ Johannes Himmelreich, ‘Never Mind the Trolley: The Ethics of Autonomous Vehicles in Mundane Situations’ 1, 1, <<https://johanneshimmelreich.net/papers/never-mind-the-trolley.pdf>> Son Erişim Tarihi: 07.01.2025.

tirmiştir. Bu senaryoda tramvay yine beş kişiyi öldürmek ya da bir kişiyi öldürmek arasında bir seçim yapmak zorundadır. Ancak bu varyasyonda tramvay sürücüsü kendinden geçmiş ve frenler çalışmamaktadır. Tramvay hattında yürüyen bir seyirci, rayları değiştirip bir kişiyi öldürmeyi seçme imkânına sahiptir⁶⁵.

İkilemde şu durum sorgulanmaktadır:

“Kontrolde çıkan bir tramvay, üzerinde beş kişinin bulunduğu bir raya doğru ilerliyor.

Eğer tramvayın yönünü makası yönlendirmek suretiyle değiştirirseniz, başka bir rayda duran bir kişiyi öldürürsünüz.

*Ne yapmalısınız? Beş kişiyi kurtarmak için bir kişiyi feda etmek etik midir?”*⁶⁶

Bu varyasyon, iki önemli noktada orijinal problemden yani *Bayan Foot* tarafından ileri sürülen varsayımdan farklıdır. İlk olarak, tramvay sürücüsü, tramvayın zarar verebileceği kişileri koruma konusunda özel bir konumdadır⁶⁷. Şöyle ki, tramvay sürücüsü her şeyden evvel tramvayın kaptanı konumunda olduğundan, tramvayda yer alan yolcuların ve tramvaydan zarar görebilecek diğer kişilerin güvenliğinden sorumludur. Öte yandan makastaki seyirci, tesadüfen orada bulunan bir kişidir⁶⁸. Ayrıca, tramvay sürücüsü beş kişiye çarpmaya karar verirse, bu onları aktif bir şekilde öldürdüğü anlamına gelir. Ancak seyirci rayları değiştirmezse, beş kişi seyircinin eylemsizliği nedeniyle ölecektir⁶⁹. *“Foot’un Trolley Problemi”*, frenleri çalışmayan geleneksel bir araçta sürücünün direksiyonu hangi yöne çevireceğini belirlemek zorunda olduğu bir duruma daha çok benzerken; *“Seyirci Varyasyonu”* ise otonom araç üreticilerinin araçlarını nasıl programlayacaklarına dair kararlarına daha yakındır⁷⁰.

Bu problem, bireysel zarar ile toplumsal fayda arasında karar vermenin ahlaki boyutlarını sorgulamaktadır. Tramvay problemleri olarak literatüre geçen bu felsefik kuram, bireylerin etik tercihlerini ve temel karar verme kriterlerini ortaya çıkarabilirken, sonuçların tamamen kesin olduğunu ve yolcunun zararın nasıl dağıtılacağını seçebileceğini varsaymak gibi sürüş senaryoları hakkında gerçekçi ol-

⁶⁵ Jeffrey K Gurney, ‘Crashing Into The Unknown: An Examination Of Crash-Optimization Algorithms Through The Two Lanes Of Ethics And Law’ (2016) 79 Albany Law Review 183, 206. <<https://www.albanylawreview.org/article/69727-crashing-into-the-unknown-an-examination-of-crash-optimization-algorithms-through-the-two-lanes-of-ethics-and-law>> Son Erişim Tarihi: 19.01.2025.

⁶⁶ Patrick Lin, ‘Why Ethics Matters for Autonomous Cars’ in *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects* (Springer, Berlin/Heidelberg 2016) 69, 78; ayrıca <https://en.wikipedia.org/wiki/Trolley_problem> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁶⁷ Gurney (n 66) 206.

⁶⁸ Judith Jarvis Thomson, ‘The Trolley Problem’ (1985) 94 Yale Law Journal 1395, 1397. <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/16338/56_94YaleLJ1395_1984_1985_.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Son Erişim Tarihi: 22.01.2025.

⁶⁹ Thomson (n 69) 1397; Gurney (n 66) 206.

⁷⁰ Gurney (n 66) 206.

mayan varsayımlarda bulunmaktadır⁷¹. Bu kurama otonom araçlar gibi teknolojik sistemlerin etik karar mekanizmaları için de sıkça başvurulmaktadır⁷². Gerçekten de bu kuramı otonom sürüşle uyarladığımızda, bir otonom aracın frenlerinin arızalı olduğu ve yolunda devam ettiği takdirde beş yayaya çarpacağı veya sağa döndüğü takdirde bir yayaya çarpacağı varsayımsal bir senaryo ile bir tramvay problemi ortaya konulabilir⁷³.

Böyle bir durumda aracın hangi kararı vermesi doğrudur?

Öncelikle, Trolley Problemi eylem ve eylemsizlik arasındaki önemli bir yasal ayrımı ortaya koymaktadır⁷⁴. Şöyle ki, bir kişinin harekete geçmemesi (eylemsizlik) durumunda, hukukun genellikle bu kişiye herhangi bir yasal yükümlülük atfetmediğini belirtmek gerekir. Örneğin, bir seyirci rayları değiştirmez ve beş kişi ölürse, bu seyircinin herhangi bir yasal sorumluluğu yoktur. Çünkü burada seyirci bir eylemde bulunmamış, sadece duruma müdahale etmemiştir. Bu tür durumlarda, kişinin aktif bir şekilde zarar vermesi söz konusu olmadığı için hukuki olarak “*sorumlu*” tutulmaz. Otonom araçlar için de benzer bir durum geçerlidir. Eğer otonom sistem müdahalede bulunmaz ve beş kişi ölürse, bu durum hukuken “*eylemsizlik*” olarak kabul edilir. Bu eylemsizlik sonucunda, ölümlerden doğrudan sorumlu olan kişi hala aracın insan sürücüsüdür. Çünkü araç o sırada sürücünün kontrolündedir veya sürücünün ihmali bu ölümlere yol açmıştır. Otonom araç üreticisinin yasal yükümlülüğü, aracın otonom modda devreye girdiği ve aktif bir karar verdiği durumlarda ortaya çıkar.

Bunun tam tersi, otonom sistemin müdahale ettiği ve bir kişiyi öldürdüğü durumdur. Bu durumda, üretici aktif bir karar programladığı için sorumluluk artık üreticiye geçer. Çünkü otonom araç, sürücünün kararını geçersiz kılmış ve kendi “*bağımsız*” kararıyla hareket etmiştir. Hukuk, bu tür durumları aktif bir “*eylem*” olarak değerlendirir ve üreticiyi sorumlu tutabilir. Bu sebeple, üreticiler için otonom sistemlerini müdahaleden kaçınacak şekilde programlama konusunda güdülenmektedirler⁷⁵.

İkilemler ancak bir değer yargısıyla değerlendirilebilir ve çözülebilir. Henüz bir bilgisayar etiği geliştirilmemiştir ve geliştirilip geliştirilemeyeceği de belirsizdir⁷⁶. Kazalar sırasında ve yakındaki bir araçla takip mesafesine karar vermek gibi rutin sürüş senaryoları sırasında, risklerin birden fazla kişi arasında paylaştırılması söz

⁷¹ Hazel Si Min Lim ve Araz Taeihagh, ‘Algorithmic Decision-Making in AVs: Understanding Ethical and Technical Concerns for Smart Cities’ (2019) 11(20) Sustainability 1, 8, <<https://www.mdpi.com/2071-1050/11/20/5791/>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Trolley_problem> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁷³ Lim ve Taeihagh (n 72) 8; Lin (n 67) 78-79.

⁷⁴ Gurney (n 66) 207-208.

⁷⁵ Gurney (n 66) 208.

⁷⁶ Ayşe Nur Merve Yazıcı, Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara (2023), 179.

konusu olacağından, çeşitli sürüş senaryolarının doğasında etik yer almaktadır⁷⁷. Etik ikilem, çeşitli olası kararlar arasında seçim yapmanın, bir ahlaki ilkeyi ihlal etmeden mümkün olmadığı bir durumu ifade etmektedir⁷⁸. Bu sebeple, etik ikilemin varlığı halinde, hangi karar alınmış olursa olunsun esas itibarıyla tatmin edici bir karar yoktur⁷⁹.

B. Etik İkilemlerin Otomasyon Seviyesi İle İlişkisi

Etik ikilemler, otonom araçların otomasyon seviyesine bağlı olarak farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Geleneksel araçlarda sürücüler karar mekanizmasının bir parçasıyken, otonom araçlarda durum farklıdır. Özellikle, dördüncü seviye- *belli koşullarda*- ile beşinci seviye otomasyonda, aracın tüm kontrolü yapay zekâ destekli sistemlere geçtiğinden, karar alma süreçlerinde yazılımın belirleyici rolü artmaktadır. Dolayısıyla, etik ikilemler artık bir insanın içgüdüsel veya bilinçli kararlarından ziyade, yazılımın önceden belirlenmiş programlamasına ve algoritmaların işleyişine bağlı hale gelmektedir. Özellikle bu seviyelerde, insan müdahalesi ortadan kalktığı için, aracın etik açıdan en doğru kararı vermesi tamamen yazılımın tasarımına ve programlanma şekline bağlı hale gelmektedir. Bu kapsamda, dördüncü ve beşinci seviye otonom araçlar etik tartışmalarının merkezinde yer almaktadır⁸⁰. Bunun başlıca sebebi, yüksek otomasyon seviyesinde insan müdahalesinin azalmasıdır.

Örneğin, kaçınılmaz bir kaza durumunda araç, yolcuların mı yoksa yayaaların mı güvenliğini önceleyeceğine, çarpışmanın etkisini hangi yönde en aza indireceğine ve bu süreçte hangi tarafların zarar görebileceğine ilişkin kararları tamamen yazılıma dayalı olarak alacaktır. Bu tür durumlar, mühendislerin yalnızca teknik güvenliği değil, aynı zamanda etik ilkeleri de yazılıma entegre etmesini gerektirir. Hangi etik çerçevenin benimseneceği, karar alma sürecinin neye göre şekilleneceği ve bu tasarım kararlarının hukuki sorumluluğunun kime ait olacağı gibi sorular, otomasyon seviyesinin yükselmesiyle birlikte daha büyük bir önem kazanmaktadır.

Bu bağlamda, etik ilkelerin yazılım tasarımına nasıl yansıtılacağı, hangi değerlerin önceliklendirileceği ve sistemin olası senaryolara nasıl tepki vereceği gibi konular, otonom araç teknolojisinin gelişimi açısından temel tartışma alanlarından biri haline gelmiştir. Bu nedenle, ileri seviye otomasyon içeren sistemlerde etik ikilemlerin ele alınışı, yalnızca yazılım mühendislerinin değil, hukukçuların, etikçilerin ve politika yapımcıların da dâhil olduğu multidisipliner bir yaklaşımı gerektirmektedir.

⁷⁷ Lim ve Taeihagh (n 72) 8.

⁷⁸ Vincent Bonnemains ve Claire Saurel ve Catherine Tessier, 'Embedded Ethics: Some Technical and Ethical Challenges' (2018) *Ethics and Information Technology* 1, 5, <https://hal.science/hal-01697137/file/Embedded_Ethics_complete.pdf> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁷⁹ Bonnemains ve Saurel ve Tessier (n 79) 5.

⁸⁰ BMVI, Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, Bericht, Juni 2017, (Ethik-Kommission), 14-15. <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025.

C. Otonom Araçlarda Etik İkilem Durumları

Seviye 4 ve 5 otomasyon seviyesinde sürüş tamamen otonom hale geldiğinde, araçların karar alma süreçleri üreticilerin tasarım yükümlülükleri açısından önemli sorunları beraberinde getirecektir. Özellikle acil durum senaryolarında otonom araçların hangi ölçütlere göre karar vereceği, üreticilerin tasarım sürecinde bu tercihleri nasıl şekillendireceği ve bu kararların hukuki sorumluluğunun kime ait olacağı tartışmalıdır.

Bir çarpışma kaçınılmaz olduğunda aracın yolcuları mı yoksa yayaları mı koruyacağı, bu kararların etik ve hukuki temellerinin nasıl belirleneceği belirsizdir. Bu durum, üreticilerin tasarım aşamasında sadece teknik güvenliği değil, aynı zamanda etik kodları ve yasal düzenlemeleri de dikkate almasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, yapay zekâ algoritmalarının öngörülebilir tüm senaryolara uygun şekilde tasarlanması ve bu tasarım kararlarının şeffaf bir şekilde denetlenebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, gelecekte üreticilerin tasarım yükümlülükleri, yalnızca güvenlik ve performansla sınırlı kalmayıp, etik ve hukuki sorumlulukları da içeren geniş kapsamlı bir çerçevede ele alınmalıdır.

Bu noktada mevzuyu örneklerle ortaya koymak, konunun netleştirilmesine yardımcı olacaktır. Örneğin otonom araç bir yolda ilerlerken yolun sağ tarafında bir grup yaya, sol tarafta ise bir başka gruba çarpma tehlikesiyle karşı karşıya olduğu bir durumda ne şekilde karar vereceği ve önceliklendirmeyi hangi kriterleri esas alarak ne şekilde yapacağı tartışmalı bir konudur. Zira burada esas itibarıyla sorun arz eden husus, aracın kaçınılmaz bir kaza durumunda sistemin hangi gruba çarpmayı seçmesi gerektiğidir. Bu noktada ilk bakışta biz dizi soru gündeme gelebilir. Bunlar:

Dikkate alınacak unsur insan sayısı mı yoksa yaş, cinsiyet gibi başka faktörlere göre mi olacaktır?

Kaçınılmaz bir kaza durumunda, bir tarafta bir çocuğa, diğer tarafta bir yetişkine ya da yaşlı birine çarpma seçeneğiyle karşı karşıya kalan bir araç, çocuğu mu yoksa yetişkin veya yaşlı bir bireyi mi tercih edecektir?

Ya da otonom aracın duruma göre yolcu ile yaya arasında tercihte bulunması söz konusu olabilir mi?

Kazanın kaçınılmaz olduğu bir durumda, alternatifler ani manevra yaparak duvara çarpma ve araçtaki yolcunun zarar görmesi ya da manevra yapmaksızın yolunda ilerlemesi ve frenleme yaparak bir yayaya çarpma olduğunda, her iki durumda da korunması gereken hak yaşam hakkıdır. Burada tartışma, araçtaki yazılımın yolcunun mu yoksa yayanın mı hayatını koruması gerektiği üzerinde toplanmaktadır. Tüm bu örneklerde, insan yaşamları arasında tercihte bulunmanın mümkün olup olmadığı, mümkünse otonom aracın insan yaşamları arasında nasıl bir tercihte bulunacağı sorularının cevaplanması oldukça zordur. Örneğin, bir çarpışma önleme sisteminin, karar verirken yaşlı bir bireyin yaşamını daha az değerli görerek, genç

bir bireyin hayatını kurtarmayı tercih etmesi, etik ve hukuki açıdan kabul edilemez bir ayrımcılık anlamına gelir.

Otonom araçlarda “*ikilem durumları*” olarak adlandırılan bu çetrefilli mesele, esasında etik bir meseleyi de beraberinde getirmektedir. Zira ikilem durumları olası bir kaza durumunda farklı kişilerin vücut bütünlüğü ihlalinin alternatifli olarak gündeme geldiği hallerde söz konusu olmaktadır. Bu tür durumlar, farklı hukukî veya ahlaki değerlerin çatıştığı, bir tarafın zarar görmesinin kaçınılmaz olduğu olayları ifade etmektedir. Dolayısıyla, otonom bir aracın iki kötüden birinin mutlaka gerçekleştirilmesi gerektiği kararıyla karşı karşıya kalmasıyla karakterize edilir⁸¹. Buna göre, kaçınılmaz bir kaza durumunda hangi hareketin daha az zarara yol açacağına araç yazılımı tarafından karar verilmesi beklenir. Böyle bir durum, pek tabiidir ki, bir insan sürücü için bile çok zor bir karar sürecini ifade etmektedir. Ne var ki, bir çarpışma optimizasyon algoritması tarafından verilen kararlar araca önceden programlandığı için, algoritmanın kararı sebebiyle zarar görenlerin, belki de çoğunlukla haklı olarak, “*hedef alındıklarını*” düşünebilmeleri söz konusudur⁸². Gerçekten de *doktrinde*, otomobil üreticisinin alternatifler içerisinde yapmış olduğu tercih önem arz etmeksizin, bir otomobili belirli bir nesne türüyle çarpışmayı diğerine tercih edecek şekilde programlamasının bir hedefleme algoritmasına çok benzediği ifade edilerek böyle bir programlamanın etik olup olmadığı sorgulanmaktadır⁸³.

Burada otonom teknolojiye uyarlanmış bir Trolley Problemi’nde başlıca endişe kaynağı, otonom sistemin beş kişinin ölümünü önlerken bir kişinin doğrudan ölümüne sebebiyet vermesidir⁸⁴. Aracın kontrolünü sürücüden alabilecek bir sistemin, sürüşü devralarak beş kişinin ölümü yerine minimum zarar kriterinden hareketle bir kişinin ölümünü tercih etmesi durumunda, sürüşü devralan sistem tercihiyle bir kişinin ölümüne sebebiyet vermiş olacaktır. Eğer sistem sürüşü insan sürücüden devralmamış olsaydı, o halde de beş kişinin ölümüne göz yummuş olacaktı. Böyle bir denklemde de, sonuç odaklı yaklaşım çerçevesinde bunun doğru bir hareket olduğu ifade edilebilir ise de, bir sonuç odaklı olmayan biri etik anlamda öldürmek ve ölümüne izin vermek arasında ahlaki bir ayrım yaparak sonuca itiraz edebilir. Kaldı

⁸¹ Ethik-Kommission (n 81) 17.

⁸² Gurney (n 66) 225-226. Yazar tarafından, otonom araç algoritmasının kasklı bir motosikletliye çarpacak şekilde programlanması halinde, kasklı motosiklet sürücüsü kask kullanması nedeniyle aracın kendisine “*kasıtlı olarak*” çarptığını düşünebileceğini belirtmektedir. Gurney (n 66) 226. Böyle bir algoritmanın kullanılması, genellikle etik ve güvenlik açısından daha az zararlı sonuçlar yaratmaya yönelik “*zararın en aza indirilmesi*” prensibine dayanabilir. Gerçekten de otonom araçlar, kazalarda farklı kişilerin hayatta kalma ihtimallerini değerlendirmek üzere programlanabilir. Kask takan bir motosiklet sürücüsü, kasksız birine kıyasla daha fazla korunduğu için yazılım, kazayı kasklı sürücüye yönlendirmenin “*daha az ölümcül*” sonuçlar doğurabileceğini düşünebilir. Bu kapsamda, algoritmanın kararı sebebiyle zarar görenlerin, “*hedef alındıklarını*” düşünebilmelerin makul bir sebebi olacağını belirtebiliriz. Bu örnek, otonom araçların etik kararlar alırken neden olabileceği algı problemlerini de ortaya koymaktadır.

⁸³ Lin (n 67) 72.

⁸⁴ Gurney (n 66) 207.



ki, böyle bir durumda ölümü tercih edilen kişinin somut olay özelinde hiçbir kusurunun olmayabileceği, buna karşılık diğer beş kişinin olayın oluşumunda kusuru olabileceği, hiçbir kusuru olmayan bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesinin adletsiz olacağı argümanını ortaya koyabilir.

Ayrıca böyle bir durum, araç üreticilerinin sorumluluğu bakımından da önem arz eder. Zira eğer araç, sürücünden kontrolü almazsa, üretici beş yayanın ölümünden sorumlu olmayabilir; bu sadece beş kişinin ölmesine izin vermek olarak adedilebilir. Ne var ki, aracın kontrolü devraldığı bir denklemde bir kişinin ölümüne neden olacak bir karar verirse, araç ve bu kapsamda üretici bir kişiyi öldürmekten sorumlu hale gelebilecektir⁸⁵. Dolayısıyla, ikilem, bir kişinin hayatını feda ederek beş kişiyi kurtarmanın doğru olup olmadığını sorgulamakla birlikte, her iki seçim de savunulabilir görünmektedir. Bununla birlikte, otonom bir araç, örneğin kaza önleme sistemiyle kontrolü ele alıp beş yayayı kurtarmak için bir kişiyi öldürürse, bu kararın etik ve yasal boyutları tartışılır. Bu kapsamda, bu tür algoritmaların etik dayanaklarının açıkça tartışılması ve şeffaflığının sağlanması önem arz etmektedir⁸⁶.

Otonom araçların tramvay ikilemi durumlarına ilişkin senaryolarda hangi kararları vermesi gerektiğinin tespit edilebilmesi adına uygulamada çeşitli yöntemler kullanılmış ve çeşitli görüşler dile getirilmiştir.

Bunlardan ilki, otonom araçların karşılaştığı ahlaki ikilemleri araştırmak amacıyla “*Moral Machine*” adlı bir çevrimiçi deneysel platform oluşturulmasıdır. Oluşturulan bu platform aracılığıyla Tramvay problemi paradigmasını kullanan senaryolarda otonom araçların hangi kararları vermesi gerektiği konusunda insanların bu konudaki görüşlerine başvurulmuştur. Kapsamlı bir çalışma süreci ile 233 ülkeden yaklaşık 40 milyon insan düşüncesi/kararı toplanmıştır. Çalışmanın sonuçları dikkat çekicidir. *Zira çalışma neticesinde, küresel ahlaki tercih farklılıkları ortaya konulmuş; katılımcıların demografik özelliklerine göre tercihlerdeki bireysel farklılıklar tespit edilmiş; kültürler arası etik farklılıkları raporlanmış ve bu farklılıkların modern çağ gerçekleri ve derin kültürel özelliklerle ilişkili olduğu tespitleri yapılmıştır. Bu kapsamda, Moral Machine aracılığıyla toplanan verilerin analizi neticesinde, Tramvay problemi paradigması bağlamında farklı ülkeler arasında göreceli tercihlerde büyük farklılıklar olduğu ortaya konulmuştur*⁸⁷.

Otonom araçlarda tramvay probleminin söz konusu olduğu senaryolarda hangi kararların verilmesi gerektiğine dair diğer bir yaklaşım, deneysel ortamlarda insan davranışını değerlendirmek için “*Sanal Gerçeklik*” (*Virtual Reality*) teknolojisinden yararlanmak olmuştur. Yani, sanal gerçeklik, insanları belirli etik durumlara (örneğin, trafik senaryoları veya ahlaki ikilemler) maruz bırakarak, onların nasıl tepki

⁸⁵ Lin (n 67) 78-79.

⁸⁶ Lin (n 67) 79.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Edmond Awad ve diğerleri, ‘The Moral Machine Experiment’ (2018), 1-91, <<https://core.ac.uk/download/pdf/231922494.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.01.2025.

verdiklerini gözlemek için bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu yöntem, gerçek dünyadaki karmaşık etik sorunları anlamak ve analiz etmek için güvenilir bir yaklaşım sunmaktadır. Gerçekten, otonom araçlar, insanlara zarar verme ihtimali olan durumlarda karar almak için algoritmalar kullanır. Bu kararlar, önceden tanımlanmış etik davranışlara dayanır. Aynı algoritmalar milyonlarca araçta kullanıldığından, içerdiği önyargılar ciddi sonuçlar doğurabilir. Diğer bir ifadeyle, milyonlarca araçta aynı algoritmaların çalışması, küçük bir önyargının bile geniş bir ölçekte ciddi sonuçlar doğurabileceği anlamına gelmektedir. Örneğin, bir algoritmanın belirli bir grup insanı veya nesneyi öncelikli olarak “*daha az korunaklı*” kabul etmesi, bu grubun kazalarda daha yüksek risk altında olmasına neden olabilir⁸⁸. Yapılan araştırmalar, insanların ahlaki kararlarının alınmasında durumun özelliklerinin (örneğin, kimlerin tehlikede olduğu, ne kadar zaman olduğu gibi) büyük bir rol oynadığını göstermektedir. Dolayısıyla, insanların etik seçimleri, evrensel ve sabit bir kurala göre değil, kararın verildiği ortam ve koşullara bağlı olarak değişmektedir. Karar sürecine giden yolda bilinçaltında altta yatan bilişsel süreçlerin tespit edilmesi büyük bir güçtür. Bu durum, otonom araçların etik kararlarını programlamanın zorluğunu artırır. Zira algoritmaların, bu değişken durumları dikkate alarak insan davranışını taklit etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, otonom araçlara yönelik etik modelleri, aynı durumlarda alınan insan kararlarıyla eşleşmeyi hedeflemektedir. Araştırmada, simüle edilmiş karayolu trafiği senaryolarında etik davranışı değerlendirmek için sürükleyici bir sanal gerçeklik kullanılmış, toplanan veriler bir dizi karar modelini eğitmek ve değerlendirmek için kullanılmıştır. Araştırmada katılımcılar sanal bir arabayı kontrol etmişler ve verilen iki engelden hangisini diğerini kurtarmak için feda edeceklerini seçmek zorunda bırakılmışlardır. Engeller, çeşitli cansız nesneler, hayvanlar ve insanlardan rastgele örneklenilerek oluşturulmuştur. Çalışma neticesinde elde edilen veriler, insan davranışını açıklamak için karmaşık bilişsel süreçleri modellemek yerine, basit temel değer ölçütleri kullanılmasının (örneğin insan hayatını matematiksel belirli bir puanlama sistemiyle değerlendirme ve kararları buna göre yönlendirme gibi) insan davranışlarını başarıyla açıkladığını ortaya koymuştur. *Eş söyleyişle, bu tür basit modellerin, insanlar tarafından yapılan etik kararları taklit etmede yeterince etkili olduğu görülmüştür. Yani, karmaşık bilişsel süreçleri modellemek yerine, temel değer ölçütleri kullanılarak insan davranışları başarıyla açıklanabilmektedir. Öte yandan, çalışmanın bir diğer çıktısı, zaman baskısının kararların tutarlılığını azalttığıdır. Bu ise, trafikte algoritmik karar almanın önemini destekler bir veridir*⁸⁹.

⁸⁸ Bu nedenle, algoritmaların dikkatle tasarlanması, etik ve teknik önyargılardan arındırılması kritik öneme sahiptir.

⁸⁹ Leon R. Sütfeld, ve Richard Gast ve Peter König ve Gordon Pipa, ‘Using Virtual Reality to Assess Ethical Decisions in Road Traffic Scenarios: Applicability of Value-of-Life-Based Models and Influences of Time Pressure’ (2017) *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 1-13, *Frontiers | Using Virtual Reality to Assess Ethical Decisions in Road Traffic Scenarios: Applicability of Value-of-Life-Based Models and Influences of Time Pressure*> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.; Benzer



Bununla birlikte, tramvay ikilemi tipi vakaların araştırılmasının otonom otomobillerin etik sorununu ele almak için gerekli olmadığını, çünkü tramvay vakalarının pratikte çok karşımıza çıkmayacağı da savunulmaktadır. Gerçekten de *doktrinde bir görüşe göre*, otonom araçlarda sıkça tartışılan “etik ikilem” probleminin ikincil bir önemi mevcuttur. Şöyle ki, otonom araçlarda, sürüş sırasında ortaya çıkabilecek etik ikilem tartışmaları öncelikli bir sorun olarak görülmemelidir. Zira otonom araçların kararları matematiksel hesaplamalara ve risk analizine dayanmakta olup, bu araçlar, sürüş esnasında çok kısa süreler içinde (bir saniyeden daha kısa sürede) karmaşık hesaplamalar yaparak en güvenli yolu veya reaksiyonu seçmektedirler. Bu hesaplamalar, insan kullanıcılarının düşündüğü gibi “*ahlaki bir karar*” vermekten ziyade, en düşük riski taşıyan alternatifin seçilmesine dayalıdır. Dolayısıyla, eğer otonom sistem, karşılaştırılan iki seçenek arasında bile çok küçük bir risk farkı tespit ederse, bu fark zaten hangi seçeneğin tercih edileceğini belirler⁹⁰. Zira alternatiflerden birini ya da diğerini tercih etmek, riskin ortaya çıkmasına ilişkin tamamen matematiksel hesaplamalara dayanır⁹¹. Böylece, “*iki eşit kötü seçenek arasında karar verme*” gibi bir etik ikilem pratiğe dönüşmeden çözülmüş olacaktır. Yani, otonom araçlar, kazaların tamamen önlenemediği durumlarda bile zararı asgariye indirmeye yönelik tasarlanmalıdır ve bu tür durumlar yasal çerçevede değerlendirilir⁹².

Bu görüş özetle, otonom araçların karar mekanizmalarının, etik ikilemlerin fiilen ortaya çıkmasını engellediğini, sistemlerin en az riski taşıyan seçeneği seçmek üzere programlandığından ikilem mevzusunun genelde çözülmüş bir durum olduğunu, bu tür kararların yasal olarak riskin en aza indirilmesi ilkesine dayalı olarak ele alındığını ifade etmekte ise de, bu görüş zarar tehlikesinin niteliğinin etik ve hukuki tartışmalarda kritik bir unsur olduğu gerçeğini görmezden gelmektedir. Gerçekten de bu görüş, zarar görebilecek kişilerin sayısını, yaşını veya durumunu dikkate almamaktadır. Örneğin, bir tarafta bir çocuk, diğer tarafta bir grup yetişkin varsa sistem sadece “*en az risk*” hesabına dayanarak karar verir. Benzer şekilde, bir yaya ile aracın içindeki sürücü arasında seçim yapılması gerekiyorsa, sistem tarafsız bir şekilde risk minimizasyonuna odaklanır. *Kanaatimizce*, ikilem tartışmalarını tamamen ikincil bir sorun olarak görmek doğru bir yaklaşım değildir. Entegre bir çözüm yolu benimsenerek hem matematiksel risk minimizasyonuna hem de zarar tehlikesinin

makaleler için bkz. Alexander Skulmowski ve Andreas Bunge ve Kai Kaspar ve Gordon Pipa, ‘Forced-Choice Decision-Making in Modified Trolley Dilemma Situations: A Virtual Reality and Eye Tracking Study’ (2014) 8 Frontiers in Behavioral Neuroscience, Forced-choice decision-making in modified trolley dilemma situations: a virtual reality and eye tracking study> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

⁹⁰ Jürgen Ensthaler ve Markus Gollrad, Rechtsgrundlagen des automatisierten Fahrens: Standardessentielle Patente und Fahrzeugvernetzung, Zulässigkeit und Zulassung, Haftungsrecht, Datenschutz, Datensicherheit und Datenhoheit, InTeR – Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (Berlin 2019), 90.

⁹¹ Ensthaler ve Gollrad (n 91) 90, dpn 426.

⁹² ibid 90.

niteliğine (örneğin, insan sayısı, yaş, rol gibi faktörlere) dayalı bir sistem gerçekleştirilmelidir. Günümüzde, teknoloji henüz bu karmaşık etik değerlendirmeleri çok büyük bir başarıyla yapacak kadar gelişmiş olmasa da, insan değerleriyle uyumlu bir sistem yaratmak, otonom araçların uzun vadeli başarısı için kritik öneme sahip olacaktır. Dolayısıyla, bu tür durumlarda alınacak kararların önceden belirlenmiş ve merkezi olarak planlanmış bir sistemle yapılandırılmasının sağlanması önem arz etmekte olup, bu husus, acil durum senaryolarında kararların rastlantısal olmamasını ve tutarlı bir şekilde yönetilmesini sağlamaya hizmet edecektir. Ancak belirttiğimiz bu yaklaşımı hayata geçirmenin ne denli zor olduğu ortadadır. Zira bu durumların tamamında, otonom araca entegre edilmiş algoritmanın bir “*tercihi*” ortaya koyması ve bu tercihin kimi zaman bir insan hayatına mal olması pek bir olasıdır.

III. OTONOMARAÇLARDA ORTAYA ÇIKAN İKİLEM DURUMLARINDAN KAYNAKLANAN HATALAR

A. Genel Olarak Etik İkilemler Kapsamında Ortaya Çıkan Tasarım Hataları

Otonom araç üreticisi için en büyük yapısal zorluk, durum değerlendirmesine yönelik hataları önlemektir. Zira elde edilen verilerden doğru bir sürüş kararı verilmesi zorlu bir değerlendirme ve karar sürecini gerektirir. Üreticinin, otonom aracın insan sürücünden daha güvenli bir şekilde aracı idare etmesine yönelik özen standardı nazara alındığında, üreticinin üzerine düşen tasarım yükümlülüğünün ciddiyeti daha net anlaşılmaktadır.

Durum değerlendirmesine yönelik tasarım hataları, otonom araçların çevresel verileri algılama, analiz etme ve uygun tepkiyi belirleme sürecindeki eksiklikler veya yanlış yorumlamalar nedeniyle ortaya çıkan hatalardır. Bu tür hatalar, aracın sensörlerinden gelen verilerin yanlış değerlendirilmesi, yapay zekâ algoritmalarının hatalı çıkarımlarda bulunması veya aracın çevresel faktörlere karşı uygun olmayan bir tepki vermesi gibi durumları kapsamaktadır. Örneğin, bir aracın bir yayayı yanlışlıkla bir trafik levhası olarak algılaması ya da tehlikeli bir yol koşulunu fark edememesi, genel anlamda bir durum değerlendirmesi hatası olarak kabul edilir.

Öte yandan, ikilem durumlarına ilişkin hatalar, aracın teknik olarak doğru bir durum değerlendirmesi yapmasına rağmen, kaçınılmaz bir kaza senaryosunda hangi eylemi gerçekleştireceğine dair etik veya hukuki açmazlarla karşı karşıya kalmasıdır. Yani burada sorun, aracın çevresel durumu yanlış algılamasından ziyade, kazanın kaçınılmaz olduğu anlarda kimin korunacağına veya hangi zararların göze alınacağına dair karar mekanizmasının nasıl işleyeceğidir. İkilem durumları, aracın kaçınılmaz olarak bir kazaya karışacağı, ancak kazanın kurbanlarını seçebileceği durumları ifade etmektedir⁹³.

⁹³ Tim Hey, Die Außervertragliche Haftung des Herstellers Autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, Springer Gabler, Wiesbaden (2018), 76.



Otonom araçlarda ikilem durumlarının sık görülmeyecek olması, bu durumlar-
dan kaynaklanabilecek hataların önemsiz olduğu anlamına gelmez. Nadir gerçek-
leşen durumlar bile olsa, özellikle sonuçları ciddi olduğunda, büyük önem taşır.
Bununla birlikte, otonom araçlarla ilgili belki de en tartışmalı konu olan ikilem du-
rumları tasarım yükümlülüğüyle ilgili zorlukları da en iyi şekilde göstermektedir⁹⁴.
Zira otonom araçlar, insan hayatını etkileyen kararlar alacakları için bu tür nadir
olaylarda bile hatasız çalışmak zorundadırlar. İkilem durumlarında alınacak yanlış
bir karar hukuki sorumluluk doğurabilir ve ürün sorumluluğu bakımından “hata”
olarak kabul edilebilecek bir tasarım, üreticiye yönelik ciddi hukuki yaptırımları
beraberinde getirebilir. Ayrıca, böyle bir hata toplumsal güveni zedeleyebilir ve
bundan kaynaklı ortaya çıkan bir kaza, otonom teknolojilere duyulan genel güveni
olumsuz etkileyebilir. Devamla, bu tür hatalar etik sorunlar yaratabilir, çünkü bu du-
rumlarda hangi kararların doğru veya yanlış olduğu tartışmaya açıktır. Dolayısıyla,
nadir görülse bile, ikilem durumlarında alınacak kararların önceden detaylı şekilde
düşünülmesi ve sistemin bu tür durumlara karşı optimize edilmesi gereklidir. Bu,
hem teknolojik sorumluluğun hem hukuki sorumluluğun hem de etik anlamında
bireysel sorumluluğun bir gereğidir.

Üretici tarafından alınan tüm teknik önlemlere rağmen kaçınılmaz tehlike du-
rumlarında, hukuki menfaatlerin tartışılması ve hukuki menfaatler arasında bir hi-
yerarşi oluşturulması gereklidir. Bu hiyerarşi silsilesi içerisinde insan hayatının
korunması en yüksek önceliğe sahiptir. Bu nedenle programlama, *teknik açıdan
mümkün olan kapsam dâhilinde*, bir menfaat çatışması durumunda hayvanlara veya
mallara gelebilecek zararları kabul etmeli ve kişisel yaralanmayı önleyecek şekilde
tasarlanmalıdır⁹⁵. Çarpışma optimizasyonu algoritmalarının buna uygun bir şekilde
tasarlanması zorunludur⁹⁶. Bu nedenle, otonom araçların tasarım yükümlülüğü çer-
çevesinde öncelikle, bu araçların programlama ve algoritmalarında insan hayatını
önceliklendiren bir etik yaklaşıma dayanması gerektiğini söyleyebiliriz. Özellikle
kaza durumlarında, şahıs varlığına (can güvenliği) zarar vermek yerine malvarlığı-
na (maddi hasara) yönelmeyi tercih edecek şekilde tasarlanmalıdır. Aksi takdirde,
otonom araçta bir tasarım hatası olduğu kabul edilmelidir.

Trolley ikileminin çeşitli varyantları, otonom araçları yöneten algoritmaların
yazılım tasarımı süreçlerinde kendini göstermektedir⁹⁷. *Bu bağlamda, otonom araç-
lardaki çarpışma optimizasyon algoritmalarının ahlaki ikilem senaryoları üzerinden
analiz edilmesi, konunun daha net anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.* Zira bu tür

⁹⁴ Hey (n 94) 76. *Yazar*, ikilem durumlarına ilişkin bu zorluğun bazı yazarlar tarafından yeterince
derinlemesine ele alınmadığı, mevzunun yüzeysel ele alındığı eleştirisinde bulunmaktadır. ibid 76,
dön 449.

⁹⁵ Ethik-Kommission (n 81) 11, Parag. 7.

⁹⁶ Gurney (n 66) 195.

⁹⁷ Lim ve Taeihagh (n 72) 8.

senaryolar, yalnızca felsefi tartışmaların konusu olmaktan öte, yazılım tasarımının etik, teknik ve hukuki sınırlarını da belirlemektedir.

Etik ikilemler, otonom araçların karar alma mekanizmalarında ortaya çıkan ve çoğu zaman “doğru” bir cevabın bulunmadığı zorlayıcı senaryoları ifade etmektedir. Bu bağlamda, otonom araç sistemlerinin çeşitli varsayımsal senaryolar karşısında vereceği tepkiler, yalnızca etik düzlemde değil, aynı zamanda ürün güvenliği ve tasarım hatası bağlamında da değerlendirilmelidir. Aşağıda, literatürde sıklıkla karşılaşılan altı farklı etik ikilem örneği üzerinden tasarım hatası tespitine ilişkin hukuki ve teknik değerlendirmelere yer verilmektedir.

B. Kuramsal Senaryolar Üzerinden Mevzunun Ele Alınması

1. Alışveriş Sepeti Sorunu

Doktrinde “*Alışveriş Sepeti Sorunu*” olarak bilinen varsayımda, bir marketin otoparkına giren otonom aracın frenlerinin çalışmadığı kabul edilir. Aracın hemen önünde, bebek arabasıyla ilerleyen bir anne, solunda aşırı yüklü bir alışveriş arabası, sağında ise market binası bulunmaktadır. Tüm seçeneklerin aracı durdurabileceği varsayımıyla, otonom aracın bu durumda nasıl hareket etmesi gerektiği tartışılmaktadır. Otonom aracın nasıl bir yol izleyeceği ve neye çarpacağına dair kararı, aracın çarpışma optimizasyon algoritmasına bağlıdır. Eğer çarpışma optimizasyon algoritması, *kesin bir şekilde aracın kendisini ve yolcularını korumasını öncelik olarak benimserse*, aracın yalnızca araçtaki hasara ve araç içindekilerin refahına odaklanarak kazayı hafifletmesi söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, algoritma markete çarpmak muhtemelen aracı tahrip edecek ve içindekilere ciddi zarar vereceğinden, diğer alternatifleri değerlendirme yoluna gidecektir. Bunlar ise, sola dönüp dolu alışveriş arabasına çarpmak ya da rotada kalıp bebek arabasına çarpmaktır. Alışveriş arabasına çarpmak muhtemelen otonom aracın hasar görmesine neden olacaktır, zira alışveriş arabalarının çoğu metaldir ve bu alışveriş arabası yiyeceklerle dolu olduğu için aracın zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir. Bebek arabasına çarpmak için rotada kalmanın da otonom araca zarar vermesi muhtemeldir, ancak bunun araca alışveriş arabasına çarpmaktan daha az zarar vereceği açıktır. Çünkü bir bebek arabası çoğunlukla plastik ve metalden oluşmaktadır. Dolayısıyla, kesin bir mutlulukla kendini koruyan bir otonom araç muhtemelen bebek arabasına çarpacak ve çocuğun yaralanmasına ya da ölümüne sebebiyet verecektir ki bu ahlaki açıdan kabul edilemez bir sonuçtur⁹⁸. Dolayısıyla, bir otonom aracın *kesin bir şekilde aracın kendisini ve yolcularını korumasını öncelik olarak benimseyecek şekilde tasarlanması, bir tasarım hatası teşkil edecektir*. Kaza durumunda can güvenliğine zarar vermek yerine malvarlığına zarar vermeyi tercih ederek insan hayatını önceliklendirmek, üretici bakımından bir zorunluluktur. Aksi hal, tasarım hatasına vücut verecektir.

⁹⁸ Gurney (n 66) 195-197.

2. Motosiklet Sorunu

Diğer bir etik ikilem varsayımı doktrinde “*Motosiklet Sorunu*” olarak isimlendirilmektedir. Otonom bir araç, iki motosikletliden birine çarpması gereken bir durumla karşı karşıya kalmıştır. Buna göre, aracın sol ön tarafında kask takan bir motosiklet sürücüsü varken, aracın sağ ön tarafında kask takmayan bir motosiklet sürücüsü bulunmaktadır. Otonom araç hangi motosikletliye çarpmalıdır? Kask kullanımı bir kaza durumunda motosiklet sürücüsünün ciddi şekilde yaralanma riskini azaltmaktadır. Dolayısıyla, ciddi yaralanma veya ölüm riskini azaltmak üzere programlanmış bir otonom araç kask takan motosikletliye çarpacaktır. Böyle bir seçim, birini yalnızca sorumlu olduğu için cezalandırırken, diğerini yalnızca daha az sorumlu olduğu için ödüllendirmek anlamına gelecektir ki, kask takan bir motosikletlinin hedef alınması insanları kask takmamaya teşvik etme sonucunu doğurabilir⁹⁹. *Bu nedenle, yalnızca zararı en aza indirmek için programlanmış bir algoritma, adalet gibi diğer önemli toplum değerlerini dikkate almayabileceği gibi tasarım anlamında da hatalı olarak kabul edilebileceğinden, zararı en aza indirmek için programlanmış bir algoritma otonom araç üreticisinin sorumluluğunu tek başına kaldırmaya yetmeyecektir.*

3. Araba Sorunu

“*Araba Sorunu*” olarak doktrinde adlandırılan bir başka etik ikilem varsayımına göre, otonom bir aracın frenleri bir kırmızı ışığa yaklaşırken arızalanmakta ve otonom aracın kazaya neden olmadan güvenli bir şekilde manevra yapmasına imkân bulunmamaktadır. Aracın solunda bir araba sağında ise başka bir araba vardır. Otonom araç hangi araca çarpmalıdır? Bu araçlardan birinin diğerine göre daha iyi güvenlik özellikleriyle donatıldığını varsayalım. Otonom araç, en yüksek güvenlik derecesine sahip araca çarpacak şekilde programlanabilir. Böyle bir durumda, motosiklet sorunda olduğu gibi, otonom araç algoritması daha güvenli bir araba seçtiği için bir aracı hedef almak adil görünmemektedir. Ayrıca, bir aracın daha iyi bir güvenliğe sahip olması mutlaka en güvenli araç olacağı anlamına da gelmez. Daha büyük, daha ağır araçların genellikle daha küçük, daha hafif olanlardan daha fazla koruma sağlayacağı bilimsel olarak tespit edilmiş olduğundan, büyük olan araç daha güvenli olarak görünen araçtan daha fazla koruma sağlayabilecektir¹⁰⁰. Kaldı ki, fiziki olarak büyük araç, güvenli olarak görülen araçtan daha ucuz olabileceğinden, malvarlığı açısından da daha az zarara sebebiyet verecek bir mahiyette içerebilir¹⁰¹.

Algoritmanın göz önünde bulundurabileceği bir diğer faktör de otonom araca ve içindekilere gelebilecek zararın en aza indirilmesidir. Muhtemelen bu faktör otonom aracın her zaman daha küçük araca çarpmasına yol açacaktır. Otonom araç ayrıca her bir araçtaki kişi sayısı, araçtakilerin emniyet kemeri kullanımı veya araçtakilerin

⁹⁹ ibid 197-198.

¹⁰⁰ ibid 198-200.

¹⁰¹ ibid 201.

yaşı gibi çeşitli diğer faktörleri de göz önünde bulundurabilir. Otonom araç diğer araçtaki yolcuların demografik özelliklerini de yüz tanıma teknolojisi yardımıyla tespit edebildiği ölçüde göz önünde bulundurabilir. Böyle bir algoritmanın benimsenmesi beraberinde farklı handikapları getirebilecektir. Şöyle ki; araştırmaların sonuçlarını ortaya koymak bu anlamda ilgi çekici olabilecektir. Örneğin, sürücülerden biri erkek, diğeri benzer yaşta bir kadın ise, kadının ölme olasılığının %28 daha fazla olduğu istatistiksel olarak tespit edilmiştir. Sürücülerden biri 20 diğeri 70 yaşındaysa, yaşlı sürücünün ölme olasılığı üç kat daha fazladır. Sürücülerden biri sarhoş, diğeri ayıksa, sarhoş olanın ölme olasılığı iki kat daha fazladır çünkü alkol sadece beyni değil, birçok vücut organını etkilemektedir. Sürücülerden biri yalnız seyahat ederken diğerinde bir yolcu varsa, yalnız sürücünün ölme olasılığı eşlik eden sürücüye göre %14 daha fazladır, çünkü eşlik eden sürücü yolcusunun kütlesi nedeniyle daha ağır bir araçtır. Yüz tanıma teknolojisine sahip otonom bir aracın, araçta bulunan kişi hakkındaki bu özellikleri tespit edebilmesi belli ölçüde söz konusu olabilir. *Ne var ki, zararı en aza indirmek şeklinde bu özellikler dikkate alınmak suretiyle programlanan otonom araçlar, belirli gerekçelerle insanların hedef alınmasını sonucunu doğuracaktır*¹⁰². Araçları bu tür gerekçelere dayalı çarpışma kararları verecek şekilde programlamak etik dışı olacağı gibi, üretici açısından da tasarım hatası olarak kabul edilebilecektir.

4. Tünel Sorunu

Doktrinde “Tünel Sorunu” olarak isimlendirilen etik ikilem varsayımında, otonom bir aracın sürücüyü mü yoksa üçüncü bir kişiyi mi feda edeceğine karar vermesi gereken sıra dışı bir durum ortaya konulmaktadır. Bu varsayımında otonom araç, dar bir tünele doğru tek şeritli bir dağ yolunda ilerlerken araba tünele girmeden hemen önce, bir çocuk yolun karşısına koşturmuş ancak şeridin ortasında kalarak tünelin girişini kapatır. Araba, ya çocuğa çarpıp onun ölümüne sebebiyet verecek ya da tünelin her iki tarafındaki duvarlara çarpıp sürücüsünü gözden çıkaracaktır. Yani aracın bir kazayı önleyemeyeceği bir senaryoda, aracın yazılımı şu kararı vermek zorunda kalabilir: Aracın içindeki yolcuların hayatını mı koruyacak, yoksa dışarıdaki bir kişinin (örneğin bir yayayı) hayatını mı kurtaracak? Bu senaryoya göre üretici iki şekilde de araç yazılımını programlayabilir. Diğer bir ifadeyle, bir üretici, aracını, dışarıdaki bir kişinin hayatını kurtarmak uğruna yolcularını feda edecek şekilde programlayabilir ya da tam tersi bir yaklaşımı benimseyebilir ve aracını yolcularını korumaya öncelik verecek şekilde programlayabilir. *Peki araba ne şekilde tepki vermelidir? Doğru nedir?* Öncelikle belirtmek gerekir ki, araç, sahibini feda etmeyi seçerse, bu durum, belirli koşullarda bir şirketin aracını, müşterisini öldürebilecek şekilde programladığı anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, tüketicilerin büyük bir çoğunluğu, kendi güvenliklerini önceleyen dolayısıyla yolcularını koruyan üreticiyi tercih edeceklerdir. Çünkü insanlar genellikle kendi

¹⁰² ibid 202.



hayatlarını ve sevdiklerinin hayatlarını daha öncelikli görürler. Bu, etik kararların ticari sonuçlar üzerindeki etkisine dair önemli bir örnektir¹⁰³. Burada, otonom aracın “*kimi kurtaracağına*” dair bir karar vermek zorunda olmasının asıl sebebi, çocuğun yola fırlaması ve kaçınılmaz bir duruma sebebiyet vermesidir. Böyle bir durumda “*kusur*” çocuktur¹⁰⁴. *Bununla birlikte, otonom araçların, kusur durumu göz önünde bulundurarak programlanması, insan hayatları arasında seçim yapılması sonucunu doğuracağından mümkün olmayıp, aksi hal tasarım kusuru teşkil edecektir.*

5. Köprü Sorunu

Diğer bir ikilem durumu doktrinde “*Köprü Sorunu*” olarak isimlendirilmektedir. Köprü sorunu, otonom araçların kendini feda etme kararını içeren etik bir ikilemi ortaya koymaktadır. Bu senaryoda, bir yolcu taşıyan otonom araç, dar bir köprüde çocuklarla dolu bir okul otobüsüyle karşılaşır. Okul otobüsü şoförünün uyuması nedeniyle otobüs, otonom aracın şeridine girer. Araç, iki seçenekle karşı karşıya kalır: okul otobüsüne çarparak tüm yolcuları tehlikeye atmak ya da köprüden aşağı sürerek kendi yolcusunu feda etmek. Bu durum, Tünel Sorununa kıyasla otonom aracın özveride bulunma ihtimalini daha güçlü bir şekilde gündeme getirir. Otonom araç, zararı en aza indirmek için programlanmışsa, kendini feda ederek daha az kayıpla sonuçlanabilir. Ancak, bu senaryoda zarar, okul otobüsü şoförünün kusurundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, kusur kavramı her zaman belirleyici olmayabilir ve nihai karar, olayın özel koşullarına bağlıdır. Örneğin, otobüs sadece şoförü taşıyorsa, aracın kendini feda etmesi daha az anlamlı olabilir. Dolayısıyla, otonom araç tüm okul otobüsleriyle kaza yapmaktan kaçınacak şekilde programlanmamalıdır¹⁰⁵.

6. Tramvay Sorunu

En son değinilecek ikilem durumu daha önce ayrıntılı olarak ele aldığımız ve doktrinde “*Tramvay Sorunu*” olarak isimlendirilen varsayım çerçevesinde ele alınmaktadır. Geleneksel Trolley Problemi’nde, bir tramvay sürücüsü ya beş kişiyi öldürmek ya da başka bir yöne giderek bir kişiyi öldürmek arasında karar verir. Judith Jarvis Thomson’un “*bystander*” (seyirci) varyasyonunda ise, tramvay sürücüsünün hareketsiz kalması söz konusudur ve duruma şahitlik eden bir kişinin ki buna seyirci diyebiliriz tramvay raylarını değiştirip değiştirmeme kararını vermektedir. Bu, otonom araç üreticilerinin programlama kararlarıyla benzerlik taşımaktadır¹⁰⁶. Gerçekten otonom araçlar, çarpışmayı önlemek için kontrolü ele alıp daha büyük bir kazayı önlerken, başka bir bireyin ölümüne sebep olabilir. Bu noktada, Trolley Problemi bağlamında tartışmaların odağı olan husus, otonom teknolojinin beş kişinin ölümünü önlerken bir kişiyi öldürmesidir. Toplum, kazaları önleyen teknolojiyi

¹⁰³ ibid 203-204. Yazar, üreticilerin, “*X şirketi ailenizi öldürüyor*” veya “*Bizim şirketimiz, sizi önemsiyor.*” şeklinde reklamlar yapabileceğini haklı olarak ifade etmektedir. ibid 204.

¹⁰⁴ ibid 204.

¹⁰⁵ ibid 204-205.

¹⁰⁶ ibid 206.

desteklerken, bu tür “yaşam ve ölüm” kararlarının bir makine tarafından verilmesi kabul edilmeyebilir¹⁰⁷.

Öte yandan, Trolley Problemi eylem ve eylemsizlik arasındaki önemli bir yasal ayrımı ortaya koymaktadır¹⁰⁸. Şöyle ki, bir kişinin harekete geçmemesi (eylemsizlik) durumunda, hukukun genellikle bu kişiye herhangi bir yasal yükümlülük atfetmediğini belirtmek gerekir. Örneğin, bir seyirci rayları değiştirmez ve beş kişi ölürse, bu seyircinin herhangi bir yasal sorumluluğu yoktur. Çünkü burada seyirci bir eylemde bulunmamış, sadece duruma müdahale etmemiştir. Bu tür durumlarda, kişinin aktif bir şekilde zarar vermesi söz konusu olmadığı için hukuki olarak “sorumlu” tutulmaz. Otonom araçlar için de benzer bir durum geçerlidir. Eğer otonom sistem araç manuel modda iken müdahalede bulunmaz ve beş kişi ölürse, bu durum hukukun “eylemsizlik” olarak kabul edilir. Bu eylemsizlik sonucunda, ölümlerden doğrudan sorumlu olan kişi hala aracın insan sürücüsüdür. Çünkü araç o sırada sürücünün kontrolündedir veya sürücünün ihmali bu ölümlere yol açmıştır. Otonom araç üreticisinin yasal yükümlülüğü, aracın otonom modda devreye girdiği ve aktif bir karar verdiği durumlarda ortaya çıkar. Bunun tam tersi, otonom sistemin müdahale ettiği ve bir kişiyi öldürdüğü durumdur. Bu durumda, üretici aktif bir karar programladığı için sorumluluk artık üreticiye geçer. Çünkü otonom araç, sürücünün kararını geçersiz kılmış ve kendi “bağımsız” kararıyla hareket etmiştir. Hukuk, bu tür durumları “aktif bir eylem” olarak değerlendirir ve üreticiyi sorumlu tutabilir.

Diğer bir anlatımla, araç otonom moddayken yani araç tamamen kendi başına çalıştığında meydana gelen kazalardan aracın kendisi ve dolayısıyla yazılım veya üretici sorumlu tutulacak iken, bir kişinin aracı manuel olarak kullandığı yani aracın otonom modda olmadığı durumlarda meydana gelen kazalardan üreticilerin sorumlu tutulması söz konusu değildir. Zira böyle bir durumda, sürücü meydana gelen vakadan kendisi sorumlu olmaktadır. Otonom bir aracın yazılımının bir kazayı önlemek için, aracın ya beş kişiyi öldürmesine izin vermesi ya da kontrolü ele alıp bir kişiyi öldürmesi gerekebilir. Bu bir etik ikilem durumudur. Eğer otonom araç, hiçbir müdahalede bulunmayarak beş kişinin ölmesine izin verirse, araç üreticisi hukukun sorumlu tutulmaz. Çünkü yazılım “olayları olduğu gibi bırakmış” olur ve bu durumda sorumluluk aracı yönlendiren sisteme yüklenmez. Ancak otonom teknoloji, durumu değerlendirdikten sonra kontrolü ele alıp beş kişiyi kurtaracak bir manevra yaparsa ve bu süreçte bir kişinin ölümüne neden olursa, artık üretici sorumlu hale gelir. Burada hukuki sorun şudur: Yazılım “doğru” olanı yapıp beş kişiyi kurtarsa bile, bu eylem üreticiyi bir kişinin ölümü nedeniyle dava edilebilir hale getirir. İşte bu noktada etik ve hukuki çatışma doğar. Zira bu durum, ahlaki açıdan “doğru” olanın hukuki açıdan üreticiye zarar verdiği bir çelişki yaratır. Beş kişiyi kurtarmak etik olarak doğru kabul edilse de, bir kişinin ölümüne neden olduğu için üreticinin hukuki olarak sorumlu tutulması olasıdır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ibid 207.

¹⁰⁸ ibid 207-208.

¹⁰⁹ ibid 224.

Dolayısıyla, otonom teknolojinin aldığı “doğru” kararlar bile, üreticilerin hukuki sorumlulukla yüzleşmesine yol açabilir. Bu da, otonom araç teknolojisiyle ilgili hukukun ne kadar karmaşık ve tartışmalı bir alan olduğunu göstermektedir. Bu sebeple, üreticiler için otonom sistemlerini müdahaleden kaçınacak şekilde programlama konusunda güdülenmektedirler¹¹⁰.

C. Otonom Araçlarda Etik İkilemler ve Hukuki Düzenlemeler: Karar Verme Süreçlerinde Sürücü, Üretici ve Kanun Koyucunun Rolü

Otonom araçlara ilişkin yukarıda ayrıntılarıyla ele aldığımız etik ve felsefi tartışmalar bir yana dursun, yazılım algoritmasının, araç içindekilerin güvenliğine araç dışındaki potansiyel kurbanların güvenliğinden daha fazla mı yoksa daha az mı değer vermesi gerektiği hususu otomobil üreticilerinin de cevabını aradığı ve derinlemesine sorguladığı konu başlıklarındandır^{111 112}. Nitekim Mercedes-Benz’in sürücü destek sistemleri ve aktif güvenlik yöneticisi *Christoph von Hugo* tarafından 2016 yılında Paris otomobil fuarında verilen bir röportajda, şirketin gelecekteki tüm seviye 4 ve seviye 5 otonom otomobillerinin, aracın içindeki insanları kurtarmaya öncelik vereceğini açıklamış; buna gerekçe olarak da araç içerisindeki kişinin kurtarılabileceğinin kesin olduğu bir durumda, kesin sonuca yönelmenin mantıklı olduğu, zira araç içerisindeki kişiyi riske atarak yapılan hareket sonucunda hayatı kurtarılan kişilerin olayın devamında ne tür bir riskle karşı karşıya kalacağının kestirilmesi mümkün olmadığı düşüncesi ortaya atılmıştır¹¹³. Bu anlamda, örneğin, aracın çarpmayı tercih ettiği bir direktan veya duvardan sekerek yine masum çocuklara çarpabileceği, aracın çarptığı direğin devrilerek çocuklara zarar verebileceği ya da karşı yönden gelen yüklü bir okul servisiyle ikincil bir çarpışma yaşanabileceğini belirtmek mümkündür. Bundan mütevellit, birçok karmaşık değişkeni içeren dinamik bir yapıya sahip olan kaza süreçlerinde, öncelikli olarak kurtarılması kesin olan araç sürücüsünün güvenliğini sağlamanın en rasyonel tercih olacağı belirtilmiştir^{114 115}.

¹¹⁰ ibid 208.

¹¹¹ Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Trolley_problem> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

¹¹² *Science* dergisi tarafından yayınlanan bir ankete katılan 1928 kişinin çoğunluğu, otonom araçların yayalara çarpmak yerine yolcularını feda etmesinin etik açıdan daha uygun olacağını düşünmektedir. Yine çoğunluk, yaya güvenliğine kendilerinininkinden daha fazla öncelik vermesi halinde otonom araç satın almayacaklarını da söylemiştir. <<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025. Bu veriler, amacı otomobil satmak olan otomobil üreticileri bakımından tercihin hangi yönde olacağına da ışık tutmaktadır.

¹¹³ <<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

¹¹⁴ <<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025.

¹¹⁵ Gelecekte otonom araçlar tam anlamıyla yaygınlaştığında, bu etik sorunun insanların bugün inandığı kadar önemli olmayacağı da ifade edilmektedir. Bu düşünceye göre, önümüzdeki süreçte otonom araçlarda ikilem tartışmaları bugün sanılandan çok daha az gündeme gelecektir. Sürücünün

Nihayetinde otonom araçlar bakımından bu hususun, açıklığa kavuşturulması gereken temel bir etik sorun olduğunu belirtmekte fayda vardır. Çetrefilli olan bu mesele bakımından ikilem durumlarının şansa bırakılıp bırakılmayacağı, şansa bırakılmadığı takdirde çarpışma optimizasyon algoritmasının ne şekilde programlanması gerektiğine sürücünün mü, üreticinin mi yoksa kanun koyucu tarafından mı karar verileceğinin ortaya konulması gerekmektedir^{116 117}. *Kanaatimizce*, otonom araçların karşılaşılabileceği ikilem durumları, etik ve hukuki açıdan ciddi belirsizlikler doğurabileceğinden kanun koyucunun bu alanda düzenleyici bir rol üstlenmesi gerekmektedir. Asgari standartların kanun koyucu tarafından belirlenmesi, çarpışma optimizasyon algoritmalarının hangi kriterlere göre çalışacağını netleştirerek, hem üreticilerin hem de kullanıcıların hukuki sorumluluklarını açık bir çerçeveye oturtacaktır. Her şeyden evvel bu yetki üreticilere bırakılırsa, farklı firmalar arasında çelişkili uygulamalar ortaya çıkabilir ve etik ilkeler konusunda standart bir yaklaşım geliştirilemez. Bu durum, tüketici haklarını zayıflatacağı gibi, kazalar sonucunda ortaya çıkabilecek hukuki ihtilafları da artıracaktır. Öte yandan, sürücülere böyle bir karar yetkisinin tanınması, teknik bilgi eksikliği ve öngörülemez değişkenler nedeniyle pratikte uygulanabilir bir çözüm sunmayacaktır. Diğer taraftan, kanun koyucunun bu alanda düzenlemeler yapması, toplumsal değerler ve kamu güvenliği açısından da kritik bir adımdır. Belirlenecek etik ve hukuki standartlar, üreticiler için bir rehber oluştururken, aynı zamanda uluslararası uyumun sağlanmasına da katkıda bulunacaktır. Böylece, otonom araçların gelişiminin rastlantısal veya keyfi tercihlere bırakılmaksızın, hukuki ve etik olarak denetlenebilir bir çerçevede şekillendirilmesinin önü açılacaktır.

Bu bağlamda, Almanya'da yürürlüğe giren StVG (*Straßenverkehrsgesetz – Karayolu Trafik Kanunu*) düzenlemeleri, tüm dünya için emsal niteliğinde bir yaklaşım sunmaktadır. StVG kapsamında yapılan değişiklikler, otonom sistemlerin karar alma süreçlerine ilişkin belirli sınırlar çizerek, üreticilerin hangi etik ve güvenlik standartlarına uyması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu düzenlemeler, yalnızca üre-

üstesinden gelemeyeceği ve otomatik araçların önleyemeyeceği durumların varlığına rağmen, otonom araçların ortalama bir insan sürücünden çok daha iyi olacağı fikri bu düşüncenin temel argümanıdır. <<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025.

¹¹⁶ Martin Ebers, *Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung (Autonomes Fahren - Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen, 2017)* 93, 109.

¹¹⁷ Yapay zekâdaki hızlı gelişmeler, makinelerin ahlaki kararları nasıl vereceği ve bu süreçte toplumsal beklentilerin nasıl ölçüleceği konusunda endişeleri artırdığından, bu meseleyi ele almak için, otonom araçların karşılaştığı ahlaki ikilemleri araştırmak amacıyla Moral Machine adlı bir çevrimiçi deneysel platform oluşturulmuş; 233 ülke ve farklı bölgelerden 40 milyon birey kararı yani düşüncesi toplanmıştır. Tramvay problemi paradigmasını kullanan senaryolarda otonom araçların hangi kararları vermesi gerektiği konusunda halkın görüşlerini ifade etmesine olanak sağlamak amacıyla oluşturulan bu platformun çarpıcı sonuçları mevcuttur. Bu kapsamda, Moral Machine aracılığıyla toplanan verilerin analizi, Tramvay problemi paradigması bağlamında farklı ülkeler arasında göreceli tercihlerde büyük farklılıklar olduğunu göstermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Awad ve diğerleri, (n 88), 1-91.

ticileri değil, aynı zamanda sigorta şirketleri, hukukçular ve teknoloji geliştiricileri için de rehber niteliği taşımaktadır.

Biz de çalışmamızın bir alt başlığında, StVG'nin ve Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı (BMVI) Etik Komisyonu'nun etik ikilemlere yönelik çözüm yaklaşımını ele alacağız.

IV. OTONOM ARAÇLARDA ETİK İKİLEM DURUMLARINA İLİŞKİN ÇÖZÜM: TASARIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYULMASI

A. İkilem Durumlarının Standartlaştırılamazlığı

Otonom araçların karşılaşılabileceği ikilem durumları, her seferinde farklı koşullara bağlıdır. Bu sebeple ikilem durumları standartlaştırılamaz. Eş söyleyişle, önceden belirlenmiş katı kurallar çerçevesinde programlanmaları çoğu zaman mümkün değildir¹¹⁸. Bu ise doğal olarak ancak etik bir şüphe dâhilinde programlanmalarını olanaklı kılmaktadır. Bu anlamda etik meseleler karşısında geçmişte alınmış hukuki kararlar, belirli olaylara özgüdür ve genelleştirilerek soyut kurallara dönüştürülemez. Bu yüzden, bu tür özel hukuki değerlendirmeleri doğrudan otonom araçların programlarına aktarmak pratik olarak mümkün değildir.

Otonom araçların tasarımında teknik sistemlerin kazaları önleyecek şekilde tasarlanması zorunludur. Ancak bu sistemler, insan sürücülerin yaptığı gibi ahlaki kararlar alabilecek veya olayları tamamen öngörebilecek bir yeteneğe sahip değildir. Çünkü ahlaki yargılar, olayın bağlamına ve insan sezgisine bağlıdır ve sabit kurallarla standartlaştırılamaz¹¹⁹. Aynı şekilde, kazaların etkisini değerlendirme süreçleri de standart hale getirilemez¹²⁰. Bu nedenle, otonom araçların karar mekanizmalarını geliştirmek için geçmiş kazalardan elde edilen verilerin sistematik olarak işlenmesi önemlidir. Bu görevin bağımsız bir kamu kurumu tarafından yürütülmesi önerilmektedir¹²¹. Ayrıca, kazadan sonra sorumluluğun tespiti ve olayın analiz edilebilmesi için araçlarda bir “kara kutu” bulunması ve bu sistemin tüm verileri kaydetmesi de zaruret teşkil etmektedir¹²².

¹¹⁸ Ethik-Kommission (n 81) 11, Parag. 8.

¹¹⁹ ibid, 11, Parag. 8.

¹²⁰ Deutsches Patent- und Markenamt, <<https://www.dpma.de/dpma/veroeffentlichungen/hintergrund/autonomesfahren/autonomesfahrenrechtethikteil2/index.html#:~:text=Eine%20Aufrechnung%20von%20Opfern%20ist,Beteiligten%20d%C3%BCrfen%20Unbeteiligte%20nicht%20opfern>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

¹²¹ Ethik-Kommission (n 81) 11, Parag. 8.

¹²² Deutsches Patent- und Markenamt, <<https://www.dpma.de/dpma/veroeffentlichungen/hintergrund/autonomesfahren/autonomesfahrenrechtethikteil2/index.html#:~:text=Eine%20Aufrechnung%20von%20Opfern%20ist,Beteiligten%20d%C3%BCrfen%20Unbeteiligte%20nicht%20opfern>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

B. Ex Ante Karar Alma: Otonom Araçlar ve İnsan Sürücüler Arasındaki Fark

Otonom araç üreticilerinin etik meseleler bağlamında tasarım yükümlülüklerini ortaya koymadan evvel, ikilem durumunda nasıl karar verileceğinin yazılım sayesinde otonom araca entegre edilmesinin, üreticinin ürün sorumluluğu bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymak gerekir. Madalyonun iki yüzü vardır. Bunlar:

- *Üreticinin ikilem durumlarında aracın ne şekilde davranılacağına dair bir yazılım eklemesi tasarım hatası teşkil eder mi?*
- *Ya da böyle bir yazılım araca eklenmediğinde bu bir hata sayılır mı?*

Şöyle ki, evvelce belirtildiği üzere geleneksel insan sürücülerıyla ilgili kazalarda kararlar genellikle olaydan sonra (ex post) değerlendirilirken, otonom araçlarla birlikte bu kararlar olaydan önce (ex ante) bir algoritma tarafından alınabilir¹²³. Bu değişimin detaylarını şöyle açıklayabiliriz: İnsan sürücülerin kazaya neden olan kararları, genellikle olaydan sonra değerlendirilmektedir. Bu kapsamda olay sonrası incelemelerde, “Sürücü neden bu kararı verdi?”, “Karar verirken hangi şartlar altında hareket etti?”, “Sürücü, bu kararı verirken kast veya ihmali var mıydı?” sorularına cevap aranmaktadır. Otonom araçlarda ise karar verme süreci, sürücünün bireysel iradesine bırakılmaz. Araç, bir kaza öncesinde, içindeki kaza optimizasyon algoritması sayesinde en iyi kararı almayı amaçlar. Bu, kararın olay anında veya sonrasında değil, olaydan önce planlı bir şekilde alınmasını sağlamaktadır. Zira kaza optimizasyon algoritmaları, farklı senaryolara göre önceden belirlenmiş kriterlere göre çalışmaktadır. Bu kapsamda algoritma, çevredeki tehlikeleri analiz eder ve çeşitli seçenekler arasında en az zararlı olanı seçer. Bu kararlar, insan sürücünün anlık tepki reflekslerinden daha hızlı ve rasyonel şekilde alınmaktadır¹²⁴.

C. Algoritmalarda “En Az Zarar” ve “Daha Büyük Fayda” İlkeleri

Otonom araçların ex ante karar alma kapasitesi, etik ve hukuki tartışmaları gündeme getirmektedir. *Bu algoritmaların otonom araçlara eklenmesi gerektiğini belirten görüş*, bu vesileyle kazaların ve zararların minimize edilebileceğini, ayrıca otonom araçların insan sürücülerden daha fazla güvenlik sağlayacağı argümanına dayanmaktadır. *Bu algoritmaların otonom araçlara eklenmesine karşı çıkanlar ise*, otonom araçlarda kararın bir insan yerine algoritma tarafından alındığından bahisle, araç tarafından alınan kararın, bir bireyin etik veya vicdani değerlendirmesine dayanmaması anlamına geldiğini ifade etmektedirler. Zira makine bir “ahlaki özne” olmadığından, aldığı kararın etik boyutlarını değerlendirmesi mümkün değildir. Ayrıca, algoritma her zaman yeterli bilgiye sahip olmayabilir. Bu anlamda, bir yaya grubuna nazaran diğer araçlarda kaç kişi olduğunu bilmesi her durumda mümkün olmayabilir. Yine, çarpışmanın ikincil sonuçlarının tahmin edilmesi, yani gerçek

¹²³ Ebers (n 117) 108.

¹²⁴ Christian Gomille, ‘Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge’ (2016) 71(2) JuristenZeitung 76, 77.



spesifik zararı tespit edebilmesi de çok güçtür¹²⁵. Diğer taraftan, otonom araçların ex ante karar alma kapasitesi etik sorunları da gündeme getirebilir. Algoritmaların kararları genellikle “*en az zarar ilkesi*” veya “*daha büyük fayda*” temelinde alınmaktadır. Ancak bu yaklaşım faydacı bir temelden hareket ederek, risk analizinde insanları yalnızca birer istatistiksel değer olarak değerlendirebilir¹²⁶. Örneğin, araç, bir yaşlı bireyi feda ederek bir grup çocuğu kurtarmayı seçebilir. Bu, yaşlı bireyin insan onurunu ihlal eden bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir¹²⁷. Dolayısıyla, ikilem durumlarına ilişkin algoritmalar içeren otonom araçların, gerek ulusal gerekse de uluslararası belgelerle koruma altına alınan “*insan onurunun korunması*” ve “*yaşam ve bedensel bütünlük hakkı*” ilkelerine aykırılık teşkil edeceğini ve bu tür yazılım içeren otonom araçların ürün sorumluluğu anlamında tasarım hatası içerdiğini ifade etmek mümkün olacaktır¹²⁸; çünkü üretici göstermekle yükümlü olduğu özenin bir parçası olarak, insan onuruna aykırı bir uygulamadan kaçınmak zorundadır¹²⁹. Bu husus, StVG Gerekçesinde de açık bir şekilde vurgulanmıştır¹³⁰.

D. İnsan Onuru ve Mal Varlığı Arasındaki Ayrım

Otonom araçların çarpışma optimizasyon algoritmalarına ilişkin etik değerlendirmelerde, karar verilen durumun muhatabının insan mı yoksa bir eşya mı olduğu, etik sorumluluğun kapsamını ve yoğunluğunu doğrudan etkilemektedir.

Bu nedenle, “*insan onuruna ilişkin durumlar*” ile “*mal ya da nesnenin değerine ilişkin durumlar*” arasında ayrım yapılması gerekmektedir. Şöyle ki, bir karar veya algoritma yalnızca bir malın zarar görebileceği bir duruma yol açıyorsa, bu durumda değerlendirilen riskin daha sınırlı olduğunu ve yalnızca maddi değerlerin söz konusu olduğunu belirtilmek gerekir¹³¹. Böyle bir durumda, mal hasarı bir insanın fiziksel veya manevi bütünlüğüne zarar vermez; aracın verdiği karar, yalnızca maddi bir unsurun değer kaybını değerlendirdiği için, insan onurunu koruma gibi daha ağır etik ya da hukuki sorumlulukları içermez.

E. İkilem Durumlarına Verilecek Kararlar Bakımından Mutlak Doğru Var mıdır?

Nihayet, ikilem durumlarında, mutlak doğru ya da yanlış bir yanıtın olmadığını da belirtmek gerekir. Zira otonom araçların, kaza gibi ani ve zor durumlarla karşı karşıya kaldığında bir seçim yaptığı durumlarda, her seçim etik veya hukuki açıdan

¹²⁵ Lin (n 67) 76; Hey (n 94) 77.

¹²⁶ Lin (n 67) 73.

¹²⁷ Hey (n 94) 77.

¹²⁸ ibid 78.

¹²⁹ ibid 78.

¹³⁰ Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, Drucksache 19/27439, 22, <<https://dsserver.bundestag.de/btd/19/274/1927439.pdf>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025.

¹³¹ Hey (n 94) 78.

tartışılabilir mahiyettedir. Yani, verilen kararlardan birini “doğru” ya da “yanlış” olarak değerlendirmek genellikle mümkün değildir. Dolayısıyla, ikilem durumlarına ilişkin ortaya konulan çözüm önerilerinin herkes tarafından kabul edilen kesin bir evrensel bir çözümünün olmadığını belirtmek gerekmektedir. Böyle olmakla birlikte, ayrıntılarına yukarıda değindiğimiz başta StVG ve Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı (BMVI) Etik Komisyonu tavsiyelerinin otonom araç üreticileri bakımından çerçeve belgeler niteliğini taşıdığını ve bu konuda ufuk açıcı nitelikte olduklarını belirtmekte fayda vardır. Bu anlamda, üreticilerin tasarım yükümlülükleri hiç de basit değildir. Üreticiler, bu tür etik ve teknik ikilemleri çözmek için son derece karmaşık bir değerlendirme sistemi geliştirmek ve araçlarını buna uygun tasarlamak zorundadır. Araç, karşılaştığı durumları doğru bir şekilde analiz edebilmeli ve bu analizlere göre hareket edebilmelidir. Eğer bir otonom araç yanlış bir karar alır ve bir kaza gerçekleşirse, bu durum üreticinin tasarım hatası yapıp yapmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi haklı olarak doğurabilir. Bu da üreticilerin yüksek bir hukuki risk altında olduğunu bizlere göstermektedir.

F. StVG ve BMVI Etik Komisyonu: Hukuki ve Etik Standartların Belirlenmesi

Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı Etik Komisyonu tavsiyeleri¹³² bağlamında şu temel tespitleri yapabiliriz:

İnsan hayatının kıyaslanması ve değer biçilmesi yasaktır. Otonom araç sistemleri, kaza anında kimin ölüp kimin hayatta kalacağını belirleyecek şekilde programlanamaz. Bu tür bir karar, hukuken öldürme fiiline yol açabileceği için istisnasız olarak yasaktır. Hukuk düzenleri, olağanüstü durumlar dâhil olmak üzere insan hayatlarının birbirleriyle kıyaslanmasını ve birinin diğerinden daha değerli görülmesini reddetmektedir¹³³.

Mağdurların kıyaslanarak değer biçilmesi (Aufrechnung von Opfern) yasaktır. Bu kavram, kazada zarar gören kişilerin karşılaştırılarak, birine diğerinden daha fazla değer atfedilmesi anlamına gelir. Üretici tarafından insanlar arasında ayrımcılık yapılamaz. Bu anlamda, “yaş, cinsiyet, fiziksel ya da zihinsel durum gibi kişisel özelliklere göre önceliklendirme” yasağı mevcuttur¹³⁴. Otonom araçlar, kaçınılmaz bir kaza durumunda, karşısındaki bireylerin kimlik bilgilerini analiz ederek bir karar

¹³² Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı Etik Komisyonu, otonom araçlarla ilgili çeşitli etik sorunları ele almış ve 20 adet tavsiye sunmuştur. Bu tavsiyeler, özellikle otonom araçların tasarımına, programlamasına ve kullanımına ilişkin etik ikilemleri çözmeye yönelik rehberlik sağlamaktadır. Ethik-Kommission (n 81). <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025.

¹³³ Ethik-Kommission (n 81) 18.

¹³⁴ Ethik-Kommission (n 81) 11, Parag. 9; <<https://www.dpma.de/dpma/veroeffentlichungen/hintergrund/autonomesfahren/autonomesfahren-rechtethikteil2/index.html#:~:text=Eine%20Aufrechnung%20von%20Opfern%20ist,Beteiligten%20d%C3%BCrfen%20Unbeteiligte%20nicht%20opfern>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.



veremez. Dolayısıyla, otonom araçlar, kaza öncesinde insan hayatını korumaya yönelik önleyici sistemler geliştirmeli, ancak kimin yaşayıp kimin öleceğini belirleyecek algoritmalar içermemelidir. Bu nedenle, kaza kaçınılmaz olsa bile otonom sistemlerin belirli kişileri feda edecek şekilde tasarlanması hukuka aykırıdır. Kazalarda sorumluluk, bireylerin değerini kıyaslamadan belirlenmeli ve insan hayatının korunması her zaman öncelik olmalıdır. Örneğin, bir otonom araç, kaçınılmaz bir kaza durumunda önündeki iki seçenekten birini değerlendirmek zorunda kaldığında, ya bir yaya grubuna çarpacak (örneğin, yaşlı bireylerden oluşan bir grup) ya da bir başka yaya grubuna çarpacaksa (örneğin, çocuklardan oluşan bir grup), sistem çocukların “daha değerli” olduğu düşüncesiyle yaşlılara çarpmayı seçerse, bu mağdurların yaş temelinde kıyaslanarak değer biçilmesine örnek teşkil etmektedir. Diğer bir örnek olarak, bir kaza durumunda, bir otonom sistemin yüksek sosyal statüye sahip bir bireyi kıyafetinden tanımlayarak (örneğin, bir doktor ya da takım elbise giyinen bir kimseyi) korumayı, diğer bir bireyi (örneğin, çöp toplayıcısını) feda etmeyi tercih etmesi sosyal statüye dayalı bir değer biçme örneğidir. *Mağdurların kıyaslanarak değer biçilmesi*, bireylerin yaşamlarını etik dışı bir biçimde karşılaştırarak “kim daha değerli?” sorusuna dayalı kararlar verilmesini ifade ettiğinden, insan yaşamının eşit değerde olduğu ilkesine aykırıdır ve kabul edilmesi mümkün değildir.

İnsan hayatının hesaplanarak birbirine karşı mahsup edilmesi yasaktır; ancak, bireysel zararların sayısını azaltmayı amaçlayan genel bir programlamanın savunulabileceği ifade edilmiştir¹³⁵. Bu kural, otonom araçların karar alma süreçlerinde insan hayatının matematiksel bir istatistik gibi hesaplanarak birbiriyle kıyaslanmasının yasak olduğunu ifade etmektedir. Yani, bir kaza durumunda aracın, kime çarpması gerektiğini kişilerin sayısına göre belirlemesi etik olarak kabul edilemez. Ancak, bu yasak genel güvenliği artırmaya yönelik sistematik bir programlamayı tamamen dışlamamaktadır. Başka bir ifadeyle, bireysel zararları karşılaştırarak bir muhasebeleştirme yapmak yerine, genel olarak kazaların sayısını azaltan ve toplumun tamamı için en güvenli olan yazılım çözümlerinin geliştirilmesi savunulabilir. Örneğin, bir aracın, karşısına aniden çıkan yayalara nasıl tepki vereceği konusunda her bir vaka özelinde hayatları muhasebeleştiren bir karar mekanizması oluşturulamaz. Ancak, aracın genel sürüş dinamikleri programlanırken, trafik kazalarını ve çarpışmaları en aza indirecek algoritmaların geliştirilmesi mümkündür ve etik olarak da savunulabilir. Bu yaklaşım, bireysel düzeyde kimin hayatta kalacağına dair bir tercih yapmaktan kaçınarak, daha geniş çapta toplumsal güvenliği artırmaya odaklanmaktadır. Böylece hem etik ikilemler azaltılmış olur hem de kanun koyucuların belirlediği asgari güvenlik standartlarına uygun bir sistem oluşturulabilir.

Mobilité risklerinin yaratılmasına sebep olanlara, bu risklere sebep olmayanlar feda edilmemelidir¹³⁶. Örneğin, bir otonom araç bir yolculuk sırasında karşısına çıkan bir engelden kaçmak için karar vermek zorunda kalsın. Bu durumda araç,

¹³⁵ Ethik-Kommission (n 81) 11.

¹³⁶ Ethik-Kommission (n 81) 11.

aracın içindeki yolcuları korumak amacıyla bir manevra yapabilir. Ancak, bu manevra sırasında aracın dışındaki yayaların veya başka araçların güvenliği tehlikeye girebilir. Burada, mobilite risklerinin yaratılmasına dâhil olan otonom aracın yolcuları, bu risklere dâhil olmayan yayaları veya diğer sürücülerini feda edemez. Yani, otonom aracın tasarımı, bir grubun güvenliğini sağlarken, başka bir grubun zarar görmesini engelleyecek şekilde yapılmalıdır. Bu prensibe göre, aracın yolcularının güvenliğini sağlamak için, risk dışında kalan diğer kişilerin zarar görmesi etik olarak kabul edilmez. Bu durum, genel olarak her bireyin haklarının eşit derecede korunması gerektiğini savunmaktadır.

“Mağdurların kıyaslanarak değer biçilmesi” düşüncesini yasaklayan bu görüşe göre birey kutsaldır ve birey, diğer insanları kurtarmanın tek yolu bu olsa bile, başkaları için kendini feda etmek zorunda bırakılmamalıdır¹³⁷. Bu anlayış, bireyin insan onuruna dayalı olarak “dokunulmaz” (sakrosankt) kabul edilmesi gerektiğini savunan bir pozisyonu ifade etmektedir. Dolayısıyla, bu düşünceden hareketle, bireyin yaşam hakkı mutlak ve birey, başkalarını kurtarmak adına kendi yaşamını feda etmeye zorlanamaz. Bu temelden hareketle, otonom bir araç, tehlikeli bir durumla karşılaştığında, algoritması yolcunun hayatını koruma önceliğini temel alabilir. Araç, yolcusunu başkalarını kurtarmak adına feda edecek şekilde programlanamaz. Diğer bir ifadeyle, otonom araçlar, bireyin fedakârlık yapmaya zorlanmayacağı şekilde tasarlanmalıdır¹³⁸. Şöyle ki, bireyin içinde bulunduğu acil durumlarda başkalarına yardım etme veya başkalarının hayatını kurtarmak adına kendi hayatını tehlikeye atma gibi bir “dayanışma yükümlülükleri” bireye yüklenemez; böyle bir fedakârlık yükümlülüğü dayatılamaz. Aksi bir durum, “dayanışma yükümlülüğü” kavramına aykırılık teşkil edecektir. Örneğin, araç, bir yaya grubuna çarpmadan kaçınmak için kendini kaza yapmaya zorlayacaksa, bu hareket yolcunun hayatını tehlikeye atıyorsa etik açıdan sorunludur. Yolcunun hayatı tehlikedeyken, araç başka insanların güvenliği için yolcuyu riske atmaya programlanamaz.

Komisyon Raporunda, birkaç insan hayatının doğrudan tehdit altında olduğu durumlara da değinilmiştir. Komisyon tarafından bu hususta yapılacak seçime ilişkin bir ilke belirlenememiş olsa da, aynen “...tek önemli şey mümkün olan en fazla masum insanı kurtarmaksa, farklı bir karar verilmesi gerekebilir. Bu tür durumlarda, mümkün olduğunca az insan hayatı kaybettirecek olanın seçilmesi gerektiği mantıklı görünmektedir. Burada, Komisyon henüz tartışmalarını tatmin edici bir şekilde sonuçlandırabilmiş değildir ve her açıdan bir uzlaşya varamamıştır. Bu nedenle, derinlemesine çalışmalar yapılması gerektiğini önermektedir...” ifadelerine yer verilmiştir¹³⁹. Esasında Komisyon tarafından burada anlatılmak istenen, bir kazanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, daha fazla can kaybı yaşanmaması adına,

¹³⁷ Ethik-Kommission (n 81) 18.

¹³⁸ Ethik-Kommission (n 81) 18.

¹³⁹ Ethik-Kommission (n 81) 18.

“en az kayıpla” bir çözüm bulunması etik açıdan uygun olabileceğidir. Ancak bunun nasıl yapılacağına dair daha fazla araştırma ve tartışma gerektiği vurgulanmaktadır.

G. Tasarım Yükümlülüklerinin Somutlaştırılması

1. StVG Kapsamında Tasarım Yükümlülüklerinin Somutlaştırılması

İkilemlere dair yukarıda ayrıntılarına yer verdiğimiz yönde bir bakış açısı ya da kabul, StVG düzenlemeleri bağlamında mevzuya bakıldığında haklı görülebilir mi? StVG düzenlemeleri bu bakış açısını meşru kılar mı?

Bu aşamada ayrıntıya girmeden hemen belirtelim ki, StVG açısından bu sonuca bir çırpıda varılması pek de mümkün değildir. Bu hususa aşağıda ayrıca değineceğiz. Bundan evvel, anılan Kanunun bakış açısının ortaya konulması değerlendirmelerimizde varacağımız sonuç açısından yol gösterici olacaktır.

StVG, Almanya’da karayolu trafiğini düzenleyen temel bir hukuk metnidir. Otonom araçlarla ilgili etik ilkelerin bu yasa ile uyumlu olup olmadığını değerlendirebilmek için hem yasanın temel ilkelerine hem de otonom araçlara ilişkin son düzenlemelere göz atmak gerekir. StVG, genel olarak trafikte tüm bireylerin güvenliğini korumayı önceliklendirir ve trafikte bir kazaya neden olan sürücü ya da araç sahibi, kazanın sonuçlarından hukuki ve mali olarak sorumludur. Öte yandan, her birey, trafikte diğerlerinin güvenliğine dikkat etmek zorundadır. Bunların yanı sıra otonom araçların tasarımı ve programlanması sırasında trafik güvenliğini önceliklendirme zorunluluğu vardır. Ancak bu güvenlik prensibi, insan onuruna aykırı bir fedakârlık durumunu zorunlu kılmamalıdır. Bu anlamda, bireyin yaşam hakkı ve onuru dokunulmazdır; başkalarının yararı için feda edilemez. Almanya Anayasası’nın (Grundgesetz) 1. Maddesi, “İnsan onuru dokunulmazdır” ilkesini içerir. Bu anayasal ilke, StVG ve diğer trafik düzenlemelerinde de göz önünde bulundurulur. Bu yaklaşım, bireyin yaşam hakkını ve kendi güvenliğini koruma hakkını merkeze almaktadır. Burada öncelikle bilhassa vurgulanması gereken nokta, bireyin kendini koruma hakkı, başka insanların güvenliği uğruna göz ardı edilemez. Yani, bireyden başkalarının hayatını kurtarmak için kendi hayatını feda etmesi beklenemez veya böyle bir fedakârlık hukuken veya etik olarak zorunlu kılınamaz.

StVG’nin § 1e(2) S. 2, (a), (b), (c) maddesinde etik ikilem hususlarında üreticinin tasarım yükümlülüğünün çerçevesini ortaya koyan çok önemli bir düzenlemedir. StVG’de 2021 yılında yapılan değişiklikle eklenen bu düzenlemeye göre, otonom araç, zararın önlenmesi ve zarar azaltılması üzerine tasarlanmış olmalı; kaçınılmaz alternatif zarar verme durumunda farklı hukuki değerlerin önemini dikkate almalı ve insan hayatının korunması en yüksek önceliğe sahip olmalı ve kaçınılmaz alternatif bir insan hayatı tehlikesi durumunda kişisel özelliklere dayalı başka bir ayırım yapmayı öngörmemelidir¹⁴⁰. Düzenlemenin, Etik Komisyonun ilkelerinden

¹⁴⁰ Straßenverkehrsgesetz, StVG- Straßenverkehrsgesetz> Son Erişim Tarihi: 08.01.2025.

etkilendiğini belirtmek yanıltıcı olmayacaktır. Zira Komisyon tarafından belirlenen ilkelerin önemli bir kısmı kanuni düzenlemede kendisine yer bulmuştur.

Bu düzenlemeyle yasa koyucunun otonom araçlara ilişkin en tartışmalı konulardan birisi olan ikilem meselelerine ilişkin genel çerçeveyi ve anlayış tarzını ortaya koyduğu söylenebilir ise de, mutlak bir çözüm önerisi sunduğunu söylemek pek de mümkün değildir¹⁴¹. Öyle olmakla birlikte, Kanun Gerekçesinde bu meselenin bilhassa soyut bir şekilde düzenlendiğinin ifade edilmiş olması karşısında¹⁴², değer yargılarının işin içine girdiği ikilem meseleleri bakımından ortaya konulan bu çerçevenin değerini yabana atmamak da gerekir.

Otonom araçlarda etik ikilemlere ilişkin StVG düzenlemesi özelinde kanun koyucunun iradesini ve bu anlamda düzenlemenin neden ve hangi ihtiyaçlardan doğduğunu, hangi hukuki ve toplumsal sorunlara çözüm getirdiğini anlayabilmek açısından, kanun gerekçesi bize eşsiz bir bilgi sunmaktadır.

StVG'nin Gerekçesine göre, bu tür ikilem içeren karar verme durumları yasal olarak ele alındığında, bunların anayasal gerekliliklerle uyumlu olması gerekir. Zira bu gereklilikler başta Almanya Anayasası'nın (*Grundgesetz- GG*) 1. Maddesi 1. Fıkrasında yer alan “*insan onurunun korunması*” güvencesinden ve 2. Madde 2. Fıkra 1. Cümlede belirtilen “*yaşam ve bedensel bütünlük hakkı*” ilkelerinden neşet etmektedir¹⁴³. Yine Kanun Gerekçesinde, az evvel belirttiğimiz üzere ikilem durumlarına ilişkin Kanunda yer alan düzenlemenin bilinçli bir tercih çerçevesinde soyut olarak ele alındığı, bunun sebebinin ikilem durumlarını tek tek ayrıntılı olarak düzenlenmenin mümkün ve uygulanabilir olmadığı, ortaya konulması muhtemel örneklendirmenin mutlaka eksik kalacağı kanaatinden kaynaklandığı ifade edilmiştir¹⁴⁴. Dolayısıyla, genel bir düzenleme ile yazılım algoritmaları için çerçeve kuralların belirlenmesinin isabetli olacağı, değerlendirme yapılırken Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı (BMVI) Etik Komisyonu'nun¹⁴⁵ tavsiyelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği, bu doğrultuda kaçınılmaz bir alternatif zarar durumunda farklı hukuki değerlerin önemine dikkat edilmesi ve insan hayatının korunmasına en yüksek önceliğin verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (*BMVI Etik Komisyonu'nun Tavsiyesi No. 7*). Gerekçede devamla, kaçınılmaz alternatif bir insan hayatı tehlikesi durumunda, yaş, cinsiyet, fiziksel veya zihinsel durum

¹⁴¹ Yazıcı (n 77) 180.

¹⁴² Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, (n 131), 22.

¹⁴³ Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, (n 131), 22.

¹⁴⁴ Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, (n 131), 22.

¹⁴⁵ BMVI, Almanca “*Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur*” ifadesinin kısaltması olup, Türkçe karşılığı Almanya Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı'dır. Söz konusu Bakanlık, Almanya'nın ulaşım, trafik düzenlemeleri ve dijital altyapıdan sorumlu bakanlığıdır. 2021 yılından itibaren bakanlık, adını “*Bundesministerium für Digitales und Verkehr*” (BMDV) olarak değiştirmiştir. Yeni adı Federal Dijitalleşme ve Ulaştırma Bakanlığı'dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bundesministerium für Digitales und Verkehr, <<https://bmdv.bund.de/DE/Home/home.html>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.



gibi kişisel özelliklere dayalı bir ayırım yapılmasının yasak olduğu ifade edilerek, ikilem durumlarına ilişkin çerçeve çizilmiştir^{146 147}. Gerçekten de, insan hayatları arasında ayırım yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla, hiçbir kişisel özellik (yaş, engel, cinsiyet, meslek, vb.) hayatın değerini belirlemede ölçüt olarak kullanılamaz.

Ne var ki, otonom araçların ikilem durumlarına ilişkin programlanması bir takım güçlükleri uhdesinde barındırmaktadır. Öncelikle, Kanun Gereğesinde de vurgulandığı üzere, ikilem durumlarının sonsuz varyasyonu olduğu için tüm senaryoların önceden programlanması mümkün değildir. Ayrıca bu tür durumların her biri farklı faktörlere dayanabilir. Çünkü bir kazanın veya durumun nasıl gelişeceğini ve hangi faktörlerin rol oynayacağını tam olarak bilmek mümkün değildir. Bu yüzden, önceden yapılacak değerlendirmeler yeterli olmayabilir. Dolayısıyla, *kanaatimizce de*, ikilem durumlarının detaylı bir şekilde tek tek ele alınması yerine, soyut ve genel ilkeler ışığında çerçeve kralların belirlenmesi gerekli ve yeterlidir. Bu tercih sayesinde, her spesifik durumu değil, genel etik ve hukuki çerçevenin belirlenmesi cihetine gidilmektedir. En temelleri, insan hayatı her zaman en önemli öncelik olmalıdır ve kişisel özelliklere (yaş, cinsiyet, meslek vb.) göre ayırım yapılmamalıdır. Bu genel ilkeler, otonom araçtaki yazılımın etik kararlar alması için rehberlik edecektir. Diğer yandan, ülkelerin kültürel ve hukuki farklılıkları, bu tür durumlara farklı etik yaklaşımlar sergilenmesine sebebiyet verebilir. Bir ülke birey haklarına öncelik verirken, diğer bir ülke toplumsal faydayı ön plana çıkarabilir. Dolayısıyla, otonom araçlarda ikilem durumları, teknolojinin gelişiminin ötesinde, hukuki, etik ve toplumsal sorumluluk konularında küresel bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

Bu noktada, toplumsal denge açısından mevzu ele alındığında bireyin hakları ile toplumun güvenliğinin nasıl dengeleneceği ve başkalarının hayatının ne zaman öncelikli olacağı sorularının yanıtlanması gerekir. *Dolayısıyla, bireyin kendini koruma hakkı ile başkalarının güvenliği arasında nasıl bir denge kurulması gerekmektedir?*

Ya da daha açık bir şekilde sorumuzu soralım: Örneğin, bir yaya grubunun hayatı mı, yoksa aracın tek bir yolcusunun hayatı mı korunmalıdır?

Birkaç hayat doğrudan tehdit altındaysa ve mesele eğer mümkün olduğunca çok sayıda masum insanı kurtarmak ise, imkân dâhilinde daha az cana mal olacak bir hareket tarzının seçilmesini talep etmek haklı görünmekte ve dolayısıyla bu düşünceye (*mağdurların kıyaslanarak değer biçilmesi*) esas olan temelden farklı hareket edilebileceği ileri sürülebilse de, bu tür durumlarda ne şekilde hareket edileceğine dair Komisyon henüz bir fikir birliğine varamamıştır¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode, (n 131), 22.

¹⁴⁷ Hilgendorf E, ‘The Dilemma of Autonomous Driving: Reflections on the Moral and Legal Treatment of Automatic Collision Avoidance Systems’ in Eric Hilgendorf/Jochen Feldle (Hg.), *Digitization and the law*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Robotik und Recht 15, 2018 57, 88. <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845289304-57.pdf?download_full_pdf=1&page=1> Son Erişim Tarihi: 15.01.2025.

¹⁴⁸ Ethik-Kommission (n 81) 18.

Gerçekten de StVG, genel olarak trafikte tüm bireylerin güvenliğini korumayı önceliklendirmektedir. Bu anlamda, otonom araçların tasarımı ve programlanması sırasında trafik güvenliğini önceliklendirme zorunluluğu bulunmaktadır. Ne var ki bu güvenlik prensibi, insan onuruna aykırı bir fedakârlık durumunu zorunlu kılamaz; bireyin yaşam hakkı başkalarının yararı için feda edilemez. Almanya Anayasası'nın "*İnsan onuru dokunulmazdır*" olduğunu ifade eden anayasal ilke, StVG ve diğer trafik düzenlemelerinde de göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla, otonom araçların programlanması sırasında bu ilkeye uyulması gerekir. Bununla birlikte, StVG'nin, bireyin fedakârlığa zorlanmasını doğrudan talep etmemesi ve araç tasarımlarında genel güvenliği önceleyen bir yaklaşımı benimsemesi bir arada değerlendirildiğinde, bu iki unsur bir takım çelişkilere sebebiyet verebilecek; uyumsuzluk gösterebilecektir. Bu anlamda az yukarıda verdiğimiz örneği tekrarlayabiliriz: Örneğin, bir grup yayayı kurtarmak için yolcunun hayatını riske atmak uygun bir çözüm yolu mudur?

Alman Anayasasından neşet eden ve bireyi öncelikleyen bu düşünce, bireyin mutlak bir fedakârlık yapmama hakkını savunduğundan, StVG'nin üçüncü şahısların güvenliğini sağlama yükümlülüğü ile bir uyumsuzluk içermesi söz konusu olabilir. Şöyle ki; StVG bir yandan genel güvenliği ön plana çıkarırken, diğer taraftan bireyin haklarının feda edilmesini doğrudan talep etmez; zira bireyin içinde bulunduğu acil durumlarda başkalarına yardım etme veya başkalarının hayatını kurtarmak adına kendi hayatını tehlikeye atma gibi bir "*dayanışma yükümlülükleri*" bireye yüklenemez; böyle bir fedakârlık yükümlülüğü dayatılamaz. Örneğin, Bir otonom araç, yolcusunun hayatını tehlikeye atarak başkalarını kurtarmaya programlanamaz. Bu durum, bireyin haklarının ve yaşamının dokunulmazlığına aykırı kabul edilir. Dolayısıyla, bireyin kendi güvenliğini önceliklendirme hakkı, etik açıdan kabul edilebilirdir. Bu sebeple, otonom araçların programlanması sırasında, araç yolcusunun kendini koruma hakkı dikkate alınmalıdır. Araç, başkalarını korumak adına yolcusunun hayatını tehlikeye atacak şekilde programlanamaz. Ancak bu, aracın "*mobilité riskleri*" nedeniyle ilgisiz kişilere zarar verebileceği anlamına gelmez. Araç, tüm tarafların güvenliğini göz önünde bulundurarak tasarlanmalıdır. Otonom araçların, hem yolcunun haklarını hem de üçüncü kişilerin güvenliğini dengeleyen bir algoritma ile çalışması gerekir. Bu denge, etik açıdan zorlu bir tasarım süreci gerektirir. Bununla birlikte, acil durumlarda nasıl davranılacağı konusunda tüm olasılıkları hesaba katan kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Çerçeve niteliğini haiz soyut kurallar yoluyla ikilem meseleleri çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu ise, etik programlama sorunlarını ortaya çıkartabilecektir. Somut örneğimiz olan bir otonom aracın, kaza senaryosunda yolcusunu korumak için üçüncü şahısları tehlikeye atması halinde, bu durum StVG'ye aykırılık teşkil edebilecektir. Dolayısıyla, özellikle otonom araçların etik programlanması konusunda, bireyin yaşam hakkı ile toplumsal güvenlik arasındaki dengenin daha açık şekilde düzenlenmesi suretiyle hiçbir tereddüde mahal bırakmaksızın hukuki çerçevenin ortaya konulmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.



Son olarak, algoritmalar bazı istisnai durumlarda insanlara belli ölçüde zarar verebilirler. Ne var ki, algoritmaların bu tür zararları olabildiğince düşük seviyede tutacak şekilde tasarlanmış olması halinde, bu durum ilk bakışta bir tasarım hatası olarak değerlendirilmeyecektir. Güvenlik standartlarının tespiti hem teknik dokümanlar aracılığıyla hem de geçmiş olayların analizi yani vaka analiziyle anlaşılabilir¹⁴⁹. Genel olarak, teknolojik kurallara uyum sağlanmış olunması karayolu taşımacılığında gerekli olan özen yükümlülüğünü yerine getirmekle aynı şey değildir; zira münferit durumlarda gerekli olan özen yükümlülüğü ilgili teknolojik kurallara uyum için gerekli olanın ötesine geçebilir. Ne var ki, teknolojik kurallara uyum, her halükârda, gerekli özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin bir göstergesidir¹⁵⁰.

2. Tam Otonom Araçların Otonom Sürüş Sistemine İlişkin Motorlu Araçların Tip Onayı Hakkında Yönetmelik (AB/2022/1426) Kapsamında Tasarım Yükümlülüklerinin Somutlaştırılması

İç hukukumuzda 01.12.2024 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Tam Otonom Araçların Otonom Sürüş Sistemine İlişkin Motorlu Araçların Tip Onayı Hakkında Yönetmelik*” çerçevesinde tam otonom araçların otonom sürüş sistemlerinin tip onayına ilişkin teknik gereklilikler düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesinin 2. fıkrası, tam otonom araçların, Ek-2’de belirlenen teknik özelliklere tabi tutulacağını hükme bağlamaktadır. Bu teknik düzenlemeler arasında, özellikle “*Performans Şartları*” başlığı altında yer verilen bazı hükümler, otonom araçların karşılaşılabileceği etik ikilem durumları bakımından özel bir öneme sahiptir.

Yönetmelik Ek-2’nin 1.1.2. ç bendinde yer alan, “*en yüksek önceliği insan hayatının korunmasına verecek şekilde uyarılma*” yükümlülüğü, otonom sistemlerin karar alma süreçlerinde temel bir yönlendirici ilke olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme, etik ikilemler bağlamında otonom sürüş sistemlerinden beklenen temel davranış çerçevesini çizmektedir: *Her durumda insan hayatı, diğer tüm değer ve çıkarların üzerinde korunacak en üstün değer olarak kabul edilmektedir. Böylece, maddi zararlar, mülkiyet kayıpları veya trafik düzeninin ihlali gibi çıkarlar, insan hayatını koruma amacı karşısında ikincil önemde görülmektedir.*

Öte yandan, 2.1.1.1. numaralı bentte “*insan yaşamını tehdit eden kaçınılmaz başka bir riskin oluşması halinde, otonom sürüş sisteminin (ADS) insanların kişisel özelliklerine dayalı herhangi bir değerlendirme yapmaması*” gerektiği ifade edilmektedir. Bu hüküm, özellikle çarpışmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, sistemin yaş, cinsiyet, sağlık durumu veya sosyal statü gibi kişisel farklılıklar üzerinden bir ayırım yapmasını açıkça yasaklamaktadır. Böylelikle, etik ikilemler karşısında ayırmacılığa yol açabilecek subjektif kriterlerin karar mekanizmalarına dâhil edilmesi engellenmekte, her insan hayatının eşit değerinde olduğu prensibi hukuki zeminde vurgulanmaktadır.

¹⁴⁹ Hilgendorf (n 148) 81.

¹⁵⁰ Hilgendorf, (n 148) 81, dñn 67.

2.1.1.2. numaralı düzenleme ise otonom sürüş sistemlerinin, araç içindeki bireylerin yaşamlarını, araç dışındaki bireylerin yaşamlarına nazaran önceliklendirilmeyeceğini belirtmektedir. Bu hüküm, klasik etik ikilem senaryolarında örneğin bir çarpışmadan kaçınmak için ya yoldaki yayalara ya da araçtaki yolculara zarar verme seçeneklerinin bulunduğu durumlarda, “*yolcu lehine tarafsızlık*” yapılmasını yasaklamaktadır. Böylece, otonom sürüş sistemlerinin, bağlı oldukları araçtaki yolcuların çıkarlarını mutlak surette koruma eğiliminde olmaması gerektiği ve her insan hayatının eşit bir şekilde korunması gerektiği normatif bir standart olarak ortaya konulmaktadır.

Bu düzenlemeler bütüncül olarak değerlendirildiğinde, AB/2022/1426 sayılı Yönetmeliğin, otonom sürüş sistemlerini insan hayatının mutlak ve ayırım gözetmeksizin korunması ilkesi çerçevesinde programlamayı ve çalıştırmayı amaçladığı görülmektedir. Ancak burada önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır: *Belirtilen eşitlikçi ilkelere rağmen, çarpışmanın kaçınılmaz olduğu, farklı sayıdaki bireylerin etkilendiği veya zarar şiddetinin değişkenlik gösterdiği senaryolarda otonom sistemlerin nasıl bir optimizasyon yapması gerektiği konusunda düzenlemeler belli bir ölçüde belirsizliği korumaktadır. Dolayısıyla, yönetmeliğin insan hayatına öncelik tanıyan genel yaklaşımı, somut olaylarda sistemlerin hangi etik karar mekanizmalarını işleterek çözüm üretmesi gerektiği sorusunu bütünüyle çözümleyememektedir.*

SONUÇ

Otonom araç teknolojisinin hızlı bir şekilde gelişmesi, insan hayatını kolaylaştırmakla birlikte, önemli etik sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu araçların, özellikle acil durumlar gibi öngörülemeyen senaryolarda nasıl bir karar verme mekanizması izleyeceği, toplumsal sorumlulukları da içine alan kritik bir konu haline gelmiştir. Bu araçlar, insan müdahalesine ihtiyaç duymadan çalıştıkları için, kararların etik temeller üzerine inşa edilmesi gerektiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Üreticilerin tasarım aşamasında sadece güvenlik ve teknik yeterlilik gibi unsurları değil, aynı zamanda bu araçların etik sorumluluklarını da dikkate almaları gerekmektedir. Bu bağlamda, üreticinin etik yükümlülükleri, araçların yazılım ve donanım tasarımından, onların gerçek hayatta nasıl kararlar alacağına kadar geniş bir alanı kapsamaktadır.

Alman Medeni Kanunu (BGB) ve özellikle Straßenverkehrsgesetz (StVG - Alman Karayolu Trafik Kanunu), otonom araçlarla ilgili yasal sorumlulukları net bir şekilde belirleyen düzenlemelerdir. StVG, otonom araçların karayolunda kullanılması için belirli güvenlik ve sorumluluk standartlarını belirleyerek, üreticilere açık bir sorumluluk yükü getirmektedir. Üreticiler, araçlarının tasarımında yalnızca teknik yeterlilikleri sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda aracın karar alma algoritmalarının etik değerlerle şekillendirilmesi gerektiğini göz önünde bulundurmalıdırlar. Buna göre, StVG'nin § 1e(2) S. 2, (a), (b), (c) maddelerinde bu konuya açıklık getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, otonom araçlar tasarlanırken, zararın önlenmesi



ve azaltılması ön planda tutulmalıdır. Ayrıca, kaçınılmaz bir zarar verme durumu söz konusu olduğunda, farklı hukuki değerlerin önemi göz önünde bulundurulmalı ve insan hayatının korunması en yüksek öncelik olmalıdır. Bu tür durumlarda, alternatif bir insan hayatı tehlikesi söz konusuysa, kişisel özelliklere dayalı ayırım yapılmamalıdır.

StVG'nin belirlediği yasal çerçeve, üreticilerin sorumluluklarının sadece araç güvenliği ile sınırlı kalmayıp, toplum sağlığı ve güvenliği açısından da önemli etik yükümlülükleri taşıdığını ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, etik ikilemler bağlamında bahse konu düzenleme, detaylandırılma ihtiyacı içerse de ve BMVI Etik Komisyonun ilkeleri belirli konularda eleştirilerin odağına olsa da¹⁵¹, her ikisi de taslak çerçeveyi ortaya koyması bakımından otonom araçlarda etik ikilemler özelinde emsal alınabilecek nitelikte oldukları ifade edilebilir.

Öte yandan, otonom araç mühendisliğinde öncelikli hedefin, ahlaki ikilemlerle karşı karşıya kalınacak kazaların önüne geçmek olması gerekmektedir. “*Kimin kurtarılacağı*” gibi etik kararlar mühendislik sürecinde dikkate alınmakla birlikte, bu tür durumların ortaya çıkma ihtimalini minimize etmek için teknolojinin ve güvenlik önlemlerinin geliştirilmesinin esas odak noktasıdır. Dolayısıyla, asıl amacın, kazaların tamamen önlenmeye çalışılması ve bu tür zorlayıcı etik kararlarla karşılaşmayı minimize etmek olması gerektiği hususunda şüphe bulunmamaktadır¹⁵².

Türk hukukunda ise “*Tam Otonom Araçların Otonom Sürüş Sistemine İlişkin Motorlu Araçların Tip Onayı Hakkında Yönetmelik*” m. 4, f. 2 uyarınca “Performans Şartları” başlığı altında yer verilen bazı hükümler, otonom araçların karşılaşabileceği etik ikilem durumlarında üreticinin uyması gereken tasarım yükümlülüğünü ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede, Ek-2'nin 1.1.2. ç bendi uyarınca, otonom sürüş sistemlerinin (ADS) en yüksek önceliği insan hayatının korunmasına verecek şekilde uyarlanması gerekmektedir. 2.1.1.1. numaralı bent ise, insan yaşamını tehdit eden kaçınılmaz bir riskin ortaya çıkması halinde, ADS'nin bireylerin kişisel özelliklerine (örneğin yaş, cinsiyet, sağlık durumu gibi niteliklere) dayalı herhangi bir değerlendirme yapamayacağını hükme bağlamaktadır. Buna paralel olarak, 2.1.1.2. numaralı düzenlemede, otonom sürüş sistemlerinin araç içinde bulunan bireylerin yaşamlarına, araç dışındaki bireylerin yaşamları karşısında üstünlük tanıyamayacağını açıkça ifade etmektedir.

¹⁵¹ Gerhard Wagner, ‘Produkthaftung für autonome Systeme’ (2017) 217 AcP 707, 741-742; Tatjana Hörnle ve Wolfgang Wohlers, “The Trolley Problem Reloaded, Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?”, GA 2018 12, 20-21.

¹⁵² Mercedes-Benz'in sürücü destek sistemleri ve aktif güvenlik yöneticisi Christoph von Hugo'nun, “*Kimin kurtarılacağına dair bu ahlaki soru: Mühendislik çalışmalarımızın yüzde 99'u bu durumların hiç yaşanmamasını sağlamak içindir.*” şeklindeki sözü de benzer esastan hareket etmektedir. <<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025.

Bahse konu hükümler, insan hayatının mutlak önceliğine ve kişisel özelliklere dayalı ayrımcılığın önlenmesine yönelik normatif bir çerçeve sunmaktadır. Bununla birlikte, bu düzenlemelerin, gerçek hayatta ortaya çıkabilecek çok katmanlı ve karmaşık etik ikilemlerin çözümüne dair yeterli yönlendirmeyi sağlamadığı da göz ardı edilmemelidir.

Özellikle, birden fazla insan hayatının tehlikede olduğu veya çeşitli zarar derecelerinin söz konusu olduğu senaryolarda, otonom sürüş sistemlerinin nasıl bir tercih yapması gerektiği konusunda yönetmelik açık bir yöntem sunmamaktadır. Örneğin, az sayıda kişinin hayatını kurtarmak ile daha çok sayıda kişinin ciddi şekilde yaralanmasını önlemek arasında yapılacak seçimlerde hangi ilkenin öncelikleneceği belirsizdir. Bu durum, otonom sürüş sistemlerinde karar algoritmalarının geliştirilmesinde uygulayıcılar için ciddi zorluklar yaratabilir.

Bu nedenle, önümüzdeki dönemde yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki hususların dikkate alınması yerinde olacaktır:

Karar verme algoritmalarının şeffaflığı: Otonom sürüş sistemlerinin, hangi etik ilkeler temelinde karar verdiğini açık ve denetlenebilir bir biçimde belgeleyen mekanizmalar geliştirilmelidir.

Çoklu hayat değerlendirme konusunda yol gösterici ilkeler: Belirli durumlarda zarar azaltma prensiplerinin mi, eşit hayat değeri prensibinin mi öncelikleneceği konusunda daha somut kriterler getirilmelidir.

Toplum temelli etik standartlar: Otonom sürüş sistemlerinin karar verme süreçlerinin, farklı toplumların etik değerlerini ve beklentilerini dikkate alacak şekilde uyarlanmasına imkân sağlayacak esnek modeller tasarlanmalıdır.

Sürekli güncelleme ve denetim mekanizmaları: Gerçek hayat deneyimlerinden elde edilecek veriler ışığında etik karar algoritmalarının sürekli gözden geçirilmesini ve güncellenmesini sağlayacak mevzuatsal çerçeveler oluşturulmalıdır.

Sonuç olarak, mevcut düzenleme etik temelli bir başlangıç noktası sunmakla birlikte, teknolojinin hızlı evrimi ve gerçek hayat senaryolarının çeşitliliği dikkate alındığında, etik karar süreçlerinin daha ayrıntılı ve esnek bir şekilde düzenlenmesi, otonom araçların toplumsal kabulünü ve hukuki güvenliğini güçlendirecektir.

Otonom araç mühendisliğinde öncelikli hedefin, ahlaki ikilemlerle karşı karşıya kalınacak kazaların önüne geçmek olması gerekmektedir. “*Kimin kurtarılacığı*” gibi etik kararlar mühendislik sürecinde dikkate alınmakla birlikte, bu tür durumların ortaya çıkma ihtimalini minimize etmek için teknolojinin ve güvenlik önlemlerinin geliştirilmesi esas odak noktasıdır. Dolayısıyla, *asıl amacın*, kazaların tamamen önlenmeye çalışılması ve bu tür zorlayıcı etik kararlarla karşılaşmayı minimize edilmesi gerektiği hususunda şüphe bulunmamaktadır¹⁵³.

¹⁵³ Mercedes-Benz’in sürücü destek sistemleri ve aktif güvenlik yöneticisi Christoph von Hugo’nun, “*Kimin kurtarılacığına dair bu ahlaki soru: Mühendislik çalışmalarımızın yüzde 99’u bu durumların*

KAYNAKÇA

Abdul Hamid U Z ve Mehndiratta M, ‘Adopting Aviation Safety Knowledge into the Discussions of Safe Implementation of Connected and Autonomous Road Vehicles’ (2021) *SAE Technical Papers* (SAE WCX Digital Summit)

Altunyaldız Z, Legal Aspects of “Autonomous” Vehicles Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary Assembly

Awad E ve diğerleri, ‘The Moral Machine Experiment’ (2018), 1-91, <<https://core.ac.uk/download/pdf/231922494.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.01.2025

Barringer K L, ‘Code Bound and Down A Long Way to Go and Short Time to Get There: Autonomous Vehicle Legislation in Illinois’ (2013) 38(1) *Southern Illinois University Law Journal*, 121-142

BAST, Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Fahrzeugtechnik Heft F 83

Bayındır S, ‘Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi’ (2021) 7(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 383-410

Beiker S A, ‘Legal Aspects of Autonomous Driving’ (2012) 52(4) *Santa Clara Law Review*, 1145-1156

Bonnemains V ve Saurel C ve Tessier C, ‘Embedded Ethics: Some Technical and Ethical Challenges’ (2018) *Ethics and Information Technology*, 1-34

Carr N K, ‘As The Role of the Driver Changes With Autonomous Vehicle Technology, So, Too, Must the Law Change’ (2019) *St. Mary’s Law Journal*, 817-843.

Çekin M S, ‘Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk’ (2018) 33, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 283-345

Ebers M, Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung (*Autonomes Fahren - Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, 2017), 93-125

Ensthaler J ve Gollrad M, *Rechtsgrundlagen des automatisierten Fahrens: Standardessentielle Patente und Fahrzeugvernetzung, Zulässigkeit und Zulassung, Haftungsrecht, Datenschutz, Datensicherheit und Datenhoheit*, InTeR – Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (Berlin 2019)

Foot P, ‘The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect’ (1967) 5 *Oxford Review*, 1-6

hiç yaşanmamasını sağlamak içindir.” şeklindeki sözü de benzer esasan hareket etmektedir.
<<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025.

Gasser T M, 'Rechtsfolgen Zunehmender Fahrzeugautomatisierung' (2012) *Berichte der Bundesanstalt für Strassenwesen (BASt)*

Gomille C, 'Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge' (2016) 71(2) *JuristenZeitung*, 76-82

Gurney J K, 'Crashing Into The Unknown: An Examination Of Crash-Optimization Algorithms Through The Two Lanes Of Ethics And Law' (2016) 79 *Albany Law Review*, 183-267

Hey T, Die Außervertragliche Haftung des Herstellers Autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, *Springer Gabler*, Wiesbaden (2018)

Hilgendorf E, 'The Dilemma of Autonomous Driving: Reflections on the Moral and Legal Treatment of Automatic Collision Avoidance Systems' in Eric Hilgendorf/Jochen Feldle (Hg.), *Digitization and the law*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Robotik und Recht 15, 2018, 57-89

Himmelreich J, 'Never Mind the Trolley: The Ethics of Autonomous Vehicles in Mundane Situations', 1-19

Hörnle T ve Wohlers W, 'The Trolley Problem Reloaded, Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?', *GA*, (2018), 12-34

Kupferschmied B D, 'Autonome Fahrzeuge - Die Haftung im Strassenverkehr der Zukunft' (2015) *HAVE*, 356-366

Lim H S M ve Taeihagh A, 'Algorithmic Decision-Making in AVs: Understanding Ethical and Technical Concerns for Smart Cities' (2019) 11(20) *Sustainability*, 1-28.

Lin P, 'Why Ethics Matters for Autonomous Cars' in *Autonomous Driving: Technical, Legal and Social Aspects* (Springer, Berlin/Heidelberg 2016), 69-85.

Lohmann M F, 'Mobilität von Morgen – Die Zulässigkeit Automatisierter Fahrzeuge im Ländervergleich' (2021) *AJP*, 617-627

Okur S, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk- Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, Ankara: Adalet Yayınevi (2021)

Özkan S, Otonom Sürüşte Sorumluluk Halinden Doğan Sorumluluk, Doktora Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (2024)

Pekmez C, 'Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi' (2019) 77(1) *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 153-184



Probst T, 'Die Benutzung (teil)autonomer Motorfahrzeuge im Strassenverkehr aus Haftpflichtrechtlicher Sicht/I.-V.' in Thomas Probst and Franz Werro (eds), *Strassenverkehrsrechts-Tagung* 21.- 22. Juni 2016 (Schulthess 2016), 1-83

Sütfeld, L R ve Gast R ve König P ve Pipa G, 'Using Virtual Reality to Assess Ethical Decisions in Road Traffic Scenarios: Applicability of Value-of-Life-Based Models and Influences of Time Pressure' (2017) *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 1-13

Thomson J J, 'The Trolley Problem' (1985) 94, *Yale Law Journal*, 1395-1415

Wagner G, 'Produkthaftung für autonome Systeme' (2017) 217 *AcP*, 707-765

YAZICI A N M, *Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi (2023)

İnternet Kaynakları

Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025

Allgemeiner Deutscher Automobil-Club, <<https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/grundlagen/autonomes-fahren-5-stufen/>> Son Erişim Tarihi: 17.02.2025

BAST, Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Fahrzeugtechnik Heft F 83, 31, Tablo 1, <<https://bast.opus.hbz-nrw.de/opus45-bast/frontdoor/deliver/index/docId/541/file/F83.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.01.2025

Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV), <<https://bmdv.bund.de/DE/Home/home.html>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025.

BMVI, Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren, Bericht, Haziran 2017, (Ethik-Kommission), <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile> Son Erişim Tarihi: 02.01.2025

Boudette N E, 'Tesla's Autopilot Technology Faces Fresh Scrutiny' *The New York Times*, <<https://www.nytimes.com/2021/03/23/business/teslas-autopilot-safety-investigations.html>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025

Bundesanstalt für Straßenwesen, <https://www.bast.de/DE/Home/home_node.html> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025

<<https://www.caranddriver.com/news/a15344706/self-driving-mercedes-will-prioritize-occupant-safety-over-pedestrians/>> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025



Deutsches Patent- und Markenamt, <<https://www.dpma.de/dpma/veroeffentlichungen/hintergrund/autonomesfahren/autonomesfahrenrechtethikteil2/index.html#:~:text=Eine%20Aufrechnung%20von%20Opfern%20ist,Beteiligten%20d%C3%BCrfen%20Unbeteiligte%20nicht%20opfern.>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025

National Highway Traffic Safety Administration, Preliminary Statement of Policy Concerning Automated vehicles, <https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/automated_vehicles_policy.pdf> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025

SAE, Chart, <<https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025

SAE International, <<https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-a-utomated-driving-graphic>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025

SAE International, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025

SAE, Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles J3016_202104, <https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025

Straßenverkehrsgesetz, StVG- Straßenverkehrsgesetz> Son Erişim Tarihi: 08.01.2025

Tesla Motors, Model S Owner's Manual, <<https://www.tesla.com/ownersmanual>> Son Erişim Tarihi: 11.01.2025

Verband der Automobilindustrie, <<https://www.vda.de/de>> Son Erişim Tarihi: 09.01.2025

Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Self-driving_car#cite_note-56> Son Erişim Tarihi: 10.01.2025

Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Trolley_problem> Son Erişim Tarihi: 03.01.2025

