



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

31

YIL:8, SAYI:31, TEMMUZ 2017

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/DESIGN**

Menekşe ÖRME - Seldağ BABACAN

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

### YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.

## DANIŞMA KURULU\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Aşve Füsun ARSAVA  
Prof. Dr. Aşve NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ  
Prof. Dr. Kadir ARICI  
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. Sühâ TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENTS

<b>Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA.....</b>	<b>1</b>
AB Temel Haklarının Üye Devletler Arasında Korunması <i>The Protection of EU Fundamental Rights Among the EU Member States</i>	
<b>Prof. Dr. Ersan ÖZ, Arş. Gör. Ersin YAVUZ, Arş. Gör. Fatih AKÇAY.....</b>	<b>27</b>
Ölüm Vakalarının Türkiye'de Vergisel Açıdan Doğurduğu Hukuki Sonuçlar <i>Judicial Results Endangered by Death Cases in Turkey from A Taxaitional Perspective</i>	
<b>Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI.....</b>	<b>47</b>
Pişmanlık ve Islah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu <i>The Position Of The Tax Evasion Crime Actions Vis-a-vis Repentance Provisions</i>	
<b>Prof. Dr. M. Akif ÖZER.....</b>	<b>65</b>
Avrupa Ombudsmanı ve Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu: Mukayeseli Bir İnceleme <i>European Ombudsman and Turkish Ombudsman Institution: Comparative Analysis</i>	
<b>Prof. Dr. Muharrem KILIÇ.....</b>	<b>97</b>
Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması <i>The Problematization of Legal Education from the Perspective of Legal Realism</i>	
<b>Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA, Arş. Gör. Asuman İNCE TUNÇER.....</b>	<b>113</b>
Ceza Muhakemesinde Hükme İlişkin Müzakere ve Oylama <i>Negotiation and Voting Relating to Judgment in Criminal Procedure Low</i>	
<b>Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER.....</b>	<b>141</b>
Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Birleşik Krallık (İngiltere) Hukukunda Bilişim Suçları Mevzuatı ve Uygulaması <i>The Cybercrime Law and Its Practice in United Kingdom Within the Context of Comperative Law</i>	

<b>Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK.....</b>	<b>259</b>
Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi <i>Judicial Activism Discussions in the West and Turkey Sample and Issue of Whether Judicial Activism is a Good Atitude Or Not</i>	
<b>Yrd. Doç. Berat Lale AKKUTAY.....</b>	<b>315</b>
Uluslararası Hukukta Sivil Ve Devlet Hava Aracı Ayrımı <i>The Distinction Between Civil And State Aircraft Under International Law</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN.....</b>	<b>349</b>
İsviçre Hukuku'ndaki Değişiklikler Işığında Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlının Mirasbırakan Sıfatıyla Miras Sözleşmesi Yapabilmesine İlişkin Düşünceler <i>In The Light of the Changes to the Swiss Law Considerations on the Ward Who Has Power of Discernmentand His Ability to Draw up an Inheritance Contractas Legator</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ.....</b>	<b>371</b>
Ticari Sırların Ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti <i>Tax Confidentiality Within The Context Of Trade Secret And The Protection Of Personal Data</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Ümmühan Elçin ERTUĞRUL.....</b>	<b>411</b>
Hoshinmaru Davası; Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinde Gemi Ve Mürettebatın Gecikmesizin Serbest Bırakılması <i>The Hoshinmaru Case; The Prompt Release Of Vessels And Crews In The International Tribunal For The Law Of Sea</i>	
<b>Süleyman ÖZAR, Dr. Hakan A. YAVUZ.....</b>	<b>441</b>
Avrupa'nın Terörle İmtihanı: Yabancı Terörist Savaşçılarla Mücadele Bağlamında Fransa ve Hollanda Tecrübesi <i>The Ordeal Of Europe With Terrorism: Experiences of France and the Netherlands in the context of Countering Foreign Terrorist Fighters</i>	

<b>Dr. Hasan DURSUN.....</b>	<b>469</b>
Fransa'da İdari Suç Ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması <i>The Application Of Legality Principle On Administrative Crime And Punishments In France</i>	
<b>Dr. Seyfettin KARA.....</b>	<b>517</b>
Hukumumuzda Anayasa Değişikliği Teklifinin İvedilikle Görüşülmesi Yasağı Ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında İncelenmesi <i>Prohibition On Urgent Assembly Meetings For Discussions Regarding Constitutional Amendment Proposals Under Turkish Law</i>	
<b>Dr. Yasin SÖYLER.....</b>	<b>533</b>
İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi <i>Substitution of Grounds In The Administrative Jurisdiction Procedure Law</i>	
<b>Öğ. Gör. Muhterem DİLBİRLİĞİ.....</b>	<b>567</b>
Alman Mahkeme Kararlarındaki Mehir'in Değerlendirilmesi <i>Bewertung der Brautgabe in den deutschen Rechtsprechungen</i>	
<b>Arş. Gör. Esra ATA.....</b>	<b>591</b>
Uluslararası Hukukta Yabancı Devlet Başkanlarının Haysiyetinin Korunması <i>The Protection of the Dignity of Foreign Head of State in International Law</i>	
<b>Arş. Gör. Hikmet BİLGİN.....</b>	<b>619</b>
6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış <i>Ein Überblick auf dem Gesetz über den Pfand an beweglichen Sachen bei den Handelsgeschäften mit der Nummer 6750 in Hinsicht auf Vollstreckungs- und Konkursrecht</i>	
<b>Arş. Gör. Recep ÇAKRAK.....</b>	<b>659</b>
Kompetenz-Kompetenz Prensipli <i>Kompetenz-Kompetenz Principle</i>	

<b>Arş. Gör. Şeyma YURDUSEVEN.....</b>	<b>669</b>
6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu İle Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem	
<i>A New Era In Turkish Design Law With Industrial Property Law Numbered 6769</i>	
<b>Arş. Gör. Yasin AYDOĞDU.....</b>	<b>691</b>
Güney Kore’de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler	
<i>Examinations on the Government System of South Korean</i>	
<b>Arş. Gör. Yeşim YILMAZ.....</b>	<b>721</b>
Avrupa Birliği Ceza Hukukunda Organize Suçlulukla Mücadele	
<i>Fight Against Organized Crime in the European Union Criminal Law</i>	
<b>Nuray KOVANCI.....</b>	<b>769</b>
Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi	
<i>Noncompetition Contract In Turkish Labour Law</i>	
<b>Av. Özlem ÖNER.....</b>	<b>801</b>
Viyana Satım Sözleşmesi’nin Uygulanma Alanı, Yorumlanması ve Bağlayıcılığı	
<i>Scope Of Application, Interpretation And Bindingness Of Vienna Sales Convention</i>	



*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# AB TEMEL HAKLARININ ÜYE DEVLETLER ARASINDA KORUNMASI

*The Protection of EU Fundamental Rights Among the EU Member States*

**Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 12.12.2016 Kabul Tarihi: 08.06.2017

## ÖZET

Temel hakların korunması AB'nin kimliğinin dayanağını oluşturmaktadır. Bununla beraber üye devletlerin kendi ulusal kimliklerini koruması Birlik anlaşmasının anayasa hukuku nitelikli hükümleri ve ulusal anayasa düzenlemeleri arasında farklılıklara yol açmaktadır. Temel hakların korunması Birliğin kimliğinin dayanağını oluşturması nedeniyle temel haklar söz konusu farklılıkların giderilmesinde önemli bir işleve sahiptir. AİHM'nin Soering kararından ve G.S.S. davasından esinlenen AB Adalet Divanı "Horizontal Solange" olarak isimlendirilen yeni bir yaklaşımla AB üyesi devletlerin diğer üye devletlerin temel hak ihlallerinden sorumlu tutulmasını kabul etmiştir. Makale "Horizontal Solange" prensibine göre üye devletlerin birbirine karşı denetim yetkisi kullanma kriterelerine ve bu çerçevedeki gelişmelere ışık tutmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Temel haklar hiyerarşisi, AB Temel Haklar Şartı, AİHK, periferik temel haklar, merkezi temel haklar.

## ABSTRACT

The protection of fundamental rights constitutes the basis of the EU identity. At the same time that the member states protect their national identities leads to differences between constitutional provisions of the Union Treaty and national constitutions. The fundamental rights have an important role in addressing these differences because the protection of fundamental rights is the basis of EU's identity. The European Court of Justice that was inspired by the ECHR's Soering decision and G.S.S. Case ruled that the member states have obligation to watch over each other's observance of EU fundamental rights. This article sheds light on the criteria for member states' obligation to monitor compliance with EU fundamental rights law with the term "Horizontal Solange" and developments in this framework.

**Keywords:** Fundamental rights hierarchy, EU Charter of Fundamental Rights, ECHR, peripheral fundamental rights, central fundamental rights.

## GİRİŞ

AB'nin başarısı ağırlıklı olarak sürekli olarak barışı, mütecanisliği, hak ve kadın erkek arasında eşitliği ve özgürlükleri temin etmesi ve üye devletler arasında ortak değerlerin korunmasına matuf olarak birlikteliği ve dayanışmayı sağlaması bağlamında vurgulanmaktadır<sup>2</sup>. AB'nin günümüzde genişlemesi paralelinde ortak prensip ve değerlere istinat eden Topluluğa çok farklı devletlerin başarılı transformasyonu söz konusu olmaktadır. Bununla beraber üye devletlerin kendi ulusal kimliklerini korumakta ısrarlı oldukları

<sup>1</sup> Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, e-mail: mahmutarsava@hotmail.com

<sup>2</sup> AB anl. md.2, 6; AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki anl. md. 67, fık.2

görülmektedir<sup>3</sup>. Bu nedenle Birlik anlaşmasının anayasa hukuku nitelikli hükümlerinde hedeflenen esaslarla üye devletlerin istinat ettikleri esaslar arasındaki boşluk devam etmektedir. Bu boşluk esas olarak Birlik içinde halen mevcut olan sosyal, ideolojik, ekonomik ve siyasi farklılıklardan ileri gelmektedir. Temel hakların himayesi Birliğin kimliğinin dayanağını oluşturması nedeniyle temel haklar söz konusu boşluğun doldurulmasında ve Birlik ve üye devletler arasında rakip yetki iddialarının ortadan kaldırılmasında en önemli role sahiptir<sup>4</sup>.

AB Divanı tarafından yetki alanları arasında özü ve kurumsal boyutu itibariyle mevcut rekabeti ortadan kaldırmaya matuf olarak bu çerçevede yapılan tercih çok sert eleştirilere muhatap olmuştur. AB Divanına Birlik yanlısı bir yaklaşım sergilediği ve Birlik yetkilerini üye devletler aleyhine genişlettiği ve kendisine AB bünyesinde hiyerarşik üst karar organı rolü verdiği eleştirileri yapılmaktadır. Yeni içtihatların gösterdiği gibi<sup>5</sup> AB Divanı Birliğin anayasa mahkemesi olma yolunda bir tutum alarak temel hak teminatı sunmaya başlamıştır. AB Divanının bu rolü oynamasının daha geniş yetkileri gerektirmesinden hareketle öneriler yapılmaktadır. Bu çerçevede AB Divanının Solange kararının tersine bir doktrin yaratmasının üye devletlerin Avrupa temel hakları muvacehesinde denetime tâbi tutulması kaydıyla mümkün olabileceğine, bunun ise Divanın yeni yetkiler elde etmesine bağlı olduğuna işaret edilmektedir<sup>6</sup>.

AB Divanının gerçekten Solange doktrininden dönüş yapıp yapmayacağını zaman gösterecektir. Divan bu çerçevede şimdiye kadar Avrupa anayasa mahkemesi olma yolunda, Nis davasında verilen kararın ortaya koyduğu gibi<sup>7</sup> henüz açık bir adım atmamıştır. Divan, mülteci adayının insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye maruz kalma riski bulunması halinde Dublin II tüzüğü muvacehesinde mülteci prosedüründe ve kabul koşullarında sistematik aksaklıklar bulursa dahi mülteci başvurusunu bir üye devletin diğer bir üye devlete göndermesini uygun bulmamıştır<sup>8</sup>. Söz konusu tüzük 3.devletlerden gelen mülteci başvurularında öngörülen kriter ve prosedür uygulamaları bakımından hangi üye devletin yetkili olduğunu düzenlemektedir. Tüzük, giriş yapılan ilk üye devletin bu çerçevede yetkili olduğunu kabul etse de, Divan İngiltere'nin mülteci başvurusunun değerlendirilmesi için başvurunun

---

<sup>3</sup> AB anl. md.4, fık.2

<sup>4</sup> Steve Peer/Angela Ward (Hrsg.),The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy, 2004

<sup>5</sup> Kadı kararı için bkzn.: EuGH Rs. P und C-402/05 P Slg.2008, I-6351 – Kadı v. Council and Commission

<sup>6</sup> bkzn.: Armin von Bogdandy/Matthias Kottmann/Carlino Antpöhler/ Johan.Dickchen/ Simon Hentrei/ Maya Smarkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012), s. 489

<sup>7</sup> bkzn.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10, Slg.2011

<sup>8</sup> Dublin II tüzüğü için bkzn.: (EC) Nr. 343/2003

Yunanistan'a gönderilmesi kararını AB Temel Haklar Şartı'nın insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi yasaklayan hükümlerinin ihlâl edileceğinden hareketle kabul etmemiştir. AB hukuku üye devletlerin Avrupa temel haklarına saygı gösterecekleri varsayımından hareketle üye devletler arasında işbirliği öngören bir hukuki yapı inşa etmiştir. Şayet üye devletlerden birinde Avrupa temel haklarının sistematik ihlâlüne ilişkin kanıtlar varsa, diğer üye devletler bu üye devletle işbirliği ilişkisini kesecektir ve bu çerçevedeki bağlayıcı hukuk kurallarını uygulama dışı bırakacaktır. Yatay Solange prensibi olarak nitelendirilen bu yaklaşım AB Divanına yetki taksimi konusunda anlaşmalarda öngörülen düzenlemelerin devre dışı bırakılmasına izin vermektedir.

İkinci aşama olarak Divan ulusal mahkemelerin diğer üye devletlerin Avrupa temel hak standardına riayetini denetleyip denetlemediklerini karara bağlayacaktır. Yatay Solange prensibi Divana Avrupa normlar piramidinin Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hakların sistematik olarak önemli şekilde ihlâl edilmesi halinde üye devletlerin AB düzenlemelerinden doğan mükellefiyetlerini yerine getirilmemesini kabul etmektedir. Horizontal Solange prensibi Divana AB temel haklarının hamisi statüsü vermektedir. AİHM'nin Soering kararından<sup>9</sup> ve yeni bir dava olan M.S.S.<sup>10</sup> davasından esinlenen AB Divanı horizontal Solange yaklaşımı ile bir üye devletin diğer bir üye devletin temel hak ihlâllerinden sorumlu tutulabilmesini olanak dahiline sokmuştur. Divan bu şekilde üye devletler arasında olması gereken güven ve inancın kapsamı konusunda düşünmeye vesile yaratmıştır. CILFIT kararı nedeni ile horizontal Solange prensibi önemli kurumsal sonuçlar doğurmaktadır. CILFIT kararı Divana ulusal mahkemeleri diğer üye devletlerin mahkemelerini denetleme yetkisiyle donatılmasına izin verirken, Divan bu yetkiler bağlamında nihai merci statüsünü korumaktadır. Karar aynı şekilde Divana farklı Avrupa temel haklar sisteminin birbirleriyle tam olarak entegre edilmiş yargı ağı üzerinden bir diyalog platformu ve Avrupa yasamasının şekilleneceği bir çerçeveye oluşturma olanağı vermektedir.

### **DİREKTİFLER: TAKDİR HAKKI ALANI DOKTRİNİ**

Avrupa temel haklarının gerçek hamisi olma yolunda AB Divanının daima ortak pazarın tesisinden ve 4 özgürlüğün gerçekleştirilmesinden söz etmesine karşın, sadece sözde temel haklara himaye sağladığı ve genel retorik hukuk prensiplerine Birlik hukuk sisteminde yer verdiği eleştirisi yapılmaktadır<sup>11</sup>. Divanın kendisini bu ithamlara karşı savunmasına rağmen temel haklara ilişkin

---

<sup>9</sup> Soering v. United Kingdom, 161 EuR. Ct.H.R. (Ser.A), (1989)

<sup>10</sup> bkz.: Violeta Moreno-Lax, Dismantling the Dublin System; M.S.S. v. Belgium and Greece, European Journal on Migration Law 14 (2012)

<sup>11</sup> Jason Coppel/Aidan O'Neill, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CMLRev.29 (1992), Issue 4, s.669-692

bu negatif algı devam etmektedir. Herşeyden önce Divan şimdiye kadar hiçbir sekonder hukuk düzenlemesini -özellikle direktif ve tüzüğü temel hakları ihlâl etmesi nedeni ile iptal etmemiştir<sup>12</sup>. Bu nedenle temel hakları korumak yerine Divanın Avrupa tasarruflarına dokunmama ve Topluluk yetkilerini genişletme politikası uyguladığı eleştirisi dile getirilmektedir. Diğer taraftan üye devletlerin kendi yetki alanlarına giren konulara ilişkin Avrupa temel haklarının ihlâli durumlarının Divanın yargı denetimi dışında kaldığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Divan yeni yeni bu eleştirilerle ve ithamlarla meşgul olmaya başlamıştır. Divan tüzüklerin temel haklarla uyumlu yorumlanması gerektiği yolundaki kararını tekrar ederken, Temel Haklar Şartı'nın ihlâline rağmen tüzüğe uyulacağını karara bağlaması, üye devletlerin tüzükleri temel haklara uygun yorumlama mükellefiyetini sona erdirmeyeceği varsayımına yol açmıştır<sup>13</sup>. Divan verdiği kararla AB tüzüklerinin etkisini ve onların otomatik olarak icrasını durdurmamak yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Divan horizontal Solange prensibi çerçevesinde bir enstrüman geliştirerek üye devletlerin Avrupa temel haklarına bağlılığına ilişkin içtihatının sınırlarını açıkça genişletmiştir. Bu durum ilk bakışta Divanın üye devletlerin sekonder hukuku temel haklarla çatışan şekilde yorumlamalarına izin vermeyen bilinen mevcut içtihatlarının teyidi olarak düşünülmektedir. Ancak daha yakın bir inceleme, Divanın istinat ettiği hemen hemen bütün emsal davalarda direktiflerle iştigal ettiğini, istisnasız olarak tüzüklerle iştigal etmediğini göstermektedir<sup>14</sup>.

Divanın üye devletlerin icrasını gerektiren – prensip olarak direktifler söz konusu olmakla beraber, üye devletlerin idari mercilerine takdir hakkını kullanma olanağı bırakan tüzükler bakımından – sekonder hukukla bağlantılı temel hak teminatına ilişkin içtihatları entelektüel bir anlam taşımaktadır. Sekonder hukukun kendine özgü özelliği nedeniyle Divan doğrudan bir ulusal yargı denetimini önlemeyi başarmıştır. Yaratıcı ve iddialı bir yöntemle tasarrufun icrasının Avrupa temel haklar standardına uygun gerçekleştirilmesi konusunda üye devletlere yükümlülük getirildiği, aksi takdirde ulusal tasarrufun AB hukukunu ihlâl edeceği kabul edilmektedir. Tasarrufun icrasının Avrupa temel haklarına uygun olması kuralına istinaden üye devletler Avrupa temel haklarına uygun icra önlemleri almakla mükellef olmaktadır. Bu önlemler çoğu kez sekonder hukukun temel hak yanlısı yorumunu aşmaktadır. Divan üye devletlerin takdir alanını onların takdir olanağını daraltarak belirlemiştir. Bu

---

<sup>12</sup> krş.t.: EuGH Rs. C-236/09, Slg.2011, I-773, Rn.32-33-Test-Achats; EuGH Rs. C-92 ve 93/09, Slg. 2010, I-11063-Schecke

<sup>13</sup> bkz.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10 Slg. 2011; Maarten den Heijer, Case Note, CML Rev. 49 (2012), Issue 5, s.1735 vd.

<sup>14</sup> bkz.: EuGH Rs. C-101/01, Slg.2003, I-12971, Rn.87; Lindqvist und EuGH C-305/05, Slg.2007, I-5305, Rn.28



şekilde üye devletlere Avrupa Birliği sekonder hukukunun geçerliliğini riske atmama yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi halde Avrupa temel haklarının ihlâli nedeniyle icra tasarruflarının iptali gündeme gelebilmektedir. Bu şekilde Divanın hedeflediği Avrupa temel haklarının bekçisi olarak algılanmasının temini yanısıra, Birlik politikalarına ilişkin sekonder hukuk tasarruflarının iptali de önlenmektedir.

Bu yöntemin ancak doğrudan etki gösteren ve üye devletlerin icra önlemlerini gerektirmeyen tüzükler bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle de eleştiriler devam etmektedir. Divana temel hakları ciddiye alma iradesine sahip olmadığı, uygun bir fırsatta tüzükleri temel hakları ihlâl ettiği gerekçesi ile iptal etmesi gerekebileceği yolunda görüşler ileri sürülmektedir<sup>15</sup>. Kadı davası Divanın terörle mücadele alanında baktığı ilk davadır. Bu davada Divan temel hak ihlâli gerekçesi ile tüzüğü iptal etmiştir<sup>16</sup>. Mahkeme kararlarının çok çeşitli argümanlara istinat etmesine rağmen Kadı kararından sonra da Divana temel hakların gerçek bekçisi sıfatı verilmemiştir. Davanın kendine özgü durumu nedeniyle – BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu düzenleyen AB tüzüğünün iptali – bu çerçevede Divanın ana hareket noktasının kurumsal olup olmadığı konusunun, diğer bir ifade ile AB'nin muhtariyetinin dış güçlerin müdahalesine karşı korunması konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>17</sup>. Divan verdiği kararda bir dizi temel insan haklarının ağır olarak ihlâl edildiğini kabul etmekle beraber tüzüğün geçersizlik ilanının doğrudan etkisini ertelemiş ve Topluluk kurumsal yapısına temel hak ihlâllerini ortadan kaldırması için yeni bir şans tanımıştır; terör sanıklarının mal varlıklarının dondurulmasına ilişkin Avrupa önlemleri ise en azından geçici olarak yürürlükte kalmıştır.

Kadı davasını bir dizi başka dava takip etmiştir. Bu davalarda gerek ilk derece mahkemesi (şimdi AB Mahkemesi), gerekse AB Divanı terör sanıklarına ilişkin bir dizi tüzüğü temel hak ihlâli gerekçesi ile iptal etmiştir. Bu tüzükler spesifik olarak terörle mücadeleye ve “smart sanctions”a ilişkindir<sup>18</sup>. Bu tüzüklerin terör sanıklarına ilişkin bir dizi kararı biraraya getirdiğini göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu tüzüklerin belli kişiler için ihdas edilmiş olması onların iptaline esas olmuştur.

---

<sup>15</sup> bknz.: Andrew William, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, 2004

<sup>16</sup> bknz.: EuGH Rs. C-402/05 P Slg.2008, I-6351- Kadi v. Council and Commission

<sup>17</sup> Joseph Halevi HorowitzWeiler, Editorial – Kadi: Europe’s Modelling?, EJIL 19 (2008), 895

<sup>18</sup> Panagiotis Takis Tridimas/Gabriel Gari, Winners and Losers in Luxembourg: A statistical Analysis of judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance (2001- 2005), E.L.Rev. 35 (2010), s.134

## TÜZÜKLERİN İPTALİ: BOŞLUĞUN ORTADAN KALDIRILMASI

N.S. davasında Divanın ilk kez daha önceden direktifler için uyguladığı horizontal Solange yöntemini tüzükler için uyguladığı görülmektedir. Divan üye devletler arasında bağlayıcı bir işbirliği modeli öngördüğü tüzükler için horizontal Solange yöntemini kabul ederken, önemli siyasi kararların otonom olarak alındığı durumlarda devletleri serbest bırakmıştır. Bunlar AB uygulamalarının üye devlet politikalarının yerine geçmeyip, üye devletlerle işbirliği yapılan karmaşık konulara ilişkindir. Bu nedenle örneğin, üye devletler arasında ortak Avrupa mülteci politikası çerçevesinde gerçekleştirilen işbirliği mülteci başvuruları çerçevesinde üye devletler tarafından uygulanan politikaya esas olan kriterlerin harmonize edilmesine yol açmamıştır. Ortak Avrupa mülteci sistemi sadece üye devletler arasında hangi üye devlet tarafından mülteci başvurusunun değerlendirileceği konusunda işbirliğini düzenlemektedir. Sistem bunun dışında mülteci başvurusunda değerlendirme ve mülteci kamplarında yaşama koşullarını kararlaştırma yetki ve sorumluluğunu ulusal hukuk muvacehesinde üye devletlere bırakmaktadır<sup>19</sup>. Bununla beraber ortak Avrupa mülteci sisteminin başarı kazanması adalet ve içişlerinin diğer alanları gibi – Avrupa tutuklama emri ve Avrupa uluslararası özel hukuk alanı - sadece üye devletlerin kendi yetki alanlarındaki yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmeleri halinde söz konusu olabilir.

Direktiflerden ve takdir alanı bırakan tüzüklere ilişkin argümanlardan farklı olarak N.S. davasında Divan bu tür tüzükler bakımından bir üye devletin yetki alanındaki tasarruflarıyla sistematik olarak Avrupa temel haklarını ihlâl etmesi halinde diğer üye devletlerin AB tüzüğü tarafından düzenlenen siyasi işbirliğini durdurmalarını ve mükellefiyetlerini yerine getirmemelerini karara bağlamıştır. Üye devletler primer hukuk teşkil eden Temel Haklar Şartı'nı dikkate almakla mükelleftir. Tüzüklerin otomatik icrasının duruma göre Avrupa temel haklarının ciddi ihlâlüne rıza gösterilmesi anlamını taşıması nedeniyle temel haklara riayet mükellefiyetinin ihlâli ile aynı sonuçlar doğurmaktadır<sup>20</sup>. N.S. davasında Divanın tüzükte yer alan kimi özel hükümler nedeniyle tüzüğü geçersiz ilan etmemesi gerekmiştir. Tüzüğün üye devletlere takdir alanı bırakması nedeniyle istisnai bir durumun söz konusu olduğu kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Bunun sonucu olarak üye devletler ve AB kurumları Dublin II tüzüğünü bağlayıcı kabul etmiştir. Kararda üye devletlerin takdir hakkını kullanmasında temel hak ihlâllerinin tetikleyici

---

<sup>19</sup> Kay Heilbronner, Detention of Asylum Seekers, European Journal of Migration and Law 9 (2007), issue 2, s.160

<sup>20</sup> bkz.: Tequila J.Brooks, Can Frontex be held Liable for Human Rights Violations?, Potential Application of Recent European Case Law to the Activities of an Intergovernmental Agency, www.ssrn.com

<sup>21</sup> Dublin II tüzüğü için bkz.: (EC) Nr.343/2003

rolü açık şekilde dile getirilmemiştir. Karar tüzük tarafından oluşturulan sistemi tümüyle ortadan kaldırmamıştır. Üye devletlere koşullara bağlı olarak yeni yükümlülükler getirilmiştir<sup>22</sup>. Divan bunun ötesinde rezolüsyonun üye devletler tarafından otomatik olarak uygulanma olasılığını reddederek, öngörülen sistemin esas alınarak, AB tüzüğü tarafından transforme edildiğini kabul etmiştir. Hernekadar Divan tüzük hükümlerini geçersiz ilân etmemişse de uygulama alanını bu şekilde açık bir şekilde daraltmıştır.

Tüzükler görüldüğü üzere kendiliğinden geçersiz olmamakla beraber gerek tüzüklerin, gerekse bu tüzüklerden doğan yükümlülüklerin içeriği veya etkisi ortadan kaldırılabilmektedir. Bu sonuçlar topluluk tüzüklerinin ulusal hukuk sistemlerinde otomatik olarak sahip oldukları doğrudan etki ve önceliğe ters düşmektedir. Bir üye devletin bu tür bir kararı de facto AB'nin siyasi amaçlarının ortadan kaldırılması anlamını taşıyabilir. N.S. davasında mültecilere muameleyi düzenleyen özel mekanizma ile AB'nin çıkarlarının by-pass edilmesi kabul edilmiştir.

Tüzükler sistematik temel hak ihlalleri durumunda işbirliği yapılmamasını temin edecek şekilde yorumlanabilecek istisnalar içerebilir. Bu istisnalar açık bir şekilde diğer üye devletlerin temel hak ihlallerine ilişkin olabilir. Bu tür bir spesifik istisna Avrupa tutuklama emri çerçeve kararında bulunmaktadır<sup>23</sup>. Söz konusu çerçeve kararın 1.madde, 3.fıkrası kişilerin temel haklarının ihlâl edilmesi olasılığı durumunda karar verecek üye devlet adli mercileri için kişiyi iade etme mükellefiyeti öngörmemektedir. Bu istisnalara alternatif olarak tüzüklerde zımnen genel istisna düzenlemeleri yer alabilir. Temel hakların tüzüğün dibacesinde yer aldığı durumlarda Divan dibaceyi ciddi temel hak ihlallerinde istisna düzenlemesi olarak arka kapı işlevi ile kullanmaktadır. Divanın horizontal Solange-prensibinin uygulanmasını takdir alanı bırakan normun tüzüğün bir parçası olarak mevcut olmasına bağlı kılmaması kararın problemliliği olarak değerlendirilmektedir.

Divan kararında bir üye devletin temel haklara riayet etmemesi durumunda, diğer devletler bakımından tüzüklerin temel haklara uygun yorum ve uygulama mükellefiyetinin gerçekçi olmayan bir beklenti olduğu sonucuna varmıştır. Divan bir tüzüğün temel haklara riayet konusunda tartışmasız bir kural getirmesi halinde Avrupa temel haklarına tüm taraflarca yeterli saygı gösterilmemesi durumunda çekince olarak tüzüğü uygulama mükellefiyetinden kaçınma hakkının kullanabileceğini kabul etmektedir. Bu

---

<sup>22</sup> Krş.t.: Paul Gragl, The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg's M.S.S. Judgement and its implications for the European Union's Legal Order, European Union's Legal Order, European Yearbook of Human Rights 2012, s.123

<sup>23</sup> 18.7.2002 tarihli çerçeve kararı için bkz.: Official Journal of the European Communities L 190/1

çekince bu tür istisnalara izin vermeyen tüzükler yahut contra legem yorumun kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir. Bu mükellefiyeti ihlâl eden, otomatik olarak tüzük hükümlerini icra eden ve bunun sonucu olarak bireylerin diğer üye devletler tarafından ağır ve sistematik temel hak ihlâllerine uğramalarına neden olan devletler AB hukukunun ihlâli nedeniyle yargılanırlar. Bu şekilde temel haklara mutlak uygunluk beklentisi AB sekonder hukukunun lâfzı sınırlamalarından bağımsız olarak AB hukukunun entegre bir parçası haline geldiği kabul edilmektedir. Bu nedenle temel hakların ihlâli durumunda diğer devletlerin işbirliğinden kaçınmasını üye devletlerin takdirine bırakan tüzüklerin, temel hakların sistematik ihlâlinde işbirliğini zorunlu olarak yasaklayan yaklaşımla okunması gerekmektedir. Temel haklarla bağlantısı olmayan tüzükler bakımından da AB usul hukukuna ve AB temel haklarına özünde uygunluk beklentisi bulunmaktadır. Çok nadir durumlarda üye devletlerin kamu düzeni çıkarlarının Avrupa işbirliğine ve Avrupa politikalarına nazaran daha fazla gözetilmesi Avrupa temel haklarının açık ve sistematik olarak ihlâline yol açabilmektedir<sup>24</sup>.

### **HORIZONTAL SOLANGE: HERBİR ÜYE DEVLETİN DİĞERİNİ DENETLEMESİ**

N.S. davasında AB Divanı AİHM'nin Soering davasındaki argümanını takip etmiştir<sup>25</sup>. AİHM Soering davasında bir anlaşma tarafının işkence ve insanlık dışı muamele tehlikesinin bulunduğuna ilişkin somut nedenlerin olmasına rağmen bilerek bir mülteciyi diğer devlete iade edemeyeceğini, aksi halde iadeyi yapan devletin İnsan Hakları Konvansiyonunda yer alan işkence yasağı ve insanlık dışı yahut aşağılayıcı ceza veya muamele yasağını ihlâl etmiş olacağını karara bağlamıştır<sup>26</sup>. AİHM bunun sonucu olarak ilk kez olarak bir Konvansiyon tarafı devletin diğer bir Konvansiyon tarafı devletin temel insan haklarını ihlâl etmesi nedeniyle sorumluluğunu kabul etmiştir. Aynı şekilde AB divanı N.S. davasında Avrupa temel haklarının ciddi olarak ihlâli durumlarında AB tüzüğü bunu açıkça öngörse dahi üye devletlerin işbirliği yapmama mükellefiyetini kabul etmiştir.

AB Divanı söz konusu davada verdiği kararda üye devletlerin, diğer bir üye devletin temel hak ihlâlleri ile bir kişiyi riske sokmaları, üye devletlerin takdir hakkını kullanmaları gerekmezden sekonder hukuktan doğan mükellefiyetlerini tüzüğün herhangi bir sınırlama getirmediği yorumu ile yerine getirmesi durumlarını Avrupa hukukunun ihlâli olarak kabul etmiştir<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> bkz.: Bosphorus v. Ireland, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EMGR 2005-VI (Rn.156)

<sup>25</sup> Soering v. United Kingdom, 161 EuR: Ct.H.R. (Ser.A) 1989

<sup>26</sup> bkz.: Richard Bonnot Lillich, the Soering Case, AJIL 85 (1991), 128

<sup>27</sup> bkz.: EuGH Rs.C – 411/10 ve C-493/10 Slg.2011

Her ne kadar Divan kararında doğrudan sadece üye devletlerin takdir hakkı kullandıkları alanlarda diğer üye devletlerin yetki alanlarına giren hususları inceleme mükellefiyetinden söz etse de, kararda üye devletlerin bağımsız olarak yetkilerini kullandıkları alanlar için de Avrupa hukuku ile bir köprü oluşturulmuştur. Diğer üye devletlerin yükümlülüklerine doğrudan değinmeden Divan, Avrupa temel hak standardını üye devletlerin kendi bağımsız yetki alanlarında yer alan yükümlülükleri için de kabul etmektedir (örneğin farklı üye devletlerde mülteci kabul koşulları). Divanın önceki kararlarında sapan bu yenilik Divanın açık olarak Avrupa temel hak standardının üye devletlerin bağımsız yetki alanlarında da etki göstermesi iradesini ortaya koyduğu ve Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesini bu yolla dolaylı ve şık bir şekilde by-pass etmeye çalıştığı yorumlarına yol açmıştır.

AB hukukunun uygulanma alanında üye devletlerin tasarruflarının Avrupa standartlarına uygunluk denetiminin nasıl ve kimin tarafından yapılacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir<sup>28</sup>. Avrupa Toplulukları politikalarının kimileri, örneğin ortak Avrupa mülteci sistemi üye devletlerin zamanında bağımsız yetki kullandıkları alanlar olması nedeniyle, bu özellik dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ortak mülteci sistemi gibi konular Avrupa hukukunun uygulama alanında bulunan, üye devletleri Avrupa Temel Haklar Şartı'na bağlama bağlamında Divanın dile getirdiği durumlardan herhangi birine uymamaktadır. Bu durumlar ne üye devletlerin çekincesiz olarak Topluluk hukukundan doğan mükellefiyetlerini icra ettikleri, ne de üye devletlerin AB hukukundan sapabilecekleri durumlardır. Bunun tersine bu durumlar AB hukukunun sadece üye devletler arasında işbirliğini düzenleme işlevi olan, buna karşılık siyasi kararların üye devletlerin muhtar yetkisinde bulunduğu bir kategori oluşturmaktadır. Bu kategoride asgari bir entegrasyon sağlandığı için asgari harmonizasyon ("minimale Harmonisierung") söz konusudur<sup>29</sup>.

Bu kategoride Avrupa politikaları üye devletlerin otonom politikaları ve üye devletlerin yetki alanlarında kalan politikalarla yürütülmektedir. Bu durumlar Topluluk politikalarının icrası yahut onlardan sapma formülü ile açıklanmamasına karşın, Divan üye devletlerin yetki kullandıkları bu alanlarda da Avrupa temel hak standardını esas almaktadır. Temel hakkın ihlâl edildiği üye devletten ihlâlin sona erdirme talebi yapmak yerine davada Divan söz konusu 3.devleti – İngiltere'yi – doğrudan sürece dahil ederek AB tüzüğüne riayet edilmemesini istemiştir. Divan, AİHM'nin Soering davasını kendine esas almıştır. Ancak AİHM Soering davasında 3.devletin AİHK'nun tarafı olmaması nedeniyle 3.devletin tasarruflarının denetimi bakımından yetkili değilken –

---

<sup>28</sup> Julianne Kokott/Christopf Sobatta, The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon, EUI Working Paper AEL 6(2010)

<sup>29</sup> Hemme Battjes, European Asylum Law and International Law, 2006, 162

ABD ölüm cezası öngörmektedir -, Divan N.S. davasında 3.devletin tasarrufları bakımından yetkili olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>30</sup>. AİHM Soering davasında AİHK'nun extraterritorial olarak ABD'ye uygulanamayacağını açıklamak için önemli gayret sarf etmesine karşılık, Divan ülkesel bir sınırlama getirmemiş ve temel hak standardının tüm üye devletlerde neden geçerli olması gerektiği konusunda gerekçeli bir açıklama yapmamıştır. Divan bu olanağı kullanmamıştır. Aynı şekilde kendi yetki alanında tasarrufta bulunan üye devletten de Divana obiter dictum bir denetim talebi gelmemiştir. Normal şartlarda bu tür bir mahkûmiyet durumunda ya dolaylı olarak Yunan mahkemelerinin önkarar prosedürü ile ya da doğrudan Komisyon yahut bir üye devletin ihlâl davası ile konunun Divana gelmesi söz konusu olabilirdi.

Divan büyük bir ihtimalle halâ kendisinin müdahale edemediği bir alanın mevcudiyetini kabuletmektedir. Görünüş itibarıyla Divan önkarar prosedüründe tasarruf olanaklarını sınırlamıştır. Usule ilişkin engellerin ötesinde, Divan üye devletlerin kendi sorumluluklarındaki yetkilerin kullanılmasını Topluluk Hukukunun uygulanma alanı dışında tutma ve bu şekilde kendi yargı yetkisi dışında bırakma eğiliminde gözükmektedir<sup>31</sup>. Divan diğer bir ifade ile halâ Topluluk hukukunun uygulanma alanına giren konularla üye devletlerin yetki alanına giren konular arasında bir sınır çizilmesi yanlısıdır. Bogdandy et al. bu karardan hemen sonra üye devletlerin yetki alanında kalan konularda Avrupa temel haklarının ihlâli durumlarında karar verme yetkisi veren alternatif bir öneri getirmiştir<sup>32</sup>. N.S. davasında açıkça ortaya konulduğu gibi Divan üye devletlerde geçerli mültecilerin tutukluluk koşullarını denetleme ve Avrupa temel haklarına uygunluğu karara bağlama yanlısı değildir. Divan böyle bir kararın mümkün olup olmadığına ilişkin şimdiye dek bir açıklama yapmamıştır. Bununla birlikte Divan dolaylı olarak üye devletlerin kendi egemenlik yetkileri dahilinde tasarrufta bulunduğu durumlarda AB temel haklarına saygı göstermesi gerektiğini karara bağlamıştır. Divan dolaylı olarak ortak Avrupa kimliğinin asgari standart olarak tüm üye devletleri yükümlü kıldığını kabul etmektedir. Doğal olarak her devlet halâ AB anlaşmasının 4.madde, 2.fıkrası ile korunan kültürel farklılık ve özelliklerini taşımaktadır. Ulusal anayasaların Avrupa temel haklarından sapmaları AB hukukunda korunan merkezi temel hakların özü gözetildiği ve ortak Avrupa temel haklar standardından sapılmadığı takdirde olası kabul edilmektedir.

---

<sup>30</sup> Yunanistan'ın mültecilerle ilgili tutukluluk koşulları

<sup>31</sup> Pieter van Cleynenbreugel, Judge-made Standards of National Procedure in Post-Lisbon Constitutional Framework, E.L.Rev.37(2012), 90

<sup>32</sup> Armin von Bogdandy/Matthias Kottmann/Carlino Antpöhler/ Johan.Dickchen/ Simon Hentrei/Maya Smarkolj, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012), s. 489

Divanın karar gerekçesinin bir parçası olmasa da, “üye devletler Birliğin görevlerini yerine getirmesinde Birliği destekler ve Birliğin amaçlarının gerçekleşmesini engelleyen önlemler almaktan kaçınırlar” hükmünü öngören AB anlaşmasının 4.madde, 3.fıkrasının AB amaçlarının gerçekleşmesi için üye devletlere sadakat içinde işbirliği mükellefiyeti getirdiğinin gözdardı edilmemesi gerekmektedir. Birlik amacının, örneğin ortak Avrupa mülteci sisteminin gerçekleşmesi için etkin bir prosedürün temin edilmesi gerekmektedir. Ulusal seviyede Birlik amaçlarını engelleyici önlemler alınması AB anlaşmasının 4.madde, 3.fıkrasını ihlâl eder<sup>33</sup>. Sistematik anayasa hukuku ihlallerinin bir üye devlette ortaya çıkması durumunda zorunlu olarak söz konusu durumun AB anlaşmasının 7.madde, 2.fıkrası muvacehesinde ağır ve sürekli insan hakları ihlâli olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. N.S. davasında Divan bu anlamda AB anlaşmasının 7.maddesinde öngörülen yüksek eşiğin aşılmasını değil, başka bir müdahale seçeneğini kabul etmiştir.

### **HORIZONTAL SOLANGE - KARŞILIKLI GÜVENİNİN (“MUTUAL CONFIDENCE”) “MUTUAL TRUST” İLE İKÂME EDİLMESİ**

N.S. davasında Divan üç kez İngilizce metninde üye devletlerin birbirlerine karşı karşılıklı bir güven içinde olmaları gerektiğini vurgulamıştır. Bu prensibi Divan Birliğin ayırıcı özelliği olarak nitelendirmiştir<sup>34</sup>. Divanın geçmişte gerekçelerinde üye devletler arasında karşılıklı güvene önemli bir dayanak olarak istinat ettiği görülmemektedir. Divan sadece istisnai olarak geçmişte bu prensibe istinat etmiştir<sup>35</sup>. Divanın üye devletler arasındaki ilişkilerde daha sıkça istinat ettiği prensip “mutual trust”dır<sup>36</sup>. AB gibi çok dilli bir yapıda Divanın gerekçelerindeki ifade değişikliklerine fazla önem verilmemektedir. Divan ne “mutual confidence”ı tanımlamıştır, ne de “mutual confidence”ı “mutual trust” ile hangi nedenle ikâme ettiğini açıklamıştır. Bu ifade değişikliğinin üye devletler arasındaki ilişkilerde bir transformasyona yol açıp açmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Divan bu çerçevede bir açıklama yapmadığına göre bunun sadece bir tercüme değişikliği olduğunu söylemek gerekmektedir (Almancada örneğin hem confidence, hem de trust güven anlamında kullanılmaktadır).

Uzun bir süredir Divan üye devletlerin birbirlerine karşı güvensizlik değil, güven duymaları yönünde tutum değiştirmelerini ve karşılıklı olarak birbirlerinin hukuk düzenlerini tanımalarını desteklemektedir. Divan üye devletlerin birbirlerine karşı güven duymasına yoğunlaşmakla beraber, gerekli

---

<sup>33</sup> krş.: EuGH Rs. C-329/11, Rn.43

<sup>34</sup> bkzn.: EuGH C-116/02, Slg.2003, I-14693, Rn.72 - Gasser; EuGH Rs. C-420/07, lg.2009, I-3571, Rn.73 –Apostolides v. Orams

<sup>35</sup> bkzn.: EuGH Rs.46/76, Slg.1977, 5 Rn.38

<sup>36</sup> bkzn.: EuGH C-116/02, Slg.2003, I-14693, Rn.72 Gasser; EuGH Rs. C-420/07, Slg.2009, I-3571, Rn.73 – Apostolides v. Orams



operatif koşulları gözardı etmiştir. Üye devletlerin birbirlerine karşı sınırsız güven gerekliliği, Avrupa sistemine güvenin de dayanağını oluşturmaktadır. Divan Avrupa sistemine sızabilecek kısır döngüyü fark etmiş, diğer bir ifade ile güvensizliğin, güveni ön koşul olarak gerektiren sorunların üstesinden gelinmesini zorlaştıracaklarını anlamıştır. Bu tür olaylar AB tarafından gerçekleştirilecek politikaları negatif olarak etkilemek durumundadır. Divan bu nedenle üye devletler için diğer üye devletlerin hukuk düzenlerini denetlemeye matuf bir mekanizma oluşturmuştur. Bu mekanizma ile üye devletlerin diğer üye devletlerin Avrupa temel haklarına riayetleri konusunda varsayım istinat etmeleri engellenmiştir<sup>37</sup>. Herbir üye devlet diğer üye devletlerdeki güncel durumları takip edip, onların hukuk sistemlerinin zayıf noktalarına ilişkin değerlendirme yapmakla mükelleftir. Sistem ihlallerinin söz konusu olduğu durumlarda üye devletler sekonder hukukta öngörülen politika gereklerini yerine getirmemekle mükelleftir.

Divan üye devletler arasındaki ilişkilerde bir tür horizontal Solange denetimi öngörmektedir. Burada vurgulanan horizontal nitelik üye devlet hukuk düzenleri arasında hiyerarşik bir ilişkinin değil, paralel, eşit bir ilişkinin söz konusu olmasından ileri gelmektedir. Horizontal uyumsuzluklarda uygulanan denetimin en önemli işlevi öncelik iddiasının karara bağlanması değil, dengenin korunmasıdır. Mekanizmada mündemiç Solange kavramının kullanılması, Divanın herbir üye devletin diğer üye devletlerle bu devletlerde insan hakları ihlâline yol açan büyük bir problem ortaya çıkmadığı nispette işbirliği yapılmasını öngörmesinden ileri gelmektedir. Primer AB Temel Haklarının bir üye devlette esaslı nedenlere istinaden sistematik ihlâlinin kabulünü gerektiren bir durumun bulunması halinde, temel hakları ihlâl eden devletle işbirliğine devam eden üye devletin Birlik hukuku ihlâli yaptığı kabul edilmektedir. Divan bu şekilde devletlerin kendi yetki alanlarında ve Birlik hukukunun uygulama alanı dışında ihdas ettikleri tasarruflarının Avrupa temel hak standardı muvacehesinde dezentral denetimini kabul etmektedir. Horizontal denetim mekanizması üye devletler arasında diyalog ilişkisinin koşullarını ve uyumsuzlukların çözümünde mekanizmayı harekete geçiren unsurları belirlemektedir. Bu tür bir denetimin üye devletler arasında şüphe, güvensizlik ve birbirini gözlemeyi beraberinde getireceği varsayımının tersine, Divan horizontal Solange yönteminin üye devletler arasındaki karşılıklı ilişkinin dinamik karakter kazanmasına yol açacağını, dürüst ve samimi karşılıklı güven tesisinin etkin temel hak teminatında siyasi karardan daha önemli, *conditio sine qua non* nitelikli olduğunu, ancak karşılıklı samimi güvenin primer temel hakların etkin himayesini sağlayabileceğini dile getirmektedir.

---

<sup>37</sup> bkzn.: EuGH Rs.C-411/10 ve C-493/10 Slg.2011, Rn.91,94,105



Bu yaklaşım geçmişe göre çarpıcı bir değişim teşkil etmektedir. Ortak pazarın tarihçesinde ortak standart oluşturulmasına matuf siyasi iradenin eksik olduğu durumlarda Divanın üye devletleri karşılıklı güven yaklaşımı ile bir uzlaşya davet ettiği görülmektedir<sup>38</sup>. Divan otoritesini hissettirmek ve gerekli baskıyı uygulamak için verdiği önceki kararında diğer bir hukuk sisteminde saptanan önceliklerin karşılıklı tanınması mükellefiyetinden sapılmasına izin vermemiştir. Divan günümüzde önemli Avrupa temel haklarının sistematik ihlâline ilişkin esaslı kanıtlar bulunduğu takdirde kararlarında artık karşılıklı güven çağrısı yapmamakta, üye devletler arasında temkinli, hatta düşük seviyede işbirliğine izin vermektedir.

### **AVRUPA TEMEL HAKLARININ HİYERARŞİSİ**

N.S. davasında bir üye devlette ortaya çıkan ciddi ve olaylarla kanıtlanan sistematik eksikliklerin dilekçe sahibinin gerçekten insanlık dışı yahut aşağılayıcı bir muameleye maruz kalacağına ilişkin bir varsayım yaratmasından söz edilmektedir<sup>39</sup>. Bu çerçevede vurgulanması gereken önemli hususlar içinde Divanın yabancıların temel hak himayesinin kapsamını genişletmesi yer almaktadır. Horizontal Solange denetimi sadece Birlik yurttaşları için değil, üye devletlerde ikâmet eden yabancılar için de geçerli kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Geçmişte Divan AB yurttaşlığını Topluluk temel haklarıyla ilişkilendirerek, AB yurttaşlığına Avrupa temel haklar içeriği kazandıran içtihat oluşturmuştur<sup>41</sup>. Divan günümüzde Avrupa temel Haklar Şartı'nda yer alan himayeyi 3.devlet vatandaşlarını kapsayacak şekilde genişletmiştir ve yabancıların insan haklarını Avrupa politikaları çerçevesinde değerlendirme iradesini ortaya koymuştur.

Divanın bir taraftan Birlik hukukunun tam olarak icrası iradesini devam ettirirken, diğer taraftan da temel hakların hamisi rolü oynamak istemesi onu bir ikileme itmektedir. Divan tarafından bu çerçevede önerilen çözüm her temel hak ihlâlinin yahut minimal ihlâlin diğer üye devletleri AB hukukunda yer alan mükellefiyetlerini yerine getirmekten ibra etmesine yol açmamaktadır; aksine Birlik prosedüründe Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinde öngörüldüğü üzere sadece insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye yol açacak sistematik ihlâller AB hukuku mükellefiyetlerinden kurtulmaya yol açmaktadır<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Vassilis Hatzopoulos, *The Court's Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?*, CML Rev.50(2013), 459

<sup>39</sup> bkzn.: EuGH Rs. C-411/10 ve C-493/10, Slg.2011

<sup>40</sup> Dora Kostakopoulou, *Conjunctions and disjunctions*, bkzn.: Bruno de Witte/Hans Wolfgang Micklitz (Hrsg.), *The European Court of Justice and Autonomy of the Member States*, 2012, I-175 vd.

<sup>41</sup> bkzn.: EuGH Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177

<sup>42</sup> EuGH Rs. C-411/10 (N.S. v. Secretary of State for Home Department), M.E. v. Refugee Applications Commissioner (EuGH Rs.C-493/10, Slg.2011)

Divan atmış olduğu adımın getirdiği yeniliğin doğal olarak farkındadır. Divan ne Birlik hukukunun tüm yapısını tehlikeye sokmak istemektedir, ne de Birlik sekonder hukukunun bu yapının korunmasında oynadığı rolü ortadan kaldırmak istemektedir. Divan içtihatı gerek hukuk teorisinde gerekse ulusal içtihat hukukunda Avrupa temel haklarını Avrupa politikaları çerçevesinde geçerli kılma yaklaşımına destek vermektedir. Divanın kararı sadece istisnai durumlarda uygulanma bulacaktır. Birlik yapısının negatif etkilenme olasılığı nedeniyle minimal ihlaller AB tüzüğü'nün göz ardı edilmesini haklı kılmamaktadır. Aksi bir yaklaşım Divanın yasama yetkisi kullanarak ulusal mahkemelere yargıç hukuku ile tüzükleri değiştirerek üye devletlerin onaylamayacağı yeni yükümlülükler getirmesine yol açabilir.

İhlâl edilen hakkın öneminin değerlendirilmesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Avrupa Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel haklar arasında bir hiyerarşi oluşturulması Divanın anayasa mahkemesi işlevi bağlamında düşünülebilir. Divan kanun sözcüsü iltica başvurusu yapan kişinin temel haklarının ciddi olarak ihlâl riski olan bir üye devlete tesliminin Temel Haklar Şartı ile bağdaşmadığını dile getiren vurgulamadan kaçınarak, Temel Haklar Şartı'nın vazgeçilmez ve devredilmez hakları arasında yer alan işkence ve insanlık dışı, aşağılayıcı muameleyi yasaklayan hükmüne istinat etmiştir. Divan bununla beraber başka hangi hakların bu kategoride yer aldığını açık bırakmıştır. Bu kategoriye giren temel hakların ihlâli sekonder hukukta düzenlenen AB politikalarının ortadan kaldırılmasına yol açacaktır<sup>43</sup>. İkincil öneme haiz olan temel hakların ihlâline ilişkin olarak Divan kararları tam belirlenmiş bir cevap sunmamaktadır. Açık olarak talep edilmesine karşın Divan Temel Haklar Şartı'nın 1.madde, 18.madde, 47.maddede yer alan bu hakları hiyerarşik olarak sıralamak istememiştir. Büyük bir ihtimalle Divan bu hakların tümünü eşit değerinde kabul etmiştir. Divan bu çerçevede açık bir tutum almamayı tercih etmiştir. Aynı şekilde Divanın bu üç hakkın kombinasyonuna, Şart'ın 4.maddesinin ihlâlinden daha fazla ağırlık vermiş olması da mümkündür.

Temel hak ihlâlinin bunun ötesinde sistematik olması gerekmektedir. Temel hakların sistematik ihlâlinden söz etmek için bu ihlâlden belli sayıda insanın etkilenmiş olması gerekmektedir. "Ulusal sistemde sistematik ihlâl" eşiğinin tam olarak tanımlanmadığı görülmektedir. Solange denetimi muvacehesinde bir üye devletin kimi durumlarda önemli temel hak ihlalleri saptansa dahi, temel haklar genel olarak korunduğu nispette bu ihlaller sistematik ihlâl olarak değil, münferit ihlâl olarak kabul edilmektedir. Divanın

---

<sup>43</sup> AİHK'nun 15.madde, 2.fıkrası aşağıdaki temel haklardan sapmayı yasaklamaktadır: yaşam hakkı – hukuka uygun savaş eylemi istisnası ile- işkence yasağı, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele, kölelik yasağı, ceza hukukuna ilişkin yasaların geriye yürümezliği (AİHK'nun 3.maddesinde yer alan istisna ile)

bu çerçevede ihlâl sayısını esas alan Solange denetimini mi, yoksa ihlâlin ağırlığının esas alındığı Bosphorus-modelini mi tercih ettiği açık değildir<sup>44</sup>. Sistematik temel hak ihlâli kriteriyle bağlantılı olarak Bosphorus modeline göre insan hakları ihlâlinin işbirliği yapmamayı haklı kılacak nispette ölçüsüz olması gerekmektedir, belli bir hakkın sürekli ihlâlini gerektiren niceliksel bir standart söz konusu değildir. İhlâlin yoğunluğu vurgusu gerek AİHM, gerekse AB Divanı tarafından kullanılmaktadır. AİHM örneğin açıkça hakkın yerine getirilmemesi durumlarında devletler arasında işbirliği yapılmamasını haklı gerekçe olarak kabul etmiştir<sup>45</sup>. Ulusal mahkemeler insan haklarının açık yahut özellikle ağır ihlallerinin, anlaşma tarafı olsun yahut olmasın diğer devletlerle işbirliği yapmaktan kaçınmaya haklı bir neden oluşturduğunu kabul etmektedir. AB Divanının Gambazzi davasında bu yönde bir yaklaşım sergilediği görülmektedir<sup>46</sup>.

Gerek AİHM, gerekse AB Divanı kimi insan haklarına daha fazla bir ağırlık vermekte ve kimi ihlâlleri daha ağır ihlâl olarak kabul etmektedir. Bu konudaki kategorilerin oluşturulması yetkisi anayasa hukuku boyutu itibariyle anayasa mahkemelerine ait olmalıdır. Aksi takdirde AB Divanının belli hakları korunma değeri olan haklar, diğerlerini ise daha az korunacak haklar olarak kategorize etmesi gibi bir noktaya gelmesi söz konusu olacaktır. Von Bogdandy et al. tarafından temeli atılan Solange denetiminden dönüş yaklaşımında Divan üye devletlerden kendi yetki alanlarına giren alanlarda temel hakların özüne sistematik olarak saygı gösterilmesini talep etmektedir. Bu yaklaşım ilk bakışta Divanın N.S. Davasında önerdiği iki aşamalı kümülatif denetimine benzemektedir. “Solange”den dönüş denetiminin ilk aşaması hakkın özüne ilişkindir. Bogdandy et al.’a göre söz konusu hakkın özüne ilişkin kriter tüm devredilmesi mümkün olmayan AİHK’ da yer alan insan hakları bakımından geçerlidir. İkincil önleme sahip hakların ise aşağıdaki üç kriterden birini aşması gerekmektedir:

- Hakkın ihlâl edilmesi yahut içeriğinin boşaltılması,
- Sadece asgari bir takdir alanının bırakılması,
- Hakkın periferisinin değil, özünün ihlâl edilmesi gerekmektedir.

Solange prensibinden dönüş testinin ikinci aşamasında hakkın sistematik ihlâlinin gerçekleşip gerçekleşmediği denetlenmektedir.

---

<sup>44</sup> bkz.: Bosphorus v. Ireland, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI

<sup>45</sup> AİHM’nin 6.12.2007 tarihli Maumousseau and Washington v. France, davası için bkz.: <cmiskp.echr.coe.int>

<sup>46</sup> bkz.: Felix Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35(1935), 809

N.S. davasında Divanın vermiş olduğu kararın yakından analizi Divanın önerilen metodolojiyi gerçekten takip edip etmediğini açık şekilde ortaya koymamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklar arasında bir hiyerarşi oluşturmak için birincil ve periferik insan hakları arasında ayırım yapılmasının başka yorum tekniği ile de gerçekleştirilmesi mümkündür. Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinde yer alan haklar dışındaki hakların üye devletler arasındaki işbirliğini durdurmayı haklı kılacak nispette yeterince önemli kabul edilip edilmediği açık değildir. Divan bunun ötesinde Solange'den dönüş yaklaşımı ile zimnen AB anlaşmasının 2.maddesi, AİHK ve Temel Haklar Şartı arasında çizilen ayırıcı çizgiyi reddetmektedir. Divan büyük ölçüde hem Temel Haklar Şartı'na, hem de Konvansiyon sistemine istinat etmektedir.

Horizontal Solange prensibinin Avrupa mülteciler hukuku ile aynı yapıya sahip yahut benzer başka alanlarda oynadığı rolün de araştırılması gerekmektedir. Bu çerçevede karşımıza çıkan alan AB uluslararası özel hukuktur. Mülteciler hukuku alanında olduğu gibi Uluslararası Özel Hukuku alanının da icrası büyük ölçüde ulusal otonom mercilere bırakılmıştır. Bu çerçevede bağımsız Avrupa politikalarının bir arada mevcudiyetine dikkat çekilmektedir. Her iki durumda da Avrupa politikaları üye devletlerin bağımsız politikalarının birbirleriyle bağlantı kurması rolü oynamaktadır (örneğin yabancı mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve icrası konusundaki Avrupa düzenlemesi üye devletler arasında mahkeme kararlarının serbest dolaşımını sağlarken, mahkemelerin uygulayacağı usul hukuku düzenlemesi üye devletlere bırakılmaktadır). Bunun ötesinde Uluslararası Özel Hukukun doğal bir özelliği de bir üye devletin diğer bir devletin hukuk sisteminin denetçisi işlevini görmesidir. Üye devletlerin hukuk düzenleri arasındaki karşılıklı güven yaklaşımının Divan tarafından uluslararası özel hukuk bağlamında da kullanılmasına bu nedenle şaşırılmaması gerekmektedir. AB Divanı kısa bir süre önce kaçırılan bir çocuğun iadesi için yapılan talebin Temel Haklar Şartı'na uygunluğunu denetleme bağlamında baktığı davada doğrudan horizontal Solange prensibi ile muhatap olmuştur<sup>47</sup>. Temel Haklar Şartı muvacehesinde temel hakları ihlâl eden bir talebin icrasının mahkeme tarafından engellenmesi bir problem teşkil etmemektedir. Avrupa düzenlemesi<sup>48</sup> ancak açık şekilde farklı bir cevap vermektedir. Avrupa düzenlemesine göre kararı icra eden mahkemenin açık temel hak ihlâli olsa dahi kararı denetlemesi mümkün değildir. AİHM buna karşılık Konvansiyon haklarına uluslararası özel hukukun amaçlarının üstünde yer vermekten kaçınmamış ve benzer bir davada dava taraflarına Konvansiyona istinat eden mükellefiyetler getirmiş ve çocuğun veya kendisinden çocuk kaçırılan ebeveynin haklarını

---

<sup>47</sup> bkz.: EuGH Rs C-491/10 PPU Slg.2012, I-14247, Rn.60-66 - Zarraga v. Pelz

<sup>48</sup> 2201/2003 sayılı evlilik işleri ve ebeveyn sorumluluğuna ilişkin usul konularını düzenleyen Brüksel-II Konsey tüzüğü, bkz.: O.J. 2003, L 338/1

ihlâl eden kararların icra edilmemesini karara bağlamıştır<sup>49</sup>. AB Divanı Avrupa yasasının mahkeme kararlarının hızlıca icrasına ilişkin amacını kendine esas almış ve ulusal kanunların ve mahkeme kararlarının Avrupa temel haklarına ve Şart'a uygunluğu konusunda tartışmasız bir varsayımdan hareket etmiştir. Divan üye devletlerin mahkemelerinin birbirlerini horizontal denetlemesini öngörmemiş, ilk derece mahkemelerinin kararlarının ulusal hukuk sisteminde intern denetimini yeterli kabul etmiştir. Potansiyel olarak ağır bir temel hak ihlâlinin yetki taksimini etkilemesi kabul edilmemiştir. AB Divanı olası bir horizontal Solange denetimini mutlak olarak reddetmiştir. Avrupa kamu düzeni mazeretinin AB üyesi devletler arasında işbirliği çerçevesinde kullanılması olasılığını ortadan kaldırmak için Avrupa uluslararası özel hukukunda reform yapılması gündemdedir<sup>50</sup>. Avrupa uluslararası özel usul hukukunda uzun vadede sadece fair usule ilişkin temel hakların ihlâl edilmesi durumunda devletler arasında işbirliğinin askıya alınmasına cevaz verileceği varsayılmaktadır<sup>51</sup>.

Uluslararası özel hukuk genelde teknik, sıkı düzenlemelere bağlı ve bu nedenle siyasi olmayan talimatlara dayanan ve takdir hakkının kullanılmasına alan bırakmayan bir hukuk dalı olarak değerlendirilmektedir. Bununla beraber bu hukuk dalı çok güçlü şekilde temel haklar üzerinde etki gösterebilmektedir. Üye devletlerin ulusal mahkemeleri Birlik yasaması üzerinden işbirliğine davet edilmeleri durumunda Avrupa Temel Haklar Şartı'nın önemli haklarının diğer üye devletlerde sistematik ihlâli durumunda Horizontal Solange testi bağlamında ortaya çıkan sahip oldukları olanağı elde edecektir. Üye devlet mahkemeleri takdir haklarını kullanabilecek ve işbirliğini askıya alabilecektir; bu şekilde diğer bir üye devletin maddi hukukunu uygulamayı yahut bir üye devletin kararlarını tanımayı veya icra etmeyi reddedebilecektir. Avrupa uluslararası özel hukukuna ilişkin sekonder hukukta açık düzenleme eksikliği nedeniyle böyle bir denetim ulusal mahkemeler ve AB Divanı arasında günümüzde akrobatik bir mücadeleyi gerektirmektedir. Horizontal Solange denetiminin kabul edilmediği her çözüm AİHM ve AB Divanı arasında bir gerilime neden olacaktır. Bir üye devletin AB Divanını takip ederek bir başka üye devletin kararını, bu kararın Brüksel-II tüzüğü muvacehesinde açık olarak Avrupa temel haklarını ihlâl etmesine karşın otomatik olarak icra etmesi, AİHK'nun ihlâline yol açacaktır.

---

<sup>49</sup> bknz.: Neulinger v. Switzerland (Beschwerde Nr. 41615/07), 6.12.2007 (EGMR); X v. Latvia (Beschwerde Nr.27853/09), 13.12.2011, X v. Latvia (Beschwerde Nr.36376/04, 4.6.2012 (EGMR); Karrer v. Romania (Beschwerde Nr.16965/10), 21.2.2012 (EGMR)

<sup>50</sup> krş.t.: Konev tüzüğü Nr.4/2009; Nr.1215/2012

<sup>51</sup> Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer, The Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Brüssel, Europäisches Parlament, 2011, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

## HORİZONTAL SOLANGE PRENSİBİNİN KURUMSAL ETKİLERİ

AB Divanı ünlü Foto Frost davasında<sup>52</sup> üye devletlerin ulusal mahkemelerinin sekonder hukuku geçersiz ilân etmelerini caiz kabul etmezken, N.S. davasında bir AB tüzüğünde öngörülen amacın ne zaman gözardı edebileceğini karara bağlamıştır. Bu hiçbir şekilde olağan bir durum değildir. Bu tür bir karar üye devletler bakımından tüzüğün mevcudiyeti devam etmekle beraber en azından belli bir zaman dilimi için, belli koşullar altında veya kimi üye devletlerde içeriğinin boşaltılması sonucunu doğuracaktır. AB Divanı önkarar prosedürü ile sahip olduğu kapsamlı denetim yetkisini sürdürmeye ve Avrupa kamu düzeninin nihai garantörü rolünü oynamaya devam edecektir. CILFIT kararı ile uyumlu olarak<sup>53</sup> horizontal Solange mekanizmasının uygulanmaya konulması ile Divanın üye devlet mahkemelerine yetkiler vermesi ve kendisi için yeni yetkiler iddia etmesi söz konusu olmuştur. Divan ulusal mahkemelere sekonder hukukun temel prensipler bakımından tereddüt yaratması halinde müdahale olanağı yaratmıştır. Aynı zamanda Divan Avrupa kriterlerine istinaden üye devletlerin otonom olarak kullandıkları egemenlik yetkilerini denetleme yetkisi kullanmaktadır. Divan şüphesiz tüzüklerin geçerliliğine ilişkin karar yetkisini münhasıran kendine saklı tutmaktadır; Foto Frost kararı paralelinde AB tüzüklerinin dikkate alınmamasına yol açan kararların tüzüklerin geçerliliğinin karara bağlanması gibi bir sonuç doğurması nedeniyle daima Divandan bir önkarar alınması gerekmektedir. Ancak ulusal mahkemelere başlangıç olarak denetim yetkisinin verilmesi, AB yargı sisteminin geliştirilmesinde ulusal mahkemelerin önemli bir rol üstlenmesini sağlamaktadır.

Ulusal mahkemelere primer temel hakların sistematik olarak ihlâl edilip edilmediği konusunda sınırları tam belli olmayan kapsamlı denetim yetkisi verilmesi, Divanın onları kapsamlı denetim yetkileriyle donatması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde Divan ulusal mahkemeleri Avrupa temel haklarının uygulanmasında görevli konuma sokmuştur. AB Divanının ulusal mahkemelere Avrupa temel haklarının bekçiliğini yapma mükellefiyeti getirmesi ulusal mahkemeleri AB hukuk sistemin bir parçası haline getirmiştir. Divan bunun ötesinde ulusal mahkemelerden AİHM'nin içtihatlarına ve UNHCR raporlarına istinat edilmesini beklemektedir<sup>54</sup>. Bu durum AB Divanı, AİHM ve ulusal mahkemeler arasındaki ilişkinin yeniden şekillendiğini göstermektedir. AİHM'nin üye devletlerin insan hakları ihlallerine ilişkin tespitleri ulusal mahkemelerin yetkilerini kullanmaları çerçevesinde kanıt işlevi görmektedir. Ulusal mahkemelerin diğer taraftan olaylara ilişkin değerlendirmelerinde primer insan haklarının sistematik ihlâline istinat etmeleri mümkündür. Bu tablo

---

<sup>52</sup> EuGH Rs 314/85, Slg. 1987,4199 – Foto Frost

<sup>53</sup> EuGH Rs 283/81, Slg.1982, 3415-Srl CILFIT

<sup>54</sup> bkz.: EuGH Rs C-411/10 ve C-413/10, Slg.2011

AB Divanı ve AİHM tarafından geliştirilen hukuk sistemini güçlendirmektedir. AB Divanının yönlendirmesi ile Avrupa yargı ağının güçlenmesi önemli bir adım olarak nitelendirilmektedir<sup>55</sup>. İnsan haklarını denetleyen sivil toplum örgütlerinin, Avrupa temel haklar ajansının ve diğer ulusal örgütlerin bu çerçevede oynayacakları rol açık değildir.

Kanıtların niteliği, kanıtların değerlendirilmesine ilişkin açık kuralların bulunmaması, yapılan değerlendirme sonuçlarının ağırlığı, inceleme konusu üye devletteki dinlenme hakkı ve usule ilişkin hususlar hassas konular olarak, bir üye devletin diğer üye devlet üzerinde gerçekleştirdiği yargı denetiminin meşruiyeti sorularını beraberinde getirmektedir. Üye devletlerin egemenliğini etkileyen bu durumun üye devletler arasında büyük gerilimlere yol açması kaçınılmazdır. AB Divanı ulusal mahkemelerin geleneksel rolüne önemli bir müdahale yaparak onları üye devlet yetki alanında kalan konularda Avrupa temel haklarını korumakla mükellef kılmaktadır. Bir ulusal mahkemenin denetim yetkisini kötüye kullanması ve kriterleri kasten yahut kasıt dışı yanlış yorumlaması mümkündür. Bunun ötesinde sistematik ihlallerin kanıtlanmasının çok zor olması nedeniyle ulusal bir mahkemenin bir başka üye devletle ilgili olarak yanlış karar alması mümkündür. Ancak bu risk öngörülen mekanizmayı başarısızlığa mahkûm etmemelidir. Uzun vadede bu risk ulusal hukuk sistemlerinin daha sıkı ilişkisine yol açacaktır. Yanlış ulusal mahkeme kararlarının ve Divan kararlarının düzeltileceği beklenmektedir. Ulusal mahkemelerin diğer ulusal mahkemeler üzerinde dolaylı etki göstermesi yerine horizontal Solange yöntemi ile sistem multilateral bir karakter kazanarak, ulusal mahkemelerin Avrupa temel haklarının vasisi olarak görev yaptığı gerçek bir Avrupa horizontal yargı ağı oluşacaktır.

### **HORİZONTAL SOLANGE PRENSİBİNİN YASAMA ÜZERİNE ETKİSİ**

N.S. davası Avrupa temel haklarının himayesi konusunda içtihat oluşumunda önemli bir dönemeçtir. N.S. kararı bunun ötesinde AB için çok daha kapsamlı sonuçlara yol açmıştır. Bu etkilerden kimileri açık ve doğrudan, kimileri ise spekülatif ve uzun vadeli. Horizontal Solange doktrini çeşitli konularda uyarıcı olmuştur. Herşeyden önce AB Divanı Lizbon sözleşmesi ile Avrupa Temel Haklar Şartı'na tanınan bağlayıcı etkiyi teyit etmiştir<sup>56</sup>. AB Divanı büyük bir olasılıkla AB'nin AİHK'na katılmadan temel haklar alanında

---

<sup>55</sup> Cathryn Costello, Human Rights and Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human rights and EU Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.19, (2012), 257

<sup>56</sup> Thomas von Danwitz/Katherina Paraschas, A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights, Fordham International Law Journal Vol.35(2012), 1316



öncü rolünü göstermek istemiştir<sup>57</sup>. Diğer taraftan AB Divanının horizontal Solange prensibini insan hakları alanındaki bilinçaltı yönlendirici rolünü, ulusal egemenlik alanına müdahale ederek kendi yetki alanını genişletmek suretiyle üye devletler karşısındaki otonomisini pekiştirmek için enstrüman olarak kullandığı düşünülmektedir. N.S. kararı ile AB Divanının yeniden politika şekillendirme rolü üstlenme iradesini ortaya koyduğu da düşünülmektedir. Bu açıklamalar şüphesiz Divan kararının spekülatif gerekçeleri olup, kesin nedenlerini oluşturmamaktadır. AİHM Soering davasında büyük bir ihtimalle ölüm cezası karşıtlığından hareket ederek ölüm cezası öngören devletlerin sayısını da azaltmaya katkı yapma ümidi ile karar vermiştir. Bununla beraber N.S. kararı Yunanistan'da iltica talebi yapanların taleplerinin kabul koşullarında bir değişikliğe yol açmamıştır. Karar tersine bir etki doğurmuştur. Ortak mülteci sistemine önemli bir yük getireceği düşüncesi ile Yunanistan mültecilerin kabul koşullarını değiştirmemiştir. Bununla beraber karardan önce Yunanistan tarafından tüzüğün denetlenmesine ilişkin yapılan talebin diğer üye devletler tarafından kabul edilmemesi<sup>58</sup> Yunanistan için talebin kabul edilmesine nazaran daha iyi sonuçlar doğurmuştur. Diğer bir ifade ile N.S. kararının Yunanistan'ın siyasi amaçlarına erişmesine yardımcı olduğu kabul edilmektedir. Zira AB üyesi devletlerin karar muvacehesinde mültecileri Yunanistan'a geri göndermeleri Yunanistan'daki mülteci kabul koşulları değişmedikçe mümkün değildir.

Divan büyük bir ihtimalle sıkça eleştiri konusu olan, kendisinin de memnun olmadığı ortak Avrupa mülteci sistemi konusunda üye devletleri vermiş olduğu bu kararlar müzakere masasına çekilerek bir uzlaşma yaratmayı ümit etmiştir. Divan üye devletlerin eksik iradelerini dengelemek için müdahale etmiş ve onlara tüzük değişikliği konusunda müzakere baskısı yapmıştır<sup>59</sup>. Ulusal hükümetlerin bu çerçevede AB seviyesinde kendilerini sınırlayacağı endişesi ile normatif etki doğuran yasal düzenlemeler yapılması yanlısı olmamaları, üye devletlere takdir alanı bırakan düzenlemeler bakımından AB'ne tasarrufta bulunma olanağı vermemektedir.

---

<sup>57</sup> Jean-Paule Jacqué, the Accession of the European Union, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev.48(2011), 995

<sup>58</sup> Fransa, Almanya ve İngiltere Dublin tüzüğünün değişiklik önerisini kabul etmemiştir, bkz.: Sophie Lieven, Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10 M.E. and others, 21.12.2011, European Journal on Migration and Law 14(2012), 229

<sup>59</sup> Henri de Waele, The Role of the European Court of Justice in the Integration Process. A Contemporary and Normative Assessment, Hanse Law Review 6(2010), 3



## HORİZONTAL SOLANGE – ESNEK ANAYASALCILIK

AB Divanı farklı hukuk sistemleri arasında doğan uyumsuzluğu yaratıcı bir yorum tekniği kullanarak çözmek yerine uyumsuzluğu hiyerarşik bir yöntemle, bir hukuk sisteminin diğerine önceliğini kabul ederek çözmektedir. İlk bakışta horizontal Solange prensibinin AB hukukunun ulusal hukuk sistemlerine nazaran önceliği iradesini yansıttığı düşünülmektedir. Diğer bir ifade ile horizontal Solange mekanizması AB Divanının üye devletlere AB Temel Haklar Şartı'na tam olarak tabi olduklarının bir tür hatırlatılması olarak düşünülebilir. Ancak karara daha yakından bakınca Divanın gerçekte esnek bir anayasalcılık veya anayasal çoğulculuk prensibini uyguladığı görülmektedir. Horizontal Solange prensibinin esnek anayasalcılık yaklaşımını yansıttığı konusunda birçok dayanak bulunmaktadır. Divan farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişkinin düzenlenmesi sürecinde kendi yargısal rolünü oynamaktadır. Divan üye devletlerin mülteci artışı nedeniyle karşılaştıkları strüktürel problemlerini ve anayasal hassasiyetlerini ciddiye almaktadır. İnsani muamelenin minimum icaplarını açıkça yerine getirilmemesi şeklinde tanımlanan temel haklara ilişkin sistematik ihlâl, diğer hukuk düzenlerine gösterilmesi gereken saygı gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Divan, Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasını münhasıran primer insan haklarının sistematik ihlâli durumları ile sınırlamaktadır. Divan bu şekilde AB primer hukukunun “temel norm” olarak sınırsız otoritesini esnetmeye hazır olduğu sinyali vermektedir. Divanın bu yaklaşımı ile Şart'ın primer temel haklarının sistematik ihlâlini esas aldığı ortaya çıkmaktadır.

Divan bu kararla kurumsal olarak da ulusal mahkemeler ve kendisi arasında fonksiyonel görev taksimine hazır olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede ulusal mahkemelere sürece katılma ve Solange kriterlerinin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme çağrısı yapmaktadır. AB Divanı üye devletler ve onların mahkemeleri arasında görev taksimini herhangi bir tespit edilmiş kurala bağlı olmaksızın kolaylaştırmaktadır. AB Divanı bu şekilde kurumsal çoğunluğa kapı açmaktadır. Testin horizontal kısmı AB'nin anayasalcılık yaklaşımına tamamen yeni bir perspektif katmaktadır. Bu çerçevede sadece farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişki düzenlemekte, aynı zamanda üye devletlerin anayasal düzenlerinin karşılıklı denetimi de sağlanmaktadır. Her ulusal mahkeme diğer hukuk sistemini denetleyebilir ve devletin tutumuna göre bir kural önerebilir. Bu reaksiyon tartışma konusunun sadece bir bölümünü oluşturmaktadır. Horizontal Solange'ye ilişkin çoğulcu anayasalcılık bu çerçevede yer alan mahkemeler bakımından en iyi çözüm yolu teşkil ettiği için yerine getirilmekle beraber, anayasa hukuku uyumsuzluklarının nihai olarak AB Divanının denetiminde olması sınırsız çoğulcu anayasalcılık garantisini engellemektedir.

## SONUÇ

Horizontal Solange kriterleri, Avrupa hukuk alanının temel değerlerinin kendi egemenlik yetkilerini kullansalar dahi üye devletler tarafından daraltılmaması yaklaşımına dayanmaktadır. Horizontal Solange prensibinin AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 67.maddesinin sınırları dahilinde anlaşılması gerekmektedir. Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı teşkil eden Birlik'te bu hükme göre temel haklara ve üye devletlerin farklı hukuk düzenlerine ve geleneklerine saygı gösterilecektir. Bu yaklaşım üye devletler arasında önemli temel haklar ve değerler bakımından belli ölçüde güvensizlik yaratmaktadır. Bununla beraber bu hukuk mekanizması AB'nin amacı olan üye devletlerin birbirine yakınlaşmasını ve karşılıklı güveni temin etmiştir. Bu güvenin AB'nin istinat ettiği ortak değerlere saygı ve bu değerlere uyulması sonucu kendiliğinden doğması doğaldır.

Horizontal Solange prensibinde önemli olan husus üye devletlerin otomatik olarak birbirine güvenmesi yerine, üye devletlerin birbirine karşı denetim yetkisi kullanmasıdır. Bu durum üye devletler arasında bu mekanizmanın Avrupa temel haklarının ciddi ihlâli endişesi dışında nadir olarak kullanılacağı beklentisi yaratmaktadır. Ulusal mahkemeler diğer üye devletlerin ihlâllerinin devamında daha az sorumlu kabul edilmemektedir. Sekunder hukukta öngörülen Avrupa politikaları ve bu çerçevede öngörülen yükümlülükler askıya alınarak yapılan ihlâllerin etkilerinin ihlâlin yapıldığı hukuk sisteminin dışında sonuçlar doğurması engellenmektedir. Avrupa entegrasyonu şimdiye dek tam olarak Avrupa politikalarına transforme edilmemiş ulusal politikalar arasında karşılıklı bir bağımlılık yaratmıştır.

Ulusal politikalar belli konular için AB hukukunda öngörülen karşılıklı bağımlılığı dikkate almadıkları takdirde AB'nin bu çerçevede uygun ve meşru bir demokratik çözümler bulması gerekli olmaktadır<sup>60</sup>. AB'nin çözüm getiremediği, bulamadığı durumlarda horizontal Solange prensibi belli ulusal politikaların Avrupa primer temel haklarına ve yargı denetimine tabi olmasını temin edecektir. Bu sonuç üye devletlerin kendi egemenlik yetkilerini kullansalar dahi primer Avrupa temel haklarını sistematik bir şekilde uygulama dışı bırakılmalarını önleyecektir.

---

<sup>60</sup> L.M.Poiarés Maduro (B.de Witte/M.Kumm, The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal Political Issues of a Fiscal Crises, <globalgovernanceprogramme.eui.eu>

### KISALTMALAR

AEL	Academy of European Law
AİHK	Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	American Journal of International Law
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
CML Rev.	Common Market Law Review
Ct.H.R.	Convention on Human Rights and additional Protocols
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber (editör)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

## KAYNAKLAR

**Andrew William**, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, 2004

**Armin von Bogdandy**, et al. The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CML Rev.29 (1992)

**Armin von Bogdandy**, et al Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012)

**Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer**, The Interpretation of the Public Policy Exception as Referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Brüssel, Europäisches Parlament, 2011

**Cathryn Costello**, Human Rights and Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human rights and EU Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.19, (2012)

**Felix Cohen**, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35(1935)

**Hentrei/Maya Smarkolj**, Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CML Rev., Vol. 49 (2012)

**Iris Canor**, Solange horizontal: der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2/2013

**Joseph Halevi HorowitzWeiler**, Editorial – Kadi: Europe's Modelling?, EJIL 19 (2008)

**Kay Heilbronner**, Detention of Asylum Seekers, European Journal of Migration and Law 9 (2007)

**Hemme Battjes**, European Asylum Law and International Law

**Henri de Waele**, The Role of the European Court of Justice in the Integration Process. A Contemporary and Normative Assesment, Hanse Law Review 6(2010)

**L.M.Poiarés Maduro**, The Euro Crisis and the Democratic Governance of the

**B.de Witte/M.Kumm**, Euro: Legal Political Issues of a Fiscal Crises

**Jean-Paule Jacqué**, The Accession of the European Union, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CML Rev.48(2011)

**Panagiotis Takis Tridimas**, *Winners and Losers in Luxembourg: A statistical Analysis*

**Gabriel Gari**, *of judicial Review before the European Court of Justice and the Court of First Instance (2001-2005)*,

**Paul Gragl**, *The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg’s M.S.S. Judgement and its implications for the European Union’s Legal Order*, *European Union’s Legal Order*, *European Yearbook of Human Rights 2012*

**Richard Bonnot Lillich**, *The Soering Case*, *AJIL 85 (1991)*

**Sophie Lieven**, *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10 M.E. and others*, 21.12.2011, *European Journal on Migration and Law 14(2012)*

**Steve Peer/Angela Ward (Hrsg.)**, *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, 2004

**Tequila J.Brooks**, *Can Frontex be held Liable for Human Rights Violations?, Potential Application of Recent European Case Law to the Activities of an Intergovernmental Agency*

**Thomas von Danwitz**, *A Fresh Start for the Charter: Fundamental*

**Katherina Paraschas**, *Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Right*, *Fordham International Law Journal Vol.35 (2012)*

**Violeta Moreno-Lax**, *Dismantling the Dublin System; M.S.S. v. Belgium and Greece*, *European Journal on Migration Law 14 (2012)*

**Vassilis Hatzopoulos**, *The Court’s Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?*, *CML Rev.50 (2013)*



# ÖLÜM VAKALARININ TÜRKİYE'DE VERGİSEL AÇIDAN DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR

*Judicial Results Endangered by Death Cases in Turkey from A Taxaitional Perspective*

**Prof. Dr. Ersan ÖZ<sup>1</sup>, Arş. Gör. Ersin YAVUZ<sup>2</sup>, Arş. Gör. Fatih AKÇAY<sup>3</sup>**

Geliş Tarihi: 10.02.2017

Kabul Tarihi: 21.05.2017

## ÖZET

Her ne kadar acı bir hadise olsa da hayatın gerçeği olan ölüm vakasının birçok sonucu bulunmaktadır. Bu kapsamda vergisel yükümlülükler ve bunların mirasçılar tarafından bilinmesi büyük önem arz etmektedir. Çalışmanın amacı, ölüm olayının gerçekleşmesini takiben yasal mevzuatlar çerçevesinde mirasçılarının neler yapması gerektiğini ve hangi haklara sahip olduklarını incelemektir. Çalışmada, mirasçılarının asli ve şekli vergisel ödevleri Vergi Usul Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Özel Tüketim Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve son olarak Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu açılarından değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Ölüm, Ölüm Vakasının Vergisel Yükümlülükleri, Mirasçı, Mirasçı.

## ABSTRACT

Although it is a painful event, there are many consequences of the concept of death, which is the reality of life. In this context, tax liabilities and knowing these liabilities by inheritors are very important. The aim of the paper is to examine what the heirs should do and how they have rights within the framework of legislation after the death has occurred. In this study, main and formal assignments of heirs are assessed in terms of Tax Procedure Law, Income Tax Law, Value Added Tax Law, Private Consumption Tax Law, Law on Collection Procedure of Assets and finally Inheritance and Transfer Tax Law.

**Keywords:** Death, Taxaitional Liabilities of Death Case, Deceased, Inheritor.

## GİRİŞ

Hukuk insanların hayatını düzenleyen kurallar bütünüdür. Hayat ise doğum ile ölüm arasında geçen yaşam sürecidir. Hayatın bir gerçeği olan doğum ve ölüme de hukuk kurallarıyla bir takım düzenlemeler getirilmektedir. Doğum elimizde olan bir durum olmamakla birlikte hayatta kalabilmek için insanlığın bazı ihtiyaçlarını karşılaması gerekmektedir. Bu ihtiyaçlar bireysel ve toplumsal ihtiyaçlardır. Toplumsal ihtiyaçlar devlet tarafından karşılanmakta ve finansmanı, toplumsal ihtiyaçları sağlayan otorite tarafından belirlenen oran ve miktarda halk tarafından sağlanmaktadır. Benjamin Franklin (1706-90), bu dünyada belirsizliklerin olduğunu fakat ölüm ve vergi

<sup>1</sup> Pamukkale Üniversitesi, İ.İ.B.F., Maliye Bölümü, ersanoz@pau.edu.tr

<sup>2</sup> Pamukkale Üniversitesi, İ.İ.B.F., Maliye Bölümü, ersiny@pau.edu.tr

<sup>3</sup> Pamukkale Üniversitesi, İ.İ.B.F., Maliye Bölümü, fakcay@pau.edu.tr

kadar kesin bir şey olmadığını söyler (“*In this world nothing can be said to be certain, except death and taxes*”).

Ölüm TDK'da “*insan hayatının tam ve kesin olarak sona ermesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Budak'a göre ölüm, “*kişinin yaşama belirtilerinin hepsinin durması, hayatın sona ermesi, başka bir ifadeyle insanın soluk alıp vermesinin noktalanması ve kalp atışlarının tamamen durması, kişiliğin sona ermesidir.*”<sup>4</sup>Akmaz'a göre ise “*Ölüm vergi hukuku bakımından mükellefiyeti ve vergi cezasını kaldıran ve kanuni ve mansup mirasçılara<sup>5</sup> görev ve yükümlülükler yükleyen hukuki bir olaydır.*”<sup>6</sup>Ölüm, Türk Medeni Kanununda kişiliğin sona ermesi olarak tanımlanmaktadır. Kişiliğin son bulması, bireylerin hukuki zeminde işlem yapabilme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Ölüm olayının ardından murise ilişkin ikmalî gereken vergisel ödevler noktasında da mirasçılara çeşitli sorumluluklar düşmektedir.<sup>7</sup>

Medeni Kanunun 28'inci maddesine göre, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer.*” Doğal ve biyolojik bir olay olan ölümün aynı zamanda kişiliğin sona ermesi gibi bir sonuç doğurması hukuki bir sonuç olarak değerlendirilmektedir.<sup>8</sup> Nitekim ölümlle bireyin hukuksal yönden kişiliği de sona ermektedir. Ölümün yanı sıra ölüm karinesi<sup>9</sup> ve gaiplik<sup>10</sup> kavramları da hukuksal yönden kişiliğin sona ermesine neden

<sup>4</sup> Tamer Budak, Türk Vergi Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Sonuçları (Gerçek Kişiler), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 16.

<sup>5</sup> Mirasçılık ya kanuna yada murisin iradesine dayanır. Kanuna dayanan mirasçılığa “*kanuni mirasçılık*”, murisin iradesine dayanan mirasçılığa da “*mansup mirasçılık*” denir. Gelir İdaresi Başkanlığı, “*Mirasçıların Vergisel Yükümlülükleri Rehberi*”, Mükellef hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No: 154, Nisan, 2014, s. 2.

<sup>6</sup> Kemal Akmaz, “*Ölüm Olayının Katma Değer Vergisi Açısından Doğurduğu Sorun ve Sonuçlar*”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:59, 2008, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=8848&arananKey=KEMAL%20AKMAZ>, (Erişim Tarihi: 04.01.2017).

<sup>7</sup> Ömer Erdal, “*Vergi Usul Kanunu'nda Ölüm ve Sonuçları*”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 262, Mart, 2010, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/vergi-usul-kanununda-olum-ve-sonuclari/2854>, (Erişim Tarihi: 06.01.2017).

<sup>8</sup> Uğur Gökalp, “*Ölüm Olayı Üzerine Mirasçıların Vergi Kanunları Karşısındaki Ödev ve Sorumlulukları*”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 15, Mart, 1984, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/olum-olayi-uzerine-mirascilarin-vergi-kanunlari-karsisindaki-odev-ve-sorumluluklari/4277>, (Erişim Tarihi: 02.01.2017).

<sup>9</sup> Ölüm Karinesi: Medeni Kanun, Madde 31- “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*”

<sup>10</sup> **Gaiplik**: Medeni Kanun, Madde 32-“*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir.*” Madde 33- “*Gaiplik kararının istenebilmesi*



olmaktadır.<sup>11</sup>

Çalışmada, kişiliği sona eren bireylerin sonraki süreçte mirasçılarının vergisel hakları ve ödevlerine ilişkin maddeler çeşitli mevzuatlar açısından incelenmektedir.

## 1. VERGİ USUL KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye’de halihazırda geçerli olan 04/01/1961 tarihinde kabul edilen 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 10/01/1961 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 417 maddeden oluşan VUK, genel bütçeye, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçları konu edinmektedir. Gümrük idareleri kapsamındaki vergi ve resimleri ise içermemektedir.<sup>12</sup> Ölüm vakası VUK açısından değerlendirilirken mirasçılarının sorumluluğu, işi bırakma bildirim ve süresi, incelemenin yapılacağı yer, vak’a ve intikalin bildirim, yasal süreler ve özel ödeme zamanları ve vergi cezaları başlıkları incelenecektir.

### 1.1. Mirasçılarının Sorumluluğu

Türkiye’deki vergi kanunları gereği mükelleflerin, üzerilerine düşen vergileri ödemek, bildirimde bulunmak, defter tutmak ve tasdik ettirmek, kayıt nizamına uymak, kayıtları belgelemek, defter ve belgelerle diğer kayıtların muhafazası gibi çeşitli ödevleri bulunmaktadır.<sup>13</sup> Fakat ölüm vakası gibi kişiliği sona erdiren bir durumda mükellefin bu ödevlerinin kim tarafından nasıl yerine getirileceği VUK’un 12’nci maddesinde açıklanmaktadır: “*Ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılarında geçer. Ancak, mirasçılardan herbiri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar.*” Dolayısıyla mirası kabul eden mirasçılar mirasın tüm vergisel ödevlerinden sorumludurlar. Bu ödevler asli (verginin ödenmesi) ve şekli (beyanname vermek, defter tutmak vb.) ödevlerdir.

---

*için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. Mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır. Bu süre, ilk ilânın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır.”* Madde 34- “*Gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer.*” Madde 35- “*İlândan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur.*”

<sup>11</sup> Tamer Budak, *a.g.e.*, s. 15-16.

<sup>12</sup> Tamer Budak, *a.g.e.*, s. 49-50.

<sup>13</sup> Osman Pehlivan, Vergi Hukuku-Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2014, s. 50-52.

Bu kapsamda ayrıca dikkat edilmesi gereken bir kavram “*muayyen mal vasiyetidir.*” Lehine muayyen mal vasiyeti yapılan bir kimse murisin vergi borçlarından sorumlu tutulamaz. Çünkü bu bağlamda değerlendirilen biri Medeni Kanuna göre külli halef değil, cüzi haleftir. Dolayısıyla murisin herhangi bir borcundan sorumlu değildir.<sup>14</sup>

Medeni Kanununun 610’uncu maddesine göre, “*Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur.*” Aynı kanununun 606’ncı maddesinde ise mirasçılarının reddetme durumunu açıklamaktadır: “*Miras, üç ay içinde reddolunabilir. Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar.*”

## 1.2. İşi Bırakma Bildirimi ve Süresi

VUK’un 161’inci maddesi işi bırakmanın tarifini yapmaktadır: “*Vergiye tabi olmayı gerektiren muamelelerin tamamen durdurulması ve sona ermesi işi bırakmayı ifade eder. İşlerin herhangi bir sebep yüzünden geçici bir süre için durdurulması işi bırakma sayılmaz.*” Yine aynı kanununun 164’üncü maddesinde ise ölüm halinde işi bırakma bildirimlerinin nasıl ve kim tarafından yapılacağı açıklanmaktadır: “*Ölüm işi bırakma hükmündedir. Ölüm mükellefin mirası reddetmemiş mirasçıları tarafından vergi dairesine bildirilir. Mirasçılardan herhangi birinin ölümü bildirmesi diğer mirasçıları bu ödevden kurtarır.*”

VUK’un 168’inci maddesi uyarınca işi bırakma eyleminde, bırakma olayının gerçekleştiği andan itibaren bir ay içerisinde mükellef tarafından vergi dairesine bildirilmelidir. Fakat VUK’un 16’ncı maddesi mirasçılara murisin vergi ödevlerine yerine getirme noktasında normal süreye ek olarak üç ay vermesi, ölüm olayında işi bırakma eyleminin bildirilmesi süresini toplamda dört aya çıkarmaktadır. 169’uncu madde gereği, bildirimlerin yazılı yapılması gerektiği eğer sözlü bildirim ise tutanak tutulması gerektiği belirtilmektedir.

Eğer mirasçılarının tamamı mirası reddetmiş veya reddedilmişse, ölüm olayını bildirme görevinin nasıl gerçekleşeceğini TMK’nın 501’inci maddesi açıklamaktadır. Buna göre, mirasçı bırakmadan ölen bir murisin mirası Devlete geçer ve bildirim ödevi ortadan kalkar.

---

<sup>14</sup> Akif Akarca, Mehmet Şafak, “Ölüm Halinde Gelir Vergilemesi”, 2012, <http://www.dunya.com/kose-yazisi/olum-halinde-gelir-vergilemesi/12469>, (Erişim Tarihi:03.01.2017).

### 1.3. İncelemenin Yapılacağı Yer

VUK'un 139'uncu maddesinde mükellefin ölümünün ardından vergi incelemesinin detayları açıklanmaktadır: *"Vergi incelemeleri, esas itibariyle incelemeye tabi olanın iş yerinde yapılır. İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkansız olur veya mükellef ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir. Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenilir. İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya vesikaları belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve vesikalarını daireye getirmesi için münasip bir mühlet verilir."*

### 1.4. Vak'a ve İntikalin Bildirimi

Ölüm olayının vergi dairesine bildirilmesi ödevi, sadece mirasçılara ait bir görev değildir. VUK'un 150'nci maddesi gereği, *"Aşağıda yazılı resmi makamlarla gerçek ve tüzel kişiler, her ay muttali oldukları ölüm vakaları ile intikalleri ertesi ayın 15 inci günü akşamına kadar vergi dairesine yazı ile bildirmeye mecburdurlar."* Bunlar:

- Sulh yargıçları, icra, nüfus ve tapu memurları;
- Yabancı memleketlerdeki Türk konsolosları veya konsolosluk görevini yapanlar (Memur oldukları yerde ölen Türk tebaasının soyadı, adı ve sıfatları ile Türkiye'deki ikametgahlarını Maliye Bakanlığına bildirirler);
- Mahalle ve köy muhtarları (Kendi mahalle veya köylerinde ölenleri bildirirler);
- Banka, bankerler ve şirketler ile emanet kabul eden gerçek ve tüzel kişiler (Mevduat, şirket hissesi, emanet para ve eşya veya sair suretle alacak sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin soyadını, adını, alacağınev'ini ve miktarını bildirirler).

Bu madde kapsamında belirtilen sürelerde ölüm olayını bildirmeyenler özel usulsüzlük kabahati işlemiş sayılmaktadır.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Ölüm olayının ayrıca çeşitli kurumlara bildirilmesi gerekir. 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun** 11'inci maddesinin 5'inci fıkrasında; *"...işyerinin miras yoluyla intikali halinde ise mirasçılar, ölüm tarihinden itibaren en geç üç ay içinde, işyeri bildirgesini Kuruma vermekle yükümlüdür..."* denilmektedir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere uygulanacak yaptırım aynı kanunun 102/b maddesinde açıklanmaktadır: *"1) Kamu idareleri ile bilânço esasına göre defter tutmak zorunda olanlar için asgari ücretin üç katı tutarında, 2) Diğer defterleri tutmak zorunda olanlar için asgari ücretin iki katı tutarında, 3) Defter tutmakla yükümlü olmayanlar için bir aylık asgari ücret tutarında, idari para cezası uygulanır."*4857 sayılı İş Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, *"Bu Kanunun kapsamına*

### 1.5. Yasal Süreler ve Özel Ödeme Zamanları

Ölüm gibi üzücü bir hadisede mirasçılarının içinde bulunduğu ortam ve koşullar nedeniyle haber alması ve murisin vergisel ödevlerini yerine getirmesi biraz zaman alabilir. Ayrıca mirasçılarının mirası reddedip reddetmeme noktasında üç ay sürelerinin olması, VUK'da bu konuda düzenleme yapmayı zorunlu kılmıştır.<sup>16</sup>VUK'un 16'ncı maddesine göre, "*Vergi kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde ölüm dolayısıyla mirasçılara geçen ödevlerin yerine getirilmesinde bildirme ve beyanname verme sürelerine üç ay eklenir.*"

VUK'un 112'inci maddesinde ise özel ödeme zamanları belirtilmektedir: "... *Memleketi terk ve ölüm gibi mükellefiyetin kalkmasını mucip haller dolayısıyla beyan üzerine tarh olunan vergiler, beyanname verme süreleri içinde ödenir... Memleketi terk edenlerin, ölenlerin veya benzeri haller dolayısıyla mükellefiyetleri kalkanların ikmalen, re'sen veya idarece tarh olunan vergileri tahakkuk tarihinden başlayarak bir ay içinde ödenir. Bu fıkrada yazılı tahsil*

*giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır."* 23.10.2006 tarih ve 26355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "**Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**", 65'inci maddesine göre, "(1) Ölüm, meydana geldiği yer ve koşullara bağlı olarak aşağıda belirtilen görevliler tarafından bildirilir: a) Şehir ve kasabalarda 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gereğince defin ruhsatı vermeye yetkili olanlar, b) Köylerde, varsa resmî tabip veya sağlık kuruluşu yetkilileri, yoksa köy muhtarları, c) Hastane ve bakım evi gibi sağlık kurumlarında kurum amirlikleri, ç) Askerî birliklerde tabipler veya iç hizmet mevzuatına göre kıta komutanlıklarınca görevlendirilmiş olanlar ve askerlik şubeleri, d) Afetlerde mülkî idare amirlerince görevlendirilecek memurlar, e) Adli olaylarda ve kazalarda ilgili Cumhuriyet savcılıkları. (2) Yukarıda belirtilen görevliler olayın meydana geldiği, dış temsilciliklerimiz ise olaydan haberdar oldukları tarihten itibaren on gün içerisinde, Genel Müdürlüğe ya da nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler. (3) Kanunî süre geçtikten sonra nüfus müdürlüklerine gelen ölümlere ait tutanaklar resmî sağlık kurumları kayıtlarına veya diğer resmî belgelere dayanılarak düzenlenmiş ise nüfus müdürlüklerince kabul edilip işleme alınır. (4) Yurt içinde meydana gelen ölümlerde, ölüm nerede meydana gelmişse o yerin nüfus müdürlüğüne, ölüm yerinin tespit edilememesi halinde ceset nerede bulunmuşsa o yerin, ölüm bir taşıt içinde olmuşsa bu taşıttan çıkarıldığı yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir. (5) Ölüm tutanaklarına varsa nüfus cüzdanı da eklenir. Nüfus cüzdanı yoksa bu husus tutanağın ilgili alanında belirtilir."Tamer Budak, a.g.e., s. 57. Ölen şahsın bir ticaret erbabı olması halinde bağlı olduğu Ticaret Odasına, esnaf olması halinde bağlı bulunduğu Esnaf ve Sanatkârlar Odasına, serbest meslek sahibi olması halinde bağlı bulunduğu mesleki teşekkülüne ölüm olayının mirasçılar tarafından yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Özcan Altunkara, "*Gelir Vergisi Mükellefinin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumlulukları*", E-Yaklaşım Dergisi, Ağustos, Sayı:212, 2010, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=11623>,(Erişim Tarihi: 05.01.2017).

<sup>16</sup> Tamer Budak, a.g.e., s. 58.

*süreleri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun mucibince teminat gösterildiği takdirde, Vergi Kanunu ile belli taksit zamanına kadar veya taksit zamanı geçmiş ise üç ay uzatılır.”*

## 1.6. Vergi Cezaları

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38’inci maddesinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği vurgulanmaktadır. Benzer ifade TCK’nın 20/1’inci maddesinde, *“Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının filinden dolayı sorumlu tutulamaz”* şeklinde belirtilmektedir. Tüm bunların ışığında şahsın cezasının başka bir bireye yüklenemeyeceği görüşü vergi cezalarında da geçerliliğini korumaktadır. VUK’un 372’nci maddesinde, *“Ölüm halinde vergi cezası düşer”* ibaresi yer almaktadır.

Diğer yandan mirasçıların sorumlulukları başladıktan sonra yerine getirmedikleri vergisel ödevler nedeniyle verilen cezalardan kendi hisseleri kadar sorumludurlar. Ayrıca murisin vergi aslı ve aslına bağlı olarak hesaplanan gecikme zammı, gecikme faizi, tecil faizi, pişmanlık zammı ve haksız çıkma zammından oluşan fer’i kamu alacakları, ceza mahiyetinde olmadıklarından ölüm olayından etkilenmez ve mirasçılara intikal etmektedir.<sup>17</sup>

## 2. GELİR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

31.12.1960 tarihinde kabul edilen 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 06.01.1961 tarihinde 10700 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. GVK toplam 126 maddeden oluşmaktadır. GVK açısından ölüm vakası, beyannamenin verilmesi, serbest meslek kazançları istisnası ve mirasçılarının işe devam etmesi başlıkları açısından incelenecektir.

### 2.1. Beyanname Verilmesi

Türk vergi sistemi temel anlamda beyan esaslıdır. *“Beyan esaslı ise mükelleflerin elde ettiği gelirlerini bizzat kendilerinin idareye bildirmesine dayalı bir sistemdir. Bu sistemde vergi matrahı mükelleftarafından belirlenip idareye beyan edilir.”*<sup>18</sup>GVK’nın 83’üncü maddesine göre, *“Hilafına hüküm olmadıkça, Gelir Vergisi mükellefin veya vergi sorumlusunun beyanı üzerine tarh olunur.”* 84’üncü maddede, bu beyannamelerin yıllık, muhtasar ve münferit şeklinde üç çeşit oldukları belirtilmektedir. GVK’ya göre, mükellefler bir takvim yılı içerisinde elde ettikleri kazanç ve iratlar için yıllık beyanname verirler. Ölüm olayında ise kanun özel olarak ek süre tanımlamaktadır. Buna

---

<sup>17</sup> Tamer Budak, *a.g.e.*, s. 63.

<sup>18</sup> Recep Beyazkılıç, Mesut Kaplan, “Ölüm Halinde Vergi Cezalarının Terkini”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 234, Mart, 2008, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/olum-halinde-vergi-cezalarinin-terkini/2164>, (Erişim Tarihi: 04.01.2017).

göre, “Bir takvim yılına ait beyanname izleyen yılın Mart ayının başından yirmibeşinci günü akşamına kadar, gelirin sadece basit usulde tespit edilen ticarî kazançlardan ibaret olması halinde izleyen yılın Şubat ayının başından yirmibeşinci günü akşamına kadar, tam mükellefiyette vergiyi tarha yetkili vergi dairesine, dar mükellefiyette Türkiye’de vergi muhatabı mevcutsa onun Türkiye’de oturduğu yerin, Türkiye’de vergi muhatabı yoksa işyerinin, işyeri birden fazla ise bu işyerlerinden herhangi birisinin bulunduğu yer vergi dairesine verilir veya taahhütlü olarak posta ile gönderilir. Takvim yılı içinde memleketi terk edenlerin beyannameleri memleketi terke takaddüm eden 15 gün, ölüm halinde, **ölüm tarihinden itibaren 4 ay içinde verilir**”(GVK m. 92).

Ölümün gerçekleştiği tarih ile ilgili takvim yılının başı arasındaki süre “kıst dönemi”olarak adlandırılmaktadır.Ölüm tarihi itibarıyla ölen mükellefin kıst döneme ait gelir vergisi beyannamesinin verilmesi mirası reddetmeyen mirasçılardan ödevlerindedir.<sup>19</sup>Bu kıst dönemi de kendi içinde bir vergilendirme dönemi sayıldığından 4 aylık süre burada da geçerlidir. Bu kapsamda,mirasçılardan beyanname ödevlerini kıst döneminin sonundan başlamak üzere 4 ay içerisinde yerine getirmeleri gerekmektedir.<sup>20</sup>

Geçici beyanname ile ilgili GVK’nın 120’nci maddesi, “Ticari kazanç sahipleri (basit usulde vergilendirilenler hariç) ile serbest meslek erbabı cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere, bu Kanunun ticari veya mesleki kazancın tespitine ilişkin hükümlerine göre (indirim ve istisnalar ile Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri de dikkate alınarak) belirlenen ilgili hesap döneminin altışar aylık kazançları (42 nci madde kapsamına giren kazançlar ile noterlik görevini ifa ile mükellef olanların bu işlerden sağladıkları kazançlar hariç) üzerinden, 103 üncü maddede yer alan tarifinin ilk gelir dilimine uygulanan oranda geçici vergi öderler. Geçici vergi matrahının hesaplanmasında dönem sonu mal mevcutları, kayıtlar üzerinden tespit edilebilir... İşin bırakılması halinde, işin bırakıldığı dönemi izleyen dönemlerde geçici vergi ödenmez” şeklinde hüküm belirtmektedir. Buna göre, murisin ölüm tarihi itibarıyla içinde bulunduğu 3 aylık dönem için mirasçılarının geçici beyanname vermesi gerekmemekle beraber geçmiş dönemlere<sup>21</sup> ait

<sup>19</sup> Cengiz Sazak, “Mirasçılardan Vergisel Yükümlülükleri”, Mali Çözüm İSMMMOMO Yayın Organı, Mayıs-Haziran, Sayı:87, 2008, s. 165.

<sup>20</sup> Mehmet Korkusuz, “Ölüm Olayının Vergi Hukuku Açısından Sonuçları”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 24, 1994,<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/24MaliCozum/06-MehmetKorkusuz23.doc>, (Erişim Tarihi: 05.01.2017).

<sup>21</sup> Gelir vergisi ile ilgili mirasçılardan bir diğer ödevi de, ölen kişinin ölüm tarihi itibarıyla geçmiş yıla ait gelir vergisi beyannamesi verilmemiş ise, yerine getirmektir. GVK’nın 92’nci maddesinde yer alan hüküm, ölümün gerçekleştiği yılı ve önceki yılı da kapsar. Bu sebeple, VUK’un 16’ncı maddesinde (Vergi kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde ölüm dolayısıyla mirasçılara geçen ödevlerin yerine getirilmesinde bildirme ve beyanname verme sürelerine üç ay eklenir) yer alan hüküm, GVK’da yer alan 4 aylık beyanname verme süresine

vermediği geçici beyannamelerinden mirasçılarını sorumludurlar.

KDVK'nın 41'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “Mükellefler ve vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar Katma Değer Vergisi beyannamelerini, vergilendirme dönemini takip eden ayın 24'üncü günü akşamına kadar ilgili vergi dairesine vermekle yükümlüdürler” hükmü yer almaktadır. Bununla beraber aynı maddenin 4'üncü fıkrası “İşini bırakan mükellefin Katma Değer Vergisi beyannamesi, işini bıraktığı tarihi izleyen ayın 24'üncü günü akşamına kadar verilir” ifadesine yer vermektedir. İlk bakışta, ölümün işi bırakma hükmünde (VUK, m.164) olduğu akla gelmekte ve ölüm halinde KDV beyannamesinin izleyen ayın 24'üncü günü akşamına kadar verileceği düşünülebilmektedir. Fakat burada, GVK'da olduğu gibi ölüm dolayısıyla beyanname verme süresinin uzaması ile ilgili (gelir muhtasar, katma değer, damga ve harç gibi) özel bir hüküm yer almadığı için VUK'un 16'ncı maddesinde, ölüm dolayısıyla mirasçılara geçen ödevlerin yerine getirilmesinde bildirme ve beyanname verme sürelerine 3 ay ekleneceği hükmünün uygulanması gereklidir.<sup>22</sup> Dolayısıyla bu 1 aylık sürenin dikkate alınmaması gerekir. Nitekim 1 sıra Nolu KDV Genel Tebliğinin özel haller başlıklı 4'üncü maddesinin 1'inci maddesi “Mükellefin ölümü halinde, katma değer vergisi beyannamesinin verilme süresine 3 ay eklenecektir” hükmünü belirtmektedir.<sup>23</sup>

GVK'nın da bazı gelirlerin elde edilmesi tahsilat esasına bağlanmıştır. Ölüm olayından sonra gerçekleşecek murise ait olan tahsilat durumu, mirasçılara tanınan 4 ay içinde gerçekleşmiş ise murisin beyannamesine, daha sonra ise mirasçının beyannamesine yansıtılması gerektiği görüşü savunulmaktadır.<sup>24</sup>

Dar mükellefin ölmesi durumunda, eğer mükellefe ait mirasçılar Türkiye'de ise vergisel yükümlülüklerini yerine getirebilir. Fakat mirasçılarını yurtdışında ise, Türkiye'de ölen mükellefin vergisel ödevlerinin kimin yerine getireceği ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut değildir.<sup>25</sup>

Diğer yandan, ölüm hadisesinin vuku bulduğu anda yaşanan duygusal yoğunluk da göz önüne alınırsa, mirası reddetmemiş mirasçılar bazı malları

---

ilişkin özel hüküm nedeniyle uygulanmamaktadır. Buradan yola çıkarak, ölen mükellefin yıllık gelir vergisi beyannamesi, ister geçmiş yıla (geçmiş yılın kazancına ait beyanname vergi döneminin geçmemesi kaydıyla) ait, ister ölüm olayının gerçekleştiği yıla ait olsun, ölüm tarihinden itibaren 4 ay içinde verilecektir. Ramazan Cenk, “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Vergi Hukuku Açısından Sorumluluğu”, E-Yaklaşım Dergisi, Sayı:221, Mayıs, 2011, <http://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=12656&arananKey=RAMAZAN%20CENK>, (Erişim Tarihi: 02.01.2017).

<sup>22</sup> Ramazan Cenk, a.g.m., 2011.

<sup>23</sup> 1 Seri No'lu KDV Genel Tebliği, <http://www.gib.gov.tr/node/87236>, (Erişim Tarihi: 25.01.2017).

<sup>24</sup> Mehmet Korkusuz, a.g.m., 1994.

<sup>25</sup> Tamer Budak, a.g.e., s. 81.



beyan etmeyi unutmüş olabilir. Yahut ölen adına bilmedikleri bazı malların olduğu bilgisine ulaşabilirler. Veraset ve İntikal Vergisi beyannamelerini veren mükelleflerin sonradan herhangi bir nedenle beyan dışı kaldığı anlaşılan mirasa dahil malları ek beyanname ile beyan etmeleri halinde, bu beyanlar üzerinden verginin tarhi sırasında ceza ve gecikme faizi uygulamaları bakımından yapılacak işlemler konusunda Maliye Bakanlığı'nın 2000/1 Seri No.lu "Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) İç Genelgesi" vardır. Genelgeye göre, VİVK'nın 20'nci maddesi uyarınca verilen beyanname gösterilmeyen mallar ile beyanname verilmeyen hallerde mükellefiyet, intikal eden malların idarece tespit olduğu tarihte başlamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu intikale konu malların mükellefler tarafından idarece beyana davet edilmeden kendi rızalarıyla veya beyana çağrı ile tanınan ek süre içinde ek beyanname ile beyanı halinde yapılan tarhiyat, bu mallar açısından ilk tarhiyat olacağı ifade edilmektedir. Kızılot'a göre, varisler kısmen veya tamamen beyan etmeyi unuttukları mirası, aradan beş yıl veya 10 yıl geçmiş olsa bile beyan edebilirler. Beyan edilecek değer ise ölüm tarihindeki değer olacaktır. Ayrıca, beyanname verildiğinde, vergi dairesinde, gecikme faizi ve vergi ziyai cezası da uygulanmayacak, sembolik tutarda ikinci derece usulsüzlük cezası uygulanacaktır.<sup>26</sup>

## 2.2. Serbest Meslek Kazançları İstisnası

GVK'nın 18'inci maddesine göre, "Müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucitlerin ve bunların kanuni mirasçılarının şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band, radyo ve televizyon senarya ve oyunu gibi eserlerini gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlamak veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserleri ile ihtira beratlarını satmak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devir ve temlik etmek veya kiralamak suretiyle elde ettikleri hasılat Gelir Vergisinden müstesnadır."

Bu hüküm değerlendirildiğinde, murisin kanuni mirasçıları muris üzerinden kalan bir eseri satmaları, kiraya vermeleri veya çeşitli şekillerde elde ettikleri kazançlar serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecek ve gelir vergisinden istisna edilecektir. Eğer mirasçı kanuni değil de mansup mirasçı ise ilgili eserin kiraya verilmesi sonucu elde edilen gelirler gayrimenkul sermaye iradı iken, satılması sonucu elde edilen gelirler diğer kazanç ve iratlar olarak değerlendirilmektedir.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Şükrü Kızılot, "Zehra Teyze'nin bildirmeyi unuttuğu miras", 25 Ekim 2012, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/21775572.asp>, (Erişim Tarihi: 04.02.2017).

<sup>27</sup> Tamer Budak, *a.g.e.*, s. 83.



### 2.3. Mirasçıların İşe Devam Etmesi

GVK'nın 81/1'inci maddesine göre, *"Ferdî bir işletmenin sahibinin ölümü halinde, kanunî mirasçılar tarafından işletmenin faaliyetine devam olunması ve mirasçılar tarafından işletmeye dahil iktisadî kıymetlerin kayıtlı değerleriyle (bilanço esasına göre defter tutuluyorsa bilançonun aktif ve pasifiyle bütün halinde) aynen devir alınması"* vergilendirilmeyecek değer artış kazançları içerisinde. Devlet buradaki değer artış kazancından vazgeçerek, murisin ardından işletmenin devamlılığı yönünde teşvik edici politika uygulamaktadır. Eğer mirasçılar işi devam ettirme kararı alırlarsa, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 2001/1 sıra no'lu VUK İç Genelgesine göre, murisin ölüm tarihini takiben bir ay içerisinde işe başlama bildiriminde<sup>28</sup> bulunması gerektiği aksi taktirde VUK'un 352'nci maddesi gereği usulsüzlük cezası kesileceği belirtilmektedir.<sup>29</sup>

GVK'nın 80/5'inci maddesi ise mirasçıların işletmenin faaliyetine devam etmemesi ve elden çıkarmak istemesi neticesinde elde edecekleri kazancı, değer artış kazancı olarak vergilendirileceğini belirtmektedir. Mirasçıların işletmeyi devam ettirmeme kararı almaları halinde murisin mükellefiyeti ölüm tarihi itibarıyla sona ermiş sayılmaktadır. Bu durumda işletmeye ait defter ve belgelerin muhafaza ve ibraz yükümlülüğü (VUK 253-257) mirasçılardan tarafından yerine getirilmelidir.<sup>30</sup>

### 3. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

25.10.1984 tarihinde kabul edilen 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 02.11.1984 tarihinde 18563 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. KDV toplam 63 maddeden oluşmaktadır. Bu bölümde ölüm vakasının sonuçları, ferdi işletmenin devri açısından KDV istisnası ve ödeme kaydedici cihazlar açısından değerlendirilmesi başlıkları altında incelenecektir.

---

<sup>28</sup> Ticaret Sicili Tüzüğü; Bakanlar Kurulu'nun 02/02/1957 tarih, 8604 sayılı Kararı ile yürürlüğe konulmuş ve 98-11548 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilmiş, 28/08/1998 tarih 23447 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. *"Ticaret Sicilinin Tüzüğü'nün 32. maddesinde; "Hakiki bir şahsa ait olan bir işletmenin sahibinin ölümü halinde işletmenin faaliyeti sona ermiş olur ve yeniden faaliyete geçmesi umulmazsa sicil memuru mirasçılardan bir tanesinin istekte bulunmasını işletmenin ve unvanın kaydının silinmesi için kâfi sayabilir" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere ticari bir işletme sahibi bulunan şahsın vefatı halinde durumun mirasçılar tarafından bildirilmesi ve ölen kişinin Ticaret Sicilinde bulunan kaydının terkin ettirilmesi gerekmektedir. Ölüm olayının Ticaret Sicil Memurluğuna yazılı olarak bildirilmesi ve bu yazılı bildirimle beraber veraset ilamı ve mal beyannamesinin verilmesi gerekmektedir. Eğer mirasçılar işe devam edeceklerse, aynı ticaret unvanı altında kendi adlarına yeni bir tescil işlemi yaptırmaları gerekecektir."*Özcan Altunkara, a.g.m., 2010.

<sup>29</sup> Ayşe Gınalı, *"Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu"*, Mali Çözüm İSMMMO Yayın Organı, Ocak-Şubat, 2011, s.233.

<sup>30</sup> Ayşe Gınalı, a.g.m., s. 232-233.

### 3.1. Ferdi İşletmenin Devri Açısından KDV İstisnası

KDVK'nın 1'inci maddesinde verginin konusu belirtilirken 1'inci bendinde "Ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler..." ibaresi geçmektedir. Aynı kanunun 2'nci maddesi ise teslim kelimesini tanımlamaktadır: "Teslim, bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce, alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesidir." Bu maddelerin ışığında yukarıda sayılan işlerin herhangi biriyle uğraşan bir murisin ticari işletmesinden mirasçılara kalan mallar KDVK kapsamında teslim sayılmakta ve KDV kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>31</sup>

KDVK'nın 17/4-c maddesi gereği, "Gelir Vergisi Kanununun 81'inci maddesinde belirtilen işlemler ile Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan devir ve bölünme işlemleri" KDV'den istisnadır. Madde incelendiğinde, mirasçılardan bu istisnadan yararlanabilmeleri için, murisin işletmesini devam ettirmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Eğer mirasçılar işletmenin faaliyetlerine devam etmeme kararı alırlarsa bu istisnadan yararlanmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, işletme faaliyeti aynen devam ettiğinden, ölen şahsın son dönem KDV beyannamesinde "Sonraki döneme devreden KDV" bulunması halinde, bu vergi mirasçılar tarafından indirilebilecektir.<sup>32</sup>

Mirasçılardan işletmenin faaliyetlerini devam ettirecekleri varsayımı altında, eğer ölen kişi adi ortaklıkta ortaklardan biri ise malların intikalinde veya kolektif şirket ortaklarından biri ise kayıtlı kıymetlerin aynen devralınmasında, KDV istisnası geçerli olacaktır.<sup>33</sup>

### 3.2. Ödeme Kaydedici Cihazlar Açısından Değerlendirilmesi

KDV Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında 1996/1 Seri No'lu İç Genelgesi'ne göre, işletme sahibi bir murisin varlıklarının kanuni mirasçılara geçmesi halinde, ödeme kaydedici mali cihazlar ile ilgili ölüm tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili vergi dairesine başvurması, ödeme kaydedici cihazın hafızası değiştirilmeden mali bilgilerin tespit edilmesi, ödeme kaydedici cihaza ait levha alındıktan sonra kendi adlarına fiş verecek şekilde programlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu şartlar kapsamında cihazın mali hafızasının değiştirilmesine gerek yoktur.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Mehmet Korkusuz, *a.g.m.*, 1994.

<sup>32</sup> Hüseyin Tokay, "İşletme Sahibinin Ölüm Halinde KDV Uygulaması", Yaklaşım Dergisi, Ağustos, 1997. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, "Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılardan Mükellefiyeti", Özelge, Tarih: 08.08.2011, Sayı: B.07.1.GİB.4.34.19.02-019.01-1220, <http://www.gib.gov.tr/node/100182>, (Erişim Tarihi: 04.02.2017).

<sup>33</sup> Kemal Akmaz, *a.g.m.*, 2008.

<sup>34</sup> Özcan Altunkara, *a.g.m.*, 2010.

#### 4. ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

06.06.2002 tarihinde kabul edilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu, 12.06.2002 tarihinde 24783 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplam 20 maddeden oluşmaktadır.

ÖTVK’nın “Diğer İstisnalar” başlıklı 7’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, II sayılı listedeki kayıt ve tescile tabi mallardaki, malul ve engellilere yönelik istisnalara değinilmektedir. Bu istisnadan yararlanan malul veya engellilerin ölmesi durumunda, bu istisnaların mirasçılar açısından geçerli olabilmesi için çeşitli şartlar mevcuttur. Ölüm olayının gerçekleşmesinin akabinde ÖTV istisnasının uygulandığı haller şu şekildedir:<sup>35</sup>

Malul ve engellilerin, ÖTVK’nın 7/2’nci maddesinde kapsamındaki istisnalardan faydalanılarak satın aldıkları kanuna ekli (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların veraset yoluyla mirasçılara intikalinde ÖTV aranmamaktadır.<sup>36</sup>

Bu madde kapsamında varislere intikal eden araçlar, murisin istisnadan yararlandığı tarihten başlamak üzere 5 yıl süre ile varislerin üzerine kayıtlı olması şartı ile üçüncü kişilere satılmasında ÖTV aranmamaktadır.

---

<sup>35</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, a.g.e., 2014.

<sup>36</sup> “Öte yandan, Kanunun 7/2 nci maddesi kapsamında istisnadan yararlanarak araç iktisap etmiş olan malul ve engellinin ölümü üzerine aracın mirasçılara intikalinden sonra diğer mirasçılarının kendi hisselerinden bir mirasçı lehine feragat etmeleri ve aracın tek bir mirasçı adına tescil edilmesi durumunda ÖTV yönünden şu şekilde işlem tesis edilecektir. Buna göre, muristen mirasçılara intikal etmiş olan terekenin birden fazla mal veya haktan ibaret olması halinde, diğer mirasçılarının vereceği feragatname üzerine aracın tek bir mirasçı adına tescil edilmesi durumunda, intikalin murisin mirasçı olduğunu gösterir veraset ilamı ile diğer mirasçılarının onun lehine miras hakkında feragatini gösterir belgenin ilgili kuruluşlara ibrazı suretiyle bu işlemin “veraset yoluyla intikal” olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmakta, dolayısıyla bu durumda ÖTV aranmadığı gibi, bu kapsamda işlem tesisi için muristen mirasçılara intikal etmiş olan söz konusu aracın dışındaki diğer mal ve haklarla ilgili olarak da aynı mirasçı lehine feragat edilmiş olması aranmamaktadır. Ancak, muristen mirasçılara sadece söz konusu aracın intikal etmiş olması, bundan başka mirasçılara intikal etmiş başka bir mal bulunmaması halinde, aracın miras hisselerinin tek bir mirasçıya devredilmesinin, devralan mirasçı açısından kendi miras hissesine karşılık gelen kısmı hariç olmak üzere “veraset yoluyla intikal” olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, bu işlemin, bir ivaz karşılığı yapılmış ise satım, ivazsız olarak yapılmış ise bağış olarak değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu durumda ÖTV Kanununun (15/2-a) maddesi uyarınca, ilk iktisabında ÖTV istisnası uygulanan söz konusu aracın ilk iktisabındaki matrah üzerinden (miras hissesinin karşılığını teşkil eden kısmı hariç), miras adına kayıt ve tescil tarihindeki orana göre ÖTV beyan edilerek ödenmesi ve düzenlenecek ÖTV ödeme belgesinin ilgili tescil kuruluşuna verilmek suretiyle mirasçı adına kayıt ve tescil işleminin yapılması gerekmektedir.”Gelir İdaresi Başkanlığı, a.g.e., 2014.

## 5. AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUN AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

21.07.1953 tarihinde kabul edilen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu, 28.07.1953 tarihinde 8469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. AATUHK toplam 118 maddeden oluşmaktadır.

AATUHK'nın 1'inci maddesi, *"Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur"* ile kanunun kapsamı belirtilmektedir. 3'üncü maddede ise amme borçlusu şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Amme alacağını ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi şahısları ve bunların kanuni temsilci veya mirasçılarını ve vergi mükelleflerini, vergi sorumlusunu, kefil ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcilerini"* ifade etmektedir.

İlgili kanunda ölüm halinde nasıl bir yol izleneceği 7'nci maddede açıklanmaktadır: *"Borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik edilir. Borçlunun ölümünden evvel başlamış olan muamelelere devam olunur. Terekenin bir mahkeme veya iflas dairesi tarafından tasfiyesini gerektiren haller bu hükmün dışındadır. Mirasın tutulan defter mucibince kabulü halinde, mirasçı, deftere kaydedilmemiş olsa dahi amme alacağından mirastan kendisine düşen miktar ile mesuldür. Defter tutma muamelesinin devamı müddetince satış yapılamaz."* Bu noktada bir ayrıma dikkat çekmek gerekir. Mükellefin vergi dışındaki borçları konusunda mirasçıların sorumlulukları farklılık göstermektedir. Medeni Kanunun 641'inci maddesine göre, *"Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar."* Özetle, vergi borçlarında mirasçılar kendi payları nispetinde sorumlu iken, vergi dışı borçlarda mirasçılar müteselsilen (zincirleme) yani her bir mirasçı borcun tamamından sorumludur. Müteselsilen sorumluluk ilgili kanunun 681'nci maddesi gereği 5 yıl sürmekte, bu tarihten sonra müteselsilen sorumluluk sona ermektedir.

Bu konuda önemli bir nokta da murisin borçlarının, malvarlığında fazla olması halidir. Eğer mirasçılar mirası kabul ederlerse, yukarıda belirtilen maddeler gereği işlemler gerçekleşmektedir. Eğer murisin herhangi bir mirasçısı yoksa veya tüm mirasçılar mirası reddetmişse, Medeni Kanunun 501'inci maddesi uygulanmaktadır. Buna göre, *"Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer."* Murisin borçlarının fazla olması durumu ise ilgili kanunun 631'nci maddesinde açıklanmaktadır: *"Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur."*

Bu madde gereği, murisin borçları fazlaysa ve mirasçısı yoksa önce malvarlığı borçlarını kapatmak için kullanılır. Eğer hala borcu varsa hazineden ayrıca ödeme yapılmamaktadır.

Ölüm halinde takibin geri bırakılması hükmü ilgili kanunun 50'nci maddesinde açıklanmaktadır: *“Karısı yahut kocası, kan ve sıhriyet itibariyle usul veya furuundan birisi ölen borçlu hakkındaki takip ölüm günü ile beraber üç gün için geri bırakılır. Borçlunun ölümü halinde terekenin borçlarından dolayı ölüm günü ile beraber üç gün için takip geri bırakılır. Üç günün bitiminde terekenin borçları için takibata devam olunur. Mirasçılar, mirası kabul veya ret etmemişlerse bu hususta Medeni Kanundaki muayyen müddetler geçinceye kadar takip geri bırakılır.”*Maddede, mirasçıların mirası reddetme veya kabul etme hususunda Medeni Kanuna atf yaptığı görülmektedir. Medenin Kanununun 606'ncı maddesindeki bu süre 3 ay şeklinde belirtilmektedir. Dolayısıyla bu süre zarfında herhangi bir takibata ilişkin hüküm uygulanamaz.

Ayrıca Medeni Kanunu 610'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında *“Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez.”* Bu madde gereği mirasçılar açısından böyle bir durumda ret süresi beklenmeden takip ve tahsil işlemlerine devam edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>37</sup>

## 6. VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

08.06.1959 tarihinde kabul edilen 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, 15.06.1959 tarihinde 10231 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. VİVK toplam 26 maddeden oluşmaktadır.

VİVK'nın 1/1'inci maddesinde, *“Türkiye Cumhuriyeti tabiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye'de bulunan malların veraset tarihiyle veya herhangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer şahsa intikali Veraset ve İntikal Vergisine tabidir.”*Veraset kavramının tanımı VİVK'nın 2'nci maddesinin c bendinde açıklanmaktadır: *“Veraset” tabiri; miras vasiyet ve miras mukavelesi gibi ölüme bağlı tasarruflar*”dır. VİVK kapsamındaki vergi mükellefinin tanımı ise ilgili kanunun 5'inci maddesinde belirtilmektedir: *“Veraset ve İntikal Vergisinin mükellefi, veraset tarihiyle veya ivazsız bir tarzda mal iktisabeden şahıstır.”*

VUK'un 19'uncu maddesinde vergiyi doğuran olayın nasıl gerçekleştiği açıklanmaktadır: *“Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın*

---

<sup>37</sup> Ayşe Gınalı, *a.g.m.*, s. 235.

*vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar.”* Bu hüküm ışığında VİVK değerlendirildiğinde, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi için ya bireyin ölüm olayının gerçekleşmesi ya da hukuken gaiplik kararının verilmiş olması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise ölüm olayının ardından mirasçılarının kabul veya reddetme yönünden Medeni Kanununda belirtilen 3 aylık süresinin olmasıdır. Bu sürenin ardından mükellefiyet doğacaktır.<sup>38</sup>

Mirasçılarının mükellefiyetinin kesinleşmesini takiben yasal çerçevede vergi beyanının ardından tarhiyatın nasıl yapılacağı ilgili kanunun 6'ncı maddesinde belirtilmektedir: *“a) Veraset tarihiyle vakı intikallerde ölen kimsenin, diğer suretle vukua gelen intikallerde tasarrufu yapan şahsın ikametgahının, hükmi şahıslarda ve diğer teşekküllerde merkezlerinin bulunduğu; b) Muris veya tasarrufu yapan şahsın bu ikametgahı yabancı bir memlekette ise Türkiye'deki son ikametgahının bulunduğu; c) Muris veya tasarrufu yapan şahıs Türkiye'de hiç ikamet etmemiş veya son ikametgahı tesbit olunamamış ise Maliye Vekaletinin tayin edeceği; Yer vergi dairesi tarafından tarholunur.”*

Beyannamenin verileceği yer VİVK'nın 8'inci maddesinde açıklanmaktadır: *“Beyannameler, 6'ncı maddenin (a) ve (b) fıkralarına giren hallerde vergi dairelerine, (c) fıkrasına giren hallerde Maliye vekaletine verilir. Yabancı memleketlerde bulunan mükellefler beyannamelerini Türkiye konsolosluklarına verirler. Beyannamenin her mükellef için ayrı ayrı veya müştereken verilmesi caizdir.”* Beyannameye ilişkin sürelerle ilgili kanunun 9'uncu maddesinde açıklık getirilmektedir: *“1) Veraset tarihiyle vukubulan intikallerde: a) Ölüm Türkiye'de vukubulmuş ise mükelleflerin Türkiye'de bulunmaları halinde ölüm tarihini takibeden dört ay içinde, mükelleflerin yabancı bir memlekette bulunmaları halinde ölüm tarihini takibeden altı ay içinde; b) Ölüm yabancı bir memlekette vukubulmuş ise mükelleflerin Türkiye'de bulunmaları halinde ölüm tarihini takibeden altı ay içinde, mükellefler müteveffanın bulunduğu memlekette oldukları takdirde ölüm tarihini takibeden dört ay içinde, mükellefler müteveffanın bulunduğu yerin dışında başka bir yabancı memlekette oldukları takdirde de ölüm tarihini takibeden sekiz ay içinde; c) Gaiplik halinde, gaiplik kararının ölüm siciline kaydolunduğu tarihi takibeden bir ay içinde; 2) Diğer suretle vakı intikallerde malların hukuken iktisabedildiği tarihi takibeden bir ay içinde; 3) Gerçek veya tüzel kişilerce düzenlenen yarışma ve çekilişler ile 5602 sayılı Kanunda tanımlanan şans oyunlarında, yarışma ve çekiliş ile müsabakaların yapıldığı günü takip eden ayın 20 inci günü akşamına kadar”* müddet verilir.

---

<sup>38</sup> Ahmet Şahin, *“Ölüm Olayının Vergi Hukuku Bakımından Doğurduğu Sorunlar ve Sonuçlar”*, Vergi Dünyası Dergisi, Temmuz, Sayı:11, 1982, <http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/207>, (Erişim Tarihi: 05.01.2017).

VİV'in matrahı, intikal eden malların VUK'a göre bulunan değerleridir (VİVK, m.10). İktisap edilen malların değerlerinden veya değerleri toplamından bazı borçlar ve masraflar, beyannamede gösterilmek suretiyle indirilebilir. Bu borç ve masraflar (VİVK, m.12) şunlardır: Veraset yoluyla vuku bulan intikallerde murisin belgeye dayalı borçları ile vergi borçları; Diğer suretle iktisaplarda intikal eden malın aynına ilişkin borçlarla vergi borçları; Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde olan şahıslara ait mallardan yabancı memleketlerde bulunanlara taalluk eden borçlar ve yabancı memleketlerde bu mallar dolayısıyla alınan veraset ve intikal vergileri; Cenaze için yapılan masraflar.

Bu maddeler ışığında genel değerlendirme yapmak gerekirse, mirası reddetmeyen kanuni mirasçılarının veraset ve intikal vergisi beyannamesi vermek ve tahakkuk eden vergileri ödemek gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca, *“veraset yolu ile vaki intikallerde herhangi bir mal iktisap edilmemiş olsa, ya da intikal eden borçlar alacak ve mal değerinden fazla, yahut ta safi intikal değerleri istisna hadlerinin altında dahi kalsa, beyanname verme yükümlülüğü her halükârda yerine getirilecektir. Aksine davranış belirli şartların varlığı halinde re’sen cezalı vergi tarhiyatlarını gerektirecektir. Veraset yolu ile vaki intikallerde her mirasçı kendi hissesi itibariyle ayrı ayrı beyanname verebileceği gibi, mirasçılarının hisseleri belirlenmek ve terekenin tamamının değeri bildirilmek suretiyle, topluca tek beyannamede verilebilir.”*<sup>39</sup>

## SONUÇ

Ölüm gibi üzücü ve önemli bir hadisenin vergisel yönden değerlendirilmesi, mirasçılarının vergisel sorumluluklarını bilmeleri açısından önem arz etmektedir. Çünkü toplumumuzda birçok vatandaş ölüm olayının ardından hangi vergisel ödevleri, hangi süreler içinde yerine getireceğini bilmemektedir. Bu sorumlulukların bilinmemesi mirasçılar açısından ciddi sorunlara veya fayda kaybına yol açabilir. Nitekim mirasçılar mevzuatı bilmediklerinden dolayı çeşitli cezai yaptırımlarla karşılaşabilecekleri gibi yasalar kapsamındaki hakları olan istisnalardan da yararlanamayabilirler.

Bu kapsamda devlet, vatandaşlarına bu yöndeki sorumluluklarını öğretecek ve bilgilendirecek çeşitli proje ve politikalar geliştirmelidir. Ölüm vakası sonrasında mirasçılarının hangi yükümlülükleri ve hakları olduğu yasalarda açık ve anlaşılır biçimde belirtilmelidir. Kamu spotları ve ilanlar gibi görsel ve yazılı medya etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Bu konuda yetkili en üst kamu kurumundan muhtarlıklar seviyesine kadar bilgilendirme çalışmaları gerçekleştirilmelidir.

---

<sup>39</sup> Ahmet Şahin, *a.g.m.*, 1982.



Ayrıca belirtmek gerekir ki, çalışmada incelenen mevzuatlarda, bazı hallerin açıkça belirtilmediği veya kanunen düzenlenmediği görülmektedir. Dolayısıyla güncel sorunlar da dikkate alınarak, ölüm olayının ardından gerçekleşmesi gereken vergisel sonuçlar açısından açıklanmaya muhtaç maddelerin mevzuata eklenmesi ve mevzuatın sürekli güncelliğini koruması gerekmektedir.

\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**AKARCA Akif, ŞAFAK Mehmet**, Ölüm Halinde Gelir Vergilemesi, 2012 <http://www.dunya.com/kose-yazisi/olum-halinde-gelir-vergilemesi/12469>, (Erişim Tarihi: 03.01.2017).

**AKMAZ Kemal**, “Ölüm Olayının Katma Değer Vergisi Açısından Doğurduğu Sorun ve Sonuçlar”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:59, 2008.

**ALTUNKARA Özcan**, “Gelir Vergisi Mükellefinin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumlulukları”, Yaklaşım Dergisi, Ağustos, Sayı:212, 2010.

**BEYAZKILIÇ Recep, KAPLAN Mesut**, “Ölüm Halinde Vergi Cezalarının Terkini”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 234, Mart, 2008.

**BUDAK Tamer**, Türk Vergi Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Sonuçları (Gerçek Kişiler), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011.

**CENK Ramazan**, “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Vergi Hukuku Açısından Sorumluluğu”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:221, 2011.

**ERDAL Ömer**, “Vergi Usul Kanunu’nda Ölüm ve Sonuçları”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 262, Mart, 2010.

**Gelir İdaresi Başkanlığı**, “Mirasçılarının Vergisel Yükümlülükleri Rehberi”, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No: 154, Nisan, 2014.

**Gelir İdaresi Başkanlığı**, “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Mükellefiyeti”, Özelge, Tarih: 08.08.2011, Sayı: B.07.1.GİB.4.34.19.02-019.01-1220, <http://www.gib.gov.tr/node/100182>, (Erişim Tarihi: 04.02.2017).

**GINALI Ayşe**, “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu”, Mali Çözüm İSMMMOMO Yayın Organı, Ocak-Şubat, s. 231-238, 2011.

**GÖKALP Uğur**, “Ölüm Olayı Üzerine Mirasçılarının Vergi Kanunları Karşısındaki Ödev ve Sorumlulukları”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 15, Mart, 1984.

**KIZILOT Şükrü**, “Zehra Teyze’nin Bildirmeyi Unuttuğu Miras”, 25 Ekim 2012, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/21775572.asp>, (Erişim Tarihi: 04.02.2017).



**KORKUSUZ Mehmet**, Ölüm Olayının Vergi Hukuku Açısından Sonuçları, Mali Çözüm Dergisi, Sayı: 24, 1994.

**PEHLİVAN Osman**, Vergi Hukuku-Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2014.

**SAZAK Cengiz**, “Mirasçılarının Vergisel Yükümlülükleri”, Mali Çözüm İSMMMO Yayın Organı, Mayıs-Haziran, Sayı:87, s. 163-170, 2008.

**ŞAHİN Ahmet**, “Ölüm Olayının Vergi Hukuku Bakımından Doğurduğu Sorunlar ve Sonuçlar”, Vergi Dünyası Dergisi, Temmuz, Sayı:11, 1982.

**TOKAY Hüseyin**, “İşletme Sahibinin Ölüm Halinde KDV Uygulaması”, Yaklaşım Dergisi, Ağustos, 1997.

### KANUNLAR

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr>

213 sayılı Vergi Usul Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr>

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr>

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr>

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, [www.mevzuat.adalet.gov.tr](http://www.mevzuat.adalet.gov.tr)

6183 sayılı AATUHK ve Tebliği, <http://www.mevzuat.gov.tr>

7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr>

Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında 1996/1 Seri No.lu İç Genelge, [www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr)

Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, [www.nvi.gov.tr](http://www.nvi.gov.tr)

Ticaret Sicili Tüzüğü, [www.mevzuat.adalet.gov.tr](http://www.mevzuat.adalet.gov.tr)



# PİŞMANLIK VE ISLAH HÜKÜMLERİ KARŞISINDA VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARININ KONUMU

*The Position of the Tax Evasion Crime Actions Vis-A-Vis Repetance Provisions*

**Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 08.02.2017

Kabul Tarihi: 09.03.2017

## ÖZET

Pişmanlık ve ıslah, vergi kaçakçılık suçları ve vergi ziyayı kabahati için Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlenmiş özel şahsi cezasızlık hükümlerinden biridir. VUK'da vergi ziyayı kabahati için düzenlendiği imajı veren bu kurumun vergi kaçakçılık suçları için uygulanma durumu bazı tartışmaları da peşinden getirmiştir. Bu çalışmada yapısı itibarıyla farklı suç fiilleri ve cezalarından oluşan kaçakçılık suçlarında pişmanlık hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiği tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi kaçakçılığı suçu, vergi ziyayı kabahati, pişmanlık.

## ABSTRACT

Repetance for tax evasion crime and tax loss misdemeanor is a special provision of personal impunity which regulated in Tax Procedure Code. The scope of this institution which appearances a field of application as cause of tax loss misdemeanor, has led to different interpretations in doctrine for tax evasion crime. In our study, taking into account the characteristics of tax evasion crime, the application conditions of the repentance provisions for the tax evasion crime will be examined.

**Keywords:** Tax evasion crime, tax loss misdemeanor, repentance.

## GİRİŞ

Vergilerin otorite egemenlik ilkesine göre alınmaya başladığı andan itibaren bu yükümlülüğe karşı çıkmalar da başlamıştır. Vergi hukuk kurallarına aykırı davranışlar, kimi zaman ekonomik kimi zaman da adli cezalarla cezalandırılmıştır. Ancak her hukuka aykırı fiilin kamu otoritesi açısından tespiti ve cezalandırılması mümkün olamamıştır. Tespit edilemeyen veya tespiti zor olan hukuka aykırı fiiller için mükelleflere bazı çıkış kapıları da aralanmıştır. İşte pişmanlık ve ıslah kurumu bu aralıklardan birisidir. Mükellefe hukuka aykırı fiillerini itiraf etme şansı verilirken vergi aslı ve gecikme zammı ile yetinilmiştir. Ancak bazı hukuka aykırı fiillerde vergi kaybı doğmasa da bozulan kamu düzeninin tekrar kurulabilmesi ve mükelleflerin suçlu duygusundan arındırılabilmesi için de pişmanlık kurumuna ihtiyaç bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı tam da burada kendisini göstermektedir.

Bu çalışmada vergi kaybı söz konusu olmasa da vergi hukuku düzenini bozan kaçakçılık suçlarında pişmanlık hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiği üzerinde durulacaktır. Kaçakçılık suçlarında sonuç vergi kaybı olmasa da

<sup>1</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, E-Mail: bayrakli@aku.edu.tr

kaçakçılık fiillerinin bir kısmında vergi kaybı doğabilirken, bir kısmında ise vergi kaybı olmayabilir. Bu çalışmada bu iki sonuç incelenecek ve yerine getirilmesi gereken yükümlülükler irdelenecektir. Bu çalışmaya yönelten etken, her iki duruma göre yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin farklı olmasındandır. Çalışmada açıklayıcı betimleme yöntemi kullanılacaktır.

## I. VERGİ CEZA HUKUKUNDA PİŞMANLIK VE ISLAH KURUMU

Pişmanlık kurumu ilk olarak 1950 yılında yürürlüğe giren 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 348'inci maddesiyle uygulama alanı bularak vergi sistemimizdeki yerini almıştır. Vergi gelirlerinin düşmesi ve dürüst vergi mükellefleri ile kötü niyetlileri aynı yere koymamak için 1951 tarihinde yürürlüğe giren 5815 sayılı "Vergi Usul Kanununun Bazı Maddeleri ile Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun"<sup>2</sup> ile pişmanlık hükümlerini yürürlükten kaldırılmıştır. Toplumun belli kesimlerinin oluşturduğu baskılar neticesinde pişmanlık kurumu 6094 sayılı "Vergi Usul Kanununun Bazı Maddeleri ile Bu Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair 5815 Sayılı Kanunun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesine ve Vergi Usul Kanununun Mezkûr Kanunla Kaldırılan 348'inci Maddesi Yerine Bir Madde Konulmasına Dair Kanun"<sup>3</sup> ile "Islah ve Pişmanlık" adı altında yeniden uygulamaya konulmuş ve vergi sistemi içindeki yerini almıştır. Yapılan bu değişiklikle "hileli vergi suçu" pişmanlık kapsamına alınmıştır<sup>4</sup>. Hileli vergi suçunun kaldırılıp kaçakçılık suçlarına dönüşmesi ile de 2365 sayılı kanun<sup>5</sup> ile yapılan düzenlemede kaçakçılık suçlarının iştirak, teşvik ve yardım halinde işlenmesi hali de pişmanlık kapsamı içerisine alınmıştır. 4369 sayılı kanun<sup>6</sup> ile

---

<sup>2</sup> 5815 sayılı Vergi Usul Kanununun Bazı Maddeleri ile Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun, T 24.07.1951, S 7866.

<sup>3</sup> 6094 sayılı Vergi Usul Kanununun Bazı Maddeleri ile Bu Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair 5815 Sayılı Kanunun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesine ve Vergi Usul Kanununun Mezkûr Kanunla Kaldırılan 348inci Maddesi Yerine Bir Madde Konulmasına Dair Kanun, T 08.07.1953, S 8452.

<sup>4</sup> İsmail Işık - Selimhan Topaç, "Pişmanlık ve Islah Kurumunun Tarihsel Süreç İçinde İrdelenmesi", Vergi Dünyası, S 300, Ağustos 2006, www.vergidunyasi.com.tr ,18.06.2016.

<sup>5</sup> 2365 sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG, T 31.12.1980, S 17204.

<sup>6</sup> 4369 sayılı Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanunu, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazlar; Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 ve 4208 Sayılı Kanunlar ile 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 190 Sayılı Genel Kadro ve

bugünkü konumuna gelmiştir. Kaçakçılık suçlarının niteliğinin tamamen adli suçlar haline dönüşmesi ile de 359'uncu maddeye fıkra ilave edilmesi suretiyle kaçakçılık suçları da pişmanlık ve ıslah kapsamı içerisine alınmıştır.

## **A) PİŞMANLIK VE ISLAH KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI**

Pişmanlık ve ıslah görüldüğü gibi iki kelimedenden oluşan bir kavramdır. Bu iki kelimedenden hareketle tanımlama yoluna gidilecektir.

### **1. Pişmanlık Kavramı ve Tanımı**

Pişmanlık sözlükte “pişman olma durumu, nedamet”<sup>7</sup> olarak ifade edilmiştir. Pişman olma, nadim olma kişinin işlemiş olduğu bir suç ya da günah nedeniyle ceza verme yetkisine sahip olan makama karşı işlediği fiillerden utandığını, bir daha işlemeyeceğine dair söz vermesidir. Bu açıdan bakıldığında zaman kişinin eğitilmesi, tekrar suç işlemeyen bir konuma gelmesi nedeniyle son derece önemlidir. Ceza hukukunun amaçlarından biri de kişilerin suç işlemeyen bir konuma gelmesini sağlamaktır. Vergi ceza hukuku açısından bakıldığında karşımıza çıkan tablo, bir şey almadan verme konumunda bulunan mükellefin işlemiş olduğu hukuka aykırı fiil nedeniyle utandığını, bir daha işlemeyeceğini ve devletin iltifatına da erişmek istediğinin bildirilmesidir.

Vergi ceza hukuku açısından duyulan pişmanlık kaçakçılık suçları ve vergi ziya kabahati için mükellefin veya suç failinin kanunda yer alan yükümlülükleri yerine getirme karşılığında işlenmiş olan fiilden henüz ilgililerin bilgisi olmadan kendi isteği ile yazılı başvuruda bulunarak işlediği fiilin bildirilmesidir.

### **2. Islah Kavramı ve Tanımı**

Islah olma sözlükte “düzeltme, iyileştirme”<sup>8</sup> anlamında kullanılmaktadır. Vergi ceza hukuku açısından incelendiğinde, pişmanlık dilekçesi veren kişinin işlemiş olduğu fiillerin kötülüğünü bilerek Devletle barışmak isteğidir. Kanunda pişmanlık ve ıslah olarak belirlenmiş olması nedeniyle, pişman olan kişinin aynı zamanda düzeldiği ve kendini iyileştirdiği anlamındadır. Islah genel hukuktaki anlaşma, uzlaşma anlamına da gelir.

---

Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, T 29.07.1998, S 23417.

<sup>7</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5765957edcf2e5.12312120,18.06.2016](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5765957edcf2e5.12312120,18.06.2016).

<sup>8</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57659588bd2a26.64170627,18.06.2016](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57659588bd2a26.64170627,18.06.2016).

### 3. Pişmanlık ve Islah Kavramının Unsurları

Pişmanlık ve ıslahtan söz edebilmek için kısaca şu unsurların bulunması gerekir.

- i. Pişman olan kişi bu duygusunu ilgili birimlere yazılı veya tutanağa geçirilerek sözlü olarak bildirmesi gerekir,
- ii. Bu bildirim ilgililerin olaydan bilgisi olmadan gerçekleşmelidir,
- iii. Islah olduğunu göstermek için kanunda belirtilen maddi ve biçimsel yükümlülükleri yerine getirmelidir.

Bu unsurlar aşağıda daha detaylı olarak aşağıda incelenecektir.

#### B) PİŞMANLIK VE ISLAH KURUMUNUN ÖNEMİ

Pişmanlık ve ıslah, toplumda kişiler arası ilişkileri düzenleme açısından ne kadar önemli ise, konusu yaptırım olan hukuk dalları açısından da o kadar önemlidir. Sosyal hayatın içerisinde yapılan birçok hatalı hareketin af dilemekle, yaptığı işten pişman olmakla ve karşı tarafın bu konudaki hoşgörüsüne sığınmakla düzelebileceği sosyal bir gerçekliktir. Bu ilişki ceza içeren hukuk dallarında da olmalıdır. Benzer bir uygulama etkin pişmanlıkla ceza hukukunda kanunda ayrı ayrı belirtilen suçlar için öngörülür iken, vergi ceza hukukunda da kaçakçılık suçları ve vergi zıyaı kabahati için öngörülmüştür. Hancı yolcu ilişkisi içerisinde bulunan vergi mükellefi ve vergilendirme yetkisini kullanan makamlar arasında da bu ilişki bazen duraksamalara veya kötüye kullanmalara neden olabilir. İşte bu aşamada pişmanlık ve ıslah kurumu taraflar arasındaki ilişkinin düzeltilmesinde yardımcı olacak bir kurum olarak karşımıza çıkar.

Suç veya kabahat işlemiş olan bir mükellef bazen çaresiz kalabilir. Bu çaresizliğin içerisinde devletin şefkatine ihtiyaç duyabilir<sup>9</sup>. Pişmanlık bu şefkatin oluşmasında büyük bir rol oynar. Yoksa düşmanlık ilişkisine dayalı bir ilişki nasıl sürdürülebilir. Mükellef yaptığından pişman ve üzerine düşen görevi yerine getiren, devlet de buna hoşgörü ile bakan konumdadır. Yoksa her seferinde pişman ol ve tekrar suç işle bu kabul edilebilir değildir. Bu hoşgörü ilişkisi mükellefi devletine yakınlaştırırken aynı zamanda eğitmiş de olacaktır.

Pişmanlık kurumu devletle mükellef arasında çıkacak anlaşmazlıkları giderme noktasında kurumsal bir görev görecektir<sup>10</sup>. Bu kurumun varlığı

---

<sup>9</sup> Yusuf Karakoç, Türk Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah, Gözden Geçirilmiş B 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:76, İzmir, 1997, s. 5.

<sup>10</sup> Hakan Aslaner, "Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu", International Journal of Economic and Administrative Studies, 2016 (17), s. 278.

anlaşmazlıkların daha ileri boyutlara taşınmasına engel olacaktır<sup>11</sup>. Mükellefte oluşacak vergi direncini kırarken vergi bilincinin yerleşmesine de imkân sağlayacaktır. İşlediği suçtan rahatsızlık duyan mükellef için bir kurtuluş kapısı aralanmış olacaktır.

### **C) PİŞMANLIK VE ISLAH KURUMUNUN BAZI KAVRAMLARDAN FARKLILIĞI**

Hukukta kavramlar birbirine yakın olsa da aralarında farklar nedeniyle özellikleri öne çıkar. Pişmanlık ve ıslah kavramı da bazı kavramlara benzetilebilir. Ancak aralarındaki farklar nedeniyle gerçek özellikleri öne çıkar.

#### **1. Gönüllü Vazgeçme ve Pişmanlık**

Gönüllü vazgeçme, suçun icra hareketlerine başlamış olan failin içten gelen bir özgür irade ile icra hareketlerine son vermesi veya neticenin gerçekleşmemesini sağlamasıdır. Gönüllü vazgeçmede henüz suçun neticesi gerçekleşmemiştir. Oysa pişmanlık ve ıslahta netice gerçekleşmiştir<sup>12</sup>. Ancak cezalandırma yetkisine sahip devletin bu suçtan haberi yoktur.

#### **2. Af ve Pişmanlık**

Af, kanunla ceza koyma yetkisine sahip olan yasama organının çıkarmış olduğu bir başka yasa ile suç fiilinin neticelerini veya cezalandırılmasını ortadan kaldırmasıdır. Suç işlenmiş ve sonuçlanmıştır. Devletin de bu suçtan haberi vardır. Belki de cezanın çektirilmesi başlamış da olabilir. Oysa pişmanlıkta suç fiilinin işlendiğinden devletin haberi yoktur. Ama suç tamamlanmıştır.

#### **3. Terkin ve Pişmanlık**

Terkin vergi mükellefinin uğramış olduğu tabii afet nedeniyle henüz ödemediği vergi cezalarının Maliye Bakanlığı tarafından üzerinin çizilmesidir. Pişmanlık ise tamamlanmış suçun ilgili makamların bilgisi dışında iken ilgili makamlara bildirilmesidir.

#### **4. Tahakkuktan Vazgeçme ve Pişmanlık**

Tahakkuktan vazgeçme, kanunun belirlediği idari vergi cezalarının belirli bir tutarı geçmemesi ve tahsili için yapılacak masrafların elde edilecek gelirden fazla olacağına anlaşılması halinde bu alacağın tahakkukundan

---

<sup>11</sup> Mehmet Hanefi Baki, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemlerin Değerlemesi: Örnek Olay Çalışması, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisan Tezi, Adana, 2008, s. 36.

<sup>12</sup> Aysel Nur Turan, "Etkin Pişmanlık Hükümlerine Felsefi Bakış", Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C IV, S 1, Y 2015, Kayseri, Haziran 2015, s. 421.

vazgeçilmesidir. Pişmanlık ise, henüz ilgili makamların suç fiilinin işlendiğinden haberdar olmaması nedeniyle suç fiilini işleyen kişinin cezalandırılmaması için ilgili makama kendiliğinden bilgi vermesidir.

## 5. Etkin Pişmanlık ve Pişmanlık

Etkin pişmanlık, TCK'da genel hükümlerde düzenlenmemiştir. Bazı suçlar için özel hükümler arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla her bir suç için düzenlendiği madde içerisinde hükümleri yer almıştır. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeplerdir<sup>13</sup>. Etkin pişmanlık 5237 sayılı TCK'da<sup>14</sup> düzenlenmesine karşılık eski kanunda yer almamakta idi. Etkin pişmanlık gibi cezaların kaldırılmasına neden olan müessese için "faal nedamet" kavramının kullanılmakta idi<sup>15</sup>. Etkin pişmanlık TCK'da organ veya doku ticareti (md 93), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (md 110), hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ( md 168) gibi suçlarda düzenlenmiştir.

Etkin pişmanlık suçun tamamlanmasından sonra ve uğranılan zararı telafi etme şartına bağlı olarak gerçekleşir. VUK'da yer alan pişmanlık ve ıslah da özel hükümlerde ve sadece kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahati için düzenlenmiştir. Suçun tamamlanmasından sonra pişmanlık için başvurulabilir. VUK'daki pişmanlıkta ise uğranılan zararın telafisi yerine gecikme zammı oranında pişmanlık zammı ödenmektedir. Bu özellikleri ile benzerlik taşırlar.

## II. PİŞMANLIK VE ISLAH KURUMUNUN KAPSAMI

Çalışmanın konusu kaçakçılık suçlarının pişmanlık hükümlerinden yararlanması üzerine olması nedeniyle kapsam içerisinde yer alan vergi ve cezalardan kısaca söz edildikten sonra kaçakçılık suçlarının pişmanlık hükümlerinden yararlanması konusuna geçilecektir.

### A) PİŞMANLIKTAN YARARLANAN VERGİLER

Pişmanlık kapsamında olan vergiler genel özelliği ile kanunda belirlenmiştir. Bu özellik verginin "beyana dayalı bir vergi" olmasıdır. 4751 sayılı kanun<sup>16</sup> ile beyan esası kaldırılana kadar emlak vergisi de beyan esasına tabi idi. Bugün de emlak vergisi pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmamaktadır. Bunun

---

<sup>13</sup> M. Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, B. 9, Ankara, 2015, s. 566.

<sup>14</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, T 12.10.2004, S 25611.

<sup>15</sup> M. Kâmil Mutluer, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979, s. 202.

<sup>16</sup> 4751 sayılı Vergi Usul Kanunu, Emlâk Vergisi Kanunu ve Harçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG, T 09.04.2002, S 24721.



nedeni taşınmazın gözönünde olması, günün birinde suç veya kabahatin tespit edilebileceği ümidine dayalı olduğu düşünülmektedir.

Vergiler açısından farklı bir uygulama da veraset ve intikal vergisi (VİV) için söz konusudur<sup>17</sup>. VİV’ de ek süre garip bir uygulama olarak VUK’da düzenlenmiştir. Buna göre VİV beyannamesi kanunda öngörülen süreler içerisinde verilmemiş ise 15 gün beklenir. Birinci ek süre içerisinde verilmemesi halinde vergi zıyı doğmamış kabul edilir. Mükellefe tebliğ edilmek şartıyla 15 gün daha verilir. Bu ikinci ek süre içerisinde de beyanname verilmemiş ise yine vergi zıyı doğmamış olur. Bu durumlarda sadece usulsüzlük cezaları ile yetinilir. Dolayısıyla vergi zıyı doğmadığı için pişmanlık ve ıslah için de başvuramaz. Çünkü artık vergi idaresinin bilgisi olmuştur. Pişmanlığın şartlarından olan vergi idaresinin bilgisinin olmaması şartı ihlal edilmiş olur. Sonuç olarak şu denilebilir ki, ek süre ve idarenin tebliği hükümleri nedeniyle VİV için de pişmanlık ve ıslah söz konusu olamayacaktır.

## **B) PİŞMANLIKTAN YARARLANAN SUÇ VE KABAHAHLER**

### **1. Kaçakçılık Suçları**

Pişmanlık ve ıslah esas itibariyle vergi kaybını önleme amaçlı olarak vergi zıyı cezası için düzenlendiği ifade edilse de, kaçakçılık suçları da pişmanlık hükümlerinden yararlanacak vergi suçudur. 359’uncu maddede “371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz” (VUK md 359/2) denilmek suretiyle vergi kaçakçılık suçlarının da pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı beyan edilmiştir. Bu çalışmanın yapılmasını yönlendiren hususlardan biri de “kaçakçılık suçlarında pişmanlığın nasıl uygulanacağı” düşüncesidir. Bu konu aşağıda takip eden başlıklarda incelenecektir. Bu nedenle burada üzerinde durulmayacaktır.

### **2. Vergi Zıyı Kabahati**

Pişmanlıktan esas yararlanması düşünülen ve şartları da buna göre oluşturan hukuka aykırı eylem vergi zıyı kabahatidir. Bunda amaç ceza kesme işleminden vazgeçerek vergi ve pişmanlık zammı ile yetinilme şeklindedir. Ancak bu çalışma vergi kaçakçılık suçlarına yönelik olması nedeniyle vergi zıyı kabahatindeki uygulama şekline girilmeyecektir. Sadece uygulanabilecek cezalar kapsamında olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.

Bu iki hukuka aykırı fiilden sonra usulsüzlükler pişmanlıktan yararlanı mı sorusuna kanunun açık ifade karşısında olumlu cevap verilmemektedir. Bu

---

<sup>17</sup> Karakoç, s. 26.

konu yazarlarca da tartışılmıştır. Kanun koyucunun usulsüzlük kabahatlerini pişmanlığın kapsamına almaması nedeniyle pişmanlık ve ıslah kurumundan yararlanamayacaktır.

### **III. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA PİŞMANLIK VE İSLAHTAN YARARLANMA ŞARTLARI**

Kaçakçılık suçları için 371'inci maddesinde düzenlenen bütün şartların aranması gerekir<sup>18</sup>. Vergi kaçakçılık suçlarının pişmanlık hükümlerinden yararlanması, kaçakçılık fiilleri sonucu oluşacak duruma göre iki ayrı başlıkta incelenecektir. Bunlardan ilki vergi kaybına da neden olan kaçakçılık fiilleridir. Dolayısıyla vergi kaybı doğmuş ise kaçakçılık cezası yanında idari ceza olan vergi ziyai cezası da kesilecektir. Böylece bu başlık altındaki incelemeler aynı zamanda vergi ziyai kabahati için de geçerli olacaktır. İkinci başlıktaki inceleme konusu ise vergi kaybı söz konusu olmayan kaçakçılık suçları içindir.

Şartlar kendi içerisinde olumlu ve olumsuz şartlar olarak incelenecektir. Olumlu şartlar, yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri ifade etmektedir. Olumsuz şartlar ise pişmanlık ilişkisinde bulunmaması gereken şartlardır. Şimdi bunlar ayrı ayrı incelenecektir.

#### **A) VERGİ ZIYAI İHTİMALİNİN SÖZ KONUSU OLDUĞU KAÇAKÇILIK SUÇLARI VE PİŞMANLIK VE İSLAHTAN YARARLANMA ŞARTLARI**

##### **1. Vergi Ziyai İhtimali Söz Konusu Olan Kaçakçılık Suçları**

Bu suçların arkasındaki saik çoğu zaman vergiyi hiç ödememek veya olması gerekenden daha az ödemektir. Yoksa boş yere mükellefin bu suçları işlemesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle bu suçların arkasındaki neden tahmin edilerek bu sonuca ulaşmak istendiğini söylenebilir. Kaçakçılık ihtimali söz konusu olan kaçakçılık fiilleri şunlardır.

##### **a) Defter ve Kayıtlarda Hesap ve Muhasebe Hileleri Yapmak**

Muhasebe hilelerinde amaç geliri az yazmaya veya gideri çok yazmaya yönelik olabilir<sup>19</sup>.

##### **b) Gerçek Olmayan veya Kayda Konu İşlemlerle İlgisi Bulunmayan Kişiler Adına Hesap Açmak**

Bundan beklenen amaç da gelirin azalması veya giderin çoğalmasına

---

<sup>18</sup> Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 211.

<sup>19</sup> Muhasebe hileleri konusunda bakınız: Hasan Hüseyin Bayraklı - Mehmet Erkan- Cemal Elitaş, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

hizmet etmek üzere gerçekte olmayan veya ilgisi olmayan kişiler adına hesap açmış olacaktır.

**c) Defterlere Kaydı Gereken Hesap ve İşlemleri Vergi Matrahının Azalması Sonucunu Doğuracak Şekilde Tamamen veya Kısmen Başka Defter, Belge veya Diğer Kayıt Ortamlarına Kaydetmek**

Bu suç fiillerinde vergi kaybının amaçlandığı çok açıktır. Bir yandan kaçakçılık suçları gerçekleşirken bir yandan da vergi zıyaı kabahati doğmuş olacaktır. Normal defteri olan bir mükellefin ikinci bir defter tutması bu konudaki amacın vergi kaybına neden olması olduğu açıktır.

**d) Defter, Kayıt ve Belgeleri Tahrif Etmek**

Tahrifat, harflerle oynayarak doğru yazılmış bir değer veya ifadenin aslına uygun olmaktan çıkarılmasıdır. Kişi yazmış olduğu bir değeri niçin değiştirdin? Büyük ihtimalle vergi avantajı sağlamak için olur. Bu nedenle defter, kayıt ve belgelerde tahrifatla vergi zıyaı söz konusu olacaktır. Ancak vergi kaybı doğmaksızın da tahrifat yapılabilir. Bu nedenle vergi kaybı doğmaz ise (B) başlığındaki şartların yerine getirilmesi söz konusu olur.

**e) Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlemek**

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek, belgede yazılan konu veya değerlerde yanıltma amacı taşımasıdır. Sattığı malın miktarının az yazılması veya aldığı malın değerinin çok yazılması şeklinde olabilir. Ya da malı aldığı veya sattığı kişiyi yanlış yazabilir. Bunlar doğal olarak vergi avantajını akla getirir.

**f) Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Düzenlemiş Belgeleri Kullanmak**

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanmak bu belgenin muhasebe kayıtlarında kullanılmasıdır. Bu davranış da doğal olarak vergi avantajı sağlamaya yöneliktir.

**g) Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter, Kayıt ve Belgeleri Yok Etmek**

Defter kayıt ve belgelerin yok edilmesi iki amaca yönelik olabilir. Vergi avantajı sağlamak amacıyla yapılabilir. Ancak bu somut olarak bir delille tespit edilemez. Kimi zaman da bir suçun gizlenmesi amacıyla yapılabilir. Bu da soruşturma sonrası tespit edilebilir.

### **h) Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter Sahifelerini Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koymak veya Hiç Yaprak Koymamak**

Defter yapraklarının yok edilmesi, yerine başka yaprak konulması bir amaca yönelik olarak yapılır. Bu amaç büyük ihtimalle vergi avantajı sağlamağa yöneliktir. Vergi matrahını yükseltecek yüksek tutarlı sayfaların yok edilmesi, bunların yerine yaprak konulması veya hiç konulmaması başka bir amaçla yapılmaz. İşte vergi geliri sağlamaya yönelik bu faaliyet vergi kaybına da neden olur. Şartları da vergi zıyı kabahatinde geçerli olan pişmanlık hükümleri açısından değerlendirilmesi gerekir.

Defter yapraklarının vergi avantajı dışında bir amaca yönelik olarak yok edilmesi mantıklı bir hareket olarak görülmemektedir.

### **ı) Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenlemek**

Sahte belge düzenleme, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir. Sahte belge düzenlemek iki şekilde sonuç doğurur. Bunlardan ilki doğal olarak mükellefin kendisi için vergi yararı sağlamak amacına yönelik olabilir. Gider yapmadığı halde gider yapmış gibi gider pusulası düzenleyebilir. Bu durumda vergi zıyı doğacağı için vergi zıyı cezası için öngörülen pişmanlık şartlarının yerine getirilmesi gerekir.

Para karşılığı belge düzenlemek şeklinde olabilir. Böyle bir durumda kendisi için vergi kaybı söz konusu olmamakla beraber kaçakçılık fiili işlenmiş olur ve sadece vergi kaçakçılık suçu işlenmesi durumunda uygulanacak pişmanlık hükümlerine göre pişmanlık şartlarının yerine getirilmesi istenir.

### **i) Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenlemiş Belgeleri Kullanmak**

Vergi hukukunda belge kullanılması, VUK kapsamında düzenlenmiş belgelerin muhasebe kayıtları altında ticari defterlere kaydedilmesidir. Bu belgeler sahte ise kaçakçılık suçları işlenmiş olur. Doğal olarak vergi kaybı beklenir. Vergi kaybı söz konusu ise vergi zıyı kabahati için geçerli olan şartların yerine getirilmesi ile pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilecektir. Vergi kaybı söz konusu değil ise kaçakçılık suçları için öngörülen şartların yerine getirilmesi gerekecektir.

## **2. Vergi Zıyı Halinde Pişmanlık ve Islahtan Yararlanma Şartları**

### **a) Olumlu Şartları**

#### **aa) Hukuka Aykırı Fiilin Bildirilmesi**

Pişmanlıktan yararlanmanın ilk şart fail işlemiş olduğu kabahat fiilini kendiliğinden ve bir dilekçe ile ilgili makama bildirmesi gerekir. Dilekçe

pişmanlıktan yararlanma isteğini içermelidir. Bu pişmanlıktan yararlanmak istiyorum şeklinde olabileceği gibi VUK 371 madden yararlanmak istiyorum şeklinde de olabilir<sup>20</sup>.

İlgili makam vergi kaçakçılık suçları için vergiyi tarha yetkili olan vergi dairesi olabileceği gibi savcılık veya adli kolluk makamları da olabilir<sup>21</sup>. Genel bütçe içerisinde yer alan vergiye bağlı ise Gelir İdaresi Başkanlığı ve Maliye Bakanlığı teşkilatlarına olabilir.

Dilekçe ilgili makamların bilgisi olmadan verilmesi gerektiği için ne kadar erken verilirse o kadar iyi olur. Ancak son süre vergi veya suçlar için zamanaşımı süresi içerisinde verilmesi gerekir<sup>22</sup>.

Dilekçe kendiliğinden verilmiş olması gerekir. Kendiliğinden, her hangi bir dış etkinin etkisinde kalmaksızın verilmiş olmasını ifade eder.

### **bb) Beyanname Verilmesi**

Beyanname verilmesi vergi kaybına neden olan hususun beyanname vermemek veya eksik bildirimde bulunması nedeniyle oluşmuş ise bu eksikliğin giderilmesi gerekir. Mademki pişmansın o pişmanlıkta bulunmaya iten kusurlu davranışın da izale edilmesi gerekir. Vergi kaybını somutlaştığı olgulardan biri de beyannamelerdir. Hangi vergi için kayıp doğmuş ise o vergiye ilişkin olarak ilgili makama pişmanlık dilekçesi verildikten sonra 15 gün içerisinde beyanname verilmesi gerekir. Hiç beyanname verilmemesi veya eksik verilmesi nedeniyle olan kusurlu davranış da giderilmiş olacaktır. Elektronik ortamda verilen beyannamelerde pişmanlık seçeneğinin işaretlenmesi şeklinde olmaktadır. Ancak bu unutulsa bile pişmanlıktan yararlanmaya engel olmamalıdır<sup>23</sup>.

### **cc) Verginin Ödenmesi**

Verginin ödenmesi doğal olarak vergi zıyana da neden olan vergi kaçakçılık suçları için söz konusu olacaktır. Verginin ödeme zamanı geçmemiş ise ödeme zamanında, ödeme zamanı geçmiş ise pişmanlık dilekçesinin verildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde ödenmesi gerekir. Ödemeye ilişkin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) hükümlerine göre ödenmesi gerekecektir.

---

<sup>20</sup> Zübeyr Yıldırım, Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah (VUK m. 371), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 174.

<sup>21</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), B.8, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 536.

<sup>22</sup> Onur Özcan, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 445.

<sup>23</sup> Danıştay 4. Dairesi, e: 2008/997, K: 2010/3500, T 10.06.2010, www.kazanci.com, 24.06.2016.

### **dd) Pişmanlık Zammının Ödenmesi**

Verginin zamanında ödenmemiş olması nedeniyle kişinin haksız kazanımı ve zamanında borcunu ödemiş mükelleflerle arasındaki eşitliği ve vergilemede adaleti sağlamak için her ay ve kesri için AATUHK hükümlerine göre gecikme zammı oranında pişmanlık zammının da ödenmesi gerekir. Gecikme zammı oranı aylık %1,40'dır.

Pişmanlık zammının pişmanlık dilekçesinin verildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde ödenmesi gerekir.

### **b) Olumsuz Şartları**

#### **aa) İhbarda Bulunulmamış Olması**

İhbar, haber verme, karşı tarafın bilmediği bir hususu bildirmedir. İhbarlar yazılı dilekçe ile yapılır. İhbar dilekçesinde kaçırılan vergi somut delilleri ile bildirmiş olmalıdır. İhbarlar sözlü olarak yapılmış ise tutanakla tespit edilebilir<sup>24</sup>. İhbarda bulunulmuş ise artık pişmanlıktan yararlanma söz konusu olmaz. Aynı gün içerisinde hem ihbar yapılmış hem de pişmanlık dilekçesi verilmiş ise pişmanlıktan yararlanma söz konusu olmaz. Zira dilekçelerde saat yazılması olayı bulunmamaktadır<sup>25</sup>.

#### **bb) Vergi İncelemesine Başlanılmamış Olması**

Pişmanlık kişinin kendiliğinden pişman olduğu suç veya kabahat fiilini ilgili makamlara bildirmek olması nedeniyle vergi incelemesine başlanması vergi idaresinin olaydan haberdar olabileceği aşamaya geldiğini gösterir. Bu aşamadan sonra yapılacak pişmanlık bildirimini kendiliğinden yapılmış bir pişmanlık bildirimini kabul edilmeyecektir. Bunun için incelemeye başlama tutanağı<sup>26</sup> düzenlendikten sonra artık pişmanlık talebinde bulunulamayacaktır. Yapılacak incelemenin tam, kısmi veya karşıt inceleme olup olmaması durumu değiştirmeyecektir<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Tamer Budak, "Türk Vergi Hukukunda İhbar ve İhbar İkramesi", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 52. Seri / Yıl 2009 Prof. Dr. Şerafettin Aksoy'a Armağan, s.52.

<sup>25</sup> Özcan, s. 450.

<sup>26</sup> Şener İşbilir, Türkiye'de Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Çözüm Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Edirne, 2008, s. 54.

<sup>27</sup> Burçin Bozdoğanoglu, "Vergi Hukuku Ve Ceza Hukuku Normları Açısından Pişmanlık: Sorunlar-Yaklaşımlar-Çözüm Önerileri", www.maliyesempozyumu2016.mersin.edu.tr/t19.docx, 23.06.2016.

### **cc) Dosyanın Takdir Komisyonuna Gönderilmemiş Olması**

Pişmanlık kurumunun önemli özelliklerinden biri de ilgili makamların haberi olmadan suç veya kabahat işlediğinin yetkili makamlara haber verilmesidir. Takdir amacıyla ilgili dosyanın takdir komisyonuna havale edilmesi ilgili makamların hukuka aykırı fiillerden haberdar olduğunu gösterir<sup>28</sup>. Dolayısıyla ilgili makamın bilgisinin olduğu bir olayda fail kendiliğinden müracaat etmiş olmaz.

## **B) VERGİ ZİYAI İHTİMALİNİN SÖZ KONUSU OLMADIĞI KAÇAKÇILIK SUÇ FİİLLERİ VE PİŞMANLIK VE İSLAHTAN YARARLANMA ŞARTLARI**

### **1. Vergi Zıyayı İhtimalinin Söz Konusu Olmadığı Kaçakçılık Suçları**

Aşağıda yer alan kaçakçılık suçlarında vergi kaybı ihtimali bu fiiller nedeniyle söz konusu değildir. Yazılı olarak ve süre verilerek istenen defter veya belgelerin verilmemesinde sırf bu fiiller nedeniyle vergi kaybının doğacağı ileri sürülemez.

#### **a) Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizlemek**

*“Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir”* (VUK md 359/2). Defter ve belgeleri saklamak zorunda olanlar beş yıllık süre içerisinde yetkili makam veya memurlar tarafından istenilmesi durumunda bu defter ve belgeleri ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadır<sup>29</sup> (VUK md 256). İbrazı istenecek defter, kayıt ve belgeler VUK gereğince tutulması gereken defter ve belgelerdir<sup>30</sup>.

Defter kayıt ve belgelerin ibraz edilmemesi bir vergi incelemesi sırasında söz konusu olacağı için, vergi incelemesine başlanılmış olması nedeniyle pişmanlık kurumundan yararlanamayacaktır. Zira olumsuz şartlardan biri olan vergi incelemesine başlanılmış olması bozucu etki oluşturarak pişmanlıktan yararlanma söz konusu olamayacaktır.

---

<sup>28</sup> Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 255.

<sup>29</sup> Serkan Açar, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 114.

<sup>30</sup> Ömer Faruk Batırel, “Son Yargıtay Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu Unsurları”, Yaklaşım, [www.ozdogrular.com/content/view/21795/](http://www.ozdogrular.com/content/view/21795/), 24.06.2016.

### **b) Maliye Bakanlığı ile Anlaşması Bulunan Matbaaların Basabileceği Belgeleri Bakanlık ile Anlaşması Olmadığı Halde Basmak**

Belge basmaya yetkisi olmadığı halde belge basılması eylemi tipik ceza hukuku suç fiillerinden biridir. Çünkü bu fiilde vergi mükellefiyeti hallerinde olan durum söz konusu olamayacağı için bu fiili işleyen kişi ilgili makamların bilgisi olmadan kendiliğinden pişmanlık şartlarından yararlanmak için başvuru yapabilecektir. Bu fiil tipik adli suç fiillerinden olması nedeniyle, pişmanlık bildirimini Cumhuriyet Savcılıklarına, adli kolluğa ve vergi idare birimlerine yapılabilir. Savcılık ve adli kolluk birimleri dışındaki makamlara yapılan bildirimler ilgili savcılıklara iletilmiş olması gerekir.

### **c) Maliye Bakanlığı ile Anlaşması Bulunan Matbaaların Basabileceği Belgeleri Bakanlık ile Anlaşması Olmadığı Halde Basılan Belgeleri Bilerek Kullanmak**

Yetkisiz matbaaların basmış olduğu belgeleri bilerek kullanma fiilinde bir yönü ile adli makamları bir yönü ile de vergi yönetim makamlarını ilgilendirmektedir. Suç fiili sadece yetkisiz matbaanın basmış olduğu belgeleri bilerek kullanma fiilidir. Dolayısıyla ilk etapta vergi kaybı ihtimali söz konusu değildir. Eğer yapılan inceleme sonrasında vergi kaybı doğmuş ise yerine getirilmesi gereken yükümlülükler yukarıda anlatılan şekilde olacaktır. Ancak vergi kaybı söz konusu değilse bu başlık altında incelenen yükümlülükler yerine getirilecektir.

## **2. Pişmanlık ve İslahtan Yararlanma Şartları**

### **a) Olumlu Şartları**

#### **aa) Suç Fiilinin Kendiliğinden Haber Verilmiş Olması**

Suç fiilinin kendiliğinden bildirilmiş olması, suçlunun suçu itiraf etmesidir<sup>31</sup>. Kendiliğinden kavramı içerisinde herhangi bir uyarı olmaksızın tamamen içsel duygularla yapılan bir müracaat olmalıdır. Somut olayların etkisinde kalarak ve bu olayların iz ve emareleri ortaya çıktıktan sonra yapılacak bir başvuru kendiliğinden olmayacaktır. Vergi incelemesi bilgisini önceden edinmek, hakkındaki soruşturmayı yasal olmayan yollardan öğrenmek durumunda pişmanlık kendiliğinden yapılmış olmayacaktır. Yargılama sırasında hâkim bunu araştırmakla yükümlüdür.

---

<sup>31</sup> Şerafettin Aksoy, "Türk Vergi Hukukunda Pişmanlık ve İslah Müessesesi", İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan, İstanbul, Sayı 33, 1989-1990, s.42.



### **bb) Pişmanlık Dilekçesinin Verilmiş Olması**

Pişmanlık dilekçe ile yapılmalıdır. Ancak kolluk kuvvetlerine yapılan sözlü müracaatın tutanak altına alınması halinde de pişmanlık müracaatı kabul edilebilir bulunacaktır.

### **b) Olumsuz Şartları**

Pişmanlık kurumundan yararlanmak için aşağıda sayılan olumsuz şartların olmaması gerekir. Bunlardan herhangi birinin varlığı pişmanlıktan yararlanmaya engel olur.

### **aa) Suç Fiili İhbar Edilmemiş Olmalı**

Kaçakçılık suç fiilleri yetkili kişilere ihbar edilmemiş olmalıdır. İhbar savcılıklara, kolluk kuvvetlerine ve vergi idaresine yapılmış ise artık bu aşamadan sonra pişmanlıktan yararlanmak söz konusu olmayacaktır. İhbar yazılı olabileceği gibi sözlü olarak imza altına alınan tutanakla da yapılabilir.

### **bb) Soruşturma Başlamamış Olmalı**

Kaçakçılık suçları için soruşturma iki şekilde olabilir. Cumhuriyet savcılığı kendisine yapılan ihbar üzerine veya suç duyurusu kabul edilebilecek yollardan olabilir. İkincisi ise vergi incelemesi sırasında suç raporu hazırlanmak suretiyle savcılığa müracaat edilebilir. Pişmanlıktan yararlanmak için her iki durumun da söz konusu olmaması gerekir.

### **cc) Vergi İncelemesine Başlanılmamış Olması**

Vergi incelemesi başlamış ise vergi idaresi suç fiillerinden haberdar olabilecektir. İnceleme sonrasında suç fiilleri tespit edilebilir. İnceleme üzerine vergi idaresi ve savcılığın suç fiillerinden haberdar olması üzerine failin kendiliğinden pişmanlık isteminde bulunduğu söylenemeyecektir.

## **IV. PİŞMANLIK VE ISLAHIN SONUÇLARI**

Pişmanlık ve ıslahın sonuçları, kaçakçılık fiilleri sonrasında vergi kaybının doğup doğmamasına göre farklılık arz edecektir. Bu farklılığı gözeterek şekilde iki ayrı başlık altında incelenecektir.

### **A) VERGİ KAYBININ SÖZ KONUSU OLDUĞU KAÇAKÇILIK SUÇLARI AÇISINDAN SONUÇLARI**

İşlenen kaçakçılık suçları neticesinde vergi ziyayı doğmuş ise ilke olarak vergi ziyayı cezası kesilmeyecektir. Ayrıca vergi kaçakçılık suçları için hürriyeti

bağlayıcı ceza da kesilmeyecektir. Cumhuriyet savcılığı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verecektir (CMK md 171).

Pişmanlık ceza kesilmesine engel olan özel cezasızlık nedeni olması nedeniyle vergi aslına bir engeli olmayacaktır. Mükellef vergi aslını 15 gün içerisinde ödemek zorundadır. Ayrıca her ay ve kesri için aylık %1.40 oranında pişmanlık zammı ödeyecektir. İşlenen fiiller nedeniyle usulsüzlük veya özel usulsüzlük kabahati tespit edilmiş ise bu cezalar vergi dairesi tarafından kesilecektir. Çünkü pişmanlık, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarına bir etkisi olmaz.

## **B) VERGİ KAYBININ SÖZ KONUSU OLMADIĞI KAÇAKÇILIK SUÇLARI AÇISINDAN SONUÇLARI**

Kaçakçılık suçları işlendikten sonra ilgili makamların bilgisi olmadan pişmanlık dilekçesi verilmiş ise Cumhuriyet Savcılığı ilgili vergi dairesinden vergi inceleme yapılmasını ister<sup>32</sup>. İnceleme sonrasında pişmanlık şartları yerine gelmiş ise VUK 359'uncu maddenin (B) fıkrası hükmü uygulanır. Bu fıkra şöyledir. "371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz". Kanun metninde bu madde olarak belirtilen 359'uncu maddedir. Yani pişmanlık hükümlerinden yararlanan kişiler hakkında kaçakçılık cezası kesilmez demektir. Bu açıdan bakıldığında TCK'daki etkin pişmanlığa benzetilirse de ayrıldıkları yegâne nokta etkin pişmanlıkta neticenin ortaya çıkması engellenmiş olur. Oysa VUK'da düzenlenen pişmanlıkta suç tamamlanmış ve netice meydana gelmiştir<sup>33</sup>. Ancak ilgili birimlerin bundan haberi yoktur. İşte tam bu sırada verilen pişmanlık dilekçesi 359'uncu madde hükmünün uygulanmasına engel teşkil eder.

İşlenen fiiller nedeniyle usulsüzlük veya özel usulsüzlük kabahatleri işlenmiş ise bunlara ilişkin cezalar vergi dairesi tarafından kesilecektir. Zira pişmanlığın usulsüzlük kabahatlerine bir etkisi olmaz.

## **SONUÇ**

Vergi ceza hukuku açısından pişmanlık, kaçakçılık suçları ve vergi ziya kabahati için söz konusudur. Pişmanlık sonrası suç faili ıslah olarak bir daha suç işlememe konusunda bilinç sahibi olur.

Pişmanlık, suç işlendikten sonra başvuru bir kurum olması nedeniyle gönüllü vazgeçmeden ayrılır. Af, terkin ve tahakkuktan vazgeçme devlet tarafını

---

<sup>32</sup> İsmet Yurteri – Adnan Yurteri, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Soruşturma Usulü ve Yaptırım", Konya Barosu dergisi, Yıl 40, Sayı 23, www.konyabarosu.org.tr , s. 108, 24.06.2016.

<sup>33</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), B.9, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s.453.

temsil eden organlar tarafından yapılması nedeniyle de pişmanlıktan ayrılır. Ceza hukukundaki etkin pişmanlığa benzer. Yerine getirilecek yükümlülükler açısından ayrılır.

Pişmanlık daha çok vergi ziyayı cezası için düzenlenmiş olması nedeniyle şartları da buna göre belirlenmiştir. Kanun koyucu kaçakçılık suçları için de pişmanlıktan yararlanacağını belirtmiştir. Kaçakçılık suçları bazı hallerde vergi ziyasına da neden olabileceği için vergi idaresi tarafından kesilecek vergi ziyayı cezasına ilişkin şartların da yerine getirilmesi gerekir.

Vergi ziyasına neden olmayan kaçakçılık suçlarında ise, suç fiillerinin Cumhuriyet Savcılığı veya adli kolluk tarafından öğrenilmesinden önce pişmanlık dilekçesi verilmesi halinde VUK 359' uncu maddenin uygulanması söz konusu olmaz.

Defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmeme nedeniyle meydana gelecek kaçakçılık suçlarında pişmanlıktan yararlanma söz konusu olmayacaktır. Çünkü gizleme nedeniyle kaçakçılık suçlarının oluşabilmesi vergi incelemesi sırasında meydana gelir. Bu durumda ilgili makamların haberi olur. Vergi incelemesinin başlamış olması pişmanlıktan yararlanmaya engel teşkil edecektir.

Bazı kaçakçılık suçlarında usulsüzlük veya özel usulsüzlük kabahati meydana gelebilir. Bu kabahatler nedeniyle vergi dairesi tarafından idari vergi cezaları kesilecektir. Usulsüzlük kabahatleri nedeniyle pişmanlıktan yararlanmayacaktır.

#### KAYNAKÇA

**Ağar Serkan**, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**Aksoy Şerafettin**, "Türk Vergi Hukukunda Pişmanlık ve İslah Müessesesi", İstanbul Üniversitesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Prof. Dr. M. Orhan Dikmen'e Armağan, İstanbul, Sayı 33, 1989-1990.

**Artuk M. Emin - Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, B. 9, Ankara, 2015.

**Aslaner Hakan**, "Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu", International Journal of Economic and Administrative Studies, 2016 (17).

**Baki Mehmet Hanefi**, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemlerin Değerlemesi: Örnek Olay Çalışması, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2008.

**Batırel Ömer Faruk**, “Son Yargıtay Kararları Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçu Unsurları”, Yaklaşım, [www.ozdogrular.com/content/view/21795/](http://www.ozdogrular.com/content/view/21795/), 24.06.2016.

**Bayraklı Hasan Hüseyin - Mehmet Erkan- Cemal Elitaş**, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

**Bozdoğanlı Burçin**, “Vergi Hukuku Ve Ceza Hukuku Normları Açısından Pişmanlık: Sorunlar-Yaklaşımlar-Çözüm Önerileri”, [www.maliyesempozyumu2016.mersin.edu.tr/ t19.docx](http://www.maliyesempozyumu2016.mersin.edu.tr/t19.docx), 23.06.2016.

**Donay Süheyl**, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

**Işık İsmail - Selimhan Topaç**, “Pişmanlık ve Islah Kurumunun Tarihsel Süreç İçinde İrdelenmesi”, Vergi Dün-yası, S 300, Ağustos 2006, [www.vergidunyasi.com.tr](http://www.vergidunyasi.com.tr), 24.06.2016

**İşbilir Şener**, Türkiye’de Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Çözüm Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Edirne, 2008.

**Karakoç Yusuf**, Türk Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah, Gözden Geçirilmiş B 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:76, İzmir, 1997.

**Karakoç Yusuf**, Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

**Mutluer M. Kâmil**, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi yayınları No: 214, Eskişehir, 1979.

**Özcan Onur**, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

**Şenyüz Doğan**, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), B.8, Ekin Yayınevi, Bursa,2015.

**Şenyüz Doğan**, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), B.9, Ekin Yayınevi, Bursa,2016.

**Turan Ayşe Nur**, “Etkin Pişmanlık Hükümlerine Felsefi Bakış”, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C IV, S 1, Y 2015, Kayseri, Haziran 2015.

**Yıldırım Zübeyr**, Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah (VUK m. 371), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

**Yurteri İsmet – Adnan Yurteri**, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Soruşturma Usulü ve Yaptırım”, Konya Barosu dergisi, Yıl 40, Sayı 23, [www.konyabarosu.org.tr](http://www.konyabarosu.org.tr), 23.06.2016.

# AVRUPA OMBUDSMANI VE TÜRKİYE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU: MUKAYESELİ BİR İNCELEME

*European Ombudsman and Turkish Ombudsman Institution:  
Comparative Analysis*

**Prof. Dr. M. Akif ÖZER<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 09.01.2017

Kabul Tarihi: 12.05.2017

## ÖZET

Son yıllarda dünya genelinde yaşanan yolsuzluk, rüşvet, kötü yönetim gibi uygulamalar, yönetimin hukuka uygunluğunun sağlanmasında yeni mekanizmaları gündeme getirmiştir. Bu kapsamda Türkiye’de 2012 yılında Kamu Denetçiliği Kurumu’nun faaliyete geçmesiyle ombudsmanlık uygulaması başlamıştır. Aslında Avrupa’da çok yaygın olan bu denetim türünün geçmişi Osmanlı İmparatorluğu uygulamalarına kadar götürülmektedir. Hatta literatürde bu uygulamanın İskandinav ülkelerince Osmanlı’dan örnek alındığı yaygın kabul görmektedir. Ancak gelişmiş ülkelerin aksine Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu’nun son dönemde faaliyete geçmesi, bu kurumun yönetimin hukuka uygunluğuna sağladığı katkılardan Türkiye’nin çok geç faydalanmaya başladığını göstermektedir. Kurumun işleyişinin oturmasıyla ülke yönetimine çok daha fazla katkı sağlayacağı açıktır. Ancak benzer başarılı uygulamaların sürekli takip edilmesi ve iyi uygulama örneklerinin kıyaslama yöntemiyle Türkiye uygulamasına aktarılması da büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada Avrupa Birliği Ombudsmanı ile Kamu Denetçiliği Kurumu karşılaştırılmış ve uygulamaların daha etkin olabilmesi için fikir ve uygulama alışverişinin önemine vurgu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Denetim, Ombudsman, Mukayese, Tavsiye Kararı, Etkenlik,

## ABSTRACT

In recent years, practices such as corruption, bribery and mismanagement that have taken place throughout the world have brought new mechanisms to agenda for the lawfulness of the administration. In this context, the implementation of the Ombudsman was initiated in 2012 by the operation of the Turkish Ombudsman Institution in Turkey. In fact, the history of this control class, which is very common in Europe, is taken to the practice of the Ottoman Empire. It is even widely accepted in the literature that this practice is taken from the Ottoman Empire by Scandinavian countries. However, contrary to the developed countries, the operation of the Turkish Ombudsman Institution in recent period shows that Turkey has started to benefit too late from the contributions it has provided for the legality of the administration of this institution. It is clear that with the operation of the foundation of the institution will contribute much more to the administration of the country. However, it is also of great importance that similar successful applications are followed up continuously and good practice examples are transferred to Turkey through benchmarking. In this study, the European Ombudsman and the Turkish Ombudsman Institution were compared and the importance of mutual exchange of ideas and practices was emphasized in order to make the applications more effective.

**Keywords:** Audit, Ombudsman, Comparison, Recommendation, Effectiveness,

<sup>1</sup> Prof. Dr., Gazi Ün. İİBF Kamu Yön ve Siyaset Bilimi Bölümü, ozer@gazi.edu.tr

## GİRİŞ

Bilindiği gibi tarihte ilk olarak ombudsman kurumu 1713'te İsveç'te oluşturulmuştur. İsveç Kralı 12. Charles askeri ve diplomatik işlerinin fazlalığından dolayı merkezde güvendiği bir kişiyi, vergi toplayanların, yargıçların ve diğer memurların çalışmalarının denetlenmesi ile görevlendirmiştir. Bazı kaynaklarda İsveç Kralı'nın bu kurumu oluştururken Osmanlı İmparatorluğu'ndaki uygulamalardan etkilendiği belirtilmektedir. Rus yenilgisinden sonra Osmanlı topraklarında kalan İsveç Kralı buradaki uygulamaları görmüş, ülkesini buradan idare edebilmek için bir ombudsman atama yoluna gitmiştir.<sup>2</sup>

Ombudsmanlığın İsveç Kralı'nın girişimi ile başladığı resmi tarih verisi olsa da bu tarih öncesinde gerek Osmanlı devletinde gerekse daha öncesinde Roma'da ve Çin'de bu şekilde ombudsmanın faaliyetlerini yapmış kurumlar olduğu bilinmektedir.

İsveç Kralı'nın ombudsmanlık sistemini Osmanlılardan esinlenip ülkesinde uyguladığına dair birçok görüş ileri sürülmektedir. Bunlar arasında Kazaskerlik kurumu, Ahilik teşkilatı, Dar'ül Adl ve Divan-ı Mezalim (Haksızlıklar Divanı) adlı kurumlardan etkilendiğini belirten çalışmalar mevcuttur. Divan-ı Mezalim Osmanlılardan önce müslüman devletlerin merkez teşkilatında yüksek yargı ve denetim kurumu olarak görev üstlenen yüksek dereceli bir devlet organıdır. Emevi, Abbasi, Memluk ve Selçuklu devletlerinde Dar'ül Adl ve Divanı Mezalim halkın yönetime karşı şikayetlerini dinleyen ve halk ile yönetim arasındaki uyuşmazlıkları gidermeye çalışan kurumlardır.<sup>3</sup> İsveç Kralı'nın; Ahilik teşkilatı, Divan-ı Mezalim ve Dar'ül Adl gibi kurumlardan esinlenmiş olmakla birlikte esas olarak, Ahilik kurumunun yardımlaşma ve sosyalleşme niteliklerinden etkilendiği söylenebilir.

Ombudsmanlık kurumu İsveç'ten sonra Finlandiya'da 1919 yılında kurulmuştur. Bu ülkede ombudsmana, İsveç'teki ombudsmanın sahip olduğu yetkilerin dışında bakanları kovuşturma yetkisi de verilmiştir. 1955 yılında Danimarka, 1959 yılında Batı Almanya, 1962 yılında Norveç ve Y. Zelanda, 1967 yılında İngiltere, 1971 yılında İsrail, 1973 yılında Fransa, 1976 yılında Portekiz, 1981 yılında Hollanda ve İspanya ombudsmanlık sistemini hayata geçirmişlerdir. Kurum ilk önce Kuzey Avrupa ülkelerine özgü iken zamanla İngiltere ve Y.Zelanda ile Anglo-Sakson hukuk sistemine girmiştir.<sup>4</sup> Sonra da tüm Avrupa'ya yayılmıştır.

<sup>2</sup> Pickl, Victor; "Ombudsman ve Yönetimde Reform", (Çev. T. Ergun), AİD, C.19,Sayı.1, Mart, 1986, s.37-40.

<sup>3</sup> Eryılmaz, Bilal; "Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", Türk İdare Dergisi, Y:66, Sayı 402, Mart 1994, s.79.

<sup>4</sup> Gökçe, A. Fuat; "Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi", Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C.17, S.2, 2012, s.206.

Kaynağını Osmanlı İmparatorluğu'ndaki uygulamalardan alan bu kurumun birçok ülkede farklı özellikler taşımasına rağmen, başarılı bir ombudsmanda bulunması gereken özelliklerde benzerlik bulunmaktadır. En başta böyle bir kurumun mutlaka kanunla kurulması ve fonksiyonel anlamda görevlerini yerine getirirken mali, hukuki, idari yönden özerk olması gerekmektedir. Merkezi idarenin dışında yer alması, tarafsızlığını koruması, halk tarafından kolay ulaşılabilecek ve başvurulabilecek bir makam olması, bu makama getirilecek kişilerin uzmanlığından ve tecrübesinden kimsenin kuşku duymaması<sup>5</sup> ortak gerekliliklerdir. Aksi takdirde bu kurumun tarafsızlığından ödün verebileceğinin düşünülmesi, temel işlevlerinin yerine getirirken büyük sorunlar doğurabilecektir.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren batıda yönetim karşısında vatandaşın daha iyi korunması için yeni arayışlara gidilme sürecinde ombudsman kurumu hızla yaygınlaşmıştır. Bu kurumu benimseyen ülkeler bu kuruma; ombudsman, parlamento komiseri, vatandaş koruyucusu, halk avukatı gibi farklı isimler vermişlerdir.<sup>6</sup>

Bilindiği gibi ombudsmanlık ulusal düzeyde, eyalet düzeyinde, yerel yönetimler ve kamu teşebbüsleri düzeyinde uygulanan bir denetim türüdür. Avrupa Birliği bünyesinde de bu kuruma yer verilmiştir.<sup>7</sup> İsveç kökenli olup kelime anlamı vekil, temsilci olan ombudsman; devlet görevlileri hakkındaki şikayetlerle ilgili olarak araştıran, rapor yazan kişi, devlet memuru anlamına gelir. Ombudsman kelimesi Fransa'da "le mediateur" olarak kullanılırken dilimizde "kamu denetçisi" şeklinde<sup>8</sup> yerleşmiştir.

Bu çalışmada yukarıda özetlediğimiz tarihsel süreç veri alınarak Avrupa Ombudsmanı ve bu kurumun Türkiye'deki eş değeri olan Kamu Denetçiliği Kurumu mukayeseli bir şekilde incelencektir. Bu karşılaştırmaya geçmeden ombudsman denetimi ile ilgili genel bilgi vermenin, özelliklerini ve türlerini belirtmenin yararlı olacağını düşünüyoruz.

## 1. OMBUDSMAN DENETİMİ

Genelde adli ve idari yargı ayrımının yapılmadığı ülkelerde yönetimin hukuka uygunluğunun sağlanmasında, diğer denetim türlerinin yanında dilimize kamu denetçisi olarak çevrilen ombudsman isimli bir kuruma da

---

<sup>5</sup> Arslan, Süleyman; "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", AİD, C.19, Sayı.1, Mart, 1986, s.161.

<sup>6</sup> Eken, Musa; "Vatandaşın Korunmasında Ombudsman Kurumunun Rolü", Türkiye'de Yönetim Geleneği, Ed. D.Dursun - H. Al, İlke Yay., İstanbul, 1998, s.132.

<sup>7</sup> Tortop, Nuri; "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması", Türkiye'de Kam Yönetimi, Ed. B. Aykaç - Ş. Durgun - H. Yayman, 2. Baskı, Nobel Yay., Ankara, 2012, s.507.

<sup>8</sup> Gökçe, A. Fuat; a.g.m. s.205.

yer verilmektedir. İskandinav ülkelerinde doğan ve Avrupa'da yaygınlaşan bu kurum ile yönetimin faaliyetleri denetlenmektedir.<sup>9</sup> Şimdi bu denetim türünün özelliklerine daha ayrıntılı bakalım.

### 1.1. Ombudsman Denetiminin Özellikleri

Ortaya çıktığı andan itibaren uygulandığı ülkelerde hukuk devletinin güçlenmesi ve demokrasinin kökleşmesi için önemli bir unsur olan; devlet, yönetim ve vatandaşlar arasında iyi bir diyalog kanalı olarak görev yapan ombudsmanın popülaritesinden dolayı neredeyse yargı dışında oluşturulan her şikayet mercii ombudsman olarak anılmış ve bir kavram kargaşası oluşmuştur. Esasında ombudsman vatandaşların bürokrasiden, kötü yönetimden kaynaklanan şikayetlerini geniş yetkileri çerçevesinde, hızlı ve güvenli bir şekilde araştırıp çözüm önerileri sunan; yetkin, tarafsız, bağımsız, yasal, atanmış veya seçilmiş yetkilidir. Görevin tanımı, yetkileri ve statüsü birbirini tamamlar. Birey hak ve özgürlüklerini korumakla görevli bütün sistemlerden<sup>10</sup> bu tanım, yetki ve statü farklılıkları ile ayrılır.

Ombudsman anayasa ve yasa ile kurulmuş, idareyi yasama organı adına denetleyen, taraf tutmayan bağımsız bir görevlidir. Haksızlığı, adaletsizliği, idarenin kötü işleyişini dile getirip özel şikayetleri ve yakınmaları izler. Soruşturma açmak, eleştirmek ve idarenin aksayan yönlerini kamuoyuna açıklamak yetkilerini kullanır. Fakat tespit ettiği kötü davranış ve işleyişleri düzeltmek yetkisi yoktur.

Ombudsman bağımsızdır. Bu bağımsızlık yürütme organına olduğu kadar kendilerini seçen parlamento veya diğer organlara karşı da geçerlidir. Devletin anayasal, yasal organlarına karşı bağımsız olması ombudsmana politik ve idari sonuçlardan korkmadan gerçeği arama özgürlüğü sağlamaktadır. Ayrıca, bu şekilde ombudsman hiçbir beklentiye girmemekte ve kendini de sınırlandırmamaktadır. Ombudsman, yasal olarak verilen yetki alanı içerisinde devlet, yerel yönetimler, kamu kurum ve kuruluşlarının tamamını veya yasada özel olarak belirtilen kurum/hizmet alanını denetlemekle görevlidir. Ombudsmanın görev alanına giren temel konular; hak ve özgürlüklerin korunması, kötü yönetimin önlenmesi, yönetici vatandaş ilişkilerinde hakkaniyetin kolanması olarak belirtilebilir.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Gözübüyük, Şeref; Yönetim Hukuku, Turhan Yay., Ankara, 1992, s.296.

<sup>10</sup> Avşar, Zakir; "Ombudsman, İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Hakemi, Hayat Yay., İstanbul, 2012, s.26.

<sup>11</sup> Ekici, Birol; "Kamu Yönetiminde ve Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma Bağlamında Denetim", Bilgi Çağında Türk Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması I, Ed. A. Nohutçu-A. Balci, Beta Yay., İstanbul, 2005, s.112.



Ombudsman denetim yetkisi kapsamında, hakkında şikayet bulunan kurumun her türlü bilgi ve belgelerine başvurma, onlardan konuyu aydınlatacak bulgular elde etme, gerekirse tanık dinleme, kurumun temsilcilerini sorgulama, bilirkişiye başvurma, olay yerinde keşifte bulunma gibi işlemleri yapabilmektedir. Kamu kurumları gizli sayılan hassas bilgilerin dışında, her türlü bilgi ve belgeyi ombudsmana vermek zorundadırlar. Bu geniş soruşturma yetkisi ombudsmanı yönetim mekanizmasının merkezine götürerek gerçeği olduğu gibi ortaya çıkarmasına ve sıradan bir yurttaşın, hatta parlamento üyesinin bile sahip olmadığı, yönetsel işlemlerin gerçek unsurlarını öğrenmesine imkan sağlamaktadır.<sup>12</sup>

Ombudsmanın seçimi ve görev süresi de ülkelere göre değişmektedir. Ombudsman İsveç'te parlamento tarafından gizli oylamayla seçilirken, Fransa'da ise bakanlar kurulunun kararı ile belirlenmektedir. İngiltere'de hükümetin tavsiyesi üzerine Kraliçe tarafından atanmaktadır. Ombudsmanın parlamento tarafından gizli oyla seçilmesi ilk önce adil bir seçim gibi görülse de parti disiplini sebebiyle milletvekillerinin parti grup kararlarının dışına çıktığı pek görülmemiştir. Dolayısıyla ombudsmanın yasamayı oluşturan tüm partilerin ortak adayı olması veya en azından belirli bir uzlaşmayla seçilebilmesi için ombudsman seçiminde karar yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluğun esas alınması daha demokratik uygulama olacaktır.<sup>13</sup> Bu kapsamda ombudsmanın belirgin özelliklerini ve unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:<sup>14</sup>

- a) İdarenin, kendi iç denetimi ve yargı denetimi dışında denetlenmesini sağlar.
- b) Etkin bir denetim mekanizmasıdır. Gücün yanlış kullanımını engeller.
- c) Genellikle özerk ve yargı birliği sisteminin olduğu ülkelerde kurumsallaşmıştır.
- d) İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinden sorumludur.
- e) Kamu kurumları ve kamuoyu nezdinde saygınlığı bulunan bir kurumdur.
- f) Genellikle denetçiler parlamentolar tarafından seçilmektedir.
- g) Kamu hizmetlerinde etkinliği artırmayı amaçlar.
- h) Moral yaptırım gücü olan bir kurumdur.
- ı) Denetim sürecinde şikayet üzerine veya kendiliğinden harekete geçer.

---

<sup>12</sup> Erdoğan, Osman; Kamu Yönetiminde İdari ve Denetsel Açıda Ombudsman Kurumu: Türkiye Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Ün. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s.27.

<sup>13</sup> Gökçe, A. Fuat; a.g.m. s.207.

<sup>14</sup> Abdioğlu, Hasan; "Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi", İstanbul Ticaret Üni., Sosyal Bilimler Dergisi, Y.6, S.11, 2007, s.84.

- i) Şikayet sahipleri kuruma kolayca ulaşabilir.
- j) Çalıştığı konu ile ilgili her tür bilgi ve belgeye ulaşabilir.
- k) İnceleme yapmanın dışında yasal bir yetkisi yoktur.
- l) Yapılan araştırma sonuçlarını taraflara bildirir ve kamuoyuna duyurur.
- m) Karar doğrultusunda idareye önerilerde bulunur.
- n) Kamuoyu ve medya açıklamaları kurumun etkinliği için önemli bir araçtır.
- o) Kamu denetçileri özel organizasyonlar ve kişiler arasındaki uyuşmazlıkları (bankalar ve tacirler veya iki komşu arasındaki gibi) kendilerine konu olarak alamamaktadır.

## 1.2. Ombudsman Denetiminin Türleri

Bugünkü uygulamada ombudsmanlık; Fransa, Danimarka, Kosta Rika, Polonya ve Pakistan'da tek bir alanda etkin iken, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Güney Afrika, İsveç, İsrail, Almanya, Kanada, Norveç ve Macaristan'da birden fazla alanda faaliyette bulunmaktadır.<sup>15</sup> Hemen hemen her ülkede birbirinden farklı özellikler taşımasına rağmen, ombudsmanlığın; kanunla kurulması, fonksiyonel anlamda görevlerini yerine getirirken mali, hukuki ve idari yönden özerk olması, merkezi idarenin dışında yer alması, tarafsızlığını koruması, halk tarafından kolay ulaşılabilir ve başvurulabilecek bir makam olması ve bu makama getirilecek kişilerin uzmanlığından ve tecrübesinden kuşku duyulmaması<sup>16</sup> gibi özellikler üzerinde görüş birliği vardır. Aksi halde kurumun tarafsızlığından ödün verileceği düşünülecek, bu durum ise temel işlevlerin yerine getirilmesinde sorunlara yol açacaktır.

Literatürde genel anlamda farklı uygulamaları içinde barındıran ombudsmanlığı, "klasik ombudsman", "avukat ombudsman" ve "kurumsal ombudsman" şeklinde üç kategoride incelemek mümkündür. Klasik ombudsman diğer ombudsmanlık sistemlerine göre en yaygın olan uygulamadır. Kamu kurumları ile vatandaşlar arasındaki sorunların çözülmesi ile ilgilenmektedir. Avukat ombudsmanda taraflardan birisinin kamu kurumu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Vatandaşlar arasındaki sorunların giderilmesi esas amaçtır. Klasik ombudsmanla ayrıldığı nokta kamu kurumunun taraf olmamasıdır. Kurumsal ombudsman ise özel bir kurum içinde iç sorunların veya vatandaşlarla özel kurumlar arasındaki sorunların çözülmesi ile ilgilidir.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Gökçe, A. Fuat; a.g.m. s.209-210.

<sup>16</sup> Arslan, Süleyman; a.g.m., s.161.

<sup>17</sup> Gökçe, A. Fuat; a.g.m. s.209.

Bu sınıflandırmanın yanında ülkelerde toplumların yapısına ve ihtiyaçlarına göre özel bir alana yoğunlaşmış ombudsmanlık kurumunu görmek de mümkündür. Bu kapsamda başlıca dört tür ombudsmandan söz edilmektedir:<sup>18</sup>

- Genel Amaçlı Ombudsmanlar: İdari eylem ve işlemlerle ilgili tüm şikayetleri inceler.
- Tek ya da Özel Amaçlı Ombudsmanlar: Belli bir alanda yapılan şikayetleri ele almak veya belli bir grubun haklarını korumakla görevli ombudsmanlardır. Örneğin; sağlık ombudsmanı, polis ombudsmanı ve çocuk ombudsmanı gibi. Son yıllarda Amerika’da rastlanan yüksek boşanma oranı, çocuk istismarları, çocukların uygunsuz şartlara maruz kalmaları gibi durumların fazla olmasından dolayı çocuk ombudsmanı atanmış ve özellikle biyolojik ailesiyle yetişme imkânı bulamayan çocukların yaşadıkları sorunlarla ilgilenmesi amaçlanmıştır. Özel bir alana yoğunlaşmış bir diğer ombudsman türü Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanıdır. Polis tarafından icra edilen faaliyetlerden kaynaklanan sorunların çözümünde rol oynaması amacıyla kurulmuştur. Hükümetten, mahkemelerden ve güvenlik güçlerinden bağımsız çalışan bu kurum, hiçbir ayırım yapılmaksızın polis ile ilgili gelen şikayetleri değerlendirmektedir.
- Uluslararası ya da Uluslarüstü Düzeydeki Ombudsmanlar: Uluslararası örgütlerde çalışanlar veya bu örgütlere üye olanların şikayetlerini ele almak üzere kurulmuş olan uluslararası ombudsmanlardır. Buna örnek olarak İnsan Hakları Ombudsmanı verilebilir. Bu kurum insan haklarının ihlaline ilişkin şikayetleri ele alır. Uygulamaya Slovenya’dan bir örnek verilebilir. 1980’li yılların sonunda 1990’lı yılların başında komünizmin çökmesiyle Slovenya’da demokrasiye geçiş aşamasında zorluklar yaşanmış ve geçiş süreci ciddi insan hakları ihlallerine şahit olmuştur. Slovenya Hükümeti insan hakları ihlallerini engellemek için İnsan Hakları Ombudsmanı’nı atamıştır. Mahkemeler tabi ki birinci derecede kontrol mekanizması olmuştur fakat mahkeme dışı kontrol mekanizması olarak İnsan Hakları Ombudsmanı önemli roller oynamıştır.
- Özel Sektör Ombudsmanı: Özel sektör kuruluşları tarafından atanan ilgili sektörde yapılan şikayetleri ele alan ombudsman türüdür. Örneğin; Basın ombudsmanı, Bankacılık ombudsmanı gibi.

---

<sup>18</sup> Öktem, Serkan – Gökhan Turhan; “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve Komisyon Raporlarında Yer Alan Eleştiriler Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, 2015, s.135-136.

## 2. KURUMLARIN MUKAYESELİ İNCELENMESİ

Çalışmanın ilk kısmında ombudsman denetimi hakkında genel bilgiler verdik. Bu denetimin özelliklerini ve türlerini açıkladık. Bu bilgiler kapsamında şimdi Avrupa Ombudsmanı ve ülkemizdeki Kamu Denetçiliği Kurumu'nun mukayesesine geçebiliriz.

### 2.1. Kuruluşları

**a) Avrupa Ombudsmanı:** Avrupa Ombudsmanı oluşturma fikri, 1970'lerin ortalarında gündeme gelmiştir. 1973 yılında İngiltere, İrlanda ve Danimarka'nın Avrupa Topluluğu'na katılımı sonrasında Avrupa Parlamentosu'nun Danimarkalı üyeleri, Avrupa Ombudsmanı oluşturma konusunda Konsey'den ve Komisyon'dan yorum talep etmişlerdir. O yıllarda hem Komisyon hem de Konsey Avrupa Ombudsmanlığı kurumunu gereksiz bularak, Ombudsman fikrine karşı olumsuz tavır almışlardır.<sup>19</sup> Buna rağmen ombudsmanlık kurumuna giden yolda ilk adım 1971 yılında Viyana'da yapılan İnsan Hakları Konferansı Meclisi tarafından atılmıştır. İlk olarak yönetim otoritelerine yönelik vatandaşların şikayetlerinin değerlendirilip, soruşturmasını yapacak kurumunun kurulabileceği fikri bu konferansta ortaya atılmıştır. Ancak bu öneri çok etkili olmamıştır. 90'lı yılların başına kadar bu şekilde gündemde olan ama icraata dökülemeyen birçok önerge örneği görmek mümkündür. Bu süreçte 4 Mayıs 1990 ombudsmanlık kurumu için önemli bir tarih olmuştur. Çünkü bu tarihte İspanya Başbakanı Avrupa vatandaşlığı kavramının oluşturulması için bir teklif sunmuştur ve bu teklife ek olarak vatandaşların haklarını koruyacak bir kurumun yani ombudsmanlık kurumunun kurulmasını önermiştir. Bu öneri Danimarka ve Lüksemburg gibi ülkeler tarafından desteklenmiş, sonuç olarak dikkate alınmış ve ombudsmanlık kurumunun oluşturulması için karar 1992 yılında imzalanan Maastricht Anlaşması'nda yer almıştır. Alınan karar doğrultusunda gerekli alt yapı çalışmalarının tamamlanmasıyla Avrupa Birliği'nin ilk ombudsmanı Jacop Söderman (Eski Finlandiya Ombudsmanı) 12 Temmuz 1995 tarihinde atanmıştır.<sup>20</sup>

Bu kurumun oluşturulmasında parlamenter ombudsman sisteminden esinlenilmiştir. Ombudsman vatandaşların, birlik kurum ve organlarıyla iyi ilişkiler kurmalarında aracılık vazifesi görmektedir. Vatandaşlarla AB'nin kurum ve organları arasında şeffaflık üzerine kurulu ve güvene dayanan bir yönetim anlayışının tesis edilmesinde Avrupa Ombudsmanı önemli bir işlev

---

<sup>19</sup> Efe, Haydar, Murat Demirci; "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu'ndan Beklentiler", Sayıştay Der., S.90, Eylül 2013, s.5.

<sup>20</sup> Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten; "Avrupa Birliği'nde Ombudsmanlık", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2014/1, Sayı:19, 2014, s.218.

üstlenmiştir.<sup>21</sup> Zaten bu işleviyle Ombudsman İdarenin şeffaflaşması yönündeki olumlu adımlarıyla bireyin devlete olan güvenini artırır ve tazeler. İdareye de yapılan denetimlerde ortaya konulan iyi tespit ve uygulamaların devamı ve mükemmelleştirilmesi anlamında özgüven sağlar.<sup>22</sup>

Aslında Avrupa Ombudsmanı'nın kurulmasının arkasındaki temel nedenler, büyük ölçüde ulusal ombudsmanların ortaya çıkışıyla benzerlik göstermektedir. İlk olarak, Avrupa Adalet Divanı'na başvuruların pahalı, uzun ve karmaşık prosedürler gerektirmesi ve Divan'ın hakkaniyet gibi değerler üzerinden değil de dar yasal sınırlamalar çerçevesinde hareket etmesi sıradan bireylerde çekincelerin oluşmasına yol açmaktadır. İkinci olarak, Avrupa Parlamentosu üyelerinin harekete geçirilmesi ise her ülkenin kendi özel şartları ölçüsünde mümkün olabilmektedir. Üçüncü olarak, Birliğe yeni üyelerin katılmasıyla birlikte yaşanan nüfus artışı ve buna paralel olarak Birlik bürokrasisinin genişlemesi vatandaşların şikayetlerinin incelenmesi ve kötü yönetim uygulamalarının denetlenmesinde yeni mekanizmalara duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Ulusal ombudsmanların ortaya çıkış gerekçelerinden farklı olarak, Avrupa Ombudsmanı fikrinin mimarları bu kurum sayesinde Avrupa Vatandaşlığı kavramının yerleşeceğine inanmışlardır.<sup>23</sup>

Bu gelişmelerin henüz Avrupa Ombudsmanını kuruluş hedeflerine ulaştıracak olgunlukta ve etkinlikte olduğu söylenemez. Buna rağmen son yıllarda Avrupa Birliği ombudsmanını daha etkin hale getirebilmek için çabalar devam etmektedir. 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın 24. maddesi (eski 21. maddesi) "Birliğin her vatandaşı 228. maddeye uygun olarak kendiliğinden Ombudsman'a başvurabilir" şeklindeki ifadeyle Avrupa Birliği vatandaşlarının haklarından biri olarak Ombudsman'a şikayette bulunma hakkı ve Avrupa Parlamentosu'na başvuru hakkını düzenlemiştir. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Maastricht Antlaşması'nın Ombudsmanlık kurumunu düzenleyen 195. maddesi Lizbon Antlaşması'nın 228. maddesi olmuş ve Avrupa Ombudsmanı'nın yetki alanı "Topluluk kurum ve organları"ndan "Birlik kurumları, organları, büroları veya ajanlarına" doğru genişletilmiştir. Böylece Lizbon Antlaşması, AB'nin sütunlu yapısını ortadan kaldırdığı için eski ikinci sütun (Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası) şimdi Avrupa Ombudsmanı'nın yetki alanı içine girmiştir. Ayrıca, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 13. maddesine göre Avrupa Konseyi de bir kurum olarak sayıldığından bu söz konusu

---

<sup>21</sup> Şengül, Ramazan; "Avrupa Birliği'nde Yönetmelik Alanında Kötü yönetimle Mücadele Eden Bir Kurum: Avrupa Birliği Ombudsmanı", 2. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, (2010) <http://akademikpersonel.kocaeli.edu.tr/ramazan.sengul/> (10.08.2016), s.4.

<sup>22</sup> Atay, Ethem; "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi Ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Ombudsman Akademik, S.1, Aralık 2014, s.27-29.

<sup>23</sup> Tul, Uygur; "Avrupa Birliği'nde Ombudsmanlık", <http://www.siyasal-hayvan.com/avrupa-birligi-ve-turkiyede-ombudsmanlik-avrupa-ombudsmani-3-parca/> (20.08.2016), s.1.

kurum da Avrupa Ombudsmanı'nın yetki sahası içine dahil edilmiştir. Lizbon Antlaşması'nın 228. maddesi ile eski 195. maddede yapılan bir diğer önemli değişiklik ise 195. maddedeki "Ombudsman her Avrupa Parlamentosu seçiminden sonra, yasama dönemi sürecinde atanır" ifadesi yerine "Avrupa Parlamentosu tarafından seçilen Avrupa Ombudsmanı" ifadesi konulmuş olmasındır. Avrupa Ombudsmanı'nın yasal statüsünde yapılan bu değişiklikler Avrupa Ombudsmanı'nın etkinliğini artırmıştır.<sup>24</sup>

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Ülkemizde bu kurumumuzla ilgili somut gelişmelerin geçmişi 2010 yılına kadar götürülebilir. 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan anayasa değişikliği kapsamında, Anayasa'nın 4. bölümünde, Siyasi Haklar ve Ödevler başlığı altında yer alan dilekçe hakkına ilişkin 74. maddede değişiklik yapılarak, bu maddede kamu denetçiliğine de yer verilmiştir. Anayasa değişikliği ile 74. maddenin kenar başlığı "Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı" olarak değiştirilmiş, madde metni; "Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. TBMM Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceler. Kamu Başdenetçisi TBMM tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur" şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişikliklerle, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun anayasal bir kurum haline getirildiği ve Anayasa'da öngörülen yasal düzenlemenin yapılmasıyla birlikte, kurumun çalışmaya başladığı söylenebilir.<sup>25</sup>

Kurumun kuruluş kanunu olan 6328 Sayılı Kanun ise 2012 yılında çıkarılmıştır. İdarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri incelemek üzere, daha önce oluşturulan Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili kurucu kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve resmîlik kazanamamıştı.<sup>26</sup> 5548 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra, yapılan anayasa değişiklikleriyle Kamu Denetçiliği Kurumu anayasal temele kavuşmuştur. 2012 yılında çıkarılan 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda her ne kadar farklı hükümler olsa da temeli 5548 sayılı Kanun'a dayanmaktadır.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Efe, Haydar; "Avrupa Ombudsmanı'nın AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü Ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü", Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.8-9.

<sup>25</sup> Kahraman, Mehmet; "Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği", Mustafa Kemal Ün. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.8, S.16, 2011, s.368-369.

<sup>26</sup> Yıldırım, Turan; İdari Yargı, Anadolu Ün. Yay., Eskişehir, 2013, s.12.

<sup>27</sup> Şengül, Ramazan; "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.14, S.2, 2007, s.137.

İlk hazırlanan 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Kanun'un 12. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, tekrar görüşülmek üzere Meclise gönderilmişti. Veto gerekçesinde; yasamanın yürütmeyi yalnızca siyasi yolla denetleyebileceği, anayasal açıdan Meclis Başkanlığına bağlı bir kurum kurulmasının mümkün olmadığı, meclisin görevleri arasında sayılmayan kamu görevlilerini seçme ya da atama yetkisinin kanunla meclise verilmesinin ve kurumda çalışacak uzman ve yardımcılarının çalışma esas ve usullerinin düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa ile bağdaşmayacağı görüşlerine yer verilmişti. Ancak TBMM 5521 sayılı Kanun'u aynen kabul ederek 28.09.2006 tarihi itibarıyla 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu olarak yasalaştırmış, ikinci kez meclisten geçen 5548 sayılı Kanun'u Cumhurbaşkanı onaylamak durumunda kalmış ve bu düzenleme 13.10.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak daha sonradan Cumhurbaşkanı ile ana muhalefet partisi anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Kanun'un iptalini istemiş ve Anayasa Mahkemesi'ne götürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi'nce 5548 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği belirtilerek, esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine iktidar partisi Kanun'un iptal gerekçeleri ve muhalefetin görüşlerini de dikkate alarak bir Anayasa değişiklik paketi hazırlamış ve 30 Mart 2010 tarihinde 26 maddeden oluşan Anayasa değişiklik paketi içinde Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili düzenleme de yer almıştır.

Yukarıda ayrıntılarına değindiğimiz bu düzenlemenin yer aldığı anayasa değişikliğiyle ilgili paketin Meclis Genel Kurulunda yeterli çoğunluğu sağlayamaması üzerine, değişikliği Cumhurbaşkanı halkoyuna sunmuş, 2010 yılında yapılan referandum sonucunda halkın % 58'i anayasa değişiklik paketine "evet" diyerek, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluşundaki engellerin kalkmasını sağlamıştır. Böylece Kamu Denetçiliği Kurumu'yla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerinden Anayasa'nın 6. maddesinde "hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ilkesine hem de 87. maddesinde yer alan meclisin görev ve yetkileri maddesinde "böyle bir görev ve yetkinin olmaması hali" gibi iptal gerekçeleri ortadan kaldırılmıştır.

Bakanlar Kurulu'ndaki tüm üyelerin imzasıyla Meclis Başkanlığına 05.01.2011 tarihinde gönderilen Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı, Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Ardından, 15.06.2012 tarihinde TBMM'den geçerek Cumhurbaşkanı'na sunulan Kamu Denetçiliği Kanun Tasarısı, 29.06.2012 tarihinde Cumhurbaşkanlığı'nca onaylanarak Resmi Gazete'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.<sup>28</sup> Bugün Kamu Denetçiliği Kurumu bu yasal mevzuata dayanarak faaliyetlerini sürdürmektedir.

---

<sup>28</sup> Efe, Haydar, Murat Demirci; a.g.m., s.60-62.



## 2.2. Statüleri, Seçilmeleri ve Atanmaları

**a) Avrupa Ombudsmanı:** Daha önce de belirttiğimiz gibi 1992’de, Maastricht’te imzalanan AB Anlaşması’nda; ortaklık yaşamının demokratikleştirilmesi süreci içerisinde ortaklık kurumlarının saydamlığını sağlayarak yurttaş ile bu kurumlar arasındaki güven ilişkisini güçlendirmeyi, ayrıca yurttaşın şikayetlerini kabul ederek ortaklık kurumlarının demokratik işleminde yurttaşın yardımcı olmayı amaçlayan “Avrupa Ombudsmanı” kurulmuştur.<sup>29</sup> Avrupa Ombudsmanı, AB Parlamentosu’nca herhangi bir üye ülkede oturan veya kayıtlı ofisi bulunan bir özel veya tüzel kişinin Avrupa Adalet Mahkemesi ve Avrupa İlk Merci Mahkemesi haricindeki topluluk kurum ve kuruluşları ile organlarının faaliyetlerindeki kötü yönetim vakalarıyla ilgili şikayetlerini almakla yetkili kılınmıştır. Ancak, uygulamada insan hakları şikayetlerine de bakmaktadır. Bu kurum, AB’nin yasallaşmasında yeni bir eğilimi temsil etmektedir ki bu eğilim “birliğin bütün kurum ve kuruluşlarının standart kural ve prosedürlere bağlanması veya tek bir görevi olan ama bu kural ve prosedürleri bütün AB kurumsal sistemine uygulamaktan sorumlu organlarca incelenmesini içermektedir.”<sup>30</sup>

Bilindiği gibi AB Ombudsmanı’nın iki temel işlevi vardır. Birinci işlevi yönetim üzerinde dış bağımsız denetim aracı olmasıdır. İkinci işlevi ise arabulucululuğu yerine getirmesidir. Uygulamada arabuluculuk sayesinde AB Ombudsmanı ile kurum ve organlar arasında sistematik bir işbirliği olmaktadır. Söz konusu işbirliğinin aynı konuda yapılacak şikayetleri ortadan kaldırma ve kurumlara kendi kapasitelerini yeniden değerlendirme fırsatı verme şeklinde iki temel yararı bulunmaktadır. Bu bağlamda AB Ombudsmanı’nın tavsiyeleri sonucunda Konsey, işe alımlarda şeffaflığı benimsemiştir.<sup>31</sup>

Avrupa Ombudsmanlığı’nda eski Finlandiya Ombudsmanı Jacob Söderman 1 Eylül 1995 tarihinde ilk Avrupa Ombudsmanı olarak görevlendirilmiştir. Söderman’dan sonra seçilen Nikiforos Diamandouros ise, aynı zamanda Yunanistan’ın da ilk ombudsmanıdır. 11 Kasım 2005 tarihinde Diamandouros ikinci kez Avrupa Ombudsmanlığı görevine seçilmiştir.<sup>32</sup> 2017 yılı itibarıyla bu görevi 2013 yılında seçilen ve İrlanda’da bu görevi yapmış olan yazar Emily O’Reilly’dir. 2018 Ekim ayında görev süresi sona erecektir.

Ombudsmanın statüsüne ilişkin en son değişiklik 18 Haziran 2008’de yapılmıştır. Bu değişiklik neticesinde şikayetlerle ilgili inceleme sürecinde

---

<sup>29</sup> Acar, Tünay; Kamu Yönetiminde Yeni Bir Denetim Yolu: Kamu Denetçiliği Kurumu, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Ün., Isparta, 2009, s.72.

<sup>30</sup> Tul, Uygur; a.g.m., s.2.

<sup>31</sup> Şengül, Ramazan; a.g.m., s.5.

<sup>32</sup> Kılıç, Erkan; Kamu Denetçiliği Kurumu, Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi, Atılım Ün. SBE, Ankara, 2012, s.37.



ombudsman, AB kurum ve organlarının bütün belgelerine serbestçe erişim imkanına kavuşmuştur. Avrupa Ombudsmanı'nın başarısında birlik kurum ve organlarıyla olan ilişkisi önemlidir. Birlik düzeyinde iyi yönetim seviyesinin yükseltilmesi için ombudsman, AB kurum ve organ temsilcileri ve bürokratlarla düzenli görüşmeler yapar. Bu görüşmeler ombudsmanın statüsünün güçlendirilmesinde olumlu etkiler yapmıştır.<sup>33</sup>

Ombudsman atama prosedüründen önce ombudsman olarak atanabilmek için gereken kriterlere bakmak gerekmektedir. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- a) Avrupa Birliği vatandaşı olmak,
- b) Sivil ve politik bütün haklara sahip olmak,
- c) Tam bağımsızlığı garanti etmek,
- d) Adayın kendi ülkesinde en üst düzey adli makamlarda çalışmış olmak ya da kendi ülkesinde ombudsmanlık kurumu tecrübesine sahip olmak.

Yukarıda belirtilen şartlara taşıyan adaylar ombudsmanlık seçimine katılabilirler. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın 228. maddesinde, Avrupa Ombudsmanının Parlamento tarafından "atanması" yerine "seçilmesi" ifadesi kullanılmıştır.<sup>34</sup> Ombudsman, Avrupa Parlamentosu tarafından 5 yıllık görev süresi için seçilmesinden hemen sonra atanır. Ombudsman art arda atanabilir ve atanma dönemini kısıtlayan bir sınır yoktur. Ombudsman aday olmak isteyen bir kişi minimum iki üye ülkeden olmak şartıyla, en az 32 parlamenterin desteğini alması gerekir. Bu desteği alan kişi resmi aday olarak oylamaya girebilir. Parlamentonun en az yarısının oyunun alınması istenen ilk iki turda çoğunluk sağlanmadığı takdirde ilk iki turda en yüksek oyu alan iki aday üçüncü tura geçer ve bu turda en çok oyu alan seçimi kazanır. İki aday üçüncü turda eşit sayıda oy alırsa yaşça daha büyük olan aday ombudsman atanır. Göreve başlandığında AB Adalet Divanı önünde görevin bağımsızlık ve tarafsızlık içinde yapılacağına, görev süresi ve sonrasında sorumluluk sahibi olunacağına ve dürüst çalışılacağına dair yemin eder.<sup>35</sup>

Ombudsmanın görev süresi atandığı dönemin sonlanmasıyla biter. Ombudsman, makamının şartlarını taşımadığı, görevini uygun şekilde icra edemediği ya da herhangi bir suç işlediğinin tespit edilmesi halinde görevden alınabilir ya da kendi istifa edebilir. Ombudsmanın en büyük özelliği tamamen bağımsız olmasıdır. Ücretli ya da ücretsiz başka hiçbir işle meşgul olamaz.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Şengül, Ramazan; a.g.m., s.5.

<sup>34</sup> Köseoğlu, Özer; Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi Ve Kurumsal Etkinliği", Sayıştay Dergisi, S.79, 2010, s.40.

<sup>35</sup> Efe, Haydar; a.g.m., s.9.

<sup>36</sup> Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten; "Avrupa Birliği'nde...a.g.m., s.218-219.

AB Ombudsmanı'nın statüsünün belirlenmesinde İskandinav, İngiliz ve Fransız ombudsman uygulamaları etkili olmuştur. Şikayetleri incelerken Avrupa Birliği Parlamentosu, Konsey ve Komisyon karşısında tam bağımsızdır. Ombudsmanın bağımsızlığı esas olduğundan hiçbir üye devlet veya kurum tavsiyede bulunamaz.<sup>37</sup> Bu durum AB Ombudsmanının güvenceli statüsünün en büyük kanıtıdır.

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Kamu yönetimini denetleyen modern bir kurum olarak tanımlanan ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu olarak yapılandırılan ombudsmanlık, yönetimin hukuk dışına taşan, hakkaniyete uymayan, yasaların yanlış yorumlanması sonucu amacından sapan uygulamalarını hukuk devleti adına filtre eden, ıslah eden, ayrıca hukuk devletine olan inancı ve saygıyı pekiştiren bağımsız bir kamu otoritesidir. Uygulamada devlet ile halk arasında köprü görevi görmektedir. Vatandaşlar rahatsız oldukları konularda bu kurumu harekete geçirip, idarenin denetimine katkıda bulunmaktadırlar.<sup>38</sup>

Dünyadaki uygulamasında kamu denetçiliğinin, ülkeler arasındaki farklılıkları yanında, yürütme organı karşısında bağımsız olması, şikayetlerin kişiler tarafından yapılması ve idarenin neden olduğu olumsuz iş ve eylemlerin adil değerlendirilip sonuçlar önerilmesi gibi üç ortak noktası bulunmaktadır.<sup>39</sup> Ayrıca bu kurumun en önemli özelliği hem idareye hem onu seçenlere karşı bağımsız olmasıdır.<sup>40</sup>

Kamu Denetçiliği Kurumu'nda başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için; Türk vatandaşı olmak, seçimin yapıldığı tarihte başdenetçi için elli, denetçi için kırk yaşını doldurmuş olmak, tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idarî bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren fakültelerden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yurt içi veya yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak, kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye olmamak ve kanunda belirtilen suçlarından mahkûm olmamak gibi şartları taşımak gerekir.

Başdenetçi, TBMM'de üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir. Birinci oylamada bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamaya geçilir. İkinci oylamada da üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu aranır. Bu oylamada

---

<sup>37</sup> Tul, Uygur; a.g.m., s.2-3.

<sup>38</sup> Kuluçlu, Erdal; "Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine", Sayıştay Dergisi, Sayı 63, Ekim-Aralık, 2006, s.7.

<sup>39</sup> Aynı Kaynak; s.7-8.

<sup>40</sup> Efe, Haydar, Murat Demirci; a.g.m., s.57-62.

üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamaya geçilir ve üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş sayılır. Üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır. Dördüncü oylamada karar yeter sayısı olmak şartıyla en fazla oy alan aday seçilmiş olur. Denetçiler de, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu yukarıda belirtilen benzer süreç ile seçilir.

Başdenetçi ve denetçilerin görev süreleri dört yıldır. İstifa, ölüm veya görevden alınma gibi herhangi bir nedenle süresi bitmeden görevinden ayrılan başdenetçi veya denetçinin yerine yeni seçilen başdenetçi veya denetçinin görev süresi de dört yıldır. Bir dönem başdenetçi veya denetçi olarak görev yapan bir kimse sadece bir dönem daha başdenetçi veya denetçi seçilebilir. Başdenetçi veya denetçiliğe seçilenlerin görev yaptıkları sürede eski görevleriyle olan ilişkileri kesilir. Başdenetçinin veya denetçilerin seçilmeleri için gerekli nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya bu nitelikleri seçildikten sonra kaybetmeleri hâlinde, durumun Komisyon (TBMM Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon), tarafından tespit edilmesini takiben başdenetçinin görevinin sona ermesine Genel Kurul tarafından, denetçilerin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verilir.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Başdenetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadırlar. Görevlerine and içerek başlarlar ve dört yıl görev yaparlar.<sup>41</sup>

Ülkemizde ilk kamu denetçisi 2012 yılında bu göreve seçilen eski Yargıtay üyesi Ömer Nihatoglu'dur. Şu anda bu görevi 16 Ekim 2016 yılında TBMM'de seçilen emekli milletvekili ve avukat Şeref Malkoç yürütmektedir. Görev süresi Ekim 2020'de sona erecektir.

### 2.3. İşleyişleri, Görev ve Etki Alanları

**a) Avrupa Ombudsmanı:** AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 20. maddesinde Avrupa Ombudsmanı'na başvurmak Birlik vatandaşlarının hakları arasında sayılmaktadır. Anlaşma'nın 228. maddesine göre Avrupa Parlamentosu (AP) tarafından seçilen Ombudsmana Birliğin her vatandaşı veya ikametgahı ya da tüzüğüne göre merkezi bir üye devlette bulunan her gerçek ve tüzel kişi başvurabilir. Anılan kişiler, Birlik organları, kurumları veya diğer birimlerinin faaliyetlerinde kötü yönetime ilişkin şikayetleri Ombudsmana iletirler ve

---

<sup>41</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; 'Hakkında', [http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/\(01.01.2017/a\)](http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/(01.01.2017/a), s.2), s.2.

Ombudsman bunları araştırarak rapor hazırlar. AB Adalet Divanı'nın yargısal yetkilerini kullandığı sıradaki faaliyetleri ise bu kapsamda değildir. Ayrıca, Ombudsmana iletilen bir konunun daha sonra yargıya intikal etmesi halinde de Ombudsman işlemi dava sonuna kadar erteleyerek, yargı kararına göre ne yapılacağını kararlaştıracaktır.<sup>42</sup>

Uygulamada Birlik vatandaşı olanlar veya bir üye devlette oturan ya da kayıtlı bürosu olan özel veya tüzel kişiler Birlik bürokrasisinin yasalara aykırı bir tavrı (işlem veya eylemi) ile karşılaştıklarında, doğrudan veya Parlamento'nun bir üyesi aracılığıyla Avrupa Ombudsmanı'na başvurabilmektedirler. Bunun için AB üyesi bir ülke vatandaşı olmak şart değildir.<sup>43</sup> Ombudsman resen soruşturma başlatabileceği gibi, doğrudan veya bir Avrupa Parlamentosu üyesi aracılığıyla kendisine iletilecek şikayetleri de inceleyebilir. Ombudsman, şikayetin doğruluğuna ilişkin bulgulara ulaştığında, 3 aylık bir süre içinde cevap verilmesi için ilgili kuruma başvurur ve kurumun cevabını kendi görüşünü de ekleyerek, Avrupa Parlamentosu'na ve ilgili kuruma sunar. Ayrıca, her yıl soruşturmalarının sonuçlarını içeren bir genel raporu da Avrupa Parlamentosu'na verir.<sup>44</sup> Ombudsmanın sorumlu kamu görevlilerini yargılaması ya da onlarla ilgili disiplin soruşturması başlatması söz konusu değildir. Ombudsman suç teşkil eden durumlarla karşılaşırse yerel otoriteye, disiplin cezası gerektiren bir durumla karşılaşırse topluluk kurumuna veya organına bilgi verir. Diğer taraftan Adalet Divanı'nın ve AB üyesi devletlerin merkezi hükümetlerinin faaliyetleri ombudsmanın görev sahasına girmemektedir.<sup>45</sup>

Avrupa Parlamentosu'nun 1994 tarihli kararına göre Ombudsman, Topluluk kurumları veya organlarının faaliyetlerinde kötü yönetimi iyileştirmeye yardımcı olur ve bununla ilgili tavsiyelerde bulunur. Avrupa Adalet Divanı ve ilk derece mahkemelerinin yargı görevleri ile ilgili faaliyetleri Ombudsman'ın denetimi dışındadır. Lizbon Antlaşması, "Topluluk kurumları veya organları"nın yerine "Birlik kurumları, organları, ofisleri veya birimleri" ifadesini kullanarak Ombudsman'ın görev alanını genişletmiştir. Ayrıca, Antlaşmasının 13. maddesinde Birlik kurumları arasında sayılan Avrupa Konseyi'nin de Ombudsman'ın görev alanına girmesi sağlanmıştır. Yani AB kurumları ve organları dışındaki yerel, bölgesel veya ulusal kamu otoriteleri veya kurumlarla ilgili şikayetler Ombudsman'ın yetki alanına girmemektedir. Ayrıca, Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanı ile ilk derece mahkemelerinin sadece idari

---

<sup>42</sup> AB Bakanlığı; "Avrupa Ombudsmanı", [http://www.ab.gov.tr/index.php?p=45639 &l=1](http://www.ab.gov.tr/index.php?p=45639&l=1) (20.03.2016), s.1.

<sup>43</sup> Yatkin, Ahmet – İlker Taşer; "Kamu Yönetiminde Denetim Aracı Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Ve Avrupa Birliği Karşılaştırmalı Örnek Olay Araştırması", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 2015, s.98.

<sup>44</sup> AB Bakanlığı; a.g.m. s.1.

<sup>45</sup> Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten; "Avrupa Birliği'nde...a.g.m., s.220.

kararları ve uygulamaları Ombudsman'ın yetki alanındadır. Parlamento'nun politik kararları ve Mahkeme'nin de yargısal kararları Ombudsman'ın alanı dışındadır.<sup>46</sup> AB kurumları ve organlarının kötü yönetimi ile ilgili şikayetleri inceleme ve soruşturma görevi bulunan AB Ombudsmanı, ulusal ve bölgesel yönetimlerle ilgili şikayetleri de inceleyemez. Ombudsmanın görev alanında, Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Parlamentosu, Denetim Mahkemesi, Adalet Divanı, Ekonomik ve Sosyal Komite, Bölgeler Komitesi, Avrupa Para Enstitüsü, Avrupa Merkez ve Yatırım Bankası bulunmaktadır.<sup>47</sup>

Ombudsman'dan Avrupa Birliği vatandaşları yani AB üye devletlerin tüm vatandaşları ve AB'ye üye devletlerde ikamet eden ve vatandaş statüsünde olan yabancılar faydalanabilir. Bu durum kurumun etki alanını oldukça genişletmektedir. Kurumunun etki alanında olan kuruluşları üç ana sınıfa ayırabiliriz. İlk kısımda, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Meclisi ya da Avrupa Komisyonu gibi temel AB kurumları yer almaktadır. İkinci kısımda, Bölgeler Komitesi, Avrupa Merkez Bankası gibi birlik hukukunu temel alarak oluşturulmuş kurumlar, üçüncü grupta ise, AB'ye yardımcılık niteliğinde faaliyetlerde bulunun ve merkezi olmayan AB Çevre Ajansı gibi kuruluşlar yer alır.<sup>48</sup>

Bu kapsamda faaliyet alanını doğrudan ilgilendirdiği için AB Ombudsmanı'nın yetki alanında olan kurum ve organların tespiti ayrı bir önem kazanmaktadır. AB kurumlarının hangileri olduğu Topluluk Anlaşmaları'nın 7. maddesinde belirtilmişken organların hangileri olduğu konusunda müktesebatta hukuki tanımlama veya bu organlara ilişkin bir liste bulunmamaktadır. AB Ombudsmanı'na göre organları tanımlayan husus, Topluluk Anlaşmaları'yla veya bunlara dayanan yasal düzenlemelerle kurulmuş olmalarıdır. Bu bağlamda Ekonomik ve Sosyal Konsey, AB Merkez Bankası Topluluk Anlaşmaları'yla kurulmuş organlardır. Avrupa Çevre Ajansı ise yasal işleme kurulmuş bir organdır. AB üye devletlerinin kurumlarına ilişkin şikayetler ise AB Ombudsmanı'nın yetki alanında değildir.<sup>49</sup> Bu durum Kurumun yetki ve görev alanının büyümesini engellemektedir.

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Kurum; merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının, mahallî idarelerin, mahallî idarelerin bağlı idarelerinin, mahallî idare birliklerinin, döner sermayeli kuruluşların, kanunlarla kurulan fonların, kamu tüzel kişiliğine haiz kuruluşların, kamu iktisadi teşebbüslerinin, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseselerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek

---

<sup>46</sup> Yatkin, Ahmet – İlker Taşer; a.g.m., s.98.

<sup>47</sup> Kılıç, Erkan; a.g.e., s.38.

<sup>48</sup> Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten; "Avrupa Birliği'nde...a.g.m., s.220.

<sup>49</sup> Tul, Uygur; a.g.m., s.3.

kuruluşlarının, kamunun ortak, sürekli ve kamusal bir ihtiyacını karşılayan ve idarî düzenleme, denetim ve gözetim altında kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin, her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına ilişkin şikayetleri inceler, araştırır ve önerilerde bulunur. Ancak, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, hakkında yapılan şikayetler Kurumun görev alanı dışındadır. Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklar hakkında Kuruma yapılan şikayetler incelenmez. Sebepleri, konusu ve tarafları aynı olup incelenmekte olan/sonuçlandırılan şikayetler hakkında Kuruma yeniden yapılan şikayetler incelenmez. Ayrıca, belirli bir konuyu içermeyen şikayetler de incelenmez. Yerel yönetimlerin, bağlı idarelerinin ve birliklerinin eylem, işlem ve davranışlarına karşı yapılacak şikayetler 29/3/2014 tarihinden itibaren Kurum tarafından alınmaya başlanmıştır.<sup>50</sup>

Şikayet başvurusu Türkçe dilekçe ile yapılır. Ancak, şikayetçinin kendisini daha iyi ifade edebildiği başka bir dildeki başvurusu, Kurumca haklı ve makul olduğunun tespiti halinde kabul edilebilir. Şikayet dilekçeleri Kuruma veya açtığı bürolara elden verilebileceği gibi posta, elektronik posta veya faks yoluyla da gönderilebilir. Kurum tarafından oluşturulan elektronik sistem aracılığıyla da şikayet başvurusunda bulunulabilir. Ayrıca, illerde valilikler veya ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla elden veya posta yoluyla şikayet başvurusu yapılabilir. Valilik veya kaymakamlıklar, şikayetleri en geç üç gün içinde Kurum'a gönderir.

Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci soruşturma açar. Devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler başdenetçi veya görevlendireceği denetçi tarafından yerinde incelenebilir. İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak başdenetçi veya denetçiler bilirkişi görevlendirebilir. İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak Başdenetçi, denetçiler veya uzmanlar tanık ya da ilgili kişileri dinleyebilir. Kurum, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Kurum, inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili kuruluşa ve başvurana bildirir. Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru

---

<sup>50</sup> Koç, Oktay; "Yeni Örgütlerin Ortaya Çıkışı: Türk Kamu Denetçiliği Kurumu Örneği", Ombudsman Akademik, S.2, Temmuz 2015, s.17-20.

süresini ve başvurulacak makamı da gösterir. İlgili kuruluş, Kurum'un önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurum'un önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kurum'a bildirir.<sup>51</sup> Bu nedenlerden dolayı birçok kurumun bir şekilde gerekçeler öne sürerek Kamu Denetçiliği Kurumu'nun önerilerini yerine getirmediği eleştirileri yapılmaktadır.

## 2.4. Örgüt Yapıları ve Mali Durumları

**a) Avrupa Ombudsmanı:** Etki alanı oldukça geniş olan Avrupa Ombudsmanı'na söz konusu faaliyetleri yerine getirirken, yöneticisini kendisinin atadığı bir sekreterlik birimi yardımcı olur. Ombudsman sekreterliğindeki görevliler ve memurlar, Avrupa Topluluğu'nun memurları ve diğer kamu görevlilerinin uymak zorunda olduğu ilke ve kurallara bağlıdırlar. Memurların sayıları, her yıl bütçe süreci içinde belirlenir. Ombudsman sekreterliğine atanan üye devletlerin ve Avrupa Toplulukları'nın memurları, hizmetin gereklerini görevde kaldıkları süre boyunca yerine getirirler ve kendilerinin, görevden ayrıldıktan sonra asıl kurumlarındaki eski görevlerine yeniden atanmaları sağlanır.<sup>52</sup>

Avrupa Ombudsmanı; genel sekreterlik, hukuk müşavirliği, idari ve mali işler dairesi gibi birimlerden oluşur. Sekreteryaya, Avrupa Ombudsmanı'nın bürosunun yönetiminden sorumludur ve Ombudsman'a tavsiyelerde bulunur. Sekreterliğin başında bir genel sekreter ve iki genel sekreter yardımcısı bulunur. Sekreterlik yazışmaları ve AB kurumları ile olan ilişkileri düzenler. Genel Sekreter, kurumun içinde stratejik planlamadan ve Ombudsman bürosunun genel yönetimini gözetmekten sorumludur. Ayrıca Ombudsman'a faaliyetlerinin planlaması ve büronun yapısı ve yönetimi üzerine tavsiyelerde bulunur. Hukuk müşavirliği ise temelde avukatlardan oluşur, görevleri Avrupa Ombudsmanı'na iletilen şikayetleri incelemek ve hukuk müşavirliği müdürünün gözetimi altında soruşturmaları yürütmektir. Hukuk Müşavirliği Ombudsman'a hukuki strateji ve müşavirliğin yönetimi hakkında tavsiyelerde bulunur ve Kurum'un hukuksal işleri ile ilgilenir. Müşavirlik çalışanları, AB'nin 23 farklı dilinden Ombudsman'a gelen şikayetlerle ilgilenirler. Avrupa Ombudsmanı'nın kendi inisiyatifi ile başlattığı araştırma ve soruşturmaların teklifinde ve uygulanmasında vatandaşlardan gelen taleplerin yanıtlanmasında görevlidirler.

İdari ve Mali İşler Dairesi, Ombudsman'a gelen şikayetler ve Ombudsman'ın araştırmaları haricindeki tüm işlemlerden sorumludur. Bu daire idari ve

---

<sup>51</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; 'Hakkında', [http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/\(01.01.2017/a\)](http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/(01.01.2017/a)), s.2-3.

<sup>52</sup> Köseoğlu, Özer; a.g.m., s.45.



personel, personel komitesi ve bütçe ve finans bölümü olmak üzere dört alt bölümden oluşur. Bunların altında da; medya, girişim ve sivil toplum birimi, iletişim bölümü ve şikayet değerlendirme bölümü bulunur. Ayrıca veri koruma yetkilisi de bulunur. İdari bölümün faaliyet alanı memurların yönetimi ve istihdamı, yazışmalar ve arşiv vb. konulardır. Finans bölümü, Kurum'un bütçe ve mali işlemleriyle ilgilenirken iletişim bölümü bireylere ve kurum ya da şirketlere hakları konusunda bilgi vermektir. Şikayet değerlendirme bölümü ise gelen şikayetlerin kayıt ve numaralandırılması gibi işlemlerden sorumludur. Medya, girişim ve sivil toplum birimi, Ombudsman'ın yapmış olduğu tüm faaliyetleri bütün Birliğe duyurur. Asıl sorumluluğu ise Ombudsman'a ihtiyaç duyan bireylere ve kurumlara ulaşmasına yardım etmektir. Medya ilişkilerini sağlamak ve Ombudsman'ın konuşma ve yayınlarının yazılmasından sorumludur. Personel komitesi, personelin çıkarlarını korur, kurumla personelin diyalogun devamını sağlar.

Avrupa Ombudsman'ının bütçesinin çok büyük bölümü personel harcamalarına gitmektedir. Her yıl bütçe durumuna göre ayarlanan personel sayısı sürekli artmaktadır. Bu artış, Avrupa Ombudsman'ının kabul ettiği şikayetçi sayısındaki artışla yakından ilgilidir. Bu kapsamda Avrupa kurumlarının yönettikleri politika alanlarındaki artış ve Avrupa vatandaşları ile yakın ilişkinin devam ettirilmesi ihtiyacı ile AB'nin genişlemesi gibi iki önemli faktör de rol oynamaktadır.

1 Ocak 2000'den beri Avrupa Ombudsmanlığı'nın bütçesi AB bütçesinin bağımsız bir bölümü haline dönüşmüştür. Bütçe üç başlık altında toplanmıştır: Birinci başlıkta maaşlar ve personelle ilgili diğer harcamalar; ikinci başlık altında bina, mobilya, çeşitli operasyon harcamaları; üçüncü başlıkta ise Kurum tarafından yerine getirilen genel işlevlerden kaynaklanan harcamalardır. 2010 yılında toplam 63 personel ile çalışan AB Ombudsmanlığı'na yaklaşık 9.5 milyon Euro bütçe tahsis edilmiştir. Diğer AB kurumları gibi Avrupa Ombudsmanlığı da Avrupa Sayışmayı tarafından denetlenmektedir.<sup>53</sup> Bu durum Kurumu hesap verebilir ve şeffaf olma hususunda daha etkin olmaya zorlamaktadır.

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Türkiye'de TBMM Başkanlığına bağlı, şikayet esasına göre idareyi denetleyen bağımsız bir niteliğe sahip olan Kamu Denetçiliği Kurumu, başdenetçilik ve genel sekreterlikten oluşmaktadır. Kurum, başdenetçi tarafından yönetilmekte ve temsil edilmektedir. Başdenetçilik, kamu başdenetçisi ve kamu denetçilerinden oluşurken, idari birim olarak genel sekreterlik; Kurum'un idari ve mali işleriyle sekreterya hizmetlerini yerine getirmekte ve genel sekreter ile diğer idari personelden oluşmaktadır. Kurum 2016 yılı sonu itibarıyla 143 kadrolu ve 33 geçici personel olmak üzere toplam 176 personelden oluşmaktadır. Kurumda 1 Genel Sekreter, 1 Hukuk Müşaviri,

---

<sup>53</sup> Efe, Haydar; a.g.m., s.12-14.



61 Kamu Denetçiliği Uzmanı, 2 Mali Hizmetler Uzmanı, 43 Kamu Denetçiliği Uzman yardımcısı, 29 idari personel, 33 geçici personel istihdam edilmektedir.

Kurum; daha önce de belirtildiği gibi 14.06.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile kurulmuş, teşkilat yapısı da kuruluş kanununa bağlı olarak şekillenmiştir. Kanunda da belirtildiği üzere başdenetçilik ve genel sekreterlik olmak üzere iki harcama birimi mevcuttur. Merkezi Ankara’da olan Kurumun fiili olarak ilk mali faaliyetleri 2013 yılında başlamıştır. İlk yapılanma yılı da olan 2013 yılında ihtiyaçlar Maliye Bakanlığı bütçesinde bulunan “yeni kurulan idarelerin ihtiyaçlarını karşılama ödeneğinden” karşılanmıştır. Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’nda Kurum ilk olarak 2014 yılında yer almıştır. Kurumun merkezi Ankara’da olmakla birlikte ilk yerel bürosunu 2015 yılında İstanbul’da açmıştır.<sup>54</sup>

Kamu Denetçiliği Kurumu’na 18.12.2015 tarih ve 6654 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6654 sayılı 2016 Yılı Merkezi Yönetim Geçici Bütçe Kanunu ile 31.12.2016 tarihine kadar geçecek üç aylık dönemde yaklaşık 5 milyon TL ödenek tahsis edilmiştir. Bu tahsiste; personel giderleri % 50, sosyal güvenlik prim giderleri % 6, mal ve hizmet alım giderleri % 38, cari transferler % 4 ve sermaye giderleri % 2 oranındadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu mali yapısı itibarı ile tüzel kişiliğe haiz özel bütçeli bir kamu kurumudur. Özel bütçeli bir kamu kurumu olmasına rağmen, hizmete esas faaliyetlerinden bedel talep etmemesi ve gelirlerinin hemen hemen tamamının TBMM bütçesinde yer alan hazine yardımı olması nedeniyle diğer özel bütçeli kurumlara göre farklılık arz etmektedir. Bütçe olanaklarını daha çok idari faaliyetlerinin hizmet standartlarını iyileştirmeye yönelik iş ve işlemler için kullanmaktadır. Yatırımcı bir kurum olmayışı ve sunduğu hizmetten bedel talep etmemesi nedeniyle ödenek ve harcamalarının büyük kısmı cari niteliktedir. 2016 yılı bütçesinde ödeneklerinin yarısından fazlası personel giderleri ve yine büyük kısmı mal ve hizmet alım giderlerinden oluşmaktadır.<sup>55</sup> Bu durum bilinenin aksine Kurum’un yaptığı işlem ve eylemlerden faaliyet kârı sağlayan değil, hazine yardımı ile faaliyetlerini yürüten bir kurum olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır.

## 2.5. Çalışma Şekilleri

**a) Avrupa Ombudsmanı:** Birlik vatandaşı olan veya bir üye devlette oturan ya da kayıtlı bürosu olan özel veya tüzel kişiler Birlik bürokrasisinin yasalara aykırı bir tavır (işlem ya da eylemi) ile karşılaştıklarında, doğrudan ya da

---

<sup>54</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; Stratejik Plan, 2017-2021, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/kdk-2017-2021-stratejik-plan.pdf> (05.01.2017/b), s.34-35.

<sup>55</sup> Aynı Kaynak; s.35.

parlamentonun bir üyesi aracılığıyla Ombudsman'a başvurabilmektedirler. AB Ombudsmanı'na, AB üyesi devletlerin vatandaşları veya bu ülkelerde ikamet eden şahıslar başvuruda bulunabilirler. Şikayetçinin kimliğini belirtmek suretiyle başvurusunu AB'ne üye devletlerde konuşulan 23 resmi dilden birisiyle yapması gerekmektedir. Daha çok bireysel başvurular üzerine harekete geçen Ombudsman'ın, re'sen soruşturma başlatma yetkisi de bulunmaktadır.<sup>56</sup> Bundan da anlaşılacağı gibi, Avrupa Ombudsmanı'na başvurmak için AB üyesi bir ülke vatandaşı olmak şart değildir. Üye ülkelerde yaşayan gerçek kişiler de Ombudsman'a başvurabilir. Bireylerin dışında tüzel kişiler, şirketler ve dernekler de şikayette bulunabilir. Ayrıca şikayet sahibi, iddia edilen kötü yönetimden etkilenmese de başvuru yapabilir. Şikayette bulunan kişinin, AB'ye üye ülkelerin resmi dillerinden birisiyle, kimliğini de belirtip, AB'nin hangi kurum ve kuruluşundan şikayeti olduğunu yazılı olarak beyan etmesi gerekir.<sup>57</sup>

Ombudsman'a ulaşan her şikayet başvurusu kaydedilir ve bir numara verilir. Şikayet konusu durumla ilgilenen görevlinin kim olduğu ve şikayet belgesinin kayıt numarasını belirten şikayete ilgili bir belge vatandaşa gönderilir. Ayrıca şikayette bulunanın rızası ile Avrupa Parlamentosu tarafından Ombudsman'a gönderilen dilekçe de kabul edilebilir. Bazen de şikayetçinin rızasıyla ve uygun durumlarda Ombudsman bir şikayeti taleple ilgili olan Avrupa Parlamentosu'na ya da diğer bir merciye gönderebilir. Ombudsman şikayetin kendi yetki sınırları içinde olup olmadığına karar verir; eğer yetki sahası içindeyse karar vermeden önce vatandaştan daha fazla bilgi veya doküman talep edebilir. Eğer şikayet yetki sahası dışında ise yada kabul edilmezse Ombudsman şikayete ilgili dosyayı kapatır, bunun sebepleri ile ilgili şikayette bulunanı bilgilendirir ve vatandaşa müracaat edilecek diğer mercileri gösterebilir.<sup>58</sup>

Kurumun çalışma şeklinde en önemli husus şikayetlerin alınması ve sonuçlandırılması ile ilgili aşağıda belirtilen süreçtir:<sup>59</sup>

- **Şikayetin alınması:** Ombudsman'ın çalışma prosedürünün ilk adımı şikayetin alınmasıdır. Bireyler doğrudan şikayette bulunabilir, Avrupa Parlamentosu üyeleri, hükümetler ve diğer kurumlar da şikayette bulunabilir ya da ombudsman şikayet olmaksızın kendi eksik gördüğü bir konu üzerine harekete geçebilir. Ombudsman önce şikayet konusunun alanına girip girmediğini inceler. Ombudsman, şikayet sahibine prosedürü, şikayete ilgilenen görevlinin adını-soyadını, telefon numarasını mektupla bildirir.

<sup>56</sup> Kılıç, Erkan; a.g.e., s.38.

<sup>57</sup> Tul, Uygur; a.g.m., s.3.

<sup>58</sup> Efe, Haydar; a.g.m., s.14.

<sup>59</sup> Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten; "Avrupa Birliği'nde...a.g.m., s.220-221.

- **Şikayetin değerlendirilmesi:** Bu aşamada alınan şikayetin soruşturma açılmasına değer yasal temeli olup olmadığına bakılmaktadır. Şikayet konusu alanına giriyorsa şikayetin soruşturma başlatılması için yeterli delile sahip olup olmadığına bakar. Yeterli delil varsa şikayet açılır, yoksa dosya kapanır.
- **Şikayet edilen kurumun bilgilendirilmesi:** Yapılan şikayet soruşturma açılmaya değer görülürse şikayet konusu olan kuruma durum bildirilir.
- **Şikayet sahibinin bilgilendirilmesi:** Yapılan şikayet soruşturma açılmaya değer görülürse şikayette bulunan kişiye soruşturma başlatıldığı bildirilir.
- **Soruşturma açılması:** Kötü yönetim örneğinin tespit edilmesi durumunda ombudsman, şikayet konusu olan kurumda her türlü soruşturmayı yerine getirir ve şikayet konusu olan kurum ombudsmana bilgi verir.
- **Öneride bulunma:** Ombudsman, şikayete konu olan kurumda yaptığı soruşturma neticesinde kötü yönetim örneği tespit etmesi durumunda sorunu mümkün olduğu kadar kısa sürede çözmek ve her iki tarafı da tatmin edecek bir çözüm bulmak için çaba sarf eder ve öneriler ortaya koyar. Bu safhada ombudsman arabuluculuk rolü üstelenmektedir.
- **Kurumun görüşünü alma:** Ombudsman kendi önerilerini kuruma sunduktan sonra 3 ay içinde kurum kendi görüşlerini ombudsmana gönderir.
- **Rapor gönderme:** Bu, prosedürün son aşamasıdır. Bu aşamada ombudsman yaptığı soruşturmanın sonuçlarını ve sunduğu önerileri Avrupa Parlamentosu'na ve kuruma gönderir. Ayrıca yapılan soruşturmayı, sunulan önerileri ve önerilerin sonucunda ne gibi değişiklikler olduğunu bir rapor halinde şikayet sahibine de gönderir.”

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Avrupa Ombudsmanında olduğu gibi Kamu Denetçiliği Kurumu'nda da en önemli süreç şikayetlerin alınması ve sonuçlandırılmasıdır. Türkiye'de şikayet başvurusunda bulunabilmek 12 Eylül 2010 referandumu neticesinde tanınan anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. Şikayet başvurusu, iç denetim, teftiş gibi diğer denetim yolları ile yargı, idareye başvuru gibi hak arama yollarına bir alternatif değildir. Başvurularda sadece hukuka aykırılık iddiası değil iyi yönetim ilkeleri ile hakkaniyete aykırılık da ileri sürülebilir.

Kamu denetçisine başvuru hakkı, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum neticesinde 1982 Anayasasınının 74'üncü maddesinin “Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı” olarak değiştirilmesiyle hukuk sistemimize girmiştir. Kuruma yapılacak şikayet başvurularına ilişkin usul ve

esaslar ise 28 Mart 2013 tarihli ve 28601 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”le düzenlenmiştir.

Uygulamada kişiler şikayet başvurusunun gizli tutulması talep edilebilir. Kurum şikayet başvurularındaki gizlilik talebi hakkında gerekli tedbirleri almaktadır. Ancak kişiler, Kuruma kimlik bilgilerini gizleyerek başvuru yapamazlar. Başvuruda kişinin adı, soyadı, kimlik numarası gibi bilgilerin bildirilmesi zorunludur. Şikayet başvurularının şahsen yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. İhtiyaç duyulması halinde başvuru, kanunî temsilci veya vekil tarafından da yapılabilir. Şikayet başvurusundan herhangi bir nedenle ücret alınmaz. Şikayet başvurusunun en önemli ve öncelikle üzerinde durulması gereken maddi şartları; şikayetçinin menfaatinin ihlal edilmiş olması, idari başvuru yollarının tüketilmiş olması ve şikayet başvurusunun süresinde yapılması olarak belirtilebilir.

Kuruma yapılan başvurulara ilişkin inceleme ve araştırmaya geçmeden önce, şikayet başvurusu ön incelemeye tabi tutulur. Bu çerçevede başvuru; görev alanı, süre, idari başvuru yollarının tüketilmesi, menfaat ihlali, bulunması zorunlu bilgilerin varlığı, konunun yargıya intikal etmiş olması gibi yönlerden incelenir. Yargıya intikal etmiş konular Kurumun görev alanı dışında kalmaktadır. Yapılan ön inceleme neticesinde konunun yargıya intikal etmiş olduğunun tespit edilmesi halinde şikayete ilişkin herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın incelenemezlik kararı verilmektedir.

Kurum tarafından başvurularda usul yönünden bir eksiklik bulunmadığı durumlarda, başvurunun esası hakkında tavsiye ya da ret kararı verilmektedir. Ret kararı, idarenin şikayete konu işlem, eylem, tutum veya davranışında hukuka, hakkaniyete ve iyi yönetim ilkelerine aykırı bir durumun bulunmadığı anlamını taşımaktadır. Tavsiye kararı ise, belirtilen hususlarda idarenin hatalı davrandığı anlamına gelmektedir. Kurum tarafından verilen tavsiye; hatalı davranıldığının kabulü, zararın tazmini, işlem yapılması veya eylemde bulunulması, mevzuat değişikliğinin yapılması, işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi, uygulamanın düzeltilmesi, uzlaşmaya gidilmesi ve tedbir alınması gibi kararları içerir. Kurumun kararları tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildir. Bununla birlikte, idareler tavsiye kararının kendilerine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde kararın gereklerinin yerine getirilip getirilmeyeceği noktasında bir karar vererek, önerilen çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde Kuruma gerekçesini bildirmek zorundadır.<sup>60</sup> Kamu denetçisinin etkinliği, bu tavsiye kararlarının gereğinin yerine getirilmesi ile doğru orantılıdır.

---

<sup>60</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; ‘Hakkında’, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/01.01.2017/a>, s.3-4.

## 2.6. Şikayet Konuları

**a) Avrupa Ombudsmanı:** Ombudsman AB kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerinde görülen kötü yönetim uygulamaları ile ilgili şikayetlere bakar. Kurum Avrupa Birliği ile ilgisi olsa dahi, üye devletlerde ulusal, bölgesel ve yerel otoritelerle ilgili şikayetleri araştırmaz. Ulusal mahkemeler ve ombudsmanların faaliyetleri ile ilgili şikayetleri incelemeyiz. Ayrıca iş alemi ve bireylerin aralarındaki sorunları da araştırmaz. Eğer AB üye ülkelerinin vatandaşı iseniz ya da üye bir devlette yaşıyorsanız, AB Ombudsmanına şikayette bulunabilirsiniz. Ayrıca Birlik bünyesinde kayıtlı olan kuruluşlar, birlikler, STK'lar da şikayette bulunabilir.<sup>61</sup> Şikayetin AB Ombudsmanı tarafından gündeme alınabilmesi için; şikayetle ilgili olayın gerçekleşme süresinin en fazla 2 yıl önceye dayanması, şikayet edilen kötü yönetimden bireysel olarak etkilenilmiş olunması, kurumla örneğin mektup vs. aracılığı ile iletişim kurulması ve ilgili konunun mahkemelerin gündeminde olmaması gerekir.<sup>62</sup> Bu şekilde usule uygun şikayetlerin soruşturulması sonucunda, yargısal tazminat araçlarına alternatif olarak, yargısal olmayan araçların güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu yöndeki başarılar, sadece Ombudsmanın değil aynı zamanda benzer organların da vatandaşların haklarını daha iyi tanımalarına ve daha iyi kullanmasına yardımcı olacaktır. Aynı zamanda bu başarılar, Avrupa'nın ulusal, bölgesel/yerel düzeylerinde hangi düzeyde olursa olsun, Ombudsmanın hukukun üstünlüğünün derinleşmesine ve Birlik içindeki bütün düzeylerde demokrasinin kalitesinin artırılmasına katkı sağlama kapasitesini önemli düzeyde arttıracaktır.<sup>63</sup>

**b) Kamu Denetçiliği Kurumu:** Türkiye'de kural olarak, menfaati ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler Kamu Denetçiliği Kurumu'na şikayet başvurusunda bulunabilir. Menfaat ihlali ile anlatılmak istenen; idari işlem veya eylemler ile İdarenin tutum veya davranışları neticesinde şikayetçinin; kişisel, meşru ve güncel bir menfaatinin olumsuz etkilenmiş olması, kısaca, işlem, eylem, tutum ve davranış ile şikayetçi arasında bir menfaat bağının bulunmasıdır.<sup>64</sup>

Şikayet başvurusunda bulunabilmek için, kural olarak idari başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir. Ancak idarenin tutum ve davranışlarına karşı, idarenin kanunlarda açıkça kesin olduğu belirtilen işlemlerine karşı,

---

<sup>61</sup> European Communities; What can the European Ombudsman do for you? An Overview of the Ombudsman's work and how he could help you? The European Ombudsman, Publications Office, Belgium, 2008, s.6-8.

<sup>62</sup> Aynı Kaynak; s.10.

<sup>63</sup> Diamandouros, Nikiforos; "Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü Ve Ombudsmanlık Kurumu", Ombudsman Akademik, S.1, Aralık 2014, s.52-53.

<sup>64</sup> Akpınar, Elçin; Kamu Yönetiminde Denetim Olgusu ve Türkiye'de Kamu Yönetiminin Denetlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Ün., Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2006, s.43.

telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idarî başvuru yolları tüketilmese dahi şikayet başvuruları kabul edilmektedir. Böylece, idari başvuru yollarının tüketilmesi aşamasında oluşabilecek hak kayıplarının önüne geçilerek şikayetçinin Kuruma başvurabilmesi mümkün kılınmıştır.

Kuruma başvuru süresi altı aydır. Şikayetçiler idari başvuru yolları kapsamında yaptıkları başvuru sonucunda; İdare tarafından verilen cevabın kendilerine bildirildiği tarihten, ya da, İdare tarafından 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde (talep zımnen reddedilmiş sayılır) bu sürenin bittiği tarihten, itibaren altı ay içinde Kuruma başvuruda bulunabilir. Kurum, inceleme ve araştırmasını şikayet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Bu süre içinde inceleme ve araştırmanın sonuçlandırılmaması hâlinde şikayetçiye sonuçlandırılmama gerekçesi ve dava açma süresinin işlemeye başladığı hususu bildirilerek inceleme ve araştırmaya devam edilir. Ancak, inceleme ve araştırma devam ederken şikayet konusuyla ilgili olarak dava açılması hâlinde, Kurum inceleme ve araştırmasını dava sonuçlanıncaya kadar bekletebilir veya şikayet başvurusunun mahiyetine göre araştırmasını sonlandırabilir. Bekletilen şikayet başvurusu hakkında kesinleşen dava sonucuna göre Kurum, inceleme ve araştırmayı karara bağlar.<sup>65</sup> Bu sürecin etkin işleyebilmesi için vatandaşların bu hususta bilgilendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

## SONUÇ

Çalışmada ayrıntılı bir şekilde Avrupa Birliği Ombudsmanı ile ülkemizdeki Kamu Denetçiliği Kurumu'nu mukayeseli bir şekilde inceledik. Tüm bu karşılaştırmalarda çıktı odaklı olmanın önemine ise sonuç kısmında değineceğiz. Her iki kurumun da etkinliği; yaptıkları soruşturmalarda elde ettikleri sonuçlara ve aldıkları tavsiye kararlarının ne düzeyde uygulamaya aktarıldığına bağlıdır.

Bilindiği gibi Avrupa Ombudsmanı ya kendi girişimiyle ya da kendisine gelen bir şikayet üzerine harekete geçer ve Birlik kurumları, organları, ofisleri veya birimlerinin faaliyetlerinde ortaya çıkan kötü yönetimin kesinleştiği durumlarla ilgili soruşturmaları yürütür. Ombudsman, kendisine soruşturmada kullanabileceği bir bilgi, belge veya açıklama sunan ilgili kurum veya organları soruşturmanın gidişatı hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.<sup>66</sup> Eğer AB Ombudsmanı şikayeti incelemeye kendisini yetkili görmez ise, örneğin şikayet konusunu üye ülkelerin ulusal, bölgesel ya da yerel otoriteleriyle ilgili görürse, şikayet konusu ile ilgilenebilecek en doğru kuruluşu şikayet

<sup>65</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; 'Hakkında', <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/01.01.2017/a>, s.3.

<sup>66</sup> Köseoğlu, Özer; a.g.m., s.42.

sahibine bildirir ve onu yönlendirir.<sup>67</sup> AB Ombudsmanı kendisine ulaşan şikayetleri inceledikten sonra soruşturma açılıp açılmamasına karar verir. Ombudsmanın dikkate aldığı husus, soruşturma açılmasıyla beklenen yararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Olumlu sonuç alma imkanı olan şikayetler dikkate alınmakta ve soruşturma süreci başlatılmaktadır. Eğer sözkonusu şikayet hakkında Avrupa Parlamentosu Dilekçe Komisyonu'na başvurulmuş ve komisyon tarafından incelenmişse AB Ombudsmanı şikayete yeni unsurlar eklenmediği sürece ilgili konu hakkında soruşturma başlatmamaktadır. AB Ombudsmanı şikayetleri hızlı ve basit yöntemlerle sonuçlandırma yetkisini kullanır. Kendisine ulaşan şikayetin basit bir şekilde çözüleceğine inanıyorsa resmi inceleme yapmaksızın sorunu çözer. Bunun için şikayet kaynağı olan AB kurumunun önerilen çözümü kabul etmesi gerekir.<sup>68</sup> AB Ombudsmanı 2015 yıllık raporunda soruşturduğu 9 AB kurumundan 7'sinin organizasyonlarda muhtemel kötü ve yanlış davranışların (whistleblowing) açığa çıkarılması sürecinde yetersiz davrandığını, bu durumun yönetim ilkesi şeffaflığın sağlanması önünne önemli bir engel olduğunu belirtmiştir.<sup>69</sup> Avrupa Ombudsmanına 2015 yılında 17033 şikayet gelmiştir. Bunlardan 13966'sına web sitesi üzerinden cevap verilmiştir. 2077'si için ön soruşturma açılmış, 971 dosya sahibine daha uygun kuruluşlara başvurmaları söylenmiş, 726 için işlem yapılmamış 249 şikayet için ise derinlemesine soruşturma açılmıştır. Bunlardan sadece 30'unda kötü yönetim uygulaması görülmüş, 79'unda ise iddia edildiği gibi kötü yönetim uygulamasına raslanmadığı raporlanmıştır. 145 soruşturmada ilgili kuruluşlar Ombudsman tavsiyelerini kabul ederek ilgili sorunu çözmüştür.<sup>70</sup>

Avrupa Ombudsmanı'na göre çok daha yeni bir kurum olan Kamu Denetçiliği Kurumu ise günümüzde faaliyetlerini nitelik ve nicelik olarak sürekli artırmaktadır. Her geçen gün altyapı ve personel sorunlarının da giderilmesiyle daha fazla şikayet alıp, sonuçlandırmaya çalışmaktadır. Kuruma 2014 yılında toplam 5639 adet şikayet başvurusu yapılmış, bu başvuruların büyük çoğunluğu (yüzde 53'ü) internet sayfasında yer alan e-başvuru sistemi aracılığı ile gerçekleştirilmiştir. Bu başvuruların yaklaşık % 24'lük bir kısmı kamu personel rejimine yönelik olarak gerçekleşirken, bunu yaklaşık % 17 ile eğitim-öğretim sorunları izlemiştir. 2014 yılında gelen 5639 ve 2013 yılından devreden 1528 adet olmak üzere toplam 7167 adet şikayet başvurusu değerlendirilmiş, bunlardan 6348 tanesi sonuçlandırılmıştır. Bunlarla ilgili olarak 93 Tavsiye Kararı, 150 Red Kararı, 26 ise Kısmen Tavsiye Kısmen Red Kararı verilerek ilgili kuruluşlara bildirilmiştir.

---

<sup>67</sup> European Communities; a.g.e., s.9.

<sup>68</sup> Şengül, Ramazan; a.g.m., s.9.

<sup>69</sup> Avrupa Ombudsmanı; "2015 Annual Report", <http://www.ombudsman.europa.eu/en/press/publications.faces> (13.01.2017), s.13.

<sup>70</sup> Aynı Kaynak; s.33-37.



Kurum tarafından 29/03/2013 tarihi itibarıyla şikayet başvuruları elden, posta, e-posta, faks ve e-başvuru sistemi aracılığı ile alınmaya başlanmıştır. 29/03/2014 tarihinden itibaren ise Kurumca yerel yönetimlere ait başvurular da alınmaya başlanmıştır. Bu kapsamda; Kuruma 2013 yılı içerisinde 7638, 2014 yılında 5639 ve 01/01/2015- 30/12/2015 tarihleri arasında 6055 olmak üzere toplam 19332 adet şikayet başvurusu yapılmıştır. 2014 yılı başvuru sayısı olan 5639 ile 2015 yılı başvuru sayısı karşılaştırıldığında %7,38'lik bir artış gözlenmektedir. Bu artışta 2015 yılının "Farkındalığın Artırılması Yılı" olarak benimsemesinin ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin gerek kamuoyu gerekse idareler bazında yansıyan etkisinin önemli olduğu düşünülmektedir.

Kuruma yapılan başvurulardan 2014 yılında da olduğu gibi ilk sırayı %26,16 ile "kamu personel rejimine" yönelik şikayetler alırken, bunu %21,40 ile "eğitim-öğretim, gençlik ve spor", %6,36 ile "çalışma ve sosyal güvenlik", %6,21 ile "orman, su, çevre ve şehircilik", %5,43 ile "insan hakları" ve %5,40 ile ise "yerel yönetimlerce yürütülen hizmetler" alanları takip etmektedir. 2015 yılında yapılan başvurular idare bazında değerlendirildiğinde ise %11,31'lik kısmının "Devlet Personel Başkanlığına", %8,36'lık kısmının "yerel yönetimlere", %6,85'lik kısmının "Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına" %6,79'lik kısmının ise "Milli Eğitim Bakanlığına" yönelik gerçekleştirildiği görülmektedir. 2015 yılında gelen 6055 ve 2014 yılından devreden 819 adet olmak üzere toplam 6874 adet şikayet başvurusu değerlendirilmek üzere işleme alınmıştır. İncelenmeye alınan toplam 6874 adet şikayet başvurusunun 5897 tanesi (yaklaşık % 86'si) Kurum tarafından sonuçlandırılmış olup, 977 dosya 2016 yılında incelenmeye devam edilmek üzere devretmiştir. Ancak, devreden 977 dosyanın büyük çoğunluğu ise Aralık ayında Kuruma yapılan 638 adet başvurudan kaynaklanmaktadır. Yapılan ön değerlendirme sonucunda, 1025 adet şikayet başvurusundan kendi içerisinde konu ve sebep bakımından aynı olanlar hakkında Birleştirme Kararı verilerek tek dosya üzerinden incelemeye devam edilmiştir.

2015 yılında Kurum tarafından sonuçlandırılan başvurulara ilişkin olarak; %29,83 oranında "İncelenemezlik Kararı" verilmiştir. İncelenemezlik Kararı; Kurum görev alanına girmeyen, dilekçede kanunda zorunlu bulunması gereken hususlar bulunmayan, belli bir konuyu içermeyen, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olan, sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılan başvurular için verilmektedir. %37,39 oranında "Gönderme Kararı" verilmiştir. Kanunda Kuruma başvuruda bulunabilmesi için, 06/01/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekliliği belirtilmiştir. İdari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular, ilgili kuruma gönderilmektedir. %0,71 oranında başvurunun geçersiz sayılması



kararı verilmiştir. Ayrıca, şikayetçinin başvurusundan vazgeçmesi, şikayetçi gerçek kişi ise ölümü veya tüzel kişi ise tüzel kişiliğinin sona ermesi, şikayet konusu talebin ilgili idare tarafından yerine getirilmesi, inceleme ve araştırma devam ederken şikayet konusu hakkında dava açılması durumlarında Kurum tarafından “Karar Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Karar” verilmektedir. Bu tür kararların oranı yüzde 11,45’dir. Ancak önemle belirtilmesi gereken husus, bu tür kararların bir bölümü ile ilgili Kurum devreye girmiş ve tavsiye kararını beklemeden idare işlemini düzeltmiştir. İnceleme ve araştırma sonucunda şikayetin yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde Kurum tarafından tavsiye kararı; şikayetin yerinde olmadığı kanaatine varılması hâlinde Ret Kararı verilmektedir. 31 Aralık 2015 tarihi itibarıyla, 56 “Tavsiye Kararı”, 109 “Ret Kararı”, 63 ise “Kısmen Tavsiye Kısmen Ret Kararı” verilmiştir.<sup>71</sup> Tavsiye kararlarının hayata geçirilmesi için Ombudsman kurumlarının sahip olduğu araçlar arasında en önemlisi tavsiye kararlarının uygulanmasının parlamento tarafından doğrudan izlenmesidir. Parlamentolardaki ilgili komisyonlar, kamu yönetimi üzerinde doğrudan baskı kurabilecek oluşumlardır.<sup>72</sup> Burada önemli olan husus ise daha önce de belirttiğimiz gibi Tavsiye Kararları’nın uygulamaya ilgili kurumca aktarılmasıdır.

Temennimiz Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Tavsiye Kararları’nın uygulamaya aktarılması hususunda bir takip mekanizması geliştirip, ilgili kuruluş bazında bunu çıktığı odaklı şekilde izleyip elde ettiği süreç içerikli sonuçları kamuoyu ile paylaşmasıdır.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**AB Bakanlığı;** “Avrupa Ombudsmanı”, <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=45639&l=1> (20.03.2016).

**Abdioğlu, Hasan;** “Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.6, S.11, 2007.

**Acar, Tünay;** Kamu Yönetiminde Yeni Bir Denetim Yolu: Kamu Denetçiliği Kurumu, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Ün., Isparta, 2009.

**Akpınar, Elçin;** Kamu Yönetiminde Denetim Olgusu ve Türkiye’de Kamu Yönetiminin Denetlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Ün., Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2006.

---

<sup>71</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu; 2015 Yılı İdari Faaliyet Raporu, <http://www.ombudsman.gov.tr> (29.12.2016), s.60-62.

<sup>72</sup> Karcı, Şükrü Mert; “Ombudsman Tavsiye Kararlı Ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu”, Ombudsman Akademik, S.2, Temmuz 2015, s.52.

**Arslan, Süleyman;** “İngiltere’de Ombudsman Müessesesi”, AİD, C.19, Sayı.1, Mart, 1986.

**Atay, Ethem;** “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi Ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, Ombudsman Akademik, S.1, Aralık 2014.

**Avrupa Ombudsmanı;** “2015 Annual Report”, <http://www.ombudsman.europa.eu/en/press/publications.faces> (13.01.2017).

**Avşar, Zakir;** “Ombudsman, İyi Yönetilen Türkiye İçin Kamu Hakemi, Hayat Yay., İstanbul, 2012.

**Diamandouros, Nikiforos;** “Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü Ve Ombudsmanlık Kurumu”, Ombudsman Akademik, S.1, Aralık 2014.

**Efe, Haydar;** Avrupa Ombudsmanı’nın AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü Ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü”, Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.19, S.2, 2011.

**Efe, Haydar, Murat Demirci;** “Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu’ndan Beklentiler”, Sayıştay Der., S.90, Eylül 2013.

**Eken, Musa;** “Vatandaşın Korunmasında Ombudsman Kurumunun Rolü”, Türkiye’de Yönetim Geleneği, Ed. D.Dursun - H. Al, İlke Yay., İstanbul, 1998.

**Ekici, Birol;** “Kamu Yönetiminde ve Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma Bağlamında Denetim”, Bilgi Çağında Türk Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması I, Ed. A. Nohutçu-A. Balcı, Beta, İstanbul, 2005.

**Erdoğan, Osman;** Kamu Yönetiminde İdari ve Denetsel Açından Ombudsman Kurumu: Türkiye Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Ün. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

**Eryılmaz, Bilal;** “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, TİD, Y:66, Sayı.402, Mart 1994.

**European Communities;** What can the European Ombudsman do for you? An Overview of the Ombudsman’s work and how he could help you? The European Ombudsman, Publications Office, Belgium, 2008.

**Gökçe, A. Fuat;** “Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C.17, S.2, 2012.

**Görgün, Emin;** Türk Kamu Mali Yönetiminde Sayıştay Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Karamanoğlu Mehmet Bey Ün., Karaman, 2011.

**Gözübüyük Şeref;** Anayasa Hukuku, S Yay., Ankara, 1991.

**Gözübüyük, Şeref;** Yönetim Hukuku, Turhan Yay., Ankara, 1992.

**Hansen H. S.;** “Ombudsman Kavramı”, (Çev. Turgay Ergun), AİD, C.29, Sayı.3, Eylül, 1996.

**Kahraman, Mehmet;** “Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği”, Mustafa Kemal Ün. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.8, S.16, 2011.

**Kamu Denetçiliği Kurumu;** 2015 Yılı İdari Faaliyet Raporu, <http://www.ombudsman.gov.tr> (29.12.2016)

**Kamu Denetçiliği Kurumu;** ‘Hakkında’, [http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/\(01.01.2017/a\)](http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/(01.01.2017/a))

**Kamu Denetçiliği Kurumu;** Stratejik Plan, 2017-2021, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/kdk-2017-2021-stratejik-plan.pdf> (05.01.2017/b).

**Karcı, Şükrü Mert;** “Ombudsman Tavsiye Kararlı Ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu”, Ombudsman Akademik, S.2, Temmuz 2015.

**Kılıç, Erkan;** Kamu Denetçiliği Kurumu, Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi, Atılım Ün. SBE, Ankara, 2012.

**Koç, Oktay;** “Yeni Örgütlerin Ortaya Çıkışı:Türk Kamu Denetçiliği Kurumu Örneği”, Ombudsman Akademik, S.2, Temmuz 2015.

**Köseoğlu, Özer;** Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi Ve Kurumsal Etkinliği”, Sayıştay Dergisi, S.79, 2010.

**Kuluçlu, Erdal;** “Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine”, Sayıştay Der., S.63, Ekim-Aralık, 2006.

**Öktem, Serkan – Gökhan Turhan;** “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve Komisyon Raporlarında Yer Alan Eleştiriler Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, 2015.

**Özer, Ahmet;** “Mahalli idarelerin Denetimi - Değerlendirme”, Çağdaş Mahalli İdareler, C.2, S.4, 1993.

**Pickl, Victor;** “Ombudsman ve Yönetimde Reform”, (Çev. Turgay Ergun), AİD, C.19,Sayı.1, Mart, 1986.

**Şengül, Ramazan;** “Türkiye’de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.14, S.2, 2007.

**Şengül, Ramazan;** “Avrupa Birliği’nde Yönetmel Alanında Kötü yönetimle Mücadele Eden Bir Kurum: Avrupa Birliği Ombudsmanı”, 2. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, (2010) <http://akademikpersonel.kocaeli.edu.tr/ramazan.sengul/> (10.08.2016).

**Tortop, Nuri;** “Yönetimin Denetlenmesi ve Denetleme Biçimleri”, AİD, C.7, S.1, 1974.

**Tortop, Nuri;** “Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulanması”, Türkiye’de Kam Yönetimi, Ed. B. Aykaç - Ş. Durgun - H. Yayman, 2. Baskı, Nobel Yay., Ankara, 2012.

**Tul, Uygur;** “Avrupa Birliği’nde Ombudsmanlık”, [http://www.siyasal hayvan.com/avrupa-birligi-ve-turkiyede-ombudsmanlik-avrupa-ombudsmani-3-parca/](http://www.siyasalhayvan.com/avrupa-birligi-ve-turkiyede-ombudsmanlik-avrupa-ombudsmani-3-parca/) (20.08.2016).

**Turhan, Durmuş Gökhan - Serkan Ökten;** “Avrupa Birliği’nde Ombudsmanlık”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2014/1, Sayı:19, 2014.

**Uler, Yıldırım;** Ombudsman (Kamu Denetçisi), Türkiye’de Kam Yönetimi, Ed. B. Aykaç - Ş. Durgun - H.Yayman, 2. Baskı, Nobel Yay., Ankara, 2012.

**Yaman, Adem;** “Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması Sürecinde Türk Denetim Sistemine Genel Bir Bakış, Güncel Sorunlara İlişkin Değerlendirme Ve Öneriler”, Mali Hukuk, S.133, Ocak-Şubat, 2008.

**Yatkın, Ahmet – İlker Taşer;** “Kamu Yönetiminde Denetim Aracı Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Ve Avrupa Birliği Karşılaştırmalı Örnek Olay Araştırması”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.25, S.1, 2015.

**Yıldırım, Turan;** İdari Yargı, Anadolu Ün. Yay., Eskişehir, 2013.

# HUKUKİ REALİZM PERSPEKTİFİNDEN HUKUK ÖĞRETİMİNİN SORUNSALLAŞTIRILMASI<sup>1</sup>

*The Problematization of Legal Education from the Perspective of Legal  
Realism*

**Prof. Dr. Muharrem KILIÇ<sup>2</sup>**

Geliş Tarihi: 26.01.2017

Kabul Tarihi: 21.03.2017

## ÖZET

Çağın ihtiyaçları ve iktidar pratikleri hukukun düzen fonksiyonunun diğer fonksiyonlarına nispetle öne çıkmasına neden olmuştur. Bu durum norm-değer, norm-olgu ilişkilerinin geri plana itilerek salt norm-düzen ilişkisinin kuramda ve uygulamada vurgulanması sonucunu doğurmaktadır. Hukuk düzene indirgenmiş bulunmaktadır. Düzen talebi hukuku sözüne güvenilir kılma girişimlerini hızlandırmış ve bunun neticesinde hukuk da sözden ibaret görünmeye başlamıştır. Bu kabul, hukuk öğretiminin de etkilemiştir. Hukuk fakülteleri bir ülkenin en yetenekli gençlerini kabul etmektedirler. Ancak bu öğrenciler, günümüzde sözün ötesinde olanı görmelerini, göstergelerin işaret ettiği olguları keşfedebilmelerini ve değer duyarlılığı gösterebilmelerini engelleyen bir sersemletme sürecinden başarıyla geçebildikleri takdirde diploma sahibi olmaktadır. Hukuki realizm akımı, değer konusundaki eksikliklerini bir yana bırakırsak, norm-olgu ilişkisine atıfla bir eleştiri ortaya koyar. Hukuk öğretiminin hukukun olgusallığına uygun bir çok boyutluluğu haiz olmasını talep eder. Bu talepler, hukuk öğretiminin yavanlığının ve kifayetsizliğinin izalesi yolunda kılavuzluk edebilirler.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Öğretimi, Hukuki Realizm, Hukuk Kliniği,

## ABSTRACT

The needs of our age and the practices of power caused a process within which the order function of norm became prominent in comparison with the other functions. This situation caused norm-value and norm-fact relations to retreat into background in the theory and practice of law. Law is reduced to order. Demand of order intensified the efforts bound for a law which is certain and faithful to its words. Consequently, we start to confer law as a body which consists of words. This conclusion also effected the legal education. Law faculties accept only the most qualified youngsters of a country. And today, to become a lawyer, these youngsters have to complete a stupefying education process which destroys their ability to see beyond the words, their curiosity to discover the facts behind the signs, and their awareness about the values immanent to law. Legal realism, apart from its apathy of values, by referring to norm-fact relations provides a competent criticism. It demands a legal education which has the multidimensionality which suits the factivity of the law. These demands, could lead the way of removing the platitude of legal education.

**Keywords:** Legal Education, Legal Realism, Legal Clinics,

<sup>1</sup> Bu çalışmanın ilk versiyonu Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesince 19-22 Kasım 2014 tarihinde düzenlenen 'II. Uluslararası Hukuk Öğretimi Kongresinde', "Realist Hukuk Kuramı Açısından Hukuk Öğretimi Uygulamasının Sorunsallaştırılması" başlığı ile sunulmuştur.

<sup>2</sup> Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muharremkiliç@ybu.edu.tr

## I. GİRİŞ

Küreselleşen dünyada modern hukuk öğretimi, özcü yaklaşımlardan biçimci (formalist) ve eleştirel yaklaşımlara kadar uzanan geniş bir kuramsal ve kavramsal spektrumda giderek derinleşen krizlerle yüzleşmektedir.<sup>3</sup> Modern hukuk düşüncesini saran bu kriz alanları, aksiyolojik anlamda norm-değer; sosyolojik anlamda norm-toplumsal olgu; ve kamu otoritesinin tesisi anlamında norm-düzen ilişkiselliği üzerinden tezahür etmektedir. Norm-değer bağlamında hukukun üretmiş olduğu yargı pratiğinin ortaya çıkardığı adalet-hakkaniyet açığı; norm-olgu ikileminde tebarüz eden anti-sosyolojik yasama düzeni/pratiği; ve norm-düzen diyalektiğinin özel alanı kamusallaştırılan niteliği bu krizi derinleştirmektedir.

Böylesi kuşatıcı bir perspektifte meselenin ele alınması durumunda hukuk, yalnızca bir kavramsal şebeke veya normatif müktesebat olarak değil, aynı zamanda yorumsal bir zihniyet durumu olarak da nitelendirilebilir. Bu onto-epistemolojik bilgi aktarımının eğitsel ve pedagojik niteliği kadar dayandığı kuramsal temellerinin de problematize edilmesi önemlidir. Kuşkusuz, hukukun öğretimini böylesi bir kuramsal bağlama yerleştirerek sorunsallaştırmak, Türk hukuk akademisinin zihin durumunu keşfetmek adına da uygun bir zemin yaratacaktır.

Söz konusu zihinsel duruma dair şöylesi bir tespitte bulunabiliriz; ‘Hukuksal doktrinasyonumuz epistemik bir dogmatizme dayalı biçimde üretilmektedir’. Hukuk literatürümüze akademik katkı sağlayan doktrin ve/ya içtihat sahiplerinin onto-epistemolojik anlamda hukukun varlığını bir anlam-yorum oluşumu olarak değerlendirdiklerini söylememiz mümkün görünmemektedir. Mukayeseli hukukun kuramsal boyutunu ve hukuk tarihi perspektifinin anlam dünyasını yardıma çağırabilecek bir entelektüalizmi dışlayan bir ‘hukuk akademisi’ yapısından söz edebiliriz. Hukuk literatürümüz ve hukuk öğretimimizin, tasavvur olarak bir ‘anlam-değer’ ve ‘anlam-yorum’ bağlamına yerleştirilebilecek entelektüel düzeye sahip olduğunu söyleyebilmek güçtür.

Hukuku, dilbilimsel formunda mündemiç bir ontik varlık olarak tahayyül etmenin kolaylığı, tasavvurumuzu literatürel cılızlığa, doktriner anlamda yetersizliğe ve kuramsal düzlemde naifliğe maruz bırakmaktadır. Hukuk doktrini, hukukun yasada içkin olan anlamını statik bir dil kurgusu olarak değerlendirilip üretilmekte ve tüketilmektedir. Kuramsal ve toplumsal perspektif ve metodolojik derinliği açısından ciddi açığı bulunan hukuk dünyamız öğretimsel/öğrenimsel kısırlığa mahkum edilmektedir.

---

<sup>3</sup> Hukuk öğretiminin/öğreniminin epistemik temellendirilmesi konusunda bkz., Kılıç, Muharrem, “Hukuk Öğreniminin Epistemolojik Temellendirilmesine Dair Dibace – Teknokrasi-den Filozofiyeye-”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Antalya 2011, sy. 1.

Anti-kuramcı perspektif, geçerli hukuka yönelik bir yöntemsel sorgulamayı ve sistemsel refleksiyonu imkansızlaştırmaktadır. Doğallıkla bu da beraberinde hukuk öğrenimini geleneksel ve/ya klasik yöntemsellğe mahkum etmektedir. Toplumsal değişimlere koşut biçimde kendisini yenileyen dinamik bir hukuk pedagojisi ve öğrenim metodolojisinin üretimini imkansızlaştırmaktadır. Bu sorunlu zihinsel yapı, hukuk öğretimini, sığ bir kural belleğine ve statü benimsetmesine dönüştürmüştür.

Bu çalışmamız, söz konusu patolojik zihinsel yapının çözümlenmesi noktasında kuramsal düşüncenin ufkumuzda açması muhtemel fikrinsel dinamığına kapı aralamayı amaçlamaktır. Bu bağlamda hukuki realizme ve realist hukuk öğretimi taleplerine atıfta bulunmak suretiyle hukuk ile sözün ve/ya metnin örtüşmez karakterlerini vurgulama imkanına sahip bulunmaktayız.

## II. KAVRAMSAL VE TARİHSEL ÇERÇEVE: HUKUKİ REALİZM

Kavramsal açıdan hukuka yönelik normatif tanımlamalara karşı geliştirilmiş en güçlü itirazlardan birisini 'Hukuki Realizm' akımı oluşturmaktadır.<sup>4</sup> Bu yaklaşımın hukuka ilişkin kuramsal tartışmaların gündemine girmesi, ünlü Amerikan hukuk bilgini ve yargıç Oliver Wendell Holmes'un (1841-1935) The Common Law adlı eserini 1881'de yayımlaması ile gerçekleşmiştir.<sup>5</sup> Ancak, Hukuki Realizm'in Anglo-Amerikan hukuk sisteminde egemen olması yirminci yüzyılın ikinci çeyreğine rastlamaktadır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde de İskandinav Realistleri, ABD'deki eski cazibesini yitirmiş olan realist düşüncüyü Kuzey Avrupa coğrafyasında yeniden canlandıracaklardır. Bunlar arasında yer alan Alf Ross (1899-1979), Karl Olivercorn (1897-1980) ve A. V. Lundstedt öncü isimler olarak kabul edilmektedirler.<sup>6</sup>

Yargıç Holmes ve Amerikan hukuki realizminin öncü figürlerinden olan Karl Llewellyn (1893-1962) ile birlikte yine bu akımın öncülerinden sayılan ABD'li hukuk felsefecisi Jerome Frank (1889-1957), 1933'te yayımladığı *Why Not A Clinical Lawyer-School?*<sup>7</sup> ve *What Constitutes a Good Legal Education?*<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Hukuki Realizm akımı Oliver Wendell Holmes'un eserlerinin etkisi ile ve onun görüşleri üzerinden inşa edilmiş bir hukuk yaklaşımıdır. Jerome Frank ve Karl Llewellyn başta olmak üzere Bingham, Moore, Clark, Corbin, Yntema, Hutcheson ve Robinson önde gelen realistler arasında sayılmaktadırlar. Ayrıntılar için bkz. Gürkan, Ülker, *Amerikan Hukuki Realizmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.

<sup>5</sup> Bkz., Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969, s. 77 vd.

<sup>6</sup> Wacks, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma S. Şahin Ünver - Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 257.

<sup>7</sup> Frank, Jerome, "Why Not A Clinical Lawyer-School?", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, c. 81, sy. 8, 1932, ss. 907-923.

<sup>8</sup> Frank, Jerome, "What Constitutes a Good Legal Education?", *American Bar Association Journal*, c. 19, sy. 12, 1933, ss. 723-728.

makaleleri ile bir yandan Anglo-Amerikan hukuk sisteminde Hukuki Realizmin ağırlığını ortaya koyarken, diğer yandan felsefi temeli hukuki realizm olan bir hukuk sisteminin ihtiyaç duyduğu hukuk öğretimi biçimini tasvir ve talep etmişlerdir. Buna bağlı biçimde, hukuk klinikleri<sup>9</sup> ve vaka incelemesi gibi öğretim yöntemlerinin kullanılması ve hukuk fakültesi öğrenci kontenjanlarının daraltılması, bu makalelerde ve genel olarak hukuki realist bakış açısıyla yazılmış diğer eserlerde birer talep veya beklenti olarak yer bulmuşlardır.<sup>10</sup>

Daha etkileşimli bir hukuk öğrenim pedagojisi ve daha butik bir öğretim uygulamasına yönelik bu türden taleplerin, günümüzde hukuk öğretimini konu alan akademik etkinliklerde veya platformlarda birer beklenti olarak ortaya konulduğu görülmektedir. Bu doğrultuda; kontenjanların daraltılmasının, dramatik ve etkileşimli bir hukuk öğretiminin sağlanmasının, hukukun kuramsal alanına verilen ağırlığın artırılmasının, ülkemizin hukuksal ve yargısal sisteminin işleyişindeki sorunları azaltacağı ve daha adil bir yargı sisteminin tesisini mümkün kılacağı savunulmaktadır.

Ancak hukuk öğretiminde yapılması beklenen teknik ve felsefi reformların, ülkemizdeki yargısal sistem bu reformları talep etmediği sürece kendilerinden umulan pozitif sonuçları doğurması mümkün değildir. Hukuki Realizm temelinde şekillenmiş bir yargısal sistemin hukuk öğretimine yönelik ortaya koyduğu metodolojik ve pedagojik talepler neticesinde şekillenmiş olan teknik ve anlayışların bu temele sahip olmayan yargısal sistemler açısından da aynı sonuçları doğurması beklenmemelidir. Bu yüzden, öncelikle Türk yargısal sistemi çok boyutlu biçimde incelenerek, bu sistemin talepleri tespit edilmeli ve reform çabalarına bu noktadan başlanmalıdır.

Hukuk öğretiminin güncel sorunları dikkate alındığında, hukuk fakülteleri ile hukuk sistemleri arasında tek yönlü ve doğrusal bir ilişki olduğunu savunmak mümkün görünmemektedir. Hukuk fakülteleri, hukuk sisteminin işleyişi üzerinde bir etkiye sahip olmakla birlikte, hukuk sisteminin taleplerinin de hukuk fakültelerinin kurumsal yapılanmasına ve kültürel evrimine yön verme gücüne sahip olduğu ifade edilebilir. O yüzden, hukuk sistemi ya da sistemik talepler ile hukuk öğretiminin zeminini oluşturan fakülteler arasında diyalektik ve evrimsel bir ilişkiden söz edilebilir. Hukuk öğretiminin ve hukuk sisteminin sorunlarının çözümlenebilmesi ve çözülmesinin ancak uygulama kurumlarının ve fakültelerin söz konusu diyaloga açık olmaları halinde mümkün olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

---

<sup>9</sup> Hukuk klinikleri uygulaması öncelikle bir hukuk öğretim yöntemidir. Bunun yanı sıra, hukuk fakültelerinin toplumsal hizmet amacının bir ürünüdür. Bir toplumsal sorumluluk girişimi olarak tezahür eden bu öğretim aracı, 1960'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletlerinde ilk uygulamalarını bulmuştur. Toplumsal bir sorun olarak Amerikalı siyahi yurttaşların haklarını koruma hedefi gütmüştür. Toplumun hukuk hizmeti alma imkanı kısıtlı olan kesimlerine hukuki destek verme amacına matuftur.

<sup>10</sup> Frank, J., "Why Not A Clinical Lawyer-School?", s. 917.



Bu çalışmada, söz konusu çözümleyici perspektife katkı sağlamak amacıyla Amerikan hukuk öğretiminin evrimi özet biçimde konu edilecektir. Bu kapsam dâhilinde kısaca Amerikalı hukuk bilgini Christopher Columbus Langdell (1826-1906) öncesi döneme dikkat çekilecektir. Onun ardından Langdell'in geliştirdiği ve uzun süre hukuk fakültelerinde egemen öğretim sistemi olarak kullanılan case sisteminin esasları ve bu sisteme yöneltilen eleştiriler ana hatlarıyla ortaya konulacaktır. 1870-1895 yılları arasında Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevini üstlenen Langdell, Amerikan hukuk öğretimi ve bir yükseköğretim kurumunun (fakülte) yönetimi konusundaki reformları ile geride oldukça zengin bir miras bırakmıştır.

Case sisteminin başlıca eleştiricileri olan hukuki realistlerin hukuk öğretimine yönelik talepleri belirtilirken, ülkemizde de son dönemde dile getirilen bu taleplerin/beklentilerin hukuk sistemimize uygunluğu değerlendirilecektir. Nihayet, bu sistemin eksiklerinin giderilmesi bakımından büyük olanak sunan hukuk klinikleri yöntemine ilişkin fikirlere yer verilecektir. Burada temel amacımız, Amerika Birleşik Devletlerinde hukuk öğretiminin düşünsel evrimi ve bu evrime yön veren ilke ve kurumları göz önünde bulundurarak ülkemizde yüzleşmekte olduğumuz sorunlara ilişkin çözüm önerileri ve bir perspektif üretebilmekten ibarettir.

### III. HUKUK ÖĞRETİMİNİN METODOLOJİK AYGITI OLARAK CASE SİSTEMİ

1870 yılına kadar Amerika Birleşik Devletlerinde hukuk öğretimi, öğrencilerin hazırladıkları ders notlarını öğrencilere sunmaları biçiminde icra edilmiştir. O dönemdeki öğrencilerin bazıları meslekten akademisyen olsa da birçoğunun yargıçlar ve avukatlar arasından geldiği bilinmektedir. Öğrencilerin hukuk öğrenim etkinliği, bu öğrencileri sınıflarda dinlemek ve onların tecrübe ettikleri davalardan damıttıkları hukuk kurallarından oluşan ders notlarını ya da kitaplarını tedris etmekten ibaret olmuştur.<sup>11</sup>

Hukuka ilişkin başvuru eserlerinin tedris edilmesi ve ezberlenmesi, öğrenim faaliyetinin temel mesaisini oluşturmuştur. Bu açıdan ilgili dönemde hukuk öğreniminin, son derece pasif olduğunu, öğrencilerin öğrencilerden bilgi aldıklarını ancak öğrencilerle katılım temelli bir ilişkiye giremediklerini söylemek mümkündür. Az sayıda tam zamanlı profesörle gerçekleştirilen meslek okulu tarzı bu öğretimin amacının öğrencileri hukuk uygulamasına hazırlamaktan ibaret olduğu ve yükseköğretim kurumlarının bünyesinde hukuk fakültelerinin ikinci sınıf bir kurum olarak görüldüğü ifade edilebilir.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Frank, J., "Why Not A Clinical Lawyer-School?", s. 910.

<sup>12</sup> Moskowitz, Myron, "Beyond the Case Method: It's Time to Teach with Problems", Journal of Legal Education, sy. 42, 1992, ss. 241-271, s. 242.

Profesör Langdell'in case sistemi böyle bir hukuk öğretimi ortamında yeni bir öneri olarak ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz bu önerinin ilgili dönem açısından devrim niteliğinde bir adım olduğunu kabul etmek icap etmektedir. Zira söz konusu sistem, yalnızca Langdell'in mensubu olduğu Harvard Hukuk Fakültesi'ni değil, süreç içerisinde bütün Amerikan üniversitelerini etkisi altına almıştır. Langdell'in hukuk öğretimi anlayışı, sözel aktarımlara ve ders kitaplarının tedrisatına dayalı pedagojik ve metodolojik perspektifi geri plana itmiş ve bilimsel bir metodolojiyi merkeze almıştır.<sup>13</sup>

Hukuku bir bilimsel disiplin olarak gören Langdell, diğer bilimlerde olduğu gibi hukukta da ancak temel kaynaklara inilerek esaslı incelemeler yapılabileceğini savunmuştur. Bu açıdan hukuk öğrencisi de diğer bilimlerin öğrencileri gibi dolaylı kaynaklardan doğrudan doğruya bu bilim alanının ilkelerini ortaya koyan temel yapıtlardan hukukun ilkelerini elde etmelidir. Bu öğretimsel perspektifte, hukuksal ilkeler ve doktrin ön planda yer almıştır. Söz konusu ilkelerin öğrenilmesi ve doktrinsel hakimiyet ise ancak bunların ortaya çıktığı davaların doğrudan incelenmesi ile mümkün olacaktır. Bu yaklaşımı çerçevesinde Langdell, ilk 'case book' (dava kitabı) çalışmasını telif etmiş ve derslerinde kullanmaya başlamıştır. Söz konusu özgün literatür (case book), hukukun ilkelerini ortaya koyacak biçimde sistematize edilmiş davaların incelenmesi üzerine kurulmuştur.<sup>14</sup>

Langdell'e göre temelde hukuk öğretimi, öncelikle entelektüel bir süreçtir. Bundan ötürü, yalnızca ders vermek üzere fakülteye gelen öğreticilerin yürüttüğü bir çıraklık eğitimi olarak görülmesi doğru değildir. Langdell, hukuk öğretim kabiliyetinin, öğreticinin hukuk bürosundaki veya hukuk uygulamasındaki deneyimi ya da yargısal argümantasyon deneyimi ile değil; hukuk fakültesindeki tecrübesi ile kazanılacağını savunmuştur. O yüzden hukuk öğretiminde tam zamanlı profesörlüğün (akademik kadronun) bu görev için şart olması gerektiğini öne sürmüştür. Bu görüşü temel alan case sisteminin benimsenmesiyle hukuk fakültelerinin üniversite içerisinde bir meslek okulundan öte bağımsız bir bilimsel eğitim-öğretim kurumu olarak kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Kuşkusuz öngörülen bu sistemin bir öğretim devrimi olduğunu kabul etmek icap etmektedir. Zira 'hukukçu gibi düşünmek' ilk kez bu sistem ile hukuk öğretiminin temel amacı olarak kabul edilmiştir. Temyiz mahkemelerinin kararları üzerine yazılmış yorumlayıcı eserlerin ezberlenmesinden öte objektif hukuki bilginin ortaya konulması amaçlanmıştır.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Kenny, Courtney, "The Case-Method of Teaching Law", Journal of the Society of Comparative Legislation, c. 16, sy. 2, 1916, ss. 182-194, s. 193.

<sup>14</sup> Arat, Tuğrul, Amerikan Hukuk Öğretiminde "Case Method", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 17.

<sup>15</sup> Holmes, Eric Mills, "Education for Competent Lawyering– Case Method in a Functional

Langdell'in yaklaşımının ve etkinliğinin iki temel kabulü olduğunu ifade edebiliriz. İlk Langdell'e göre hukuk, bir bilimsel disiplindir. İkinci olarak, hukuk öğretimi doğrudan ve özellikle davaların bilimsel olarak incelenmesi biçiminde yürütülmelidir. Hukuk profesörü/akademisyeni, ulusal yargılama tarihi/müktesebatı ve yargısal içtihat yığını içerisinde davalar ve kararlar seçerek öğretim müfredatını oluşturmalıdır.<sup>16</sup> Hukuk akademisyeninin öğretim kabiliyeti, hukukun bütünsel sistemini yansıtabilecek bir seçim ve sıralama yapabilme becerisi ile ölçümlenebilecektir. Bu iki temel kabulden ve Langdell'in görüşlerinden yola çıkarak case sisteminin asli öncüllerini şu şekilde sıralayabilmemiz mümkündür:

- Hukuk tümevarımlı bir bilimdir ve laboratuvarı da kütüphanedir.
- Hukuk, saf, mutlak ve soyut bilimsel ilkelerin bilimidir. Bütün yargı kararları bir ilke ile eşleştirilebilir.
- Hukuk biliminin bütün malzemeleri, basılı kitaplar ya da yayımlardır. Hukuk, bütünüyle yargısal kararların içinde mündemiçtir. Dolayısıyla hukuk öğretimi basılı kararların incelenmesinden ibaret olmalıdır.
- Kurumsal olarak hukuk fakültesi hukuk uygulamasını değil, bizatihi hukuk bilimini öğretmek için vardır.<sup>17</sup>

Bu kabuller göz önüne alındığında Langdell'in önerisinin bir yöntem değil, bir sistem olma durumu arz ettiğini ifade edebiliriz. Bu vesile ile buraya kadar söz konusu öneriden case yöntemi yerine, case sistemi olarak bahsetmemizin sebebini de açıklamış olmaktayız. Zira yöntem, öğretim sürecine ilişkin bir takım teknikler kümesine işaret ederken; 'sistem' daha geniş bir kavram olarak öğretim süreçlerine egemen olan değerleri ve hatta öğreticinin niteliklerini de içermektedir.

Case sisteminin kabulü ile birlikte Amerikan hukuk fakültelerinde -ve özellikle Langdell'in yirmi beş yıllık dekanlığı süresince Harvard Hukuk Fakültesinde- hukuk öğretimine ve fakültelerin kurumsal yapılanmasına ilişkin bir takım ortak değişikliklerin meydana geldiği tespit edilmiştir. Söz konusu değişiklikleri şöylece sıralayabiliriz:

- a) Hukuk öğretiminde tek yönlü sözel anlatım yöntemi yerine, Sokratik yöntem ile davaların incelenmesi yaklaşımı/metodolojisi benimsenmiştir.

---

Context", Columbia Law Review, c. 76, sy. 4, Mayıs 1976, ss. 535-580, s. 543-544.

<sup>16</sup> Holmes, E. M., "Education for Competent Lawyering— Case Method in a Functional Context", s. 546.

<sup>17</sup> Patterson, Dennis, "Langdell's Legacy", Northwestern University Law Review, c. 90. sy. 1, 1995, ss. 196-203, s. 199.

- b) Bu yaklaşım doğrultusunda tümevarım yöntemi ile somut davalar incelenerek hukukun genel ilkelerinin ortaya çıkarılması temel amaç olmuştur.
- c) Öğretici ve öğrencilerin ortak çabaları ile ancak bu ilkelerin keşfedilmesinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir.
- d) Bu keşif sürecinin yardımcı kaynakları olarak ‘case book’ yayınları kullanılmıştır.
- e) Uygulamaya ilişkin bilgi ve kabiliyetlerin geliştirilmesi geri plana itilerek, öğrencilerin hukuksal akıl yürütme olanaklarının geliştirilmesine yönelinmiştir.
- f) Hukuk fakültesi giriş sınavları getirilmiştir.
- g) Üç yıllık hukuk müfredatı geliştirilmiş ve yıllık yazılı sınavlar ile sınıf geçme-kalma sistemi kullanılmaya başlanmıştır.<sup>18</sup>

#### IV. CASE SİSTEMİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Case sisteminin Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuk öğretiminin ussallaştırılmasına yöneldiğini görüyoruz. Bu sistemi eleştirenler, Langdell’in ussallaştırma adına hukuk öğretimine bir deli gömleği giydirdiğini ve onu fakülteye kapattığını öne sürmektedirler. Langdell, hukuku bir bilim (ancak uygulamalı değil temel bir bilim) olarak kabul ettirmeye kalkışmıştır. Nasıl ki bir kimya profesörü öğrencilerini yetiştirirken, onları sabun fabrikalarında çalışacak teknisyenler olarak değil de, geleceğin kimya profesörleri olarak görmek isterse Langdell de bütün öğrencilerini hukuk profesörleri/akademisyenleri olarak yetiştirmeye yönelmiş ve hukukun uygulama boyutunu hakir görmüştür. Eleştirilerin yoğunluklu biçimde bu noktaya odaklandığını söylememiz mümkündür.<sup>19</sup>

Case metoduna yönelik sert eleştiriler ortaya koyan Frank’e göre, hukuk öğretimi alanında yapılacak reform ile Amerikan yargı sisteminde yapılacak reform birbiri ile yakından bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Frank, hem öğretimin hem de uygulamanın kesinlik ve istikrarı ön plana aldığını ancak bunların birer hurafeden ibaret olduğunu ifade eder.<sup>20</sup> Genel realist tutuma uygun olacak biçimde Frank de hukuktaki belirsizliğe dikkat çekmektedir. Ona göre özellikle ilk derece mahkemelerinde kuralların yorumlanması ve somut

---

<sup>18</sup> Chase, Anthony, “The Birth of the Modern Law School”, The American Journal of Legal History, c. 23, sy. 4, Ekim 1979, ss. 329-348, s. 334.

<sup>19</sup> Holmes, E. M., “Education for Competent Lawyering— Case Method in a Functional Context”, s. 544.

<sup>20</sup> Yörükoğlu, Ömer, Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 42.

olayın unsurlarının değerlendirilmesinde hukuk dışı birçok unsur devreye girmektedir. Hukuk uygulaması, salt hukuki bir mesele olmayıp psikoloji, sosyoloji ve iktisat gibi sosyal bilimler alanları bakımından da incelenebilecek bir meseledir. Bu disiplinlerarasılık, hukuk bakımından bir kusur olmayıp, hukukun toplumun değişken ihtiyaçlarına uyum sağlayabilmesi için gerekli bir esnekliği mümkün kılmaktadır.<sup>21</sup> Ancak hukuk öğretimi bu çeşitliliği karşılayacak bir zenginliğe henüz kavuşmamıştır ve case yöntemi bu potansiyele sahip görünmemektedir.

Langdell'i eleştiren hukukçulara göre, onun öne sürdüğünün aksine doktrin alanındaki uzmanlaşma, uygulamaya ilişkin sorunları çözmek açısından oldukça az katkı sağlamaktadır. Zira söz konusu sorunlar, genelde incelikli doktrinsel yaklaşımlarla çözülemeyecek düzeyde oldukça kaba sorunlar olarak tezahür etmektedir.<sup>22</sup> Örneğin bir kadın, bürosuna gelip "Avukat bey beni kurtar, kocam beni öldürecek!" dediğinde hukuk mezununun hukukçu gibi düşünerek veya hukukun hâkim ilkelerini göz önünde tutarak bir çözüm üretmesi pek mümkün görünmemektedir. Diğer bir deyişle geleceğin hukukçularının hukukun soyut ilkelerinden ziyade, onun uygulamasına ilişkin bilgi ve becerileri kazanmaya gereksinim duyduğu vurgulanmaktadır. Özetle ifade edecek olursak eleştiri yöneltenlere göre Langdell'in sistemi,

- a) Yanlış bilincin sistematik yeniden üretimine yönelen,
- b) Belirli toplumsal ve ahlaki kabulleri öğrencilere dayatan,
- c) Hukukun gerek kuramsal gerek uygulama alanında çalışacak kişilerin ihtiyaç duyacağı entelektüel ve iletişimsel becerileri görmezden gelen ya da törpüleyen,
- d) Hukuk doktrininin belirli bir anlamsal öze sahip olduğu ve politik veya ahlaki meseleleri göz ardı ederek, yalnızca doktrinsel analizlerle sorunların çözülebileceği yanlış kabulüne dayanan,
- e) Nihayet öğrencilerin toplumsal engelli bireyler olarak mezun olacağı bir hukuk öğretim sürecini ifade etmektedir.<sup>23</sup>

Langdell'in önermiş olduğu sistemin hukuk öğretimini hukuk fakültesine hatta tümüyle 'case book'lara hapsettiğini kabul etmek gerekir. Bunun bilimsellik adına gerçekleştiriliyor olması ise sistemin başka bir iç çelişkinisi ortaya koymaktadır. Tıp öğretiminin bilimsellik adına kitaplara ve atlaslara

---

<sup>21</sup> Gürkan, Ülker, Amerikan Hukuki Realizmi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 49-50.

<sup>22</sup> Moskovitz, M., "Beyond the Case Method: It's Time to Teach with Problems", s. 243.

<sup>23</sup> Klare, Karl E., "The Law-School Curriculum in the 1980's: What is Left?", Journal of Legal Education, sy. 32, 1982, ss. 336-344, s. 337.

mahkum edildiğini, tıp öğrencilerinin büyük amfilerde toplanarak daha önce gerçekleştirilmiş olan tıbbi müdahalelere ilişkin case-book'lar üzerine tartışmaktan ibaret bir öğrenim gördüklerini düşünelim. Bu öğretimin ne ölçüde bilimsellik niteliğini haiz olduğu söylenebilir. Gerçekten de böylesi bir öğretim sistemi içerisinde yetişen hukukçuların hukuk uygulamasına ilişkin çok az pratik bilgiye sahip olacağı, mezuniyetten sonra sudan çıkmış balığa döneceği ve bocalayacağı aşikardır. Hatta hukuk öğrenimi almış olanların, icra ettikleri mesleğe ilişkin yaşam boyu süren bir öz-gelişim inşa edemeyecekleri açıktır. Ülkemizdeki hukuk öğretiminin de öğrencilerini belirli pratiklere –söz gelimi rekabet ilişkilerine; vekil-müvekkil ilişkilerine; iş ortaklığı ilişkilerine vd.- hazırlamadığını savunmak mümkündür.

Hukuk öğretimine ilişkin Langdellist yaklaşımın eleştirilecek başkaca yönleri de söz konusudur. Bu yaklaşım, salt olarak geçmiş davaların incelenmesini odağına aldığı için durağan ve geçmişe dönüktür. Söz konusu bakış açısıyla geleceğe yönelik veya bugünün sorunlarına ilişkin çözümleyici reformların önerilmesi mümkün görünmemektedir. Kuşkusuz bu geçmişe dönüklük, bir derecede gerçekten kopukluk sorunu da yaratmaktadır. Zira hukuk devingen biçimde gelişim gösteren bir yapıdır; ve sadece geçmişe odaklanan bir öğretim, hukukun bugünkü gerçekliğini kavrama kabiliyetinden yoksun olacaktır.<sup>24</sup>

## **V. REALİST HUKUK KURAMCILARININ HUKUK ÖĞRETİMİNE YÖNELİK TALEPLERİ**

Langdell'in case sistemine yöneltilen eleştirilerin neredeyse tamamı realist kuramcılarca geliştirilmiştir. Bu açıdan bu noktada realist kuramcılarının alternatif bir hukuk öğretimine ilişkin temel taleplerini sıralamakta yarar görüyoruz:

- a) Hukuk bürolarının ve adliyelerin, hukuk öğretiminde merkezi bir role sahip olması,
- b) Uygulamacıların öğreticiler olarak etkin görevler alabilmeleri,
- c) Hukuk fakültelerinin büyük hukuk bürolarını andıracak bir yapıya kavuşturulması,
- e) Hukuk öğreticilerinin bir bölümünün hukuk uygulamasında aktif olarak yer alıyor olmaları; ayrıca bunların çoğunluğunun en az beş yıl uygulamada görev almış olmaları,
- f) Hukuk öğrenimi sürecinde öğrencilerin, öğretim elemanlarının asistanları veya çırakları pozisyonunda olmaları,

---

<sup>24</sup> Wizner, Stephen, "The Law School Clinic: Legal Education in the Interests of Justice", Fordham Law Review, sy. 70, 2001, ss. 1929-1939, s. 1931.

- g) Hukuk pratikleri kitaplarının yanı sıra belirli davalarının ilk derece mahkemelerinde ele alınışlarından yüksek mahkemelerin vereceği nihai karara kadar takip eden, açıklayan ve eleştiren bir külliyyatın oluşturulması,
- h) Saf hukuksal ya da yönetsel gibi görünen meseleleri sosyal bilimlerin tarih, etik, ekonomi, siyaset, psikoloji ve antropoloji gibi diğer alanları ile ilişkilendiren bir hukuk öğretiminin kurgulanması,

Ancak bu bakımdan hukuk öğretim süresinin başına ilave edilecek olan bir sosyal bilimler hazırlık eğitiminin başarılı olamayacağı savunulmaktadır. Sosyal bilimlerin bütünlüğüne ilişkin bir perspektifin hukuk öğretiminin her aşamasına yayılması gerektiği ifade edilmektedir.

- a) Fen bilimleri için laboratuvar; teknik bilimler için atölye ne ise; hukuk için kütüphane odur anlayışı terk edilmelidir. Hukuk öğretiminde de laboratuvarlar, klinikler ve atölyeler büyük gereklilik arz etmektedir.
- b) Kitaplardaki hukuktan ziyade etkin hukuk [law in action], hukuk öğretiminin odağını oluşturmalıdır. Ancak öğrencilerin etkin hukuku kitaplardan okuması yeterli değildir. Öğrencilerin, hukukun hayatını ilk elden gözlemleyebileceği mekanizmalar oluşturulmalıdır.
- c) Katılımcı hukuk öğretimi, öğrencilerin sadece adliyelerde ve hukuk bürolarında değil, tapu dairelerinde, şirketlerin yönetim dairelerinde, noterlerde, arbuluculuk faaliyetlerinde katımlı gözlem yapmalarını öngörmelidir.
- d) Hukuk öğrencilerine, 'insan kaynakları yönetimi, müzakere, arbuluculuk ve halkla ilişkiler' konularında da yetkinlik sağlanmalıdır.
- e) Hukuk öğrencileri sadece geleceğin uygulayıcıları olarak değil, aynı zamanda geleceğin hukuk politikası üreticileri olarak görülmeli ve bu potansiyele sahip kişiler olarak mezun edilmelidirler.<sup>25</sup>

Hukuki realizmin mevcut hukuka yönelik eleştirilerini büyük ölçüde devralan bir diğer yaklaşım ise, 'Eleştirel Hukuk Çalışmaları' akımıdır. Eleştirel hukuk çalışmaları, Hukuki Realizmin mirasını Marksist bir tarih yaklaşımı ile bütünleştirmiş ve özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde hukukun her zaman sınıf temelli ve ideolojik içerikli bir yanlılık arz ettiğini iddia etmiştir.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Frank, J., "What Constitutes a Good Legal Education?", s. 723-724.

<sup>26</sup> Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to it's Origins and Underpinnings", Journal of Legal Education, c. 36, sy. 4, Aralık 1986, ss. 505-517, s. 505. Eleştirel Hukuk Çalışmaları akımı üzerine kaleme alınmış bir monografi için bkz., Aktaş, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları çerçevesinde hukuk fakülteleri, salt hukukun tekniğinin ve kuramının öğretildiği mekanlar olarak değerlendirilemezler. Zira Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürlerine göre hukuk fakültesi politik bir mekandır.<sup>27</sup> Bu mekanda salt hukuk nosyonu değil, aynı zamanda hukuka yönelik ideolojik yüklemeler de öğrencilere aktarılır ve öğrencilerde bir tür statükocu koşullanma gerçekleştirilir. Bu koşullanma, devletteki ve toplumdaki mevcut hiyerarşik yapının korunmasına hizmet edecektir.<sup>28</sup>

Eleştirel düşünülere göre hukuk öğretiminde hukuk konularının birbirinden tamamen ayrı sistemler olarak derslere bölünmüş olması, öğrencilerin hukukun geneline ilişkin bir görüş oluşturma ve farklı hukuk dalları arasındaki geçişkenliği tespit edebilme olanaklarını ortadan kaldırmaktadır. Bu geçişkenliğin ve bütünlüğün idrak edilmesine imkan verme potansiyeli olan hukuk felsefesi, hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi dersleri veyahut klinik çalışmalar ise hukuk öğretiminin merkezinde yer almayan dersler olarak görülmektedir. Bunlar, 'zor', objektif, ciddi, kesin ve analitik olan hukuk öğretiminin kenarında, bir tür eğlence parkı, akşam sohbeti veya hukukçu adaylarının kendini ifade edebilmesine imkan veren bir tür toplumsal sanat alanı olarak kabul edilmektedirler.<sup>29</sup> Hukukun kuramsal ve sosyal arkaplanına ilişkin bu gizli veya açık dışlayıcı mesaj, elbette öğrenci tarafından alınıp kabul edilmekte ve profesyonel yaşamda da etkili olmaktadır. Bu nosyonla mezun olan hukukçular, hukuk mesleğini icra ederken de hukukun kuramına veya toplumsal temellerine başvurma gereksinimi hissetmemektedirler. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının önde gelen isimlerinden Kennedy'ye göre hukukçu akademisyenler, bu durumla ilgili sorumluluk almak zorundadırlar. Akademisyenler, öğrenciler ile birlikte çalışarak hukuk müfredatındaki ve öğretim süreçlerindeki otoriter yapıları ve hiyerarşik mesajları açığa çıkarmalı ve bu yapıyı dönüştürmek için gayret göstermelidirler. Bu bağlamda müfredatta klinik çalışmaların ve disiplinler arası derslerin arttırılmasının hukuk öğretiminin kapalı ve katı yapıdan kurtarılmasında önemli etkenler olacağı dile getirilmektedir.<sup>30</sup>

Genel olarak Hukuki Realizmin esasları üzerinden yükselen Eleştirel Hukuk Çalışmaları akımının üyeleri, hukuk öğretimi bakımından da realist talepleri politize eden bir tutumu benimsemişlerdir. Bu akıma göre hukuk öğretimi,

---

<sup>27</sup> Kennedy, Duncan, "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", Journal of Legal Education, c. 32, sy. 4, Aralık 1982, ss. 591-615, s. 591.

<sup>28</sup> Akman, Şefik Taylan, "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 61, sy. 4, 2012, ss. 1271-1306, s. 1279.

<sup>29</sup> Kennedy, D., "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", s. 597-598.

<sup>30</sup> Kennedy, D., "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy", s. 615.



var olan dogmatik sistemin eleştirisini yapabilmelidir.<sup>31</sup> Öğrenciler aldıkları öğretim neticesinde hukuku fetişleştirmemeli, tam aksine hukukun sınıfsal içerimini ve arka plandaki sınıfsal çatışmaları, çıkar ilişkilerini görebilmelidir. Ayrıca yasaları, dogmalar olarak değil, söz konusu sınıf ilişkilerinin hukuksal ifadeleri olarak tahlil edebilmelidirler. Böylesi bir eğitim-öğretim süreci, önemli bir sosyolojik kuram altyapısının öğrencilere kazandırılmasını gerekli kılmaktadır. Hukukçular, toplumun yaptırım uygulayıcıları olarak içinde çalışacakları toplumsal yapıyı ve sosyal ilişkiler ağını herkesten daha iyi tanımalı ve anlamlandırmalıdır. Bu bakımdan eleştirel akım, her bir hukukçunun bir sosyoloji bölümü öğrencisi düzeyinde sosyal kuramlara ve yapılara aşina olması gerektiğini vurgulamaktadır.

## SONUÇ

Hukuki realizm, anti-sosyolojik hukuk düzeni/pratiğine norm-olgu birlikteliğini öne sürerek karşı çıkmıştır. Bu meyanda norm, yasadan fazlasına işaret eden müphem bir kavram olarak tezahür etmektedir. Yasanın aksine norm, ancak yargılama pratiğinde görünür hale gelmekte ve/ya ete kemiğe bürünmektedir. Yargısal karar öncesinde ne ilgili normu, ne de hukuksal olguyu bilmemiz mümkün değildir. Bu realist yaklaşım, normu sözden/lafızdan veya metinden ayırtmaktadır. Yasanın sözsözsel/metinsel varlığı, başka olgularla birlikte ancak normun bir kaynağını teşkil etmektedir. Ancak hiç bir biçimde bizatihi normun kendisi değildir. Bu ön kabulden hareket ederek realistler, hukuk öğretiminin salt sözlerinin öğretimi olmasına da karşı çıkmışlardır. Norma kaynaklık eden ne varsa ve bunlar norma hangi yollarla kaynaklık ediyorsa, işte tüm bunlar hukuk öğretiminin konusunu oluşturmalıdır. Bu talep, hukuk öğretiminin esasına yönelik devrimsel bir hamle olarak kaydedilmelidir.

Hukuk öğretimi ile toplumsal yarar arasında yaşamsal bir bağlantı söz konusudur. Zira hukukçular almış oldukları hukuki öğrenimini toplumsal yaşam içerisinde -iyiye veya kötüye- kullanmaktadırlar. Toplumun yararının gerçekleşmesi için hukuk öğrencilerinin adaletsizlikle mücadele yönünde toplumsal ve mesleki bir sorumluluk bilincine ve hukukun hayatına ilişkin yetkin bir kavrayışa sahip olması icap etmektedir.

Hukukun hayatına ilişkin yetkin bir kavrayış için hukukçular sosyal bilimlerin bütün araçlarını kullanabilmeli ve hukuku içinde işlev gördüğü toplumsal yaşamla birlikte kavramalıdır. Ayrıca hukuk öğretimi de hukukun akışkanlığını ve/ya değişkenliğini yansıtan esnek bir metodolojik ve pedagojik yapı modelinde kurgulanmalıdır. Hukuk öğretimi geleceğe ilişkin bir öngörü

---

<sup>31</sup> Unger, Roberta Mangabeira, "The Critical Legal Studies Movement," Harvard Law Review, 1983, vol. 96, 561-675, s. 668.

sunabilmeli ve hukukçular salt kuramcılar olarak değil, uygulamacılar ve hatta hukuk politikacıları olarak yetiştirilmelidir. Hukuk kuramı ile hukuk pratiği arasındaki dinamik etkileşim kesinlikle göz ardı edilmemelidir. Hukukçular, ancak uygulamaya dokunan bir kuramın iyi bir kuram olduğu ve bir uygulamanın ise, ancak bir kurama ya da bir sisteme dayandığında; iyi bir uygulama olabileceği gerçeğine aşına bireyler olarak mezun edilmelidir.

Kanımızca, adaletsizlikle mücadele yönünde toplumsal ve mesleki bir kavrayış ise ancak hukuk klinikleri aracılığı ile geliştirilebilir. Hukuk öğrencilerinin uygulamaya ilişkin ilk adımlarını, fiziksel olarak hukuk fakülteleri bünyesinde ve entelektüel olarak ise hukuk fakültesi müfredatı dâhilinde atması büyük önem arz etmektedir. Zira özel bürolarda veya adliye içerisinde başlayan bir mesleki deneyimin, bireye etik sorumluluk bilinci kazandırması günümüz şartlarında pek mümkün görünmemektedir.

Bizim bu noktada ulusal hukuk öğretimimiz açısından önerimiz, Langdellist yaklaşımın hukuk öğretimini sistemleştiren ve ussallaştıran getirileri korunarak bu sistem içerisine hukuk kliniklerinin dâhil edilmesidir. Bu şekilde case sisteminin kuramsal alana olan vurgusu ile realist eleştiri ve talepleri uzlaştıracak bir üçüncü yol bulunabilir.

Hukuk klinikleri aracılığı ile öğrencilerin uygulamaya ilişkin deneyim ve becerileri geliştirilebilir. Öğrencilerin hukuk mesleğini içinde icra edecekleri toplumun gelenekleri ile sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel yapısını tanımaları sağlanabilir. Öğrenim sürecinde hukuk öğrencisinin, vekil-müvekkil ilişkilerine ve ortak çalışma ilişkilerine dair nitelikleri geliştirilebilir. Yargıda ve yönetsel yapıda işlerin nasıl yürüdüğü ve bu alanlardaki çalışanların tavır ve yaklaşımlarının nasıl olduğu gösterilmek suretiyle, hukuk mezununun mesleki aidiyet ve sorumluluk bilinci geliştirilebilir.

Bütün bunların yanı sıra, klinikler, hukuk fakültelerinin toplumsal hizmet yükümlülüklerini doğrudan yerine getirebilecekleri birer mecra olarak kullanılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki hukuk kliniklerinin, hukuk müfredatına dâhil edilmesi geniş kapsamlı bir öğretim reformu anlamına gelmektedir. Mevcut müfredatımız, mevcut eğitim-öğretim paradigmamız bakımından büyük zorluklarla karşılaşılacağını kabul etmemiz gerekmektedir.

Hukuk kliniği çalışması öncelikle hukuk akademisyeninin konforundan feragat etmesini ve kendi eksikliklerini samimiyetle kabul ederek bu eksikliklerini gidermek üzere ayrıca bir gayret göstermesini gerektirecektir. Bu yüzden hukuk kliniklerinin hukuk akademiasında çoğunlukla yararsız gösterildiğine veya marjinalize edildiğine tanıklık etmekteyiz. Bu vesileyle ifade edelim ki, hukuk öğretiminin reforma ihtiyaç duyduğunu düşünen akademisyenler olarak -sorunu değilse bile- çözümü ilkin kendimizde aramız ve reforma kendi zihniyetimiz ve faaliyetlerimizden başlamamız

icap etmektedir. Meseleyi dışsallaştırarak, sorunu salt olarak cari sisteme, kurumsal yapıya ve mevcut zihniyete havale ederek kendimizi tezkiye etmemiz bir anlam ifade etmemektedir.

### KAYNAKÇA

**Akman Şefik Taylan**, “Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 61, sy. 4, 2012, ss. 1271-1306.

**Arat Tuğrul**, Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.

**Chase Anthony**, “The Birth of the Modern Law School”, The American Journal of Legal History, c. 23, sy. 4, Ekim 1979, ss. 329-348, s. 334.

**Frank Jerome**, “What Constitutes a Good Legal Education?”, American Bar Association Journal, c. 19, sy. 12, 1933.

**Frank Jerome**, “Why Not A Clinical Lawyer-School?”, University of Pennsylvania Law Review, c. 81, sy. 8, 1932.

**Gürkan Ülker**, Hukuki Realizm Akımı, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

**Holmes Eric Mills**, “Education for Competent Lawyering –Case Method in a Functional Context”, Columbia Law Review, c. 76, sy. 4, Mayıs 1976, ss. 535-580, s. 543-544.

**Klare Karl E.**, “The Law-School Curriculum in the 1980’s: What is Left?”, Journal of Legal Education, sy. 32, 1982, ss. 336-344, s. 337.

**Kennedy Duncan**, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, Journal of Legal Education, c. 32, sy. 4, Aralık 1982, ss. 591-615.

**Kenny Courtney**, “The Case-Method of Teaching Law”, Journal of the Society of Comparative Legislation, c. 16, sy. 2, 1916, ss. 182-194.

**Kılıç Muharrem**, “Hukuk Öğreniminin Epistemolojik Temellendirimine Dair Dibace –Teknokrasiden Filozofiyeye-”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Antalya 2011.

**Llewellyn Karl**, “Some Realism About Realism- To Responding Dean Pound,” Harvard Law Review, 1930-1931, vol. 44.

**Moskovitz Myron**, “Beyond the Case Method: It’s Time to Teach with Problems”, Journal of Legal Education, sy. 42, 1992, ss. 241-271, s. 242.

**Patterson Dennis**, “Langdell’s Legacy”, *Northwestern University Law Review*, c. 90. sy. 1, 1995, ss. 196-203.

**Topçuoğlu Hamide**, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969.

**Tushnet Mark**, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *Journal of Legal Education*, c. 36, sy. 4, Aralık 1986, ss. 505-517.

**Unger Roberta Mangabeira**, “The Critical Legal Studies Movement,” *Harvard Law Review*, 1983, vol. 96, 561-675.

**Wacks Raymond**, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma S. Şahin Ünver - Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara 2016.

**Waters Lindsay**, *Akademik Düşmanları*, (çev. Müge Özbek), Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2009.

**Wizner Stephen**, “The Law School Clinic: Legal Education in the Interests of Justice”, *Fordham Law Review*, sy. 70, 2001, ss. 1929-1939, s. 1931.

**Yörükoğlu Ömer**, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

# CEZA MUHALEMESİNDE HÜKME İLİŞKİN MÜZAKERE VE OYLAMA

*Negotiation And Voting Relating To Judgment In Criminal Procedure Law*

Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA<sup>1</sup>, Arş. Gör. Asuman İNCE TUNÇER<sup>2</sup>

Geliş Tarihi: 28.12.2016 Kabul Tarihi: 28.02.2017

## ÖZET

Hüküm, mahkemenin cezai uyumsuzluğa ilişkin olarak verdiği son kararı ifade eder. Bu bağlamda hüküm, uyumsuzluğu çözen ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır. Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra, toplu mahkemelerde duruşmaya katılmış olan hâkimler, aralarında delilleri tartışmak ve oy vermek üzere duruşma salonundan çekilirler. Müzakere, toplu mahkemelerde, mahkeme heyetinin ortak bir hüküm oluşturabilmek amacıyla karşılıklı görüş alışverişinde bulunduğu ve yerine göre tartıştığı muhakeme sürecini ifade eder. Burada gerçekleştirilen faaliyet sonucu mahkeme heyeti ortak bir kanaat oluşturarak uyumsuzluk konusu olayı çözüme kavuşturacaktır. Müzakerede gerek maddi sorun gerekse de hukuki soruna ilişkin olarak cezaya etkili tüm hususlar tek tek ele alınır. Kanunkoyucu müzakere sırasındaki tartışmaları ve müzakere sürecini yönetecek bir kişinin belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatiyle, bu görevi mahkeme başkanına vermiştir. Müzakerede sadece hükme katılacak hâkimler bulunur. Bu süreçte cezaya etkili olan maddi ve hukuki soruna ilişkin her şey hakkında görüş alış verişinde bulunulur ve tartışılır. Müzakere tamamlandıktan sonra oy verme işine geçilir. Mahkeme başkanı, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyunu verir. Belirli bir konuda karar, oybirliğiyle alınabileceği gibi oy çokluğuyla da alınabilir. Karşı oya tutanakta yer verilir; gerekçesi de tutanakta gösterilir. Çalışmada, ceza muhakemesinin temel konularından birisi olan ve burada kısaca özetlediğimiz müzakere ve oylama faaliyeti ayrıntılı olarak incelenmiştir. Doktrindeki farklı görüşler ve mahkeme içtihatları ışığında kendi görüşlerimizin diyalektik olarak ortaya konması temel çalışma yöntemimizi oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Müzakere, oylama, hüküm, toplu mahkeme, oybirliği, oy çokluğu.

## ABSTRACT

Judgment refers to the final decision given by the criminal court on the criminal dispute. In this context, the judgment resolves the dispute and ends the criminal relationship. After the announcement that the hearing has ended, the judges who attended the hearing in the collective courts, drawn from the courtroom to discuss the evidence among themselves and vote. During the negotiation process, the judges who attended the hearing in the collective courts exchange their opinions and discuss if necessary in order to be able to form a common judgment. All the issues that affect the punishment are handled one by one concerning both matter of fact and legal question in negotiation. The task of managing discussions during the negotiation and the negotiation process was given to the chief judge by legislator. Only the judges who shall attend to judgment can be present in negotiation. In this process, all the things which are effective on punishment relating to matter of fact and legal question are discussed and ideas exchanged with one another. Once negotiation is completed, voting begins. Starting from the junior member, the chief judge collects the votes separately and at the end gives his own vote. Decision on a specific issue may be taken by unanimity or by majority vote. The counter vote and justification of it shall be shown in trial record. In the study, the negotiation and voting activity, which is one of the main points of the criminal proceedings and which we summarized briefly here, has been examined in detail. Dialectical presentation of our own opinions in the light of the different opinions in the doctrine and the case-law of the courts constitutes our basic working method.

**Keywords:** Negotiation, voting, judgment, collective court, unanimity, majority vote.

<sup>1</sup> Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hkarakehya@anadolu.edu.tr

<sup>2</sup> Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, asumanince@anadolu.edu.tr

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinde duruşma sonunda ortaya konulan deliller mahkemenin vicdani kanaatıyla serbestçe değerlendirildikten sonra hüküm kurularak cezai uyuşmazlık çözüme kavuşturulur (CMK m.217/1). Bu bağlamda mahkeme hükmünü ancak duruşmada ortaya konan delillere dayandırabilir. Bu delilleri değerlendirirken de vicdani kanaatini kıstas yapar.<sup>3</sup> Eğer sanığın suçu işlediği kanaatindeyse mahkûmiyet (CMK m.223/5), işlemediği kanaatindeyse beraat hükmü (CMK m.223/2/b) vermek suretiyle uyuşmazlığı sonlandırır. Mahkeme gerçekleştirdiği tüm araştırmalara rağmen sanığın suçu işleyip işlemediği hususunda bir vicdani kanaate ulaşamaz ise, bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanık hakkında yine beraat hükmü (CMK m.223/2/e) verecektir.<sup>4</sup> Bununla birlikte CMK m.223'te belirtilen koşulların varlığına bağlı olarak, yine aynı maddede düzenlenen diğer hüküm çeşitlerini vermek suretiyle de uyuşmazlığı çözebilecektir.

Tek hâkimli mahkemelerde duruşma bittikten sonra hüküm kurulması problem arzemez; çünkü bu durumda tek hâkim delilleri kendisi değerlendirerek, kendi vicdani kanaatine göre karar verecektir. Ancak toplu mahkemelerde farklı hâkimlerin delilleri farklı değerlendirmesi ve birbirinden farklı sonuçlara ulaşması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle toplu mahkemelerde mahkemenin genel vicdani kanaatinin oluşması için müzakere ve oylama faaliyetinin gerçekleştirilmesi gerekir. Özellikle cezaya etki eden belirli bir hususta oyların dağılması durumunda ne şekilde sonuca ulaşılacağı önem arz etmektedir.

Bu çalışmada muhakeme teorisinin önemli konularından birisi olan toplu mahkemelerdeki hükme ilişkin müzakere ve oylama incelenecektir. Doktrindeki farklı görüşler ve uygulamadaki mahkeme içtihatları değerlendirilerek kendi düşüncelerimizin neden-sonuç ilişkisi içinde ortaya konulması, çalışmada kullanılan temel yöntemi oluşturmaktadır.

---

<sup>3</sup> Metin FEYZİOĞLU-Fahri Gökçen TANER, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, İslık Yayınevi, İstanbul 2015, s. 68

<sup>4</sup> Şüpheden sanığın yararlandırılmasının felsefi temelleri Romalıların "Bir masum mahkum edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın" özdeyişine kadar götürmek mümkündür. Söz konusu özdeyiş zamanın eğilimlerine göre, bir masuma on, yüz ya da bin suçluya kadar değiştirilmiştir. Örneğin Voltaire bir ya da iki suçlunun cezasız kalmasının bir masumun cezalandırılmasından daha iyi olduğunu ileri sürerken; Franklin yüz suçlunun cezasız kalmasının, Maimonides ise bin suçlunun cezasız kalmasının daha iyi olduğunu ileri sürmüştür. Danny J. BOGGS, "The Right to Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, 1998,s.5

## 1. HÜKÜM VE MÜZAKERE KAVRAMLARI

### 1.1. Genel Olarak Hüküm

Hüküm, mahkemenin cezai uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği son kararı ifade eder.<sup>5</sup> Mahkeme kararları, uyuşmazlığın çözümüne etkisi yönünden, ara kararlar ve hüküm (son karar) olmak üzere ikiye ayrılır. Hüküm, uyuşmazlığı çözen, davanın esasını halleden, ceza davasını ve dolayısıyla ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır.<sup>6</sup> Beraat ve mahkûmiyet kararları bu neviden kararlardır.<sup>7</sup>

Ara kararlar ise, uyuşmazlığı ve dolayısıyla ceza muhakemesi ilişkisini sonuçlandırmayan, ancak hükmü hazırlayan kararlardır. Ara kararlar hükme esas teşkil edip etmemelerine göre ikiye ayrılabilir. Hükme esas teşkil eden ara kararlar, hükmün verilmesiyle bağlantısı olan kararlardır. Örneğin yargıcın reddi veya yetkisizlik itirazlarının reddine dair kararlar hükme etkili kararlardır. Bu kararlar hükümle birlikte temyiz edilebileceklerdir. Hükme esas teşkil etmeyen ara kararlar ise, hüküm ile bağlantısı olmayan kararlardır.<sup>8</sup>

CMK'nın düzenlemesine göre; *beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi* kararları hükümdür (CMK m.223/1). Bu kararlarla mahkeme uyuşmazlıktan elini çeker.

**Beraat kararı:** 1) yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, 2) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, 3) yüklenen

---

<sup>5</sup> Kunter-Yenisey'e göre aslında mahkemelerin bütün kararları psikolojik bakımdan birer hükümdür. Bkz. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.419; Hüküm Arapça "ahkam" kavramından türetilmiştir ve bir uyuşmazlığın yargıç tarafından çözümlenmesi sonucu verilen nihai kararı ifade eder. Nilüfer BORAN GÜNEYSU, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.4

<sup>6</sup> Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.305; Kıta Avrupası ceza muhakemesi bakımından mahkemenin uyuşmazlığı çözecek bir hüküm kurabilmesi için dört sorunun cevabını vermesi gerekir. 1) Sanık isnat edilen fiili gerçekleştirmiş midir? 2) Bu fiil ceza hukukunca cezalandırılabilir bir fiil midir? 3) Bu cezalandırılabilir fiilden sanık sorumlu tutulabilir mi? 4) Sanığa ne tür bir ceza verilmelidir? Gökçe ÇATALOLUK, "Muhakeme, Müzakere, Mutabakat: Söylem Kuramı ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uygulanabilirliği," **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.193; Bu dört soru sırayla cevaplandırılırken, ilk üçünden herhangi birisine olumsuz cevap verilmesi, sorusuna göre beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilmesi bakımından yeterli olacaktır. Ancak mahkûmiyet için ilk üç soruya olumlu cevap verilmesi, son soruda da gerekli tespitin yapılması zorunludur.

<sup>7</sup> Kararın mantık ve felsefe bakımından değerlendirilmesine ilişkin özlü açıklamalar için ayrıca bkz. **BORAN GÜNEYSU**, s.18 vd.

<sup>8</sup> Sonuçta karar ve hüküm terimleri zaman zaman birbirinin yerine kullanılsalar da, aynı kavramı karşılamadığı açıktır. Mahkemenin verdiği her hüküm bir karar olmakla birlikte, her karar bir hüküm değildir. **BORAN GÜNEYSU**, s.9

suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, 4) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, 5) yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir (CMK m.223/2). Görüldüğü üzere mahkeme, (2)'ye göre yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu durumlarda, yani sanığın suçsuzluğuna ilişkin vicdani kanaate ulaştığı hallerde beraat kararı verebileceği gibi; (5)'e göre sanığın suçu işleyip işlemediğinin belirsiz olduğu durumlarda, delil yetersizliğinden de beraat kararı verebilecektir.<sup>9</sup>

**Ceza verilmesine yer olmadığı kararı:** 1) yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, 2) yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, 3) meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, 4) kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla verilir (CMK m.223/3).<sup>10</sup>

Burada bahsi geçen yaş küçüklüğü cezai sorumluluğu kaldıran yaş küçüklüğüdür. Yani sanığın 12 yaşından küçük olması ya da 12-15 yaş aralığında ise fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilemeyecek durumda bulunmasıdır. Eğer yaş küçüklüğü cezai sorumluluğu kaldıracak boyutta değilse, o zaman ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez; cezasında yaşına göre indirim yapıp mahkûmiyet kararı verilir. Aynı şekilde bahsi geçen akıl hastalığı, tam akıl hastalığıdır.<sup>11</sup> Geçici arızı neden ise ihtiyari olmayan sebeplere dayanan arızı nedendir. Nitekim arızı neden failin iradesiyle meydana gelmişse, “sebebinde serbest olan hareket ilkesi” (ALIC Kuralı) gereği kişinin cezai sorumluluğu doğacaktır.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> FEYZİOĞLU – TANER, s.325

<sup>10</sup> Failin işlenen fiilde kast veya taksirinin bulunmaması (tipik manevi unsur eksikliği) halinde CMK m.223/2 gereğince beraat kararı verilecektir. Ancak manevi unsur tam olmakla birlikte, failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilirliği yoksa bir başka deyişle ona fiili dolayısıyla kusur atfedilemiyorsa, bu durumda kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Bu bağlamda klasik görüşün aksine 5237 sayılı TCK'ya hakim olan tipik manevi unsur-kusurluluk ayırımına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.232 vd.; 378 vd.

<sup>11</sup> Nitekim TCK m.32'ye göre; *akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir.* Bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye ise cezası indirilerek verilir. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayanlarla birlikte, fiille birlikte davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olanların tam akıl hastaları grubunu oluşturdukları konusunda aynı yönde bkz. Hamide ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.374

<sup>12</sup> ALIC kuralı, failin kendi kasıtlı veya taksirli hareketiyle kusur yeteneğini ortadan kaldırması ve



Bununla birlikte burada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus da, kanunkoyucunun suç genel teorisine ilişkin bakış açısını yansıtan düzenlemelerdir. Nitekim (2)'ye göre, zorunluluk hali ve bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak değil; bilakis kusurluluğu kaldıran bir neden (mazeret nedeni) olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle söz konusu hallerde, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hükme bağlanmıştır. Kanunkoyucu bunları hukuka uygunluk nedeni olarak görse, bu şekilde ayrıca düzenlemez; hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde beraat kararı verileceğine dair yukarıda belirttiğimiz 223/2'ye göre değerlendirme yapılmasına imkân tanırdı. Benzer şekilde meşru savunma hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmişken; meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan ve korku nedeniyle aşılması ise kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler kapsamında değerlendirilmiştir. Bu nedenle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan ve korku nedeniyle aşılması hallerinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hükme bağlanmıştır.<sup>13</sup>

İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, 1) etkin pişmanlık, 2) şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, 3) karşılıklı hakaret, 4) işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir (CMK m.223/4).

**Mahkûmiyet kararı:** sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde verilir (CMK m.223/5).<sup>14</sup> Dolayısıyla mahkemenin mahkûmiyet kararı verebilmesi için sanığın suçu işlediğini sabit görmesi, bir başka deyişle sanığın suçluluğuna ilişkin vicdani kanaate ulaşmış olması zorunludur.<sup>15</sup>

**Güvenlik tedbirine:** yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra hükmolunur (CMK m.223/6).<sup>16</sup>

---

bu durumda iken suç teşkil eden fiilin icrasına başlaması durumunda, suçun işlendiği anda kusur yeteneği olmamasına rağmen sorumlu tutulmasını sağlamaktadır. Burada faile kusur isnadında bulunurken fiilin işlendiği an dikkate alınmayıp, kusur yeteneğinin kaldırıldığı an dikkate alınmaktadır. Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.323

<sup>13</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Murat BALCI, "Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Türk Ceza Kanununda Kabul Edilen Suç Teorisi," **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, (74), 2012, s.14 vd.

<sup>14</sup> Mahkûmiyet hükmünün verilmesiyle masumiyet karinesi kaybedilir. Eğer suçlu bulunmuşsa ve kanun yoluna başvurmanın koşullarını sağlıyorsa, sanık genellikle hükme karşı kanun yoluna başvurur. Bu başvuru özellikle yargılama sırasında gerçekleştirilen hukuka aykırılıkların ve hataların giderilmesi bakımından faydalı olabilir. Bununla birlikte sanık, sıklıkla verilen mahkûmiyet hükmünün infazını geciktirmek için de kanun yoluna başvurma eğiliminde olabilmektedir. Cliff ROBERSON-Harvey WALLACE-Gilbert B. STUCKEY, **Procedures in the Justice System**, 10. Edition, Pearson Education Inc. USA 2013, s.335 vd.

<sup>15</sup> FEYZİOĞLU – TANER, s.321 vd.

<sup>16</sup> Güvenlik tedbiri, işlenen bir suçla bağlantılı olarak bu kişi hakkında gösterdiği tehlikelilik durumu veya maruz kaldığı tehlike hali göz önünde bulundurulacak veyahut da suçun

**Davanın reddine:** aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa karar verilir (CMK m.223/7).<sup>17</sup>

**Davanın düşmesine:** Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, karar verilir (CMK m.223/8).<sup>18</sup> Bu bağlamda zamanaşımı süresinin dolması, şikâyetin geri alınması, sanığın ölümü gibi hallerde davanın düşmesi kararı verilecektir.<sup>19</sup>

Soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; şartın gerçekleşmesini beklemek üzere *durma kararı* karar verilir. Bu karara itiraz edilebilir (CMK m.230/4). Durma kararı, her ne kadar CMK'nın 223. maddesinde hüküm çeşitleriyle birlikte düzenleme altına alınmış olsa da, bir hüküm (son karar) çeşidi değildir. Çünkü uyuşmazlığı çözmez ve kovuşturma şartı gerçekleştiğinde muhakeme kaldığı yerden devam eder.<sup>20</sup> Örneğin izne tabi bir suçla ilgili olarak izin alınmadan dava açıldığı yargılama sırasında anlaşılırsa, yetkili merciden izin alınması için mahkeme durma kararı verir. Çünkü bu hallerde izin şartının gerçekleşme ihtimali vardır. Ancak gelişen süreçte iznin verilmediğine dair cevap mahkemeye ulaşırsa, mahkeme bu halde düşme kararı verecektir. Nitekim artık şartın gerçekleşmesi ihtimali kalmamıştır. Son olarak belirtmek gerekir ki; *derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK m.223/9).*

Mahkeme hükmünü verdikten sonra, hüküm fıkrası veya hazırlanmış ise gerekçeli hüküm aleni duruşmada açıklanır ve tutanağa geçirilir (CMK

---

konusu ile ilgili ya da suçun işlenişinde kullanılan araçlarla bağlantılı olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımlarını ifade eder. **KOCA – ÜZÜLMEZ**, s.597

<sup>17</sup> Davanın reddine ilişkin bu düzenleme “bir fiilden iki kere yargılama olmaz” ilkesinin CMK'daki yansımaları oluşturmaktadır. Nitekim hakkında aynı fiille ilgili kesinleşen bir hüküm bulunan kimse hakkında tekrar yargılama yapılması açıkça yasaklanmıştır. Bu ilkenin sadece yurt içinde verilen kararlar bakımından mı, yoksa yurt dışında verilen kararları da kapsar şekilde mi anlaşılması gerektiği konusunda detaylı bilgi için bkz. Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.770

<sup>18</sup> Davanın reddi gibi düşmesi de uyuşmazlığı esastan çözen kararlardan değildir. CMK m.223 kapsamında düzenlenen hükümlerden sadece, beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbirine mahkûmiyet kararları uyuşmazlığın esasını çözen kararlardır. Nitekim sanığın suçsuzluğu ya da suçluluğu konusunda bir sonuca varılmaktadır. Ali Rıza ÇINAR, “Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 84, 2009, s.34; Davanın reddi ve düşmesi ise uyuşmazlığın esasını çözmekle birlikte, onun çözülemeyecek bir uyuşmazlık olduğunu tespit ederek, uyuşmazlığı dolaylı şekilde çözüme kavuşturmaktadırlar. **TOROSLU – FEYZİOĞLU**, s.307

<sup>19</sup> **CENTEL – ZAFER**, s. 771, 129. dipnot

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. **TOROSLU – FEYZİOĞLU**, s.307

m.231,232/3). Yüze karşı yapılan bu bildirimde tefhim denir. İlgili isterse kararın bir örneği de kendisine verilir (CMK m.35). Sanık veya müdafinin son oturumda hazır bulunmadığı hallerde, hükmün tefhimi gerçekleşmeyeceğinden, yazılı bildirim yapılması gerekir.

## 1.2. Müzakereye İlişkin Temel Açıklamalar

Ceza muhakemesinde duruşma devresi sonunda mahkeme başkanı son sözü hazır bulunan sanığa verdikten sonra duruşmanın bittiğini açıklar (CMK m.217/3; m.223/1). Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra, toplu mahkemelerde duruşmaya katılmış olan hâkimler, aralarında delilleri tartışmak ve oy vermek üzere duruşma salonundan çekilirler. Bazen basit işlerde, duruşma salonundan çekilmeden, aralarında konuşarak da hükmü oluşturabilirler. Uygulamada bazen mahkeme heyetinin son oturuma hükmü kurmuş olarak çıktığı görülmektedir. Hüküm kurulmadan önce delillerin iddia ve savunma makamı tarafından tartışılması ve hükümden önce son sözün mutlaka hazır bulunan sanığa verilmesi gerektiğinden söz konusu uygulama hukuka aykırıdır.<sup>21</sup>

Müzakere, toplu mahkemelerde, mahkeme heyetinin ortak bir hüküm oluşturabilmek amacıyla karşılıklı görüş alışverişinde bulunduğu ve yerine göre tartıştığı muhakeme sürecini ifade eder. Müzakere sürecinde hâkimler fikir teatisinde bulunur, birbirlerinin görüşlerinden faydalanır, hatta bazen görüşlerini değiştirir ve sonunda oylarını ortaya koyarlar.<sup>22</sup> **Müzakereye katılan hâkimler diğerlerinin görüşlerini dinledikten ve çözümlenmesi gereken meseleye ilişkin derinlikli biçimde düşündükten sonra oylarını belirleyeceklerdir.**<sup>23</sup> Burada gerçekleştirilen faaliyet sonucu mahkeme heyeti ortak bir kanaat oluşturarak uyuşmazlık konusu olayı çözüme kavuşturacaktır. Aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız üzere müzakereye gerek maddi sorun gerekse de hukuki soruna ilişkin hususlar tek tek ele alınır.

Tek hâkimli mahkemelerde ise bir müzakere söz konusu olmayacağından, çoğu kez *“gereği düşünüldü”* denilerek, hemen karar verilmekte ve bu karar tutanağa geçirilmektedir. Nitekim oluşturulması gereken ortak bir kanaat söz konusu değildir. Tek hâkim delillerden edindiği kanaate göre kendisi maddi ve hukuki sorunu çözerek, cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak olan hükmünü verecektir. Ancak hâkim, delillerin durumunu değerlendirmek ve ispat üzerine biraz daha düşünmek üzere, dilerse odasına da çekilebilir.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Cumhur ŞAHİN- Neslihan GÖKTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 173.

<sup>22</sup> Nurullah KUNTER, “Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu,” **Yargıtay Dergisi**, 1983/9-3, s. 359

<sup>23</sup> Feridun YENİSEY- Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 762

<sup>24</sup> Hakan KARAKEHYA, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.555

### 1.3. Müzakerenin Konusu

Ceza muhakemesinde yargılama makamının önünde maddi ve hukuki olmak üzere iki temel problem bulunmaktadır. Mahkemenin vereceği hüküm her iki problemin çözümünü de içermelidir ki; cezai uyumsuzluk çözülebilir. Bu nedenle müzakerede ele alınacak hususlar gerek maddi gerekse hukuki soruna ilişkin konular olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla müzakerenin konusu cezaya etkili olan gerek maddi soruna gerekse de hukuki soruna ilişkin hususlar oluşturmaktadır. CMK m.225/2 ışığında ifade etmek gerekirse, hüküm iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında kurulacağına göre, müzakerenin konusunun önemli bir bölümü de aynı şekilde iddianamede gösterilen fiil ve faile ilişkindir (maddi sorun); ancak bunun dışında fiilin hukuki nitelendirmesi de (hukuki sorun) müzakerede ele alınacak konulardandır.<sup>25</sup>

Bu bağlamda müzakerenin konusunu oluşturan “maddi ve hukuki soruna ilişkin hususlar” ifadesinin içeriğini net olarak ortaya koymakta fayda vardır. Cezai uyumsuzluğun çözümü bakımından mahkemenin önündeki ilk problem olan maddi sorun, maddi gerçekle ilgilidir.<sup>26</sup> Bir başka deyişle uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkindir. Uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin tespiti ise, yargılama sonucunda cezaya etki edecek tüm hususları içerisinde barındırır. Bu bağlamda yargılama makamında vicdani kanaat sadece suçun sanık tarafından işlenip işlenmediği hususunda oluşmaz. Bununla birlikte eğer sanık suçu işlemişse; cezaya etki eden hangi koşullar altında işlediği de ortaya konulmalıdır. Örnek vermek gerekirse, sadece “sanık A, maktul B’yi öldürdü mü?” değil; bununla birlikte “cezaya etki eden hangi koşullar altında öldürdü?” sorusunun cevabı da aranmalıdır. Sanığın maktulü “ailesine küfrettiği için mi?” “zevk için mi?” “tasarlayarak mı?” ya da “kan gütme saikiyle mi?” öldürdüğünün belirlenmesi bu bağlamda önemlidir. Nitekim bu durumların tespitine bağlı olarak cezanın miktarı değişebilecektir. İlk halde haksız tahrikten cezanın indirilmesi söz konusu olabileceken, diğer hallerde nitelikli öldürmeden cezai sorumluluk ortaya çıkabilecektir.<sup>27</sup>

Bunun yanında ceza muhakemesinde sadece maddi sorunun çözülmüş olması yetmez. Aynı zamanda bu sorunun çözülmesinden sonra, failin işlediği

---

<sup>25</sup> Bu noktada yargılama sırasında fiilin veya fiilin hukuki niteliğinin değişmesi halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan KARAKEHYA, “Yargılama Sırasında Fiilin veya Fiilin Hukuki Niteliğinin Değişmesi,” **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.1121 vd.

<sup>26</sup> Maddi gerçek; uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin deliller vasıtasıyla ortaya konmuş halini ifade eder. Aynı yönde bkz. Andreas EICKER, **Die Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung im Strafprozess**, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2001, s.8

<sup>27</sup> Hakan KARAKEHYA, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek**, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.74 vd.

failin ceza normları karşısındaki durumunun da tespit edilmesi gerekir. Failin işlediği fiile hangi ceza hukuku kurallarının uygulanacağına ilişkin bu soruna da hukuki sorun denir. Örneğin A'nın B'yi kendisine küfrettiği için öldürdüğü tespit edilerek maddi sorun çözüldükten sonra, cezanın belirlenmesine ilişkin TCK m.61 ışığında, kasten öldürmeye ve haksız tahrike ilişkin kurallarla birlikte, ilgili diğer ceza hukuku kuralları fiile uygulanarak failin alacağı somut ceza tespit edilir ve neticede hukuki uyumsuzluk da çözülmüş olur. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bazen failin işlediği fiil tespit edildikten (maddi sorun çözüldükten) sonra, failin herhangi bir ceza normunu ihlal etmediğinin tespiti suretiyle de hukuki sorunun çözülmesi söz konusu olabilecektir.<sup>28</sup>

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki; C. Savcısı iddianamesinde hem uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiği (maddi gerçeğin ne olduğunu) hem de hukuki sorunun ne şekilde çözülmesi gerektiğini (hangi kanun maddelerinin fiile uygulanacağını) göstermelidir. İşte iddianamede anlatılan fiil, uyumsuzluk konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin ne olduğunu; uygulanması istenen kanun maddeleri de hukuki sorunun nasıl çözüleceğini gösterir.<sup>29</sup>

Mahkeme duruşmadan sonra gerçekleştireceği müzakerede, yukarıda açıkladığımız üzere gerek maddi soruna gerekse hukuki soruna ilişkin olarak cezaya etkili tüm hususları ele alacaktır.<sup>30</sup> Bu noktada ayrıca belirtmekte fayda vardır ki; mahkemenin vicdani kanaati sadece maddi soruna ilişkin olarak oluşur. Bir başka deyişle vicdani kanaat, uyumsuzluk konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğini tespit etmenin ölçütüdür. Hukuki sorun ise mevcut hukuk normları gözönünde bulundurulurken kurala göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu bağlamda vicdani kanaatin muhakemedeki kullanımı, hukuki sorunun çözümünü kapsamaz.

## 2. MÜZAKERENİN YÖNETİMİ VE MÜZAKEREYE KATILACAKLAR

### 2.1. Müzakerenin Yönetimi

Kanunkoyucu müzakere sırasında tartışmaları ve müzakere sürecini yönetecek bir kişinin belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatiyle, bu görevin kim tarafından yerine getirileceğini kanunen işaret etmiştir. CMK m.228/1'e göre; müzakereyi mahkeme başkanı yönetir. Bu bağlamda müzakerede ele

---

<sup>28</sup> Ceza muhakemesinde yargılama makamının önüne gelen uyumsuzluğun çözümünde, öncelikle sanığa isnat edilen failin suç olup olmadığı belirlenir. Fiil suç ise sanığın suçlu olup olmadığı, yani fiili onun gerçekleştirip gerçekleştirmediği, sanık suçlu ise onun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa da cezanın ne olacağını tespit edilir. TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.20

<sup>29</sup> Hans-Meyer LADEWIG, "Adil Yargılanma Hakkı-II," in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.95

<sup>30</sup> Werner BEULKE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg usw. 2012, s.339

alınacak konuların hangi sıra ele alınacağı belirlenmesi, tartışmaların yönetilmesi, tartışmaların sona erdirilerek oylamaya geçilmesi gibi idari işler mahkeme başkanı tarafından yerine getirilecektir.<sup>31</sup>

Bu noktada, duruşmayı olduğu gibi (CMK m.203/1) müzakereyi yönetme yetkisinin de mahkeme başkanına verilmesinin diğer üyeler üzerinde mahkeme başkanının hegemonyasına neden olup olmayacağı, en azından onu diğer eşitler arasında öne çıkartıp çıkartmayacağı sorusu akla gelebilir. Gerçekten de eğer böyle bir yetki mahkeme başkanına verilmese mahkemede kaotik bir durum mu oluşacaktır. Duruşmada tanık dinlenmesi, sorgu yapılması, diğer delillerle temas edilmesi vs. gibi işlemlerin düzenli yürütülmesi bakımından böyle bir görevlendirmenin yapılması anlaşılırdır. Ancak bu tür işlemlerden hiçbirinin söz konusu olmadığı müzakere, hâkimlik makamını işgal eden kimselerin bir yöneten olmadan düzen içerisinde hareket edemeyeceklerini sanmıyoruz. Bir başka ifade ile müzakereyi yönetecek bir isim belirlenirse de müzakere çoğu kez sağlıklı olarak ilerleyecektir. Ancak kanun bu belirlemeyi yapmasa bile heyetten birisi mutlaka ön plana çıkacak (bu da çoğu kez duruşmayı yöneten başkan olacaktır) ve fiilin müzakere yukarıda bahsettiğimiz idari işlemleri yapacaktır. Ancak kanunkoyucunun böyle bir belirleme yapmasına bağlı olarak, zaten duruşmayı idare etmesi sebebiyle ön planda olan başkanın, bu eşitler arasında birinci pozisyonunun daha da güçlendirildiğini ifade etmek gerekir.<sup>32</sup>

Bununla birlikte uygulamadan konuştuğumuz birçok hâkimin birbirine paralel olarak, toplu mahkeme olan ağır ceza mahkemelerinde, mahkeme başkanının baskın bir rolü olduğunu ifade ettikleri ve hükmün belirlenmesinde ciddi anlamda etkin olduklarını söyledikleri görülmektedir.

## 2.2. Müzakereye Katılacak Kimseler

Duruşmadan ayrı bir devre olan hüküm devresinin bir safhası olan müzakere, kural olarak gizli gerçekleştirilir.<sup>33</sup> Bu bağlamda müzakere sadece hükme katılacak hâkimler bulunur (CMK m.227/1).<sup>34</sup> Hükme katılacak hâkimlerden anlaşılması gereken ise hükmü verecek mahkemede görevli olan

---

<sup>31</sup> Bahri ÖZTÜRK, vd. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.625

<sup>32</sup> Erem'e göre, başkan kavramı ile adalet kavramı bir arada düşünülemez. Ancak idari kurulların başkanı olabilir. Başkan düşüncesi toplu yargılama usulünün isabetsizliğini gösterir. Faruk EREM, **Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Işın Yayınevi, Ankara 1986, s. 103

<sup>33</sup> Müzakere duruşmanın bir parçası değildir. Kaldı ki, bu süreçte duruşmadaki gibi aleniyet bulunmaz. Kural olarak müzakere süreci sadece kanunda öngörülen kişilerin katılımıyla gizli olarak gerçekleştirilir. Klaus VOLK – Armin ENGLAENDER, **GrundkursStPO**, Verlag C. H. Beck, München 2013, s.297

<sup>34</sup> ÖZTÜRK, vd., s.225

ve söz konusu yargılamada hâkimlik yapmasına engel bir hal bulunmayan hâkimlerdir. Bu bakımdan davaya bakmasına engel bir hal bulunan hâkim müzakereye de katılamaz.<sup>35</sup> **Duruşmanın bir celsede bitmemesi durumunda, daha sonraki celseye mazereti nedeniyle katılmayacak üyenin yerine geçmek ve müzakereye katılmak üzere yedek bir üye görevlendirilebilir (CMK m. 188/3).**<sup>36</sup> Bu düzenleme ile mahkeme üyeleri dışında kimsenin müzakereye katılmasına ve dolayısıyla kurulacak hükme etki etmesine izin verilmemiştir.

Bununla birlikte mesleği öğrenme sürecindeki bazı kimselerin staj sürecinin bir gereği olarak müzakere hazır bulunmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda *mahkeme başkanı, mahkemesinde<sup>37</sup> staj yapmakta olan<sup>38</sup> hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir (CMK m.227/2).* Ancak belirtmek gerekir ki, bu kişilerin hazır bulunmasına imkân tanınması müzakere sürecinde etkili olmaları anlamına gelmez. Bahsi geçen stajyerler mesleki öğrenme süreçlerinin bir gereği olarak müzakere sırasında sadece süreci izleme ve takip etme imkânına sahiptirler. Yoksa tartışmalara katılma ve cezai uyuşmazlıkla ilgili hususlarda görüş bildirebilme imkânları yoktur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, stajyerlerin müzakereye katılmalarına izin verilmesi zorunlu değildir. Bu konuda takdir yetkisi müzakerenin idaresinde olduğu gibi mahkeme başkanına bırakılmıştır. Dolayısıyla somut uyuşmazlığın özelliklerine göre mahkeme başkanı adayların müzakereye katılmalarına veya katılmamalarına karar verebilecektir.<sup>39</sup> Ancak toplu olarak “ben müzakerele stajyer almıyorum” yönünde toptancı bir anlayışla takdir yetkisini kullanamaz kanaatindeyiz. Evet, bazı hassas uyuşmazlıkların özel durumu gereği stajyerlerin müzakere hazır bulunmasına izin verilmeyebilir. Ancak toptancı bir yasak anlayışının, bu kimselerin öğrenme süreçlerine ciddi zarar vereceği ve müzakereye ilişkin staj tecrübesi bakımından eksik kalmalarına neden olacağı aşikârdır.

---

<sup>35</sup> Veli Özer ÖZBEK vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 775

<sup>36</sup> Doğan SOYASLAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 520

<sup>37</sup> Yurtcan’ın mahkemesinde sözcüğünün madde metninden çıkarılmasına ilişkin görüşüne biz de iştirak ediyoruz. Nitekim hâkimin mahkemesi olamaz; hâkim ancak bir mahkemede görevli olabilir. Erdener YURTCAN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1024

<sup>38</sup> Albayrak, şimdilik uygulaması olmamakla birlikte Türkiye’de yargının işleyiş ve uygulamasıyla ilgili olarak yurt dışından gelen ve Türk yargı sistemini öğrenmeye çalışan kişilerin de staj yapanlar kapsamında anlaşılması gerektiği görüşündedir. Staj, herhangi bir meslek edinecek olan kimsenin geçirdiği uygulamalı öğrenme dönemi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan söz konusu kimseleri staj yapanlar kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Mustafa ALBAYRAK, **Notlu Atfılı Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 368

<sup>39</sup> ÖZBEK, vd., s.774, 775



### 2.3. Müzakereye Katılacak Kimselerin Mahkeme Heyetiyle Sınırlı Tutulmasının Mahkemenin TarafsızlığıBakımından Önemi

CMK m.227/1 ışığında, kural olarak mahkeme heyeti dışındakilerin müzakereye katılmasına kanunen izin verilmemiştir. Bunun istisnasını ise stajyerlerin öğrenme süreçleriyle ilgili katılımları oluşturmaktadır (CMK m.227/2).Bu düzenlemelere ilişkin açıklamaları bir üst başlıkta yapmıştık. Kanun koyucu bu düzenlemelerle mahkeme heyetinin dış etkilerden uzak bir müzakere süreci sonunda hükmünü kurmasını teminat altına almak istemiştir. Nitekim uyuşmazlığı çözecek hükmü kurma yetkisi yalnızca mahkeme heyetine aittir. Kanunkoyucu hükmün oluşturulduğu muhakeme safhası olan müzakerede, mahkeme üyelerinden başka kimsenin hazır bulunmasına imkân tanımayarak, bu konuda ortaya çıkabilecek şaibeleri baştan engelleme yoluna gitmiştir.<sup>40</sup>

Müzakerede mahkeme heyeti dışında başka kimselerin bulunmasına da izin verilseydi; bu durum iki açıdan sakıncalı olurdu. Birincisi müzakerede hazır bulunacak kimselerin müzakere konuları tartışılırken müdahil olması ve mahkeme heyetini etkilemesi kabul edilebilir değildir. Taraflar zaten duruşma sırasında mahkemeyi etkilemek ve kendi görüşlerini mahkeme önünde ifade etmek bakımından gerekli imkânlar sahiptirler. Ancak hüküm oluşturulurken heyetin bu tür etkilerden uzak tutulması gerekir. İkinci olarak müzakerede hazır bulunanlar tartışma sürecine hiç katılmasalar ve etkileri olmasa bile, salt onların orada bulunması bile mahkemenin tarafsızlığını şaibeli hale getirebilir. Nitekim içeride neler yaşandığı, heyet dışından müzakereye katılanların hükme etki edip etmedikleri gibi hususlar gerek taraflarda gerekse kamuoyunda şüphe uyandıracaktır.

Bu bağlamda müzakerede mahkeme heyeti dışındaki kimselerin bulunmasına kural olarak izin verilmemesi adil yargılanma hakkıyla yakından ilişkilidir. Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/1. maddesi kapsamında sanığa tanınması gereken alt haklardan birisi de "tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı"dır. Tarafsızlık ise subjektif ve objektif tarafsızlık olarak ikiye ayrılır. Subjektif tarafsızlıkta mahkemenin gerçekten tarafsız hareket etmesi aranırken, objektif tarafsızlıkta ise mahkemenin kamuoyunda tarafsız bir yargı organı izlenimi bırakıp bırakmadığı dikkate alınır.<sup>41</sup>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM'nin) içtihatlarında defaatle vurguladığı üzere, "adaletin sadece gerçekleştirilmesi yetmez; aynı zamanda

---

<sup>40</sup> Aynı yönde, ŞAHİN-GÖKTÜRK, s. 172

<sup>41</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.183 vd.



*gerçekleştirildiğinin görülmesi de gerekir.*<sup>42</sup> Bu bağlamda müzakerede heyet dışından başkalarının hazır bulunması subjektif tarafsızlığı zedeleyebileceği gibi, böyle bir durum olmasa dahi objektif tarafsızlık ciddi anlamda zedelenecektir. Bir başka deyişle tarafların ve kamuoyunun nezdinde mahkemenin tarafsızlığı şaibeli hale gelebilecektir.

Bu noktada uygulamada bazen karşılaşılan bir sorun üzerinde de durmak gerekir. Bazı ağır ceza mahkemelerinde duruşmadan sonra müzakere yapılırken savcının duruşma salonundan çıkmadığı görülmekte, hatta bazen müzakereler sırasında görüş beyan etmek suretiyle tartışmalara katıldığı söylenmektedir. Yukarıda incelediğimiz düzenlemeler ışığında hukuken savcı müzakerelere katılmamalıdır.<sup>43</sup> Nitekim o yargılama makamının bir parçası değil; iddia makamını işgal eden bir taraftır. Ancak uygulamada bazı mahkemelerde savcının müzakereler sırasında dışarı çıkmadığı ve mahkeme heyetiyle bir arada bulunduğu görülmektedir. Bu durum en azından görüntü itibarıyla muhakemenin ve hükmün adilliğine gölge düşürmektedir. Durumdan rahatsız olan mahkeme başkanları, *“neticede aynı adliyede yüz yüze bakıyoruz. Hatta bazısıyla aynı dönem staj yapmışız, ailecek görüşüyoruz. Nasıl siz de dışarı çıkın diyeyim”* şeklinde mazeret sunmaktadırlar. Bazıları ise duruşma salonundan savcının ayrılmaması halinde, heyeti kendi odasına davet etmek suretiyle ve savcıyı duruşma salonunda yalnız bırakarak soruna bir çözüm bulduklarını ifade etmektedirler. Tarafsızlığın en önemli gereklerinden birisi, mahkeme makamı ile iddia makamının birbirinden net şekilde ayrılmasıdır. AİHM birçok kararında, iddia edenle karar verenin aynı olduğu veya yargılama makamının iddia makamı gibi davrandığı veyahut da iddia makamının yargılama makamının bir parçası gibi hareket ettiği cezai uyuşmazlıklar bakımından adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu bağlamda savcının müzakereler sırasında hazır bulunmasının geçerli bir mazereti olamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, savunma makamı müzakerede hazır bulunamazken iddia makamının hazır bulunmasına izin verilmesi, AİHS m.6/1'deki genel adil yargılanma ilkesinin gereği olan *“silahlarda eşitlik”* ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.<sup>44</sup>

### 3. MÜZAKERE USULÜ

Müzakerede cezaya etkili olan maddi ve hukuki soruna ilişkin herşey hakkında görüş alış verişinde bulunulur ve karşılıklı görüşler tartışılır. Usul bakımından tartışmayı yine mahkeme başkanı idare edecektir. Bu bağlamda

---

<sup>42</sup> Campell ve Fell / Birleşik Krallık; Robert ESSER, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002, s.400

<sup>43</sup> Şahin-Göktürk'e göre madde açıkça Cumhuriyet Savcılarının kararın müzakeresi sırasında hazır bulunmalarını yasaklamaktadır. ŞAHİN-GÖKTÜRK, s. 172

<sup>44</sup> Esser'e göre, silahlarda eşitlik ve çelişmeli muhakemeye ilişkin ilkeler, sözleşme organlarının genel ilkeden hareketle ortaya koydukları haklar içerisinde en önemlileridir. ESSER, s.401

üyelere eşit söz hakkı tanınmalıdır. Belirli bir husus tartışılırken yine etki altında kalma ihtimalini en aza indirmek bakımından oylamadaki usule bağlı kalınarak, öncelikle kıdemsiz üyenin, sonrasında kıdemli üyenin, en son da mahkeme başkanının tartışma konusuna ilişkin görüşünü açıklaması gerekir.<sup>45</sup> Bu arada tartışma sırasında heyet üyelerinin karşı görüş bildirme ve birbirlerini ikna etmelerine yönelik söz almalarına da imkân tanınmalıdır. Müzakere sadece karşılıklı görüşlerin açıklandığı ve sonra da oylamanın yapıldığı bir muhakeme süreci değildir. Bilakis daha sağlıklı hüküm kurulabilmesi bakımından heyet üyelerinin birbirlerinin görüşlerindeki tutarsızlıkları ortaya koymalarına ve diğer heyet üyelerini kendi görüşlerine ikna etmelerine imkân tanınmalıdır. Toplu mahkemeleri diğer mahkemelere nazaran daha güvenilir kılan temel husus, bu tartışma imkânı ve böylelikle doğrunun bulunabilmesi ihtimalinin daha güçlü ortaya çıkmasıdır.<sup>46</sup>

Bununla birlikte tartışmaların sonsuz şekilde sürüp gitmesi de söz konusu değildir. Cezaya etkili belirli bir hususu tartışan heyet, örneğin tasarlamanın olayda var olup olmadığı hususunda belirli bir süre tartıştıktan sonra, hala birbirlerini ikna edememişlerse bu durumda sonuç oylamaya geçilmek suretiyle belirlenir. Yani tartışma sırasında belirli bir noktada anlaşsalar da anlaşmasalar da mahkeme heyetinin tartışmayı bitirmesi gerekir. Bu bağlamda en azından “anlaşmamakta anlaşmaları” gerekir. *“Evet, biz bu konuyu tartıştık ama anlaşamıyoruz, birbirimizi ikna edemiyoruz; o zaman oylamaya geçelim”* demelidirler.

Her ne kadar müzakereyi yönetme yetkisi mahkeme başkanında ise de, bu aşamadaki tartışmaları sonlandırıp oylamaya geçilecek zamanı belirlemek bakımından anlaşmazlık çıkarsa bu durumu sorunu yöneten olarak başkanın değil; hükmü kuracak merci olarak mahkeme heyetinin çözmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim başkan sadece müzakereyi idare etmekle yetkilidir. Bu bağlamda örneğin iki üye belirli bir konuya ilişkin olarak bir süre daha tartışılması gerektiği kanaatindeyse ama mahkeme başkanı artık tartışmanın anlamsız olduğu ve oylamaya geçilmesi gerektiğini düşünüyorsa, bu durumda başkanın görüşüne göre değil; oylamaya geçilmesinin gerekip gerekmediği hususunda da oylama yapılarak heyetin kararıyla sorunun çözülmesi gerekir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere müzakerece cezaya etkili tüm hususların tartışılması gerekir. Örneğin maddi sorunun parçası olan suçun sanık tarafından işlenip işlenmediği hususu tartışılacağı gibi, yine maddi sorunun bir parçası olarak eylemden önce sanığın irade yeteneği üzerinde etkili haksız bir davranış gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, bu bağlamda sanık bakımından haksız tahrikin söz konusu olup olmadığı hususları da tartışılacaktır. Bunun

---

<sup>45</sup> ÖZBEK vd., s.775

<sup>46</sup> Sami SELÇUK, “Toplu Yargılamada Görüşme Kuralları ve Sonuçları,”*Yargıtay Dergisi*, 1990/16-3, s. 373

yanında suçu işlediğine kanaat getirilirse hukuki sorunun bir parçası olarak alt ve üst sınırlar arasında ne kadar ceza verileceği, haksız tahrik varsa cezada ne kadar indirim yapılacağı hususları da tartışmanın bir parçasını oluşturacaktır.<sup>47</sup>

Kararda kідemsiz üyeden başlamak üzere tüm üyelerin görüşlerine ayrı ayrı yer verilmeli ve kararın ne surette alındığı gösterilmelidir.<sup>48</sup> Yalnızca mahkeme başkanının ve üye hâkimlerden birinin görüşünün belli olduğu ve kararın oybirliğiyle mi oyçokluğuyla mı alındığının açıklanmadığı bir ağır ceza mahkemesi kararı müzakere ve oylama usulüne aykırı olması nedeniyle Yargıtay'ca bozulmuştur.<sup>49</sup>

#### 4. OY VERME VE KARAR YETER SAYISI

##### 4.1. Genel Olarak

Müzakere tamamlandıktan sonra oy verme işine geçilir.<sup>50</sup> *Mahkeme başkanı, kідemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyunu verir (CMK m.229/1)*. Kanunkoyucu kідemsiz üyenin kendinden daha kıdemli olanların oyundan etkilenmemesi için oy verme işlemine ondan başlanmasını öngörmüştür. Böylelikle başkan ve kıdemli üyenin görüşünü bilmeyen kідemsiz üyenin etki altında kalmadan oyunu kullanması umut edilmektedir. Bununla birlikte uygulamada fiili durum tespiti olarak, ağır ceza mahkemelerinde mahkeme başkanının diğer üyelere nazaran daha fazla ağırlığı olduğu ifade edilmektedir. Hatta oylama sırasında bazı başkanların oylanması gereken hususlarda öncelikle kendi fikrini söyleyip, sonrasında diğer üyelere *“hüküm bu yönde kurmamıza itirazı olan var mı?”* şeklinde sordukları, dolayısıyla uygulamada bazen kanunda öngörülen usulün dışına çıkıldığı ifade edilmektedir.<sup>51</sup> Ancak bu uygulamanın hukuka aykırı olduğunu

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. VOLK – ENGLAENDER, s.297

<sup>48</sup> ÖZTÜRK, vd., s.226

<sup>49</sup> Hüküm kurulduğu kısa kararda mahkeme başkanı ( 28306 sicil nolu ) eylemin TCY.nın 49 şartlarında, üye hakim ( 41845 sicil nolu ) eylemin TCY.nın 51/2. maddesi şartları içerisinde işlendiği yönünde görüş belirttiği, üye hakim ( 40330 sicil nolu )'in görüşünün belli olmadığı ve kararın oy çokluğu veya oybirliğine dayandığı açıklanmadığı anlaşılmalı;CYUY.nın 384. ve 385 maddeleri uyarınca tek tek kідemsiz üyeden başlamak üzere görüşlerin belirtilip hangi nedenle çoğunluğu sağlayan görüşe ulaşıldığı ve kararın oybirliği veya oyçokluğuna dayandığı açıkça karar yerinde gösterilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde çoğunluk görüşü belirlenmeden hüküm tesisi;..Yargıtay 1. CD'nin 26.05.2003 Tarih, 2003/1731 Esas ve 2003/1112 Karar sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1cd-2003-1731.htm> E. T: 10.11. 2016

<sup>50</sup> VOLK – ENGLAENDER, s.297

<sup>51</sup> Hatta adliye çevrelerinde, bazen mahkeme heyetinin cezanın bireyselleştirilmesi (TCK m.61) sırasında artırım ve indirim yapılırken işlemi sondan gerçekleştirdiği yönünde ifadeler de kullanılmaktadır. Bir başka ifadeyle mahkeme ilk önce vereceği sonuç cezaı belirlemekte, örneğin sanığa hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) uygulanmayacak şekilde 2 yıl 3 ay hapis cezası vereceğim demekte, sonrasında ise bu cezaı tutturacak şekilde

vurgulamak isteriz.

Belirli bir konuda (örneğin haksız tahrikin olup olmadığı konusunda) karar, oybirliğiyle alınabileceği gibi oy çokluğuyla da alınabilir (CMK m.224/1). *Karşı oya tutanakta yer verilir; gerekçesi de tutanakta gösterilir (CMK m.224/2).*<sup>52</sup>Ancak oyçokluğu ile alınan karara bağlı olarak ortaya çıkan hükmün birçok kez, gerek sanık gerekse de kamuoyu nezdinde kafalarda soru işareti oluşturacağı aşikârdır. Hele ki bu hüküm ağır bir ceza içermekteyse ve kanun yolu incelemesinde de oybirliği ile onanmışsa gerçekten durum daha da karmaşık hale gelmektedir. Sanık ve kamuoyundaki birçok kişiden “madem şüpheye mahal bırakmayacak şekilde suçluluk açık, o zaman neden bir hâkim suçsuzluğa kanaat getirdi” şeklinde itirazlar yükselecektir. Her ne kadar kanunkoyucu oy çokluğu ile karar verilmesine imkân tanımışsa da, uygulamada özellikle ağır ceza içeren uyuşmazlıkların oybirliği ile hükme bağlanmasına gayret edilmekte, bir ağır ceza mahkemesinde bir üyenin “göze batacak şekilde!” muhalif kalması halinde, başkan tarafından HSYK’ya “*biz bu arkadaşla uyum içerisinde çalışmıyoruz, değişse iyi olur*” şeklinde başvuruda bulunulduğu da görülmektedir.

Son olarak konuya ilişkin dikkat çeken ve yakın zamana kadar hukuk sistemimizde bulunan bazı düzenlemelere de burada yer vermek gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki; aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız üzere, dâhil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde hüküm kurulurken gerek oybirliği ile gerekse de oy çokluğu ile karar alınabilmektedir.<sup>53</sup>Ancak hüküm kurmak bakımından bu durum söz konusuysen, kanunkoyucumuz koruma tedbirleriyle ilgili bazı ara kararlar bakımından oybirliği ile karar alınması gerektiği yönünde düzenlemelere de CMK içerisinde yer vermişti. Bu tür düzenlemelere daha önce uygulamada karşılaşılan bazı kötüye kullanma ve keyfiliklere önlem getirmek bakımından ihtiyaç duyulduğunu anlamakla birlikte, bunların 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce sistem içerisinde ciddi bir tutarsızlık oluşturduğunu da ifade etmek isteriz.<sup>54</sup>Bu bağlamda taşınmaz hak ve alacaklara el koyma (CMK m.128), telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi (CMK

---

artırım ve indirim yapılmaktadır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu şekilde hareket eden mahkemeler varsa, hukuka aykırı hareket etmektedirler. Hakkın ve hukukun arandığı yerlerde, bu şekilde hukuka aykırı davranılması ise hiçbir şekilde kabul edilebilir değildir.

<sup>52</sup> ÖZBEK, vd., s.774. Müzakerede oylanacak olan sorunlar sonuç ve gerekçe ile ilgilidir. Yerine getirme bakımından sonucun daha önemli olması nedeniyle oylamaya sonuçtan başlanmalıdır. Sonuç bakımından çoğunluk aranmalı, çoğunluğun oluşmaması halinde Kanun’da öngörülen usul işletilmelidir. Gerekçenin farklılaşması halinde bu kararda gösterilebilir.YENİSEY-NUHOĞLU, s. 764

<sup>53</sup> KARAKEHYA, Maddi Gerçek, s.132 vd.

<sup>54</sup> ÖZBEK, vd., s.456

m.135), gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK m.139) ve teknik araçlarla izleme (CMK m.140)tedbirlerine karar verilebilmesi bakımından ağır ceza mahkemesinin oybirliği koşulu aranmaktaydı. Hatta oybirliği sağlanamazsa, bu kararlara itiraz halinde kanun yolu denetimini yapacak itiraz merciinin de tedbirin uygulanabilmesi için oybirliği ile karar alması gerekmektedir. Ancak bir hukuk sisteminde ağır ceza mahkemesi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına oy çokluğu ile karar verebiliyor, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın ilgili ceza daireleri de bu kararı oy çokluğu ile onayabiliyorken, bir tedbir bakımından gerek ilk kararı veren makam gerekse de kanun yolu incelemesini yapacak merci için oybirliği koşulu aranmasını hukuken gerekçelendirmek çok güçtü. Bu bağlamda bir tepki düzenlemesi olduğu açık olan söz konusu hükümler dolayısıyla oluşan tutarsızlığa, kanun değişikliği son verilmesini yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz.<sup>55</sup>

#### **4.2. Hüküm Kurulurken Sadece Oybirliğinin mi Yoksa Aynı Zamanda Oyçokluğunun da mı Dikkate Alınacağı Konusundaki Farklı Sistemler**

Hukuk sistemimiz hüküm kurarken belirli bir konuda oybirliği ile karar alınabileceği gibi oy çokluğu ile de karar alınmasını mümkün kılmıştır.<sup>56</sup>Bununla birlikte mahkemenin vicdani kanaatini oluştururken ve sonrasında hukuki sorunu çözerken sadece oybirliği ile mi yoksa aynı zamanda oy çokluğu ile de mi hareket etmesi gerektiği konusunda, farklı devletlerde farklı uygulamaların olduğunu da ifade etmek isteriz.

Bu bağlamda Locke'nin "ortak irade" ve Rousseau'nun "genel irade" konusundaki görüşleri modern ceza muhakemesinde hüküm kurarken oy birliği mi yoksa oy çokluğunun mu aranması gerektiği konusunda önemli etkiler ortaya çıkarmıştır. Locke'nin ortak irade görüşünün yansıması olarak; *geçmişte yaşanmış gözlenebilen bir olaya ilişkin olarak mutlak gerçeğe ulaşmak mümkün olmasa da, olayı yansıtan delillerle farklı özelliklerdeki kimselerin hayat tecrübeleri uyum halindeyse, mutlak gerçeğe yakınlıkta en yüksek ihtimal derecesine ulaşılmış olacaktır.*<sup>57</sup> Dolayısıyla bu uyumun oybirliği şeklinde ortaya çıkması aranmalıdır. Rousseau'nun "genel irade" teorisine göre ise; *insanlardan oluşan bir grup veya topluluğun genel iradesi, daima o grup veya topluluğun tamamının ve her bir parçasının korunmasına ve iyiliğine yöneliktir. Azınlıkta kalanlar ise iradesini genel irade ile uyumlaştırarak erdemli davranmalıdırlar. Çünkü azınlıkta kalan yanılmıştır.*<sup>58</sup> Bu bağlamda

---

<sup>55</sup> Aynı yönde eleştiriler için bkz. Yener ÜNVER-Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015,s.422

<sup>56</sup> ÖZTÜRK, vd., s.225

<sup>57</sup> FEYZİOĞLU-TANER, s.125 vd.

<sup>58</sup> *Genel irade toplumun genelinin çıkarını amaçlamakla birlikte her zaman "oybirliği"*

genel irade oybirliği ile oluşabileceği gibi oy çokluğu ile de sağlanabilecektir. Locke'nin görüşleri jüri esasına dayalı Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde önemli belirleyici olurken; Rousseau'nun görüşleri ise Kıta Avrupası hukuk sistemi yapılandırılırken etkili olmuştur. Bu bağlamda temelde bu iki sistemin özelliklerini kısaca özetlemekte fayda vardır.

Gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş devletlerde, maddi gerçeğe ulaşmada kullanılan temel yöntem çelişme yöntemidir ve uyumsuzluk konusu olay, karar merciinin vicdani kanaatine göre çözüme kavuşturulur. Ancak bu ortak hususlar dışında her iki sistem de farklı şekillerde yapılandırılmıştır. Anglo-Sakson sisteminde taraflar, uyumsuzluk konusu olaya ilişkin görüşlerini uyumsuzluk konusu olaya ilişkin anlatılanlar temelinde cezai sorumluluk açısından bir değerlendirme yapmak suretiyle karar merci olarak hareket edecek olan "jüri"ye sunar. Ayrıca Kıta Avrupası'ndaki anlayıştan farklı olarak, Anglo-Sakson sisteminde hâkimin mümkün olduğunca bir hakem pozisyonuna itilmesi söz konusudur.<sup>59</sup> Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise taraflar arasındaki çelişmeye imkân tanınmakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir "taraf" muhakemesine dönüştürmemektedir.<sup>60</sup> Dolayısıyla Kıta Avrupası hukuk sisteminde hâkim, maddi gerçeğe ulaşma amacıyla tarafların ikame ettiği deliller haricinde re'sen delil araştırması yapabilir ve tüm delilleri serbestçe değerlendirir.<sup>61</sup> Ayrıca uyumsuzluğu çözüme kavuşturmak bakımından karar merci de çoğu kez jüri değil; yargılamayı yöneten hâkim veya mahkeme heyetidir.<sup>62</sup>

Hukuk sistemimizin dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde uyumsuzluğu çözecek yargılama makamının toplu mahkeme olarak belirlendiği hallerde, yargılama makamı kural olarak oybirliği ile hükmünü kurabileceği gibi, bunu oy çokluğuyla da yapabilecektir. Dolayısıyla Rousseau'cu bir anlayışla, mahkeme heyetinde azınlıkta kalanın dikkate alınmadığı; diğer üyelerin oylarıyla oluşan genel iradenin doğru olduğu kabul edildiği görülmektedir. Bu durum

---

*biçiminde ortaya çıkmaz. Hatta genel iradenin Rousseau'da genellikle "çoğunluk iradesi" ile aynı olduğu sonucu çıkarılabilir. Nitekim Toplum Sözleşmesinde Rousseau, devletin olduğu ilk sözleşme dışında, çoğunluğun oyunun da geri kalanları her zaman bağlayacağını, bunun sözleşmenin bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Çünkü Rousseau'nun düşüncesinde genel iradenin tüm özellikleri çoğunluk iradesinde de bulunmaktadır. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, 2003/4, s.78 vd.*

<sup>59</sup> John H. LANGBEIN, *The Origins Of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, New York 2010, s.258

<sup>60</sup> Claus ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München 1998, s.116

<sup>61</sup> CENTEL – ZAFER, s.696

<sup>62</sup> CMK m.192 ve m.203'deki düzenlemelere göre; duruşmayı yönetme ve duruşma disiplinini sağlama görev ve yetkisi, toplu mahkemelerde mahkeme başkanına, tek hâkimli mahkemelerde ise hâkime aittir.

sadece ilk derece yargılamaları bakımından da geçerli değildir. Hükme karşı gerçekleştirilen kanun yolu incelemelerinde de, inceleme merci oy çokluğu ile verilen bir hükmü yine oy çokluğu ile onaylayabilecektir.

Buna karşın Anglo-Sakson hukuk sistemindeki ceza yargılaması ise Locke'ci bir bakış açısıyla yapılandırılmıştır. Özellikle Amerikan uygulamasında jüriler halkın farklı sınıflarından farklı özelliklere sahip kişilerden oluşturulmaktadır. Ayrıca ceza davalarında jürilerin hem beraat hem de mahkûmiyet hükümlerini oybirliği ile verme zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>63</sup> Dolayısıyla "genel irade" yeterli görülmemekte "ortak irade"nin oluşturulmasına gayret edilmektedir. Vicdani kanaatin kararda etkisi bulunacak tüm kişilerin ortak kanaatiyle oluşması aranmaktadır. Nitekim belirli verilerden belirli sonuçlara şüpheye mahal kalmayacak şekilde ulaşılmaması rasyonel ise, her ortalama insanın aynı sonuca ulaşması gerekir.<sup>64</sup> Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, oy çokluğuyla karar verilebilen ceza adaleti sistemlerinde toplu mahkemelerin 3-5 gibi tek rakamlı üye sayısı teşekkül etmeleri esas kabul edilmiştir. Nitekim bu durumda oyların eşit dağılması gibi bir sorun oluşmayacak, bir görüş muhakkak çoğunluğa sahip olacaktır. Ancak jüri sistemi gibi oybirliği esasına dayanan ceza adaleti sistemlerinde böyle bir problem yoktur. Nitekim bu sistemlerdeki toplu mahkemelerde hâkim sayısı kaç olursa olsun, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için oybirliğinin sağlanması zorunludur. Bu nedenle genelde jüri sistemlerinde İsa peygamberin 12 havarisinden kaynaklı olarak, jürinin 12 üyesinin bulunması kabul edilmiştir. Tarihsel süreçte jüriler Tanrı adına adaleti sağlama amacıyla ortaya çıkmışlardır.<sup>65</sup>

### **4.3. Bir Önceki Oylamada Azınlıkta Kalan Üyenin Sonraki Oylamalara Katılmaktan Çekinmemesi**

Maddi veya hukuki soruna ilişkin karar verilirken, *mahkeme başkan ve üyelerinden hiçbirisi herhangi bir konu veya sorun üzerinde azınlıkta kaldığını ileri sürerek oylamaya katılmaktan çekinemez (CMK m.229/2)*. Bu bağlamda örneğin başkan sanığın suçluluğunu gösteren yeterli delil olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyken diğer iki üye sanığın suçu işlediği için mahkûm edilmesi gerektiği kanaatindeyse, oylama sonunda oy çokluğu ile sanığın suçu işlediğine ve mahkûm edilmesine karar verilmiş olacaktır. Bu oylamadan sonra TCK m.61 gereğince sanığa temel ceza olarak hangi cezanın verileceği hususu oylanırken, başkan, *"ben beraat etmesi gerektiği kanaatindeyim, o nedenle temel cezanın miktarına ilişkin oy kullanmıyorum. Cezayı siz belirleyin"* diyemez. Nitekim o husus oylanmış ve sanık

---

<sup>63</sup> FEYZİOĞLU-TANER, s.129

<sup>64</sup> KARAKEHYA, Maddi Gerçek, s.133

<sup>65</sup> FEYZİOĞLU-TANER, s.34



oy çokluğu ile suçlu bulunmuştur. Bu aşamadan sonra yeni aşamaya geçilmiş ve yeni bir husus için oylama başlamıştır. **Bu nedenle hiçbir hâkim, daha önce azınlıkta kaldığı, oyunun hükmü etkilemeyeceği gerekçesiyle oy vermekten çekinemez.**<sup>66</sup> Yine bir başka örnek vermek gerekirse; mahkeme üyelerinden biri yargılama konusu olayın yeterince aydınlanmadığı ve soruşturmanın genişletilmesi gerektiği düşüncesindeyse öncelikle bu husus oylanacaktır. Söz konusu üyenin görüşü kabul edilmediği takdirde esasa girilecek,<sup>67</sup> üye azınlıkta kaldığı gerekçesiyle oy kullanmaktan kaçınamayacaktır.<sup>68</sup> Ancak söz konusu üye olayın yeterince aydınlanmadığı kanaatinde ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanığın beraati yönünde oy kullanabilecektir.<sup>69</sup>

Bu bakımdan suçun oluşmadığı ve sanığın beraat etmesi yönünde oy kullanan üyelerin, mahkûmiyet yönünden oy kullanmak zorunda olmasının vicdan özgürlüğüne ve hukuk mantığına ters düştüğüne, bu nedenle suç vasfıyla ilgili görüş bildirmelerinin ve oy kullanmalarının imkansız olduğuna ilişkin olarak CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına kanuni düzenleme karşısında katılmak mümkün görünmemektedir.<sup>70</sup> Aksi halde, Ceza Genel Kurulu kararında olduğu gibi oyların

<sup>66</sup> SOYASLAN, s. 520

<sup>67</sup> Kunter'e göre soruşturmanın genişletilmesine gerek görmeyen üyeler aynı sonuçta birleşmelidirler. Soruşturmanın yeterli olduğu görüşündeki üyeler sonuç bakımından aynı görüşte değil iseler, soruşturma genişletilmelidir. Çünkü soruşturma genişletilmeksizin verilecek karar yarı karanlıkta el yordamı ile verilmiş bir karar olacaktır. Bu konuda bkz. KUNTER, s. 363. **Yenisey-Nuhoğlu'na göre de soruşturmanın genişletilmesine ihtiyaç duymayanların çoğunlukta sayılmaları için sonuç bakımından aynı görüşte olmaları lazımdır. Soruşturmanın genişletilmemesi yönünde oy kullanan üyelerin sonuç bakımından aynı görüşte olmaması durumunda, soruşturma genişletilerek gerekli işlemler yapıldıktan sonra oylamaya geçilmelidir. Bu konuda bkz. YENİSEY-NUHOĞLU, s. 764 vd.** Bizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Soruşturmanın genişletilmesine gerek olmamasına rağmen hâkimler arasında görüş ayrılığı doğmuş olabilir. Görüş ayrılığının olduğu her durumda eksik soruşturma vardır denemez.

<sup>68</sup> Ceza Genel Kurulunun süreklilik gösteren kararlarında da açıklandığı üzere, soruşturmanın genişletilmesi CMK'nın 229/2. maddesinde yazılı sorunlardan olup bu yöndeki oylar, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca kendisine yakın olan oya ilâve edilebilecek, davayı sonuçlandırıcı oylardan değildir. Bu nedenle soruşturmanın genişletilmesine ilişkin görüş, "ön sorun" olarak öncelikle oylanmalı, oylama sonucunda bu konudaki oylar azınlıkta kalmış ise, azınlık oyunu oluşturan üyelerin de katılımı ile davanın esası hakkında nihai(sonuçlandırıcı) oylama yapılmalıdır.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.11.2015 Tarih, 2014/766 Esas ve 2015/372 Karar sayılı kararı. <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServletE.T: 13.11.2016>. Aynı yönde; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.04.2006 Tarih ve 2006/7-187 Esas ve 2006/179 Karar sayılı kararı. <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServletE.T: 17.11.2016>

<sup>69</sup> Osman YAŞAR, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu C: III**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 3023

<sup>70</sup> "...Yukarıda açıklandığı üzere mesele ( sorun ) sonuç kararın verilmesinden önce çözümlenen, karara varılması ve olayın hangi hukuki tipe uygun olduğunun tespiti gibi



dağıldığı durumlarda çoğunluk sağlanamayacak ve sorun çözülemeyecektir. Oy vermek hâkim için bir ödevdir.<sup>71</sup>

Bu noktada belirtmek gerekir ki; sanığın oy çokluğu ile suçlu bulunması halinde, temel cezanın belirlenmesi sırasında, sanığın suçsuz olduğunu söyleyen üye diğer üyelerin söylediğinden daha fazla ceza verilmesi gerektiği yönünde de oy kullanabilir. Örneğin 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçun sanığı bakımından, başkanın ve kıdemsiz üyesinin sanığın suçlu olduğu, kıdemli üyenin ise suçsuz olduğu yönünde oy kullanması mümkündür. Bu durumda sanık oyçokluğu ile suçlu bulunmuş olacaktır. Daha sonra temel ceza belirlenirken başkan 3 yıl kıdemsiz üye 4 yıl olarak temel ceza belirlenmesi yönünde oy kullanırken, kıdemli üyenin 9 yıl temel ceza belirlenmesi yönünde oy kullanması da mümkündür. Nitekim sanığın suçsuz olduğunu düşünen kıdemli üyenin, “eğer suçluluğu kabul edersek, bu koşullarda suç işleyen bir kimseye en az 9 yıl hapis cezası vermek gerekir” şeklinde bir kanaate sahip olması, kendi içinde tutarlıdır.

Toplu mahkemelere yönelik olarak zorunlu oylamanın adalete ulaştırmadığı yönünde bir eleştiri yapılmaktadır. Buna göre, oylama adalete ulaşma yollarından olamaz. Aşağıda da göreceğimiz gibi özellikle oyların dağılması durumunda, oy çokluğuna ulaşmak amacıyla izlenen usulün yapay bir yol olduğu, gerçek bir oy çokluğu sağlanmadığı, bu nedenle toplu yargılama ve oylama yönteminin terk edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>72</sup>Hâkimlerin oy

---

öncelikle halledilmesi gereken hususlardır. Hüküm ( son karar ) ise, dava konusu olayın hukuk normları karşısındaki kesin durumunun tespiti, bu suretle uyumsuzluk ve davanın sonuçlandırılmasıdır. Hüküm, hüküm yapan, mevcut meseleyi çözmesi ve nihai sonuç unsuru olmasıdır. Tüm meseleler çözümlenip, müzakere sona erdikten ve karar verilebilecek hale geldikten sonra yapılan oylamada, sübutun var olup olmadığı konusunda ayrık oy kullanılması “mesele” olarak nitelendirilemez. Bu nedenle çoğunluğun, sübutun varlığını kabul etmeleri üzerine, suçun oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği görüşüyle karşı oy kullanan üyelerin, suç vasfıyla ilgili görüş bildirmeleri ve oy kullanmaları olanaksızdır. Aksi görüş, vicdanen ve hukuken suç işlemediği kanısına ulaştığı kişi hakkında beraet oyuna açıkladıktan sonra bu konuda azınlıkta kaldığı için bu kere mahkumiyet yönünden ve ( suç niteliğiyle ) ilgili oy kullanmasını zorunlu görmek hakim vicdani kanı özgürlüğüne, mantığa, hukuk mantığına ters düşer. Kaldı ki CMUY.nın 385. maddesinde “oyların dağılması halinde sanığın en ziyade aleyhine olan oyun, çoğunluk sağlanana kadar kendisine yakın oya ilave edileceği” hükme bağlanmıştır. Sübut yok ( beraet ) oyu, nihai olan; sanığın en lehine oydur. Sübut olmadığı görüşünde olan bir üyenin, çoğunluğun sübutu kabul etmesi üzerine suç vasfına ilişkin oy kullanması ve satın belirlenmesine katılması gerektiğini savunmak, 385. maddenin öngördüğü en lehe oy’un bertaraf edilmesi sonucunu doğurur ki buna hukuken imkan görülemez...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16.03.1992 Tarih, 1992/5-14 Esas ve 1992/81 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-1992-5-14.htm> E.T: 10.11.2016

<sup>71</sup> YURTCAN, s. 1025

<sup>72</sup> EREM, s. 104

verme zorunluluğunun bulunması ve çoğunluğun sağlanamaması durumunda böyle bir usulün izleniyor olmasının nedeni yargılama makamının önüne gelen uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak zorunda olmasıdır.<sup>73</sup>Toplu mahkemelerde müzakere sürecinin bir gereği olarak, birden fazla hâkim görüşlerini paylaşmakta ve hüküm bir eleştiri süzgecinden geçerek ortaya çıkmaktadır. Müzakere sürecinin yargılama bakımından önemi de bundan ileri gelir. Bu nedenlerle toplu yargılama usulünün tek hâkimli yargılamadan daha teminatlı olduğu kanaatindeyiz.

## 5. OYLARIN DAĞILMASI HALİNDE HÜKMÜN BELİRLENMESİ

Oylama sonucunda, bazen oyların dağılması söz konusu olabilir. Kanunkoyucu oyların dağılması durumunda ne şekilde hareket edileceğini de hükme bağlamıştır. Buna göre; hükme ilişkin müzakere sonrasında, belirli bir husus karara bağlanırken *oylar dağılırsa sanığın en çok aleyhine olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine daha yakın olan oya eklenir (CMK m.229/3)*. Burada en aleyhe olan oyun çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine yakın olan oya eklenmesinden maksat, eklendiği oy gibi kabul edilmesidir.<sup>74</sup> Bu şekilde mutlak çoğunluğun sağlanması, hüküm kurulması bakımından zorunludur.<sup>75</sup>Yoksa ağır ceza mahkemesindeki her bir üyenin oyunda yer alan cezaların toplanarak üçe bölünmesi şeklinde bir uygulamayla hüküm kurulması söz konusu değildir.

Bu bağlamda örneğin sanığa (2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suçtan dolayı) verilecek temel ceza belirlenirken başkan 2 yıl verilmesi gerektiği, kıdemli üye 3 yıl verilmesi gerektiği, kıdemsiz üye ise 7 yıl verilmesi gerektiği kanaatinde olabilir. Bu durumda oylar dağılmıştır. Oylamaya ilişkin kural gereği en aleyhe olan 7 yıl çoğunluk sağlanıncaya kadar kendisine en yakın olan oya eklenir, yani kendine en yakın olan oy gibi kabul edilir. Dolayısıyla 7 yıl da 3 yıla eklenip, 3 yıl olarak kabul edildiğinde, oylama sonunda bir tane

---

<sup>73</sup> KUNTER, 360; SELÇUK, s. 376; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 764

<sup>74</sup> Dairece yapılan inceleme tamamlandıktan sonra oy verme işlemine geçilmiş ve üyeler ...ve ... sanığa yüklenen eylemin TCK'nın 157/1. maddesine uygun basit dolandırıcılık suçunu oluşturduğu, üyeler ...ve ... ise eylemin TCK'nın 158/1-c. maddesine uygun nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu, Başkan vekili ...ise suçun sübuta ermediği yönünde oy kullanmışlardır. Bu şekilde yapılan oylama sonucunda tüm oyların nihai-sonlandırıcı nitelikte olduğu ve çoğunluk sağlanamayıp oyların dağıldığı görülmüştür. CMK'nın 229/son maddesi gereğince oyların toplanmasına geçmeden önce oybirliğiyle sanığın en çok aleyhine oy olarak eylemin TCK'nın 158/1-c. maddesine uygun olduğuna dair oy belirlenmiş ve üyeler ...ve ...'in bu doğrultudaki oyları eylemin TCK'nın 157/1. maddesine uygun olduğuna dair diğer iki oya eklenmek suretiyle çoğunluk sağlanarak oylama işlemi tamamlanmıştır. Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 06.10.2015 Tarih, 2015/2938 Esas ve 2015/4772 Karar sayılı kararı <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb/GelismisDokumanAraServletE.T: 14.11.2016>

<sup>75</sup> BEULKE, s.339

2 yıl, iki tane de 3 yıl ceza verilmesine ilişkin oy kullanılmış gibi olur. İki tane 3 yıl, oylamada 2/3 çoğunluğu sağladığından dolayı da, sanığa temel ceza olarak verilecek miktar 3 yıl hapis cezası şeklinde belirlenir.<sup>76</sup>

## SONUÇ

Hüküm, mahkemenin cezai uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği son kararı ifade eder. Bu bağlamda hüküm, uyuşmazlığı çözen, davanın esasını halleden, ceza davasını ve dolayısıyla ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır. CMK m.223/1'in düzenlemesine göre; *beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi* kararları hükümdür.

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra, toplu mahkemelerde duruşmaya katılmış olan hâkimler, aralarında delilleri tartışmak ve oy vermek üzere duruşma salonundan çekilirler. Bazen basit işlerde, duruşma salonundan çekilmeden, aralarında konuşarak da hükmü oluşturmaları mümkündür. Müzakere, toplu mahkemelerde, mahkeme heyetinin ortak bir hüküm oluşturabilmek amacıyla karşılıklı görüş alışverişinde bulunduğu ve yerine göre tartıştığı muhakeme sürecini ifade eder. Burada gerçekleştirilen faaliyet sonucu mahkeme heyeti ortak bir kanaat oluşturarak uyuşmazlık konusu olayı çözüme kavuşturacaktır. Müzakerede gerek maddi sorun gerekse de hukuki soruna ilişkin olarak cezaya etkili tüm hususlar tek tek ele alınır.

Kanunkoyucu müzakere sırasındaki tartışmaları ve müzakere sürecini yönetecek bir kişinin belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatiyle, bu görevin kim tarafından yerine getirileceğine işaret etmiştir. CMK m.228/1'e göre; müzakereyi mahkeme başkanı yönetir. Bu bağlamda müzakerede konuların hangi sıra ele alınacağı belirlenmesi, tartışmaların yönetilmesi, tartışmaların sona erdirilerek oylamaya geçilmesi gibi idari işler mahkeme başkanı tarafından yerine getirilecektir.

Müzakerede sadece hükme katılacak hâkimler bulunur (CMK m.227/1). Bu düzenleme ile mahkeme üyeleri dışında kimsenin müzakereye katılmasına ve dolayısıyla kurulacak hükme etki etmesine izin verilmemiştir. Nitekim hükmü kuracak olan hâkimlerden başkasının müzakere süreci sonunda oluşturulacak hükme etki etmesi istenmemiştir. Bununla birlikte mesleği öğrenme sürecindeki bazı kimselerin staj sürecinin bir gereği olarak müzakerede hazır bulunmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda *mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir (CMK m.227/2)*. Uygulamada bazı ağır ceza mahkemelerinde duruşmadan sonra müzakere yapılırken

---

<sup>76</sup> KARAKEHYA, Ceza Muhakemesi, s.557

savcının duruşma salonundan çıkmadığı görülmekte, hatta bazen müzakereler sırasında görüş beyan etmek suretiyle tartışmalara katıldığı söylenmektedir. Yukarıda incelediğimiz düzenlemeler ışığında hukuken savcı müzakerelere katılmamalıdır. Nitekim o yargılama makamının bir parçası değil; iddia makamını işgal eden bir taraftır. AİHM birçok kararında, iddia edenle karar verenin aynı olduğu veya yargılama makamının iddia makamı gibi davrandığı veyahut da iddia makamının yargılama makamının bir parçası gibi hareket ettiği cezai uyuşmazlıklar bakımından adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu bağlamda savcının müzakereler sırasında hazır bulunmasının geçerli bir mazereti olamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, savunma makamı müzakerede hazır bulunamazken iddia makamının hazır bulunmasına izin verilmesi, AİHS m.6/1'deki genel adil yargılanma ilkesinin gereği olan "silahlarda eşitlik" ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Müzakerede cezaya etkili olan maddi ve hukuki soruna ilişkin her şey hakkında görüş alış verişinde bulunulur ve karşılıklı görüşler tartışılır. Usul bakımından tartışmayı yine mahkeme başkanı idare eder. Bu bağlamda üyelere eşit söz hakkı tanınmalıdır. Belirli bir husus tartışılırken yine etki altında kalma ihtimalini en aza indirmek bakımından oylamadaki usule bağlı kalınarak, öncelikle kıdemsiz üyenin, sonrasında kıdemli üyenin, en son da mahkeme başkanının tartışma konusuna ilişkin görüşünü açıklaması gerekir. Bu arada tartışma sırasında heyet üyelerinin karşı görüş bildirme ve birbirlerini ikna etmelerine yönelik söz almalarına da imkân tanınmalıdır. Bununla birlikte tartışmaların sonsuz şekilde sürüp gitmesi de söz konusu değildir. Cezaya etkili belirli bir hususu tartışan heyet, örneğin tasarlamanın olayda var olup olmadığı hususunda belirli bir süre tartıştıktan sonra, hala birbirilerini ikna edememişlerse; bu durumda sonuç oylamaya geçilmek suretiyle belirlenir.

Müzakere tamamlandıktan sonra oy verme işine geçilir. *Mahkeme başkanı, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyunu verir (CMK m.229/1)*. Kanunkoyucu kıdemsiz üyenin kendinden daha kıdemli olanların oyundan etkilenmemesi için oy verme işlemine ondan başlanmasını öngörmüştür. Belirli bir konuda karar, oybirliğiyle alınabileceği gibi oy çokluğuyla da alınabilir (CMK m.224/1). *Karşı oya tutanakta yer verilir; gerekçesi de tutanakta gösterilir (CMK m.224/2)*.

Hukuk sistemimiz hüküm kurarken belirli bir konuda oybirliği ile karar alınabileceği gibi oy çokluğu ile de karar alınmasını mümkün kılmıştır. Bununla birlikte mahkemenin vicdani kanaatini oluştururken ve sonrasında hukuki sorunu çözerken sadece oybirliği ile mi yoksa aynı zamanda oy çokluğu ile de mi hareket etmesi gerektiği konusunda, farklı devletlerde farklı uygulamalar da bulunmaktadır.

Maddi veya hukuki soruna ilişkin karar verilirken, *mahkeme başkan ve üyelerinden hiçbiri herhangi bir konu veya sorun üzerinde azınlıkta kaldığını ileri sürerek oylamaya katılmaktan çekinemez (CMK m.229/2)*. Bu noktada belirtmek gerekir ki; sanığın oy çokluğu ile suçlu bulunması halinde, temel cezanın belirlenmesi sırasında, sanığın suçsuz olduğunu söyleyen üyenin diğer üyelerin söylediğinden daha fazla ceza verilmesi gerektiği yönünde de oy kullanılabilir.

Oylama sonucunda oyların dağılması söz konusu olabilir. Kanunkoyucu oyların dağılması durumunda ne şekilde hareket edileceğini de hükme bağlamıştır. Buna göre; hükme ilişkin müzakere sonrasında, belirli bir husus karara bağlanırken *oylar dağılırsa sanığın en çok aleyhine olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine daha yakın olan oya eklenir (CMK m.229/3)*. Burada en aleyhine olan oyun çoğunluk meydana gelinceye kadar kendisine yakın olan oya eklenmesinden maksat, eklendiği oy gibi kabul edilmesidir.

\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**ALBAYRAK, Mustafa.** Notlu Atıflı Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu (Öz Kitap), Adalet Yayınevi, Ankara 2012

**BALCI, Murat.** "Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Türk Ceza Kanununda Kabul Edilen Suç Teorisi," Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 74, 2012

**BEULKE, Werner.** Strafprozessrecht, C.F. Müller, Heidelbergusw. 2012

**BOGGS, Danny J.** "The Right to Fair Trial", University of Chicago Legal Forum, 1998

**BORAN GÜNEYSU, Nilüfer.** Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

**CENTEL, Nur-Hamide ZAFER.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2016

**ÇATALOLUK, Gökçe.** "Muhakeme, Müzakere, Mutabakat: Söylem Kuramı ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uygulanabilirliği," Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008

**ÇINAR, Ali Rıza.** "Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi," Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009

**EICKER, Andreas.** Die Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung im Strafprozess, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2001

**EREM, Faruk.** Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınevi, Ankara 1986

**ESSER, Robert.** Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002

**FEYZİOĞLU, Metin-Fahri Gökçen TANER.** Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İslık Yayınevi, İstanbul 2015

**HAKYEMEZ, Yusuf Şevki.** “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, 2003/4

**İNCEOĞLU, Sibel.** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002

**KARAKEHYA, Hakan.** “Yargılama Sırasında Fiilin veya Fiilin Hukuki Niteliğinin Değişmesi,” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2014

**KARAKEHYA, Hakan.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2016

**KARAKEHYA, Hakan.** Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek, Savaş Yayınevi, Ankara 2016

**KOCA, Mahmut - İlhan ÜZÜLMEZ.** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

**KUNTER, Nurullah.** “Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu,” Yargıtay Dergisi, 1983/9-3

**KUNTER, Nurullah-Feridun YENİSEY.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2000

**LADEWİG, Hans-Meyer.** “Adil Yargılanma Hakkı-II,” in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

**LANGBEIN, John H.** The Origins Of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, New York 2010

**ÖZBEK, Veli Özer - Koray DOĞAN- Pınar BACAKSIZ- İlker Tepe.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

**ÖZGENÇ, İzzet.** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015

**ÖZTÜRK, Bahri – Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM – Özge SIRMA GEZER – Yasemin F. SAYGILAR KIRIT – Özlem ÖZAYDIN – Esra ALAN AKCAN – Efser ERDEN TÜTÜNCÜ.** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

**ROBERSON, Cliff - Harvey WALLACE - Gilbert B. STUCKEY.** Procedures in the Justice System, 10. Edition, Pearson Education Inc. USA 2013

**ROXIN, Claus.** Strafverfahrensrecht, C.H. Beck, München 1998

**SELÇUK, Sami.** “Toplu Yargılamada Görüşme Kuralları ve Sonuçları,” Yargıtay Dergisi, 1990/16-3

**SOYASLAN, Doğan.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016

**ŞAHİN, Cumhur -Neslihan GÖKTÜRK.** Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015

**TOROSLU, Nevzat-Metin FEYZİOĞLU.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015

**ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015

**VOLK, Klaus – Armin ENGLAENDER.** Grundkurs StPO, Verlag C. H. Beck, München 2013

**YAŞAR, Osman.** Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. III, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011

**YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe.** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015

**YURTCAN, Erdener.** Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

**ZAFER, Hamide.** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2016

\*\*\*\*

#### İNTERNET KAYNAKLARI

<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasilstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>





# KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA BİRLEŞİK KRALLIK (İNGİLTERE) HUKUKUNDA BİLİŞİM SUÇLARI MEVZUATI VE UYGULAMASI

*The Cybercrime Law and Its Practice in United Kingdom Within the Context of  
Comperative Law*

**Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 02.02.2017

Kabul Tarihi: 24.05.2017

## ÖZET

Bu makalenin konusunu karşılaştırmalı hukuk bağlamında Birleşik Krallık (İngiltere) hukukunda bilişim suçlarına ilişkin mevzuat ve bunun uygulanması oluşturmaktadır. Bu amaçla Birleşik Krallık'ta bu alanı düzenleyen temel yasalar ve bu yasalarda yer alan suç tipleri incelenmiştir. Bunun yanı sıra uygulamayı göstermek için belli bazı davalardaki savcılığın suçlaması, savunma avukatlarının savunmaları ve yargı makamlarının verdiği kararlar incelenmiştir. Bu alanda Birleşik Krallık hukukunun seçilmesinin öne çıkan nedenleri bu ülkede bilişim suçlarının sıklıkla işlenmesi ve uluslararası boyutunun olması, günlük yaşamın ve iş yaşamının büyük ölçüde bilişim sistemlerine bağlı olması ve devlet olarak bu suçlarla mücadelenin bir politika olarak seçilmesidir. Mevzuat ve uygulamadan örnekler verilirken, Anglo Amerikan hukuk sisteminin önemli bir üyesi olan Birleşik Devletler'in mevzuatı ve mahkeme kararlarına da yer verilmiştir. Sonuç olarak hem Anglo Amerikan sisteminin hem de Avrupa Konseyi'nin bir üyesi olarak bu sisteme dahil olan Birleşik Krallık'ın bilişim suçlarına ilişkin rejimi incelenerek, bu açıdan ülkemizle arada bir köprü kurulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Anglo Amerikan hukuk sistemi, Birleşik Krallık (İngiltere) hukuku, bilişim suçları, bilgisayarların kötüye kullanılması, yetkisiz erişim.

## ABSTRACT

The subject of this article is the computer crime legislations and practice in United Kingdom in respect of comperative law. In this respect, the essential statuaries United Kingdom and the related offences are examined. Also the accusative arguments of prosecutors, the defence arguments of defendand's attorneys and the court decisions for certain cases are also cited in order to explain the practice in field. The reasons of choosing the United Kingdom law are, the frequency and international nature of this kind of offences in UK, the dependency of the daily and business life on ICT systems, and existence of a Governmental policy to tackle this kind of offences in UK. When examining computer crimes legislations and practice, also legislations and court decisions of the U.S which is an important member of common law system are discussed. Consequently, the regime against the computer crimes in UK, which is both a member of the common law system and a member of Council of Europe, is examined, an in this way it is aimed to establish a law bridge (liason) beetwen UK's and Turkey's computer crimes and practices.

**Keywords:** Anglo American law system, common law system, the law of United Kingdom (English), cybercrimes, computer misuse, unauthorized access.

<sup>1</sup> İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Bilişim Hukuku Öğretim Üyesi, mvdulger@medipol.edu.tr

## GİRİŞ

### I. NEDEN BİRLEŞİK KRALLIK HUKUKU?

Aslında bu sorunun yanıtı oldukça basit: Bilgisayarın ve bilişim sistemlerinin ilk çıktığı yer Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Birleşik Krallık (United Kingdom /UK); dolayısıyla bilişim hukukuna ilişkin ilk sorunların çıktığı, ilk hukuki düzenlemelerin yapıldığı, ilk soruşturmaların yapıldığı ve ilk mahkeme kararlarının verildiği ülkeler de bunlar. Benim de makalenin yazarı olarak hâkim olduğum yabancı dil İngilizce olduğu için öncelikle bu iki ülkenin hukuklarını incelemeyi tercih ettim. Özellikle Birleşik Krallık'ı seçmemin nedeni ise bir yandan bizim yabancısı olduğumuz Anglo Amerikan hukuk sistemine ait ve hatta onun kaynağı olmasına rağmen, öte yandan Avrupa Konseyi'ne ve çıkmak üzere olsa da Avrupa Birliği'ne üye olması, bunun sonucunda da bu örgütlerin yarattığı hukuk düzenlerini iç hukukunun bir parçası haline getirmiş olmasıdır. Türkiye ise bunlardan sırasıyla birine taraf diğerine aday ülke olmakla, bu anlamda bir şekilde Birleşik Krallık ile paydaştır. Dolayısıyla Türk hukuku ile farklılıklarının yanı sıra elverişli bir karşılaştırma yapabilmek amacıyla Birleşik Krallık sistemini incelemeyi tercih ettim.

Benzer çalışmalarda sıklıkla İngiltere ifadesinin anılmasına rağmen bu çalışmada Birleşik Krallık ifadesini seçmemin de bir nedeni var. Aslında İngilizce yazılmış yayınlar, bu ülkedeki mahkeme kararları veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları okunduğunda İngiltere için "*United Kingdom*" yani "*Birleşik Krallık*" ve bunun kısaltması olarak da "*UK*"nin kullanıldığı görülür. Bu ise devletler hukukundan kaynaklanan, yargı ve egemenlik yetkisi ile ilgili olduğu için konumuzu da ilgilendiren bir husustur.

İngiltere (England), Britanya Adası'nda bulunan ve adanın ortasında ve güneyinde yer alan bir ülkedir. Ancak aynı adanın kuzeyinde kısmen bağımsız olan İskoçya (Scotland), adanın orta batısında Galler (Wales) ve İrlanda adasının kuzeyinde bulunan Kuzey İrlanda (North Ireland) yer alır. Ülkeden ülkeye değişmekle beraber bunların içinde buldukları statüye göre kendi parlamentosu, bakanlar kurulu ve başbakanları bulunur. Ancak bunlar Kral ya da Kraliçenin yönetiminde (hali hazırda Kraliçe II. Elizabeth) Birleşik Krallık'ı oluştururlar. Bunun üstünde ise eski Birleşik Krallık sömürgeleri olan Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada gibi ülkelerin oluşturduğu İngiliz Milletler Topluluğu (Commonwealth) bulunmaktadır. Ancak bunlar artık bağımsız devletlerin oluşturduğu bir topluluktur.

Birleşik Krallık üç farklı yargı çevresini içerir. İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda. Bunların üçünü birlikte ifade etmek için Birleşik Krallık (UK) kısaltması kullanılır. Bazı yasalar, örneğin 1990 tarihli Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası (Computer Misuse Act, 1990) tüm Birleşik

Krallık'ta uygulanmaktadır. Yargı çevresinden kaynaklanan farklılıklar söz konusu olduğunda ise çalışmanın odağında İngiltere ve Galler olacaktır. Aslında İngiltere/Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda ülkelerinin farklı yasaları, mahkemeleri ve hukuk düzenleri olması rağmen özellikle İskoçya dışındakiler birbirlerine çok benzerler. Bunun yanı sıra özellikle İngiltere hukuk sistemi son derece gelişmiştir. Bu ülkelerden herhangi birinde bir hukuk eseri yayınlandığında genellikle bu ülkelerdeki tüm yasalar ve mahkeme kararları dikkate alınır ve bunlara atıf yapılır. Hatta aralarındaki benzerlikler ve ortak geçmişleri nedeniyle ABD, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda yasalarına ve mahkeme kararlarına da atıf yapılır. Ortak hukuk mirasına sahip olmanın yanı sıra, gelişmiş ekonomilere sahip olan bu ülkeler, bilişim suçlarıyla ilgili olarak kendi yasalarında önemli değişiklikler gerçekleştirmişlerdir. Hukukun gelişen bu alanında, bilişim suçlarının ortaya çıkardığı zorluklarla mücadele edebilmek için bu ülkelerin birbirlerinin deneyimlerinden öğrenecekleri çok şey bulunur<sup>2</sup>. İngiltere'den farklı olarak Avustralya, Kanada ve ABD'de federasyon sistemi geçerli olduğundan, çalışmamızda bu federal yasalar (federe devletlerin üzerinde tüm ülke çapında geçerli olan yasalar) dikkate alınmıştır.

Bu bağlamda Birleşik Krallık hukuk sistemi dikkate alınarak bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yapıldığında, bir anlamda söz konusu diğer ülkeler hakkında da örnekler verilmiş ve benzeşimler kurulmuş olmaktadır<sup>3</sup>. Bu ülkeyi seçmemin bir diğer önemli nedeni de budur.

Makalede diğer kaynaklar, mahkeme kararları ve diğer uluslararası mevzuat ve içtihat ile uyumu sağlamak adına özgün dildeki United Kingdom'ın karşılığı olan Birleşik Krallık ifadesini; Birleşik Krallık hukukunda yer alan yasa isimlerinin ya da çeşitli kurum ve kuruluşların adlarının kısaltılmasında ya da mahkeme kararlarında ise United Kingdom'ın İngilizce kısaltması olan "UK"yi kullanacağım.

Birleşik Krallık Hukukunun bilişim suçlarına ilişkin düzenlemeleri ve uygulamalarını aktarmaya ve açıklamaya geçmeden önce, konunun daha iyi anlaşılması için öne çıkan kavramları ve suç politikasının belirlenmesinde etkili olan süreç ve düşünceleri de aktarmaya çalışacağım. Bu nedenle ilk sayfalar adeta bir giriş niteliğinde olacak.

---

<sup>2</sup> Jonathan Clough, Principles of Cybercrime, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s. 27.

<sup>3</sup> Birleşik Krallık hukuk sisteminin bütünü hakkında bilgi için bkz: Alisdair A. Gillespie, The English Legal System, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 1 vd.; Catherine Elliott, English Legal System Essential Cases and Materials, Second Edition, Harlow, Pearson Longman, 2009, s. 3 vd.; Stefan Fafinski/Emily Finch, English Legal System, 3rd Edition, Harlow, Pearson Longman, 2010, s. 1 vd.; Catherine Elliott/Frances Quinn, English Legal System, Eleventh Edition, Harlow, Pearson Longman, 2010, s. 11 vd.; Jacqueline Martin, English Legal System: Key Facts Key Cases, London and New York, Routledge, 2014, s. 1 vd.

Son olarak bu çalışmanın tüketici bir çalışma olmadığını (Birleşik Krallık hukukçularının kendileri dahi herhangi belli bir konuyu tam olarak tüketmekte zorlanmaktadırlar) belirterek okuyucuların makalemi yalnızca örnek çalışma; ufkumuzu açmak, olumlu ve olumsuz yanlarımızı görerek ders çıkarmak için bir basamak olarak görmelerini dilerim.

## II. TEKNOLOJİNİN KONUSU VE TERMİNOLOJİ

### A. Sanal Ağların Önemi

Sanal ağlar (internet, intranet, LAN vb.) günümüzde bilişim suçları ile ilgili bir düzenlemenin veya çalışmanın temel konularından birini oluşturur. Bu temel, yalnızca bilgisayarlar için sanal ağların alt yapıyı oluşturmasından değil; bilgisayarlara güç vermek için elektriğin gerekli olduğu gibi, sanal ağların bilgisayarlar için bir teknolojik fenomen olmasından da kaynaklanır<sup>4</sup>. Dolayısıyla UK hukukunda yer alan bilişim suçlarına ve bunların soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin düzenlemelerin tamamında sanal ağlar dikkate alınmıştır.

### B. Kişisel Verilerin Önemli Bir Bileşen Olması

Birleşik Krallık açısından kişisel veriler, bunların korunması ve bunlara karşı işlenen suçlar bilişim hukukunun önemli bileşenlerinden birini oluşturur. Bu nedenle bu konu hakkında da bazı açıklamalar yapmak gerekir. Avrupa veri koruma hukukunun “kişisel bilgi” (personal information) yerine “kişisel veri” (personel data) terimini kullanmasının tek bir nedeni vardır: Mahremiyete yönelik tehditler; işlenmemiş, yığın halindeki verilerin bireylerle bağlantılı hale getirilmeden (kişiselleştirilmeden) kullanılmasıyla birlikte başlar, dolayısıyla hukuk da daha bu ilk aşamada konuyla ilgilenmeye başlamalıdır. Bu nedenle henüz belirli bir bilgi olmadan, bireyi tanımlayabilecek bir bilgi kırıntısı düzeyindeki verinin varlığı halinde dahi bu veri koruma hukukunun kapsamında olmalıdır. Bu nedenle kişisel veri kavramı tercih edilmiştir<sup>5</sup>.

Bundan hareketle Birleşik Krallık hukukunda da bu alanda kullanılan terminoloji hem bu gerekçeyle hem de bu alandaki uluslararası mevzuatla uyumlu olabilmek adına “kişisel veri” olarak belirlenmiştir.

### C. Yasa ile Yapılan Tanımların Potansiyel Bir Dezavantaj Oluşturması

Teknolojik gelişmeler için yasa ile yapılan tanımların potansiyel bir dezavantajı görülür: Tarihin belli bir anında kabul edilmiş ve politik uzlaşmayla yasalaşmış tanımlar kullanışlı değildir. Buna karşın, herhangi bir tanımın yokluğu halinde, bir “bilgisayar” ile karşılaşıldığında bunun

---

<sup>4</sup> Ian Walden, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, pn. 1.05.

<sup>5</sup> Walden, pn. 2.12.

mahkemeler tarafından tanımlanması gerekir. Kablosuz taşınabilir cihazların gelişmesi (örneğin, akıllı cep telefonları), birçok bireyin bilgisayar hakkındaki tanımlamasıyla uyumsuz. Televizyonlardan çamaşır makinelerine kadar genel olarak “Nesnelerin İnterneti” (Internet of Things / IoT) olarak adlandırılan nesnelerin içine yarı iletken ciplerin entegre edilmesi süreci, bunların birer bilgisayar olarak kabul edilmesi ve bu nesnelerin yetkisiz kullanılması halinde cezalandırmanın sınırlarının genişletilmesine yol açmıştır. Geleceğin taşınabilir cihazlarına internet iletişimi sağlayacak sistemlerin gömülmesi, bir yandan uzaktan kontrol edilebilir nesnelerin işlevselliğinin artırılması olasılığının habercisi olurken, diğer yandan yeni tür suç aktivitelerinin de ortaya çıkmasına yol açacaktır<sup>6</sup>. Dolayısıyla bilgisayar, veri ya da ağ gibi terimler arasında kesin ve net bir çizgi çizmek, bunları açık ve çerçevesi belirli bir biçimde tanımlamak mümkün değildir<sup>7</sup>. Yapılacak her tanım içerisinde eksikler barındıracağı gibi, bugün için geçerli olan tanım, bu makaleyi altı ay sonra okuyacaklar için ya yetersiz olacak ya da geçerli olmayacaktır<sup>8</sup>.

Örneğin, bilişim hukuku hakkındaki eserlerde yer alan tartışmaların çoğunu, geleneksel hukuki metinlerde yer alan terimlerin bilişim hukuku alanına uygulanmaya çalışılması oluşturur. Örneğin, ABD’de yürürlükte bulunan Çocukların Online Yayınlarından Korunması Yasası’nda (The Child Online Protection Act – COPA) ağların ağı olan internet yalnızca “World Wide Web” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlama günümüz teknolojisi karşısında çok dar ve bir alana özgülenmiş olması nedeniyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla teknoloji alanındaki gelişmelerin çok hızlı olması nedeniyle belli bir teknolojik ortama yönelik yasa ile yapılan tanımlama girişimleri birkaç yıl içinde eskir ve işlevsiz kalır<sup>9</sup>. Bu nedenle Birleşik Krallık hukukunda bu tür aygıtların ya da bileşenlerin kesin bir biçimde tanımlanmasından kaçınılmıştır. Benim de katıldığım ve doğru bulduğum bu bakış açısı ülkemiz mevzuatı açısından da geçerlidir. Hatta ülkemiz bir adım daha öne geçerek “bilişim sistemleri” kavramını kullanarak her yeni gelişmeyi ve aygıtı kapsayabilecek bir düzenleme yapmıştır.

#### **D. Adlandırma Sorunu: Bilgisayar, Bilişim ya da Siber Suçlar mı?**

*“Teknolojinin olanaklı kıldığı suçların kapsamı daima gelişmektedir, bu gelişim hem teknolojik değişimin fonksiyonları hem de yeni teknolojilerle sosyal etkileşim açısından olmaktadır”<sup>10</sup>.*

---

<sup>6</sup> Walden, pn. 2.17.

<sup>7</sup> Walden, pn. 2.19.

<sup>8</sup> Bilgisayarın ve bilişim sistemlerinin tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 63 vd.

<sup>9</sup> Walden, pn. 2.23.

<sup>10</sup> Lawrence Lessig, Code and other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999, s. 85-99.

Çalışma konumuzun tanımlanması yalnızca klasik hukuk tekniği ile sınırlı değildir, bunun yanı sıra söz konusu tanımlama kritik hukuki analizlerin yapılmasında bize “temel bir düşünsel araç”<sup>11</sup> olarak adlandırma ve plan oluşturmada yardımcı olacaktır<sup>12</sup>.

Bilişim suçlarının işlenme biçimlerinin sayısı kadar bu suçları tanımlayan terimler de bulunur<sup>13</sup>: “Bilgisayar suçları / computer crime”, “bilgisayar ile ilgili suçlar / computer-related crime” ya da “bilgisayarlar tarafından işlenen suçlar / crime by computer” gibi terimler erken dönemde kullanılmıştır<sup>14</sup>. Dijital teknolojilerin daha yaygın hale gelmesiyle birlikte, sözlüğe “ileri teknoloji / high technology” suçları gibi terimler de eklenmiştir<sup>15</sup>. İnternetin ilerleyişi bizlere “siber suçlar / cybercrime” ve “internet” veya kısaca “net” suçları terimlerini de getirmiştir<sup>16</sup>. Bunlardan başka “dijital”, “elektronik” (ya da kısaca e-), “virtüel”, “IT”, “ileri tek / high-tech” ve “teknoloji sayesinde / technology enabled” suçlar gibi terimleri de kullanılmıştır<sup>17</sup>.

Bu sözcükler tam manasıyla (sözlük anlamıyla) alınırsa, her terim içerisinde bir veya birden fazla eksikliği barındırır. Bilgisayara odaklanan terimler “ağları” içermezler. Siber suçlar veya sanal suçlar gibi diğerleri ise yalnızca internete odaklanmış olarak görülürler. Dijital, elektronik veya ileri teknoloji suçları gibi terimler ise anlamını yitirecek kadar geniş görünürler. Örneğin, ileri teknoloji suçu, nanoteknoloji ya da biyomühendislik gibi diğer ileri teknoloji gelişmelerini içerecek kadar ağa dayalı bilgi teknolojilerin ötesine gidebilirler<sup>18</sup>.

Bu nedenle bu terimlere sözlük anlamıyla yaklaşılmamalıdır; zira bunlar sözlük anlamından ziyade suçun işlenmesinde teknolojinin rolünü vurgulayan geniş anlamda betimleyici terimlerdir. Bununla birlikte henüz hiçbir terim

---

<sup>11</sup> “Basic intellectual tool” kavramı için bkz: Jeremy Horder, “The Classification of Crimes and the Special Part of the Criminal Law”, *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law*, Ed: R. A. Duff/Stuart P. Green, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 21.

<sup>12</sup> Walden, pn. 2.26.

<sup>13</sup> Alisdair A. Gillespie, *Cybercrime: Key Issues and Debates*, London and New York, Routledge, 2016, s. 1.

<sup>14</sup> House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Computer Crime*, Final Report, 1983, s. 12; Donn B. Parker, *Crime by Computer*, New York, Scribner, 1976, s. 1 vd; Ulrich Sieber, *Legal Aspects of Computer – Related Crime in the Information Society - COMCRIME Study*, <http://www.edc.uoc.gr/~panas/PATRA/sieber.pdf>; 25.11.2016, s. 1 vd.

<sup>15</sup> Susan W. Brenner, “Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles?”, *Virginia Journal of Law and Technology*, Vol. 9, No. 13, Fall 2004, s. 4.

<sup>16</sup> Sheridan Morris, *The Future of Netcrime Now: Part 1 – Threats and Challenges*, Home Office Online Report 62/04, 2014, s. vi.

<sup>17</sup> Clough, s. 9,10; Gillespie, *Cybercrime*, s. 1.

<sup>18</sup> Morris, *The Future of Netcrime*, s. vi; Clough, s. 10. Ayrıca bkz: Susan W. Brenner, “Nanocrime?”, *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, No. 1, 2011, s. 39-105.

gerçek anlamda bu alanın tamamını kapsayan ve tam anlamıyla açıklayıcı bir terim haline gelmemiştir. Bu nedenle terimlerin çoğu birbirlerinin alternatifi olarak kullanılırlar.

Bu bağlamda, örneğin bilişim hukuku alanında önemli bir isim olan Avustralyalı hukukçu Prof. Dr. Brian Clough kitabında şu nedenlere dayanarak “siber suç” terimini kullanmıştır: İlk olarak bu terim öğretilmiş ve edebiyatta yaygın olarak kullanılmaktadır<sup>19</sup>. İkinci olarak bu, yaygın olarak kullanılan bir terim haline gelmiştir<sup>20</sup>. Üçüncü olarak, bu terim ağa bağlı bilgisayarların önemini vurgulamaktadır. Dördüncü olarak, bu terim uluslararası alanda tanınmakta ve kullanılmaktadır; Birleşmiş Milletler tarafından<sup>21</sup> ve Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi tarafından kullanılan bir terimdir<sup>22</sup>.

Bilişim hukuku alanında bir başka önemli isim olan İngiliz hukukçu Prof. Dr. Ian Walden, “siber suçlar” kavramının, “bilgisayar suçlarının” alt kümesini oluşturduğunu, bu alandaki dikkatin ise daha geniş bir alana yöneltilmesi gerektiğini ifade eder. Ancak yine de bilgisayar suçları (computer crimes) ile siber suçları (cyber crimes) eş anlamlı olarak kullanır<sup>23</sup>. Oysa ben tam tersine “bilgisayar suçları” kavramının “siber suçlar” kavramının alt kümesini oluşturduğunu düşünmekteyim. Ancak Walden ve Walden’in görüşünü haklı bularak buna atıf yapan İngiliz hukukçu Prof. Dr. Alisdair A. Gillespie, bunun bilinçli ve doğru bir tercih olduğunu şu şekilde ifade etmektedirler: *“Herhangi bir bilgisayar siber alana bağlı olmak ihtiyacında değildir (bizim konumuz açısından internete), dolayısıyla bir internet suçuyla ilgileniyorsak, bazı bilgisayar suçları bununla ilgili olmakla birlikte, aslında buna bağlı olarak bilgisayar suçundan daha dar bir alanla ilgileniyoruz demektir. Benzer biçimde “dijital” ve “ileri teknoloji” suçlarının, “e-suçlar” ya da “siber suçlar” da olduğu gibi mutlaka internete bağlı olmayı gerektirmeyen daha geniş kapsamlı suçlar olduğu söylenebilir”*<sup>24</sup>. Gillespie bu tanımlamayı şu örnekle daha iyi açıklamaktadır: *“A gizlice bir ofise girer ve B’nin bilgisayarından gizli bilgileri bir USB hafıza kartına aktarır. Sonrasında bu bilgileri B’nin rakibi olan C’ye satar. Bunun bir siber suç olması mümkündür—A’nın B’nin ofisine gizlice girmek yerine B’nin bilgisayarının bilişim güvenliğini kırması ve verileri aktarması halinde—*

---

<sup>19</sup> Ayrıca terim, (seyrek de olsa) mevzuatta da görülmektedir, bkz: the Cybercrime Act 2001.

<sup>20</sup> Oxford İngilizce Sözlüğü “siber suç”, “bilgisayar ya da internet kullanılarak işlenen suç ya da suçlar” olarak tanımlamaktadır, Oxford English Dictionary Online, Oxford University Press, December 2014.

<sup>21</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, Comprehensive study on cybercrime, 2013.

<sup>22</sup> Clough, s. 10.

<sup>23</sup> Walden, pn. 2.26.

<sup>24</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 1; Paul Hunton, “The Growing Phenomenon of Crime and the Internet: A Cybercrime Execution and Analysis Model”, Computer Law and Security Report, Vol. 25, 2009, s. 529.



*buna rağmen A internete bağlanmamıştır. Bütün işlemleri ağa bağlanmadan (offline) gerçekleştirmiştir*". Dolayısıyla soruşturmacılar da olayı aynı şekilde incelemek durumundadırlar (polislerin kendi çalıştıkları birimin adını "siber suçlardan" ziyade "ileri teknoloji suçları" olarak kullanmamalarının nedeni de budur). Böyle bir olaya ilişkin soruşturma sonucunda yapılacak iddia faaliyeti de aynı şekilde yapılacaktır. Dolayısıyla bu tür olaylar için tam olarak siber suç denmesi olanaklı değildir<sup>25</sup>.

Terminolojideki tüm bu farklılıklar, bunların neleri kapsadığı konusunda artık bir uzlaşmaya varılmıştır. Siber (bilişim) suçların iki ilke kategorisi, "sibere bağlı/cyber-dependent" ve "siber sayesinde/cyber-enabled" işlenen suçlardır<sup>26</sup>. Sibere bağlı suçlar, "yalnızca bir bilgisayar, bilgisayar ağı ya da bir başka tür ICT kullanılarak işlenebilen" suçlardır<sup>27</sup>. Bunlar sıklıkla bilişim yazılımları, kötücül yazılımlar veya DoS atakları gibi, teknolojinin suç aktivitelerinin hedefinde olduğu suçlarla ilgilidir<sup>28</sup>.

Siber sayesinde suçlar ise, "bilgisayarlar, bilgisayar ağları ya da bir başka tür ICT kullanılarak işlenen ya da işlenme oranı artan geleneksel suçlardır"<sup>29</sup>. Örneğin, çocuk pornografisi, takipçi tacizci (stalker), fikri mülkiyet hırsızlığı ya da dolandırıcılık gibi. Bu suçların faileri de yaygın bir biçimde teknolojiyle ilgilenmekle birlikte, sibere bağlı suçlardan farklı olarak bu suçların bilişim teknolojileri olmadan da işlenmeleri mümkündür<sup>30</sup>.

Üçüncü bir kategori ise "bilgisayar destekli suçlardır / computer supported"<sup>31</sup>. Bu suçların işlenmesinde bilgisayarın kullanılması rastlantısaldir, ancak bunlar suça ilişkin önemli deliller sağlayabilirler. Örneğin, bir cinayetin şüphelisinin adresi bilgisayarda bulunabilir ya da cinayet öncesinde failin ve mağdurun birbirlerine gönderdikleri mesajların kayıtlarının bilgisayarda bulunması mümkündür. Bu tür davalarda teknoloji suçun işlenmesi için önemli bir etken değildir, ancak delillerin bulunması için önemli bir etken ve zengin bir kaynaktır<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 3.

<sup>26</sup> Mike McGuire/Samantha Dowling, Cyber Crime: A Review of the Evidence, Research Report 75, Summary of Key Findings and Implications, Home Office, October 2013, s. 5.

<sup>27</sup> McGuire/Dowling, s. 5.

<sup>28</sup> Clough, s. 10, 11.

<sup>29</sup> McGuire/Dowling, s. 5.

<sup>30</sup> Clough, s. 11.

<sup>31</sup> Melaine Kowalski, Cyber-Crime: Issues, Data Sources, and Feasibility of Collecting Police-Reported Statistics, Cat. No. 85-558-XIE, Canadian Centre for Justice Statistics, 2002, s. 6.

<sup>32</sup> Computer Crime and Intellectual Property Section, The National Information Infrastructure Protection Act of 1996, Legislative Analysis, US Department of Justice, 1998; Clough, s. 11.



Bu sınıflandırma ya da bunun varyasyonları<sup>33</sup>; Avustralya<sup>34</sup>, Kanada<sup>35</sup>, Birleşik Krallık<sup>36</sup> ve ABD<sup>37</sup>'de benimsenmiştir. Bu sınıflandırma ayrıca bir soruya da işaret etmektedir: Bilişim suçları tamamıyla yeni tür suçlar mıdır yoksa basitçe eski suçların yeni işleniş biçimleri midir?<sup>38</sup> Aslında cevap her ikisidir. Çalışmamızda tartışma konusu yaptığımız bilişim suçlarının büyük bir çoğunluğu yeni biçimlerde işlenen eski (klasik) suçlardır. Gerçek bilişim suçları, bilgisayarlara ve bilgisayar ağlarının kendisine karşı gerçekleştirilen ve bilgi işlem olmaksızın var olması olanaklı olmayan suçlardır<sup>39</sup>.

Görüldüğü üzere Anglo Amerikan hukuk sistemlerinde ve hatta Kıta Avrupası hukuk sistemine ait bazı ülkelerde<sup>40</sup>, “cybercrime” yani “siber suçlar” terimi yerleşmiş durumdadır. Ancak ben bunun yerine Türkçe bir kavram olan ve ülkemizde hem öğretilerde hem de mevzuatta yaygın bir biçimde kullanılan “bilişim suçları” kavramının kullanılmasının ülkemiz öğretisi ve uygulaması açısından daha uygun olduğunu düşünmekteyim. Buna karşın Anglo Amerikan kaynakları incelenirken, hala pek çok kaynakta “computer crimes / bilgisayar suçları” kavramının da kullanılmasının nedeni, bunun eski kullanımlara bağlılığın yanında, bazı yazarlar tarafından bunun daha kapsayıcı bir kavram olduğunun düşünülmesinden kaynaklandığını da belirtmeliyim<sup>41</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamalardan görüldüğü üzere, bilişim suçlarının sınırlarının açıkça belirlenmesi, diğer benzer konulardan ayırımının açıkça ortaya konulması mümkün değildir. Buna ek olarak, suç oluşturan bir hareket genellikle aynı anda birkaç farklı türdeki suç tipiyle uyuşmakta ya da aynı anda başka suçlarla birlikte bir suç serisinin parçası olarak işlenebilmektedir. Bu alandaki bir isimlendirme ya da sınıflandırma çalışmasının amacı, bu alanın olduğu gibi tanımlanmaya kalkışılmasından ziyade, siber uzayda hali hazırda gerçekleşen farklı türdeki suç aktivitelerinin etkin bir biçimde incelemesi için bir çerçeve sağlanmasıdır<sup>42</sup>.

---

<sup>33</sup> Söz konusu sınıflandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Gillespie, Cybercrime, s. 3-8.

<sup>34</sup> Attorney General's Department (Australia), National plan to combat cybercrime, 2013, s. 4, 5.

<sup>35</sup> Kowalski, s. 6.

<sup>36</sup> McGuire/Dowling, s. 5.

<sup>37</sup> Computer Crime and Intellectual Property Section, The National Information Infrastructure Protection Act of 1996.

<sup>38</sup> Brenner, Cybercrime Metrics, s. 15

<sup>39</sup> Clough, s. 11.

<sup>40</sup> Örneğin bkz: Eddy Willems, Cybergefahr: Wie wir uns gegen Cyber-Crime und Online-Terror wehren können, Wiesbaden, Springer Vieweg, 2015, s. 1 vd.

<sup>41</sup> Dülger, s. 77-80.

<sup>42</sup> Walden, pn. 2.46.

### III. TARİHÇE

Aslında insanların teknolojik gelişmeleri suç işlemede araç olarak kullanmalarının tarihi oldukça eskilere dayanır. Basit bir tarih okuması bizlere teknoloji ile suç arasındaki ilişkinin yeni olmadığını ve teknolojik gelişmelerin getirdiği faydalı kullanımların yanı sıra bunlar kullanılarak zarar verme potansiyelinin, getirmiş olduğu faydalara çok da uzak olmadığını gösterir. Bununla birlikte, her ne kadar teknolojik fikirler ve donanımlar zamanla değişikliğe uğrasalar da birçok temel suç işleme düşüncesi aynı kalmıştır. Özellikle teknolojinin yarattığı güvenin kullanılarak suç işlenmesi düşüncesi hala geçerlidir. 19. yüzyılda ilk telgraf sistemleri kullanılarak işlenen bazı dolandırıcılık suçları ile günümüzün modern bilişim –korsanlık– suçları arasında esrarengiz bir benzerliğin bulunduğu görülür. Suç ve teknoloji arasındaki bu uzun süreli ilişki, her ne kadar kolay olmasa da, aynı zamanda suçtan korunma ve güvenlik kavramları için de söylenebilir. Örneğin; Mısır piramitlerinin mimarisi, mezar soyguncularının önlenmesi için yüksek düzeyli güvenlik teknolojilerinin kullanılmasını gerektirmiştir. Birkaç küçük yanlış adımın atılması ya da hareketin yapılması mezarın kapısının sonsuza kadar kapanmasına yol açmaktaydı. Bu sistem, günümüzün havaalanlarında normal dışı hareketliliğin takip edilerek potansiyel terörist aktivitelerin tespit edilmesinde kullanılan yöntemlerin benzeridir. Yine telgrafla ilgili olarak, icadından kısa bir süre sonra suçluların yakalanmasında kullanıldığı bilinmektedir. Bir katil olan John Tawell, 1845'teki infazından dakikalar önce bu durumu ifade etmiştir; zira kendisi metresini öldürdükten sonra trenle Londra'ya gitmek üzere yol çıktığında, Tawell hakkındaki bilgi telgrafla polis merkezlerine bildirilmiş ve kendisi Londra'ya vardığında polis tarafından yakalanarak gözaltına alınmıştır<sup>43</sup>.

Bugün de suçlular ile soruşturma makamları arasındaki “kedi – fare oyunu” geçmişte olduğu gibi devam etmektedir. Suçlular yeni teknolojiler üretir ve kullanırlarken, soruşturma makamları da onların seviyesini yakalamaya ve suçların soruşturulması, tespiti ve önlenmesi için aynı teknolojileri kullanmaya çalışmaktadırlar. Günümüzün modern zamanlarında değişen asıl husus, küresel bir iletişim sistemiyle birbirine bağlı olarak kişisel bilişim sistemlerinin (bilgisayarların) kullanımının ortaya çıkması ve artmasıdır. Zararlı hareketlerin oluşumu ve esastan değişimine ilişkin zaman aralığı, söz konusu ağın oluşumu ile son derece kısalmıştır. Özellikle dikkate alınması gereken husus ise, bir bilişim suçunun işlenmesi için gereken zaman, bilişim suçu dalgası için gereken zamana dönüşmüş ve yıllar ve aylardansa, saatler ve dakikalar konuşulmaya başlanmıştır. Sonuç olarak, bugün bilişim sistemleri ve ağ teknolojileri basitçe “çarpan etkisi yaratan bir güç” olmanın ötesine geçmiştir. Suçun işlenmesinin,

---

<sup>43</sup> David S. Wall, *Cybercrime: The Transformation of Crime in the Information Age*, Cambridge, Polity Press, 2014, s. 2.

soruşturulmasının ve önlenmesinin küresel çapta paylaşılması artık yalnızca bir düşünce değildir; ancak bunun gerçekleşmesi yüksek düzeyde bilgisayar gücü gerektirmektedir. İşte bunların gelişmesi son derece hızlı bir şekilde olmakta, bilişimdeki hız bu alanın en önemli belirleyici özelliklerinden birini oluşturmaktadır. Nitekim Moore'un hesaplamasına<sup>44</sup> göre bir internet yılı yaklaşık olarak normal bir takvim yılına göre üç ay ya da daha az bir süreye denk gelmektedir<sup>45</sup>. İşte aşağıda yer alan kronolojik sıralama bu bilgiler ışığında değerlendirilmelidir.

Birleşik Krallık'ta ve Anglo Amerikan hukuk sisteminde yer alan ülkelerde bilişim suçları ve bilgisayarlar hakkında ciltler dolusu kitap ve makale bulunur. Bu yayınların tarihi 1970'lerden itibaren başlar. Bu alanda İngiltere'de yayınlanan ilk kitap "*Gerald McKnight, Computer Crime, Walker and Co., 1973*" tarihli eserdir<sup>46</sup>.

İngiliz bilim insanı Hollinger, 1997 tarihine gelinceye dek, bu alanda yapılan araştırmaları ve yazılanları dört periyoda ayırır<sup>47</sup>. Yazara göre 1946'dan 1976'ya dek süren "keşfetme" periyodunda, bilgisayarların ve iletişim araçlarının kötüye kullanılması, ilk olarak "telefon hatlarının kötüye kullanılması" (phone phreaking) olarak ortaya çıkmış ve bu şekilde kayıtlara ve yazına geçmiştir. 1977'den 1988'e dek süren "suça dönüşme" (criminalization) periyodunda ise, ceza hukukunun müdahalesini gerektirecek şekilde ortaya çıkan sorunlar, buna bir tepki olarak çeşitli hukuk düzenlerinde bu alana özgü yasama çalışmalarının yapılmasını sonuçlamıştır. Bu alanda "tek başına ilk düzenlemeyi yapma ödülünü" ise bir Amerika Birleşik Devletleri (ABD) eyaleti olan Florida kazanmıştır<sup>48</sup>. Üçüncü periyod ise 1989'den 1993'e kadar süren, "bilişim korsanlarının (hackers) şeytanlaşması" dönemidir. Bu dönemde kolluk güçleri, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki (Information and Communications Technologies / ICT) devrimin getirdiği ve başını bilişim korsanlarının çektiği tehditlere karşı yoğun bir mücadele vermişler, çok uğraşmışlar, ancak sıklıkla başarısızlığa uğramışlardır. Son olarak Hollinger, kitabını yazdığı dönemi "denetim" periyodu olarak açıklar. Bu dönemde bilişim sistemlerinin iletişim bütünlüğüne yönelik suçlardan çocuk pornografisine ilişkin materyallerde olduğu gibi hukuka aykırı içeriklerin internetten erişilebilirliğine kadar çok sayıda suç söz konusudur<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> G. E. Moore, "Cramming More Components onto Integrated Circuits", Electronics, Vol.38, No. 8, 1965, s. 114–117.

<sup>45</sup> Wall, Cybercrime, s. 2, 3.

<sup>46</sup> Walden, pn. 2.49.

<sup>47</sup> Richard C. Hollinger, Crime, Deviance and the Computer, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997, s. xviii.

<sup>48</sup> Florida Computer Crimes Act (Florida Bilişim Suçları Yasası), Fla. Stat. Ch. 815, yürürlüğe giriş tarihi 1 Ağustos 1979.

<sup>49</sup> Walden, pn. 2.50.

Hollinger'in tarihsel sınıflandırmasını kabul etmemek için hiçbir neden bulunmamaktadır. Ancak bir noktaya işaret etmek gerekir, günümüzde bilgisayarlar ve bilişim suçları iki önemli tehdit tarafından yönlendirilmekte: Terörizm ve organize suçlar. Ayrıca hukuka aykırı içerikler de hala suç politikasının gündeminde önemli bir yer işgal etmekte. Dolayısıyla, bu dönem "kritik altyapılar" dönemi olarak adlandırılabilir; zira bu dönemde bireyselden ziyade toplumsal seviyedeki konular ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukundaki reformlara yönelik politikaların oluşturulmasında daha önemli hale gelmiştir<sup>50</sup>.

Bilişim suçlarının tarihçesinin oluşturulmasında alternatif seçenekler de mevcuttur. Örneğin, ünlü Alman ceza ve bilişim hukukçusu Prof. Dr. Ulrich Sieber, bilişim suçlarının ortaya çıkardığı tehlikelere karşı ulusal hukukların yasama alanında gösterdiği tepkilere göre bunu "altı ana dalgaya" ayırır<sup>51</sup>. 1970'ler ve 1980'ler boyunca görülen ilk dalgada yasalar, bilgisayarların bireyler hakkındaki verileri işleme kapasitelerindeki artışa bir yanıt olarak, verilerin korunması ve mahremiyet konularıyla ilgilidir. 1980'lerin başlarında, bilgisayarların kullanıldığı ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarla ilgili olarak, mevcut ceza yasaları güncellenmiş ve bunlara ekler yapılmış, ancak bunlar da yetersiz kalmıştır. 1980'ler boyunca ve 1990'ların başında ise bilgisayar yazılımları ve geleneksel olarak korunan eserlerin yeni formları gibi internet ve bilişim teknolojileri sayesinde ortaya çıkan yeni tür mülkiyet haklarının korunması amacıyla ulusal fikri mülkiyet rejimlerinde gelişmeler yaşanmıştır. 1990'ların ortalarında internetin yaygınlaşmasıyla birlikte dikkatler hukuka aykırı ve zararlı içeriklere karşı korunmak için yasaların güncellenmesi ihtiyacına odaklanmıştır. Ceza muhakemesi hukukundaki reform ise, internet ve bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin geleneksel uygulama ve yöntemlere meydan okumasıyla 1980'lerde başlamıştır. Son dalga ise, Sieber tarafından, 1990'ların ikinci yarısı boyunca devam eden, kriptoloji ve elektronik imza gibi güvenlik gereklilikleriyle yapılan düzenlemeler olarak tanımlanır<sup>52</sup>.

Buna paralel bir tarih, örneğin bilişim korsanları ve virüs yazılımcılarında olduğu gibi, suç aktiviteleriyle değişken motivasyonlarla ilgilenen kişilerin etrafında yapılandırılabilir. Erken dönem bilişim korsanları, Hollinger'in "keşfetme" dönemi olarak adlandırdığı periyotta, öncelikle hukuka aykırı yarar elde etme amacından çok merak ve yeni deneyimler yaşama güdüsüyle hareket etmekteydiler. Teknolojilerin yayılmasıyla birlikte ekonomik çıkar amaçlı, endüstri kaynaklı bilişim suçlarının varlığı kural haline gelmiştir. New York'ta 2001 yılında gerçekleştirilen terör saldırılarından sonra ise ilgi, öncelikli olarak terörizme kaymıştır; çünkü internet ve bilişim teknolojilerinin siber

---

<sup>50</sup> Walden, pn. 2.51.

<sup>51</sup> Sieber, COMCRIME Study.

<sup>52</sup> Walden, pn. 2.52.

teröristler için hem bir araç hem de silah olduğu açıkça görülmüştür<sup>53</sup>.

Sonuç olarak kabul etmek gerekir ki, bilişim suçlarının tarihi açısından temel ve belirgin bir ayırım bulunmaz; eğer mutlaka bir ayırım yapılması gerekiyorsa bu ayırım internet öncesi gerçekleştirilen eylemler ve internet sonrası siber uzayda gerçekleştirilen eylemler olarak yapılabilir. Her ikisi ile de ilgilendiğinizde, Hollinger'in de vurguladığı gibi, bu alandaki ilk yasama çalışmaları, teknolojiyi hedef alan eylemler olup, internet öncesi dönemde, bilişim çağının ilk zamanlarında gerçekleşmiştir ve o tarihlerde çok farklı bir bilişim çevresi söz konusudur. Şimdiki ve bundan sonraki çalışmalarımız ise internetin bilişim alanında meydana getirdiği deprem nedeniyle, sanal ağları içerecek biçimde olmak zorundadır<sup>54</sup>.

Nitekim Birleşik Krallık bu zorunluluğu dikkate alarak, başlangıçta da ifade ettiğim üzere, bilişim alanına ve özellikle ceza hukuku ceza muhakemesi hukukuna ilişkin düzenlemeleri ve uygulamalarını sürekli olarak sanal ağları dikkate alarak yapmış ve bunu bir devlet politikası haline getirmiştir. Ülkemizde ise buna karşıt olarak özellikle ceza muhakemesi hukuku açısından önemli politika ve mevzuat eksiklikleri bulunmaktadır.

#### **IV. BİLİŞİM SUÇLARI ALANINDAKİ KAMU POLİTİKALARI, KRİTİK ALTYAPILAR, SUÇLARIN İŞLENİŞ SIKLIĞI, SUÇLARIN RAPORLANMASI VE AYIRT EDİCİ ÖZELLİKLER**

##### **A. Kamu Politikaları**

Hukuk ve yasalar, belirli tipteki insan davranışlarını kolaylaştırmak ve bazılarını da sınırlandırmak için bulunurlar. Bir hareket ile ilgili suç ve cezai yaptırım koymak, özellikle yaptırımın özgürlüğü bağlayıcı hapis cezası olması halinde, açıkça bireyi kamu hukukunun uygulaması açısından bu alandaki spektrumun en ucuna koymaktır. Dolayısıyla cezai yaptırımlar, devletin üst düzey yöneticileri ve yasa yapıcıları tarafından hatta bazı durumlarda hukukçular tarafından açıkça onay verilmeden, buna yönelik açık suç politikası amaçları tanımlanmadan ve dile getirilmeden yürürlüğe konulmamalıdır<sup>55</sup>.

İngiltere'de yasaların hazırlık sürecinde önemli yetkilere sahip Hukuk Komisyonu'nun (Law Comission)<sup>56</sup> belirttiği üzere, zarar ya da olası zarardan duyulan korku, internet ve bilişim teknolojilerinin gelişmesini ve kullanılmasını durduran bir fren işlevi görür ki bu da ekonomik gelişim üzerinde olumsuz

---

<sup>53</sup> Walden, pn. 2.53.

<sup>54</sup> Walden, pn. 2.54.

<sup>55</sup> Walden, pn. 2.55.

<sup>56</sup> Hukuk Komisyonlarının işlevi, yetkileri ve etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Matthew Dyson/James Lee/Shona Wilson Stark (Ed), Fifty Years of the Law Commissions: The Dynamics of Law Reform, Oxford and Oregon, Hurt Publishing, 2016, s. 1 vd.

bir etki doğurur. Eğer insanlar sanal alanda kendilerini güvende hissetmezler ve bu alana güvenmezler ise, bu konuda ileri sürülen öngörülerde belirtildiği üzere, bu alanı kullanmaktan kaçınabilirler ya da bu alanda gerçekleştirecekleri aktivitelerin kapsamında son derece ihtiyatlı ve seçici olurlar. Bu suskunluk eğer çok geniş bir alana yayılırsa, internetin ve internet üzerinden erişilebilir hizmetlerin büyümesini ve gelişmesini engelleyebilir<sup>57</sup>.

İşte bu son paragraf yalnızca bilişim hukuku ya da ceza hukuku değil, hukukun her disiplini açısından bizlere önemli dersler veren bir karşılaştırmalı hukuk çıktısıdır. Zira bu anlayış bizlere, yasaların günlük bir sorunu gidermek ya da belli bazı olaylara tepki vermek için değil, bu alanda düşünülüp taşınıldıktan sonra; sosyal, ekonomik, kültürel ve yönetsel duyarlılıklar ve politikalar göz önünde bulundurularak yasa yapılması ya da yasadaki değişiklik yapılması gerekliliğini ve zorunluluğunu gösterir. Kısacası suç normları ve karşılığında yaptırımlar konulurken suç politikası ve bunun olumlu ve/veya olumsuz etkileri mutlaka dikkate alınmalıdır. Ülkemiz açısından durumun böyle olduğunu söylemek ise son derece güçtür. En temel yasalar dahi bir sorun ortaya çıktığında (amiyane tabiriyle yumurta kapıya dayandığında) bu soruna bir tepki olarak çıkmaktadır. Dolayısıyla birçok temel yaşamız dahi tepki yasası niteliğindedir. Dileğim bu durumun bir an önce değişmesidir.

Ancak şunu belirtmeden geçmemek gerekir: Önlem almak tedavi olmaktan iyidir (prevention being better than cure)<sup>58</sup>. Buna karşın tahmin edilebilir ve öngörülebilir gelecekte yasal yükümlülükler ve güdüleyici faktörler; teknolojinin kendisinin sunduğu, bilişim mühendisliğinin kriptoloji, elektronik imza, anti-virüs yazılımları ve casus yazılımlara karşı uygulama tekniklerinin yanı sıra suç için ortaya çıkardığı yeni fırsatlar karşısında, veri güvenliği konusundaki politikaların üretilmesinde düşük düzeyde bir bileşen olarak kalacaktır<sup>59</sup>. Dolayısıyla bu konuda yalnızca yasa yapma ve hukuk uygulama ajanslarının (Law Enforcement Agencies / LEA)<sup>60</sup> çalışmalarıyla bir sonuca varmak tek başına yeterli değildir. Bu konuda toplumun eğitilmesi ve herkesin üzerine düşeni yapması gerekir. Aksi halde bir bilişim dünyası kaosu kaçınılmazdır.

---

<sup>57</sup> Walden, pn. 2.61.

<sup>58</sup> Walden, pn. 2.62.

<sup>59</sup> Walden, pn. 2.69.

<sup>60</sup> Hukuk öğretisi ve uygulamamızda kısaca "kolluk" ya da "kolluk güçleri" dediğimiz, suç ve suçluların soruşturulması ve önce savcılık sonra da mahkeme önüne çıkarılması için yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiş kuruluşlara (Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı vb.), Birleşik Krallık'ta kısaca hukuk uygulama ajansları (law enforcement agencies) kısaca LEA denilir. Bu ifadede geçen "uygulama (enforcement)" sözcüğü içerisinde bir miktar zorlayıcılığı ve görevin yerine getirilmesi anlamlarını da içerir. Bu ifadenin kullanılmasının nedeni ise polislin ulusal ve yerel düzeyde, farklı ya da benzer yetkilere sahip hatta bazı olaylarda yan yana çalışan çeşitli birimlerden oluşması nedeniyle bunları tek bir başlık altında toplanmaya çalışılmasıdır.

## B. Kritik Altyapılar

Modern toplumlar artan bir biçimde internet üzerinden işleyen yaşamsal önemdeki sistemleri çalıştıran bilgisayarlara, bilgisayar sistemlerine ve bilişim ağlarına bağlıdır. Bu dijital devrim, sivil alt yapılar olduğu kadar, devletin alt yapılarına ve hatta silahlı güçlerin alt yapılarına kadar uzanmaktadır. *The Economist* dergisi ünlü bir makalesinde bunu şu şekilde ifade etmektedir: “Bombalar GPS uyduları tarafından yönlendirilmekte, dronlar dünyanın herhangi bir yerinden uzaktan kumanda ile yönetilmekte, savaş uçakları ve savaş gemileri birer büyük veri işleme merkezi olarak çalışmakta ve hatta sıradan bir piyade eri bile bilişim ağına bağlı hareket etmektedir”<sup>61</sup>. Ancak dijitalleşme iki tarafı keskin bir bıçaktır: 21. yüzyılda bitler ve baytlar, mermilerin ve bombaların yerin almıştır. Aslında dijital sistemlere daha fazla bağlı olan devletler siber ataklara karşı daha kırılındır: Eğer bilişim sistemleri toplumun sinir sistemini oluşturuyorsa, bunların etkisizleştirilmesi ülkenin paralize hale getirilmesi anlamına gelecektir<sup>62</sup>.

Bilişim suçlarının, siber terörle birlikte anılmasının artmasıyla birlikte devletler, sanal ağlar tarafından oluşturulan ve “kritik altyapılar” olarak tanımlanan yapıların hassaslığına dikkati çektiler. Bu yerleşkelerin, ağların, servislerin veya yapıların yok edilmesi ya da işleyişlerinin aksatılmasının sağlık, kamu düzeni, güvenlik veya bireylerin ekonomik iyiliği ya da devletin fonksiyonlarının etkinliği üzerinde ciddi etkileri olabilecektir<sup>63</sup>. Kritik altyapıların neler olduğu buna ilişkin öznel ilgiye göre ülkeden ülkeye değişiklik gösterirken, bilgisayar ve iletişim ağları interneti de kapsayacak şekilde genellikle açıkça tanımlanmıştır<sup>64</sup>.

Örneğin, ABD hükümeti, daha kapsamlı olan anavatanın güvenliği için ulusal strateji çalışmasının bir parçası olan “Güvenli Siber Alan İçin Ulusal Strateji” isimli bir çalışmayı yayınlamıştır. Bu dokümanda sanal alanının “ülkenin kontrol sistemi” ve “siber alanının sağlıklı işleyişi ulusal güvenlik ve

---

<sup>61</sup> “War in the fifth domain”, *The Economist*, 1 Temmuz 2010, <http://www.economist.com/node/16478792>; 1.2.2017.

<sup>62</sup> Marco Rosci, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 1.

<sup>63</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Volkan Dülger, “Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizme Etkileri”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul, Y. 4 S. 8, Nisan 2007, s. 55–76; Philip W. Brunst, “Terrorism and the Internet: New Threats Posed by Cyberterrorism and Terrorist Use of the Internet”, *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Ed: Marianne Wade/Almir Maljević, Heilderberg, Springer, 2010, s. 51-80; Ulrich Sieber, “Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet, A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications”, Ed: Marianne Wade/Almir Maljević, Heilderberg, Springer, 2010, s. 171-220.

<sup>64</sup> Walden, pn. 2.72.



ulusal ekonomi için esastır” şeklinde kullanılan dil, potansiyel ya da algılanan kırılabilirlik ölçüsünü son derece açık hale getirmiştir<sup>65</sup>. İnternetin stratejik öneminin kabul edilmesi, Birleşmiş Milletler Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi’ne (WSIS) konu yapılan, ABD hükümetinin kritik bir internet kaynağı olan internet alan adları üzerindeki kontrolünü uluslararası bir yönetici yapıya devretmesi yönündeki görüşü reddetmesinin nedenlerinden birini oluşturur<sup>66</sup>.

Artık şunu açıkça görmekteyiz: Siber alanın oluşturduğu kırılabilirliğin doğası nedeniyle bir ikilem ile karşı karşıyayız: Bir kırılabilirlik kaynağı olarak limanlar ya da güç istasyonları gibi kritik altyapılara karşı yapılacak saldırılarda sanal ağların bir kanal oluşturma özelliği ve siber alanın bizzat kendisinin önemli bir alt yapı olması dolayısıyla kırılabilir bir varlık olması.

Önemli bir bilgi alt yapısı olarak internetin kaybedilmesine bağlı olarak bizim karşı karşıya olduğumuz kırılabilirliğimiz bir parça ironiktir, zira internetin çıkış kaynağı ABD Savunma Bakanlığı’nın iletişim ağlarına yapılması olası bir saldırıya karşı güçlü bir şekilde dizayn edilmiş bir girişim olması gerekir<sup>67</sup>; ancak söz konusu saldırılardan internetin yaratıcısı olan bu kuruluş da fazlasıyla nasibini almaktadır.

### C. Suçların İşleniş Sıklığı

Bilişim suçları ile ilgili ampirik verilerin görece yetersizliği çok sayıda nedene bağlıdır. İlk olarak ifade edilmelidir ki kolluk güçlerinin ve soruşturma makamlarının bu konudaki deneyimleri eksiktir ve veri kaynakları yetersizdir: Örneğin, kolluk güçleri ve soruşturma makamları öncelikli olarak bu alanla ilgilenmemektedirler, zira şiddet suçları gibi diğer geleneksel ve önemli alanlar bu kişilerin ilgileri için bilişim suçları gibi diğer alanlar ile rekabet halindedirler<sup>68</sup>. Bu durum sıklıkla personelin yetersiz eğitimi ile daha da üst seviyelere çıkmaktadır; öyle ki bazen şüpheliler soruşturmacıları işledikleri iddia edilen suçun yapısı hakkında eğitmek zorunda kalmaktadırlar.

Elektronik Sınırlar Vakfı’nın eş kurucusu John Perry Barlow, bir bilişim korsanlığı soruşturması sırasında ilgili FBI ajanıyla yaptığı görüşmeyi şöyle aktarmıştır:

---

<sup>65</sup> US Government, The National Strategy to Secure Cyberspace, February 2003, bkz: [https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/cyberspace\\_strategy.pdf](https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/cyberspace_strategy.pdf), 11.7.2016.

<sup>66</sup> Walden, pn. 2.75. Buna karşın, ABD Mart 2014’de, anahtar internet alan adı fonksiyonlarının küresel paydaşlar topluluğuna geçişine niyetli olduğunu duyurmuştur, bkz: Ulusal Telekomünikasyon ve Bilgi İdaresi (National Telecommunications and Information Administration – NTIA), “NTIA anahtar internet alan adı fonksiyonlarının geçişine yönelik niyetini duyurdu”, Basın Açıklaması, 14 Mart 2014, <https://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions>, 11.7.2016.

<sup>67</sup> Walden, pn. 2.77.

<sup>68</sup> Marc D. Goodman, “Why the Police Don’t Care about Computer Crime”, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 10, Number 3, Summer 1997, s. 465 vd.



*“Bildiğiniz üzere işlerin yoluna girmesi için genellikle potansiyel şüpheliler soruşturma güçlerine işledikleri iddia edilen suçların yapısını anlatmak zorundadırlar!”<sup>69</sup>.*

Söz konusu ikinci faktör açıkça bilişim suçlarının eksik rapor edildiği görüşüne katkı sağlamaktadır, zira mağdurlar soruşturma makamlarından zayıf bir karşılık alacaklarını algıladıklarında, mağduru oldukları suçu rapor etmek için çaba göstermek konusunda daha isteksiz olmaktadır<sup>70</sup>.

#### **D. Suçların Bildirimi (Raporlanması)**

Bildirilmeyen suçların bildirimine yönelik bir yaklaşım, bir güvenlik ihlali olduğunda bunun bildirilmesi için kurumlara hukuki yükümlülük getirilmesidir. Örneğin, 2003'den beri, Kaliforniya Eyaleti Medeni Kanunu<sup>71</sup>, özel girişimlere ve kamu idarelerine kişisel verilerin söz konusu olduğu (finansal verileri de içerek şekilde) bir güvenlik ihlaline uğramaları<sup>72</sup> halinde bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Bu düzenlemenin belirgin amacı büyüyen bir sorun olan kimlik hırsızlığı ile mücadele etmektir. Bu girişim aynı zamanda bir kuruluş tarafından işlenen verilerin, verilerin konusu bireylere ait olduğunda, genellikle bireylerin çıkarlarıyla ve kamu yararıyla çatıştığını da göstermektedir. Ancak bu ihlal, hakları ihlal edilen kuruluşların özel çıkarlarını ihlal etmemektedir. Avrupa Birliği (AB) de 2009 senesinde kamuya açık telekomünikasyon servis sağlayıcılar için benzer şekilde ihlal bildiriminde bulunma yükümlülüğü getirmiştir<sup>73</sup>. Şimdi ise bu tür ihbar yükümlülüklerini kişisel veri işleyen tüm veri denetçilerine (kamu yöneticileri ve pazarlama uzmanları gibi) genişletmek için iki teklif bulunmaktadır. Bu tür yasalar hukuk sistemlerine, kimin bildirimde bulunacağına (örneğin; düzenleyiciler, veri özneleri, genel kamu gibi), ihlalin alt eşliğinin ölçüsüne (örneğin; ihlalin ne kadar ciddi olduğuna göre) veya ihlalin konusuna göre (örneğin; finansal veri ya da sağlık verisi olmasına göre) oldukça değişkenlik gösterebilirler. Ayrıca konulan yükümlülükler ile yasa yolları da değişkenlik gösterirler<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> John Perry Barlow, “Crime and Puzzlement: in advance of the law on e electronic frontier”, Whole Earth Review, No. 68, Fall 1990, s. 44-57. Bu durumun yirmi yıl önce gerçekleşmesine rağmen yazar, 2005 yılında Birleşik Krallık'ta yapılan bir soruşturmada benzer bir durumun halen geçerli olduğunu bildirmektedir.

<sup>70</sup> Walden, pn. 2.82.

<sup>71</sup> California Civil Code, m. 1789.29 ve 1798.80 et seq. Hâlihazırda ABD eyaletlerinin ekseriyetinde bu tür düzenlemeler yer almaktadır; bkz: National Congerence of State Legislatures (NCSL), “Güvenlik ihlali Bildirim Yasaları”, <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/security-breach-notification-laws.aspx>, 13.7.2016.

<sup>72</sup> California Civil Code, m. 1789.82(d): “Kişisel bilgilerin güvenliğini veya gizliliğini tehlikeye atan dijitalleştirilmiş verinin yetkisiz olarak elde edilmesi anlamına gelir”.

<sup>73</sup> 2009/136/EC nolu direktif, OJ L 337/11, 18 Aralık 2009; 02/58/EC nolu Direktifin 4. maddesine eklenmiştir.

<sup>74</sup> Walden, pn. 2.96.

Mağdurlara getirilen bu bildirim yükümlülüklerinin yanı sıra, bu konuya bir diğer yaklaşım, suç aktivitesinde rol alabilen belli bazı aracı konumundaki kişiler bildirim yükümlülüğü getirilmesidir. Arada yer alan kişiler hukuka aykırılığın varlığı konusunda bilgi sahibi olduklarında ya da bu konuda bilgilendirildiklerinde, bunların bildirim zorunluluğu önceden etkili izleme ya da tepki gösterme şeklinde bazı kurallara bölünmek suretiyle oluşturulabilir. Söz konusu yükümlülük ister önceden önlem alma ister sonradan tepki gösterme şeklinde olsun, bunun algılanması genellikle arada yer alan kişilerin suç oluşturan hareketlerin ne kadarıyla ilgili olduklarına bağlıdır. Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarla mücadele için, örneğin birçok devlet suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele yasaları çıkarmakta ve finans kurumları ile profesyonel danışmanlara, ceza hukukunun desteğiyle, şüpheli transferlerin yetkili otoritelere bildirilmesi konusunda zorunluluklar getirmektedir<sup>75</sup>. Hukuka aykırı içerik suçları alanında, bazı devletler internet servis sağlayıcılara çocuklara ilişkin görüntülerin kötüye kullanılması hakkında bilgi edinmeleri<sup>76</sup> ya da bu konuda haberdar olmaları<sup>77</sup> halinde vakit kaybetmeksizin bildirimde bulunmaları konusunda yükümlülük getirmekte, bunun ihmal edilmesi halinde ise yine ceza hukukunun yaptırımları devreye girmektedir.

Birleşik Krallık'ta ise, 2000 tarihli Terörizm Yasası kişilere, *“terörizmle ilgili bir kişinin yakalanması, soruşturulması ya da cezalandırılmasına yol açabilecek bir terör hareketini önlemek için bir bilgiye sahip olması halinde”* bu bilgiyi *“olabilecek akla uygun ve en pratik biçimde”* ilgili makamlara bildirmeleri hususunda bir yükümlülük getirmektedir<sup>78</sup>.

### E. Yönelim ve Ayırt Edici Özellikler

Bilişim suçları gelişmekte olan ülkelerin sürdürülebilir kalkınmaları için önemli bir tehdit olma özelliğini de gösterirler; zira kısa dönemde çeşitli yardım fonlarının kötü amaçlara yönlendirilmesine yol açarlarken, uzun dönemde ülke ekonomisinde yer alan yatırımcıların güvenini olumsuz yönde etkilerler<sup>79</sup>.

Birleşik Krallık uluslararası toplumda politika oluşturan ve bunları uygulamaya çalışan ülkelerden biridir. Bunu sağlamanın yollarından biri de, hem doğrudan hem de Brexit öncesi AB üzerinden gelişmekte olan ya da

---

<sup>75</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Volkan Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 240-278.

<sup>76</sup> Bkz: US federal law (Birleşik Devletler Federal Yasası at 42 USC m. 13032 (Reporting of child pornography by electronic communications service providers / çocuk pornografisinin elektronik iletişim sağlama servisleri tarafından raporlanması).

<sup>77</sup> Australian Criminal Code Act (Avustralya Ceza Kanunu) 1995, m. 474.25 (Obligations of Internet Service Providers and Internet Content Hosts / İnternet Sağlayıcıları ve İnternet İçeriği Barındıranlara İlişkin Yükümlülükler).

<sup>78</sup> Walden, pn. 2.97.

<sup>79</sup> Walden, pn. 2.103.

AB'ye üyelik sürecinde olan ülkelere çeşitli alanlarda fonlama yapılması, bir başka deyişle kaynak aktarılmasıdır. İşte Birleşik Krallık kendi ulusal çıkarları açısından bu durumu bir tehdit olarak gördüğü için bilişim suçları ile ciddi bir biçimde ilgilenmekte ve bu konuda politikalar oluşturmaktadır.

## **V. BİLİŞİM CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN POLİTİKALAR VE YÖNELİMLER**

### **A. Ceza ve Muhakemesi Hukukuna İlişkin Yaklaşım**

Birleşik Krallık'taki hukuk kuramcıları ve uygulayıcılarına göre, bilişim suçları hakkındaki bir rejim, yalnızca maddi ceza hukukunun bir sorunu olarak farklı suç tiplerinin uygun bir şekilde tanımlanması değil, bunun yanı sıra ceza muhakemesi hukukunun bir sorunu olarak soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin kolaylıkla yapılmasıyla tanımlanabilir. Bunlardan ikincisinde söz konusu olan bir başarısızlık ilkinin de altını oyar. Uygulanamaz ceza hukuku kuralları, herhangi bir hukuk sisteminin bir anlamda lekesidir; ancak bu muhakeme hukukunun yetersizliğinden kaynaklanmak zorunda da değildir<sup>80</sup>. Bu yetersizlikler suç normlarının iyi tanımlanmaması ve işlevsizliğinden de kaynaklanabilir. Ancak her durumda bu çok önemli bir olumsuzluktur.

### **B. Bilişim Suçları Açısından Yaptırım**

Uluslararası ve tarihsel bir perspektiften bakıldığında yaptırım teorisinde en ağır ceza ölüm cezasıdır. Ancak; Birleşik Krallık, Avrupa Konseyi'nin bir üyesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve ek protokollerinin tarafı olarak ölüm cezasını ilga etmiştir.

Ayrıca bilişim suçları için genellikle böyle bir ceza öngörülmemektedir. Ancak, Çin Halk Cumhuriyeti'nde bilişim korsanlarına bu ceza verilmektedir. Örneğin, 1998 yılında, bir bankanın bilişim güvenliği sistemini kırmak suretiyle kendi hesaplarına para aktaran müşterek faillerden Hao Jing-long ömür boyu hapis cezasına, Hao Jing-wen ise ölüm cezasına mahkûm edilmişlerdir<sup>81</sup>.

Ülkemizde de hem uluslararası sözleşmeler hem de iç hukukun gereği hiçbir suç için ölüm cezası öngörülmemiştir. Ayrıca, bilişim suçları açısından suçun haksızlık içeriği dikkate alınarak, ölüm cezasına benzer müebbet hapis cezası gibi cezalar da öngörülmemiştir. Bu düzenlemeleri olumlu bulduğumu belirtmeliyim.

---

<sup>80</sup> Walden, pn. 2.108.

<sup>81</sup> Cong Lixian, "Chinese E-Commerce (2) and Legal Environment", Chinese Intellectual Property and Technology Laws, Ed: Rohan Kariyawasam, Edward Elgar Publishing, 2011, s. 279. Walden, pn. 2.142.

### C. Güvenlik Tedbirleri (Yasaklamalar ve Haktan Vazgeçme)

Birleşik Krallık'ta işlenen suçların yargılanması sonucunda sanığın suçlu bulunması halinde faile ceza yanında bizdeki güvenlik tedbirine benzer tedbirler de uygulanabilmektedir. Bu durum suçta kullanılan araçların müsadere veya söz konusu araçların gönüllü olarak teslim edilmesi şeklinde olabilir. Ayrıca, gelecekte işlenmesi olası suçların engellenmesi için önemli bilişim araçlarının kullanılmasının yasaklanması da söz konusu olabilir<sup>82</sup>. Bunlardan ilki ülkemizde olmakla beraber, ikincisi ve özellikle üçüncüsü bulunmamaktadır. Üçüncü tedbir benzeri bir normun yaptırım sistemimizde uygulanmasının suçun önlenmesi açısından yararlı olacağını düşünüyorum.

Ünlü Amerikalı bilişim korsanı Kevin Mitnick yargılanırken, savcılık makamı, kendisinin herhangi bir bilgisayar, yazılım ya da iletişim ağı aracını bulundurmasının ve kullanmasının yasaklanmasını talep etmiştir. Ancak, bu talebe itiraz edilmiştir. Sonuç olarak mahkeme, ancak gözetim memurunun oluruyla bilgisayara erişebilmesine ve kullanmasına izin vermiştir<sup>83</sup>. Gerçekten yargılama boyunca, Mitnick'in arayabileceği telefon numaraları bile sınırlanmıştır<sup>84</sup>. Benzer biçimde, bilişim korsanı Kevin Poulsen de denetimli serbestlik süreci içinde özel koşullara tabi tutulmuştur<sup>85</sup>:

*"...denetim memurunuzun izni ve onayı olmadan herhangi bir bilgisayarı ya da bilgisayarla ilgili bir aracı ya da yazılımı edinemez ya da zilyetliğinizde bulunduramazsınız; ayrıca denetim memurunuzdan önceden onay almaksızın bilgisayar ekipmanlarına erişiminizi sağlayacak bir işi alamazsınız ya da sürdüremezsiniz"*<sup>86</sup>.

İngiltere'de *Collard* davasında<sup>87</sup> sanık, çocuklara ilişkin müstehcen resimler oluşturmak ve bulandırmaktan suçlu bulunmuştur. Mahkeme, sanığa vermiş olduğu hapis cezasının yanı sıra 1997 tarihli Cinsel Suçlular Yasası'nın (Sex Offenders Act 1997) 5A maddesi<sup>88</sup> gereğince şu yasaklama emrini vermiştir:

---

<sup>82</sup> Walden, pn. 2.150.

<sup>83</sup> Arthur L. Bowker/Gregory B. Thompson, "Computer Crime in the 21st Century and Its Effect on the Probation Officer", *Federal Probation: A Journal of Correctional Philosophy and Practice*, Vol. 65, No. 2, September 2001, s. 18-24.

<sup>84</sup> Katie Hafner/John Markoff, *Cyberpunk: Outlaws and Hackers on the Computer Frontier*, New York, Simon and Schuster, 1991, s. 342.

<sup>85</sup> Walden, pn. 2.151.

<sup>86</sup> Marc J. Stein'den Birleşik Devletler Denetim Memuru Kevin Poulsen'e gönderilen 22 Mayıs 1996 tarihli mektup, akt: Douglas Thomas, "Criminality on the Electronic Frontier: Corporality and the Judicial Construction of the Hacker", *Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age*, Ed: Douglas Thomas/Brian D. Loader, London & New York, Routledge, 2000, s. 30.

<sup>87</sup> [2004] EWCA Crim 1664.

<sup>88</sup> Bu düzenleme hâlihazırda yürürlükten kaldırılmış ve yerine 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası

*“... Herhangi bir kişisel bilgisayara, dizüstü bilgisayara ya da internete herhangi bir biçimde erişim sağlayarak materyal indirilmesini sağlayacak araçlara sahip olmanız, kullanmanız, zilyetliğinizde bulundurmanız ya da bunlara herhangi bir şekilde erişim sağlamanız yasaklanmıştır. Bu yasaklama, hukuka uygun bir işte söz konusu araçların bulundurulması ve kullanılması halinde, yalnızca bu hukuka uygun amaçla sınırlı olmak üzere uygulanmayacaktır”<sup>89</sup>.*

Bu yasaklamaya karşı temyiz mahkemesine başvuru yapılmıştır. Mahkeme temyiz başvurusunu kabul etmiş, böyle bir yasaklamanın kişinin eşini ve çocuklarını etkili bir şekilde internete erişimden mahrum edeceğini ve yan zararlara neden olacağını belirterek, kararı kaldırmayıp yasaklama emrine aşağıdaki ibareyi eklemiştir:

*“...internetten herhangi bir materyal indirmeniz yasaklanmıştır. Ancak bu yasaklama hukuka uygun bir iş için ya da hukuka uygun bir öğrenim/araştırma için yapılacak internetten indirmelere uygulanmayacaktır”.*

Bu yaptırımın belirsiz bir zamanı kapsıyor olması her nasılsa “aşırı” olarak değerlendirilmemiştir. *Hallogen* davasında<sup>90</sup> ise, benzer olarak aynı zamansal belirsizlikle verilen bir karar, hükmü veren hakimin yasanın ölçütlerini yeterince dikkate almadığı ve söz konusu yasaklama emrinin arzu edilenden ziyade gerekli olup olmadığı gerekçelerine dayanılarak bozulmuştur<sup>91</sup>.

#### **D. Suç Gelirlerinin Geri Alımı**

Birleşik Krallık'ta, 2002 tarihli Suçtan Elde Edilen Gelirler Yasası (Proceeds of Crime Act 2002) ile Kazançların Geri İadesi Ajansı (Asstes Recovery Agency) suçlular tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerden elde edilen gelirlerin geri alınması amacıyla kurulmuştur<sup>92</sup>. Bu ajans, şimdiki ismi Ulusal Suç Ajansı olan, ancak kurulduğu tarihteki adı Ciddi ve Organize Suç Ajansı olan yapının da bir alt kuruluşudur. Suç gelirlerinin geri alımı, ya müsadere emrinde olduğu gibi ceza muhakemesi işlemleriyle birlikte yürümekte ya da özel hukuk yargılamasında “geri alım emri” olarak işlemektedir<sup>93</sup>.

---

(Sexual Offences Act 2003) getirilmiş, anılan madde de “cinsel suçları önleme emri” olarak düzenlenmiştir.

<sup>89</sup> Walden, pn. 2.152.

<sup>90</sup> [2004] EWCA Crim 233; [2004] 2 Cr App R (S) 57.

<sup>91</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Ian Walden/Martin Wasik, “The Internet: Access Denied Controlled!”, *Criminal Law Review*, Issue 5, 2011, s. 377-387; Alisdair A. Gillespie, “Restricting Access to the Internet by Sex Offenders”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 19, No. 3, 2011, s. 165-186; Walden, pn. 2.152.

<sup>92</sup> POCA, m. 241.

<sup>93</sup> Walden, pn. 2.158.

Örneğin, *McKinnon* davasında<sup>94</sup>, ABD’de bulunan ve müstehcen yayınlar içeren web sitesinden sanığın elde ettiği gelirlerin alınması için bir müsadere emri verilmiştir. Ancak, söz konusu resimler Birleşik Krallık’ta çekildikten sonra ABD’ye gönderilmiştir. Temyiz yargılaması esnasında sanık, web sitesi sayesinde elde edilen söz konusu gelirlerin yalnızca suçtan elde edilen gelirler olmadığını, dava konusu resimlerin yayınlanmasının suç oluşturmadığı ülkelerden elde edilen gelirlerin de bunların arasında olduğunu iddia etmiştir. Bu iddia mahkeme tarafından reddedilmiştir; zira elde edilen gelirlerin bu mantıkla parçalara ayrılması mümkün değildir, özgün suç (müstehcen yayınların üretilmesi) Birleşik Krallık’ta işlenmiştir ve müsadereye tabi olması mümkündür.

### **E. Hukuk Reformu: Sorunlar ve İlkeler**

Bilişim suçlarının konusunun genellikle bilişim sistemleri yani makineler hakkında olması bazı sorunları beraberinde getirir. Dolandırıcılık suçunda olduğu gibi suçların büyük bir çoğunluğunda eylem, bir kişiye yönelik gerçekleştirilir. Siber alanda ise, eylemler genellikle bir insan ara yüzüne ihtiyaç duymamakta, tamamen dijital olarak gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ceza kanunlarında, insandan makineye ve makineden makineye yönelik eylemler hukukun konusu olarak düzenlenmelidir<sup>95</sup>. Ancak, Roma hukukundan kalan “kişi – eşya” ayırımına dayalı hukuk algımız ve sistemimiz henüz buna hazır değildir. Önce bu alana ilişkin algımız sonrasında ise düzenlemelerimiz değişmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Hukuku’na göre şeffaflık, bir bireyin haklarının hukuka uygun bir biçimde kısıtlanabilmesi için gerekli olan bir bileşendir. Hukuki belirginlik ilkesi, bir kişinin hangi hareketinin hukuka uygun hangisinin hukuka aykırı olduğunu yeteri kadar açık bir biçimde bilecek durumda olmasını gerektirir. Hukuki belirginlik ilkesinin, örneğin bireyleri elektronik ticaret yapmaya cesaretlendirmek gibi, bireylerin olumlu davranışlarda bulunmayı sağlayacak ölçüde ekonomik getirileri vardır<sup>96</sup>.

Belirginlik ilkesine son derece yakın olan bir diğer ilke ise, hukuk kurallarının devamlılığına olan ihtiyaç, yani hukuki istikrardır. Devamlılık ya da sürdürülebilirlik, anahtar niteliğinde iki görünüme sahiptir. Bunlardan ilki, bir dizi hukuk kuralının, bunların getiriliş amacı doğrultusunda uzunca bir süre getirildiği alanda uygulanabilmesidir. İkinci olarak, söz konusu kurallar yasaklanan davranışlara uygulanabilmelidir. Ancak, hukukun herhangi bir alanında, kuralların yüzde yüz uygulanabilmesine ulaşılabilmemiş değildir;

---

<sup>94</sup> [2004] 2 Cr App R (S) 46.

<sup>95</sup> Walden, pn. 2.166.

<sup>96</sup> Walden, pn. 2.173.

özellikle siber alandaki çok sayıdaki ve birbiriyle çatışma halinde olan hukuki egemenlik alanlarının varlığı dolayısıyla geniş bir aralıkta kuralların uygulanabilirlik yoksunluğu hukuk kurallarının değerinin altını oymaktadır<sup>97</sup>.

Görüldüğü üzere, özellikle ülkemizde son yıllarda karşılaşılan ceza mevzuatının sıklıkla değiştirilmesi, yalnızca bizde değil, gelişmiş bir ekonomik, sosyo-kültürel ve hukuki alt yapıya ve sisteme sahip olan Birleşik Krallık'ta da önemli bir sorun olarak görülmektedir. Doğrusu, çok düşünüp uzun süreler sonunda iyi mevzuat üretmek ve üretilen mevzuatı mümkün olduğunca uzun bir süre layıkıyla uygulayabilmektir.

### F. Kriminolojik Açıdan Fail

Bilişim suçlarını motive eden, suç işlemeye iten nedenler nelerdir? Grabosky ve arkadaşlarının belirttiğine göre, bilişim suçlarının geleneksel suç işleme nedenleri bulunur; bunlardan en çok görünenleri açgözlülük, ihtiras, güç, intikam, macera ve yasak ağacın meyvesini elde etme isteğidir<sup>98</sup>. Bundan farklı olarak Kilger ve arkadaşları ise söz konusu motivasyonu "MEECES"<sup>99</sup> olarak kısaltarak tanımlar; buna göre para, eğlence, ego, yapabilmek, sosyal bir gruba dahil olmak ve statü sahibi olmak suçta iten nedenlerdir<sup>100</sup>. Bütün bu motivasyon etkenleri hakkında verilen örnekler ve halihazırda bu alandaki dikkate değer kaynaklarda yapılan çeşitli açıklamalar, zaten failerin kendileri tarafından da dile getirilmektedir<sup>101</sup>. Bu motivasyonları, suçtan elde edilen gelirler bağlamında matematiksel formüllerle ifade etmeye çalışan girişimler de bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Bilişim hukuku alanında dünya çapında tanınan ünlü İngiliz hukukçu Prof. Dr. David S. Wall'un belirttiği üzere, "*suç fırsatları takip etmeye meyilli olduğundan ve internet de çok sayıda yeni fırsat ürettiğinden, gerçekten çok sayıda yeni suç tipi ortaya çıkmıştır*"<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> Walden, pn. 2.174.

<sup>98</sup> Peter Grabosky/Russell G. Smith/Gillian Dempsey, *Electronic Theft: Unlawful Acquisition in Cyberspace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, s. 2.

<sup>99</sup> İngilizce, "money", "entertainment", "ego", "cause", "entrance to socail groups" ve "status" sözcüklerinin baş harflerinden oluşmaktadır.

<sup>100</sup> Max Kilger/Ofir Arkin/Jeff Stutzman, "Profiling", in *Honeynet Project, Know Your Enemy, Learning about Security Threats*, 2nd edn, Addison-Wesley Professional, 2004, Bölüm 16.

<sup>101</sup> Kevin D. Mitnick/William L. Simon, *Art of Intrusion: The Real Stories Behind the Exploits of Hackers, Intruders & Deceivers*, Wiley Publishing, 2005, s. 1 vd.; Ayrıca bkz: Zhengchuan Xu/Qing Hua/ Chenghong Zhang, "Why Computer Talents Become Computer Hackers", *Communications of the ACM*, Vol. 56, No. 4, 2013, s. 64-74.

<sup>102</sup> Bkz: Nir Kshetri, "The Simple Economics of Cybercrimes", *IEEE Security and Privacy*, Vol. 4, No. 1, January/February 2006, s. 8-13, (available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=881421>); Walden, pn. 2.185.

<sup>103</sup> David S. Wall, *Cyberspace Crime*, London, Dartmouth, 2003, s. xv.



İnternet, yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasının yanında klasik suçların işlenmesi için de yeni olanaklar sağlamıştır. Bu durum Levi tarafından “suç olanaklarının demokratikleşmesi” olarak bir başka şekilde de ifade edilmiştir<sup>104</sup>. Özellikle içerik suçlarının işlenmesinin, bilginin dijitalleşmesi ve bunların kopyalanmasının, bunlara erişimin ve iletişim olanaklarının artmasıyla birlikte kolaylaştığı görülür. Telif hakları açısından, hak ihlallerinin ticarete etkisinin olup olmadığı konusundaki tartışmalar devam ederken, hak ihlallerinin yaygınlaştığı gerçeği ise tartışmasızdır. Teknoloji günlük yaşamlarımıza iyiden iyiye girerken, bilgisayarlar ve bilişim teknolojileri ile gerçekleştirilen dolandırıcılık ve sahtecilik suçları genel kural haline gelmekte; öte yandan pornografi siber alandaki anahtar endüstrilerden biri haline gelirken, dolayısıyla hukuka aykırı ve aşırı istekleri bulunan tüketicilerde çoğalma görülmekte, özellikle çocuk pornografisi bakımından bu husus ciddi boyutlara ulaşmaktadır<sup>105</sup>.

Dolayısıyla ticaretin zarar görmesinin engellenmesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve genel anlamda suçun engellenebilmesi için, hem mevzuat hem de soruşturma/kovuşturma açısından bu makalede görüldüğü üzere çeşitli önlemler alınmakta ve düzenlemeler yapılmaktadır.

### G. Suç Örgütleri

Suç örgütü kavramı İngiliz hukukunda açık bir şekilde tanımlanmaz. Bu sürecin bir ucunda tamamen hukuka aykırı oluşumlar olan çıkar amaçlı suç örgütleri ve suç çeteleri varken, diğer ucunda da hukuk tarafından tanınan, şirket ya da ticari girişimlerin bir formu olan tüzel kişiler bulunur. Türkiye’den farklı olarak İngiliz hukukunda, bunların kendi başlarına gerçekleştirmiş oldukları işlemlerden dolayı ceza sorumluluğu bulunur. Bu bağlamda, örneğin AB hukukuna göre, maddi hukuka ilişkin temel uyumlaştırma düzenlemeleri tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna atf yapmakta ve bunu şu şekilde tanımlamaktadır<sup>106</sup>:

*“... uygulanan hukuka göre tüzel kişi statüsünde olan oluşumlar anlamına gelmektedir; ancak bunlara devletler ya da devlet otoritesi altında hareket eden kamusal yapılar ya da uluslararası kamusal organizasyonlar dahil değildir”<sup>107</sup>*

Ceza hukuku alanında, tarihsel olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu belirleme konusunda bir mücadele söz konusudur. Bu mücadele suçun

---

<sup>104</sup> Michael Levi, “Between the Risk and the Reality Falls the Shadow”, Crime and the Internet: Cybercrimes and Cyberfears, Ed: David S. Wall, London & New York, Routledge, 2001, s. 44-58.

<sup>105</sup> Walden, pn. 2.188.

<sup>106</sup> Walden, pn. 2.196.

<sup>107</sup> Directive 2013/40/EU, m. 2(c).



maddi unsurunun ve manevi unsurunun tüzel kişiler tarafından değil ancak gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilmesine rağmen, modern ceza hukuku sistemlerinin tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmeye ve bu konudaki yeni düzenlemelerin sisteme yudurulmaya doğru evrilmelerinden beri devam etmektedir<sup>108</sup>. Bu iki aşırı ucun arasında, birbirinden oldukça farklı derecede formaliteler, eş güdümler ve süreklilikler görülür. İngiliz hukuku açısından, organizasyonların basit bir biçimde kişilere komplo kurmak veya dolandırıcılık suçunu işlemek için anlaşmış olmaları ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır<sup>109</sup>.

Sonuç olarak, diğer suçlarda olduğu gibi, bilişim suçları açısından da Birleşik Krallık'ta ve diğer Anglo Amerikan sistemine dahil olan ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu (corporate criminal liability) kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Uygulanan cezalar ise TCK m. 60'ta yer alanların daha geniş varyasyonları olan güvenlik tedbirleridir.

#### H. Suç İşlemeye Tahrik

Bizim hukuk sistemimizden farklı olarak, Anglo Amerikan hukuk sisteminde suça tahrik ya da şeriklik türleri iç içe geçmiş bir biçimde bizim verdiğimizden farklı anlamlar verilerek incelenirler<sup>111</sup>. Özellikle Anglo Amerikan hukuk sistemiyle yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının zorluğu, bu sistemlerin doğalarından kaynaklanan bu farklılıktan ortaya çıkmaktadır<sup>112</sup>.

Birleşik Krallık hukuk sisteminde bilişim suçları açısından suç işlemeye tahrik ve suça yardım etme konularında ilgi alanımıza giren önemli bir husus, başkalarının bilişim korsanlığı gibi suçları işleyebilmesini sağlamak için, bunlara gerekli araç ve olanakların sağlanmasıdır. Ashworth'ün belirttiği üzere, zilyetliğe ilişkin suçların zilyedin eşya ya da ekonomik değer ile ne yapacağı

---

<sup>108</sup> Bu konuda bkz: David Ormerod/David Perry, Blackstone's Criminal Practice 2017, Oxford, Oxford University Press, 2016, Bölüm 10; Amanda Pinto/Martin Evans, Corporate Criminal Liability, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2008, s. 1 vd.

<sup>109</sup> Walden, pn. 2.197.

<sup>110</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz: Mark Pieth/Radha Ivory, Corporate Criminal Liability: Emergence Convergence and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9, Heidelberg, Springer, 2011, s. 3 vd.

<sup>111</sup> Anglo Amerikan hukuk sistemi ceza hukuku ile Alman ceza hukukunun karşılaştırılması için bkz: Markus D. Dubber/Tatjana Hörnle, Criminal Law: A Comparative Approach, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 1 vd.

<sup>112</sup> Bu zorluklar hakkında bkz: Murat Volkan Dülger, "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihiçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 9, S. 24, Nisan 2014, s. 124, 125. Özellikle hukuki konularda İngilizce'den ya da İngilizce'ye yapılan çevirilerin zorluğu başlı başına bir çalışmanın konusu olmuştur, bkz: Rosanna Masiola/Renato Tomei, Law, Language and Translation From Concepts to Conflicts, Heidelberg, Springer, 2015, s. 5 vd.

temel alınmak suretiyle, suç olarak tanımlanmasından bu yana bunlar doğal anlamda “teşebbüs aşamasında kalmış suçlar” olarak kabul edilebilirler<sup>113</sup>. Böyle bir sonuç, duruma göre başkalarını suç işlemeye teşvik / yardım etme anlamına gelir. Siber alanda bu biçimdeki suça teşvike / yardıma yönelik zilyetlik, suçta kullanılacak araçlar bakımından şüphesiz bunun ayrı bir suç olarak tanımlanmasını gerektirir. Bu tür araçlar, bir suça teşebbüs halinde ya da suç anlaşmasında açıkça suça teşvik / yardım eden kişi tarafından sağlanmalıdır. Bununla birlikte, bu tür bilişim suçlarının işlenmesinde kullanılan araçlara ilişkin piyasanın doğası, en uygun biçimde cesaretlendirme ve yardım etme hareketleri olarak tanımlanabilecek şekilde görünürler<sup>114</sup>.

Bu açıklamanın, ülkemizde 6698 sayılı Yasanın 30. maddesi ile TCK’ya eklenen 245/A maddesinde yer alan “yasak cihaz veya programlar” başlıklı suç açısından değerlendirilmesi gerekir. Aynı durum ülkemiz açısından da geçerli olduğu için bu suç tipi getirilmiştir. Bazı bilişim suçlarının bunlara ilişkin özel yazılım ve donanımlar olmaksızın işlenmesi mümkün değildir. Ancak kolluk güçlerinin yaptığı bir operasyon sırasında bu aygıtlar ile o anda bir işlem yapılmıyorsa, bunların sadece bulundurulması, cezalandırılmayan önceki hareket olan hazırlık hareketi kapsamındadır. İşte İngiliz hukukundakine benzer bu düzenleme ile hazırlık hareketi konumundaki bu davranışlar tek başına cezalandırılabilir suç olarak düzenlenmiştir.

### **İ. Aradaki Süjeler: Sorumluluk Kuralları ve Sorumluluktan Kurtuluş**

Herhangi bir aktivite için sorumluluktan kurtulma, bilgi ya da kontrol yoksunluğunu gösterecek şekilde dizayn edilen, sıkı şartların varlığına bağlıdır<sup>115</sup>. İngiliz hukukunda geçerli olan “*yalnızca mecra olma / mere conduit*” ilkesine dayanılarak sorumluluktan kurtulabilmek için içerik açısından üç kuralın gerçekleşmesi gerekir: İlk olarak, internet servis sağlayıcı (ISS) iletimi başlatmamış olmalı; örneğin, içeriğin iletimi ya da içeriğe erişim kararı ISS tarafından verilmemiş ve başlatılmamış olmalı ve hatta bu durum verilen hizmete ilişkin operasyonel verilerden (göstergelerden) belirlenebilmelidir<sup>116</sup>. Yani; örneğin, bir kullanıcı bir e-mail mesajı gönderdiğinde, bu doğrudan doğruya ISS’nin mesajın alıcıya iletimi zamanına denk gelmemelidir. İkinci

---

<sup>113</sup> Andrew Ashworth/Jeremy Horder, Principles of Criminal Law, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 487.

<sup>114</sup> Walden, pn. 2.222.

<sup>115</sup> 2000/31/EC sayılı AB direktifi, iç pazardaki, özellikle elektronik ticaretteki, bilgi toplumu servislerinin belli hukuki yönlerine ilişkindir; OJ L 178/1, 17 Temmuz 2000 (eCommerce Directive). Bu direktif Birleşik Krallık iç hukukuna 2002 tarihli Elektronik Ticaret Düzenlemesi ile aktarılmıştır (Electronic Commerce [EC Directive] Regulations 2002 [SI No 2013] 2002 Regulations). İşte bu şartlar söz konusu düzenlemede yer almaktadır: eCommerce Directive, Beyanat 42.

<sup>116</sup> eCommerce Directive, m. 42; 2002 Regulations reg 17.

olarak, ISS iletimin alıcısını seçmemelidir<sup>117</sup>. Üçünü olarak, ISS iletinin içindeki bilgiyi seçmemeli ya da dönüştürmemelidir<sup>118</sup>. İletide yer alan bilgi üzerinde bu şekildeki bir editöryal kontrol çalışması, “içerik hizmeti” olarak yorumlanabilir<sup>119</sup>. Bununla birlikte bu husus, verinin iletimi ya da erişimi esnasındaki, veri içeriğinin bütünlüğünü bozmayan teknik manipülasyonları kapsamaz<sup>120</sup>.

Ayrıntıları aşağıda dipnotta verilen AB Direktifi ve Birleşik Krallık düzenlemesinde yer alan “önbellek düzenlemesinden” yararlanabilmek için, ISS’lerin, herhangi bir suçlamayı boşa çıkartmak amacıyla etkin bir ispatı sağlamaya yönelik şu yedi şartı yerine getirmeleri gerekir<sup>121</sup>: İlk olarak, herhangi bir depolama kendiliğinden (otomatik), aracı sıfatıyla ve geçici olmalıdır. Önbellek hizmetinin gerekli ayarlarının yapılabilmesi için insan müdahalesi büyük ihtimalle başlangıçta gerekir, fakat her olay için ve devam eden bir şekilde müdahale olmamalıdır. Yedekleme amacıyla depolama yapılması gündeme gelebilir, bu önbellek hizmetinin gerektirdiğinden daha fazla kalıcı depolamanın yapılması gerektiği anlamına gelmektedir. İkinci olarak, amaca yönelik bir zorunluluk bulunmalıdır; örneğin, kopyalamanın yegâne amacı hizmet alıcısının iletinin sağlanması olmak zorundadır. Üçüncü şart ISS’nin veri üzerinde değişiklik yapmamasıdır<sup>122</sup>. Dördüncü şart, veriye erişmeye yönelik ISS üzerinde bulunan şartların, telif hakkı lisansı gibi haklarla tamamlanması gerekliliğidir<sup>123</sup>. Beşinci şart, bilgiyi güncellemeye yönelik herhangi bir kuralın, örneğin verilerin periyodik olarak güncellenmesi gerekliliği, mevzuata uyumlu olmasıdır<sup>124</sup>. Altıncı olarak, “kurabiyelerden / cookies” dijital hak yönetimi sistemlerine (DRM) kadar veri kullanımını gözlemek amacıyla veri sağlayıcı tarafından yararlanılan sistemler zararlı olmamalıdır<sup>125</sup>. Son olarak ISS’ler; özgün kaynağın çıkarıldığı, erişiminin engellendiği veya bir mahkeme kararıyla bunlara erişimin engellendiği ya da içeriğin çıkarıldığı hususunda güncel bilgiye sahip olmaları halinde; bilgiye erişimi engellemeli ya da içeriği çıkarmalıdır<sup>126</sup>. Bu koşullara uyulmaması halinde ISS’lerin sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>127</sup>.

---

<sup>117</sup> eCommerce Directive, m. 12(1)(b).

<sup>118</sup> eCommerce Directive, m. 12(1)(c).

<sup>119</sup> Framework Directive, m. 2(c). Bu tür “görsel-işitsel medya servisleri” (Direktif 2010/13/EU, OJ L 95/1, 15 Nisan 2010) ya da bir gazetenin web sitesi. Bu konu hakkında bkz: Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia Ltd and others [2015] 1 CMLR 24.

<sup>120</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(a); Walden, pn. 2.233.

<sup>121</sup> eCommerce Directive, m. 13; 2002 Regulations reg 18.

<sup>122</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(a).

<sup>123</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(b).

<sup>124</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(c).

<sup>125</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(d).

<sup>126</sup> eCommerce Directive, m. 13(1)(e).

<sup>127</sup> Walden, pn. 2.234, 2.235.

Yukarıda yasaya dayanan sorumluluktan kurtulmaya ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalarda görüleceği üzere, internetin bir ortam olarak gelişmesine yönelik hukuk politikası kendine özgüdür (sui generis). Bu politikanın özünde geleneksel İngiliz ceza hukukunun ilkelerinden radikal bir kopuş görülmez. Yasal düzenlemelerin uygun gördüğü istisnai durumlar haricinde, kusursuz sorumluluk çok nadir uygulanır; belli bir düzeyde olan ihlallerden sorumluluk için “bilme”, yani kast standart manevi unsurdur. Ancak bu alandaki düzenlemeler “ihmali sorumluluğun” bir türünü de içerir, buna göre bulut bilişim hizmetini verenler güncel bilginin görülebildiği hallerde harekete geçmek durumundadırlar; bunların “adil uyarma” ilkesi<sup>128</sup> gereğince hareket etmeleri gerekir ve herhangi bir yasa uygulayıcı idareye haber vermeksizin, süratle suç oluşturan içerikleri çıkarmalılar ya da bunlara erişimin engellenmesini sağlamalıdırlar<sup>129</sup>.

## J. Özel Mahkemeler

Hindistan ve Bangladeş gibi ülkelerde bilişim suçlarına bakmakla görevli özel mahkemeler kurulmuştur. Böylelikle yargı sisteminin deneyim ve bilgi eksikliklerinin önüne geçilmek istenmekte ve bu mahkemeler söz konusu ülkelerin yargı sistemlerinde çok önemli bir yer işgal etmektedir<sup>130</sup>. Ancak, ne İngiltere’de ne de diğer Anglo Amerikan hukuk sistemine dahil bir diğer ülkede bilişim suçlarına bakmakla görevlendirilmiş özel mahkemeler bulunmamaktadır.

## K. Özel Hukuk Uygulamaları

İnternetin doğası ve kaynağı, kendi kendine düzenlemenin (self regulation)<sup>131</sup> ve özel hukuk uygulama mekanizmalarının, bilişim alanında işlenen suçlara verilecek yanıtların merkezinde yer alan bir bileşen olduğunu bizlere gösterir. Bu tür düzenlemeler, geniş bir zamana yayılarak işlerler; esasen bu uygulamalar bir yandan kamu hukuku uygulamaları ile de örtüşmektedir. Bu uygulamalar yalnızca kullanıcıları ve ilgili grupları kapsamayıp, ayrıca ve çok önemli olarak, internet iletişim sağlayıcıları gibi kullanıcıların internete erişimini sağlayan altyapı hizmetlerini sunan aracı kurumları da kapsarlar<sup>132</sup>. Dolayısıyla Birleşik Krallık’ta, bir bilişim suçuna ilişkin mahkûmiyet söz konusu olduğunda, bünyesine uygun olduğu hallerde özel hukuk yaptırımları da bunu izlemektedir.

---

<sup>128</sup> Ashworth/Horder, s. 55.

<sup>129</sup> Walden, pn. 2.246.

<sup>130</sup> Walden, pn. 2.275.

<sup>131</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Jeanne Pia Mifsud Bonnici, Self-Regulation in Cyberspace, The Hague, TMC Asser Press, 2008, s. 9 vd.

<sup>132</sup> Walden, pn. 2.276.

Ülkemizde müsadere, suç gelirlerine el koyma ve tüzel kişilere özgü yaptırımlar bunları kısmen karşılarsa da, anılanlar bu alana özgü özel hukuk yaptırımı niteliğinde değildir. Ülkemiz hukuk sisteminde özel hukuka ilişkin bu alana özgü yolların oluşturulması ve ceza hukuku tedbir ve yaptırımlarından ayrı olarak işletilmesi gerekli ve zorunludur. Bu da iki hukuk sistemi arasındaki yapısal farklılıktan kaynaklanmaktadır.

#### **L. Soruşturmada Özel Kişilerin Rolü ve Özel Kişiler Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar**

Bilişim suçlarının, özellikle de çocuk pornografisinin izlenmesi ve yetkili makamlara ihbar edilmesi konusunda ABD ve batılı ülkelerde özel kişi/kuruluşların ve sivil toplum kuruluşlarının çeşitli girişimleri bulunmaktadır. Bu sivil girişimlerin eylemlerine ek olarak, bilişim suçları çevrimiçi (online) ya da dijital hareket eden kendiliğinden hukuk uygulayıcıları (vigilantes) olan bireyler ya da gruplar tarafından da polise bildirilmektedir. Örneğin *US v. Jarrett* davasında<sup>133</sup> bir Türk bilişim korsanı tarafından iki ABD vatandaşının bilgisayarlarının “hack”lenmesi sonucu bu kişilerin bilgisayarlarında bulunan çocuk pornografisi içerikleri Alabama Polis Departmanına verilmiş ve bu içerikler söz konusu kişilerin suçlanmasında delil olarak kullanılmıştır<sup>134</sup>.

Hepsi kendi açısından haklı olan farklı politik temellere dayalı olan ve göreceli olarak onarıcı adalet ve suçun önlenmesi bakışıyla, her bir olayda özel sektörün ve kamu sektörünün gerçekleşen bilişim suçları hakkında birbirlerine bilgi vermelerinin en etkili sonucu, verilecek cezanın yerine geçecek ya da onu tamamlayacak bir yaptırımın, tazminat talepleriyle birlikte uygulanmasıdır<sup>135</sup>. Ancak bu tür bir yaklaşım, uygunluğunun sınırlarına ilişkin politik sorunlar da ortaya çıkarmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere bu tür bir yaptırım, suçlunun bilgisayar kullanmasının ya da internete erişiminin engellenmesidir. Buna alternatif bir yaklaşım, polisin suçluya hizmet veren ISS’ye bir rapor göndermesidir. Böylelikle bazı ISS’ler bu kişinin hesabını kapatmayı tercih edebilecek ve bu sektörde yer alan diğer oyuncular da kendilerine bilgi verildiğinde, suçluları müşteri olarak kabul etmeyecektir. Bu yaptırım “*e-ölüm cezası*” olarak anılmaktadır<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> 338 F 3d 339 (Va, 2003).

<sup>134</sup> Walden, pn. 2.280.

<sup>135</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Christopher T. Marsden, *Internet Co-Regulation: European Law Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 43 vd.

<sup>136</sup> EURIM, *Policing the Internet*, Submission to the Internet Governance Forum, July 2006, [http://www.eurim.org.uk/activities/ecrime/eurim\\_IGF06paper.pdf](http://www.eurim.org.uk/activities/ecrime/eurim_IGF06paper.pdf), s. 3.

Bununla birlikte bu tür sınırlayıcı düzenlemeler hukuki gözetimin ve insan hakları hukukunun ilgisini çekmekte ve konusunu oluşturmaktadır. Bu tür bilgileri paylaşma mekanizması “olmaması gerektiği halde” kötüye kullanımlara açık olabilir<sup>137</sup>. Bu tür kaygılar nedeniyle AB kuralları, özellikle özel kişiler arasında gerçekleşen veri transferlerine ilişkin olarak AB üyesi devletlerin kolluk güçleri arasında işbirliğinin sağlanması amacıyla kişisel verilerin işlenmesinin korunmasını düzenler<sup>138</sup>.

## VI. BİRLEŞİK KRALLIK CEZA HUKUKUNDA BİLİŞİM SUÇU TÜRLERİ

Bilişim teknolojilerinin toplum üzerindeki etkisi son derece derin ve şiddetlidir<sup>139</sup>. Bu etki, bir sanayi toplumu olan Birleşik Krallık için de geçerlidir. İngiltere’de toplum, 1990 tarihli Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası (Computer Misuse Act 1990) öncesinde de bilişim teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerle karşı karşıya kalmış ve bunlarla mücadele etmeye çalışmıştır. Bu hukuka aykırı eylemlere genellikle dolandırıcılık, hırsızlık ya da kişilere karşı suçlara ilişkin normlar uygulanmıştır. Buna rağmen ceza hukukunun sunduğu korumada çeşitli boşluklar söz konusu olmuştur. Bu hususa, özellikle Hukuk Komisyonu 1988 tarihinde yayınlamış olduğu Çalışma Raporunda işaret etmiştir<sup>140</sup>. Komisyon, yapmış olduğu çalışmalarda, özellikle yetkisiz erişim eylemlerine yoğunlaşmış ve bunları dikkate alarak bir hazırlık yapmıştır. Ancak final raporunu hazırlamadan önce finans ve bilişim sektöründen temsilcilerle yapılan görüşmeler neticesinde, yalnızca yetkisiz erişime ilişkin düzenleme yapılmasının yetersiz olduğu görülmüş ve bu grupların teklifiyle yetkisiz erişimin daha ağır başka suçların işlenmesinde araç (basamak) olarak kullanılması ve bilgisayarda yer alan verilerin yetkisiz olarak değiştirilmesinin de düzenlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Sonuçta, söz konusu yasa 1990’da yürürlüğe girmiş ve birçok sorunun da kaynağını oluşturmuştur<sup>141</sup>.

Yasanın yürürlüğe girmesinden hemen sonraki on yıl içinde ve devamında eleştirilenler; yasanın eskidiğini, yasanın taslağının oluşturulduğu tarihlerde bilgisayarların bu kadar sofistike olmadığını, internetin ise henüz emekleme

---

<sup>137</sup> Ben Wagner, *Global Free Expression – Governing the Boundaries of Internet Content*, Law Governance and Technology Series, Vol. 28, Switzerland, Springer, 2016, s. 11 vd.

<sup>138</sup> Walden, pn. 2.283.

<sup>139</sup> David Ormerod, Smith & Hogan’s *Criminal Law*, 13th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 1045.

<sup>140</sup> The Law Commission, Working Paper No 110, *Computer Misuse*. Ayrıca bkz: Martin Wasik, “Law Reform Proposals on Computer Misuse”, *Criminal Law Review*, 1989, s. 257-270.

<sup>141</sup> Neil MacEwan, “The Computer Misuse Act 1990: Lessons from Its Past and Predictions for Its Future” *Criminal Law Review*, Vol. 12, 2008, s. 955-967; Ormerod, Smith & Hogan’s *Criminal Law*, s. 1045, 1046.

döneminde olduğunu belirtmişlerdir<sup>142</sup>. Buna bağlı olarak yasanın kapsamının genişletilmesine yönelik baskılar artmıştır<sup>143</sup>. Parlamento Tüm Partiler İnternet Grubu, yasayı gözden geçirmiş ve yasada yapılması gereken reforma ilişkin tavsiyelerde bulunan bir rapor hazırlamıştır<sup>144</sup>. Söz konusu grup, yasa hakkında dile getirilen sorunların “yürürlükteki yasada mevcut olan geniş boşluklardan” kaynakladığı sonucuna varmıştır. Buradaki özellikli bir husus, yasanın DoS saldırılarına uygulanabilirliği konusundadır, zira bu saldırılar yüzünden hukuka uygun olarak hareket eden kullanıcıların ticari web sitelerine erişimi engellenmektedir. Mahkemeler, 1990 tarihli Yasada yer alan suçların DoS saldırılarına uygulanabileceği şeklinde yorumda bulunmuştur<sup>145</sup>. Ancak bu tür hukuka aykırılıklarla mücadele edebilmek için bu konuya özgü suçların bulunmasının gerekli olduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Bu alandaki daha ileri baskılar, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanmıştır<sup>146</sup>. 2006 yılında, Polis ve Adalet Yasası (Police and Justice Act 2006) ile CMA’da yer alan suçlara eklemeler yapılmış ve bilgisayarların kötüye kullanıma ilişkin yeni suç tipleri düzenlenmiştir. Bunlara daha sonra 2007 tarihli Ağır Suçlar Yasası (Serious Crime Act 2007) ile yeni eklemeler de yapılmıştır<sup>147</sup>.

Son yıllarda, organize suçlarla mücadelede, hükümetlerin ve kolluk güçlerinin dikkatlerini, suç gelirlerinin aklanmasından elde edilen gelirleri hedef alacak şekilde değiştirdikleri görülmektedir. Bu yöndeki yasalar, diğer suçlara nazaran bu tür suçları biraz daha geniş kapsamlı ele almaktadır; bu bağlamda, örneğin yetkisiz değişiklikler yapılması gibi bir seri kişisel eylemden ziyade, haksız kazanç elde etmek için gerçekleştirilen eylemin arkasında yatan asıl amaca odaklanmaktadır. Sonuçta bilişim suçları da organize suçların bir parçasıdır ve bu tür yasalar bu suçlarla mücadele için de artarak kullanılmalıdır<sup>148</sup>.

Bilgisayarların ve özellikle internetin sağladığı fırsatlardan ve kolaylıklardan yararlanmak suretiyle bunları istismar etmeyi seçerek geniş çapta zararların oluşmasına neden olan ve hukuka aykırı eylemler olan dolandırıcılık, pedofili, casusluk, korsan yayıncılık, suç gelirlerinin aklanması ya da haksız rekabette

---

<sup>142</sup> Stephan Fafinski, “Access Denied: Computer Misuse on an Era of Technological Change” *Journal of Criminal Law*, Vol. 70, Issue 5, 2006, s. 424-442.

<sup>143</sup> Buna karşın bunların tamamının bir reform isteği olduğu söylenemez, bkz: C. Holder, “Staying One Step Ahead of the Criminals”, *IT Law*, Vol. 10, Issue 3, 2002, s. 17 vd.

<sup>144</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz: G. Fearon, “All Party Internet (APIG) Report on the Computer Misuse Act”, *Comps. & Law*, Vol. 15, 2004, s. 36 vd.

<sup>145</sup> DPP v. Lennon [2006] EWHC 1201.

<sup>146</sup> Bkz: Ian Walden, “Harmonising Computer Crime Laws in Europe”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 12, Issue 4, 2004, s. 321-336.

<sup>147</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s *Criminal Law*, s. 1046.

<sup>148</sup> Walden, pn. 3.04.



bulunma vb. gibi yolları seçmiş olanlarla ceza hukukunun mücadelede çeşitli zorluklarla karşı karşıya kalmaya devam edeceğini öngörmek bir kehanet değil, gerçeğin tespitidir<sup>149</sup>.

Bu alanda işlenen suçların sayısını hesaplamak son derece güçtür. İş dünyası kendisine karşı işlenen suçları raporlamakta isteksizdir; zira bildirimde bulunmaları güvenliklerindeki zafiyetlerinin ortaya çıkmasına ve müşterilerin iş yapmaktan caymasına yol açabilir. Öte yandan bu alandaki mevzuatın oldukça karmaşık olması nedeniyle yapılacak suçlamaların sayısında bir azalmanın gerçekleşebileceği de düşünülebilir<sup>150</sup>. Nitekim bu konuya yaklaşıma daha önce değinmiştim.

Birleşik Krallık'ta, yukarıda bahsetmiş olduğum, bu ve buna benzer çeşitli yasalarda bilişim suçlarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu alana ilişkin çalışmaların çoğunluğunda görüldüğü gibi, söz konusu yasaları ve bunların birkaç maddesini alt alta sıralamak yerine, bu suçlardan önemli gördüğüm bazılarını, bunların unsurlarını ve hangi mahkeme kararlarına konu olduklarını aktarmanın bir karşılaştırmalı hukuk çalışması açısından daha uygun olacağını düşünüyorum.

## A. Bilgisayarla İlgili Suçlar

### 1. Bilişim Casusluğu

Casusluk faaliyetleri, uluslararası ilişkiler dünyasında daima rol almıştır. Hükümetler, teröristler ve diğerleri, yabancı hükümetlerin ve diğer kuruluşların, özellikle savunma ve ulusal güvenlik konularıyla ilgili olarak, neler yaptığını öğrenebilmek için casuslar kullanmışlardır. Siber alan, bu tür gizli bilgilere erişim için alternatif bir yol sunar. Siber casusluk hakkındaki klasik bir örneklerden biri, Markus Hess'in faaliyetleridir. Bu kişi, 1980'ler boyunca, internetin öncüsü olan ARPANET'i kullanarak, Hannover Almanya'daki üssünden 400'den fazla ABD askeri bilgisayarına erişim sağlayarak Sovyetler Birliği'ne bilgi sağlamıştır<sup>151</sup>. Devlet tarafından yapılan yabancı istihbarat faaliyetleri bakımından, Edward Snowden'in yapmış olduğu ifşaatlar<sup>152</sup>, ABD'nin sinyal casusluğu aktivitelerinin (SIGINT), düşmanlarına olduğu kadar aralarında Birleşik Krallık'ın da olduğu müttefiklerine de uzandığını ortaya koymuştur<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> Morris, *The Future of Netcrime*, s. 13-19; Ormerod, Smith & Hogan's *Criminal Law*, s. 1047.

<sup>150</sup> Ormerod, Smith & Hogan's *Criminal Law*, s. 1047.

<sup>151</sup> Detaylı bilgi için bkz: Cliff Stoll, *Cuckoo's Egg*, New York, Pocket Books, 1998.

<sup>152</sup> Bkz: Snowden Surveillance Archive, <https://snowdenarchive.cjfe.org/greenstone/cgi-bin/library.cgi>, 12.8.2016.

<sup>153</sup> Walden, pn. 3.15.



Belli bazı devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin elde edilmesi ve açıklanması uzun zamandan beri suç olarak düzenlenmektedir. Aynı ölçüde, açık ve şeffaf bir devlet, öncelikle liberal ve demokratik bir toplumun varlığını gerektirir. Bunun için uygun bir dengenin sağlanmasının ve yürütülebilir kuralların oluşturulmasının başarılması, açıkça görülen bir gerilimin ortaya çıkmasına neden olur. İngiliz hukukuna göre; 1911, 1920 ve 1989 tarihli Devlet Sırrı Yasaları (Official Secrets Acts), belli bazı devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin elde edilmesini ve açıklanmasını suç olarak düzenlemektedir. Bu bilgilerin niteliğine bağlı olarak kişilerin suç işlemesi mümkün olabilmektedir<sup>154</sup>.

Bu yasalarda devlet sırrının ne olduğu açıkça tanımlanmamıştır. Bu bilgilerin, düşmanlar tarafından kullanılabilir bilgiler olması yeterlidir. Konumuzla doğrudan ilgili olan husus ise bu bilgilerin nerede bulunduğu ilişkindir. 1911 tarihli Devlet Sırrı Yasası'na göre "yasaklanmış alanlara" girilerek gizli bilgilerin elde edilmesi suçtur; bu yasa da yer alan "yasaklanmış alanlar" kavramı oldukça geniş anlaşılmıştır. Ancak yasa da düzenlendiğinde bu kavram "fiziksel alanlar" olarak tanımlanmıştır; tarihsel ve mantıksal olarak bu kavramın "sanal" dünyada yasaklanmış alanlarda bulunan bilgisayarlara ve bilişim sistemlerine girilerek bilişim sisteminin güvenliğinin kırılması ve hukuka aykırı olarak sisteme girilmesini içerecek şekilde düzenlenmiş olması mümkün değildir<sup>155</sup>.

Bir bilişim sisteminde yer alan devlet sırrlarının hedef alınarak suçun işlenmesi halinde, kıyas yapmak suretiyle, yetkisiz erişim suretiyle sistem bütünlüğüne karşı işlenen suçlarla dolaylı bir koruma sağlanabilir (zira Anglo Amerikan ceza hukuku sisteminde kıyas ve genişletici yorum mümkündür). Gerçekten de, ABD'de bilgisayarın bütünlüğüne yönelik suçları düzenleyen temel yasa olan Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanılması Yasası'nda (the Computer Fraud and Abuse Act), öncelikle "Birleşik Devletler Hükümeti tarafından kullanılan", sınıflandırılmış ya da sınıflandırılmamış bilgiler korunur<sup>156</sup>. Bu yasa, çok geniş bir kapsamda özel ve kamusal bilişim sistemlerini korumak<sup>157</sup> için getirilmiştir<sup>158</sup>.

Bu tür bilgi açıklamalarında internetin potansiyel rolüne ilişkin bir örnek, Richard Tomlinson olayıdır. Tomlinson, İngiliz istihbarat servisi olan MI6'te çalıştığı yıllarını anlatan bir kitabı yayınlamak isterken<sup>159</sup>, 1997 yılında 1989

---

<sup>154</sup> Walden, pn. 3.16.

<sup>155</sup> Walden, pn. 3.17-3.20.

<sup>156</sup> Computer Fraud and Abuse Act, Pub L No 98-473, Title II, Chapter XXI, s 2101(a), 98 Stat 1837, at 2190 (1984).

<sup>157</sup> "Korunan bilgisayarlar" 18 USC s 1030(e)(2)'de tanımlanmaktadır.

<sup>158</sup> Walden, pn. 3.21.

<sup>159</sup> Tomlinson sonrasında bu kitabı Moskova'da yayınlamayı başarmıştır bkz: Richard

tarihli Devlet Sırları Yasası'nı ihlal etmekten suçlu bulunmuş ve hapis cezasına çarptırılmıştır<sup>160</sup>. Sonrasında bu kişi MI6 ajanlarının listesini web sitesinde yayınlamaktan suçlanmıştır. Bu liste, listenin internet üzerinden yayınlanması devletin avukatları tarafından önleninceye kadar çok, geniş bir çevrede defalarca yeniden yayınlanmıştır; ayrıca Tomlinson'un bu konuyla ilgisi hiçbir zaman ispatlanamamıştır<sup>161</sup>.

Devlet sırlarını korumaya yönelik işleyişin rejimi 2000 tarihli Bilginin Özgürlüğü Yasası (the Freedom of Information Act 2000) ile yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile ileriye etkileyen (proaktif) yayınların gerekli olması veya bireysel bilgi edinme taleplerine yanıt verme yükümlülüğünün olması halinde, devlet tarafından nasıl bilgilendirme yapılacağına ilişkin bir açıklama rejimi oluşturulmuştur<sup>162</sup>.

Geçmişte, devlet sırlarının korunmasına ilişkin rejim çok geniş düzenlendiği için eleştirilmiştir; çünkü devlet güvenliğiyle uzaktan ilgili olan bilgiler dahi ceza sorumluluğunun doğmasına yol açabiliyordu<sup>163</sup>. Ancak bu rejimde yapılan reform, idare hukuku düzenlemelerini ve uygulamasını değiştirmiştir; en dikkat çekici husus ise Bilginin Özgürlüğü Yasası'nın, devlet sırlarının ceza hukuku tarafından aşırı derecede korunduğuna yönelik pekçok kişinin algısını değiştirmiş olmasıdır. İleride internetin, bu kuralların etkinliğinin altını oyduğu görülebilir; çünkü internette, üzerindeki bilgilere küresel düzeyde ulaşılabilirdiği için, bu bilgiler bir kere yayımlandıktan sonra bunlar üzerindeki ulusal hukuki kontrol en iyi şartlarda geçici olabilmektedir. Wikileaks bu konudaki en iyi ve bilinen örneği oluşturur. Bu, Birleşik Krallık'ta, 1980'lerin ortalarında Peter Wright'ın "Casus Avcısı / Spycatcher" isimli kitabının yayınlanması ile Thatcher Hükümetinin yüzleştiği bir durumdur. Hükümet, öncelikle kitabın yayınlanmasının önlenmesine ilişkin mahkemeden bir tedbir kararı alabilirken, diğer yargı çevrelerinde söz konusu kitap bir kere internet üzerinden yayımlandığı için, kalıcı tedbir talebi mahkeme tarafından reddedilmiştir<sup>164</sup>.

---

Tomlinson, The Big Breach: From Top Secret to Maximum Security, Narodny Variant Publishers, Moskova, 2001.

<sup>160</sup> A. S. Reid/N. Ryder, "The Case of Richard Tomlinson: The Spy Who Emailed Me", Information and Communications Technology Law, Vol. 9, Issue 1, 2000, s. 61 vd.

<sup>161</sup> Walden, pn. 3.23.

<sup>162</sup> Bu rejimin tarihçesi, teorik alt yapısı, uygulaması ve ilgili düzenlemeleri için bkz: Philip Coppel, Informations Rights: Law and Practice, 4th Edition, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2014, s. 1 vd.; Walden, pn. 3.24.

<sup>163</sup> Bkz: D. Williams, Not in the Public Interest; the Problem of Security in Democracy, London, Hutchison, 1965.

<sup>164</sup> Attorney-General v. Guardian Newspapers [1987] 1 WLR 1286, Walden, pn. 3.26.

## 2. Ticari Sırlar ve Gizli Bilgilere İlişkin Suçlar

Endüstriyel casusluk, modern iş yaşamında sıklıkla görülen bir husustur, zira bir iş yapış modeli ya da “know-how” artan bir şekilde değerli bir araç haline gelebilir. Bugün bu tür aktiviteler; bilgiye ulaşmanın bir yolu olarak bilişim sistemlerinin güvenliğinin kırılması (hacking), casus yazılımlar (spyware)<sup>165</sup>, elektronik gizli dinleme, USB hafıza kartının bir araç olarak yararlı bilgilerin yerinin değiştirilmesi için kullanılması gibi biçimlerde, ICT’lerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilir. Bu tür casusluk, rakip şirket ve bireyler arasında söz konusu olduğu gibi, devletler düzeyinde de olabilir<sup>166</sup>. Bu tür eylemler, bilgiye erişim hakkı olan mağdur kuruluşun içinden birilerinin suç ortaklığı ile başarılabilir gibi, dışarıdan kişilerin hukuka aykırı eylemleri kendilerinin yapması ya da bunun için üçüncü kişileri kullanması (ticari bir hizmet olarak bunlardan hizmet alınması) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Ticari sırların değerinin paraya çevrilmesi ise karmaşık bir yöntemdir; bu, genellikle bu tür bilgilerin spekülasyon bir temelden ziyade, mevcut düzeni korumak için (rekabetin önlenmesi) elde edildiği anlamına gelir<sup>167</sup>.

Siber endüstriyel casusluk alanında en öne çıkan örnek İngiltere’nin dışında çalışan, hem İsrail hem de Alman vatandaşı olan Bay ve Bayan Haephraati olayıdır. Bu ikili ve çok sayıdaki önemli iş adamı, İsrail iş yaşamına karşı endüstriyel casusluk yapmaktan gözaltına alınmışlardır. Bu çift, geliştirdikleri ve yaydıkları bir Truva atı yazılımıyla, rakip şirketlerin bilişim sistemlerine gizlice girerek erişim için rıza alınması ve bu yolla rakip şirketler tarafından işe alınan özel soruşturmacılar tarafından rakip şirketlerin ticari sırlarının öğrenilmesini sağlamakla suçlanmıştır. Söz konusu kötüçül yazılım, mağdura gönderilen bir elektronik postanın açılması ya da bir ticari iş teklifinde bulunan bir diskin mağdura gönderilmesi ve mağdurun bilgisayarında çalıştırılması suretiyle çalışmaya başlamaktadır. Söz konusu kötüçül yazılım ABD’de ve İsrail’de bulunan FTP sunucularında yer almaktadır. Haephraati’ler, sonrasında İsrail’e iade edilmişlerdir. Duruşma öncesi yetkili makamlarla yapılan pazarlıklar neticesinde, özel soruşturmacılara karşı sağladıkları deliller sayesinde hapis cezasının indirilmesini sağlamışlardır<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Bkz: Ashton Investmets Ltd and another v. OSJC Russian Aluminium and others [2006] All ER (D) 209 (Oct), bu davada bir Rus şirketi, tarafları ilgilendiren devam eden bir davada önemli bilgileri elde etmek için karşı taraf olan İngiliz şirketinin bilişim sistemlerine uzaktan erişmek iddiasıyla suçlanmıştır.

<sup>166</sup> Örneğin bkz: US Department of Justice (DoJ), “U.S. Charges Five Chinese Military Hackers with Cyber Espionage Against U.S. Corporations and a Labor Organization for Commercial Advantage”, Press Release, 19 Mayıs 2014, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/pittsburgh/news/press-releases/u.s.-charges-five-chinese-military-hackers-with-cyber-espionage-against-u.s.-corporations-and-a-labor-organization-for-commercial-advantage>, 1.1.2017.

<sup>167</sup> Walden, pn. 3.39.

<sup>168</sup> Walden, pn. 3.40.

Esas olarak pek çok hukuk sisteminde ticari sırların hukuka aykırı olarak elde edilmesi, diğer fikri mülkiyet haklarının korunmasına benzer şekilde, öncelikle özel hukuk uyumsuzluklarının konusu olarak görülmüştür<sup>169</sup>. Ancak ticari bilgilerin artmasının bir sonucu olarak, pek çok gelişmiş ülke söz konusu bilgilerin korunması amacıyla mevcut özel hukuk kurallarının yanına ek olarak ceza hukuku normlarını da eklemiştir.

Birleşik Devletler’de ticari sırlar, federal düzeydeki ceza hukuku kurallarıyla korunurlar<sup>170</sup>. Söz konusu yasa uyarınca görülen örnek bir olay *US v. Lange* davasıdır<sup>171</sup>. Sanığın mutsuz bir eski işçi olduğu bu davada sanık, eski işvereninden elde ettiği elektronik ticarete ilişkin sırları satmaya teşebbüs etmekten suçlu bulunmuştur<sup>172</sup>.

Ticari bilgilerin ceza hukuku tarafından koruma altına alınması hususu İngiltere’de, Hukuk Komisyonunun bir tavsiye kararının konusunu oluşturmuştur. Buna göre, ticari sırların açıklanması veya yetkisiz kullanılmasının suç haline getirilmesi önerilmiştir<sup>173</sup>. Bu tür bir suç “ticari sırrın” açık bir biçimde tanımlanmasını ve bu tanımlamanın bir takım kriterlerinin bulunmasını gerektirmelidir. İlk olarak, bilgi sahibi açıkça ya da zımnen bu bilgilerin gizli kalması yönündeki isteğini göstermelidir. Bilişim sistemlerinin bütünlüğüne ilişkin suçlardaki yetkilendirmeye benzer şekilde bilginin sahibi üzerinde, bundan dolayı bir davranışta bulunma yükümlülüğü bulunmalıdır. İkinci olarak, gizli bilginin yeterli gizlilik niteliğinin olmasına benzer şekilde, söz konusu bilgi kamuoyu tarafından bilinmemelidir<sup>174</sup>. Üçüncü olarak, söz konusu bilginin gizli tutulmasının ekonomik bir değeri olmalıdır, böylelikle bu bilginin ceza hukuku tarafından korunmasının akılcı bir yönü olmalıdır<sup>175</sup>.

Suçun işlenmesi için, kişi gizli ticari sırrın hem başkasına ait olduğunu hem de bu bilgiyi açıklamak ya da kullanmak için bilgi sahibinin rızasının olmadığını bilerek, söz konusu gizli ticari sırrı kullanmalı ya da açıklamalıdır. Hukuk Komisyonuna göre bu tür bir suç, diğer pek çok ülke hukukunda olduğu gibi İngiliz hukuk sisteminde de yer almalıdır<sup>176</sup>.

---

<sup>169</sup> Bkz: C. D. Freedman, “Criminal Misappropriation of Confidential Commercial Information and Cyberspace: Comments on the Issues”, *International Review of Law, Computers and Technology*, Vol.13, 1999, s. 147 vd.

<sup>170</sup> The Economic Espionage Act of 1996, Pub L No 104-294, 110 Stat 3488 (1996), codified at 18 USC s 1832. En ağır ceza on beş yıl hapis cezasıdır.

<sup>171</sup> 312 F 3d 263 (7th Cir 2002).

<sup>172</sup> Walden, pn. 3.43.

<sup>173</sup> Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets*, Consultation Paper No 150, 1997.

<sup>174</sup> *Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd* [1969] RPC 41.

<sup>175</sup> Walden, pn. 3.49.

<sup>176</sup> Law Commission, pn. 5.3 ve 5.8; Walden, pn. 3.50.

Bugüne kadar Hukuk Komisyonunun girişimleri bir ilerleme gösterememiştir. Ancak bazı durumlarda 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasası'nın 4. maddesinde (Fraud Act 2006) yer alan şeklinin uygulanması mümkündür: *“Durumunun kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık”*. Bunun için en iyi ve sık karşılaşılan örnek, işten ayrılan ancak işverenin bilişim sistemlerine erişim hakkı olan bir çalışanın, bu hakkı kullanarak eski işverene ait değerli bilgileri, (örneğin, müşteri listesi gibi) bu hareketinin şirket kurallarına aykırı olduğunu bilmesine rağmen, gelecekteki işverene vermek amacıyla kopyalamasıdır. Bu tür bir senaryo, iş hukuku açısından da sadakat ve gizlilik yükümlülüğünün ihlali nedeniyle çeşitli taleplere yol açabilir<sup>177</sup>.

İngiltere’de böyle bir hükmün eksikliğinin çekilmesine ve bunun düzenlenmesinin teklif edilmesine karşın, ülkemizde 2005 yılından beri böyle bir düzenleme TCK’da yer almaktadır. TCK’nın *“Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması”* başlıklı 239. maddesinde açıkça dijital ortamda bulunan verilerden bahsedilmeksizin, ticari sır niteliğindeki bilgilerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Suçun konusunu oluşturan ticari sırların içine dijital ortamda veri olarak tutulan sırların da girdiğine şüphe yoktur. Ancak, ülkemiz uygulamasında buna ilişkin bir mahkeme kararına rastlamadığımı belirtmeliyim. Zira, özellikle uygulamada, bu tür bilgilerin gizli ticari sır olduğunun soruşturma ve kovuşturma makamlarına anlatılmasında, bu yapılsa bile gerçekleştirilen eylemin ispatında (Zira soruşturma makamları bu tür olayları ticari bir uyuşmazlık görüp yeterli ve gerekli ekip, ekipman ve zamanı ayır(a)mamaktadırlar.) zorluklar çekilmekte, bu da uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınması, karar oluşturulması ve bu kararın üst dereceli mahkemelerin denetiminden geçmesine olanak tanınmamaktadır.

### 3. Dolandırıcılık Suçu

Birleşik Krallık’ta, bilgisayarlar ile ilgili davaların büyük çoğunluğunda, *“Hırsızlık Yasası”* (Theft Act) suçlamada bulunmak için yeterliydi. Örneğin *Thompson* davasında<sup>178</sup>, Kuveyt’te bulunan bir bankanın çalışanı bankanın bilgisayarlarında başkalaştırma yaparak (manipülasyon) kendi idaresindeki bazı müşterilerinin hesaplarından ve kredi hesaplarından zimmetine para geçirmiştir. Daha sonra bu kişi Birleşik Krallık’ta bulunuyorken, paraların burada bulunan hesaplarına transferi için bir transfer emri göndermiştir; işte bu noktada gerçekleştirdiği dolandırıcılık işlemleri keşfedilmiştir. Bununla birlikte, ceza hukukunun diğer alanlarında da olduğu gibi, geleneksel

---

<sup>177</sup> Örneğin bkz: *Shepherds Investments Ltd v. Walters* [2006] EWHC 836; *Corporate Express Ltd v. Day* [2004] EWHC 2943; *Gabem Group Ltd v. Mahatma* [2002] EWHC 2221; *Intelsec Systems Ltd v. Grech Cini* [2000] 1 WLR 1190; *Walden*, pn. 3.51.

<sup>178</sup> [1984] 3 All Er.

hukuki düzenlemelerin tanımlamaları, bilgisayarın ortaya çıkışından önce öngörülmeleyen bazı uygulama sorunlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Birleşik Krallık Hırsızlık Yasası'nda da olduğu gibi bazı ülkelerin düzenlemelerinde, dolandırıcılık suçunun oluşması için gerçek bir kişinin aldatılması gerekir<sup>179</sup>. Bu durum ülkemiz hukuku açısından geçerli olup, bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle nitelikli dolandırıcılığın düzenlendiği TCK m. 158/1-f'ye göre de dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için gerçek bir kişiye karşı aldatıcı nitelikte hareketlerin bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle yapılması gerekir.

İngiliz mahkeme kararları aldatma eylemini ve dolayısıyla dolandırıcılık suçunu daha geniş bir çerçevede tanımlarlar. Ancak, hem yukarıda anılan düzenlemelerin hem de mahkeme kararlarının yeterli olmaması ve bu alanda bir boşluk oluşması nedeniyle, İngiltere'de yasa yapmanın ön aşamasında oluşturulan Hukuk Komisyonu, 2002 yılında yayınladığı Dolandırıcılık Raporunda, özellikle dürüst olmayan bir şekilde internet üzerinden alınan servislerin suç olarak tanımlanması gerekliliği üzerinde durmuştur. Mayıs 2004'te İçişleri Bakanlığı, Hukuk Komisyonunun hazırladığı rapora yanıt olarak bir sonuç belgesi yayınlamıştır. Bunu ise Hukuk Komisyonunun hazırladığı "servis hırsızlığı" önerisini de içeren dolandırıcılık suçunda reform için tavsiyeler izlemiştir. Sonuçta 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasası (The Fraud Act 2006) ile internet servislerinden sahtecilikle ve aldatmayla hizmet alınması suç haline getirilmiştir<sup>180</sup>.

Bu yasadaki suç tanımıyla birlikte, suçun oluşması için yasadaki yazılı olmayan diğer üç unsurun da bulunması gerekir. Bunlardan ilki verilen hizmetin şartlarına odaklanmıştır; buna göre hizmet ücret karşılığı verilmiş ya da verilecek olmalıdır. İkinci unsur, fail bu ücreti ödemeksizin hizmeti almış olmalıdır. Üçüncü unsur ve suçun ikinci manevi unsuru ise, fail bu hizmetin elde edilebilir ya da elde edilebilecek olduğunu bilmeli ancak ödeme yapma niyetinde olmamalıdır<sup>181</sup>.

#### 4. Sahtecilik Suçu

Günlük yaşamlarımızda, yirmi liralık banknotta, sürücü ehliyetine ya da sigorta poliçesine kadar geniş bir alanda belge kullanılmaktadır. Bu belgelerin birçoğu belli bir konuda ya kimliğimizi tanımlamak ya da konunun doğruluğunu tevsik etmek için kullanılır. Bu fiziksel belgelerin sahtelerinin üretilmesi, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin bir faydası olarak suç dünyasının önemli

---

<sup>179</sup> Örneğin Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch - StGB) m. 263; ayrıca bilgisayar dolandırıcılığı için ayrı bir suç tipi eklenmiştir (m. 262a). Walden, pn. 3.54.

<sup>180</sup> Walden, pn. 3.55-59.

<sup>181</sup> Walden, pn. 3.60.

konularından birini oluşturur. Günümüzde en orijinal belgelerin dahi sahteleri bilgisayarlar aracılığıyla yapılabilmektedir; buna bağlı olarak bilgisayarlar, bunların sıklıkla tespit edilemeyeceği yöntemlere olanak sağlar. Günümüzdeki yazılım temelli dijital manipülasyon uygulamaları, en amatör sahtekârlara dahi en güçlü araçları sağlamaktadırlar<sup>182</sup>.

Siber alanda failer, geniş kaynaklardan elde ettikleri bilgileri kullanarak, yeni haklar oluşturabilecekleri gibi sahte belgeleri kullanarak mevcut hakları da istismar edebilirler. Bu bilgiler, sosyal mühendislik teknikleri kullanılmak suretiyle mağdurların kendilerinden elde edilmektedir; zira insanların bilgilerini açıklamaları için yine insanlar tarafından gerçekleştirilen hileli hareketler, veri güvenliği için getirilen mekanizmaların ve prosedürlerin üstesinden gelinmesinde yardımcı olmaktadır. Bu tekniklerin başarısı kısmen insanların internet üzerinden mahrem bilgilerini açıklamaya hazır olmalarından (örneğin, sosyal arkadaşlık sitelerinde olduğu gibi) dolayı kolay olmaktadır. Bu alandaki bir başka seçenek ise failin, bir elektronik ticaret sitesinin müşteri veri tabanının güvenliğini kırarak kredi kartı bilgilerini ve müşterilere ait diğer belgeleri ele geçirmesidir. Bu her iki hareket de İngiliz hukukunda 1981 tarihli Sahtecilik ve Kalpazanlık Yasası (Forgery and Counterfeiting Act 1981) gereğince suç oluşturmaktadır<sup>183</sup>.

## B. İçerikle İlgili Suçlar

### 1. Fikri Mülkiyet Suçları

Londra Şehir Polisi tarafından, Eylül 2013 tarihinde, “Polis Fikri Mülkiyet Suçları Bölümü” (Police Intellectual Property Crime Unit – PIPCU) isimli bir bölüm kurulmuştur. Bu bölüm, birçok etkinliğinin yanında Haziran 2014 tarihinde, “Yaratıcı Operasyon” isimli reklam değiştirme girişimini başlatmıştır. Buna göre, içeriğinde fikri mülkiyet haklarını ihlal eden ürünlere yer veren internet sitelerin bilişim sistemi güvenliği bizzat polis tarafından kırılarak (hacking), bu siteleri ziyaret edenlere yönelik olarak sitenin reklam alanları değiştirilmek suretiyle bu alanlara “söz konusu sitenin cezai soruşturma geçirdiği” duyurusu konulacaktır. Bu proje, Birleşik Krallık reklam endüstrisi ile birlikte yürütülmekte ve yalnızca Birleşik Krallık çıkışlı IP adreslerine erişim sağlayan ziyaretçilere uygulanabilmektedir; ancak bu tür sitelerin gelir akışını bozacak şekilde dizayn edilmiş bir projedir<sup>184</sup>.

Bu yaklaşım Birleşik Krallık’ta fikri mülkiyetin ne kadar çok önemsendiği ve bu hakların ne kadar sıkı bir biçimde korunduğuna ilişkin son derece önemli bir örnektir.

---

<sup>182</sup> Örneğin Adobe Photoshop CC gibi yazılımlar. Walden, pn. 3.88.

<sup>183</sup> Walden, pn. 3.89.

<sup>184</sup> Walden, pn. 3.120.



## 2. Pornografi

Hukuki bir yaklaşım olması açısından genel pornografik görüntüler ile çocuk pornografisi gibi özel alt bölümlere ayrılmış pornografik görüntüler arasında ayırım yapılması gerekir; zira hukuk uygulayıcı güçlerin işlemleri özellikle bu alt bölümlere odaklanmıştır. Çocuk pornografisine karşı olan yasalar öncelikle bu görüntülerin oluşturulması sırasında gerçekleşen çocuk istismarı ile ilgilenmektedir; ikincil olarak ise bu ürünlerin tüketilmesinin sonuçlarına eğilmektedir. Bu bağlamda çocuk pornografisi suçları, diğer pornografik ve müstehcen görüntülerden esaslı bir biçimde farklıdır; bu suçlarda söz konusu materyallerin tüketicileri üzerindeki, işlenecek potansiyel suçlardan cinsel işlev bozukluklarına, şiddetten uyuşturucu kullanımına kadar etkilerine odaklanılmaktadır<sup>185</sup>.

Geleneksel müstehcenlik alanında, çocukların müstehcen materyallere erişimi, söz konusu ürünün fiziksel çıkışının sağlandığı mecranın yöneticisi tarafından erişimin kontrol altına alındığı bir yerde (örneğin, dergi ya da kitap satışı gibi) önemli bir sorun değildir; ancak internet alanında yaşın doğrulanması gibi uygulamalar yeterli olmamakta, bu da çeşitli suçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla şu hususların önceden öngörülmesi gerekir: İnternet kullanıcılarına, arama motorları ve “meta-tags” gibi tamamlayıcı teknikler yoluyla materyale erişim için yerleştirme kontrolü yapmaksızın, pornografik materyallere erişimi agresif bir biçimde teşvik eden bir sitenin, çocukların bu sitelere ilgileri çekilebilecek ziyaretçiler olması temeline dayanılarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Bu görüş, potansiyel olarak müstehcen içerik barındıran ve alıcının istemi olmayan bir elektronik postanın gönderilmesi halinde çok daha kuvvetli hale gelmektedir<sup>186</sup>.

Bu konuya ilişkin bir yargılama esnasında jürinin konu hakkında karar verirken güttüğü amaç, sayısal çokluk (nicelik) değildir; soruşturmanın gerçekte kaç adet kişinin ve hangi tipteki insanların bu tür bir siteyi ziyaret ettiğini göstermesi gerekli değildir; esas güdülen amaç çocuklar gibi kırılgan varlıkların potansiyel olarak söz konusu siteleri ziyaret edip edemeyeceklerinin ortaya konulmasıdır. Buna bağlı olarak jürinin, çocukların içerikleri görebilme olasılıkları hakkında karar verirken bu konudaki eşik sayısal değer ne olduğu hususunda hala sorular bulunmaktadır. *Calder ve Boyars Ltd* davasında Yargıç Salmon “*kayda değer orantının*” gerektiğini belirtmiştir<sup>187</sup>. Buna karşın bu yaklaşım *DPP v. Whyte*<sup>188</sup> davasında Lord Pearson tarafından reddedilmiştir,

---

<sup>185</sup> Walden, pn. 3.129.

<sup>186</sup> Walden, pn. 3.132.

<sup>187</sup> [1969] 1 QB 151, at 168.

<sup>188</sup> [1972] AC 849, at 866F.



Lord Pearson'a göre "*de minimis*"<sup>189</sup> ilkesi gereğince bazı insanların etkilenmesi yeterlidir.

Koprofilî<sup>190</sup> görüntülerini tasvir eden sayfalara internet üzerinden herkesin erişebileceği şekilde bir çeşit ön izleme sağlayan ABD kaynaklı "sewersex.com" sitesi hakkındaki *Perrin* davasında<sup>191</sup>, mahkeme "*ihmal edilebilir sayıdan fazlası*" argümanına karşı "*kayda değer orantı*" görüşüne dayanan iddiayı (savunmaya yönelik iddiadır) reddetmiştir. *Perrin* davasının devamı sürecinde hükümet, çocukların ulaşabileceği olası materyallere ilişkin müstehcenliğin eşiği ile ilgilendiklerini, örneğin "*ruhsatlı erotik mağazalarda 18 yaş ve üstündekilerin erişebildiklerine karşılık gelen cinsel açıklığın derecesinin*" ne olması gerektiğini tartıştıklarını belirtmiştir. Bu tür bir erişim, materyal "*uygun bir ödeme bariyerinin ya da diğer genel kabul edilen yaş tanımlama sisteminin arkasında*" değilse, örneğin materyal pornografi sitesinin açılış sayfasında ise ve ticari olmayan kullanıcı tarafından sağlanan materyal ise, "*olası*" sayılmaktadır<sup>192</sup>.

Siber alanda yayınlama hareketini oluşturan nedir? Yayınlamak ne anlama gelmektedir? Müstehcen bir içeriğin web sitesinden indirilebilir hale getirilmesi ya da P2P bağlantısıyla transfer edilmesi yayınlamayı oluşturur mu? İletim, gönderici tarafından alıcıya bilgi gönderilmesinin diğer anlamıdır, bir diğer anlatımla göndericinin gönderdiği bilginin alıcı tarafından alınmasıdır. Benzer bir anlamsal sorun, telif hakkı alanında da ortaya çıkmıştır. Bu alandaki yasal reform daha açık hale getirmektedir ki, topluma telif hakkına tabi bir ürünün nakledilebilmesi için buna ilişkin münhasır bir yetki gerekir; bu yetki, hak sahiplerinin bireysel olarak seçtiği yer ve zamanda söz konusu ürüne toplumu oluşturan bireylerin erişebilmesi anlamına gelir. Mahkemeler bu noktayı yorumlamakta güçlü bir yaklaşım sergilemektedirler, *Fellows ve Arnold*<sup>193</sup> davasında mahkeme; yayınlamanın, bilginin erişime hazır halde tutulması şeklindeki pasif bir işlemde ziyade bir şekilde aktif bir işlem gerektirdiği yönündeki görüşü reddetmiştir<sup>194</sup>. Dolayısıyla bir içeriğin pasif bir biçimde erişime açık tutulması da aktif bir eylem gerektirmeksizin "iletim" olarak kabul edilmektedir. Kısacası iletim eylemi, ihmali bir hareket ile de gerçekleşebilir.

---

<sup>189</sup> Bu ilke şu iki önermenin birleşmesinden oluşmaktadır: Kayda değer bir oranın yozlaştırılması ve ayartılması ve ihmal edilebilir sayıdaki olası kişilerden fazla olması.

<sup>190</sup> Dışkı görüntüsü ve dışkı yemekten zevk alınan cinsel yönelim.

<sup>191</sup> [2002] EWCA Crim 747.

<sup>192</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 209; Walden, pn. 3.133.

<sup>193</sup> [1997] 2 All ER 548.

<sup>194</sup> Walden, pn. 3.135.

*Waddon*<sup>195</sup> davasında sanık “*ekstrem sapıklık*” başlıklı bir web sitesini yönetmekteydi. Bu siteye bir polis memuru tarafından erişim sağlanarak müstehcen görüntülerin indirilebilmesi için üye olundu. Davanın temyiz aşamasında savunma makamının sanığın web sitesine söz konusu içeriklerin iletimi sağlamasından ve aynı şekilde bu içeriklerin polis memuruna da iletilmesinden dolayı sorumlu olduğu kabul edildi. Ancak yine de mahkeme, bireyin sonraki iletimini kast etmeden siteye içerik yüklemesi halinde durumunun ne olacağına ilişkin kuralı sorguladı. Mahkeme bu konudaki kurala karşı çıktı ve yayınlamanın yalnızca tek ve basit bir eylemden oluşmadığına, bunun çoklu hareketlerden oluştuğuna, içerik her indirildiğinde devam eden yayınlama hareketinin gerçekleştiğine ilişkin görüşünü açıkladı. Bu bağlamda ilk olarak, içeriğin internete yüklenmesiyle fail tarafından suçun maddi unsuru gerçekleştirilmektedir, ancak devamında içeriğin indirilmesiyle mağdur tek başına ya da fail ile birlikte harekete devam etmektedir. Buna ek olarak eylemin kapsamlı bir biçimde ele alınması, sonuçta *Waddon* davasındaki tali gerekçenin yayınlamanın birden çok yerde gerçekleşmesi ve buna bağlı olarak suçun birden fazla yargı yetkisinin kapsamına girmesi ihtimalini artırmaktadır<sup>196</sup>. Bu duruma daha sonra *Perrin*<sup>197</sup> davasında yalnızca değililmiştir<sup>198</sup>. Ancak her iki davada da derinlemesine bir inceleme yapılmamıştır<sup>199</sup>.

*Smith (Gavin)*<sup>200</sup> davasında, sanık canlı internet sohbetinde çocuklara karşı sadistçe cinsel davranışları da içeren çeşitli cinsel fanteziler hakkında açık seçik konuşmalar yapmak suçlamasıyla yargılanmıştır. Yargılama esnasında sanık, görüşmenin diğer tarafınca ilerleyen zamanda konuşmanın yayınlamasının beklenilmediği hallerde, yalnızca bir kişiyle iletişim halinde olmanın yayınlama sayılamayacağı görüşünü başarıyla savunmuştur. Bu yorum, temyiz mahkemesi tarafından geri çevrilmiştir. Mahkemeye göre yalnızca bir alıcı olduğunda bunun yayınlama olarak kabulü mümkündür; zira bu bir kişinin, söz konusu içerik tarafından kötüye yöneltmiş ve ahlaki bozulmuş tek kişi olması olanak dahilindedir<sup>201</sup>.

Dijital bilgi söz konusu olduğunda, özellikle bir kişinin müstehcen içerikleri dosya paylaşım programları aracılığıyla dağıtmayı kast etmesi halinde, söz konusu içeriklerin yayılmasının daha ileri etkisinin, fiziksel basılı bir içeriğinin yayılmasından daha farklı olarak bir üst derecede olması “makul bir beklenebilirlik” gösterir<sup>202</sup>.

---

<sup>195</sup> [2000] All ER (D) 502.

<sup>196</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 211.

<sup>197</sup> [2000] All ER (D) 359.

<sup>198</sup> Walden, pn. 3.136.

<sup>199</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 212.

<sup>200</sup> [2012] EWCA Crim 398.

<sup>201</sup> Walden, pn. 3.137.

<sup>202</sup> Walden, pn. 3.138.

### 3. Uç Nuktadaki (Ekstrem) Pornografi

Uç nuktadaki (ekstrem) pornografik materyalleri bulundurma suçu İngiliz hukukuna göreceli olarak yeni girmiştir. Öğretinin büyük bir çoğunluğunda müstehcenlik ile ekstrem pornografi arasında ayırım yapılır; zira müstehcenlik suçunun düzenlendiği 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası'nda (Obscene Publications Act 1959 / POA) bu tür içerikleri konu edinen bir suç bulunmaz. Ancak belirtilmelidir ki; ekstrem pornografi ile ilgili yapılan düzenleme, POA'yı yürürlükten kaldırmamıştır. Görüleceği üzere, ekstrem pornografi bir bulundurma (zilyetlik) suçudur, POA'daki suçlar ise bulundurma ile ilgili değildir (bu yasa yayınlama üzerine odaklanmıştır). Dolayısıyla ekstrem pornografik içeriklerin yayınlanması halinde "teknik olarak" POA uygulanmalıdır; ancak uygulamada da görülmüştür ki, bu durumda dahi ekstrem pornografi bulundurma suçunun uygulanması tercih edilmektedir, zira bu suçun uygulanması daha kolaydır<sup>203</sup>.

Ağustos 2005 tarihinde İngiltere İçişleri Bakanlığı "*ekstrem pornografik materyallerin zilyetliği*" hakkında bir danışma raporu yayınlamıştır. Bu girişim, kısmen *Coutts*<sup>204</sup> davasında sunulan bazı rahatsız edici deliller tarafından tahrik edilmiştir. Graham Courts'un Jane Longhurts'ü öldürdüğü iddiasıyla yapılan yargılamada, sanığa karşı ileri sürülen bir delile göre, suçun işlendiği ilgili zaman diliminin öncesinde, sanık nitelikli cinsel saldırıyı da içeren cinsel şiddet, cinayet ve ölü sevicilik içerikleri barındıran çok sayıda web sitesini ziyaret etmiştir<sup>205</sup>.

Danışma Raporunda, 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası'nın (Obscene Publications Act 1959) bu tür eylemlere uygulanabildiği süreçte, yayıncıların genellikle yurtdışında yerleşik olduğu bu tür materyallerin internet aracılığıyla sağlanmasının problem oluşturması üzerine odaklanılmıştır. Dolayısıyla bu rapor, söz konusu materyallerin bulundurulmasını dahi suç haline getirilmesi suretiyle, talepte bulunan kişiyi adres göstererek, çocuk pornografisi için yapılan düzenlemelerin bu alana da aktarılması için bir teklifte bulunmaktadır<sup>206</sup>.

Bu teklif, 1984 tarihli Video Kayıt Yasası'na (Video Recording Act 1984) benzer şekilde belirli bazı içerikleri suç haline getirmek suretiyle, bu tür materyallerin izleyiciler üzerindeki olası etkilerine yönelik bir yaklaşım gösteren Müstehcen Yayınlar Yasası'ndan farklıdır. Kötüye yönelme ve ahlakını bozma kavramlarının belirsiz doğası nedeniyle, 1959 tarihli Yasaya bu şekilde bir bulundurma suçunun eklenmesi, belirlilik ve açıklık ilkelerini

---

<sup>203</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 213.

<sup>204</sup> [2005] EWCA Crim 52.

<sup>205</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 213; Walden, pn. 3.149.

<sup>206</sup> Walden, pn. 3.150.

zedelebilecektir<sup>207</sup>. Dolayısıyla ayrı bir suç tipi olarak şu materyallerinin gerçekte bulundurulması ya da gerçeğe uygun tasvirlerinin bulundurulmasının suç oluşturması önerilmiştir: a) Bir hayvanla oral, anal ya da vajinal yoldan ilişkiye girilmesi, b) Bir insan cesedine cinsel hareketlerde bulunulması c) Cinsellik bağlamında ciddi oranda şiddette bulunulması, d) Ciddi cinsel şiddette bulunulması<sup>208, 209</sup>.

Buna karşın bu odaktaki değişim, yasa yapıcılar açısından hâlihazırda hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bazı sado-mazoşist uygulamalar ve film endüstrisi gibi aktivitelere zarar vermeksizin uygun bir tanım yapılması konusunda sorun çıkarmaktadır. Söz konusu teklif, son iki tür içerik açısından da farklı görüşler ortaya çıkarmıştır<sup>210</sup>. Söz konusu materyallerin bulundurulmasının cezası üç yıl hapis cezasıdır. Müstehcen Yayınlar Yasası'ndaki beş yıla kadar hapis cezası nedeniyle her iki yasanın kapsamına giren yayınlar arasında ayırım yapılması gerekir<sup>211</sup>.

Söz konusu teklif konusunda keskin bir biçimde birbirinden ayrılmış görüşler olmasına rağmen, Hükümet öneri sürecini devam ettirmiş ve 2008 tarihli Ceza Adalet ve Göçmenlik Yasası'nda (Criminal Justice and Immigration Act 2008)<sup>212</sup> düzenlediği yeni suç tipini uygulamaya koymuştur. Yeni yasa, ekstrem pornografik görüntülerin bulundurulmasını suç haline getirmektedir<sup>213</sup>. Bir görüntünün cinsel uyarılmayı sağlama amacıyla üretildiği "*makul bir şekilde varsayılıyor*" ise o görüntü pornografik olarak kabul edilir<sup>214</sup>. Bunun yanı sıra içeriğin uç noktada yani ekstrem olması gerekir. Bu ise, yasanın 63(7) maddesine uyması ve ağır biçimde saldırgan, iğrenç veya müstehcen karakterden farklı olması anlamına gelir<sup>215</sup>.

Söz konusu suç, esas olarak dört tür içeriği düzenlemektedir<sup>216</sup>: Bir kişinin hayatını tehdit eden eylemler; bir kişinin anüsüne, göğüslerine ya da genital

---

<sup>207</sup> Jacop Rowbottom, "Obscenity Laws and the Internet: Targeting the Supply and Demand", *Criminal Law Review*, February 2006, s. 102.

<sup>208</sup> Bu tür bir saldırıda bulunulması, İngiltere ve Galler'de ağır bedeni zarar soruşturmasına konu olmaktadır.

<sup>209</sup> Walden, pn. 3.151.

<sup>210</sup> Bu görüşler için bkz: Gillespie, *Cybercrime*, s. 214, 215.

<sup>211</sup> Walden, pn. 3.152.

<sup>212</sup> CJA 2008, m 63-8.

<sup>213</sup> Bu bağlamda Oliver (Philip) [2011] EWCA crim 3114 davasında mahkemenin belirttiği üzere, sanığın diğer kişilerin de bu tür görüntülere erişebilmesini sağlamak için bilgisayarına "TeamViewer" yazılımı indirmiş olması, bulundurma suçunun daha ağır nitelikli halini oluşturmaktadır.

<sup>214</sup> CJA 2008, m. 63(3).

<sup>215</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 216.

<sup>216</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 217.

organlarına zarar veren ya da zarar verme olasılığı olan ciddi yaralamalar<sup>217</sup>; hayvanlarla ya da insan cesediyle gerçekleştirilen cinsel aktiviteler<sup>218</sup>. Bu liste, 2015 yılında nitelikli cinsel saldırı görüntülerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>219</sup>. Zira maddenin ilk olarak düzenlenme amacını tam olarak karşılamadığı ifade edilmektedir; Prof. Dr. Gillespie “Cybercrime” adlı eserinde şu örneği vermektedir:

*“X isimli kişi, Y isimli 19 yaşındaki bir kıza zorla Z isimli bir kişinin önünde striptiz yaptırılan ve bu esnada Z’nin elindeki palayla Y’nin elini bileğinden kesip attığı ve sonrasında da Z’nin Y ile cinsel ilişkiye girdiği bir filmi bilgisayarına indirmiştir”<sup>220</sup>.*

Bu yasa maddesine göre söz konusu filmin bulundurulması tamamen hukuka uygundur. Kişinin zarar verilen bölümünün anüs, göğüs ya da genital organlar olmadığı son derece açıktır, dolayısıyla kişiye karşı gerçekleştirilen böylesine ağır bir yaralamanın gösterilmesi m. 63(7) uyarınca suç oluşturmaz. Buna verilecek yanıt “peki ama bu yaşama karşı bir tehdit oluşturmaz mı?” olacaktır; ancak filmde Y’nin bu zaman zarfında tıbbi yardım aldığı da gösterilirse ne olacaktır? Bu uç bir örnektir; ancak yasanın, altı özellikle çizilen amacına ulaşmadığını göstermektedir<sup>221</sup>. İşte bu nedenle, söz konusu satırların yazılışından kısa bir süre sonra, söz konusu maddede değişiklik yapılmıştır.

Müstehcenlikte ve ahlaksızlıkta olduğu gibi, mahkeme öncelikle materyalin pornografik olduğunu tespit etmeli ve bununla birlikte gerçek bir hareket mi yoksa gerçek hareketmiş gibi gösterilen canlandırma (animasyon) mı olduğunu ortaya koymalıdır. Bu yasa, 1988 tarihli Ceza Adalet Yasası’nda (Criminal Justice Act 1988) çocukların kötüye kullanıldığı imajlara ilişkin düzenlemelerin aktarılmasını düzenlenmektedir<sup>222</sup>. Buna ek olarak yasa, diğer hareketlerden farklı olarak hayvanlar açısından, eylemin doğada normal olduğunun kanıtlanmasını bir savunma (hukuka uygunluk nedeni) olarak kabul etmektedir<sup>223</sup>. Diğer bir türdeki suçların azami hadlerinden daha az olarak, ciddi şiddet içeren materyallerin tasvir edilmesi halinde azami olarak üç yıl

---

<sup>217</sup> Pornografik materyallerin ceza hukuku açısından ayrıntılı olarak incelendiği çalışmalar için bkz: Carmen C. Cusack, Pornography and the Criminal Justice System, Boca Raton, CRC Press, 2015, s. 79 vd. Pornografide kadınların gördüğü şiddet açısından bkz: Walter S. DeKeseredy/Marilyn Corsianos, Violence Against Women in Pornography, New York, Routledge, 2016, s. 57 vd.

<sup>218</sup> CJA 2008, m. 63(7).

<sup>219</sup> 2015 tarihli Ceza Adaleti ve Mahkemeler Yasası (Criminal Justice and Courts Act 2015) ile CJA 2008, m. 63(7A) ve (7B) maddelerinde yapılan değişiklik.

<sup>220</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 217.

<sup>221</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 217, 218.

<sup>222</sup> CJA 2008, m. 65.

<sup>223</sup> CJA 2008, m. 66.

hapis cezası öngörülmektedir. Diğer ifade ile ilgili suçlarda olduğu gibi, bu suçun da soruşturması yalnızca Kamu Savcılığı İdaresi tarafından yapılabilir<sup>224</sup>,<sup>225</sup>.

#### 4. Çocuk İstismarı ve Pornografisi

Politikacıların, medyanın ve kamuoyunun, internetin karanlık yüzü hakkında tartışmasız bir biçimde birleştikleri bir konu var ise o da çocuk pornografisidir<sup>226</sup>. Belki de internetin ve dijital teknolojinin yaygınlaşmasının en trajik yönünü, bunların çocuk pornografisinin ve çocuk istismarının diğer formlarının görüntülerinin üretimini ve dağıtımını kolaylaştırması oluşturur<sup>227</sup>. Çocuk istismarı ve pornografisi, son dönemde bilişim hukuku alanında gündemi en çok işgal eden konudur<sup>228</sup>.

Bazı görüntüler çocukla doğrudan bir etkileşime girilmeden gizlice oluşturulmaktadır, buna karşın çok büyük miktardaki çoğunluk “açık saçık” (hard-core) görüntüler, doğrudan çocukların istismar edilmesiyle oluşturulmaktadır. Aslında belirtilmelidir ki “pornografi” terimi çocuklar konusunda uygun değildir, zira bu terim yarı yasal bir endüstriyi tanımladığı için toplumun kafasında karışıklığa yol açmaktadır, özellikle de ergen çocukların görüntüleri söz konusu olduğunda bu kafa karışıklığı daha da artmaktadır<sup>229</sup>. Bu nedenle bu konudaki daha uygun olan terim basitçe “çocuk istismarıdır”<sup>230</sup>.

*Atkins & Goodland v. Director of Public Prosecutor*<sup>231</sup> davasında mahkeme, suçlamanın temelini oluşturan, sanığın makinesinin ön bellğinde bulunan ve suçun konusunu oluşturan görüntülerin durumunu irdeleme gereği hissetmiştir<sup>232</sup>. Bu tür kopyalar daha etkin işlem yapabilmek adına genellikle internet tarayıcısı yazılım tarafından kendiliğinden oluşturulmakta ve depolanmaktadır. Davaya sunulan bilirkişi raporu göstermektedir ki, bilgisayar

---

<sup>224</sup> CJIA 2008, m. 63(10).

<sup>225</sup> Gillespie, *Cybercrime*, s. 215; Walden, pn. 3.153.

<sup>226</sup> Walden, pn. 3.154. Bu alana özgü monografi için bkz: Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, London & New York, Routledge-Cavendish, 2012, s. 1 vd.

<sup>227</sup> Clough, s. 289.

<sup>228</sup> Çocuk pornografisi sorununu tüm yönleriyle tartışan kapsamlı ve güncel bir çalışma için bkz: Carissa Byrne Hessick (Ed), *Refining Child Pornography Law: Crime, Language and Social Consequences*, Michigan, University of Michigan Press, 2016, s. 19 vd.

<sup>229</sup> Bu husus İngiltere Ulusal Suç Departmanı'nın Genel Müdür Yardımcısı olan Jim Gamble tarafından Londra'da 19 Ekim 2005'de gerçekleştirilen “İnternette Çocuk Pornografisi: Araştırma ve Soruşturma” başlıklı bir konferansta dile getirilmiştir.

<sup>230</sup> Walden, pn. 3.155. Clough da bunu kabul etmekle beraber yine de bu alanda en yaygın olan terimin “çocuk pornografisi” olduğunu belirterek bu terimi kullanmıştır; bkz: Clough, s. 298. [2000] 2 All ER 245.

<sup>232</sup> Görüntüler aynı zamanda bir başka dizinde de bulunmuştur; ancak suçlamanın konusunu oluşturan görüntüler zamanla nereden görünmez hale gelmişlerdir.

kullanıcılarının büyük bir çoğunluğu önbellek hafızasının makinelerinde gerçekleştirdiği işlemlerden haberdar değildirler<sup>233</sup>.

Bu bağlamda mahkemenin önünde iki sorun bulunmaktadır: Önbellek kopyaları 1978 tarihli POCA'nın 1(1)(a) maddesi gereğince "üretme" olarak mı, yoksa 1988 tarihli CJA'nın 160(1) maddesi gereğince "bulundurma" olarak mı kabul edilecektir? Bu davadan önceki tarihli *Bowden*<sup>234</sup> davasında mahkeme, internetten görüntü indirilmesinin ve yazdırılmasının "üretme" anlamına geldiğini, bu terimin "yalnızca orijinal fotoğraflara uygulanmakla kalmayıp bunun yanı sıra negatiflere, fotoğrafların kopyalarına ve bilgisayar diskinde depolanan verilere de" uygulanacağını belirtmiştir. Buna karşın *Atkins* davasında iddia makamı sanığın önbellek kopyalarından haberi olduğunu ispat edememiş ve buna bağlı olarak sanığın "üretmekten" veya "bulundurmaktan" dolayı sorumluluğunun yalnızca sırasıyla m. 1(1) ya da m. 160(1)'den dolayı olabileceği belirtilerek, bunların bilme unsurunun gerekliliğinden ziyade, kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu suçlar olduğunu belirtmiştir. Mahkemelerin bir ceza yasasını yorumlarkenki genel varsayımları, Parlatentonun masum bir bireyin cezalandırılması niyetinde olmadığı ve dolayısıyla suçun manevi unsurunun yasanın anlamından çıkartılması gerektiği yönündedir<sup>235</sup>. Buna bağlı olarak mahkeme, bilmenin gerekli olduğuna karar vermiş ve temyiz başvurusu bu noktada başarılı olmuştur. Eğer iddia makamı, bellek fonksiyonlarının varsayılan hallerinde değişiklik yapıldığını göstererek sanığın önbellek işlemlerinden haberdar olduğunu ispat edebilseydi, sanık suçlu bulunabilirdi<sup>236</sup>.

*Atkins* davasında mahkeme, "bulundurma" suçunun gerçekleşmesi için öznel bilmenin gerekli olduğunu kabul etti; bir başka yargılama olan *Warwick*<sup>237</sup> davasında ise mahkeme, konuya daha fazla ilgi göstererek, bilişim sistemleri açısından "bulundurmanın" ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etti. Bu davada sanık yaklaşık 3000 hareketsiz görüntü ve 40 adet film dosyası bulundurmaktan ayrı ayrı suçlanıyordu. Bu arada, suçun işlendiği iddia edilen esnada görüntülerin ve dosyaların işletim sisteminin çöp kutusuna atıldığı ve çöp kutusunun da boş olduğu, söz konusu dosyaların ya yalnızca küçük boyutlarının (thumbnail)<sup>238</sup> görüntülenebildiği ya da yalnızca önbellekte buldukları konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bunun gibi, önbelleğe alınmış dosyaların haricinde, silinmiş diğer dosyalar ancak buna özgü yazılımların kullanılması ile geri dönüştürülebilmektedirler; ki bu davada

---

<sup>233</sup> Walden, pn. 3.171.

<sup>234</sup> [2000] 1 Cr App R 438.

<sup>235</sup> Sweet v. Parsley [1970] AC 132, at 148 H.

<sup>236</sup> Walden, pn. 3.172.

<sup>237</sup> [2006] EWCA Crim 560.

<sup>238</sup> Görüntünün kendi tam boyutlarını değil yalnızca alt kümesini içeren halidir. Bu durumda silinmiş bir dosya bilgisayarın bir başka yerinde ayrı bir dosyada tutulmaktadır.



sanığın böyle bir yazılıma sahip olmadığı kabul edilmektedir<sup>239</sup>. Yargılama esnasında yargıç, gerçekte uygunsuz görüntülerin bulundurulması ile silinmesi arasında yargılamanın konusu etkileyen bir ilişkinin bulunmadığı yönünde jüriyi yönlendirmiştir; sonuçta sanık suçlu bulunmuştur<sup>240</sup>.

Temyiz aşamasında savunma makamı, bir materyalin daha fazla “okunabilir durumda erişilebilir” olmaması halinde, özellikle kişinin söz konusu materyallerin silinmesi ve erişilmez hale getirilmesi için makul tüm aşamaları gerçekleştirmesi halinde, bulundurma suçunun oluşmayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bu konu hakkında karar verirken mahkeme, m. 160’ın sağladığı bir savunmaya atıfta bulunmuştur; buna göre “*uygunsuz bir fotoğraf, kişi tarafından ön istek yapılmadan ya da onun adına böyle bir istek yapılmadan alındığında ve makul bir süre için tutulmadığında*” kişi sorumlu tutulmaz<sup>241</sup>. Mahkemenin vurguladığı bu savunmaya göre, eğer “bulundurma” bir kişinin bulundurduğu görüntüleri basitçe silinmiş dosyaların bulunduğu bilgisayar üzerindeki kontrol ya da gözetim temeli üzerinden yorumlanırsa, bilgisayar konusunun altı oyulur. Mahkeme, “*eğer kişi bir görüntüye yeniden erişemezse ya da onu elde edemezse, kişi söz konusu görüntüyü daha fazla kontrol edemiyor ya da gözetim altında tutamıyor demektir*”; dolayısıyla m. 160’ta yer alan suçun amacının “bulundurma” olduğu söylenemez şeklinde karar vermiştir. Mevcut koşulların bazıları sanığın silinmiş dosyalar üzerindeki kontrolünün devam ettiğini gösterse de göstermese de, sanığın teknik yetenek ve kabiliyetlerine bağlı olarak bu, her dava açısından jürinin karar vermesi gereken bir konu olacaktır. Mahkeme, bunu bilme unsuru ile birlikte suçun ikinci öznel unsuru olarak sunulduğunu kabul etmiştir<sup>242</sup>.

Bir diğer teknik savunma ise “*Truva atlarının*” görüldüğü çocuk pornografisi davalarında geliştirilmiştir. Bunlar kendilerini yararlı gibi gösteren yazılımlar olup, kullanıcının bilgisi olmadan bilgisayarın bazı işlevlerini kullanmaktadırlar. *Schofield*<sup>243</sup> davasında, sanık kendi bilgisi dışında bilgisayarına pornografik görüntüler indiren bir Truva atının bilgisayarında bulunduğunu iddia etmiştir. Bu senaryonun olabilirliği bilirkişi raporuyla kanıtlanmıştır, iddia makamı ise buna karşı bir delil ileri sürememiştir<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> Küçük boyutlu resimler ancak Birleşik Devletler Federal Hükümeti’nin yetkilendirmesiyle tedarik edilebilen tamamıyla bu konuya özgülenmiş son derece özel yazılımlar ile geri dönüştürülebilmektedir.

<sup>240</sup> Walden, pn. 3.173.

<sup>241</sup> CJA 1988, s. 160 (2)(c).

<sup>242</sup> Walden, pn. 3.174.

<sup>243</sup> Schofield, The Times, 18 Nisan 2003.

<sup>244</sup> Walden, pn. 3.175.



*Westgarth Smith ve Jayson*<sup>245</sup> davasında da *Atkins* davasındakine benzer bir şekilde, pornografik bir görüntüyü ek olarak içeren bir elektronik posta alımına ilişkin bir görüş geliştirilmiştir. Bu davada Smith'in müdafii, "üretmenin" *Atkins* davasındaki önbellek kopyasına benzer bir biçimde istenmeyen bir elektronik postanın alınmasıyla ilgili olduğu görüşünü ileri sürmüştür. Genel olarak mahkeme bu görüşü kabul etmiştir, ancak bunun mahkeme önündeki durumla ilgili olmadığına karar vermiştir. Jayson açısından ise iddia makamı, sanığın kullandığı tarayıcı yazılımının önbellek işlevinden haberdar olduğunu ispat edebilmiştir. Buna karşın mahkeme, sadece "uygunsuz bir görüntünün bir bilgisayar ekranında görünmesi için gönüllü olarak internetten indirilmesinin dahi üretme eylemi" olduğuna karar vermiştir; bu eylemin devamında görüntünün saklanmasına ilişkin bir kastın bulunup bulunmamasının ise bir önemi yoktur<sup>246</sup>.

*Jayson* davasında, *Atkins* davasının bir parçası olan teknik cahilliğe güven sorununa bir savunma olarak dayanılması, bir bilginin indirilmesi biçimindeki siber alandaki en temel elektronik işlemin, "üretmenin" bir çeşidi olarak kabul edilmesine mal olmuştur. Çocuk Koruma Yasası'nda yer alan suçlar çocuk pornografisinin tedarik edilmesini adreslemektedir, bunların alınmasını, üretilmesini, dağıtılmasını, gösterilmesini veya reklamının yapılmasını suç haline getirmektedir. Buna karşın, Ceza Adaleti Yasası bu tür materyallere olan taleple ilgilenmekte ve sadece bulundurmaya suç haline getirmektedir. Bunların ikisi açıkça birbirleriyle ilişkilidir, bu ilişkinin doğası gereği talep tedariki doğurmaktadır; özellikle bu görüntüleri bulduran bazı kişilerin kapsamı, çocukları istismar eden kişilere kadar uzanmakla birlikte bunlar tam olarak bilinmemektedir. Buna rağmen Parlamento "bulundurmaya" daha az ciddi bir sorun olarak algılamakta ve daha az ceza verilmesini uygun görmektedir. Ancak yine de *Jayson* davasında bulundurma sürecinin kendisi, bir tedarik etme hareketi olarak görülmektedir. İddia makamı bu tür materyallerin satın alınmasını dahi tedarik etmenin kısıktırılması olarak kabul etmekte ve suçlamada bulunmaktadır, böylelikle yine tedarik etme ile bulundurma arasında çizgi bulanıklaşmaktadır<sup>247</sup>.

Tedarik etme ile bulundurma arasındaki çizginin bulanıklaştığı bir diğer örnek, dağıtma ya da gösterme amacıyla bulundurma suçu açısından ortaya çıkmaktadır<sup>248</sup>. *Dooley*<sup>249</sup> davasında, sanık bir P2P yazılımı olan "KaZaA" ile uygunsuz görüntüler elde etmiştir. Bu tür görüntüler, sanığın "Paylaşılan

---

<sup>245</sup> [2002] EWCA Crim 683.

<sup>246</sup> Walden, pn. 3.176.

<sup>247</sup> Walden, pn. 3.177.

<sup>248</sup> POCA 1978, m. 1(1)(c).

<sup>249</sup> [2005] EWCA Crim 3093.

Dosyalarım” klasörüne indirildikten sonra sanığın kullandığı bilgisayarın, aynı yazılımı kullanan diğer kişiler tarafından erişilemeyen bir başka bölümüne aktarılmaktadır. Sanık, bilgisayarındaki “Paylaşılan Dosyalarım” klasöründe altı adet uygunsuz görüntü bulunması nedeniyle POCA 1(1)(c) maddesini ihlal etmekten suçlanmıştır. Savunmanın görüşleri şu yöndedir: Sanığın söz konusu görüntüleri dağıtmak ya da başkalarına göstermek gibi bir kastı bulunmamaktadır, bunun tam tersine, aslında sanığın kastının söz konusu görüntüleri bilgisayarının başka kişilerin erişimine açık olmayan bir bölümüne taşımak olduğudur. Bununla birlikte bu taşıma işlemi tamamlanana kadar söz konusu görüntüler üçüncü kişilerin erişimine açık kalmaya devam etmektedir. İlk aşamada, Kraliyet Mahkemesi (Crown Court)<sup>250</sup> “amacıyla” ifadesinin sanığın kastıyla aynı anlama gelmediğini ve dolayısıyla görüntülere erişilebilirlik hakkındaki salt bilginin yeterli olduğuna karar vermiştir. Temyiz aşamasında ise mahkeme, jürinin ayırt etmesi gereken doğru sorunun, sanığın “Paylaşılan Dosyalarım” klasöründe bazı görüntüleri bırakmasının nedenlerinden birinin daha sonra bunların paylaşılmasını sağlamak olup olmadığının belirlenmesi olduğuna karar vermiştir. İddia makamı tarafından böyle bir kast ileri sürülmemiştir, dolayısıyla mahkeme de mahkûmiyet kararını bozma ihtiyacı hissetmiştir<sup>251</sup>.

Genellikle davalar, çok sayıdaki görüntünün tedarik edilmesi ve/veya bulundurulması hakkındadır; sıklıkla bu sayılar binlerle ifade edilmektedir. Gerçekten de suçluların bu tür gruba katılmak ve içeriklere erişimi kontrol altında tutabilmek için geliştirilen mekanizmalardan birisi, istekli kişinin bunun karşılığı olarak belli bir sayının üstünde görüntü sağlamasıdır. Söz konusu görüntülerin hacmi bu konuda bir iddianame hazırlanırken zorluk oluşturmaktadır, zira her görüntü hakkında detaylı bilgi verilmesi uygun bir yöntem değildir. Sonuçta, mahkemeler bu konuda bir yeknesak uygulama kılavuzu belirlemişlerdir<sup>252</sup>. Buna göre:

- İddianame hem örnek oluşturacak sayıda hem de kapsamlı bir sayıda görüntü içermelidir;
- Örnekler, görüntüleri geniş bir kapsamda temsil edecek sayıda olmalıdır;

---

<sup>250</sup> İngiltere ve Galler Kraliyet Mahkemesi (The Crown Court of England and Wales) Yüksek Adalet Mahkemesi (the High Court of Justice) ve Temyiz Mahkemesi (the Court of Appeal) ile birlikte İngiltere ve Galler’deki üst düzey mahkemelerin kurucu unsurlarından biridir. Bu mahkeme ilk derece ceza mahkemelerinin yüksek mahkemesidir, buna karşın bazı nedenlerden dolayı Kraliyet Mahkemesi, hiyerarşik olarak Yüksek Mahkemenin ve ona bağlı olan Bölgesel Mahkemelerin altında yer almaktadır.

<sup>251</sup> Walden, pn. 3.178.

<sup>252</sup> Thompson (Richard) [2004] EWCA Crim 927.

- Bu şekilde yapılacak örnekleme elverişli değilse, görüntüler farklı uygunsuzluk ölçütlerine göre sınıflandırılmalı ve savunmanın da inceleyebileceği hale getirilmelidir;
- Örnekler, gerçek görüntüler ve gerçek benzeri görüntüler olarak ayrılmalıdır;
- Her görüntünün bizatihi kendisi dosya ile ilişkilendirilmelidir;
- Her örnekleme için çocukların yaklaşık yaş aralığı belirtilmelidir<sup>253</sup>.

Görüldüğü üzere yukarıda belirtilenlere bağlı olarak Mahkeme, davaların ciddiyetini belirlerken görüntülerin sayısı, çocukların yaşı, görüntülerin konusu ve görüntülerin gerçek mi gerçek benzeri mi (animasyon görüntü / virtual child pornography)<sup>254</sup> olduğu gibi anahtar faktörleri dikkate almaktadır<sup>255</sup>.

## 5. Grooming

İnternet, göreceli olarak kısa olan yaşamında, bizlere çok sayıda yeni kavramlar ve olaylar tanıtmıştır. Bunlardan önemle dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, çocukların çevrimiçi seksüel konuşma ya da eylemlere davet edilmesi ya da kısaca “grooming”dir<sup>256</sup>.

Grooming sözcüğü “*hazırlama, tımarlama*” anlamına gelmektedir. Tarihsel olarak, çocuk istismarı olaylarının büyük bir çoğunluğu, çocuğu tanıyan aile üyelerinden ya da yakınlardan biri tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak internet, pedofillerin çocuk istismarı amacıyla çocuklarla iletişime geçebilmeleri için yeni olanaklar sağlamıştır; işte buna “internet grooming” adı verilmektedir. Bu tür aktivitelerde internet, çocuklar ile iletişim kurmak ve onların güzellikle ikna edilebilmeleri için bir aracı olarak kullanılmaktadır. Örneğin<sup>257</sup>, sohbet odaları vasıtasıyla çocuklarla fiziksel buluşma ayarlanmaya çalışılmakta, çocuklara pornografik içerikler gösterilmek suretiyle bu tür görüntüler normalleştirilmeye çalışılmakta ve çocuklar cinsel aktivitelerde bulunmak için cesaretlendirilmektedir<sup>258</sup>.

Geniş bir biçimde kullanılan “grooming” terimi, ne tam olarak açıklanabilen ne de tanımlanabilen karmaşık bir olguyu belirtir. Grooming’in aşamaları şunlardır: a) Çeşitli manipülatif ya da kontrol edici tekniklerin kullanılması, b) Kırılgan bir mağdurun bulunması, c) Kişiler arası ve sosyal kurguların olması

---

<sup>253</sup> Walden, pn. 3.186.

<sup>254</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Clough, s. 313-325; Gillespie, Cybercrime, s. 245-253.

<sup>255</sup> Walden, pn. 3.187.

<sup>256</sup> Clough, s. 377.

<sup>257</sup> Örnek için bkz: Mansfield [2005] EWCA Crim 927.

<sup>258</sup> Walden, pn. 3.188.

(belli bir kapsamda) d) Zarar verici seksüel davranışların normal gösterilmesi için güven ortamının oluşturulması, e) İstismarı kolaylaştırmak için ve/veya ortaya çıkmasını engellemek için tüm bu sayıların gerçekleştirilmesi<sup>259</sup>. Söz konusu tanım şu şekilde de özetlenebilir: “Olası bir tacizci tarafından, çocukları taciz oluşturan aktivitelere razı etmek amacıyla, çocukların güvenliğini ve sırdaşlığını kazanmaya yönelik (teşebbüs eden) işlemler bütünü”<sup>260</sup>.

Grooming’in kendisi yeni olmasa da, internet ve diğer elektronik iletişim kanalları suçluların çocuklarla irtibat kurmaları için çok daha fazla olanak sunmaya başlamıştır<sup>261</sup>. Geçmişte yalnızca aile üyeleri veya yakın arkadaşlar veya rahip ya da öğretmenler çocuklara özel anlamda yaklaşma şansına sahipti. Şimdi ise tamamen yabancı kişiler için bile çocuklarla özel olarak irtibat kurmak mümkün hale gelmiştir. Çocuklarının gerçek hayatta kimlerle ilişki içinde olduğu konusunda sürekli tetikte olan ebeveynler, çelişkili bir biçimde çocuklarının çevrimiçi hayatı üzerinde çok az kontrol sahibidirler ya da hiç kontrol sahibi değildirler<sup>262</sup>. Avusturalya’da yapılmış yakın tarihli bir araştırmaya göre sekiz ila on bir yaş arası çocukların %95’i, on altı ila on yedi yaş arası çocukların ise %100’ü bir önceki ay internete bağlanmıştı<sup>263</sup>. Gençlerin mobil telefon kullanımı yaşla birlikte artmaktadır; araştırmaya göre sekiz ila on bir yaş arası çocukların % 11’i mobil telefon kullanırken, on altı ila on yedi yaş arası çocuklarda ise bu oran %94’tür<sup>264</sup>.

Bu tür aktivitelerle mücadele etmek için, 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası (Sexual Offences Act 2003) ile “*cinsel grooming’e yönelik çocukla tanışma*” suçu düzenlenmiştir. Söz konusu suç şu hareketleri düzenlemektedir:

“Bir kişi (A) bir başka kişi (B) ile bir ya da daha fazla ortamda iletişime geçerek ya da görüşürse ve devamında –

(i) A kasten B ile görüşürse,

---

<sup>259</sup> Anne-Marie McAlinden, ‘Grooming’ and the Sexual Abuse of Children; Institutional, Internet and Familial Dimensions, Oxford, Oxford University Press, 2012, s.11.

<sup>260</sup> Alasdair A. Gillespie, “Child Protection on the Internet – challenges for Criminal Law”, Child and Family Law Quarterly, Vol. 14, No. 4, 2002, s. 411, 412; Clough, s. 377, 378.

<sup>261</sup> Grooming hakkında detaylı tartışma için bkz: Stephen Webster/Julia Davidson/Antonia Bifulco/Petter Gottschalk/Vincenzo Caretti/Thierry Pham/Julie Grove-Hills,/Caroline Turley/Charlotte Tompkins/Stefano Ciulla/Vanessa Milazzo/Adriano Schimmenti/Giuseppe Craparo, European Online Grooming Project, Final Report, European Commission Sefer Internet Plus Programme, Mart 2012, Bölüm 3, s. 37-60.

<sup>262</sup> Helen Whittle/Catherine Hamilton-Giachritsis/Anthony Beech/Guy Collings, “A Review of Online Grooming: Characteristics and Concerns” Aggression and Violence Behaviour, Vol. 18, Issue 1, 2013, s. 65.

<sup>263</sup> Australian Communications and Media Authority, “Like, post, share: Young Australians’ experience of social media”, Quantitative Research Report, 2013, s. 6.

<sup>264</sup> Australian Communications and Media Authority, s. 7; Clough, s. 378.

(ii) A, B ile görüşmek kastıyla dünyanın herhangi bir yerine seyahat ederse ya da dünyanın herhangi bir yerinde B ile görüşmek için ayarlama yaparsa veya,

(iii) B, A ile görüşmek için dünyanın herhangi bir yerine seyahat ederse<sup>265</sup>...”

Bu suç için öngörülen ceza, azami on yıl hapis cezasıdır; buna rağmen söz konusu ceza toplumun korunması temeline dayanılarak belirsiz cezalı bir suç olarak düzenlenmiş, yalnızca azami haddi belirtilmiştir. Bu suç, taciz konusunda kullanılan yöntemle benzer şekilde düzenlenmiştir, suçun hedefinde potansiyel fail tarafından suça hazırlık amacıyla gerçekleştirilen aşamalar bulunmaktadır. Bu aşamalar teşebbüsün dışında kalan hareketlerdir (hazırlık hareketi). Suç, geniş kapsamlı, tüm iletişim şekillerini kapsayacak şekilde düzenlenmekle birlikte, hükümetin belirtmiş olduğu üzere amacı, internet temelli aktiviteleri suç haline getirmektir. Suça teşebbüsün kabul edilebileceği aşamaya gelmeyen bir eylemin varlığı halinde, cinsel saldırıyı önleme emri için başvuruda bulunulabilir, böylelikle şüphelinin sohbet odaları ya da benzer olanakları kullanarak kişilerle iletişime devam etmesi önlenir<sup>266</sup>.

Dünyada ve tabii ki Birleşik Krallık'ta büyük sorun olan ve suç haline getirilen bu tür aktivitelerin, her gün giderek daha fazla farkına vardığımız çocuk istismarı olayları dikkate alındığında ülkemiz hukuk düzeninde de bir an önce suç haline getirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

## 6. Cinsellik Konulu İletişim

Grooming, failin hedeflediği çocukla fiziksel olarak görüşmesine, hazırlık hareketlerine odaklanmaktadır. Ancak bazı vakalarda kasıt, çocukla fiziksel bir görüşme niyetinde olmaksızın, yalnızca kurulan iletişimin kendisinden cinsel tatmin sağlanması olabilmektedir.

2015 yılında, 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası'na “*çocukla cinsel konulu iletişim kurulması suçu*” eklenmiştir<sup>267</sup>. İletişimin içeriği, mantıklı bir insanın kabul edebileceği bir şekilde “cinsel aktivite” ile ilgili olmak zorundadır. İletişim, yetişkin bir kişi ile on altı yaşından küçük bir çocuk arasında gerçekleşmelidir. Bu suçun cezası azami iki yıl hapis cezasıdır, ayrıca not edilmesi gereken ilginç bir husus da, düşünce açıklama ile ilgili diğer suçlardan farklı olarak, bu suçun soruşturulması için başsavcılığın (Director of Public Prosecutions)<sup>268</sup> iznini

---

<sup>265</sup> SOA 2003, m. 15.

<sup>266</sup> Walden, pn. 3.189.

<sup>267</sup> 2015 tarihli Ciddi Suçlar Yasası'nın 15. maddeyle, SOA 2003'ün 15A maddesine eklenmiştir.

<sup>268</sup> İngiltere ve Galler'de başsavcılık ilk olarak 1880 yılında İçişleri Bakanlığı'nın bir parçası olarak kurulmuş ve 1908 yılında kendi başına bir kurum haline gelmiştir. Kısaca “DDP” olarak bilinen bu kurum, 1986 yılında soruşturma yükümlülüğü kendisinin de başı olduğu yeni kurulan Kralliyet Soruşturma Servisine devredilene kadar yalnızca çok az sayıdaki önemli davaların soruşturulmasından sorumluydu. Bu kurumun idarecisi olan başsavcı İngiltere ve

gerektirmemesidir<sup>269</sup>.

Yukarıda belirttiğim üzere, benzer bir suçun yukarıdaki suç tipiyle birlikte aynı maddede, ancak farklı fıkralarda ve suçun yaptırımları arasında da derecelendirme yapılarak düzenlenmesinin son derece yararlı olacağını düşünüyorum.

## 7. Kötücül ve Uygunsuz İletişim

İletişim araçları kullanılarak işlenen içeriğe ilişkin bilişim suçlarının bir başka türü de *“intikam pornosu”*dur. Bunlar genellikle eski partnerler tarafından gönderilmekte ve açık cinsel görüntüler içermektedir. Bu tür eylemler suç olarak tanımlanmadan önce, bu tür zararlı hareketlerin her zaman gerekli olan eşişe ulaşmadığına ilişkin sorunlar baş göstermiştir.

2015 yılında, yeni bir suç olarak *“mahrem cinsel fotoğrafların ve filmlerin sıkıntı vermek amacıyla ifşa edilmesi”* kabul edilmiştir<sup>270</sup>. “Cinsel” terimi, hem bedeninin belirli bir bölümü (örneğin, genital organlar ya da pubik bölgesi) hem de makul bir insan tarafından cinsel olarak kabul edilen davranış ya da görüntü anlamına gelmektedir. Bu ifşaat, resimde ya da filmde görülen kişinin rızası dışında gerçekleşmeli ve karşıdaki kişiye sıkıntı vermek kastıyla gerçekleştirilmelidir. Bu suçun cezası olarak azami iki yıl hapis cezası öngörülmüştür<sup>271</sup>.

Zararlı iletişimi düzenleyen mevcut hukuk düzeni, *“bireyden bireye”* iletişim teknikleri ve özellikle sözlü telefon görüşmesi üzerine temellendirilmiştir; hala da bu temel üzerinde devam etmektedir. Ancak, siber alandaki kişisel web siteleri gibi, *“bireyden çoğula”* iletişim tekniği seçenekleri, söz konusu mevcut kuralların duruma uygunluğuna karşı meydan okumaktadır. Kötücül, uygunsuz veya zararlı iletişimin hedefleyerek neden olduğu sıkıntı ve anksiyete, iletişimin bireyselden ziyade toplumsal doğası dikkate alındığında, muhtemelen dikkate değer bir büyüklüktedir<sup>272</sup>.

## C. Bilgisayarın Bütünlüğüne İlişkin Suçlar

### 1. Suçun Konusu

Doğrudan bilgisayarları hedefleyen ve bilişim sistemlerinin bütünlüğüne karşı işlenen suçlar en sık görülen bilişim suçlarındandır. Bu tür suçlar

---

Galler Genel Savcısı tarafından atanmaktadır.

<sup>269</sup> Walden, pn. 3.192.

<sup>270</sup> 2015 tarihli Ceza Adaleti ve Mahkemeler Yasası m. 33 (Criminal Justice and Courts Act 2015).

<sup>271</sup> Gillespie, Cybercrime, s. 219-223; Walden, pn. 3.214.

<sup>272</sup> Walden, pn. 3.219.

genellikle “bilgişim sisteminin güvenliğini kırılması / hacking”<sup>273</sup> üst başlığıyla adlandırılır. Bu üst başlık, geniş bir kapsamdaki amaçlarla hareket eden kişilerin aynı geniş kapsamda gerçekleştirdikleri hareketleri içerir. Bilgişim sistemlerinin modern yaşamın her yerinde birden görünmesiyle ve modern ticari ilişkilerin bilgişim ağlarına bağlı hale gelmesiyle bu tür suçların ciddi sonuçları görülmeye başlanmıştır<sup>274</sup>. Bilgisayarın ya da bilgişim sistemlerinin ne olduğu sorusu açısından; sorun, tümleşik bir donanımı, aygıt yazılımı, işletim ve diğer yazılımları ve verileri olan bir aygıttan ziyade, işleme tabi tuttuğu verilerden ayrı kendi başına fiziksel, tekil objeler olarak algılanmasından kaynaklanır. Oysa bilgisayar, kendisini oluşturan donanımsal ve yazılımsal parçalarından ayrılmaz bir bütün olarak sanal bir makinedir (burada teknik anlamda sanal makineler kastedilmemektedir / virtual machine ware). Ceza hukuku ise söz konusu sanal makinelerin gizliliğini, bütünlüğünü ve işlerliğini, bunu bileşenlerine ayırma ihtiyacı duymaksızın korumalıdır. Bu makinelerin bir parçasına ya da bütününe yetkisiz erişilmesi veya araya girilmesi gibi eylemler haksızlık olarak görülür. Farklı uygulamalar, gerçekleştirilen eylemin, verilen zararın ve/veya failin kusurunun doğasından kaynaklanır. Dolayısıyla söz konusu farklılık bazı belirsiz ve uygunsuz teknik farklılıklardan kaynaklanmamaktadır<sup>275</sup>.

## 2. Yetkisizlik ve Hukuka Uygunluk Nedeni

Bazı yargı çevrelerinde sistem yöneticilerine, ceza sorumluluğu sınırlandırmak amacıyla, iyi güvenlik uygulamalarını cesaretlendirici biçimde, sistemleri üzerinde işlemlerini gerçekleştirirken uymaları gereken bazı özel yükümlülükler getirilmiştir. Örneğin, Almanya’da veriler yetkisiz erişimlere karşı “*özellikle korunmalıdır*”<sup>276</sup>. Benzer bir hüküm Norveç hukukunda da yer almaktadır, buna göre sorumluluk “*korunmakta olan bir aygıtta ya da benzer bir tarzdaki araca*” karşı, birey tarafından erişim sağlandığında söz konusu olmaktadır<sup>277</sup>. Aslında birer sonuç olan bu hükümler Yüksek Mahkeme

---

<sup>273</sup> Kullanım kolaylığı olması için, “hack” (kıymak, kesmek, darbe) sözcüğü ve bunun varyasyonları, bilgisayarlara ve bilgisayar sistemlerine yapılan yetkisiz erişim hareketlerini tanımlamak için kullanılmaktadır. Bazen, aslında her ikisi de yetkisiz erişim olan ve iyi amaçlı bir girişim olarak görülen “hacking” ile bunun tam karşısında yer alan ve kötü amaçlı bir girişim olarak kabul edilen “cracking” arasında bir ayırım olduğu kabul edilir. Bunların cezalandırılmasına etkili olan motivasyon unsuruna ilişkin hukuki ilişki dışında, popüler kullanımda bunlar arasında çok az ayırım yapıldığı görülmektedir.

<sup>274</sup> Clough, s. 31.

<sup>275</sup> Walden, pn. 3.234.

<sup>276</sup> StGB m. 202a. Ayrıca bkz: Brezilya Ceza Kanunu m. 154-A (güvenlik mekanizmasının hukuk aykırı şekilde ihlal edilmesi), Japonya Bilgisayara Yetkisiz Erişim Yasası m. 3(2)(1) (erişim kontrol fonksiyonu ile sınırlandırılmıştır).

<sup>277</sup> Norveç Genel Bireysel Ceza Yasası, m. 145. Bu hüküm 1987 yılında yürürlüğe girmiştir, ancak 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir, şimdiki hali şöyledir: “Bir kişi hukuka aykırı olarak



tarafından basitçe şu şekilde ortaya çıkarılmıştır: “Güvenliğin kırıldığıının gösterilmesi amacıyla internete sondaj bilgisayarlarının bağlanması hukuka aykırıdır”<sup>278</sup>. Sistem yöneticisinin bu tür önlemleri uygulamakta ihmalde bulunması, savcılığın yetkisiz bir erişimi suç olarak nitelendirebilme olanağının altını oymaktadır. Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi, suçun gerçekleşmesi için sözleşmeciler taraflara “suçun güvenlik önlemlerinin ihlal edilmesi halinde gerçekleşmesi gerekebilir”<sup>279</sup> şeklinde bir seçimlik sınırlayıcı unsur sağlamaktadır. Bu tür bir sınırlama Avrupa Birliği’nde AB Çerçeve Kararı’na<sup>280</sup> göre de seçimliktir, ancak Direktif tarafından zorunlu hale getirilmiştir<sup>281</sup>. Avrupa Komisyonunun orijinal önerisi, bir güvenlik önleminin ihlal edilmesi ve özellikle “ek olarak alınan yapısal unsurların”<sup>282</sup> özel bir şekilde uyarılması gerekliliğini içermemekteydi. Ancak Avrupa Parlamentosu, Yeşiller / Avrupa Özgür Birliği’nin temsilcisi milletvekili Jan Albrecht’in girişimiyle, bu öneriye katılmadığını belirterek bir sınırlama getirilmesi gerektiğine karar verdi<sup>283</sup>. Ancak yine de; özellikle, işçilerin kendilerinin iş bilgisayarlarını yetkisiz olarak kendi özel işlerinde kullanmalarının cezai sorumluluğu gerektireceği konusunda endişeler<sup>284</sup> bulunmaktadır<sup>285</sup>.

İngiltere’de Bilgisayarın Kötüye Kullanılması Yasası’nın (Computer Misuse Bill) şu maddenin<sup>286</sup> yürürlükte olması nedeniyle, eğer bir bilgisayar kullanıcısı güvenlik önlemlerini uygulamamışsa, bilişim korsanlarının bunu bir savunma olarak sunmaları yönünde bir hüküm eklenmesi için girişimde bulunulmuştur:

---

bir başka kişinin mektubuna ya da diğer bir kapalı dokümanına veya benzer bir şekilde içeriklerine erişim sağlarsa ya da bir başka kişinin kilitli bir muhafazasının içindekilere zorla kırarak erişirse...”. Ayrıca bkz: Finlandiya Ceza Kanunu m. 8(1) (korumanın kırılması).

<sup>278</sup> Dosya No 83 B, RT-1998-1971, 15 Aralık 1998.

<sup>279</sup> Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi, m. 2.

<sup>280</sup> Bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirilen saldırılar hakkında Konye Çerçeve Kararı, OJ L 69/67, 16 Mart 2005, m. 2(2) (Çerçeve Kararı).

<sup>281</sup> Bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirilen saldırılar hakkında Direktif 13/440/EU, OJ L 218/8, 14 Ağustos 2013, m. 9(5).

<sup>282</sup> Avrupa Komisyonu, “Bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirilen saldırılar hakkında direktif önerisi ve 2005/222/JHA’, COM (2010) 517 final sayılı ve 30 Eylül 2010 tarihli Konye Çerçeve Kararı değişikliği hakkında rapor, s. 7.

<sup>283</sup> Bkz: Sivil Özgürlükler, Adalet ve İşçileri Komitesi (Raportör M. Hohlmeier), bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirilen saldırılar hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konye direktif önerisi ve 2005/222/JHA’, A7-0224/2013 sayılı ve 19 Haziran 2013 tarihli Konye Çerçeve Kararı değişikliği hakkında rapor.

<sup>284</sup> Bkz: Direktif 13/40/EU, m.17; ayrıca Kıdemli Politika Danışmanı Ralf Bendarth’tan Jan Albrecht’e gönderilen 7 Temmuz 2015 tarihli elektronik posta.

<sup>285</sup> Walden, pn. 3.242.

<sup>286</sup> İngiliz hukukunda yer alan mevzuatın çoğunluğunda, Türk hukukunda “madde” karşılığı olarak “section” sözcüğü kullanılır. Bunun tam çevirisi ise “bölüm”dür. Ben kullandığımız ve alışkın olduğumuz dille uyumlu olması için “section/bölüm” karşılığı “madde” sözcüğünü kullanmaya devam edeceğiz.



“Bu maddenin amaçları doğrultusunda, erişimin ya da erişime kalkışmanın engellenmesinin önlenmesi için, özenli bir şekilde, şartların makul bir şekilde gerektirdiği önlemlerin alınmadığının kanıtlanması bir savunma olabilir”.

“Güvenlik önlemlerinin” konulmasındaki eşğin daha fazla hukuki belirsizlik üretmesi olasıdır, bu bağlamda bir mahkemenin güvenlik önlemlerinin uygunluğu ve yerindeliliğine ilişkin bir yorum yapması gerektiğinde ve bununla birlikte savunma makamının da savcılığa meydan okuyarak iddialara yoğun bir inceleme yöneltmesi sonucunda jürinin kafasında şüpheler oluşacaktır. Güvenlik önlemlerinin bulunması konusu bir erişimin “yetkisiz” olarak gerçekleşip gerçekleşmediği konusuyla dolaylı olarak ilgili olmasına rağmen söz konusu teklif reddedilmiştir. Öğretide bazı yazarlar ise yetkisiz erişimler için ceza sorumluluğunun yalnızca “kod temelli önleme” söz konusu olduğunda tetiklenebileceğini iddia etmeye devam etmişlerdir<sup>287</sup>. AB’nin 13/14/EU nolu Direktifinde ise konu şu şekilde açıklanmaktadır: “*Kullanıcı politikaları veya hizmet şartları yoluyla bilişim sistemlerine erişimi kısıtlayan sözleşmesel yükümlülükler ya da anlaşmalar*” yetkisiz erişimlere ilişkin ceza hukuku uygulamalarının tek başına temelini oluşturmamalıdır<sup>288</sup>.

İnternet öncesi devirde 1980’li yıllarda, bilgisayarların kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme ilk olarak teklif edildiğinde, karşılaştırma geleneksel ceza yasasından gelen görünürde paralel konularla gerçekleşti: Yetkisiz erişimle sisteme izinsiz girme eylemleri ve yetkisiz müdahale ile hukuken cezai yaptırım gerektiren eylemler. Bu karşılaştırma, yetkilendirmeye ilişkin sorular hakkında devam eden, özellikle de izinsiz giriş hakkındaki tartışmanın etkisi altında kalmıştır. Gerçekten izinsiz girme, “siber izinsiz giriş” (cybertrespass)<sup>289</sup> gibi, öğretide yetkisiz erişim için kullanılan açıklayıcı bir terimdir. Bu terim hukuki düzenlemelerde kullanılmakta<sup>290</sup> ve ABD’deki bilişim suçları davalarında hukuki girişimlerin temeli olarak ileri sürülmektedir<sup>291</sup>. Açık bir eve girilmesi hukuka aykırı olabilir, ancak girecek kişi uygun bir şekilde uyarılmadığı takdirde suç oluşturmaz, dolayısıyla bu görüşün devamında güvenliksiz bir bilgisayarın da açık bir eve yakın olduğu söylenebilir. Benzetmenin çekiciliğine karşın, izinsiz girişlerde olduğu gibi bilişim sistemlerine karşı gerçekleştirilen kötüye kullanım tiplerinin belirtilmesi için, bilişim suçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin

---

<sup>287</sup> Orin S. Kerr, “Cybercrime’s Scope: Interpreting ‘Access’ and ‘Authorization’ in Computer Misuse Statutes”, New York University Law Review, Vol. 78, 2003, s. 1600.

<sup>288</sup> Walden, pn. 3.243.

<sup>289</sup> David S. Wall, “Policing the Internet: Maintaining Order and Law on the Cyber-beat”, The Internet, Law and Society, Ed: Yaman Akdeniz/Clive Walker/David Wall, Longman, 2000, Section 7, s. 157.

<sup>290</sup> Örneğin, Brezilya Ceza Kanunu m.154-A “Bilgisayarla ilgili bir aygıtta izinsiz girilmesi”.

<sup>291</sup> Intel Corp v. Hamidi, 71 P 3d 296 (Cal 2003), istenmeyen elektronik postalar açısından taşınır bir mala karşı izinsiz girişe ilişkin bir haksız fiil iddiasının sürdürüldüğü yerde iddia başarısızlığa uğramıştır.

mülkiyet temelli çözümlerin başarısızlığına bir yanıt olarak benimsenmesi fikri de ayrıca akıllara gelmiştir<sup>292</sup>.

Dinlemeye ilişkin hukuki düzenlemelerde yetkilendirmeye ilişkin sorunlar, erişim ve araya girmeden çok daha karmaşıktır ve üç farklı boyutu ilgilendirmektedir. İlk olarak, kişilerin iletişim ağını denetleyen bir otorite bulunur. Bu boyut, doğası gereği diğer sistem bütünlüğüne karşı işlenen suçlara son derece benzemektedir. İkinci olarak, söz konusu ağdan yararlanabilmek için ya bir otorite ya da iletişimde olan tarafların rızası bulunmalıdır. Dinleme yasalarının ilk amacı, kullanıcıların mahremiyetlerinin korunmasıdır. Son olarak, bir soruşturma aracı olarak ve gücün kullanılması açısından, soruşturma makamları bir dinleme işlemiyle görevlendirildiklerinde, bu işlemi hukuka uygun hale getirebilmek için gerekli bir yetkilendirmeye sahip olmalıdırlar<sup>293</sup>.

Yetkili olma ve yetkisizlik üzerine kurulması zorunlu olan, sınırları aşan ve sınırlarla kesişen konu ise kamusal ve özel alan arasındaki ayırmadır. Gerçekten de, siber alanda yetkilendirme konusunda çok sayıda sorun ortaya çıkmıştır; bunların bir kısmı internetin geleneksel “kamusal ve özel alan” ayrımını rahatsız eden ve ona meydan okuyan tarzı nedeniyedir. Zımnî yetkilendirme ile yönetilmekte olan internetin popüler kavramı “World Wide Web”, büyük bir bölümü kamusal alanda işleyen, “ağların ağı” olarak kullanılabilen özel bir hizmet olup, bilginin değişimine ve ulaşılmasına zemin oluşturmaktadır<sup>294</sup>. Aynı zamanda, internetin kamusal bilinci genellikle anonimlik, mahrem ilişkilerin ve alanların çevresi olma, devletin gözetimi tarafından engellenmeme ve izlenmeme algısı ile ilişkilidir. Bunlar birlikte ele alındığında bu eğilimler, sistem bütünlüğüne ilişkin suçlardaki yetkilendirmeye olan güvene itiraz edebilirler<sup>295</sup>.

Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası’na göre bir erişim şu hallerde yetkisiz bir erişim olarak kabul edilir: Eğer;

a) Bir kişinin kendisi, söz konusu olan yazılım ya da verinin erişimini kontrol etmek için yetkilendirilmemişse veya

b) Bu kişi, söz konusu olan yazılım veya veriye erişmek için yetkilendirilmiş olan bir kişiden rıza almamışsa,

bunlar alt bölüm madde 10’da düzenlenen suçların konusunu oluştururlar<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> Kerr, s. 1602; Walden, pn. 3.244.

<sup>293</sup> Walden, pn. 3.245.

<sup>294</sup> Chris Reed, *Internet Law: Text and Materials*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s. 66.

<sup>295</sup> Walden, pn. 3.246.

<sup>296</sup> CMA, m. 17(5).

Failin, mağdurun organizasyonunun dışından birisi olması hali, bir yetkilendirmenin var olmadığını göstermekte ya da rıza konusu genellikle bir sorun oluşturmayıp yukarıda tartıştığımız senaryoların konusunu oluşturmaktadır. Ancak failin, organizasyonun (şirketin, hastanenin, üniversitenin vs.) bir çalışanı olması halinde, savcılığın sırtına, açık ya da örtülü bir erişim hakkının kötüye kullanıldığını göstermektense, “böyle bir erişimin” yetkisiz olarak yapıldığını sanığının bildiğini gösterme yükümlülüğü binmektedir; örneğin, hesap memurunun hatalı harcama kalemleri girmesi gibi<sup>297</sup>. Hukuk Komisyonu bu konuda şu hususu belirtmiştir:

*“Bir çalışan bir suçtan dolayı ancak şu halde suçlu bulunabilir: Eğer işvereni çalışanın yazılıma ya da veriye erişimine ilişkin yetkisini açıkça tanımlamışsa”<sup>298</sup>.*

Birleşik Devletler federal yasaları, madde 1’deki suça benzer biçimde, salt yetkisiz erişimi suç olarak düzenlememektedir. Bu tür bir erişimin suç olabilmesi için, ulusal güvenlik bilgilerinin ya da finansal kayıtların elde edilmesi gibi başkaca amaçlarla bağlantısının bulunması gerekir<sup>299</sup>. Bunun yanı sıra Birleşik Krallık’tan farklı olarak, Birleşik Devletler federal yasası yetkilendirme açısından iki farklı senaryo arasında açıkça ayırım yapmaktadır: “Bir bilgisayara yetki olmaksızın erişilmesi ve yetki aşımıyla erişilmesi”<sup>300</sup>. İkinci terim, işçiler gibi “içeriden olanları”<sup>301</sup> kapsamak amacındadır ve aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır<sup>302</sup>:

*“Bir bilgisayara yetkili olarak erişmek ve bu erişimi bilgisayarda bulunan bilgileri almak ya da değiştirmek için yetkilendirilmediği halde, bu bilgileri almak ve değiştirmek üzere kullanmak anlamına gelmektedir”<sup>303</sup>.*

Buna karşın, işten ayrılan işçilerin davalarında yetkilendirme eşliğinin ne zaman gerçekleştiğine ilişkin çelişkili kararlar bulunur. *International Arort Centers LLC v. Citrin* davasında<sup>304</sup>, işten ayrılan bir işçi mülkiyeti işverene ait olan dizüstü bilgisayara bir yazılım indirmiştir ve işveren şirketin mülkiyetinde olan tüm verileri güvenli (geri döndürülemez biçimde) bir biçimde silmiştir. Mahkeme, Citrin’in şirketin bir çalışanı olarak yetkilendirilmesini “bir işçi

---

<sup>297</sup> Walden, pn. 3.247.

<sup>298</sup> Hukuk Komisyonu, Bilgisayarların Kötüye Kullanılması, Rapor No 186, Cm 819, Londra, HMSO, 1989, pn. 3.37.

<sup>299</sup> 18 USC m. 1030 “Bilgisayarla bağlantılı olarak gerçekleştirilen dolandırıcılık ve bağlantılı hareketler”.

<sup>300</sup> 18 USC m. 1030(a)(1). Benzer şekilde, Belçika hukukunda da “bir kişinin yetkisini aşarak bir bilişim sistemine erişmesi” ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

<sup>301</sup> Örneğin, *EF Culturak Travel BV v. Explorica, Inc*, 274 F 3d 577 (1st Cir 2001), s. 583, 584.

<sup>302</sup> Walden, pn. 3.248.

<sup>303</sup> 18 USC m. 1030(e)(6).

<sup>304</sup> 440 F3d 418 (7th Cir 2006). Daha önceki tarihli bir karar olan *Shurgard Storage Centes, Inc v. Sefaguard Self Storage, Inc*, 119 F Supp 2d 1121 kararını izlemiştir.

*olarak sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği anda*” kaybettiğine karar vermiştir. Bu karar çok düşük bir eşik belirlemektedir, böylelikle işçinin izin verilen ve verilemeyen davranışlarını açıkça belirlemektense, işçinin yapması gereken uygun davranışlarına yönelik yükümlülüğünü birinci sıraya koymaktadır. *Lockheed Martin Corporation v. Speed* davasında<sup>305</sup>, bu tür bir geniş yaklaşım mahkeme tarafından açıkça reddedilmiştir. Bu dava işten ayrılan üç işçinin rakip bir şirkete geçmeden önce mülkiyeti Lockheed’e ait olan bilgileri içeren çeşitli medya verilerini kopyalamaları hakkındadır. Mahkeme, “sadakatin ihlal edilmesi” testinin, bu tür bir yetkilendirmenin sınırlarının aşılmasına nazaran, bir işçiyi etkin bir biçimde “yetkisiz” olarak konumlandığını dikkate almıştır. Bu ikinci yorum daha mantıklı ve “olmaksızın” ile “aşma” arasındaki anlamlı farkı ortaya çıkarma açısından daha ilkeli görülmektedir. Ancak bu kararın ceza hukuku açısından tam olarak örnek olabilmesi yüksek bir mahkemenin onayını almayı ve bir özel hukuk davasından ziyade ceza davasının konusunu oluşturmayı gerektirir<sup>306</sup>.

Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası’na göre “yetkilendirmenin” işçi bağlamındaki yorumuyla ilk kez detaylı olarak *DPP v. Bignell* davasında<sup>307</sup> ilgilendirilmiştir. Bu dava kişisel amaçlarla bir operatör vasıtasıyla görevdeki iki polis memurunun Ulusal Polis Bilgisayarı’na (Police National Computer – PNC) erişim sağlaması hakkındadır. Bu kişiler CMA madde 1’deki suçla itham edilmişler ve Sulh Ceza Mahkemesi (Magistrates’ Court) tarafından suçlu bulunmuşlardır. Haklarındaki mahkûmiyete ilişkin yaptıkları temyiz başvurusu neticesinde Kraliyet Mahkemesi’nde (Crown Court) başarılı olmuşlar ve bu karar Bölge Mahkemesindeki bir sonraki temyiz başvurusunun konusunu oluşturmuş ve bu başvuru reddedilmiştir<sup>308</sup>.

Mahkeme tarafından belirtilen merkezi konu, bir kişinin belirli ve sınırlı bir amaç için (örneğin, polis faaliyetleri) bir bilişim sistemine erişmeye yetkilendirilmesi halinde, bu tür bir yetkilendirmenin, yetki kapsamında olmayan bir amaç için (örneğin, kişisel amaç) kullanılmasının madde 1’de tanımlanan suçu oluşturup oluşturmayacağıdır. Kraliyet Mahkemesi, CMA’nın öncelikli ilgi alanının “bilgisayarda bulunan bilgilerin bütünlüğünden ziyade bilgisayar sisteminin kendisinin bütünlüğünün korunması” olduğunu açıklamıştır; dolayısıyla bu tür yetkisiz kullanımlar Yasanın kapsamında değildir. Bu görüş, Bölge Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır. Yargıç Astill,

---

<sup>305</sup> 2006 US Dist LEXIS 53108, 1 Ağustos 2006.

<sup>306</sup> Walden, pn. 3.249.

<sup>307</sup> [1994] 1 Cr App R. Dana önceki tarihli bir dava olan *Bernett* davasında (Bow Street Magistrates’ Court, 10 Ekim 1991), bir polis amiri, bir kişinin halihazırda görünen kişinin karısından önceki karısının kim olduğunu öğrenebilmek için PNC’yi kullanması nedeniyle madde 1’de yer alan suçtan mahkûm olmuştur.

<sup>308</sup> Walden, pn. 3.250; Clough, s. 97.

öncelikle madde 17(5)(a)'da şu hususun yer aldığını belirtmiştir: “*Bu şekilde bir erişim*” madde 17(2)'de detaylandırılan erişim tiplerine atıf yapmaktadır; *değiştirme, silme, kopyalama, taşıma, kullanma ve çıktılar elde etme. İkinci olarak, “erişimi kontrol etme” ifadesi polis memurlarının PNC’ye erişim yetkisi verilmesine atıfta bulunmaktadır*”. Yargıç Astill, bunun Yasada bir boşluk yaratmadığı, bu eylemin gerçekleştirildiği zamanda 1984 tarihli Veri Koruma Yasası’nın (Data Protection Act 1984) kişisel verilerin yetki dışı amaçlar için kullanılmasıyla ilgili uygun suçları içerdiği sonucuna varmıştır<sup>309</sup>. Sonuçta fail CMA madde 1’den değil, 1984 tarihli Verilerin Korunması Yasasını (Data Protection Act 1984) ihlal etmekten suçlu bulunmuştur<sup>310</sup>.

*Bignell* davasına benzer bir durum Birleşik Devletler’de de bir mahkemenin önünde görülmüş ve benzer şekilde sonuçlanmıştır. *State v. Olson* davasında<sup>311</sup>, polis memuru yerel bir kolejdaki kız öğrencinin arabasının plakasının ayrıntılarını bulmak için polis veri tabanına izinsiz girmekten suçlu bulunmuştur. Polis memurunun hakkındaki ilk mahkûmiyet kararı temyiz mahkemesi tarafından bozulduktan sonra mahkeme “*bölüm politikalarına rağmen alınan verilerin bu tür kullanımının, verilerin kullanımının şarta bağlandığı bilgisayarlara erişime izin verildiğini göstermediğine*” karar vermiştir. İşte böylelikle bir kere erişim sağlandığında ne olabileceği ile erişim kavramı kesin olarak ayırt edilmiştir; ayrıca bu davada mahkeme görüşünü herhangi bir yasal tanımlamayla desteklememiştir. Yeni Zelanda’da, ilgili hüküm, “*bir kişinin bilişim sistemine erişime yetkisi olduğunda, bu kişiye verilen yetkinin dışında bir başka amaçla sisteme erişim sağlaması halinde*” yetkisiz erişim suçunun gerçekleşmediğini açıkça belirtmektedir<sup>312</sup>. Bu durumda diğer hükümlerin<sup>313</sup> ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir<sup>314</sup>.

*Bignell* kararının, *Sean Cropp* kararında olduğu gibi, önemli eleştirileri üzerine çektiği ve Yasanın kapsamını önemli derecede sınırlandırdığı görülmektedir<sup>315</sup>. Buna karşın kararın kilit noktaları *Allison* kararında<sup>316</sup>

---

<sup>309</sup> Veri Koruma Yasası m. 5(6). Bu hüküm DPA 1998 m. 55’te yer alan hukuka aykırı veri elde etme suçu ile değiştirilmiştir. Ayrıca bkz: Rooney (2006) EWCA Crim 1841, bir Staffordshire Polisi çalışanının kişisel amaçlar için PNC’ye erişim sağlaması hakkında dava. Walden, pn. 3.251.

<sup>310</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1050; Clough, s. 97, 98.

<sup>311</sup> 735 P 2d 1362 (Wash Ct App 1987).

<sup>312</sup> Crimes Act 1961, m. 252(2).

<sup>313</sup> Örneğin maddi yararlar elde etmek için bir bilgisayara dürüst olmayan yollarla erişilmesi: Crimes Act 1961, m. 249.

<sup>314</sup> Walden, pn. 3.252.

<sup>315</sup> Örneğin bkz: David Bainbridge, “Cannot Employees also be a Hackers?”, Computer Law and Security Report, Vol. 13, No. 5, 1997, s. 352-354; Paul Spink, “Misuse of Police Computers”, Juridical Review, Vol. 42, 1997, s. 219-231.

<sup>316</sup> Bow Street Magistrate and Allison (AP), tek taraflı olarak (hasımsız) US Government (HL)

Lordlar Kamarası tarafından yeniden değerlendirilmiştir. Bu dava, sahte kredi kartlarının üretilmesinde kullanılmak üzere kişisel tanımlama numaralarını elde etmek için bilişim sistemlerine erişim yetkisini kullanan ve bu nedenle dolandırıcılıkla suçlanan American Express çalışanı bir kişinin Birleşik Devletler Hükümeti tarafından suçluların iadesi çerçevesinde yapılan iadesi istemine ilişkindir. *Bignell* davasında olduğu gibi, savunma makamı, işçinin söz konusu bilişim sistemlerine erişim yetkisi olduğu gerekçesiyle madde 1’de tanımlanan suçun oluşmadığı görüşünü ileri sürmüştür. *Bignell* kararıyla aynı görüşte olan Lordlar Kamarası, bu kararın devamında Yargıç Astill tarafından yapılan madde 17(5) hakkındaki açıklamayı<sup>317</sup> ise reddetmiştir<sup>318</sup>.

Lord Hobhouse tarafından ilk olarak, “bu tür bir erişim” ifadesinin basitçe madde 17(5)’e göre verilen yetkinin bazı tür yazılımlar ve veriler için sınırlanmış olduğu ve 17(2)’de detaylandırılan türdeki erişimlere atfı yapılmadığı anlamına geldiği belirtilmiştir. Deliller göstermektedir ki American Express çalışanı yetkilendirilmediği verilere erişim sağlamıştır, dolayısıyla sağlamış olduğu erişim yetkisiz bir erişimdir. İkinci olarak, “erişim kontrolü” sisteme kişisel erişim yetkilendirmesi anlamına gelmemektedir, aksine organizasyonel yetki, bireylere yetki vermektedir. *Bignell* davasında, bu tür bir kontrolü yapan, bizzat polis müdürünün kendisiydi ve çalışma kuralları gereğince erişim yalnızca polisiye amaçlara özgülenmişti. Allison kararının bir sonucu olarak, PNC’nin polis tarafından kötüye kullanılmasına ilişkin sonraki bir davada<sup>319</sup> sanığın yetkisiz erişimden dolayı suçlu bulunması sağlanmıştır<sup>320</sup>.

*Allison* kararı madde 17(5)’e göre “kontrolün” anlamını açıklığa kavuşturmuştur, mahkemenin *Bignell* kararını kabul etmesi ise CMA’dan kaynaklanan mahkeme kararının belirsizliğini devam ettirmiştir. İlk olarak Lord Hobhouse, *Bignell* davasındaki bilgisayar operatörünün yetkisini aşmadığı ve dolayısıyla bir suç işlemediği noktasına vurgu yapmıştır. Operatör yalnızca masum bir çalışan olduğuna göre<sup>321</sup>, bu vurgu *Bignell*’in madde 1’de tanımlanan suçu işleyip işlemediği sorusu ile ilgili görünmemektedir; ayrıca *Bignell*’in talebiyle yetkisiz erişim arasında nedensellik bağına da kırmamaktadır. İkinci

---

[1999] 4 ALL ER 1.

<sup>317</sup> Bu açıklama karar temyiz edildiğinde Bölge Mahkemesi tarafından takip edilmiştir. Bkz: R v. Bow Street Magistrates’ Court, tek taraflı olarak (hasımsız) Allison [1999] QB 847.

<sup>318</sup> Walden, pn. 3.253.

<sup>319</sup> Begley, Coventry Magistrates’ Court, akt: Michael J. L. Turner, “Computer Misuse Act 1990 Cases” <http://www.computerevidence.co.uk/Cases/CMA.htm>, 30.8.2016. Ayrıca bu kişinin suiistimal dolayısıyla işten çıkarılmasına ilişkin dava üzerine yapılan temyiz başvurusunda hukuki bir inceleme için bkz: R (Begley’in başvurusu üzerine) v. Chief Constable of the West Midlands [2001] EWCA Civ 1571.

<sup>320</sup> Walden, pn. 3.254.

<sup>321</sup> Örneğin R v. Manley (1844) 1 Cox 104.

olarak Lord Hobhouse, yetkilendirmenin kapsamının bu tür güvenli erişimlere yetkilendirme açısından saflaştırılmaya (düzeltilmeye) ihtiyacı olduğunu ve verilerin görülebilmesi için verilen erişim yetkisinin bunların kopyalanması veya değiştirilmesini kapsamadığı örneğini kabul etmiştir. Bu gerekçelerle mahkeme dolaylı olarak, verileri görmek için verilen yetkinin özel durumlar tarafından sınırlandırılmamasına karar vermelidir ki bu durum bağdaşmaz görünmektedir. *Bignell* davasındaki sanıklar yalnızca polisiye amaçlarla PNC'ye erişim sağlamaya yetkilerinin olduğunu biliyorlardı ve kendi ihtiyaçları doğrultusundaki amaçlarını bilerek ortaya koymuşlardı<sup>322</sup>.

Siber Suçlar Sözleşmesi'nde ve AB Direktifinde kullanılan "hakkı olmaksızın" kavramı "teamül hukuku" (common law) yaklaşımına karşı temel bir farklılık olarak ortaya çıkmaktadır. Anglo Amerikan ceza hukukunda bir husus aksi belirtilmedikçe hukuka uygundur; oysa Kıta Avrupası ceza hukuku sisteminde bir husus ancak açıkça belirtilmişse hukuka uygundur (Kıta Avrupası ceza hukuku sisteminde ceza yasalarındaki suç tiplerinde eylemin açıkça hukuka aykırı olduğunun belirtilmesi gerekmez, zira tipiklik hukuka aykırılığın karinesidir). Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu "hakkı olmaksızın" ifadesinin, "yetki olmaksızın gerçekleştirilen" davranışa -ki bu yetki hukuki düzenlemeler ve rıza gibi çok sayıda kaynaktan elde edilmektedir- veya iç hukukun tanıdığı "meşru savunma, mazeret nedeni, hukuka uygunluk nedeni veya benzer diğer ilkeleri" kapsamayan davranışların her ikisine de işaret ettiğini belirtmektedir<sup>323</sup>. Birleşik Krallık hukuku açısından, ilk ifade "pozitif" bir yetkiye ikincisi ise "negatif" bir yetkiye işaret etmektedir. Açıklayıcı raporu hazırlayanlar, özellikle kolluk güçlerinin bir bilişim suçu soruşturmasındaki davranışlarının söz konusu yeni suç tiplerinden etkilenmeyeceği hususunda emin olmaya heveslidirler<sup>324</sup>.

Kolluk kuvvetleri, dinleme gibi bazı soruşturma işlemlerini gerçekleştirebilmek için "pozitif" yetkiye ihtiyaç duyarlar; ancak aynı zamanda sistem bütünlüğüne karşı bir suçun işlenmesi durumuna ilişkin bir savunma nedeni olması için "negatif" hukuka uygunluk yetkisi de gerekir. CMA uyarınca gerçekleştirilen kolluk güçlerinin davranışlarının belirtilen ikinci görünüşü bunun karmaşıklığını kanıtlamakta ve zamanla değişiklik göstermektedir. Yasanın özgün halinde, kolluk güçleri dinleme, arama ve el koyma yetkilerini kullandıklarında, araya bunu uygulanamaz hale getiren, yetkisiz erişim suçları hakkında korumacı bir hüküm eklenmiştir<sup>325</sup>. Ancak bir kolluk görevlisi bu tür bir yetkiyi kullanmadığında, böyle bir sorumluluğa maruz kalma potansiyeli

---

<sup>322</sup> Walden, pn. 3.255.

<sup>323</sup> Avrupa Siber Suçlar Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu pn. 38.

<sup>324</sup> Avrupa Siber Suçlar Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu pn. 38; Walden, pn. 3.256.

<sup>325</sup> CMA, m. 10 (1990 tarihli özgün hali).



devam etmektedir. Gerçekten de, bazı web siteleri bu boşluktan yararlanarak, kolluk güçlerinin web sitelerine erişim yetkilerinin olmadığını özellikle belirtmeye başlamıştır. Bu hususa değinmek için koruyucu hüküm 1994 yılında şu şekilde değiştirilmiştir<sup>326</sup>:

“...kolluk güçleri gibi kişilerin herhangi bir yazılıma ya da veriye erişim izinlerinin kısıtlanmasına yönelik bir düzenleme söz konusu değildir, kolluk güçleri madde 1(1)'de belirtilen amaçları gerçekleştirmek için yetkisiz erişimde bulunabilirler”.

Çok yakında, koruyucu hüküm hakkında başkaca düzenlemeler yapılmıştır<sup>327</sup>, bu hükmün her iki odağı CMA'da düzenlenen sistem bütünlüğüne ilişkin tüm suçları kapsayacak şekilde genişletilmiştir; bu bağlamda söz konusu düzenleme daha etkili polisiye davranışlar için bir savunma sağladığı gibi aynı zamanda söz konusu güç bu tür davranışlara da yetki vermektedir<sup>328</sup>.

Ayrıca AB Direktifinde belirtilen “hakkı olmaksızın” kavramına özgü bir sorun olduğu da görülmektedir. Sözleşmede, kontrole ilişkin yetkilendirme, tümüyle sisteme atıf yapmanın yanı sıra, bu tür bir erişime de izin verilmektedir. Ancak Direktifte, yetkilendirme sistemin sahibinin ötesinde bir diğer hak sahibi üçüncü kişiye ya da bunun bir parçasına dek genişlemektedir<sup>329</sup>. Bunun kapsamı yukarıda tartışıldığı üzere kısmen, sistem ile veri arasındaki ayrım üzerine dayanmaktadır. Hangi genişlikteki veri, sistemin bir parçasıdır? Eğer veri, sistemin bir parçası ise, o halde ürün fikri mülkiyet hukuku tarafından korunmalıdır (örneğin; telif hakkı, dizayn hakkı ya da çip koruması gibi). Bu durumda hak sahibinin izni olmaksızın ürünün kullanımı, potansiyel olarak bir suçun gerçekleşmesine neden olmaktadır. Bilgisayarın bütünlüğüne karşı suçların arka kapısı vasıtasıyla bu tür bir fikri mülkiyet hakkı ihlalinin suç haline getirilmesi, kesinlikle bu direktifi hazırlayanların amacını oluşturmamaktadır<sup>330</sup>.

İngiltere Uluslar Topluluğu Model Yasası'nda kullanılan “hukuka uygun bir mazeret nedeni veya hukuka uygunluk nedeni olmaksızın” ifadesi de problemlili bir formülasyon olarak görünmektedir. Bu ifade, Model Yasada ayrıntılı bir biçimde tanımlanmamaktadır. Ancak “hukuk uygun bir mazeret nedeni olmaksızın” ifadesi İngiliz hukukunda suçtan kaynaklanan bir zararının meydana gelmesi halinde söz konusu olmaktadır; bu mazeret iki şekilde açıklanabilir: Rızanın varlığına ilişkin bir kanaatin olması ya da olacağı veya malvarlığının korunması için gerekli olması<sup>331</sup>. “Kanaat” ifadesi öznel, haklı

---

<sup>326</sup> Walden, pn. 3.257.

<sup>327</sup> CMA, m. 10. Söz konusu düzenleme 2015 tarihli Ciddi Suçlar Yasası m. 44(2) ile yapılmıştır.

<sup>328</sup> Walden, pn. 3.257.

<sup>329</sup> Direktif 13/40/EU m. 1/d.

<sup>330</sup> Walden, pn. 3.258.

<sup>331</sup> 1971 tarihli Suçtan Kaynaklanan Zararlar Yasası (Criminal Damage Act 1971) m. 5(2).



olmak veya makul olmak ile bir ilgisi yoktur. Savunma makamının, örneğin failin eyleminin hukuka uygunluğunun güvenlik alanında alınan önlemlerin kırılabilirliğini gösterdiğini ileri sürmesi beklenebilir. Bu husus *Grey* davasında<sup>332</sup> ileri sürülmüştür: “*Sizin iddia edilen güdünüz gerçekte elektronik ticaret perakendecilerinin güvenlik bilinçlerinin olmadığını göstermekte ve ilan etmektedir...*”.

Herhangi bir kişi, bu tür bir hukuka uygunluk nedeninin, jüriye karşı güçlü bir Robin Hood başvurusu olduğunu hayal edebilir. Bu arada “rıza”, “yetkilendirme” yaklaşımıyla ortak noktaları paylaşır; bu anlatım, yetkilendirme açısından “bilmenin” gösterilmesinin gerekli olmasından ziyade bir tür savunma tarzı olarak ifade edilir. Bu ikinci gereklilik, sistemin bütünlüğüne ilişkin suçlar açısından ceza hukukunun kapsamını indirgeme olasılığı olduğundan, pozitif bir özellik olarak görülür<sup>333</sup>.

### 3. Yetkisiz Erişim

#### a. CMA madde 1’de Düzenlenen Yetkisiz Erişim Suçu

CMA madde 1, yetkisiz erişimi temel bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>334</sup>. Suçun oluşması için “bilgisayarın herhangi bir işlevinin yürütülmesine neden olma” maddi unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla bilgisayarla bir şekilde etkileşimde bulunulması gerekir, ancak bunun gerçekleşmesi için fiili bir erişimin bulunması gerekmez. Bu genişlikte bir tanımlama, bilgisayarın basitçe başlatma düğmesine basılmasının yeterli olduğu ve tek başına bu hareketin maddi unsuru oluşturduğu anlamına gelir<sup>335</sup>. Buna rağmen bilgisayarın yalnızca sonradan satılması amacıyla çalınmasının CMA madde 1’de düzenlenen suç gerçekleştirilmesi olanaklı değildir<sup>336</sup>.

Bu suçun oluşturulmasının arkasındaki düşünce, aslında bilişim korsanlarının yüzüne tüm kapıların kapanmasıdır. Bilişim korsanının kötü bir amacı olmasa ya da eylemini merak dürtüsünün ötesinde bir amaçla yapmıyor olsa da suç oluşur. CMA madde 1’de düzenlenen suçun esasını, yetkisiz bir erişimi güvenceye almak adına kasten bir bilgisayarın işlem yapmasını sağlamaktır. Fail tarafından belli bir bilgisayarın hedef alınması gerekmez,

---

<sup>332</sup> [2001] Swansea Kraliyet Mahkemesi, 6 Temmuz 2001, pn. 4C.

<sup>333</sup> Walden, pn. 3.259.

<sup>334</sup> Ancak bu suçtan dolayı cezalandırmanın son derece az olduğu belirtilmektedir. Yasanın yürürlüğe girdiği 1990 ile 2006 yılları arasında 161 olayda bu suçtan dolayı ceza verilmiştir. Organizasyonların, güvenlik açıklarının ortaya çıkmasını engellemek adına kendilerine karşı işlenen suçları rapor etmedikleri belirtilmektedir. Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1048. Ayrıca bkz: MacEwan, s. 962.

<sup>335</sup> Clough, s. 72.

<sup>336</sup> Walden, pn. 3.261.

yetkisiz olarak erişim sağlanmaya çalışılması yeterlidir. Aslında, yetkisiz olarak erişim sağlanmasına yönelik bir düzenek oluşturulması, bu suçun oluşması için yeterlidir<sup>337</sup>.

Bu suçun kapsamı, “neden bir ofis bilgisayarındaki dosyalara erişmek suç olarak düzenleniyorken, dosya dolabında bulunan bir kâğıda erişmenin suç olarak düzenlenmediği” sorusunu akla getirir<sup>338</sup>. Hukuk Komisyonu, dolandırıcılık yapmaya niyetlenen ya da bunun daha ileri aşamalarında suçlar işlemek isteyen veya yetenekleri yüzünden başkaları tarafından kötücül amaçlarla suç işlenmesine yardım ettirilmek istenenlerin hepsinin caydırılması amacıyla bilişim korsanlarına tüm kapıların kapanmasının en iyi yol olduğunu düşünmüştür. Bu açıdan; bu soru, cezalandırmama yönünde ikna edici bir gerekçe değildir; cezalandırmamanın seçilmesi halinde failin hareketi uygun bir şekilde cezalandırılmayacaktır, çünkü bu hareketler bir suçun işlenmesine öncülük yapabilecektir. Bu tür hareketleri suç haline getirmedeki gerekçelerden biri, sistemin malikinin, yetkisiz erişim sağlayan kişi yüzünden sistemini korumak için dikkate değer bir harcama yapmak zorunda kalmasıdır<sup>339</sup>. Elbette kâğıt dosyaların maliki de eğer bir kişi ofisteki dosyalara bakmak için ofisin güvenliğini kırarak zorla içeri girerse bunu tamir etmek için bir harcama yapmak zorunda kalacaktır. Ancak basılı belgeler ile bilişim sistemleri arasında önemli farklar bulunur: Basılı belgeler açısından mütecevizin ofisin güvenliğini kırıp içeri girmeden basılı belgelere ulaşması mümkün değildir; öte yandan bilişim sistemleri söz konusu olduğunda, failin ülkenin bir başka yerinden hatta birçok olayda görüldüğü üzere dünyanın bir başka yerinden sisteme girmesi ve belgelere (verilere) ulaşması mümkündür<sup>340</sup>. Bilişim sistemleri, azimli bilişim korsanları için her zaman kırılğındırlar. Gittikçe artan bir biçimde bilgisayarlara ve bu bilgisayarların sağlamlığına (veri bütünlüğüne) bağımlı hale gelen bir dünyada, ceza hukukunun, bilişim korsanlarının cesaretini kırmak için kullanılması tamamıyla doğru bir seçim olarak görülmelidir<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1048.

<sup>338</sup> Yasa hakkında ileri sürülen bazı görüşlerde bunun aşırı bir düzenleme olduğunu, 1. maddedeki suçun “güvenlik önlemlerinin” ihlal edilmesine ilişkin hareketler olarak sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz: S. Room, “Criminalising Cybercrime” (2004), 154 NLJ 950; akt: Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1048.

<sup>339</sup> Hukuk Komisyonu vermiş olduğu bir örnekte, yetkisiz erişime takiben sistemi yeniden yapılandırabilmek için bu konudaki uzman çalışanlar tarafından 10.000 saatlik bir çalışma yapılması gerektiğini ve bunun maliyetinin 300.000 Sterlin olduğunu belirtmiştir. Bkz: Baker [2011] EWCA Crim 928.

<sup>340</sup> Yargı yetkisi konusuyla ilgili olarak bkz: Uta Kohl, Jurisdiction and Internet: Regulatory Competence over Online Activity, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, s. 1 vd.; Michael Hirst, Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2003, s. 193 – 196.

<sup>341</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1048.

Sırf yetkisiz erişim ilk olarak suç haline getirildiğinde, bu tür durumlara ceza hukuku normlarının uygulanmasının uygunluğu, tartışmaların odağını oluşturmuştur. Gerçekten yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası mevzuat açısından söz konusu tartışma halen devam etmektedir. Ancak, Birleşik Krallık'ta, bunu suç haline getirmeye karşı çıkan görüşlerin azaldığı, bunun yerine suç oluşturmaya ilişkin girişimlerin büyük bir ciddiyetle ele alındığı görülür<sup>342</sup>.

Yetkisiz bir erişim dolayısıyla bir sistem sahibine zarar verilmesi, failin kast ettiklerinden farklı olarak, üç geniş tipe bölünür. Bunlardan ilki, sistemin gizliliğinin ihlalinin ve veri gizliliğinin, bütünlüğünün ve erişilebilirliğinin üzerinde herhangi bir etkisinin olup olmadığının kontrol edilmesi için yapılması gerekli olan soruşturmanın maliyetidir. İkincisi, sistemin gelecekteki bu tür hukuka aykırı erişimlerden korumak için gerekli olan iyileştirici önlemlerin maliyetidir. Üçüncüsü ise, failin hareketleri neticesinde istemi olmaksızın sisteme ya da verilere verdiği zararların ya da meydana getirdiği değişimlerin onarılması için gerekli olan maliyettir. Ancak tüm örnekler, istem olmaksızın verilen zarar ya da değişiklik gibi, üç tipe bölünmüş olan yetkisiz erişimlere daha ciddi yaptırımların uygulanmasının gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Yetkisiz erişim suçu neticesinde beliren bu gibi kayıpların, erişim (access) konusu ile müdahale (interference) konusu arasında karışıklığa yol açtığı görülür; bunlardan ikinci suç daha ağırdır ve yetkisiz bir erişimin bulunmasını gerektirmez<sup>343</sup>.

CMA madde 1/1'de düzenlenen suçun maddi unsurunu, yukarıda da belirtildiği üzere, bir bilgisayarın işlevde bulunmasına neden olmak oluşturur<sup>344</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, suçun tanımına göre failin yalnızca bilgisayarı başlatma düğmesine basması suçun oluşumu için yeterli görünür, ancak failin tüm yaptığının bu hareket olması halinde suçun manevi unsurunun (mens rea) ispatı son derece güç olur. Öte yandan ispat yükünün sıkı şartlara bağlı olmasının CMA'ya göre yapılan suçlamalarda zorluklara neden olduğuna ilişkin olaylar bildirilmektedir. Bu suçun oluşması için, verilerin yalnızca bilgisayar ekranında görülmesi yeterli değildir; ancak örneğin, failin geri alma ya da dönüş tuşunu kullanarak, son kullanıcının sisteme bağılıyken bırakıp gittiği bilgisayarı kullanmak suretiyle üniversitenin bilişim ağına bağlanması halinde bu suç oluşur<sup>345</sup>. Bu suça ilişkin davalarda bilgisayarın bir işlev yaptığını ortaya koymak için her zaman bilirkişi raporu (expert evidence) gerekmez<sup>346</sup>.

---

<sup>342</sup> Örneğin PJA ve 2015 tarihli Ciddi Suçlar Yasası ile yapılan değişiklikler.

<sup>343</sup> Walden, pn. 3.272.

<sup>344</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1048.

<sup>345</sup> Bkz: Ellis v. DPP [2001] EWHC 362. Bu davada failin, gerçekleştirdiği eylemin çöpe atılmış bir gazete ile aynı olduğu yönündeki savunması başarılı olmamıştır.

<sup>346</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s.1049. Önceki dipnotta verilen dava bunun

Fail, bir bilgisayarın işlem yapmaya neden olma hareketini (i) herhangi bir bilgisayarda bulunan bir yazılım ya da veriye güvenli bir erişim sağlama kastıyla ve (ii) güvenli bir şekilde gerçekleştirmeye çalıştığı erişimin yetkisiz olduğunu bilerek gerçekleştirmelidir. Bu eylemin taksirle işlenmesi suç değildir<sup>347</sup>. Erişimin hangi hallerde yetkisiz olacağı CMA'nın 17(5) maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre *“(i) Failin söz konusu yazılım ya da veriye erişim için bir şekilde yetkilendirilmemiş olması, (ii) Faile, söz konusu yazılım ya da veriye erişim için yetkilendirilmiş bir kişi tarafından bir şekilde rıza gösterilmemiş olması”* hallerinde veriye erişmesi durumunda yetkisiz erişim vardır<sup>348</sup>.

Fail, anlamsız olsa da, erişim sağlamak için yetkili olduğuna ya da yetkili bir kişi tarafından kendisine bu konuda yetki verildiğine inanıyorsa, erişiminin yetkisiz olduğunu bilemez. Bu konuda denetlenmesi gereken, büyük bir olasılıkla şu husustur: Failin yetkilendirme ya da yasaklama için yetkisi var mıdır? Daha zor olan konu ise failin yetkili olup olmadığı, hatta daha sıklıkla görülen biçimde yetkisinin sınırının ne olduğu hususunda emin olmadığı halde buna rağmen yetkisinin var olup olmadığı veya var olan yetkisinin sınırını kontrol etmeden hareket etmeye karar vermesi halinde ne olacaktır. Eğer, davalarda sıklıkla görülüşü üzere, fail yetkisinin olup olmadığını veya yetkisinin sınırının ne olduğunu kolaylıkla öğrenebilecekken bunu öğrenmeyi seçmemiş ve erişime yetkili olduğuna karar vererek risk üstlenmişse, bu gerçekten erişiminin yetkisiz olduğunu gösterir. Bu durumda failin erişiminin yetkisiz olduğunu bilmediği söylenebilecekse de, bu bilgisizlik yalnızca failin bunu öğrenmek istememesinden kaynaklanır. Bu tür kasıtlı körlük, bilmenin oluşması için yeterli sayılır. Bir diğer uçta ise, failin yetkisinin sınırının aşmış olabileceğini aklından geçmekte oluşu yer almaktadır ki bu durum bilme için yeterli değildir<sup>349</sup>.

Failin bilgisayarı kullanmak için yetkili olduğu, ancak belli bir yazılımı kullanmak için yetkisinin olmadığı durumlarda da suç oluşabilir<sup>350</sup>. Failin belli bir bilgisayara erişmek için (örneğin, X bilgisayarı) yetkisinin olması, ancak failin erişim yetkisinin olmadığı bir başka bilgisayara (örneğin Y bilgisayarı) erişmesi de söz konusu olabilir. İşte bu durumda failin Y bilgisayarına erişebilmek için önce X bilgisayarına erişmesi, ancak henüz Y bilgisayarına erişmemesi halinde dahi suç oluşur<sup>351</sup>. Buna benzer bir biçimde, failin sınırlı bir erişim izninin olması, ancak bu iznin sınırını aşarak hareket etmesi halinde de suç oluşmaktadır. Örneğin, bir American Express çalışanı, yalnızca belli bazı

---

örneğini oluşturur.

<sup>347</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1050.

<sup>348</sup> CMA m. 17(10)'a göre yazılım, yazılımın bir parçasını oluşturan verileri de içerir.

<sup>349</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1050, 1051.

<sup>350</sup> Bkz: Ellis v. DPP [2001] EWHC 362.

<sup>351</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1051.

hesaplara erişim yetkisine sahipken, diğer hesaplara da erişmek suretiyle bu suçu işlemiştir<sup>352</sup>.

Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda ülkemizden farklı olarak henüz teşebbüs ve hatta kimi zaman hazırlık hareketi sayılabilecek hareketler dahi suçun içinde kabul edilmekte ve tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. Bu anlamda bizdeki teşebbüs kavramıyla Anglo Amerikan hukuk sistemindeki teşebbüs kavramı ciddi farklılıklar gösterir.

Avrupa boyunca, AB üyesi devletler, benzer yetkisiz erişim suçlarını iç hukuklarına uyarlamıştır<sup>353</sup>. Bundan farklı olarak Birleşik Devletler ise CMA madde 1’de düzenlenen suça benzer bir düzenlemeye federal yasalarında yer vermemektedir. Yetkisiz erişim yalnızca belli düzeyde bir eşik aşıldığında suç olarak kabul edilir; örneğin, bir bilgisayara yetkisiz erişim on iki aylık bir zaman diliminde beş bin dolardan fazla bir zarara ulaştığında suç oluşur<sup>354</sup>.

Bu suç için öngörülen ceza en fazla iki yıla kadar hapis cezasıdır.

### **b) CMA madde 2’de Düzenlenen Başka Suçların İşlenmesini Kolaylaştırmak İçin Yetkisiz Erişim Suçu**

CMA madde 2’ye göre, m. 1’de düzenlenen suçun, başka (daha ileri / ağır) suçların işlenmesini sağlamak ya da kolaylaştırılmak için işlenmesi ayrı bir suçtur. Bu suçların ve yalnızca erişim sağlamanın arasındaki ayırım, amaçlardaki farklılıkların, Hukuk Komisyonunun deyişiyle “gizli amacın” bulunması nedeniyledir<sup>355</sup>. Yetkisiz erişim hareketiyle diğer eklenen amaçlar arasında bağlantı kurulması, diğer ülke hukuklarında da sıklıkla görülen bir durumdur. Gerçekten Siber Suçlar Sözleşmesi, sözleşmeciler tarafa “bilgisayar verisi elde etme kastı ya da diğer dürüst olmayan kast” şeklinde suçta ek kast aranması düzenlemesi yapma yönünde seçenek tanımıştır<sup>356</sup>. CMA madde 2’de belirtilen başka suçların cezaları yasa tarafından belirtilmiştir; örneğin, cinayet için müebbet hapis cezası, bilişim sistemleri suretiyle gerçekleştirilen dolandırıcılık için beş yıl veya daha fazla hapis cezası gibi. Erişimin ve başka suçun aynı anda işlenmesine kast edilmesi gerekli değildir, ayrıca başka suçun işlenmesinin mümkün olmaması ya da sonrasında işlenecek suçun bilişim

---

<sup>352</sup> Bow Street Magistrate, ex p Government of USA [2000] 2 AC 216, [2000] 1 Cr App R 61, HL. Bu karar Bignell kararını doğru bulmamaktadır.

<sup>353</sup> Örneğin Fransız Ceza Kanunu m. 323-1: “Hileyle bir bilgi sistemine erişim sağlayan ve bunu devam ettiren”.

<sup>354</sup> 18 USC m. 1030(a)(4). Walden, pn. 3.273.

<sup>355</sup> Law Commission, Computer Misuse, Report No 186, Cm 819, London, HMSO, 1989, pn. 3.49

<sup>356</sup> Siber Suç Sözleşmesi m. 2. Yalnızca Birleşik Devletler bu ek seçeneği kullandığını beyan etmiştir.

sistemleriyle işlenebilecek bir suç olması önemli ve gerekli değildir<sup>357</sup> (CMA madde 2(2), (3), (4)). Mahkûmiyetin gerekçesine bağlı olarak failin yirmi bir yaşın üstünde olması ve daha önceden mahkûmiyeti olmaması halinde bu suçtan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılması mümkündür<sup>358</sup>; jürisiz yapılan yargılama sonucunda ise bu suçta altı aydan on iki aya kadar hapis cezası verilebilir (CMA madde 2(5))<sup>359</sup>.

Uygulamada bu suçlar, büyük olasılıkla fail tarafından malvarlığına karşı işlenecek suçları işlemek kastıyla veya bunları kolaylaştırmak amacıyla işlenmektedir; ancak madde 2'de yer alan suçun yalnızca malvarlığına karşı suçlarla sınırlanmadığı belirtilmelidir<sup>360</sup>. Muhtemelen, CMA yürürlüğe girdiği zaman, Hırsızlık Yasası (the Theft Act) (makinelere aldatılmasına ilişkin ek bir suçla birlikte<sup>361</sup>) bu tür malvarlığına karşı suçlara uygulanması açısından da uygundu. Bu, CMA taslağı hazırlandığı zaman Hukuk Komisyonunun soruna ilk aşamadaki bakış açısını göstermektedir. Ancak buna ilişkin ikinci bir görüş ve varılan sonuç ise, bilişim korsanları henüz esas suç işlemeyen ya da esas suç işlemeye teşebbüs etmeden, bunların hareketlerine ceza hukukunun normlarının uygulanma alanının genişletilmesi tercih edilebilir bir yaklaşımdır. CMA madde 1'de olduğu gibi, madde 2'de de hazırlık hareketlerini hedeflemektedir. Bu bağlamda konuya ilişkin Hukuk Komisyonu tarafından verilen örnek şöyledir: Hırsızlık yapmak amacıyla bir hesaba giriş için şifre arayışında olan bir bilişim korsanı hırsızlığa teşebbüsten suçlu bulunamaz, benzer biçimde tehdit mesajı göndermek için mahrem bilgi arayan bir bilişim korsanı da tehdit mesajı göndermeye teşebbüsten suçlu bulunamaz<sup>362</sup>. Ancak her ikisi de CMA madde 2'ye göre suç işlemiş olurlar. Bu suçun faili alışıldığı üzere yalnızca bilişim korsanları değildir; banka verilerine erişim sağlayan bir banka çalışanının, suç ortaklarının dolandırıcılık eylemlerini gerçekleştirebilmeleri için bu verileri onlara açıklaması halinde de<sup>363</sup> bu suç oluşur<sup>364</sup>.

Hukuk Komisyonu, CMA madde 2'deki suçun "bir nevi teşebbüse ilişkin bağlantılara" kapı açacağını, böylelikle sonraki suçun işlenmesinin gerekmeyip yalnızca bu suçta kast edilmesinin yeterli olacağını ve madde 2(4) uyarınca

---

<sup>357</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1052.

<sup>358</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1051.

<sup>359</sup> Walden, pn. 3.274.

<sup>360</sup> Yaralama ve hatta öldürme amacıyla bir kara trafik ya da hava trafik sistemine girilmesi mümkündür. Ancak vatana ihanet amacıyla bilişim korsanlığı suçunun işlenmesi pek de mümkün görülmemektedir (casusluk bunun dışındadır).

<sup>361</sup> Bu suç şu anda 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasasında (Fraud Act 2006) bulunmaktadır.

<sup>362</sup> Örneğin bkz: Zezev [2002] Crim LR 648.

<sup>363</sup> Delamare [2003] All ER (D) 127 (Feb).

<sup>364</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1052.

sonraki suçun işlenmesi mümkün olmaması halinde dahi madde 2'deki suçun gerçekleşeceğini düşünmüştür. Bu hükmün gerekli olmadığı, ancak bunun koruma (yardımcı) norm olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Örneğin, failin mağdurun banka hesabına ilişkin bilgileri elde etmek için mağdurun bilgisayarına girmesi, ancak halihazırda mağdurun banka hesabını kapatmış olması durumunda bu suç uygulanır<sup>365</sup>.

CMA madde 2'de düzenlenen suç, bir temel suç oluşturduğunda ise bir komplo suçu söz konusu olabilir, zira suçun işlenmesine teşebbüs oluşturmakta veya suçun işlenmesine yardım etmekte ve işlenilmesini cesaretlendirmektedir. Bu, karşımıza oldukça geniş düzenlenmiş bir suçu çıkarır. Fail A, fail B ile mağdur C'nin bilgisayarına gelecekte erişmek ve elde edebildikleri bilgileri alarak bir başka suçun hazırlanmasında kullanmak üzere anlaşmış olabilir. Bu suçun hazırlık hareketi niteliğindeki yapısı nedeniyle suça teşebbüs için çok az bir aralık kalmaktadır<sup>366</sup>.

Aşağıdaki olaylar CMA madde 2 uyarınca gerçekleşebilecek suçlara örnek oluştururlar<sup>367</sup>:

- *Pearlstone*<sup>368</sup> davasında, şirketin eski bir çalışanı şirketin telefonunu ve bir başka abonenin hesabını kullanarak bilgisayar ile yönetilen telefon sistemini aldatmış ve Birleşik Devletler'deki kişilerle ücretsiz telefon görüşmeleri yapmıştır.
- *Borgy*<sup>369</sup> davasında, bir yatırım şirketi analisti “canlı” fon yönetim sistemi adıyla sahte hesaplar oluşturmaktan suçlanmıştır. Suçlamaya konu olan “başka suçlar” hileli işlemlerden elde edilen gelirlerin sahte hesaplara aktarılması beklentisidir.
- *Grey*<sup>370</sup> davasında sanık, Microsoft İnternet Bilgi Sunucusu uygulamasını kullanan bir elektronik ticaret sitesindeki zayıflığı kullanarak, sitenin müşteri veri tabanına ulaşarak en azından 5.400 müşteriye ait kredi kartı bilgileri ile kişisel verileri elde etmiştir. Daha sonra bu bilgiler, internette yayınlamış ve bununla birlikte bu bilgileri kullanarak çeşitli mal ve servisleri satın almıştır.

---

<sup>365</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1052.

<sup>366</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1052.

<sup>367</sup> Walden, pn. 3.275.

<sup>368</sup> Bow Street Magistrates' Court, Nisan 1991; bkz: Rupert Battcock, “Prosecutions under the Computer Misuse Act 1990”, Computers and Law, Vol. 6, No. 6, 1996, s. 22-26.

<sup>369</sup> Battcock, s. 22-26.

<sup>370</sup> [2001] Swansea Crown Court, 6 Temmuz 2001.



- *Brown*<sup>371</sup> davasında sanık, çalıntı banka ve kredi kartı bilgilerini elde etmiş, bu bilgileri çevrimiçi olarak hesap bilgilerini değiştirmek için kullanmış ve hesap sahibinin yerine geçerek yeni kartlar ve PIN numaraları oluşturmuş sonrasında da hesapların içeriğini boşaltmıştır.

CMA madde 2 gereğince yapılan suçlamaların göreceli olarak sık görülmemesi ya da diğer suçlarla içtima sorunları ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. Zira savcılar yetkisiz erişimden, bu hareketten geçilerek işlenen başka (ileri / ağır) suçlardan suçlamada bulunmayı tercih etmektedirler. Buna rağmen bazı münferit olaylarda, öncelikle madde 2'den suçlamada bulunulduğu görülür. Buna ek olarak, failin yetkisiz erişim hareketi, daha ağır suça teşebbüsten suçlamada bulunmak için yeterli olabilir<sup>372</sup>, hatta bunların "hazırlık hareketi" olarak atılan adımlar olarak kullanılması daha olasıdır<sup>373</sup>.

Etkin bir ceza kanunu, hangi eylemlerin suç işlemeyi "kolaylaştırıcı" suçlar olarak kabul edileceğinin belirlenmesini gerektirir. Bunlar, bir suçlunun soruşturulmasını ve failin daha ağır suçlardan suçlanmasını sağlayan suçlardır; ancak bunlar, genellikle temel ya da öne çıkan suçlar olarak kullanılmazlar. CMA'nın hem 1. hem de 2. maddesinde bulunan suçlar bir çeşit "kolaylaştırıcı suç" olarak tanımlanabilirler. Buna rağmen, gerçek şu ki diğer teşebbüs ya da hazırlık hareketi suçlarında olduğu gibi, bunlar sınırlı uygulanmalı ve bunların güncel kullanımlarının suçla mücadelede kendiliğinden değerli olmayan araçlar olarak görülmesine yol açmamalıdır<sup>374</sup>.

#### 4. Yetkisiz Müdahale

##### a) Sistem Bütünlüğünü ve Verileri Bozma

Bir bilişim sistemine yetkisiz erişim sağlanması, o sistemde yer alan bilgilerin gizliliğine yönelik açık bir tehdit oluşturur. Bununla birlikte, bir bilişim sistemine erişim sağlanmasından daha önemli olan husus, failin sistemde bulunan veri ya da donanıma müdahale etmek suretiyle işlem gören bilgilerin bütünlüğüne ve erişilebilirliğine etkide bulunabilmesidir. Bu tür müdahaleler, bir çeşit elektronik vandalizm ya da bilişim korsanlarının sistem içinde hareketlerini gerçekleştirirken ortaya çıkan yan ürün olarak, kasıtlı bir hareketin sonucu olabilir. Gerçekten, bir sisteme sırf yetkisiz erişimin suç olarak tanımlanmasının lehinde ileri sürülen görüş, bu tür bir erişimin kasıtlı

---

<sup>371</sup> [2014] EWCA Crim 695.

<sup>372</sup> Bkz: 1981 tarihli Suça Teşebbüs Yasası (Criminal Attempts Act 1981) m. 1: "Eğer, bu maddenin uygulandığı suçun işlenmesine kastedilmişse, kişi suçun gerçekleşmesi için yalnızca hazırlık hareketinden daha fazlasının yapılması halinde suça teşebbüsten suçlu bulunur".

<sup>373</sup> Martin Wasik, *Crime and the Computer*, Oxford, Clarendon Press, 1991, s. 84; Walden, pn. 3.276.

<sup>374</sup> Walden, pn. 3.277.



olmayan bir zarara da yol açabileceğidir. Yetkisiz erişim sonucu ortaya çıkan değişiklikler, basit zorluklardan insan yaşamına kasteden olaylara kadar değişiklik gösterir; örneğin *Rymer* davasında<sup>375</sup>, hastanede çalışan bir hemşire hastanenin bilişim sistemini kırarak sisteme erişim sağlamış ve bir hastanın ilaç reçetesini değiştirmiştir<sup>376</sup>. Bu dava, ağa bağlı bilgisayarların bir cinayette nasıl kullanılabilirliğini gösteren iyi bir örnektir<sup>377</sup>.

Bu konudaki ikinci önemli endişe, uygulamada olayların mevcut yasalardaki suçtan kaynaklanan zararlar nasıl örtüştüğünün yargıçlara ve jüriye açıklanması hususunda polisin ve savcılığın karşılaştığı zorluklardır<sup>378</sup>.

*Whitaker* davasında<sup>379</sup>, mahkeme bir fikri mülkiyet hakkı sahibine karşı gerçekleştirilen yetkisiz değiştirme suçunun kapsamının ne olduğunun belirlenmesini gerekli bulmuştur. Dava, bir yazılım geliştiricisi ve onun müşterisi hakkında olup, geliştiricinin, ödeme konusunda bir uyuşmazlık olması halini takiben yazılımın kullanılmasını engellemek amacıyla geliştirdiği bir mantık bombasını çalıştırmamasından kaynaklanır. Sanık yazılımcı, sözleşme gereğince yazılıma ilişkin her türlü fikri mülkiyet hakkının kendisine ait olduğunu (mülkiyetin ödeme yapılması halinde devredilmiş olacağını); kendisinin yazılımı değiştirmeye hakkı olduğunu ileri sürer. Mahkeme, yazılımın telif hakkının var olmasına rağmen, yazılımı geliştirmeye ilişkin sözleşmenin yapısının, geliştiricinin hakları üzerinde bir sınırlandırma oluşturduğuna karar verir. Buna karşın mahkeme, örneğin lisans sahibi ödemede temerrüde düşmesinin sonuçlarından haberdar ise, böyle bir hareketin sözleşme tarafından açıkça belirtilmesi halinde bunun gerçekleştirilmesini haklı bulur. Sonuç olarak sanık, CMA madde 3 gereğince suçlu bulunur. Bu karar, yazılım endüstrisi hizmetlerinin karşılığı olan alacaklarını garanti altına almak için bu tür yöntemlere başvurduğu için çok önemlidir<sup>380</sup>.

---

<sup>375</sup> Aktaran: Turner, "Computer Misuse Act 1990 Cases". Ayrıca bkz: "Nurse Alters Hospital Prescriptions", Computer Fraud & Security Bulletin, Issue 2, 1994, s. 4-5.

<sup>376</sup> Walden, pn. 3.278.

<sup>377</sup> Susan W. Brenner, *Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace*, Santa Barbara, Praeger, 2010, s. 101; Susan W. Brenner, *Cybercrime and the Law: Challenges Issues and Outcomes*, Boston, Northwestern University, 2012, s. 116.

<sup>378</sup> Walden, pn. 3.281.

<sup>379</sup> Scunthorpe Magistrates Court (Sulh Ceza Mahkemesi), 1993, bkz: Battcock, s. 22-26.

<sup>380</sup> Benzer şartlarda görülen bir özel hukuk davası için bkz: *Rubicon Computer Systems Ltd. v. United Paints Ltd.* (2000) 2 TCLR 453. Birleşik Devletler'de, 1999 tarihli Yeknesak Bilgisayar Bilgi Aktarımları Yasası (Uniform Computer Information Transactions Act 1999) m. 816 ile bu tür bir "elektronik kendi kendine yardım etme" mekanizmasını açıkça sağlamaktadır, buna karşın 2000 tarihli değişiklik ile kitlesel pazar ürünleri bu düzenlemenin dışında bırakılmıştır. Walden, pn. 3.292.

Mayıs 1993'te, ilk klasik "bilişim korsanına" CMA'nın 1. ve 3. maddelerinde tanımlanan suçları işlemeye yönelik anlaşma yaptığı için altı ay hapis cezası verilmiştir<sup>381</sup>. Sanık, "Sekiz Ayaklı Çentik Makinesi" (Eight Legged Groove Machine – 8LGM) olarak bilinen, güvenliğini kırdığı bilişim sistemleri arasında Londra Merkez Politeknik Enstitüsü'nden NASA'ya kadar çeşitli kuruluşlar bulunan ve neden olduğu zararın miktarı 123.000 Sterlin olan bir kişidir. Yargıcın kararında yer alan ve bilişim korsanlığına bakış açısını gösteren paragraf şöyledir:

*"Oralarda bir yerlerde bilişim korsanlığını zarar vermeksizin gerçekleştiren birileri olabilir; ancak bilişim korsanlığı zararsız bir eylem değildir. Artık bilgisayarlar hayatımızda merkezi bir rol almakta ve kişisel ayrıntılarımızı içermektedirler... Bu sistemlerin bütünlüğünün korunması temel bir konudur ve güvenlik ihlalleri bilgisayarların bütünlüğüne zarar vermektedirler"*<sup>382</sup>.

Eğer yasanın önemli bir caydırıcı etkiye sahip olması isteniyorsa bu tür yargısal duyarlılıklar kritik öneme sahiptir. Ancak jüri, aynı davada yargılanan Bedworth isimli sanığın beraatine karar vermiştir, çünkü savunma makamı bir tıp uzmanının tanıklığıyla (tıbbi bilirkişi raporu ile) sanığın "obsesif" bir bilişim korsanı olduğu iddiasını başarıyla ileri sürmüştür<sup>383</sup>. Bu davanın geniş bir biçimde reklamı yapılmış ve birçokları tarafından potansiyel "bilişim korsanlığı beratı" olarak görülmüştür. Ancak karar, iddia makamının CMA'ya göre bir suçlamada bulunmak yerine, suç işlemek için komplo kurmak suçlamasını tercih etmesi nedeniyle kısmen hatalı olarak verilmiştir<sup>384</sup>.

## **b) Sistem Bütünlüğüne Yönelik Önemli Bir Saldırı Örneği: Suç İşleme Modeli, İddia, Savunma ve Karar**

### **aa. Denial-of-Service Attacks / DoS Saldırıları**

Özellikle eBay ve Amazon gibi ticari web siteleri ve diğer çevrimiçi kaynaklara karşı yapılan DoS saldırıları hakkında CMA madde 3'ün ilk halinde yer alan "yetkisiz değişiklikte bulunma suçunun" uygulanabilirliği, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu tür saldırılar, bir sitenin işleyişinin aksatılması / bozulması için, içeriğin barındırıldığı sunucuya kasten "adeta bir sel şeklinde" çoklu bilgi isteminde bulunulması şeklinde dizayn edilmişlerdir<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> R. v. Strickland, R. v. Woods, Southwark Kraliyet Mahkemesi, 21 Mayıs 1993.

<sup>382</sup> Walden, pn. 3.293.

<sup>383</sup> Southwark Kraliyet Mahkemesi, 17 Mart 1993.

<sup>384</sup> Walden, pn. 3.293.

<sup>385</sup> Bu tür hareketler güya meşru amaçlarla gönderilen çoklu istemlerle karşılaştırılmalıdırlar, örneğin bir rakibin halihazırda geçerli olan fiyatları kontrol etmesi gibi. Bkz örneğin: eBay v. Bidders Edge, 100 F Supp 2d 1058 (ND Cal 2000), bu davada eBay, taşınır mallarının kötüye kullanılması iddiasına dayanarak başarılı bir biçimde uygulamayı durdurma (ihtiyati tedbir)

DoS saldırıları, bazen hedefteki makineden ziyade, iletişim hatlarında yoğunluğa neden olurlar. Nitekim böyle bir olay, Ekim 2002 tarihinde on üç alan adı sistemine ait (domain name system / DNS) kök ad sistemlerine yapılan saldırı ile gerçekleşmiştir<sup>386</sup>. Saldırı ister bağlantı kapasitesi ister bant genişliği üzerinde etkili olsun, birincil hedefi sistemin bütünlüğü ya da gizliliği olmayıp, çevrimiçi kaynaklara erişilebilirliğin tehlikeye atılmasıdır. Bu tür saldırıların amacı kumar sitelerine karşı yapılan şantajdan<sup>387</sup>, küreselleşme karşıtı aktivistlerin Dünya Ticaret Örgütü'ne<sup>388</sup> ya da çok uluslu şirketlere<sup>389</sup> karşı gerçekleştirdikleri politik protestolara kadar uzanır<sup>390</sup>.

Gerekli yoğunluğu elde etmek ve saldırganların bulunduğu yeri gizlemek için yapılan "dağıtık hizmeti engelleme saldırısı" (Distributed Denial of Service Attack / DDoS) bu alanda standart saldırı biçimini oluşturur. Çoklu bilgisayar istemini hareketli hale getirmek için saldırganlar genellikle gizlice "zombi" ya da "botnet" olarak bilinen ve sahiplerinin bilgisi dışında saldırganların kontrolü altına giren bilgisayarları ele geçirirler. Gerçekten de "botnetler" için, bilgisayarların yüzlük, binlik, hatta yüz binlik setler halinde suç aktiviteleri için kiralandığı bir karaborsa bulunur<sup>391</sup>. Bir güvenlik uzmanının belirttiği üzere; *"bilişim korsanları artık bilgisayarlara zarar vermek istememekte, bilgisayarlara sahip olmak istemektedirler"*<sup>392</sup>.

Suç oluşturan davranış açısından, genellikle hukuka aykırı erişimi de içeren ve "botneti" de kapsayan tekil sistemlerin kontrolünün elde edilmesiyle (DoS), genellikle erişilebilirliği etkilemek üzere dizayn edilen hedefteki sisteme DDoS

---

kararı almıştır.

<sup>386</sup> Paul Vixie/Gerry Sneringer/Mark Schleifer, "Events of 21 Oct 2002", 24 Kasım 2002, <http://c.root-servers.org/october21.txt>, 23.9.2016.

<sup>387</sup> Örneğin bkz: Mark Ward, "Bookies suffer Online Onslaught", BBC News, 19 Mart 2004, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/3549883.stm>, 23.9.2016.

<sup>388</sup> Örneğin bkz. DJNZ and The Action Tool Development Group of the Electrohippies Collective, "Client-side Distributed Denial-of-Service: Valid Campaign Tactic or Terrorist Act?", The Electrohippies Collective, Occasional Paper No.1, Şubat 2000.

<sup>389</sup> 22 Mayıs 2006 tarihinde Frankfurt Bölge Yüksek Mahkemesi, 13.000 gösterici tarafından Lufthansa'nın şirket web sitesine karşı yapılan, iki saat süren DDoS saldırısı şeklindeki çevrimiçi gösterinin hukuka aykırı bir zorlama ya da veri başkalaştırma olmadığına karar vermiştir. Andreas Thomas Vogel'e karşı açılan dava, Dava No 1 Ss 319/05 991 Ds 6100 Js 226314/01-1009, daha detaylı bilgi için bkz: <http://post.thing.net/node/1370>, 23.9.2016.

<sup>390</sup> Walden, pn. 3.294.

<sup>391</sup> Bkz: Departmant of Justice, "Computer Virus Broker Arrested for Selling Armies of Infected Computers to Hackers and Spammers", Press Release, 3 Kasım 2005, <https://www.justice.gov/archive/criminal/cybercrime/press-releases/2005/anchetaArrest.htm>, 23.9.2016; Drew Cullen, "Dutch Smash 100.000-Strong Zombie Army, DDoS Attacks and Paypal Fraud", The Register, 7 Ekim 2005, [http://www.theregister.co.uk/2005/10/07/dutch\\_police\\_smash\\_zombie\\_network/](http://www.theregister.co.uk/2005/10/07/dutch_police_smash_zombie_network/), 23.9.2016.

<sup>392</sup> Walden, pn. 3.295.

saldırısı yapılması arasında ayırım yapılması gerekir. CMA madde 3'te yer alan suçun değiştirilmeden önceki halinde, DDoS saldırısını gerçekleştirenlerin sorumluluğuna gitmek için açılan davalar iki nedenden kaynaklanan sorunla karşılaşmaktaydı; bunlar hareket ve kusurdur. İlk olarak suçu oluşturan hareket açısından, saldırının başlatıldığı bilgisayarın sahibi siz dahi olsanız, saldırının başlatıldığı kaynak makineye ilişkin sorumluluğun bulunmadığının ortaya konulması savunma için geçerli bir yoldur. Zombi makinelerin hüküm sürmekte olduğu bir çevrede, makine ile onun sahibinin hareketi arasındaki delile dayalı bağlantıyı ispatlamak oldukça güçtür<sup>393</sup>.

### bb. Caffrey Davası ve Truva Atı Savunması

Örneğin *Caffrey* davasında<sup>394</sup> sanık, Birleşik Devletler'de bulunan Houston Limanı'nın işleyişini sekteye uğratan DDoS saldırısının kendi bilgisi dışında bilgisayarında işleyen bir Truva atı virüsü tarafından başlatıldığı savunmasını başarıyla ileri sürmüştür. Bu husus, böyle bir kötücül yazılımın varlığını ortaya koyan bir delilin bulunmamasına rağmen yapılmıştır. Görüldüğü üzere sanık, suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesinden sorumlu tutulmamıştır; dolayısıyla sorumluluğunun da yönetilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>395</sup>. Benzerleri ülkemizde de olan bilişim suçları alanındaki ispat zorluğunu ve yargılamayı yapan / karar veren makamın bu alanda bilgili olması gerektiğini ortaya koyan bu örnek davanın ayrıntılı incelenmesi gerektiğini düşünüyorum.

20 Eylül 2001 tarihinde Houston Limanı'nda bulunan bilişim sistemi bir DDoS atağı sonucunda çöker<sup>396</sup>. Saldırı, bilişim sistemini çökertir ve limana yanaşma, demirleme ve destek hizmeti veren şirketlerin ve römorkör pilotlarının gemilerin navigasyonuna yardım etmek için kullandıkları veri tabanının bulunduğu sisteme erişim isteklerini reddederek, dünyanın sekizinci en yoğun limanını devre dışı bırakır. Bir gözlemcinin belirttiği üzere, saldırı "yaşam ve uzuvlar üzerinde felaket düzeyinde yansımaları" neden olabilecek niteliktedir<sup>397</sup>; ancak neyse ki buna neden olmamıştır. Bu esnada ABD henüz 9/11 saldırısının sinir bozucu yığınlığı içerisindeydi<sup>398</sup>.

Birleşik Devletler yetkilileri "elektronik izi takip ederek", Birleşik Krallık'ta yaşayan 18 yaşındaki Aaron Caffrey'in yaşadığı eve ulaşmışlardır. Daha açık bir ifadeyle, dijital soruşturmacılar Houston Limanı'na ait sistem kayıt dosyalarını

---

<sup>393</sup> Walden, pn. 3.296.

<sup>394</sup> Southwark Kraliyet Mahkemesi, 17 Ekim 2003.

<sup>395</sup> Walden, pn. 3.296.

<sup>396</sup> Steve Bird, "Lovelorn Hacker Sabotaged Network of U.S. Port", Times (UK), 7 Ekim 2003, s. 9.

<sup>397</sup> Bird, s. 9.

<sup>398</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 104.

incelemişler ve saldırıyı başlatan bilgisayarın IP adresini ve saldırının hedefinde olan IP adresini tespit etmişlerdir. IP adresi numerik bir formül olup bilişim ağına bağlanan bir bilgisayarın ya da diğer bir bilişim aygıtının tanımlayıcısıdır ve her bir IP adresi benzersizdir. Her bir IP adresi bilgisayarın bağlı olduğu ağa ve bilgisayarın kendisine ait tanımlayıcı bilgileri içerir. Houston’lı soruşturmacılar, saldırının başlatıldığı ve saldırının gerçek hedefinin IP adresini bulduklarında, bu saldırıdan sorumlu olan kişinin de izini takip edebilmişlerdir<sup>399</sup>.

Soruşturma, saldırganın hedefinin Houston Limanı olmayıp başka bir ülke olduğunu göstermiştir. Saldırgan gerçek hedefine saldırıda bulunmak için bir araç olarak Houston Limanı’ndaki ve diğer sistemleri ele geçirdiğinde limanın bilişim sistemi kapanmıştır. Soruşturmacılar, saldırıda kullanılan yazılımın sistem sunucusunda kullanılan yazılımın bir zayıflığından yararlanan ve bizzat kişinin kendisi tarafından özel olarak hazırlanan (coded by Aaron) bir yazılım olduğunu ortaya çıkarmışlardır<sup>400</sup>. Bunun üzerine soruşturmacılar, Aaron Caffrey’in ailesiyle birlikte yaşadığı Fairland Shaftesbury Dorset’teki evine kadar saldırının izini takip etmişlerdir<sup>401</sup>.

İngiliz polisi Caffrey’in bilişim sistemine el koymuş ve kendisini Birleşik Krallık yasalarına göre suç oluşturan “bilgisayar materyallerinde yetkisiz değişiklikte bulunmak” suçlamasıyla yakalamış ve gözaltına almıştır<sup>402</sup>. Bilgisayar Suçları Bölümünden polisler Caffrey’in bilgisayarında adli bilişim incelemesi yaptıktan sonra Caffrey, Houston Limanı’nın bilişim sisteminin güvenliğini kırmak nedeniyle suçlanmıştır. *McKinnon* davasından farklı olarak bu davada ABD’li yetkililer, davayı İngiliz yetkililere bırakmak konusunda tartışma çıkarmışlardır<sup>403</sup>.

Davanın yargılamasına Ekim 2003 tarihinde başlanmıştır. Suçlama, Caffrey’in Houston Limanının bilişim sistemlerini kapatmak kastıyla hareket etmesi nedeniyle yapılmamıştır.

Savcılığın teorisi, Houston saldırısının kasıtsız, ancak sonuçları önceden öngörülebilir bir “intikam” saldırısı olduğudur (TCK’nın 243/3 maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşan bilişim sistemine hukuka aykırı erişim sağlama suçu benzeri). Bir kişi, Caffrey’in Amerikalı kız arkadaşına hakaret etmiş, Caffrey de bu kişiden intikam almak için bu eylemi gerçekleştirmiştir.

---

<sup>399</sup> Brenner, *Cybercrime: Criminal*, s. 104.

<sup>400</sup> Andy McCue, “‘Revenge’ Hack Downed US Port Systems”, *ZDNet UK*, 7 Ekim 2003, <http://www.zdnet.com/article/revenge-hack-downed-us-port-systems/>; 25.12.2016.

<sup>401</sup> Brenner, *Cybercrime: Criminal*, s. 104.

<sup>402</sup> Alison Purdy, “Hacker Cleared of Causing Biggest US Systems Crash”, *Birmingham Post*, 18 Ekim 2003, s. 5, <https://www.thefreelibrary.com/Hacker+cleared+of+causing+biggest+US+systems+crash.-a0109001502>; 25.12.2016.

<sup>403</sup> Brenner, *Cybercrime: Criminal*, s. 104.

Savcılık, Caffrey'in çevrimiçi ilişki kurduğu Jessica'ya "deliler gibi aşık olduğunu"<sup>404</sup> ve "Bookie" isimli bir Güney Afrika İnternet Aktarımlı Söyleşi (IRC) yazılımı kullanıcısının IRC sohbet odasında anti-Amerikancı yorumlarda bulunmasından sonra saldırının gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Kraliyet soruşturmacıları yalnızca Bokkie'nin yorumlarını takip etmemişler, bunun yanı sıra "Aaron'dan" gelen ve "Bokkie'nin molaya çıkması gerektiğini, çünkü bu kişi Amerika'dan nefret ediyorsa, bunun Jessica'dan da nefret ettiği anlamına geldiğini" belirten yorumlarını da bulmuşlardır<sup>405</sup>.

Deliller yalnızca Caffrey'in bilgisayarı ile Houston Limanı'nın bilgisayar sistemi arasındaki bağlantıyı göstermekle kalmayıp, aynı zamanda Bokkie anti-Amerikancı yorumlar yaptıktan sonra Caffrey'in Bokkie'nin IP adresini bulmak için araştırma yaptığını da göstermektedir<sup>406</sup>. Bokkie'nin IP adresini bulduğunda ise, hazırlamış olduğu DDoS saldırısı yazılımını çalıştırarak saldırısını gerçekleştirmiştir, bu sırada kazara Houston Limanı'nın bilgisayar sistemini de kapatmıştır<sup>407</sup>.

Bu, Kraliyet soruşturmacılarının teorisiydi ve adli bilişim uzmanlarının bulunduğu ve analiz ettiği dijital delillerle iyi şekilde de desteklenmişti. Caffrey'e karşı ileri sürülen deliller son derece kuvvetliydi ve avukatı, savcılığın ileri sürdüğü pek çok vakaya karşı çıkamamıştı. Bu nedenle savunma Caffrey'in bilgisayarından Houston Limanı'nın bilişim sistemlerine bir DDoS atağı gerçekleştirildiğini kabul etmişti. Ancak savunma, Caffrey'in bu eylemden sorumlu tutulamayacağını, zira kendisinin (en azından suçlamaya göre) asıl amacının Bokkie'ye karşı bir saldırıda bulunmak olduğunu belirtmiş ve bunun yerine farklı bir yaklaşım göstermiştir<sup>408</sup>.

Savunmanın teorisi ise Caffrey'in bir saldırıda bulunmadığı, O'nun bilgisayarının bir saldırıya uğradığıdır. Caffrey'in avukatına göre, "birisi" Caffrey'in bilgisayarına bilgisi dışında bir Truva atı yazılımı yüklemiş ve Houston Limanı'nın sistemini kapatan saldırıyı gerçekleştirmek için bilgisayarını kullanmıştır<sup>409</sup>. Truva atı kötücül bir yazılım olup, kendini gizleyerek bir bilgisayara yüklenebilmekte ve Truva atını yükleyenin, yazılımın yüklediği bilgisayarın kontrolünü ele geçirmesini sağlamaktadır<sup>410</sup>.

---

<sup>404</sup> John Chapman, "The Nerdy Brit Who Paralysed a U.S. City", Express (UK), 7 Ekim 2003, s. 24.

<sup>405</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 104, 105.

<sup>406</sup> McCue, ZDNet UK.

<sup>407</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 105.

<sup>408</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 105.

<sup>409</sup> Örneğin bkz: John Leyden, "Caffrey Acquittal a Setback for Cybercrime Prosecutions", Register, 17 Ekim 2003, [http://www.theregister.co.uk/2003/10/17/caffrey\\_acquittal\\_a\\_setback/](http://www.theregister.co.uk/2003/10/17/caffrey_acquittal_a_setback/), 15.12.2016.

<sup>410</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 105.

Caffrey, Türk bilişim korsanlarını kendisine komplo kurmakla ve düzenli olarak sohbet odalarını ve internet sitelerini ele geçirmekle suçlamıştır<sup>411</sup>. Bilgisayarının işletim sisteminin uzaktan erişime ve kontrole izin verdiğini, bu nedenle Truva atı yazılımlarına açık hale geldiğini belirtmiştir. Caffrey, soruşturmacıların kendisini saldırıdan sorumlu tutmak için dayandıkları kayıt dosyalarının, kendisine karşı kurulan komploda değiştirildiğini iddia etmiştir<sup>412</sup>. Caffrey'e göre, "birisini kayıt dosyalarını düzenlemiştir. Bunun böyle söyleniyor olması, bu kayıtların gerçekte böyle olduğu anlamına gelmez"<sup>413</sup>. Sonunda, soruşturmacılar tarafından Caffrey'in bilgisayarında bulunan ve "coded by Aaron" isimli DDoS yazılımı kendisine sorulduğunda Caffrey "Aaron'ın çok, çok yaygın bir isim" olduğunu söylemiştir<sup>414</sup>.

Caffrey'in, Houston Limanı'nın sistemini kapatmak için birisi tarafından bir Truva atının manipüle edildiğine ilişkin savunmalarının aksini ispat etmek, Kraliyet soruşturmacılarına kalmıştır. Savcılık, yalnızca bir tek argümanla karşılık vermiştir: Adli bilişim uzmanları, Caffrey'in bilgisayarı üzerinde çok dikkatli inceleme yaptıkları ve bir Truva atı yazılımına ilişkin herhangi bir iz bulamadıkları yönünde tanıklık yapmışlardır<sup>415</sup>. Caffrey, uzman tanıklığına karşı yapmış olduğu savunmada, jüriye söz konusu uzmanların bilgisayarında bulunan her bir dosyayı incelemelerinin mümkün olmadığını söylemiştir. Ayrıca Truva atı yazılımının kendi kendini silebilen bir yazılım olabileceğini, dolayısıyla saldırıdan sonra bilgisayarından kendini silmiş olabileceğini ifade etmiştir<sup>416</sup>.

Savcılık, Caffrey'in kendi kendini silen Truva atı yazılımı savunmasını, adli bilişim uzmanları kendisinin bilgisayarını incelediğinde yalnızca buna ilişkin hiçbir belirti bulamadıkları gerekçesiyle değil, bunun yanı sıra kayıt dosyalarının değiştirildiğini gösteren veya Truva atını silmek için herhangi bir "silme aracı"na ilişkin bir delil bulamadıkları gerekçeleriyle çürütmeye çalışmışlardır<sup>417</sup>. Soruşturma uzmanları, Caffrey'in saldırının sorumlusu gösterdiği Truva atı yazılımı kendi kendini silmiş olsa bile, silme işleminin Caffrey'in bilgisayarında izler bırakmış olması gerektiğini, oysa kendilerinin böyle bir izle rastlamadıklarını ileri sürmüşlerdir<sup>418</sup>.

---

<sup>411</sup> McCue, ZDNet UK.

<sup>412</sup> Munir Kotadia, "Accused Port Hacker Says Log Files Were 'Edited'", ZDNet.co.uk, 8 Ekim 2003, <http://www.zone-h.org/news/id/3300?zh=1>, 25.12.2016.

<sup>413</sup> Walden, pn. 3.300.

<sup>414</sup> McCue, ZDNet UK; Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 105.

<sup>415</sup> Purdy, s. 5.

<sup>416</sup> Purdy, s. 5; Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 106.

<sup>417</sup> Neil Barrett, "Scary Whodunit Will Have Sequels" IT Week, 27 Ekim 2003.

<sup>418</sup> Barrett, IT Week; Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 106.



Dava, iki haftalık yargılamanın ardından jürinin kararına bırakılmıştır. Beş erkek ve altı kadından oluşan jüri Caffrey'in tüm suçlamalardan beraatine karar verene kadar aralarında üç saat boyunca tartışmışlardır<sup>419</sup>. Karar savcılığa iletilindiğinde, polisler verilen karardan dolayı buz kesmişlerdir. Suçlama için tanıklık yapan bir uzman şunları ifade etmiştir: "Bir kişi bunu yaptı ve sonra da kaçtı gitti argümanına karşı çıkmak son derece güçtür. Biz eğer birileri bunu yaptıysa parmak izi bırakmış olmaları gerektiğini ... ancak parmak izi olmadığını göstermek istedik"<sup>420</sup>.

Caffery davası, savcılığın bilişim suçlarına ilişkin soruşturmalarda ve iddia faaliyetlerinde çeşitli delillendirme zorluklarıyla karşı karşıya olduğunu göstermiştir. Bu zorluklardan birisi sanığın suçlu olduğunun, makul şüphenin ötesinde kanıtlanmasıdır<sup>421</sup>. Diğer zorluklar ise kabul edilebilecek türde delilleri elde edebilme becerisiyle ilgilidir<sup>422</sup>.

Caffery'in başarıyla kullandığı Truva atı savunması, eski bir savunma yöntemi olan SODDI'nin (Bir Başka Dost Yaptı / Some Other Dude Did It) güncellenmiş versiyonudur<sup>423</sup>. Bir hukuki makalede açıklandığı üzere bir savunma avukatı, müvekkilinin kendisine yüklenen suçun hareketini gerçekleştirmediği (hareket masumiyeti) ya da savcılığın müvekkilin suçluluğunu makul şüphenin ötesinde kanıtlayamadığı (ispatın başarısızlığı) gerekçeleriyle müvekkilin suçsuz olduğuna jüriyi ikna etmeye çalıştığında, jüriye alternatif bir teori vermek zorunda kalacaktır, bu diğer teori "diğer bir şüphelidir"<sup>424</sup>. Zira bir jüri kurulu tarafından sanığın beraatine karar vermek için savcılığın delillerin değerini ve eksikliğini ölçmektense, bir başka kişinin suçu işlendiğine ilişkin bir neden bulmanın daha kolay olduğu varsayılır<sup>425</sup>.

SODDI savunması uzun süreden beri savunma avukatları tarafından jürinin daha kolay beraat kararı vermesi için kullanılan bir araçtır. Ancak bu, fiziki dünyadaki suçlar için genellikle başarılı olmasa da; istisnaları bulunmaktadır (örneğin, O. J. Simpson'ın yargılandığı cinayet davası gibi)<sup>426</sup>.

---

<sup>419</sup> Leyden, Caffrey Acquittal.

<sup>420</sup> Leyden, Caffrey Acquittal; Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 106.

<sup>421</sup> Hem Birleşik Krallık hem de Birleşik Devletler sanığın cezalandırılmasını istemişlerdir, jüri ise savcılığın makul şüphenin ötesinde suçun tüm unsurlarını masının gerektiğini aramıştır. Örneğin bkz: Mark Murdo Urquhart v. Her Majesty's Advocate, [2009], HJJAC 18 (Birleşik Krallık hukuku), Harris v. United States, 536 U.S. 545 (2002) (Birleşik Devletler hukuku).

<sup>422</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 106.

<sup>423</sup> Susan W. Brenner/Brian Carrier/Jef Henninger, "The Trojan Horse Defense in Cybercrime Cases", Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Volume 21, Issue 1, 2004, s. 9.

<sup>424</sup> W. William Hodes, "Seeking the Truth versus Telling the Truth at the Boundaries of the Law: Misdirection, Lying, and 'Lying with an Explanation'", South Texas Law Review, Vol. 44, Winter 2002, s. 59, dn.18.

<sup>425</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 106.

<sup>426</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 107.



SODDI savunmasını fiziki dünyadaki bir suçlamada başarıyla sunmanın önündeki en önemli engel güvenilirliktir. Varsayalım ki Caffrey, Houston Limanı'nın ofis binasına zorla içeri girmekten suçlanmış olsun. Soruşturma görevlilerinin, bir ofise doğru yönelmiş Caffrey'in çamurlu ayak izlerini bulduklarını ve bunu takip ederek girdikleri ofiste bir mobilyanın üzerinde parmak izini de bulup Caffrey'i bina içinde hırsızlık yapmaktan suçladıklarını düşünelim. Yargılama esnasında soruşturma görevlileri buldukları deliller konusunda tanıklık yaparlar ve parmak izi uzmanları ofiste bulunan parmak izlerinin neden Caffrey'e ait olduğunu ayrıntılı bir şekilde açıklarlar. Caffrey'e karşı yöneltilen davayı daha da kuvvetlendirmek için soruşturmacıların ofiste Caffrey'in DNA'sını da bulduklarını düşünelim<sup>427</sup>.

Bu varsayımsal durumda Caffrey, avukatına suçu işlemediğini, ancak bir "alibi" (ben orada değildim) durumu olmadığını da söyler; bu nedenle savunma için tek seçenek SODDI savunması yapmaktır. Caffrey'in avukatları gerçek davada olduğu gibi jüriye bazı argümanları ifade ederler: Caffrey'in parmak izleri, kendisine komplo kurmak isteyen bazı kişiler tarafından bırakılmıştır. Ofiste bulunan DNA için de aynı şeyler söz konusudur; hem parmak izleri hem de DNA kendisine karşı komplo kurmak için değiştirilmiştir. Savcı, Caffrey'inkinden ayırt edilemeyecek şekilde parmak izi bırakmanın çok zor olduğunu belirtir ve jüriye ne parmak izlerinin ne de DNA delilinin değiştirilebileceğini hatırlatır. Herhangi bir delilin değiştirilmesi son derece güçtür, çünkü bunlar somut, fiziksel delillerdir. Caffrey davasının bu versiyonunda, jüri şüphesiz SODDI savunmasını reddedecek ve kendisinin suçlu olduğuna karar verecektir. Bu savunma, basitçe sağduyulu bir bakış açısıyla güvenilir değildir. Jüri ayak izlerini, parmak izlerini, DNA'yı ve bunların nasıl Caffrey'i işaret ettiğini açıklayan uzmanları güvenilir bulacak ve durumu anlayacaktır<sup>428</sup>.

Ancak, gerçek Caffrey davası sabit disklerin, yazılımların ve siber uzayın sanal dünyasında gerçekleşmiştir. Bilgisayar kullanan herhangi bir kişi, Caffrey'in bina içinde hırsızlıktan suçlu bulunduğu farazi davasındaki fiziksel delillerde olduğu gibi dijital verilerin (dolayısıyla delillerin) somut olmadığını, değişmez olmadığını anlamalıdır. Haberleri takip eden herhangi bir kişi bilişim korsanlarının bulunduğunu ve bu korsanların bilişim sistemleriyle etkileşimde bulunabileceklerini bilirler. Sonuç olarak Caffrey'in savunmasının bu parçası güvenilirdir; çünkü bu, jüriye farazi soygun davasında olanın aksine, belirli bir "diğer dost" argümanı verir<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 107.

<sup>428</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 107.

<sup>429</sup> Brenner, Cybercrime: Criminal, s. 107.

Bu davada “diğer dost”, belirli bir kişi değildir. Bunun yerine bir grup insan söz konusudur: Web sitelerine ve bilgisayarlara karşı korsanlık yapan Türk bilişim korsanları. Bu, jüriye Caffrey’in SODDI savunması için belirlenebilir bir kişiye olayı dayandırma olanağı vermiştir. Jürinin tümünden ya da göreceli olarak dijital delilleri yok sayması ve adli bilişimin karışıklığının eklediği kayıp element, Caffrey’in savunmasına inanmalarını ve uzmanların tanıklığını yok saymalarını olanaklı hale getirmiştir. Farazi soygun davasında, jürinin ayak izlerini anlamaya ilişkin sağduyusu ve DNA ile parmak izlerinin değerine güvenleri vardı; bu ise SODDI savunmasını reddetmelerini onlar için kolaylaştırmıştır. Şimdi ise jürinin sağduyusu onlara dijital verilerin her yöne çekilebilir ve yetersiz olduğunu söylemektedir. Jürinin deneyimine göre, veriler herhangi bir iz bırakmaksızın değiştirilebilir veya silinebilir; dolayısıyla Caffery’in SODDI savunması onlara “makul bir alternatif teori” olarak görünmüştür. Sonuçta davayı Caffrey kazanmıştır<sup>430</sup>. Diğer bilişim suçluları da bu savunma yolunu takip etmişlerdir<sup>431</sup>.

Sonuçta şu hususu not etmeliyiz: Truva atı savunması mükemmel bir biçimde geçerli olabilmektedir. Truva atını ya da benzer bir yazılımı kullanarak bir kişinin bilgisayarına çocuk pornosu materyalleri ya da bir başka suçun delillerinin yerleştirilmesi ve komplo kurulması mümkündür<sup>432</sup>. Aynı şekilde kişinin hiç dikkat etmeyeceği şekilde ana belleğin herhangi bir yerine materyal indirilmesi mümkündür. Düşünün: Bilgisayarınızda yer alan her dosyayı biliyor musunuz? Emekli bir federal savcının belirttiği üzere, Truva atı savunması hakkında “ürkütücü olan şey” bunun “gerçek olabileceğidir”<sup>433</sup>.

### **c) CMA madde 3’te Düzenlenen Kasten veya Olası Kastla / Bilinçli Taksirle (Recklessness) Zarar Verici Yetkisiz Hareketlerde Bulunmak**

İngiliz Hükümeti Temmuz 2003’te, 1990 tarihli Yasayı kısmen, bazı DoS saldırılarıyla mücadele ortaya çıkan boşluğu doldurmak ve konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerle uyum sağlamak amacıyla gözden geçirmek niyetinde olduğunu duyurmuştur<sup>434</sup>. CMA’da değişiklikler yapan hükümler, 2006 tarihli Polis ve Adalet Yasası ile getirilmiştir<sup>435</sup>. Var olan hükümlere

---

<sup>430</sup> Brenner, *Cybercrime: Criminal*, s. 107, 108.

<sup>431</sup> Brenner/Carrier/Henniger, s. 7-9.

<sup>432</sup> Bkz: *United States v. Miller*, 527 F.3d 54 (U.S. Court of Appeals for the Third Circuit 2008) (iddia ve savunma uzmanları bir Truva atı yazılımıyla çocuk pornografisi ya da diğer materyallerin gizlice bir bilgisayara indirilebileceği konusunda hemfikirler).

<sup>433</sup> John Schwartz, “Acquitted Man Says Virus Put Pornography on Computer”, *New York Times*, 11 Ağustos 2003 (Adalet Bakanlığı Bilgisayar Suçları Bölümünün başkanına atf yapmakta); Brenner, *Cybercrime: Criminal*, s. 108.

<sup>434</sup> İçişleri Bakanı Parlemanto Müsteşarı ve milletvekili olan Caroline Flint’in 14 Temmuz 2003 tarihinde EURIM toplantısında yapmış olduğu konuşma.

<sup>435</sup> Police and Justice Act, 2006 m. 36.

tamamlayıcı bir suç getirmektense, CMA madde 3'te yer alan suç tamamen değiştirilmiştir.

#### aa. CMA madde 3'te Yer Alan Suçun Geçmişi<sup>436</sup>

1971 tarihli Cezai Zarar Yasası'nda (Criminal Damage Act 1971) bilgisayara ya da bilgisayar yazılımına zarar verme veya yok etme suç olarak düzenlenmiştir; örneğin, bir çekiç alarak bilgisayarı kırmak suretiyle zarar verme bir suçtur. Somut bir malvarlığına fiziksel olarak zarar verildiğinde, 1971 Yasasının uygulanmasında bir sorun yoktur. Söz konusu zarar somut bir malvarlığına verilmiş olsa bile, bu zararın duyuların algılayamayacağı şekilde verilmesi mümkün olamaz mı? Fail, bilgisayar yazılımlarının yapması için dizayn edildiğinin dışında işlevler yapması için bilgisayarı işlevsiz hale getirdiğinde ya da bir takım işlevlerini sınırlamak için yazılımlara müdahale ettiğinde bu soruya “mümkün olabilir” yanıtı verilebilir. İşte bu durumda duyular tarafından algılanabilen fiziksel bir zarar olmaksızın zarara neden olunabilir<sup>437</sup>.

*Cox v. Riley* davasında<sup>438</sup>, failin programlanan tasarıma göre tahtaları kesen bir testerenin plastik devre kartını silerek zarar vermekten suçlu olduğuna karar verilmiştir. Failin müdafii, Cezai Zarar Yasası gereğince söz konusu programın “fiziksel yapıya sahip olan bir malvarlığı” olmadığını ileri sürmüştür. Bu açıdan müdafinin haklı olduğu hususunda şüphe yoktur; ancak mahkemenin bakış açısına göre müdafii, failin programa zarar vermekten değil plastik devre kartına zarar vermekten suçlandığı olgusunu dikkate almakta hataya düşmüştür. *Whitely* davasında<sup>439</sup> ise fail, olması gerektiği biçimde bilgisayar diskine zarar vermekten mahkûm edilmiştir, zira fail bir akademik bilgisayar sistemine yetkisiz erişim sağlamayı başarmış ve manyetik parçalarını değiştirmek suretiyle dosyaların silinmesine ve yeni dosyalar eklenmesine yol açmıştır. Bu kişinin müdafininin “yalnızca diskte yer alan fiziksel olmayan bilgilerin zarar gördüğüne” ilişkin savunması reddedilmiştir; çünkü diskin kullanılabilirliğinin zarar görmesi nedeniyle disk de zarar görmüştür<sup>440</sup>.

Bu kararlar, bilgisayarın kötüye kullanılmasını belirtiyorlarmış gibi görünebilirler; çünkü bunların zarar verme açısından görünen potansiyelleri ve Cezai Zarar Yasasının zorlayıcı anlamından<sup>441</sup> da bu anlaşılabilir; dolayısıyla

---

<sup>436</sup> Genel olarak konuyla ilgili eski suçlarla ilgili olarak bkz: Yaman Akdeniz, “Section 3 of the Computer Misuse Act 1990 – An Antidote for Computer Viruses”, Web Journal of Current Legal Issues, 1996.

<sup>437</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1053.

<sup>438</sup> (1986) 83 Cr App R 54, DC.

<sup>439</sup> [1991] Crim LR 436, CA.

<sup>440</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1053, 1054.

<sup>441</sup> Wasik, Crime and the Computer, s. 137 – 145.

her iki karar da bu yasa açısından savunulabilir. *Cox v. Riley* davasındaki plastik devre kartının her ne kadar kullanışsız hale getirildiği ve kendine özgü işlevini yerine getirmek için yeniden programlanabileceği kabul edilmese de, aslında disk fiziksel olarak zarar görmemiştir. Disk yalnızca programlandığı işlerden birini yapamaz hale gelmiştir ve bu dava *Fisher* davasından<sup>442</sup> farklı görülmemelidir. *Whitely* davasına benzer olarak bilgisayarın kendisi zarar görmemiştir, ancak kontrol mekanizması kurcalandığı için işlev göremez olarak kabul edilmiştir, yani programlar diskin üzerindedir. Ancak diskin tamir edilebilir olması, geçici bozulmadan kaynaklanan yetersizlikle ilgili değildir<sup>443</sup>.

Hukuk Komisyonu, bir şekilde, bilgisayarların kötüye kullanılmasıyla daha doğrudan mücadele edilmesinin gerektiği görüşüne sahip olmuştur. Cezai Zarar Yasası'na verilere ve yazılımlara müdahale etmeye ilişkin bir suç eklenmesi, sorunun çözümüne ilişkin bir olasılık olarak görülmüştür; ancak Komisyon, iki nedenle yeni bir suç oluşturulması gerektiğine karar vermiştir. Bunlardan ilki, "zarar konusunu yazılımı ya da veriyi fiziki olmayan malvarlığına uygulamanın ortaya çıkardığı teorik zorlukların" ortaya çıkardığı belirsizliğin hukuk açısından kabul edilmesindeki güçlüktür. Diğerisi ise, ceza hukuku açısından önemli olan zarara, olası kast/bilinçli taksir (recklessness)<sup>444</sup> ile yol açılabilir; Hukuk Komisyonu, yeni oluşturulacak suçun olası kast/bilinçli taksirle bilgisayardaki materyalleri başkalaştırılanların eylemlerini kapsamasını düşünmemiştir<sup>445</sup>. Buna ek olarak, görüldüğü üzere, Komisyon 1990 tarihli CMA'da yer alan başkalaştırma suçu ile Cezai Zarar Yasası'nda yer alan zarar verme suçu arasındaki ilişkiyi de netleştirmeye çalışmıştır<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> (1865) LR 1CCR 7, bu dava için bkz: Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1014, dn. 17.

<sup>443</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1054.

<sup>444</sup> Anglo Amerikan hukuk sisteminde suç temel olarak iki unsurdan oluşur "maddi unsur / actus reus" ve "manevi unsur / mens rea". Bunlardan manevi unsur ise "kast / intention", "taksir / negligence", "olası kast – bilinçli taksir / recklessness" ayrımından oluşur. Bunlardan sonuncusu olan "recklessness" kavramında esas olan failin yapacağı hareketin olası neticeleri öngörmesi ancak buna rağmen riskin gerçekleşmeyeceğine güvenip ya da bu riski üstlenip hareketini gerçekleştirmesidir. İşte bu öngörme ve neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenme ya da üstlenme, bizim ülkemizde yürürlükte olan TCK'nın 21 ve 22. maddeleri ile öğretideki baskın görüşte "olası kast ve bilinçli taksir" olarak kabul edilir. Bu nedenle ben de kelimenin kavramsal karşılığını yazmayı tercih ettim.

Bu kavram hakkında kısa ancak yeterli açıklama için bkz: Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, Sixth Edition, San Francisco, LexisNexis, 2012, s. 135; Wayne R. LaFave, Criminal Law, Fourth Edition, St. Paul, Thomson & West, 2003, 269, 270. Konu hakkında daha ayrıntılı açıklama için bkz: Andrew Simester/G. Robert Sullivan, Criminal Law: Theory and Doctrine, Second Edition, Portland, Hart Publishing, 2004, s.139-147.

<sup>445</sup> Yeni yürürlüğe giren ve hazırda yürürlükte olan 3. madde ise olası kast/bilinçli taksirle işlenen eylemleri de suç olarak tanımlamaktadır.

<sup>446</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1054.

CMA madde 3'te yer alan suç, yasanın sonradan yapılan değişiklikten önceki halinde dar şekilde düzenlenmiş ve bilgisayarların içinde yer alan verilerin başkalaştırılmasıyla sınırlandırılmıştı. Buna rağmen suçun bu hali mahkemeler tarafından oldukça geniş yorumlanmıştır. Örneğin, *Zevez* davasında<sup>447</sup>; bir kişiden gelen (aslında herhangi bir kişiden gelen) bir bilgi (bir e-mail) eğer bir bilgisayarın bir bilgiyi (bir e-maili) kaydetmesine neden olmuşsa; bu, söz konusu bilginin güvenilirliğini açıkça etkiler. Bu, söz konusu suç tipinin önemli ölçüde genişletildiğini göstermektedir. E-mail, kendisi hakkında yalan söylemektedir, ancak bilgisayardaki diğer verilerin güvenilirliğini etkilememektedir. Daha sonrasında mahkemeler, DoS saldırıları olduğunda, söz konusu suçun kapsamını daha da genişletmiştir. *DDP v. Lennon* davasında<sup>448</sup>, fail bir "mail (posta) bombardımanı" yazılımı kullanmak suretiyle eski işverenine beş milyon adet elektronik posta göndermiştir. Bölge Mahkemesi, bölge yargıcı ile aynı görüşü paylaşmamış ve failin veri eklemek suretiyle "yetkisiz bir başkalaştırmaya" neden olduğuna karar vermiştir. E-mail alabilen bir bilgisayarın sahibinin kendisine gönderilen elektronik postaları almaya normalde rıza gösterdiği varsayılır. Ancak bu zımni rıza sınırsız değildir, bu rıza kişiyle iletişim kurmak amacıyla olmayıp kişinin bilgisayar sistemini sekteye uğratmak amacıyla gönderilen elektronik postaları kapsamaz. Mahkeme, "eğer fail eski işverenine başvursaydı, eski işverenin kendisine beş milyon elektronik posta gönderilmesine rızasının olup olmadığının" test edilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Aşağıda incelediğimiz CMA'nın yeni 3. maddesi, bu tür DoS ya da DDoS saldırılarına uygulanabilecek şekilde oluşturulmuş<sup>449</sup> ve *Lennon* davasında baş gösteren bazı şüphelerin ortadan kalkmasını sağlamıştır<sup>450</sup>.

### **bb. CMA madde 3'te Düzenlenen Suçun Değişiklik Sonrası (Hâlihazırdaki) Hali**

Bu suçun oluşması için bir bilgisayarla ilgili yetkisiz bir hareket olmalıdır. Yetkisizliğin genişletilmiş anlamı, yasanın 17(8) maddesinde tanımlanır. Bilgisayara, programa, veriye ya da benzerlerine zarar verilmesi gerçekte gerekmez. Söz konusu zararının gerçekleşmesine kast edilerek ya da olası kast/bilinçli taksirle yetkisiz hareketin gerçekleştirilmesiyle suç oluşur<sup>451</sup>.

---

<sup>447</sup> [2002] Crim LR 648.

<sup>448</sup> [2006] EWHC 1201 (Admin). Bu dava hakkındaki yorumlar için bkz: Stefan Fafinski, "Divisional Court: Computer Misuse: Denial-of-Service Attacks" *Journal of Criminal Law*, Vol. 70, Issue 6, 2006, s. 474-478.

<sup>449</sup> Yasaya yapılan bu ek, AB'nin Bilgi Sistemlerine Karşı Yapılan Saldırıları İlişkin Çerçeve Kararının 3. maddesiyle İngiliz hukukunu uyumlu hale getirmiştir.

<sup>450</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1054, 1055.

<sup>451</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1055.

Esasen madde 3'te, madde 3(2)'de tanımlanan herhangi bir hareket ya da hareket serileri gerçekleştirilmek suretiyle bilgisayar sistemine sabotaj düzenlemek ya da zarar vermek düzenlenir. Bu husustaki en açık örnekleri, bilişim sistemlerine virüs<sup>452</sup>, Truva atı ya da kurtçukların gönderilmesi veya web sitelerinin çökertilmesi oluşturur<sup>453</sup>. Hareketin diğer kişilerin sisteme erişimi engellemesi ya da aksatması, suçun oluşumu için yeterlidir; örneğin, DoS ya da posta (mail) bombardımanı saldırısı ile sunucunun kapasitesinin aşılması halinde suç gerçekleşmiş olur. Bunun dışında verinin silinmesi ya da herhangi bir şeyin değiştirilmesi gerekmez, dolayısıyla bu açıdan suç tipinin özgün haline göre kapsamı oldukça genişlemiştir. Bozma / zarar verme kavramının bazı olaylarda ispat edilmesi oldukça güçtür, örneğin programın bozulduğunun kabul edilmesi için failin programın bozulmadan önceki haline göre ne kadar yavaşlatmayı kast etmesi gerekir? Bu açıdan yetkisiz kullanım yeterli olabilir; örneğin fail kasten ya da olası kast / bilinçli taksirle (recklessness) verinin güvenilirliğine zarar vermesi halinde bu durum söz konusudur. Bir bilgisayarın, mağdurun banka hesabını borçlandırarak failin hesabına para yatırmasına neden olunması halinde suç oluşur, çünkü artık mağdurun banka hesabıyla ilgili veriler güvenilir değildir<sup>454</sup>. Ayrıca kasten ya da olası kast / bilinçli taksirle gerçekleştirilen bozmanın geçici olması, suçun oluşması için yeterlidir. Tekrar edelim ki bu değişiklik suçun kapsamını genişletmiştir<sup>455</sup>.

Suçun gerçekleşmesi şunların varlığına bağlıdır:

a) Fail, kasten madde 3(2)'de belirtilen neticelerden birinin (bozulma vb.) gerçekleşmesine yetkisiz hareketle neden olmalıdır.

b) Fail, bozulmaya neden olan kasten ya da olası kast / bilinçli taksirle gerçekleştirdiği hareketinin yetkisiz olduğunu bilmelidir. Bilme unsuru, bozma kastıyla gerçekleştirdiği hareketinin yetkisizliğine ilişkin olmalıdır. Bozulmanın yetkisiz gerçekleştirildiğinin fail tarafından bilindiğinin ispat edilmesi gerekmez (3. maddenin eski halinde ise, başkalaştırmanın yetkisiz olduğunun bilinmesi gerekmektedir).

Kasit, olağan anlamında kullanılmıştır. Olası kast / bilinçli taksir (recklessness) ise G davasında<sup>456</sup> belirtildiği üzere "öznel" anlamında anlaşılmalıdır<sup>457</sup>. Suçun

---

<sup>452</sup> Örneğin bkz: Vallor [2004] 1 Cr App R (S) 54, olayın gerçekleştiği tarihte dünyadaki üçüncü en ölümcül virüsü dağıtmakla ilgili bir davadır.

<sup>453</sup> Örneğin bkz: Lindesay [2002] 1 Cr App R (S) 370, işten atıldığı için üzgün olan çalışanın eski çalıştığı şirketin web sitesini çökertmesiyle ilgili bir davadır.

<sup>454</sup> Thompson [1984] 3 All ER 56, [1984] 1 WLR 962, CA.

<sup>455</sup> Bkz: MacEwan, s. 955-967; Stephan Fafinski, "Computer Misuse: The Implications of the Police and Justice Act 2006", Journal of Criminal Law, Vol. 72, Issue 1, 2006, s. 53-66.

<sup>456</sup> [2004] AC 1034.

<sup>457</sup> Olası kast / bilinçli taksirin karşılığı olan "recklessness" kavramının "öznel" (sübjektif) yorumunun irdelendiği ve kabul edildiği R v. G davası ve buna ilişkin açıklamalar için bkz:

olası kast / bilinçli taksirle (recklessness) işlenebilmesi, suçun kapsamını önemli ölçüde genişleten 2006 tarihli değişikliğin öne çıkan yanlarından biridir. Suçun ilk halinde, olası kast / bilinçli taksirin varlığı suçun oluşması için yeterli değildi, çünkü Hukuk Komisyonu kişilerin yanlışlıkla bir bilgisayarın içeriğini başkalaştırabileceği kaygısıyla sınırlı bir manevi unsur düzenlemesinin gerekli olduğunu açıklamıştı<sup>458</sup>.

Failin kastının ya da olası kast / bilinçli taksirinin, belli bir bilgisayarın ya da yazılımın doğrudan yasa tarafından yasaklanmış bozma neticesine yönelik olması gerekmez. Sorun şudur ki, IT güvenliği danışmanlarının hukuka uygun aktiviteleri de bu düzenleme ile suç haline getirilmiştir<sup>459</sup>.

Bugüne kadar, DoS saldırıları öncelikle ve sıklıkla içeriden olanlar tarafından gerçekleştirilen yetkisiz erişim eylemlerine karşıt olarak dışarıdan olanların saldırıları açısından tartışılmıştır. Ancak farklı biçimde ve elverişli saldırıların gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, 2006 yılında İkinci Yaşam (Second Life) adlı çevrimiçi oyun çevresinde yer alan bir grup kullanıcının “sanal dünyanın” kırılmasına neden olan, tekrar eden şekilde DoS saldırıları gerçekleştirdiklerine ilişkin bilgilerin FBI’ın eline geçtiği rapor edilmiştir<sup>460</sup>.

### **cc. CMA madde 3A’da Düzenlenen, Madde 1 ve Madde 3’te Yer Alan Suçların İşlenmesinde Kullanılan Araçların Sağlanması veya Elde Edilmesi Suçu**

2006 tarihli Polis ve Adalet Yasası’nın (The Police and Justice Act 2006) 37. maddesi ile üç yeni suç tipi CMA’ya eklenmiştir. Bu suçlar için öngörülen ceza; azami iki yıl hapis cezası ya da para cezasıdır, bazı durumlarda ise her iki ceza birlikte uygulanabilir.

Madde 3(A)1’e göre, eğer bir kişi “CMA madde 1 veya 3’te tanımlanan bir suçu işlemek ya da işlenmesine yardımcı olmak kastıyla herhangi bir aracı yapar, uyarlar, sağlar ya da sağlamayı teklif ederse” bu hüküm uyarınca suç işlemiş olur. Bu suç tipi, 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasası’nın (Fraud Act 2006) bilişim suçlarına son derece benzer bir yansımasını oluşturur. Normal şartlarda suçun oluşması için gerekli olan manevi unsur kasttır<sup>461</sup>.

---

Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 123-125.

<sup>458</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1055.

<sup>459</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1056.

<sup>460</sup> Aleks Krotoski, “Population Explosion Puts Our Virtual Worlds at Risk”, Guardian, 12 Ocak 2006, <https://www.theguardian.com/technology/2006/jan/12/games.guardianweeklytechnology> section, 23.9.2016.

<sup>461</sup> Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 1056.



Madde 3(A)2'ye göre, CMA madde 1 veya 3'te tanımlanan bir suçu işlemek ya da işlenmesine yardımcı olmak olasılığına inanılarak herhangi bir aracın sağlanması ya da sağlanmasının teklif edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. "İnanmak" kavramı, ceza hukukunda olduğu anlamıyla anlaşılmalıdır, bu bağlamda yalnızca şüphe etmekten daha fazlasıdır. Ancak bilmek kadar kesin değildir. Aracın CMA madde 1 veya 3'te tanımlanan bir suçu işlemek "olasılığıyla" kullanılıp kullanılmadığı sorusu, uygulamada çeşitli zorlukların çıkmasına yol açmaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın Açıklayıcı Notuna göre, eğer fail araçların sayısının çokluğuna bağlı olarak suçlanırsa, savcılık davasını "söz konusu araçların belli bir tanesi veya birkaçını dikkate alarak" ispatlamalıdır. Buna göre "failin, araçların belli bir kısmının CMA madde 1 veya 3'te tanımlanan bir suçu işlemek olasılığıyla kullanacağına inanmasını ispatlamak yeterli değildir"<sup>462</sup>. Yani savcılık hangi araç ya da araçların kullanılacağına ilişkin olasılık dahilinde görüldüğünü tespit etmeli ve bunu ispat etmelidir.

Madde 3(A)3 ise, bir kişinin CMA madde 1 veya 3'te tanımlanan bir suçun işlenmesinde kullanılması ya da suçun işlenmesine yardımda bulunmayı sağlamak amacıyla bir aracı bulundurmasını suç olarak düzenler. Bu suçun manevi unsurunun, Temyiz Mahkemesinin bir başka konu bağlamında belirttiği üzere<sup>463</sup>, sınırlayıcı bir biçimde kastın yanında "amacı" da gerektirdiği ileri sürülebilir. Göreceli olarak bu, suçun alışılmamış bir biçimdir, zira "aradaki kişinin" (tedarikçinin) hareketlerini başlı başına suç haline getirir. Failin yalnızca aracı elde etmesi ya da bulundurması suçun oluşumu için yeterli değildir. Suçun gerçekleşmesi, sonraki bir amacın varlığını da gerektirir. Bu suç tipi, madde 3(A)1'de yer alan suçu, failin aracı sağlaması ya da sağlamayı teklif etmesinden önceki aşamaya taşıdığı için, daha ileri bir aşamaya taşır<sup>464</sup>. Aslında bu, hukuk sistemimizin bakış açısıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırılması anlamına gelip, 6698 sayılı Yasa ile TCK'ya eklenen 245/A maddesine büyük bir benzerlik gösterir. Nitekim nasıl ki İngiliz hukukunda tüm bilişim suçları açısından söz konusu hazırlık hareketleri cezalandırılabilir hale getirilmişse, ülkemiz açısından da durum aynı şekildedir.

Madde 3(A)4 gereğince her üç suç tipi açısından da, "araç", herhangi bir yazılımı ya da elektronik formda bulunan veriyi ifade eder. Bu suçlardan her biri için manevi unsurun varlığı son derece önemli ve zorunludur. Zira bilişim suçlarının işlenmesinde araçların kullanımı, bir tornavidadan karmaşık bir yazılıma ya da bir bilgisayar şifresine kadar inanılmaz geniş bir kapsamdadır<sup>465</sup>. Dolayısıyla kullanılan aracın ne olduğunun belirlenmesi failin bunu kullanmaktaki kastıyla belirlenebilir.

---

<sup>462</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1056.

<sup>463</sup> Bkz: Dooley [2005] EWCA Crim 3093.

<sup>464</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1056.

<sup>465</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1056.



Bu yeni suçların düzenlenmesinin amacı, Hükümet tarafından, bilişim sistemlerinin güvenliğinin kırılmasına yönelik yapılan saldırılar (hacking) ve bu saldırılarda kullanılan araçların (hacking tools) pazarlandığı yerlerle mücadele etmek için gerekli olduğu şeklinde açıklanmıştır. Ancak, bilgisayar güvenlik sistemleriyle ilgili hukuka uygun araştırmaların da suç oluşturma ihtimali, çeşitli sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>466</sup>. Bu hükümler de Avrupa Konseyine ve Siber Suçlar Sözleşmesi uyarınca yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri<sup>467</sup> karşılamaktadır<sup>468</sup>.

#### **dd. CMA madde 3ZA'da Düzenlenen Ciddi Tehlike Yaratan ya da Buna Neden Olan Yetkisiz Hareketler Suçu**

Daha önce belirtildiği üzere, Nisan 2015'te, CMA'da yeni bir suç düzenlenmiştir: *Ciddi tehlike riski yaratan ya da buna neden olan yetkisiz hareketler*<sup>469</sup>. Bu suç maddi zararlara yol açabilecek<sup>470</sup>, ulaşım ya da finans sistemleri gibi kritik ulusal altyapıları hedef alan en ciddi siber ataklar<sup>471</sup> için düzenlenmiştir. Saldırganlar, davranışlarının yetkisiz olduğunu bilmeli ve ayrıca saldırıların böyle bir zararı vermek konusunda kastı ya da böyle bir zararın meydana gelmesinde taksiri olmalıdır<sup>472</sup>. İnsanların refahına ya da ulusal güvenliğe ciddi zarar verilmesi halinde, cezanın azami haddi müebbet hapis cezası, zararın ekonomiye ya da çevreye verilmesi halinde ise on dört yıla kadar hapis cezasıdır<sup>473</sup>. Bu durum, Birleşik Krallık'ta bilişim sistemlerinin bütünlüğüne karşı işlenen bir suç için verilebilecek hapis cezasının miktarının oldukça anlamlı bir şekilde artırıldığını ve başarılı bir şekilde hedefteki sisteme zarar verilmesi halinde ortaya çıkan zararın hükümetin de dikkatini çektiğini göstermektedir<sup>474</sup>.

---

<sup>466</sup> Bkz: House of Lords Science and Technology Report, Personal Internet Security, 2007. Ancak Hükümetin bu konuya ilişkin yanıtları ağır bir biçimde eleştirilmiştir, bkz: Tim Wright/Dominic Hodgkinson, "Government Response to House of Lords Science and Technology Committee Report on Personal Internet Security", Computer and Telecommunications Law Review, Vol. 14, 2008, s. 65.

<sup>467</sup> Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 6(1)(a) maddesi.

<sup>468</sup> Ormerod, Smith & Hogan's Criminal Law, s. 1056.

<sup>469</sup> CMA m. 3ZA

<sup>470</sup> CMA m. 3ZA(2).

<sup>471</sup> İçişleri Bakanlığı, 2015 tarihli Ağır Suçlar Yasası (Serious Crime Act 2015), Sirküler 008/2015, 25 Mart 2015, pn. 8, bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/9/contents/enacted>, 24.9.2016.

<sup>472</sup> Duruma göre CMA m. 3ZA(1)(b) ve (d).

<sup>473</sup> Duruma göre CMA m. 3ZA(7) ve (6).

<sup>474</sup> Walden, pn. 3.304.

## 5. Yetkisiz Araya Girme

### a) Genel Çerçeve

Bilişim sisteminin bütünlüğe ilişkin suçlar, bir saldırgan tarafından erişilen veya değiştirilen sistemde bulunan “durağan” verilere yöneliktir. Buna karşın ceza hukuku, ağlar arasında aktarım halinde bulunan ve üçüncü kişiler tarafından araya girilerek etkide bulunulan verileri de korumalıdır. Aktarım halindeki verilere karşı yapılan saldırılarla, sistem içinde bulunan verilere karşı yapılan saldırılarda güdülen amaç aynı olabilir; bunlar, örneğin gizliliğe ve bütünlüğe zarar verilmesi veya verilere erişimin engellenmesi olabilir; ancak birincil zarar geleneksel olarak doğasında bulunan gizliliğin ve mahremiyetin ihlal edilmesidir. Bu eğilim, ilgili yasal düzenlerde de yansımaları göstermektedir<sup>475</sup>, örneğin:

*“Bu hüküm veri iletişiminin mahremiyetini korumayı amaçlamaktadır”<sup>476</sup>.*

*“İletişime yetkisiz erişimi engellemek için alınması gereken önlemler iletişimin mahremiyetinin korunması amacıyla...”<sup>477</sup>*

Mahremiyet konusuna odaklanması; hukuka aykırı araya girmenin bilişim sisteminin bütünlüğüne karşı bir suç olarak kabul edilmesinden önce, genellikle öncelikli olarak devlet tarafından yapılacak araya girmelerden korunması gereken bireyin, özel yaşamın bir parçası olarak görüldüğü anlamına gelir<sup>478</sup>. Buna rağmen araya girme suçları bir kişinin iletişiminin içeriğine erişim sağlanmasına ilişkindir, bunlar içerikle ilgili bir suç olarak sınıflandırılmaz; çünkü hukuk düzeni, konuşmanın gizliliğine yönelik hakkı, bunların özel ya da kamusal, hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığına bakmaksızın korumaktadır<sup>479</sup>.

Diğer bilişim sisteminin bütünlüğüne yönelik suçlarda, örneğin bilişim korsanlığında olduğu gibi; araya girme, suçu oluşturan hareketin gerçekleştirilmesini sağlamakta ya da suç soruşturmasını yapan kolluk güçlerinin soruşturmaları esnasında kullandıkları bir araç olabilmektedir. Bununla birlikte günümüz hukuk politikası yapıcılarını bunlardan ikincisi ile daha çok ilgilenmektedirler<sup>480</sup>.

---

<sup>475</sup> Walden, pn. 3.309.

<sup>476</sup> Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu, pn. 51.

<sup>477</sup> Avrupa Parlamentosu'nun 02/58/EC nolu Direktifi ve Avrupa Konseyi kişisel verilerin işlenmesi ve elektronik iletişim sektöründe mahremiyetin korunması ile ilgilenmektedir. OJ L 201/37, 31 Temmuz 2002, 21 nolu beyanat.

<sup>478</sup> Örneğin AİHS m.8/1 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 7.

<sup>479</sup> Walden, pn. 3.309.

<sup>480</sup> Walden, pn. 3.310.

## b) 2000 tarihli Soruşturmacıların Yetkileri Yasası<sup>481</sup>

Birleşik Krallık'ta Soruşturmacıların Yetkileri Yasası'nın (Regulation of Investigatory Powers Act 2000 / RIPA) I. Bölümünün I. Kısmı, bu alandaki temel düzenleyici hukuki metindir. I. Bölüm, sırasıyla iletişim içeriğinin arasına girilmesi ile iletişim verilerinin elde edilmesi ve açıklanması olmak üzere iki alt kısma ayrılmaktadır. Yasa birincil olarak halkı oluşturan bireylerden ziyade, soruşturma makamlarının işlemlerine yönelmiştir; soruşturma yetkilerinin kullanılmasını insan haklarına uyumlu bir şekilde düzenlemektedir<sup>482</sup>. Buna rağmen RIPA uyarınca yapılan ilk suçlama, Eylül 2005 tarihinde, bir özel kişiye karşı yapılmıştır<sup>483</sup>. Özel bir dedektiflik şirketinde çalışan bu kişi, telefon konuşmasının arasına girmek gerekçesiyle Ocak 2006 tarihinde cezalandırılmıştır<sup>484</sup>. Bu nedenle bu tür eylemlerin bilişim sistemlerinin bütünlüğe karşı bir suç olarak değerlendirilmesi talep edilmiştir<sup>485</sup>.

RIPA'da iki suç düzenlenmektedir. Bunlardan bir tanesi kişinin *"kasten ve hukuka uygun bir yetkisi olmaksızın kamusal bir iletişim sistemi aracılığıyla bir iletişimin aktarımı esnasında araya girmesidir"*. Aynı eylemin *"özel bir iletişim sistemi"* kullanılarak gerçekleştirilmesi de suç olarak düzenlenmektedir<sup>486</sup>. Bu suçun cezasının azami sınırı iki yıl hapis cezasıdır<sup>487</sup>. Ayrıca kast olmaksızın gerçekleştirilen araya girme eylemlerine uygulanmak üzere *"para cezası bildirimini"* olarak bilinen bir idari ceza da 2011 yılında eklenmiştir<sup>488</sup>.

Her iki suçta da kullanılan terminolojinin daha fazla değerlendirilmeye ve açıklığa kavuşturulmaya ihtiyacı vardır. İlk olarak, bilgisayarların kötüye kullanılmasına benzer biçimde, yetkili makamlar konusuyla ilgilenilmesi gerekir. RIPA, kapsamlı ve ayrıntılı bir biçimde bu tür yetkili makamların bulunduğu durumları açıklamaktadır<sup>489</sup>. Bunlar özellikle Kısım III, IV ve V'te ayrıntılı bir şekilde yer almakta ve genellikle soruşturma makamları tarafından

---

<sup>481</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA).

<sup>482</sup> 2000 tarihli Soruşturma Yetkilerinin Düzenlenmesi Yasası, Açıklayıcı Not pn. 3.

<sup>483</sup> "Elektronik posta korsanları NHTCU'nun soruşturması neticesinde cezalandırıldılar". Police Oracle, 19 Eylül 2005, [http://www.policeoracle.com/news/Email-Hackers-Sentenced-Following-NHTCU-Investigation\\_8343.html](http://www.policeoracle.com/news/Email-Hackers-Sentenced-Following-NHTCU-Investigation_8343.html), 25.9.2016.

<sup>484</sup> "On sekiz dedektif gizli soruşturma yapmakla suçlandı", BBC News, 28 Ocak 2006, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/4656780.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4656780.stm), 25.9.2016.

<sup>485</sup> Walden, pn. 3.311.

<sup>486</sup> Duruma göre RIPA m. 1(1) ve (2).

<sup>487</sup> RIPA m. 1(7): Olası cezalar, iddianameye göre, azami iki yıl hapis cezası ya da para cezası, ya da jürisiz yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet kararı (summary conviction) ile 5000 Sterlini geçmemek üzere verilecek para cezası (1980 tarihli Sulh Ceza Mahkemeleri Yasası [Magistrates' Courts Act 1980] m. 32).

<sup>488</sup> RIPA m. 1(1A) ve Sch A1. Bu tür notlar İletişim Araya Girme Komisyonunu tarafından empoze edilmiş olabilir. Walden, pn. 3.312.

<sup>489</sup> RIPA m. 1(5)

kullanılan yetkiler ile ilgilenmektedir. Özel bir kişinin<sup>490</sup> “hukuka uygun bir yetki” ile araya girme eyleminde bulunduğu sınırlı iki durum, araya girenin, her iki tarafın<sup>491</sup> bu konuda rızasını almış olması ya da devlet bakanı tarafından bu konuda çıkarılan bir düzenleme ile yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır<sup>492</sup>.

Araya girme aşağıdaki şekilde tanımlanır:

*“...bir kişi telekomünikasyon sistemi aracılığıyla bir iletişimin aktarımı esnasında araya girerse, bu kişi ancak ve ancak,*

*(a) sistemi ya da onun işleyişini değiştirir ya da engeller/müdahale ederse,*

*(b) sistem aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimi izlerse veya,*

*(c) kablosuz telgraf sistemi veya sistem kapsamında yer alan bir araç ile iletişimi izlerse,*

*iletişimin bazı ya da tüm içerikleri, iletim esnasında, gönderici ya da gönderilmek istenen kişi dışında bir kişi için erişilebilir hale gelirse...”<sup>493</sup>*

Sistemin verileri, sesli mesaj kutularında olduğu gibi, sonraki erişimler için depolaması ya da kastedilen alıcılar tarafından toplanması halinde, bunlar hala “iletimine devam edilen veriler” olarak kabul edilir<sup>494</sup>. Bu hükmün anlamı, Dünyadan Haberler (News of the World) gazetesinden bir gazetecinin gerçekleştirdiği telefon korsanlığı hakkındaki *Edmondson* davasında<sup>495</sup> kapsamlı bir şekilde inceleme konusu yapılmıştır. Sanıklar, sesli bir mesajın, servis sağlayıcının sisteminde alıcının alması için hazır bulunduğu sürece bunun halen iletimde olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu görüşü reddetmiş, hükmün doğal anlamının “iletişimin ilk alıcısı, iletişimi sonlandıran kişi olarak görülmelidir”. önermesini desteklemediğine karar vermiştir. Mahkeme, sesli mesajın kastedilen alıcısının söz konusu mesaja erişebilmek için hizmet sağlayıcıya “tamamen bağlı olduğunun” önemli olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla, erişilebilen sesli mesaj ile kastedilen alıcının mesajlarını bir bilgisayar ya da akıllı telefon gibi kendi araçları üzerinden

---

<sup>490</sup> Telekomünikasyon hizmeti verenlerden farklı bir kişidir, soruşturmada üstlenmiş olduğu role bağlıdır. 2003 tarihli İletişim Yasası’ndan önce, iletişim hizmeti verenler tarafından açıklanması ayrı bir suç olarak düzenlenmekteydi. (1985 tarihli Telekomünikasyon Yasası m. 45, öncesinde 1981 tarihli Britanya Telekomünikasyon Yasası).

<sup>491</sup> RIPA m. 3(1). Hükmün özgün halinde araya girenin yalnızca böyle bir “rızanın varlığına ilişkin makul bir temele dayanmasının” gerekli olduğu düzenlenmekteydi. Bkz: Chand v. Police of the Metropolis [2006] Po LR 301 (IPT). Bu davada olası gözlemin farkında olunması ve sistemin kullanılmaya devam edilmesi rızanın varlığı için yeterli kabul edilmiştir.

<sup>492</sup> RIPA m. 4(2). Walden, pn. 3.313.

<sup>493</sup> Walden, pn. 3.314.

<sup>494</sup> RIPA m. 2(7). Buna karşın Birleşik Devletler hukukunda, bir iletişim bellek tarafından alınmışsa araya girme söz konusu olmaz, bkz: United States v. Steiger, 318 F 3d 1039 (11th Cir), cert denied (temyiz başvurusu reddedilmiştir) 538 US 1051 (2003).

<sup>495</sup> Edmondson and other v. R [2013] EWCA Crim 1026.

elde edebildiği elektronik posta sistemleri arasında bir ayırım yapılabileceğinin ileri sürülebilir olduğu görülmektedir<sup>496</sup>.

Neyin kamusal neyin özel olduğunu ayırt etmek konusundaki zorluk yalnızca siber suçlara özgü bir tartışma değildir. Bu tartışma bütünleşik ve ağ tabanlı toplumumuzda daha da karmaşık bir hal almıştır. Bu görüş, telekomünikasyon sektöründeki genel taşıyıcıların koruma yükümlülüğüne ilişkin tarihi tartışmayı da desteklemektedir<sup>497</sup>. 2003 tarihli Telekomünikasyon Yasası, kamusal bir servisin “toplumun bir üyesi tarafından kullanılabilir olması” açısından tanımlanması ayrımıyla mücadele etmektedir<sup>498</sup>. Bunun üzerine bu husus sektör düzenleyicileri tarafından iyice detaylandırılmıştır; Oftel bunun “ödeme yapacak ve uygulanacak kurallara ve şartlara uyacak herkes” anlamına geldiğini belirtmektedir<sup>499</sup>. İnternet dünyasında sorun, bir iletişimin aktarımında kullanılan bileşenleri olan çeşitli ağların nasıl nitelendirileceğidir. Örneğin, BT FON, BT müşterilerinin kendilerine ait WiFi bant genişliğinin bir parçasını evlerindeki yönlendiricide (home router) bulunan ayrı bir kanalla, sinyallerinin menzili içindeki diğer üyelerle güvenli bir biçimde paylaşmasını mümkün hale getiren bir girişimdir. Normalde “yönlendirici” kişisel/özel olarak nitelendirilen bir telekomünikasyon sistemidir, ancak kapasitesini paylaştığı zaman kamusal telekomünikasyon sisteminin görünüşte bir parçası haline gelmektedir<sup>500</sup>.

Bu tanımlamalarda gereken açıklığın bulunmaması, kamusal tarafın doğal sonucunda olduğu gibi, Ashwort’un “azami açıklık” ilkesinin ihlali ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hukuk kurallarının vatandaşların davranışlarını düzenleyebilecekleri yeterlilikte açık bir biçimde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin içtihatlarıyla<sup>501</sup> çelişkili olduğu şeklinde yorumlanabilir<sup>502</sup>.

Bu tür bir dar teknik açıklama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan mahremiyet hakkı ve buna ilişkin Mahkeme içtihatları açısından gerekli olan mahremiyete koruma sağlanmasının başarısızlığa uğradığı izlenimini vermektedir<sup>503</sup>. Bunun yerine, araya girmenin belirleyici

---

<sup>496</sup> Walden, pn. 3.316.

<sup>497</sup> Genel olarak bkz: Eli M. Noam, “Beyond Liberalization II: The Impending Doom of Common Carriage”, Telecommunications Policy, Vol. 18, No. 6, 1994, s. 435-452.

<sup>498</sup> 2003 tarihli Telekomünikasyon Yasası m. 151. Bu yasa “sistem” terimine nazaran “ağ” terimini kullanmaktadır, “ağ” terimi AB hukuku ile uyumlu olup, “sistem” terimi ise 1984 tarihli BTA’da kullanılmaktadır.

<sup>499</sup> Office of Telecommunications (Oftel) Guidelines for the Interconnection of Public Electronic Communication Networks, 23 Mayıs 2003, m. 6.1.

<sup>500</sup> Walden, pn. 3.321.

<sup>501</sup> Sunday Times v. UK (1979) 2 EHRR 245, pn. 49.

<sup>502</sup> Walden, pn. 3.322.

<sup>503</sup> David Ormerod/Simon McKay, “Telephone Intercepts and their Admissibility”, Criminal Law Review, January 2004, s. 15-38.

etkeni bunun gerçekleştirilmesinin amacı olmalıdır. Örneğin, iletişimin doğasında yer alan gizliliğin ihlal edilmemesi hakkı, böyle bir yasal düzenlemenin koruma amacıdır. Bu yaklaşımın desteği RIPA'nın kendisinde bulunabilir, kullanışlı bir yaklaşımın benimsendiği yerde araya girme, hukuka uygun ticari uygulamalar için gerçekleştirilmektedir<sup>504</sup>. 2002 tarihinde çıkarılan İçişleri Bakanlığı Gizli Gözetim Uygulamaları Yönetmeliği'nde şu hüküm yer almaktadır:

*“Bir gözetim aracının kullanılması basit bir biçimde düzenlenmemelidir çünkü rastlantısal olarak bir ya da her iki telefon görüşmesini de elde edebilir... Ancak, aktarım bir telekomünikasyon sistemi aracılığıyla yapıldığında, salt amacın gizli dinleme olması ve aynı zamanda gözetim yapılması halinde bu yöntemin kullanılması uygun değildir. Bu gibi durumlarda iletişimin arasına girilmesi için gerekli olan emrin alınması için gerekli olan başvuru 2000 tarihli Yasanın 5. maddesi uyarınca yapılmalıdır”<sup>505</sup>.*

Bu, açıkça “araya girme” kavramının tekil bir anlamdan ziyade amaç üzerinde temellendiğini teyit etmektedir. Ancak, bu yaklaşım Yönetmeliğin yeniden gözden geçirilen 2010 ve 2014 tarihli versiyonlarında terk edilmiştir. Halihazırdaki tavsiye şu şekildedir:

*“Bir ya da her iki telefon görüşmesinin bir dinleme aracı tarafından dinlenilmesi ya da kaydedilmesi ... söz konusu işlem ile elde edilen ürün telekomünikasyon sistemine ya da onun yürütülmesine müdahalede bulunma ya da değiştirme içermiyorsa ... araya girme oluşturmaz”<sup>506</sup>.*

Siber Suçlar Sözleşmesi'nin “araya girmenin” geniş biçimdeki yorumunu desteklediği görülebilir; bundan dolayı Sözleşme “bir bilişim sisteminden kaynaklanan elektromanyetik yayımları” da araya girmenin bir türü olarak içermektedir<sup>507</sup>. Hatta bu tür teknikler, casus dinleme cihazlarına (böceklerle) benzer şekilde, gizli dinlemenin sofistike bir yöntemi biçiminde kolaylıkla kullanılabilir<sup>508</sup>.

### c) Kontrol Hakkı

Denetim sorunu, madde 1 uyarınca yapılan ilk suçlamanın merkezinde yer almıştır. Redbus Interhouse Plc şirketinde daha önce çalışmış olan Stanford, şirketin başkanı da dahil olmak üzere üç şirket çalışanının elektronik

---

<sup>504</sup> RIPA m. 4(2).

<sup>505</sup> Home Office, Covert Surveillance: Code of Practice, The Stationery Office, 2002, pn. 4.32.

<sup>506</sup> Home Office, Covert Surveillance and Property Interference: Revised Code of Practice, The Stationery Office, 2014, pn. 2.10.

<sup>507</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 3.

<sup>508</sup> Walden, pn. 3.325.

postalarının arasına girebilmiştir. Stanford, şirketin kıdemli bir çalışanı tarafından sağlanan kullanıcı adı ve parolayı kullanmak suretiyle şirketin elektronik posta sistemine erişim sağlamak için şirketin söz konusu çalışanını ikna etmiştir. Bunu takiben sisteme indirilen bir yazılım sayesinde elektronik postaların bir kopyasının özel bir soruşturmacı olan George Liddell tarafından yönetilen bir Hotmail hesabına gönderilmesi sağlanmıştır<sup>509</sup>. Stanford, erişim sağlayan çalışanın madde 1(6)(a) uyarınca kontrol hakkı olduğunu iddia etmiştir. Demon & Redbus'un kurucusu olan Cliff Stanford ve George Liddell, yargıcın "*kendilerinin ne kontrol etme hakkına ne de buna ilişkin açık ya da zımnî bir rızaya sahip olduklarına*" karar vermesinden sonra suçu kabul etmişlerdir<sup>510</sup>.

Temyiz aşamasında mahkeme, yargıcın kararını onamıştır. Mahkeme, *Alison* davasında Lord Hobhouse tarafından CMA'ya göre kabul edilen "kontrol" ifadesinin anlamını ele almıştır; örneğin, "kontrol" bir bilgisayarın kullanılması için "yetkilendirmeye ya da yasaklamaya" hakkı olmak anlamında olup, yalnızca onu kullanabilme kabiliyeti anlamında değildir<sup>511</sup>. Buna ek olarak Temyiz Mahkemesi, altı ay süreli gözetim altına alma cezası ve eylemin asıl amacı olarak ticari açıdan bir avantaj sağlanması olması nedeniyle para cezası verilmesi hususunda alt derece mahkemesiyle aynı görüştedir<sup>512</sup>. Görülmektedir ki, yetkisiz erişim ve değiştirmede olduğu gibi, yetkilendirme konusunun özellikle kuruluş içerisinde birinin eylemde bulunması halinde birçok problemi çıkarması olasıdır<sup>513</sup>.

## 6. Hukuka Aykırı Araçlar

Bilişim sisteminin bütünlüğü ile bilişim sistemi ve içerik ile ilgili suçlar arasındaki yapılan öncelikli ayırım, bunlardan ikincisinde suç oluşturan bir hareketin gerçekleştirilmesinde bilgisayarın ve iletişim sistemlerinin, adeta suçun bir ön unsuru gibi<sup>514</sup>, bir araç olarak kullanılmasıdır. Suçun işlenmesinde teknoloji, suçun öznesini (konusunu) oluşturmaktansa, salt bir araç konumundadır. Ancak, bir suçun işlenmesine yardım etmek için özel

---

<sup>509</sup> Bkz: Claire Walker, "Email Interception and RIPA: the Court of Appeal Rules on the 'Right to Control' Defence", *Communications Law: Journal of Computer, Media & Telecommunication*, Vol. 11, Issue 1, 2006, s. 22 vd.

<sup>510</sup> Walden, pn. 3.329.

<sup>511</sup> Stanford, *Times Law Reports*, 7 Şubat 2006.

<sup>512</sup> Walker, s. 22 vd.

<sup>513</sup> Walden, pn. 3.330.

<sup>514</sup> Ülkemizde geçerli olan ceza hukuku sistemi ve benimsediğim suç teorisi açısından suçun ön unsurları kavramını kabul etmediğimi ifade etmeliyim. Suçla ilgili bir husus suçun ya unsurudur ya da değildir. Ancak Anglo Amerikan hukuk sistemi ceza hukukunun bakış açısı farklıdır. Bu nedenle söz konusu kavram kullanılmaktadır.



olarak dizayn edilen araçların tedarik edilmesinin veya bulundurulmasının suç haline getirilmesi genel başlığı, esas olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. Bu aletler genellikle şifre kırmak, kriptoloji ve tuş kaydı tutma (keylogging) için geliştirilmiş yazımları içermektedirler<sup>515</sup>.

Dolandırıcılık suçu açısından, dolandırıcılık eyleminde kullanılmak üzere bir aracın taşınması ya da tedarik edilmesi<sup>516</sup> veya hileli bir biçimde elektronik iletişim hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan araçların bulundurulması veya tedarik edilmesi suçtur<sup>517</sup>. Sahtekârlık suçunda, belirli bir aracın yapılması için özellikle dizayn edilen ya da uyarlanan bir *“makine, alet, belge ya da herhangi bir materyalin”* yapılması, bulundurulması ya da kontrol altında bulundurulması bir suçtur<sup>518</sup>. Fikri mülkiyet hukukunda, teknolojik koruma önlemlerinden kurtulmak için dizayn edilmiş araçların tedarik edilmesi suçtur<sup>519</sup>. Benzer şekilde, bilişim hukukunda da bilişim sistemlerinin bütünlüğü açısından suç işlemek için dizayn edilen araçların bulundurulması ve tedarik edilmesi suç haline getirilmiştir<sup>520</sup>.

Tüm bu suçlar, tamamlanmış asli bir suçun işlenmesini sağlayan nedensel bileşenler olarak belirtilen “öncül” suçlar olarak nitelendirilebilir. Ayrıca bunlar, bilgisayarın bir suçun öznesi ile nesnesi olması ayrımının sınırında bir yerlerde bulunmaktadır. Suçun maddi unsurunu oluşturan bulundurma, bir makinenin çalınmasına benzemektedir; suçun manevi unsuru ise bir başka yere yönelmiştir, örneğin sistemin ya da verinin sahip olduğu bütünlüğe ya da gizliliğe yönelmiştir<sup>521</sup>.

Siber Suçlar Sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, sözleşmeye taraf devletler; araçların, bilgisayar şifrelerinin, giriş kodlarının veya benzer verilerin bulundurulmasını ve tedarik edilmesini suç haline getirmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, örneğin Windows işletim sisteminde genellikle “sömürü” (expolits) olarak adlandırılan ve bir başka kişinin sistemine kötücül yazılımları tanıtmak için kullanılan yazılım gibi bir uygulama yazılımının bilinen bir zayıflığı ya da kırılabilirliği hakkında bilgiler gibi araçları suç olarak tanımlamayı içermektedir. Söz konusu madde, bilişim suçlarının kaçınılmaz bir özelliği haline gelen ve “kötücül pazar yeri”<sup>522</sup> olarak tanımlanan “bilişim

---

<sup>515</sup> Walden, pn. 3.336.

<sup>516</sup> Duruma göre Fraud Act m. 6 ve m. 7. Bkz: Charles Brown [2014] EWCA Crim 695, bu davada sanığın bilgisayarında çalıntı banka ve kredi kartı bilgileri bulunmuştur.

<sup>517</sup> CA, m. 126.

<sup>518</sup> FCA, m. 5(3) (4).

<sup>519</sup> CDPA 1988, m. 296ZB.

<sup>520</sup> Walden, pn. 3.337.

<sup>521</sup> Walden, pn. 3.338.

<sup>522</sup> Yorumlar için bkz: Roger Cummings, Director of the UK National Infrastructure Security Coordination Centre (NISCC) in Tom Espiner, “Foreign Powers are Main Cyberthreat, UK



korsanları için araç” pazarlanmasını suç haline getirmek için tasarlanmıştır<sup>523</sup>.

“Araç” terimi Sözleşmede ayrıntılı olarak tanımlanmamaktadır, bununla birlikte “araç” terimi “bilgisayar yazılımını” içermekte ve “bilgisayar sisteminin” tanımlanmasında kullanılmaktadır<sup>524</sup>. Sözleşmeye İlişkin Açıklayıcı Rapor bir aracın “dijital verilerin kendiliğinden işletilebilmesi için geliştirilen donanım ya da yazılımdan” oluştuğunu not etmektedir<sup>525</sup>. Buna bağlı olarak Sözleşmenin, araç ile veri arasında bir ayırım yaptığı görülmektedir; buna karşın bir bilgisayar yazılımı açıkça verinin özel bir görünümüdür ve bu durum potansiyel bir karışıklık yaratmaktadır. Buna ek olarak, “bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzeri veriler” gibi veri bileşenlerine ait liste, sistemdeki belirli bir istismarı, sızma faaliyeti hakkında veri içeriyor şeklinde yorumlanmayabilir. Zira bu tür verilerin istismarı, sızma faaliyetinin niteliğine göre değişmekle birlikte, şifre erişim kodu ya da değişikliklerle aynı mahiyette değildir. Bir aracın veri formunda olması halinde bu tür bilgilerin taşınmasının veya tedarik edilmesinin suç haline getirilmesi, içerikle ilgili suçlarla benzer niteliktedir<sup>526</sup>.

Tedarik etmek, geniş anlamda “yapım, satım veya kullanmak üzere satın alma, ithal etme, dağıtma veya bir şekilde elde edilebilir hale getirme” olarak anlaşılır<sup>527</sup>. Bir şekilde elde edilebilir hale getirme kavramı, böyle bir materyali indirilmek üzere bir web sitesinde bulundurmaya, P2P ağ sistemi ya da hyperlink (köprü) aracılığıyla erişim sağlamayı kapsar<sup>528</sup>. Sorumluluğu yüklemek için tedarik etmeye yönelik bir genel kast ve söz konusu aracın kullanılması suretiyle sistem bütünlüğüne ilişkin suçlardan birisini işlemeye yönelik bir özel kastın bulunması gerekir. İngiliz ceza hukuku açısından, içinde bulunduğu şartlara göre, tedarik sağlayan bir kişi suç ortağı (accessory), komplucu/azmettiren (conspirator) ya da maddi (assisting) veya manevi (encouraging) yardım eden olarak nitelendirilebilir<sup>529</sup>.

Daha fazla belirliliğin sağlanması için, *“bir bilişim sisteminin yetkilendirilmiş olarak test edilmesi veya korunması amacıyla suç oluşturan bir eylemin gerçekleştirilmesi halinde, tedarik etme ceza sorumluluğunu gerektirir*

---

Says”, CNET News.com, 23 Kasım 2005, <http://www.cnet.com/au/news/foreign-powers-are-main-cyberthreat-u-k-says/>, 27.9.2016.

<sup>523</sup> Walden, pn. 3.339.

<sup>524</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 1(a).

<sup>525</sup> Siber Suçlar Sözleşmesine İlişkin Açıklayıcı Rapor, pn. 23.

<sup>526</sup> Walden, pn. 3.340.

<sup>527</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 6(1)(a).

<sup>528</sup> Siber Suçlar Sözleşmesine İlişkin Açıklayıcı Rapor, pn. 72. Örneğin bkz: Universal City Studios, Inc and others v. Corley and others, SD Cal, 17 Ağustos 2000, DVD’lerin bölgesel korunmasını sağlayan mekanizmanın şifresini çözen “DeCCS” yazılımına yapılan bağlantı hakkında görülen bir davadır.

<sup>529</sup> Walden, pn. 3.341.

*biçimde yorumlanmamalıdır*” ifadesini içeren bir hükümle suç tipinin daha açık olması için eksiklikler giderilmiştir<sup>530</sup>. Bu madde kasıt sorunuyla ilgili görünmektedir. Her ne kadar Açıklayıcı Rapor bunu yalnızca “hukuka aykırılık” konusu ile ilişkilendirse de, madde kasıtlı kullanım üzerine odaklanmaktadır<sup>531</sup>. Söz konusu hükmü değiştiren ifade, ister akademik isterse de ticari açıdan olsun, hukuka uygun işlemleri için bu tür araçlardan yararlanan veri güvenliği alanında çalışan kişileri korumak için zorunludur<sup>532</sup>.

Bu madde ayrıca aracın öncelikli olarak sistem bütünlüğüne ilişkin suçlardan birisini işlemek için dizayn edilmesini veya değiştirilmesini gerektirir ki bu husus iddia faaliyeti açısından önemli bir ispat yükümlülüğüdür ve mahkeme tarafından nesnel bir biçimde ayrıştırılması gereken çok önemli bir sorundur. Buna karşın genellikle, tedarik işiyle uğraşan kişiler tarafından yapılan hareketler ve açıklamalar göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; *Invicta Plastics Ltd v. Clare* davasında, sanıkların yaptıkları işin 1949 tarihli Kablosuz Telgraf Yasası’nı ihlal ettiğine ilişkin uyarı olmasına rağmen, polislin radar tuzaklarını belirlemek için kullanılan araçların satışında kullanılan reklamda dolaylı olarak belirtilen bir kısırtma vardır<sup>533</sup>. Birleşik Devletler ve Avustralya’dakine benzer biçimde mahkeme, şirketlerin bu tür hukuka aykırılıkları kasten desteklediklerini gösteren delillere dayalı olarak P2P yazılımları dağıtmak suretiyle fikri mülkiyet ihlalinde bulduklarına karar vermiştir. Bizim de burada ilgilendiğimiz sistem bütünlüğüne ilişkin suçlarda kullanılan araçlar, fikri mülkiyet ihlallerinde kullanılan araçlara benzerlik gösterir. Önceden de belirtildiği üzere, fikri mülkiyet ihlalini sağlayan tarzdaki bilgisayarlar ve ağlar, kopyalama önlemlerinin aşılmasını sağlayan araçlara<sup>534</sup> ve şartlı erişim sağlayan araçlara<sup>535</sup> karşı işlenen yeni suçlar için uyarlanmıştır<sup>536</sup>.

Bulundurma açısından yine iki ayrı kastın varlığı gerekir. Bunlardan ilkinde göre, kişinin söz konusu aracı tesadüfen bulundurmayacağı olmasını, kişinin aracı bulundurma kastının olmasını ve suçlardan birini işlemek üzere hakkı olmaksızın aracı kullanmaya yönelik kastının bulunmasını gerektirir. Siber Suçlar Sözleşmesi, taraf devletlere kişilere ceza sorumluluğunun yüklenebilmesi için belirli sayıda aracın bulundurulmasının gerekli olması yönünde düzenleme yapmaları hususunda izin vermektedir<sup>537</sup>. Bunun kasıt

---

<sup>530</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 6(2).

<sup>531</sup> Siber Suçlar Sözleşmesine İlişkin Açıklayıcı Rapor, pn. 77.

<sup>532</sup> Walden, pn. 3.342.

<sup>533</sup> [1976] TRT 251.

<sup>534</sup> 1988 tarihli Telif Hakkı, Dizayn ve Patent Yasası, m. 296ZB.

<sup>535</sup> 1988 tarihli Telif Hakkı, Dizayn ve Patent Yasası, m. 297A.

<sup>536</sup> Walden, pn. 3.343.

<sup>537</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 6(1)(b). Ayrıca bkz: Milletler Topluluğu Model Yasası m. 9(3). ABD hukukuna göre, 18 USC m. 1029(a)(3) uyarınca bulundurma yalnızca on beş ya da daha fazla

konusuna yöneldiği görülür, en az sayıda araç bulundurma hukuka aykırı işlemlerde kullanma kastının belirlenmesi açısından bir temel sağlar. Hatta bu tür bir kasıt, büyük olasılıkla, kişisel kullanımdan ziyade, başkalarına bu ürünlerin tedarik edilmesine yönelik olduğunun göstergesidir. Ayrıca taraf devletler, bulundurmaya suç olarak düzenlememekte özgürdür<sup>538</sup>.

“Hakkı olmama” zorunluluğunun suça dahil olmasına, bir otorite tarafından sağlanan pozitif bir algıdan ziyade, hukuka aykırılık ve mazeret nedenleri açısından bakılması gerekir. Bir kişiye karşı, araç tedarik etmesinden dolayı soruşturma/kovuşturma başlatıldığında, suçlama yalnızca ikili kastı ispatlamak zorunda değildir, genel kast duruma göre yeterlidir. Fakat söz konusu ikili kastın varlığı, suçun oluşmasından başka, tedarik edilen bir aracın “hukuka uygun” mu yoksa “hukuka aykırı” mı olduğunun belirlenmesinde de kullanılır. Bu durum, özellikle araçların ikili kullanımı açısından, gereksiz düzeyde fazla suç haline getirmenin önlenmesi içindir<sup>539</sup>.

Bunun yanı sıra AB Direktifi, 2005 tarihli Çerçeve Çalışmasından ayrı olarak, “suç işlemek amacıyla kullanılan araçlar”<sup>540</sup> hakkında bir madde içerir. Bu madde, iki tip araca yönelik tedarik sağlamayla sınırlıdır: Bilgi sistemine erişimi sağlayan Siber Suçlar Sözleşmesi’ndekine benzer biçimde “öncelikli olarak bunun için dizayn edilmiş ve tasarlanmış bir bilgisayar yazılımı” veya “bilgisayar şifresi, erişim kodu ya da benzer veri”. Bu suç, hakkı olmaksızın davranışta bulunmayı ve bilişim sisteminin bütünlüğüne karşı bir suç işlemeye yönelik kastın varlığını gerektirir<sup>541</sup>.

CMA’nın ilk halinde “araçlara” ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu tür araçları tedarik eden kişinin, suç ortağı veya suça yardım eden olarak suçlanması mümkün olmaktadır<sup>542</sup>. Sonuç olarak Siber Suçlar Sözleşmesi’nin getirdiği yükümlülük gereğince Hükümet önce 2006 tarihli yasaya bu yönde bir hüküm koymuş, Nisan 2015’te de söz konusu hükmü şu şekilde değiştirmiştir:

“3A. madde 1, 3 veya 3ZA’da tanımlanan suçları işlemek için yapılan, tedarik edilen veya bulundurulmuş araçlar.

(1) Kişi eğer madde 1, 3 veya 3ZA’da tanımlanan suçların işlenmesinde ya da bu suçlara yardım edilmesinde kullanılmak kastıyla bir aracı yaparsa, uyarlırsa, tedarik ederse ve aracın tedarik edilmesini teklif ederse suçlu bulunur.

---

sayıda sahte ya da yetkisiz erişim aracının söz konusu olması halinde suç oluşturmaktadır.  
<sup>538</sup> Siber Suçlar Sözleşmesi m. 6(3). Azerbaycan, Almanya, Japonya, Norveç, İsviçre, Ukrayna ve Birleşik Devletler bu madde ile ilgili bildirimde bulunmuşlardır. Walden, pn. 3.344.

<sup>539</sup> Walden, pn. 3.345.

<sup>540</sup> Direktif 13/40/EU m. 7.

<sup>541</sup> Walden, pn. 3.346.

<sup>542</sup> PJA m. 42 ile CMA’ya m. 3A eklenmiştir.

(2) Kişi eğer madde 1, 3 veya 3ZA'da tanımlanan suçların işlenmesinde ya da bu suçlara yardım edilmesinde kullanılma olasılığını bilerek bir aracı tedarik ederse ve aracın tedarik edilmesini teklif ederse suçlu bulunur.

(3) Kişi şu araçlardan birini bulundurursa suçlu bulunur:

(a) Bölüm 1, 3 veya 3ZA'da tanımlanan suçları işlemek ya da bu suçlara yardım etmek için aracı kullanma kastı varsa,

(b) Madde 1, 3 veya 3ZA'da tanımlanan suçları işlemek ya da bu suçlara yardım etmek amacıyla söz konusu araçlar tedarik edilmişse.”

Bu madde söz konusu “araçların” tedarik edilmesini adreslemektedir. Bu araçlar büyük olasılıkla hem somut hem de soyut niteliktedir. Ancak yalnızca soyut olanlar maddede açıkça bir biçimde ifade edilmişlerdir: “*Elektronik formda bulunan herhangi bir yazılım ya da veri*”<sup>543</sup>. Bir aracın yapılması, uyarlanması ya da tedarik edilmesi, ancak kişi yetkisiz bir erişime ya da yetkisiz erişimle işlenen bir suçta kastederse bir suçtur. Bu ise, bir suçlama yapıldığında karşılaşılabilecek oldukça yüksek bir eşiktir<sup>544</sup>. Bununla birlikte ikinci suçun farklı bir manevi unsuru vardır; buna göre, aracın bilişim korsanlığında ya da yetkisiz erişimde kullanılma olasılığının bulunduğu inanılmalıdır. Bu tür aracın bulundurulmasına ilişkin üçüncü suç, söz konusu aracı kullanma ya da tedarik etme amacıyla bulunduran, bu tür araçların dağıtımını sağlamakta yer alacak müstakbel aracıyı hedefine almaktadır. Bu üçüncü suç 2006 tarihinde Yasaya alındığında, yalnızca üçüncü bir kişiye araç tedarik edilmesine ilişkindi. Bu durum çok dar olarak değerlendirilmekteydi; bu nedenle madde, söz konusu araçların sistem bütünlüğüne karşı suçların işlenmesinde “kişisel kullanımı”<sup>545</sup> içerecek şekilde genişletildi. Her üç suçun da azami cezası iki yıl hapis cezasıdır. Sırasıyla cezaları on ve beş yıl olan, dolandırıcılıkta kullanılmak üzere araç tedarik edilmesi ve bulundurulması suçlarının cezası ile karşılaştırıldığında, bu suçların cezasının oldukça yetersiz oldukları görülür<sup>546</sup>.

Bu suçlar duyuru panoları gibi kimin, nasıl, nerede ve ne zaman kullanacakları hususunda belli bir niyeti olmaksızın bireylerin diğer bireylere suçta kullanılacak araçları satma olanağı bulduğu “kötücül marketlerin” büyümesi hedeflenerek düzenlenmiştir<sup>547</sup>. Buna karşın, tedarik edilen aracın

---

<sup>543</sup> CMA, m. 3A(4).

<sup>544</sup> Bkz: Lewys Stephen Martin [2013] EWCA Crim 1420.

<sup>545</sup> Home Office, Serious Crime Act 2015, Circular 008/2015, 25 Mart 2015, pn. 13. <https://www.gov.uk/government/publications/circular-0082015-serious-crime-act-2015>, 1.10.2016.

<sup>546</sup> Walden, pn. 3.347.

<sup>547</sup> Örneğin bkz: Europol, “Cybercriminal Darkode forum taken down through global action”, Press Release, 15 Temmuz 2015, <https://www.europol.europa.eu/content/cybercriminal-darkode-forum-taken-down-through-global-action>, 1.10.2016.

suçta kullanılacağına inanmaya ilişkin ikinci suç, potansiyeli suç haline getirdiği gerekçesiyle eleştirilmekte ve bu nedenle bilimsel çalışmaların da ya da işlerinde kullanmak üzere bu tür araçları geliştiren ve bulunduran bilgi güvenliği alanındaki araştırmacılar, penetrasyon testi yapanlar ve bu alandaki diğer çalışanlar için de hukuki açıdan belirsizlik oluşturmaktadır. “İnanmanın” gerekli olduğu durumlardaki hatanın niteliği halihazırda İngiliz hukukunda belirgin bir biçimde açıklanmamıştır. Buna rağmen, indirilen nesnelerin bazı bölümlerinin kötü amaçlar için kullanılmak üzere yanlış ellere düşmesine ilişkin salt şüphe hatta muhtemel bilgidense, bu tür bir kötü kullanım lehine olarak “olası” ifadesi bir olasılık önermektedir<sup>548</sup>.

Araçların “ikili kullanımı” olarak da adlandırılan konu hakkında Hükümet, Başsavcılıktan bu bölüme ilişkin yürüteceği soruşturma ve suçlamalar hakkında bir rehber yayınlanmasını istemiştir. Söz konusu rehber “olası” ifadesinin ne anlama geldiği hususunda, savcıların “nesnenin işlevselliğini ve eğer varsa şüphelinin nesneyi hangi kişiye vereceğini” dikkate alması gerektiğini belirtmektedir<sup>549</sup>. Diğer ilgili etkenler ise nesnenin meşru kanallar vasıtasıyla ticari bir ortamdan elde edilebilir olup olmadığı ve önemli bir montaj tabanının olup olmadığıdır<sup>550</sup>.

ABD federal hukukuna göre, söz konusu madde, tüm kategorilerdeki bilgisayar ve siber suçları kapsayacak şekilde, “erişim araçlarının” dolandırıcılıkta kullanılması için oluşturulmuştur ve geniş bir biçimde şu şekilde tanımlanmıştır<sup>551</sup>:

*“para, mal, hizmet veya değeri olan herhangi bir şeyi sağlamak için veya para fonlarının aktarımında kullanmak için (yalnızca kâğıt belge ile yapılan aktarımlardan farklı olarak); birlikte ya da tek başına erişim sağlayan; herhangi bir kart, plaka, kod, hesap numarası, elektronik seri numarası, mobil araç tanımlama numarası veya diğer telekomünikasyon hizmeti, donanımı veya tanımlayıcı aleti veya hesaba erişimde kullanılabilecek diğer araçlar<sup>552</sup>.”*

“Sahtecilik erişim araçları” ile “yetkisiz erişim araçları” kavramları arasında ayırım yapılmalıdır; bunlardan ilki yanlış bir kavramdır, ikincisi ise doğrudur ve hak sahibi kullanıcının zilyetliğinde olmadığı (örneğin, kaybedilmiş ya da çalınmış) veya daha fazla geçerli olmadığı (örneğin, son kullanım tarihi geçmiş ya da geçersiz hale getirilmiş) anlamına gelir. Bu tür bir aracın üretilmesi,

---

<sup>548</sup> Walden, pn. 3.348. Ayrıca bkz: Ormerod, Smith & Hogan’s Criminal Law, s. 855, 856.

<sup>549</sup> CPS, Legal Guidance to Computer Misuse Act 1990, at “Section 3A CMA – Making, supplying or obtaining articles” [http://www.cps.gov.uk/legal/a\\_to\\_c/computer\\_misuse\\_act\\_1990/index.html](http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/computer_misuse_act_1990/index.html), 2.10.2016.

<sup>550</sup> Walden, pn. 3.349.

<sup>551</sup> Walden, pn. 3.350.

<sup>552</sup> 18 USC m. 1029(e)(1).

ticaretinin yapılması, kullanılması ve bulundurulması, yirmi yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçtur<sup>553</sup>.

## 7. İstenmeyen İletişim

İstenmeyen elektronik posta ya da daha çok bilinen diğer adıyla “spam”, tüm internet kullanıcılarının oldukça aşına oldukları bir aktivitedir. Bize, çeşitli kötücül uygulamalar aracılığıyla, bir şeyleri satmaya, göstermeye ve benimsetmeye çalışan mesajların durmaksızın gelmesi hem çok iyi bilinen hem de üzerinde çok şey yazılan bir konudur. Tüm elektronik posta trafiğinin önemli bir kısmını kapsadığına inanılan bu sorunun geçtiğimiz yıllardaki ölçeği, bu tür aktivitelerin siber alanın geleceği hakkında oluşturduğu tehdit algısı ile birleştirildiğinde, bu problemle mücadele için hem hükümetlerin hem de bilişim endüstrisinin buna ilişkin çok sayıda girişimde bulunmasını sonuçlamaktadır. Buna benzer teknikler, “spimming”<sup>554</sup> olarak bilinen blog (weblogs) ve anlık mesajlaşma gibi diğer mesajlaşma servislerine de dağılmıştır<sup>555</sup>.

Hükümetler yalnız istem dışı alınan elektronik posta ile ilgilenmemektedir, bunun yanı sıra diğer iletişim araçlarıyla, özellikle de sesli aramalar ve fakslar ile de ilgilenmektedir. Tarihsel olarak bu tür iletişimlerin gönderilmesi, eğer gönderilen mesajın içeriğinin kendisi (örneğin, çocuk pornografisi) ya da tarzı (örneğin, düşmanlık) hukuka aykırı değilse, suç olarak nitelendirilmez. Buna karşın, bu mesajların artan tekrarlanma sıklığı ve kötüye kullanımlarının yoğun bir iletişimi başlatma kabiliyetinin olmasından dolayı, endüstriyel ölçüde etkili olacak biçimde, çeşitli yargı çevrelerinde, bu tür aktiviteleri suç haline getirmek açısından girişimler bulunmaktadır. İzinsiz girmenin ayrı formlarının ve buna bağlı olarak meydana gelen zararının yansımalarına göre hukuksal yanıt, sıklıkla iletişimin farklı araçları arasında değişiklik göstermektedir. Sesli aramalar, doğrudan iletişimde bulunan kişileri gerektirmektedir; istenmeyen elektronik postalar, alıcının posta kutusunun gereksiz yere dolmasına neden olurken istenmeyen fakslar da alıcının makinesini ve kağıtlarını kullanmak suretiyle maliyete neden olmaktadır<sup>556</sup>.

Bunun yanı sıra istenmeyen iletişim, içerikle ilgili suç olarak sınıflandırılabilir. Bazen içeriğin yalnızca kendisi suç oluşturmaktadır.

---

<sup>553</sup> Walden, pn. 3.351.

<sup>554</sup> ABD’de Mart 2005’te Anthony Greco, şantaj kastıyla MySpace.com’un bilişim sistemlerine zarar verme tehdidinde bulunmaktan suçlu bulunmuştur; bkz: <https://www.justice.gov/archive/criminal/cybercrime/press-releases/2005/grecoPlea.htm>, 2.10.2016.

<sup>555</sup> Walden, pn. 3.352.

<sup>556</sup> Bkz: Bert-Jaap Koops, “Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?”, Ed: Bert-Jaap Koops/Miriam Lips/Corien Prins/Maurice Schellekers, Starting points for ICT Regulation: Deconstructing Prevalent Policy One-liners, IT & Law Series Vol. 9, The Hague, TMC Asser Press, 2006, s. 77-108; Walden, pn. 3.353.

Spamhaus Projesinde belirtildiği üzere “spam içerikle değil, rıza ile ilgili bir konudur”<sup>557</sup>; rıza ise yetkilendirme ile yakın bir ilişki içinde olup; ICT’lerin gizliliğini, sistem bütünlüğünü ve erişilebilirliğini tehdit eden hareketlerin suç haline getirilmesinde merkezi bir öneme sahiptir. Bu tür kanunlaştırma hareketleri için ifade edilen kamusal politikaların amaçları, aynı zamanda mesajın kaynağı gibi bu tür mesajlarda yer alan bilgilerin dokunulmazlığında olduğu üzere, bu tür trafiğin internetin ve elektronik posta hizmetlerinin kullanılabilirliği ve bütünlüğü üzerindeki etkilerini yansıtmaktadır. Bu bölümde tartışılan, istenmeyen iletişimlerle diğer sistem bütünlüğüne karşı suçlar arasında yapılan ayırım, genellikle mağdurun ICT kaynakları ile çakışmasının derecesine bağlıdır. Kaynakların gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanılabilirliğine karşı gerçekleşen doğrudan ve önemli tehditlerin suç haline getirilmesi daha ihtimal olasıdır<sup>558</sup>.

Birleşik Krallık hukukuna göre, istenmeyen iletişim sorunu doğrudan iki hukuki aracı işaret etmektedir. Bunların her ikisi de AB ölçütlerini aktarmakta ve ceza hukukuna değil, özel hukuka başvuru yolunu sağlamaktadır. 2002 tarihli Elektronik Ticaret Regülasyonu (ET Direktifi 2002) servis sağlayıcılara istenmeyen elektronik postaların “temiz ve açık bir şekilde tanımlanabilir” olması gibi hususlarda emin olmalarına ilişkin bir yasal yükümlülük getirmektedir<sup>559</sup>. Bu yükümlülüğünün yapısı oldukça hafif olmasına rağmen, Direktifin üzerine kurulduğu temel, bu tür iletişimlerin “etkileşimli ağ sistemlerinin aksamadan çalışmasını” etkileyebileceğini kaydederek, ağ sistemlerinin bütünlüğüne ve kullanılabilirliğine tehdit oluşturduğunu teyit etmektedir<sup>560</sup>. İkinci tedbir, modern iletişim teknolojilerinin ortaya çıkardığı mahremiyete yönelik tehditlere ilişkindir: 2003 tarihli Mahremiyet ve Elektronik İletişim Regülasyonu (ET Direktifi 2003)<sup>561</sup>. Buradaki hükümler, otomatik arama sistemleri, fakslar, sesli telefon aramaları ve elektronik postalar tarafından yapılan istenmeyen iletişimi düzenlemekte ve belli şartlar altında yapılan bu tür aktiviteleri yasaklamaktadır. Elektronik postalar açısından, göndericinin daha fazla koruma için sözleşme yapması halinde göndericinin kimliğinin ya da adresinin saklanması, siber alandaki anonimlik sorununu belirtmek için bir girişimdir. Direktif, diğer bir önlem olarak, yasaklamayı meşrulaştırmak için, yüksek miktarda istenmeyen mesajların elektronik iletişim ağlarında ve terminal ekipmanlarında zorluklara

---

<sup>557</sup> Bkz: <https://www.spamhaus.org/consumer/definition/>, 4.10.2016.

<sup>558</sup> Walden, pn. 3.354.

<sup>559</sup> SI No 2013, reg 8.

<sup>560</sup> Özellikle elektronik ticaretteki “iç pazarlara” ilişkin bilgi toplumu hizmetlerinin belli bazı hukuku yönleri hakkında 2000/31/EC sayılı Direktif. OJ L 178/1, 17 Temmuz 2000, 30 nolu beyanat.

<sup>561</sup> Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003, SI No 2426.



neden olabileceğine atıfta bulunmaktadır<sup>562</sup>. Bu yükümlülüklerin ihlali, yine yalnızca özel hukuk yaptırımlarını gerektirmektedir; nitekim Bilgi Komiserinin bu tür ihallere ilişkin olarak 500.000 Sterline kadar para cezası verme yetkisi<sup>563</sup> bulunmaktadır<sup>564</sup>.

Birleşik Devletler’de gerçekleşen istenmeyen iletişimin gönderilmesi işlemlerinin suç haline getirilmesinin görünümü, hem eyalet hem de federal düzeydeki mevzuat açısından, Birleşik Krallık’taki görünümün tersinedir. Federal düzeydeki ilk önlem, 2003 tarihli İstenmeyen Pornografi ve Pazarlama Saldırıların Kontrol Altına Alınması Yasası’dır (Controlling the Assault of Nonsolicited Pornography and Marketing Act of 2003 / CAN-SPAM Act)<sup>565</sup>. AB Direktifinde olduğu gibi, kongrenin bulguları istenmeyen elektronik postaların, iletişim alt yapılarının ve hizmetlerinin aşırı kullanımının bu sistemlerin bütünlüğü ve kullanılabilirliği üzerindeki etkisine atıfta bulunmaktadır<sup>566</sup>.

Başlığında, bir çeşit “saldırı” eylemine yer vermekle, geleneksel ceza hukuku terminolojisini kullanılmasının yanı sıra, CAN-SPAM Yasası özellikle aşağıda yer alan aktiviteleri suç olarak düzenlenmektedir:

- İstenemeyen elektronik postaların gönderilmesi amacıyla bir bilgisayara yetkisiz erişim sağlamak; bu “zombi” bilgisayarlar oluşturmayı da içerir.
- “Açık röle” ve “açık vekil sunucu” tekniklerini kullanmak suretiyle aldatmak veya yanıltmak amacıyla oluşturulmuş orijinaline ilişkin mesajlar göndermek<sup>567</sup>. Bu hüküm Birleşik Krallık’ın 2003 tarihli mahremiyet düzenlemesine benzerlik gösterir.
- “Üst başlık”<sup>568</sup> bilgisinin ve gönderilen mesajların çarpıtılması, bu yukarıda anılan aldatma suçundan farklıdır.

---

<sup>562</sup> Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin, elektronik iletişim sektöründe kişisel verilerin işlenmesine ve mahremiyetin korunmasına ilişkin 02/58/EC nolu Direktifi. OJ L 201/37, 31 Temmuz 2002, 40 nolu beyanat.

<sup>563</sup> SI No 2426, reg 31 ve DPA 1998, m. 55A. Bu yetki SI 2015/355 tarafından değiştirilmiş olup, istenmeyen iletişim hükümleri açısından “ciddi bir ihlal” varlığını tespit etmek için gerekli olan eşiği düşürmüştür.

<sup>564</sup> Walden, pn. 3.355.

<sup>565</sup> Public Law 108-87, 108th Congress, 15 USC m. 7701.

<sup>566</sup> 15 USC m. 7701(a)3; Walden, pn. 3.356.

<sup>567</sup> Bir “açık röle”, elektronik postaları yetkisiz olarak kullanan kişileri aklamayı sağlayan posta sunucusudur. “Açık vekil sunucu” ise yetkisiz kullanıcıların diğer yer sağlayıcılara yetkisiz olarak bağlanmasını sağlayan bir ağ sunucusudur.

<sup>568</sup> Üst başlık (header) şu şekilde tanımlanır: Bir elektronik posta mesajına iliştirilen; bir kişi tarafından başlatılan mesaja ait alan adı ve elektronik posta adresi kaynaklı ve hat tanımlayıcı veya kimlik belirten diğer bilgileri de içeren; kaynak, varış yeri ve güzergâh bilgisidir. Bkz: 15 USC m. 7702(8).



- Elektronik posta, kullanıcı hesabı veya alan adı ve kisten gönderilen mesajlar için aldatıcı tanımlama bilgilerinin kaydedilmesi. Sahte sertifikalar kullanmak suretiyle sayısız hesabın kaydedilmesi biçimindeki bu yöntem zombi bilgisayarların kullanılmasına bir seçenektir.
- Kendini sahte olarak kaydettiren, varis ya da IP adresi olarak tanıttıran kisten mesajlar göndermek. Buradaki amaç “kara listede” yer almayan blok halindeki IP adreslerinin ele geçirilmesidir.

Söz konusu temsil edici aktiviteler, spam göndericiler (spammer) tarafından, iletişim hizmeti sağlayanlar tarafından uygulanmakta olan filtrelerden ve sakınma tespiti yapan soruşturma makamlarından kaçınmak amacıyla gerçekleştirilir. Bu hükümler, Birleşik Devletler Ceza Kanunu’nda diğer bilişim suçlarının yer aldığı yere konulmuşlardır<sup>569</sup>. Bu suçların soruşturması, “Adalet Bakanlığı Ceza Hukuku Bölümü Bilişim ve Fikri Mülkiyet Suçları Kısmı” (Computer Crime and Intellectual Property Section in the Criminal Division of the Department of Justice) tarafından yapılır<sup>570</sup>.

Bu Yasaya göre birkaç suçlama yapılmıştır. Bu suçlamaların önemli bölümünde suçluluğun kabul edildiği not edilmektedir<sup>571</sup>. Cezalar, ağır suçun bir parçası olarak suçu oluşturan hareketlerinin gerçekleştirilmesi veya failin daha önce aynı ya da benzer bir suçtan mahkûm olması halinde azami beş yıl hapis cezası olarak düzenlenmiştir<sup>572</sup>. Cezalar, gönderilen mesajın hacmi ya da kayıt edilen sahte hesapların sayısı gibi diğer etkenlere bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Birleşik Devletler Ceza Komisyonu’nun rehberi, elektronik posta adreslerinin toplanması gibi belli durumlarda cezanın artırılmasını içerir<sup>573</sup>. Sonuç olarak bu durumda, hem suçtan elde edilen gelirleri hem de suçun işlenmesinde kullanılan ICT aygıtları hakkında el koyma ve müsadere kararları verilebilir<sup>574</sup>.

---

<sup>569</sup> 18 USC, Bölüm I “Suçlar”, Kısım 47 “Dolandırıcılık ve Sahtecilik”, m. 1037 “elektronik postalarla bağlantılı dolandırıcılık ve ilgili işlemler”.

<sup>570</sup> Bu Yasa Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission / FTC) tarafından yürürlüğe konulmuştur. Daha fazla bilgi için bkz: [www.ftc.gov](http://www.ftc.gov); Walden, pn. 3.357.

<sup>571</sup> Örneğin; “AOL spammeri” Jason Smathers, “wi-fi spammeri” Nicholas Tombros, “zamanpaylaşımı spammeri” Peter Moshou gibi. Genel olarak DoJ tarafından yayınlanan basın bülteni için bkz: [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov).

<sup>572</sup> 18 USC m. 1037(b). Nisan 2005’te Jeremy Jaynes Virjinya Eyaleti anti-spam yasasını (Başlık 18.2 – 152.3:1) ihlal ettiği için dokuz yıla mahkum edilmiştir. Bkz: David Hancock, “Spammer gets 9 years”, CBS News, 8 Nisan 2005, <http://www.cbsnews.com/news/spammer-gets-9-years/>, 6.10.2016.

<sup>573</sup> US Sentencing Commission, Guidelines Manual (yürürlüğe giriş 1 Kasım 2015), m. 2B1.1; bkz: <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/archive>, 6.10.2016.

<sup>574</sup> 18 USC m. 1037(c). Walden, pn. 3.358.

İstenmeyen iletişimin ceza hukukuna ilişkin yapısının görünümüne Birleşik Devletler'in bakış açısı Birleşik Krallık'takinden tamamen farklıdır. Ayrıca diğer Avrupa ülkelerinin büyük bir bölümü ve Avustralya gibi ülkelerdeki farklılıklar ilk anılanlardan daha az önemlidirler. Birleşik Krallık hukukuna göre, istenmeyen postaların gönderilebilmesi için bir makinenin güvenlik sisteminin kırılması ve içine "zombi" yazılımının yerleştirilmesi, CMA'nın 1. ve 2. maddelerinde göre değerlendirilmektedir. Dolandırıcılık ve sahtecilik suçları, özellikle de 2006 tarihli Dolandırıcılık Yasası'nda yer alan yeni dolandırıcılık suçu (sahte tanımla dolandırıcılık ve üstü kapalı bilgilendirme ile dolandırıcılık), spammerların aldatma ve sahtesini yapma işlemlerine uygulanabilirler. Üstü kapalı bilgilendirme ile dolandırıcılık suçu, bir kişinin gerçeğe uygun açıklamada bulunmak hususunda yasal yükümlülüğü bulunmasına rağmen bir kişiye dürüst olmayan bir şekilde açıklamada bulunması halinde gerçekleşir. Bu tür bir yükümlülük 2003 tarihli Mahremiyet Düzenlemesi'nde bulunabilir<sup>575</sup>. Buna karşın Birleşik Devletler yaklaşımının avantajı, bu tür önemlerin –hem genel toplum hem de potansiyel spammerlar açısından– söz konusu işlemlerin suç olarak kabul edildiğini göstermesidir. Bununla birlikte politik kararlar ve hukuk uygulayıcılarının bilgi kaynaklarından çıkan sonuçlar bu tür aktivitelerle mücadele etmek için söz verimde bulunmaktadırlar<sup>576</sup>.

## SONUÇ

Bilişim suçları, hali hazırda mevcut olan ceza hukuku sistemine meydan okumaktadır. Hem suç tiplerinin tanımlandığı maddi ceza hukuku açısından hem de suçluların soruşturulması ve kovuşturulmasıyla ilgili usul kuralları açısından bu meydan okuma geçerlidir. Bu meydan okuma, kolluk güçlerinin ihtiyaçlarına layıkıyla yanıt verilebilmesi, suça maruz kalan mağdurların haklarının daha iyi korunabilmesi ve tüm toplumun suçtan korunabilmesi için, ceza hukuku sisteminin yeniden gözden geçirilmesini ve eklemeler yapılmasını gerektirir. İngiliz hukuku açısından bu konuda getirilen en önemli eleştiri bu alanda kuralların yeknesaklığını ve topluca bir arada bulunmasını sağlamak amacıyla uygun bir ceza kanunu yapılması gerekliliğidir<sup>577</sup>.

Birleşik Krallık, bu eleştiriye karşılık için yukarıda incelemiş olduğumuz 1990 tarihli Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası'nı (Computer Misuse Act) yürürlüğe koymuş, sonrasında değişen ve artan ihtiyaçlara göre bu yasada çeşitli değişiklikler yapmıştır. Bunun yanı sıra bilişim sistemleri suretiyle işlenen dolandırıcılık, sahtecilik, müstehcenlik, ekstrem pornografi, grooming

---

<sup>575</sup> 2003 tarihli Mahremiyet ve Elektronik İletişim Düzenlemesi (Privacy and Electronic Communications [EC Directive] Regulations 2003) (SI No 2426).

<sup>576</sup> Walden, pn. 3.359.

<sup>577</sup> Walden, pn. 2.289.

gibi suçlar için de bu suçların fiziksel alandaki karşılıklarının düzenlendiği yasalarda gerekli değişiklikleri yapmıştır. Ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin eylemleri de suç haline getirerek bununla ilgili yasada bu eylemleri ayrıca suç olarak düzenlemiştir. Bunların dışında Birleşik Krallık, Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin de tarafı olarak, sözleşmenin yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla da yasalarında bilişim suçlarına ilişkin çeşitli değişiklikler yapmıştır.

Ancak görüldüğü üzere bilişim suçlarının tek bir yasada bütün halinde toplanması mümkün olmamıştır. Bunun önemli bir nedeni de Anglo Amerikan hukuk kültüründe bizde olduğu gibi yeknesak bir ceza kanununun bulunmayışıdır. Bizde yeknesak bir ceza kanunu olmasına rağmen yine de diğer kanunlarda ceza normları düzenleniyorken, Birleşik Krallık'ta bunun olmaması son derece olağandır. Birleşik Krallık'ta yeknesak bir model ceza kanunu tasarısı oluşturulmasına rağmen bu da başarılı olamamıştır. Dolayısıyla yakın gelecekte bilişim suçlarının tek bir çatı yasa altında düzenlenmesi beklenmemektedir.

İngiltere'de, yukarıda belirtmiş olduğum bilişim suçları hakkında, özellikle 90'lı yılların başından itibaren çok sayıda dava açılmış ve örnek kararlar verilmiştir. Anglo Amerikan ceza hukuku sisteminde kıyas ve genişletici yoruma izin verilmesi nedeniyle, mahkemelerin bu tür aktivitelere reaksiyonu ve yasaların (ve önceki mahkeme kararlarının) bu tür eylemlere uygulanarak failerin cezalandırılması hızlı olmuştur. Ancak ülkemizde yaşanan bir sorun, aynen Birleşik Krallık için de geçerlidir: İspat. Yukarıda vermiş olduğum örnek kararlarda da görüldüğü üzere (özellikle *Caffrey* davası) deliller ne kadar güçlü olursa olsun, bunların yargılamayı yapan makam / karar veren organ tarafından anlaşılabilmesi halinde suçluların beraati ya da tam tersinine masumların mahkûmiyeti söz konusu olabilmektedir. Bunun önüne ancak uzmanlaşma ile geçilebileceği düşüncesindeyim.

İngiltere'de yasaların hazırlık ve yapım sürecinde Hukuk Komisyonu (Law Comission) önemli yetkilere ve etkiye sahiptir. Bu kurum, İngiltere'nin gerçek anlamda hukuk politikalarını oluşturmakta ve yasaların sosyal, kültürel, ekonomik, kriminolojik vb. gibi pek çok tarafını düşünerek raporlarını hazırlamaktadır. Parlemanto'nun her iki kanadı da (Avam ve Lordlar Kamarası) bu raporları dikkate ve ciddiye almaktadırlar.

İşte bu yalnızca bilişim hukuku ya da ceza hukuku değil, hukukun her disiplini açısından bizlere önemli dersler veren bir karşılaştırmalı hukuk çıktısıdır. Zira bu anlayış bizlere, yasaların günlük bir sorunu gidermek ya da belli bazı olaylara tepki vermek için değil, bu alanda düşünülüp taşınıldıktan sonra; sosyal, ekonomik, kültürel ve yönetsel duyarlılıklar ve politikalar göz önünde bulundurularak yasa yapılması ya da yasada değişiklik yapılması gerekliliğini ve zorunluluğunu göstermektedir. Kısacası suç normları ve

karşılığında yaptırımlar konulurken, suç politikası ve bunun olumlu ve/veya olumsuz etkileri mutlaka dikkate alınmalıdır.

Ülkemiz açısından durumun böyle olduğunu söylemek ise son derece güçtür. En temel yasalar dahi bir sorun ortaya çıktığında (amiyane tabiriyle yumurta kapağıya dayandığında) bu soruna bir tepki olarak çıkmaktadır. Dolayısıyla birçok temel yasamız dahi tepki yasası niteliğindedir. Dileğim bu durumun bir an önce değişmesidir.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

**Akdeniz, Yaman**, “Section 3 of the Computer Misuse Act 1990 – An Antidote for Computer Viruses”, Web Journal of Current Legal Issues, 1996.

**Ashworth, Andrew/Jeremy Horder**, Principles of Criminal Law, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2009.

**Bainbridge, David**, “Cannot Employees also be a Hackers?”, Computer Law and Security Report, Vol. 13, No. 5, 1997, s. 352-354.

**Barlow, John Perry**, “Crime and Puzzlement: in Advance of the Law on the Electronic Frontier”, Whole Earth Review, No. 68, Fall 1990, s. 44-57.

**Battcock, Rupert**, “Prosecutions under the Computer Misuse Act 1990”, Computers and Law, Vol. 6, No. 6, 1996, s. 22-26.

**Bonnici, Jeanne Pia Mifsud**, Self-Regulation in Cyberspace, The Hague, TMC Asser Press, 2008.

**Bowker, Arthur L./Gregory B. Thompson**, “Computer Crime in the 21st Century and Its Effect on the Probation Officer”, Federal Probation: A Journal of Correctional Philosophy and Practice, Vol. 65, No. 2, September 2001, s. 18-24.

**Brenner, Susan W.**, Cybercrime and the Law: Challenges Issues and Outcomes, Boston, Northwestern University, 2012.

**Brenner, Susan W.**, “Nanocrime?”, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy, No. 1, 2011, s. 39-105.

**Brenner, Susan W.**, Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace, Santa Barbara, Praeger, 2010.

**Brenner, Susan W.**, “Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles?”, Virginia Journal of Law and Technology, Vol. 9, No. 13, Fall 2004, s. 1-54.

**Brenner, Susan W. /Brian Carrier/Jef Henninger**, “The Trojan Horse Defense in Cybercrime Cases”, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Volume 21, Issue 1, 2004, s. 3-53.

**Brunst, Philip W.**, “Terrorism and the Internet: New Threats Posed by Cyberterrorism and Terrorist Use of the Internet”, A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications, Ed: Marianne Wade/Almir Maljević, Heilderberg, Springer, 2010, s. 51-80.

**Clough, Jonathan**, Principles of Cybercrime, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

**Coppel, Philip**, Informations Rights: Law and Practice, 4th Edition, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2014.

**Cusack, Carmen C.**, Pornography and yhe Criminal Justice System, Boca Raton, CRC Press, 2015.

**DeKeseredy, Walter S./Marilyn Corsianos**, Violence Against Women in Pornography, New York, Routledge, 2016.

**Dressler, Joshua**, Understanding Criminal Law, Sixth Edition, San Francisco, LexisNexis, 2012.

**Dubber, Markus D./Tatjana Hörnle**, Criminal Law: A Comparative Approach, Oxford, Oxford University Press, 2014.

**Dülger, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

**Dülger, Murat Volkan**, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 9, S. 24, Nisan 2014, s. 121-180.

**Dülger, Murat Volkan**, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yapıtlımlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

**Dülger, Murat Volkan**, “Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizme Etkileri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, İstanbul, Y. 4 S. 8, Nisan 2007, s. 55–76.

**Dyson, Matthew/James Lee/Shona Wilson Stark (Ed)**, Fifty Years of the Law Commissions: The Dynamics of Law Reform, Oxford and Oregon, Hurt Publishing, 2016.

**Elliott, Catherine/Frances Quinn**, English Legal System, Eleventh Edition, Harlow, Pearson Longman, 2010.

**Elliott, Catherine**, English Legal System Essential Cases and Materials, Second Edition, Harlow, Pearson Longman, 2009.

**Fafinski, Stefan/Emily Finch**, English Legal System, 3rd Edition, Harlow, Pearson Longman, 2010.

**Fafinski, Stephan**, "Computer Misuse: The Implications of the Police and Justice Act 2006", Journal of Criminal Law, Vol. 72, Issue 1, 2006, s. 53-66.

**Fafinski, Stephan**, "Access Denied: Computer Misuse on an Era of Technological Change" Journal of Criminal Law, Vol. 70, Issue 5, 2006, s. 424-442.

**Fafinski, Stefan**, "Divisional Court: Computer Misuse: Denial-of-Service Attacks" Journal of Criminal Law, Vol. 70, Issue 6, 2006, s. 474-478.

**Fearon, G.**, "All Party Internet (APIG) Report on the Computer Misuse Act", Comps. & Law, Vol. 15, 2004.

**Freedman, C. D.**, "Criminal Misappropriation of Confidential Commercial Information and Cyberspace: Comments on the Issues", International Review of Law, Computers and Technology, Vol. 13, 1999.

**Gillespie, Alisdair A.**, Cybercrime: Key Issues and Debates, London and New York, Routledge, 2016.

**Gillespie, Alisdair A.**, The English Legal System, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015.

**Gillespie, Alisdair A.**, Child Pornography: Law and Policy, London & New York, Routledge-Cavendish, 2012.

**Gillespie, Alisdair A.**, "Restricting Access to the Internet by Sex Offenders", International Journal of Law and Information Technology, Vol. 19, No. 3, 2011, s. 165-186.

**Gillespie, Alasdair A.**, "Child Protection on the Internet – challenges for Criminal Law", Child and Family Law Quarterly, Vol. 14, No. 4, 2002, s. 411-425.

**Goodman, Marc D.**, "Why the Police Don't Care about Computer Crime", Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 10, Number 3, Summer 1997, s. 465-494.

**Grabosky, Peter/Russell G. Smith/Gillian Dempsey**, Electronic Theft: Unlawful Acquisition in Cyberspace, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

**Hafner, Katie/John Markoff**, Cyberpunk: Outlaws and Hackers on the Computer Frontier, New York, Simon and Schuster, 1991.

**Hessick, Carissa Byrne (Ed)**, Refining Child Pornography Law: Crime, Language and Social Consequances, Michigan, University of Michigan Press, 2016.

**Hirst, Michael**, Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2003.

**Hodes, W. William**, “Seeking the Truth versus Telling the Truth at the Boundaries of the Law: Misdirection, Lying, and ‘Lying with an Explanation’”, South Texas Law Review, Vol. 44, Winter 2002, s. 53-79.

**Holder, C.**, “Staying One Step Ahead of the Criminals”, IT Law, Vol. 10, Issue 3, 2002, s. 17 vd.

**Hollinger, Richard C.**, Crime, Deviance and the Computer, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997.

**Horder, Jeremy**, “The Classification of Crimes and the Special Part of the Criminal Law”, Defining Crimes Essays on The Special Part of the Criminal Law, Ed: R. A. Duff/Stuart P. Green, Oxford, Oxford University Press, 2005.

**Hunton, Paul**, “The Growing Phenomenon of Crime and the Internet: A Cybercrime Execution and Analysis Model”, Computer Law and Security Report, Vol. 25, 2009, s. 528-535.

**Kilger, Max/Ofir Arkin/Jeff Stutzman**, “Profiling”, in Honeynet Project, Know Your Enemy, Learning about Security Threats, 2nd edn, Addison-Wesley Professional, 2004.

**Kerr, Orin S.**, “Cybercrime’s Scope: Interpreting ‘Access’ and ‘Authorization’ in Computer Misuse Statutes”, New York University Law Review, Vol. 78, 2003, s. 1596-1668.

**Kohl, Uta**, Jurisdiction and Internet: Regulatory Competence over Online Activity, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

**Koops, Bert-Jaap**, “Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?”, Ed: Bert-Jaap Koops/Miriam Lips/Corien Prins/Maurice Schellekers, Starting points for ICT Regulation: Deconstructing Prevalent Policy One-liners, IT & Law Series Vol. 9, The Hague, TMC Asser Press, 2006, s. 77-108.

**Kowalski, Melaine**, Cyber-Crime: Issues, Data Sources, and Feasibility of Collecting Police-Reported Statistics, Cat. No. 85-558-XIE, Canadian Centre for Justice Statistics, 2002.

**Kshetri, Nir**, “The Simple Economics of Cybercrimes”, IEEE Security and Privacy, Vol. 4, No. 1, January/February 2006, s. 8-13, (available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=881421>).

**LaFave, Wayne R.**, Criminal Law, Fourth Edition, St. Paul, Thomson & West, 2003.

**Lessig, Lawrence**, Code and other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999.

**Levi, Michael**, “Between the Risk and the Reality Falls the Shadow”, Crime and the Internet: Cybercrimes and Cyberfears, Ed: David S. Wall, London & New York, Routledge, 2001, s. 44-58.

**Lixian, Cong**, “Chinese E-Commerce (2) and Legal Environment”, Chinese Intellectual Property and Technology Laws, Ed: Rohan Kariyawasam, Edward Elgar Publishing, 2011.

**MacEwan, Neil**, “The Computer Misuse Act 1990: Lessons from Its Past and Predictions for Its Future” Criminal Law Review, Vol. 12, 2008, s. 955-967.

**Marsden, Christopher T.**, Internet Co-Regulation: European Law Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

**Martin, Jacqueline**, English Legal System: Key Facts Key Cases, London and New York, Routledge, 2014.

**Masiola, Rosanna/Renato Tomei**, Law, Language and Translation From Concepts to Conflicts, Heidelberg, Springer, 2015.

**McAlinden, Anne-Marie**, ‘Grooming’ and the Sexual Abuse of Children; Institutional, Internet and Familial Dimensions, Oxford, Oxford University Press, 2012.

**McKnight, Gerald**, Computer Crime, Walker and Co., 1973.

**Mitnick, Kevin D./William L. Simon**, Art of Intrusion: The Real Stories Behind the Exploits of Hackers, Intruders & Deceivers, Wiley Publishing, 2005.

**Moore, G. E.**, “Cramming More Components onto Integrated Circuits”, Electronics, Vol. 38, No. 8, 1965, s. 114–117.

**Morris, Sheridan**, The Future of Netcrime Now: Part 1 – Threats and Challenges, Home Office Online Report 62/04, 2014.

**Noam, Eli M.**, “Beyond Liberalization II: The Impending Doom of Common Carriage”, Telecommunications Policy, Vol. 18, No. 6, 1994, s. 435-452.

**Ormerod, David /David Perry**, Blackstone’s Criminal Practice 2017, Oxford, Oxford University Press, 2016.

**Ormerod, David**, Smith & Hogan’s Criminal Law, 13th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.



**Ormerod, David /Simon McKay**, “Telephone Intercepts and their Admissibility”, *Criminal Law Review*, January 2004, s. 15-38.

**Parker, Donn B.**, *Crime by Computer*, New York, Scribner, 1976.

**Pieth, Mark/Radha Ivory**, *Corporate Criminal Liability: Emergence Convergence and Risk*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 9, Heidelberg, Springer, 2011.

**Pinto, Amanda/Martin Evans**, *Corporate Criminal Liability*, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2008.

**Reed, Chris**, *Internet Law: Text and Materials*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

**Reid, A. S. /N. Ryder**, “The Case of Richard Tomlinson: The Spy Who E-mailed Me”, *Information and Communications Technology Law*, Vol. 9, Issue 1, 2000, s. 61 vd.

**Rosci, Marco**, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

**Rowbottom, Jacop**, “Obscenity Laws and the Internet: Targeting the Supply and Demand”, *Criminal Law Review*, February 2006, s. 97-109.

**Sieber, Ulrich**, *Legal Aspects of Computer – Related Crime in the Information Society - COMCRIME Study*, <http://www.edc.uoc.gr/~panas/PATRA/sieber.pdf>; 25.11.2016.

**Sieber, Ulrich**, “Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet, A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications”, Ed: Marianne Wade/Almir Maljević, Heilderberg, Springer, 2010, s. 171-220.

**Simester, Andrew /G. Robert Sullivan**, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Second Edition, Portland, Hart Publishing, 2004.

**Spink, Paul**, “Misuse of Police Computers”, *Juridical Review*, Vol. 42, 1997, s. 219-231.

**Stoll, Cliff**, *Cuckoo’s Egg*, New York, Pocket Books, 1998.

**Thomas, Douglas**, “Criminality on the Electronic Frontier: Corporality and the Judicial Construction of the Hacker”, *Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age*, Ed: Douglas Thomas/Brian D. Loader, London & New York, Routledge, 2000, s. 17-35.

**Tomlinson, Richard**, *The Big Breach: From Top Secret to Maximum Security*, Narodny Variant Publishers, Moskova, 2001.

**Xu, Zhengchuan /Qing Hua/ Chenghong Zhang**, “Why Computer Talents Become Computer Hackers”, *Communications of the ACM*, Vol. 56, No. 4, 2013, s. 64-74.

**Wagner, Ben**, *Global Free Expression – Governing the Boundaries of Internet Content*, Law Governance and Technology Series, Vol. 28, Switzerland, Springer, 2016.

**Walden, Ian**, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016.

**Walden, Ian /Martin Wasik**, “The Internet: Access Denied Controlled!”, *Criminal Law Review*, Issue 5, 2011, s. 377-387.

**Walden, Ian**, “Harmonising Computer Crime Laws in Europe”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 12, Issue 4, 2004, s. 321-336.

**Walker, Claire**, “Email Interception and RIPA: the Court of Appeal Rules on the ‘Right to Control’ fence”, *Communications Law: Journal of Computer, Media & Telecommunication*, Vol. 11, Issue 1, 2006.

**Wall, David S.**, *Cybercrime: The Transformation of Crime in the Information Age*, Cambridge, Polity Press, 2014.

**Wall, David S.**, *Cyberspace Crime*, London, Dartmouth, 2003.

**Wall, David S.**, “Policing the Internet: Maintaining Order and Law on the Cyber-beat”, *The Internet, Law and Society*, Ed: Yaman Akdeniz/Clive Walker/David Wall, Longman, 2000.

**Wasik, Martin**, *Crime and the Computer*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

**Wasik, Martin**, “Law Reform Proposals on Computer Misuse”, *Criminal Law Review*, 1989, s. 257-270.

**Whittle, Helen /Catherine Hamilton-Giachritsis/Anthony Beech/Guy Collings**, “A Review of Online Grooming: Characteristics and Concerns” *Aggression and Violence Behaviour*, Vol. 18, Issue 1, 2013, s. 62-70.

**Willems, Eddy**, *Cybergefahr: Wie wir uns gegen Cyber-Crime und Online-Terror wehren können*, Wiesbaden, Springer Vieweg, 2015.

**Williams, D.**, *Not in the Public Interest; the Problem of Security in Democracy*, London, Hutchison, 1965.

**Wright, Tim /Dominic Hodgkinson**, “Government Response to House of Lords Science and Technology Committee Report on Personal Internet Security”, *Computer and Telecommunications Law Review*, Vol. 14, 2008, s. 65 vd.

### Rapor ve Haberler

**Australian Communications and Media Authority**, “Like, post, share: Young Australians’ experience of social media”, Quantitative Research Report, 2013.

**Attorney General’s Department (Australia)**, National plan to combat cybercrime, 2013.

**Barrett, Neil**, “Scary Whodunit Will Have Sequels” IT Week, 27 Ekim 2003.

**Bird, Steve**, “Lovelorn Hacker Sabotaged Network of U.S. Port”, Times (UK), 7 Ekim 2003, s. 9.

**Chapman, John**, “The Nerdy Brit Who Paralysed a U.S. City”, Express (UK), 7 Ekim 2003, s. 24.

**Computer Crime and Intellectual Property Section**, The National Information Infrastructure Protection Act of 1996, Legislative Analysis, US Departmant of Justice, 1998.

**CPS**, Legal Guidance to Computer Misuse Act 1990, at “Section 3A CMA – Making, supplying or obtaining articles” [http://www.cps.gov.uk/legal/a\\_to\\_c/computer\\_misuse\\_act\\_1990/index.html](http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/computer_misuse_act_1990/index.html), 2.10.2016.

**Cullen, Drew**, “Dutch Smash 100.000-Strong Zombie Army, DDoS Attacks and Paypal Fraud”, The Register, 7 Ekim 2005, [http://www.theregister.co.uk/2005/10/07/dutch\\_police\\_smash\\_zombie\\_network/](http://www.theregister.co.uk/2005/10/07/dutch_police_smash_zombie_network/), 23.9.2016.

**Cummings, Roger**, Director of the UK National Infrastructure Security Coordination Centre (NISCC) in Tom Espiner, “Foreign Powers are Main Cyberthreat, UK Says”, CNET News.com, 23 Kasım 2005, <http://www.cnet.com/au/news/foreign-powers-are-main-cyberthreat-u-k-says/>, 27.9.2016.

**DJNZ and The Action Tool Development Group of the Electrohippies Collective**, “Client-side Distributed Denial-of-Service: Valid Campaign Tactic or Terrorist Act?”, The Electrohippies Collective, Occasional Paper No. 1, Şubat 2000.

**Departmant of Justice**, “Computer Virus Broker Arrested for Selling Armies of Infected Computers to Hackers and Spammers”, Press Release, 3 Kasım 2005, <https://www.justice.gov/archive/criminal/cybercrime/press-releases/2005/anchetaArrest.htm>, 23.9.2016.

**Europol**, “Cybercriminal Darkode forum taken down through global action”, Press Release, 15 Temmuz 2015, <https://www.europol.europa.eu/content/cybercriminal-darkode-forum-taken-down-through-global-action>, 1.10.2016.

**Hancock, David**, “Spammer gets 9 years”, CBS News, 8 Nisan 2005, <http://www.cbsnews.com/news/spammer-gets-9-years/>, 6.10.2016.

**House of Lords Science and Technology Report**, Personal Internet Security, 2007.

**Kotadia, Munir**, “Accused Port Hacker Says Log Files Were ‘Edited’”, ZDNet.co.uk, 8 Ekim 2003, <http://www.zone-h.org/news/id/3300?zh=1>, 25.12.2016.

**Krotoski, Aleks**, “Population Explosion Puts Our Virtual Worlds at Risk”, Guardian, 12 Ocak 2006, <https://www.theguardian.com/technology/2006/jan/12/games.guardianweekly.technologysection>, 23.9.2016.

**Law Commission**, Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets, Consultation Paper No 150, 1997.

**Leyden, John**, “Caffrey Acquittal a Setback for Cybercrime Prosecutions”, Register, 17 Ekim 2003, [http://www.theregister.co.uk/2003/10/17/caffrey\\_acquittal\\_a\\_setback/](http://www.theregister.co.uk/2003/10/17/caffrey_acquittal_a_setback/), 15.12.2016.

**McCue, Andy**, “‘Revenge’ Hack Downed US Port Systems”, ZDNet UK, 7 Ekim 2003, <http://www.zdnet.com/article/revenge-hack-downed-us-port-systems/>; 25.12.2016.

**McGuire, Mike/Samantha Dowling**, Cyber Crime: A Review of the Evidence, Research Report 75, Summary of Key Findings and Implications, Home Office, October 2013.

“**Nurse Alters Hospital Prescriptions**”, Computer Fraud & Security Bulletin, Issue 2, 1994, s. 4-5.

**Office of Telecommunications (Ofcom)**, Guidelines for the Interconnection of Public Electronic Communication Networks, 23 Mayıs 2003.

**Oxford English Dictionary Online**, Oxford University Press, December 2014.

**Purdy, Alison**, “Hacker Cleared of Causing Biggest US Systems Crash”, Birmingham Post, 18 Ekim 2003, s. 5, <https://www.thefreelibrary.com/Hacker+cleared+of+causing+biggest+US+systems+crash.-a0109001502>; 25.12.2016.

**Schwartz, John**, “Acquitted Man Says Virus Put Pornography on Computer”, New York Times, 11 Ağustos 2003.

**Turner, Michael J. L.**, “Computer Misuse Act 1990 Cases” <http://www.computerevidence.co.uk/Cases/CMA.htm>, 30.8.2016.

**United Nations Office on Drugs and Crime**, Comprehensive study on cybercrime, 2013.

**US Department of Justice (DoJ)**, “U.S. Charges Five Chinese Military Hackers with Cyber Espionage Against U.S. Corporations and a Labor Organization for Commercial Advantage”, Press Release, 19 Mayıs 2014, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/pittsburgh/news/press-releases/u.s.-charges-five-chinese-military-hackers-with-cyber-espionage-against-u.s.-corporations-and-a-labor-organization-for-commercial-advantage>, 1.1.2017.

**US Sentencing Commission**, Guidelines Manual (yürürlüğe giriş 1 Kasım 2015), s 2B1.1, bkz: <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/archive>, 6.10.2016.

**Vixie, Paul/Gerry Sneeringer/Mark Schleifer**, “Events of 21 Oct 2002”, 24 Kasım 2002, <http://c.root-servers.org/october21.txt>, 23.9.2016.

**Ward, Mark**, “Bookies suffer Online Onslaught”, BBC News, 19 Mart 2004, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/3549883.stm>, 23.9.2016.

**Webster, Stephen/Julia Davidson/Antonia Bifulco/Petter Gottschalk/Vincenzo Caretti/Thierry Pham/Julie Grove-Hills,/Caroline Turley/Charlotte Tompkins/Stefano Ciulla/Vanessa Milazzo/Adriano Schimmenti/Giuseppe Craparo**, European Online Grooming Project, Final Report, European Commission Sefer Internet Plus Programme, Mart 2012.



# BATIDA VE TÜRKİYE ÖRNEĞİNDE YARGISAL AKTİVİZM TARTIŞMALARI VE YARGISAL AKTİVİZMİN İYİ YA DA KÖTÜ BİR TUTUM OLUP OLMADIĞI MESELESİ

*Judicial Activism Discussions In The West And Turkey Sample And Issue of  
Whether Judicial Activism is a Good Atitude Or Not*

**Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 28.09.2016

Kabul Tarihi: 01.06.2017

## ÖZET

Günümüzde az sayıda ülke dışında bütün devletlerde Anayasa yargısı vardır. Anayasa yargısı mercileri, kuruldukları günden bu yana, değişen şartlara bağlı olarak dönem dönem siyasi iktidarın yetki alanını daraltıcı yönde kararlar verebilmektedirler. Siyasi yönü de olan bu kararlar sebebiyle bu ülkelerde çoğu kereler yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. “Yargısal aktivizm” şeklinde de ifade edilen bu tür kararlara, ileri demokrasiler yanında Türkiye’de de rastlanmaktadır. Bunların en belirgin misallerini, “hukukilik denetimi”nin ötesine geçilerek yapılan “yerindelik denetimi” teşkil etmektedir. Her ne kadar AYM’nin, yerindelik denetimine kayacak şekilde verdiği aktivist kararları hoş karşılanmasa da, “hak ve hürriyet eksenli yorum” yoluyla benimsediği aktivizmin yanlış olmayacağı savunulmuştur. Başta ABD olmak üzere bazı ileri demokrasilerde, AYM hâkimlerinin, çeşitli Saiklerle aktivist tutum sergilemek yerine kendi kendilerini sınırlama yolunu seçtikleri görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasal yargısı, yargısal aktivizm, kendi kendini sınırlama, hukukilik denetimi, yerindelik denetimi.

## ABSTRACT

At the present time, there is constitutional jurisdiction in all states except a few countries. From time to time, constitutional jurisdiction authorities, since they are established, depending on changing conditions, can give decisions in the direction of restricting jurisdiction of political power. Due to the these decisions which have also political aspect, high discussions are usually experienced in these countries. These kind of decisions which are also called “judicial activism” , are founded in Turkey beside advanced democracies. The most obvious example of them is “control of expediency” made by passing beyond “control of legality”. Although the activist decisions which can be accepted as control of expediency of Supreme Court are frowned upon, it is argued that the activism adopted through “right and freedom- orianted interpretation” will not be wrong. In some advanced democracies particularly in the USA, it is seen that judges of Supreme Court choose the way of being self-limiting instead of exhibiting activist attitude with various reasons.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction, judicial activism, self-limiting, control of legality, control of expediency.

## GİRİŞ

“Yargısal aktivizm” (judicial activism) ve “yargının kendi kendini sınırlandırması” (judicial restraint), anayasa yargısının benimsenmiş olduğu hemen tüm ülkelerde sıklıkla gündeme gelen kavramlardır. Anayasa

<sup>1</sup> Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, adnankucuk@gmail.com

Mahkemelerinin (AYM) önüne gelen birçok sorunun siyasi niteliğe sahip olması sebebiyle, bu mahkemelerle parlâmentolar arasında zaman zaman çatışmalar görülmesi çoğu kereler kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Bu çatışmanın temel sebebini, Anayasa yargısı mercilerinin önüne gelen anayasallık denetimi faaliyetleri kapsamında aktivist bir tutum sergileyerek, parlamentoların yasama alanını daraltmak suretiyle onlarla gerilim içerisine girmeleri teşkil etmektedir. Bu sebeple son yılların en popüler kavramlarından birisinin “yargısal aktivizm” olduğunu söylemek pekâlâ mümkündür.

ABD’nde Federal Yüksek Mahkeme’nin (*Supreme Court*) siyaseti doğrudan ilgilendiren konularda, bazen siyasetin alanını daraltıcı yönde almış olduğu kararları nitelemek için kullanılan “yargısal aktivizm” kavramının; anayasal yargı denetiminin küresel ölçekte yaygınlık kazanmasına paralel olarak dünyanın diğer ülkelerinde de yaygın bir kullanıma sahip hale geldiği görülmektedir. Bu kavramın ülkemizde de yaygınlık kazanması, AYM’nin bazı davalarda siyaset alanını kuşatan ve demokratik karar alma sürecini değişen ölçülerde etkisizleştiren bir tutum içine girmiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>2</sup>.

Anayasa yargısı temelli sorunların bir kısmını, yargısal aktivizm şeklinde de ifade edilen Anayasa yargısı mercilerinin, anayasal yetki mecralarının dışına çıkmaları (mecra taşıma) teşkil etmektedir. Anayasa yargısının mecra taşıma, muhtelif şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Batıda demokratik hukuk devleti kültürünün değişen ölçülerde kökleştiği bazı ülkelerde, özellikle siyasi iktidarların takdir alanına giren konularda olumsuz neticelerin ortaya çıkabileceği bazı durumlarda, anayasa yargısı mercilerinin, yargısal aktivizm yerine “kendi kendini sınırlandırma” eğilimini ortaya koydukları görülmektedir. Burada ayrıca bu aktivizm türlerinden tamamının iyi ya da kötü olup olmadığı meselesi de ele alınacaktır.

## I. Yargısal Aktivizm Kavramı

Burada yargısal aktivizm kavramına ilişkin tanımlama ve belirleme işlemine girişmeden önce, bu kavramdan ne tür yargısal faaliyetlerin anlaşılması gerektiği hususunun vuzuha kavuşturulması gerekiyor. Günümüzde yargısal aktivizm kavramından, daha yoğun ve yaygın bir şekilde AYM ve anayasallık denetimi bağlamında bahsedilmektedir<sup>3</sup>. Bu vesileyle anayasa yargısı alanındaki yargısal aktivizm, kanunların ya da yürütmenin anayasallık denetimine tabi işlemlerinin<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> KORUCU, Serdar, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, *Liberal Düşünce D.*, Yıl 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013, s. 201.

<sup>3</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin y., Ankara, 2009, s. 34.

<sup>4</sup> ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, federal kanunlar yanında başkanlık kararlarını da Anayasaya uygunluk açısından denetlemektedir. Bu da, Yüksek Mahkemeyi, siyasi yönü



Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi faaliyetlerinin gerçekleştirildiği esnada, Anayasallık denetimi yapan hâkimlerin yasama ya da yürütme işlemlerini denetlerken, Anayasa hükümlerinin anlamlandırması aşamasında kendisini göstermektedir<sup>5</sup>. Anayasallık denetimi yapan hâkimler, anayasal bir normu yorumlayarak, bu normu önlerine getirilen davaya tatbik ederken, mekanik bir yöntemle hareket etmemekte; soyut nitelikteki bir anayasal kuralı, sosyal, ekonomik ve siyasi boyutları ile birlikte anlamlandırmaktadırlar. Bu faaliyet kapsamında, anayasallık denetimi yapan anayasa hâkimleri, her ne kadar bir kanun ya da yürütme işlemi açıkça Anayasaya aykırılık teşkil etmese de, anayasadaki kimi soyut ilke veya kuralları farklı bir şekilde ve daha ziyade kendi özel algılamalarının da tesiriyle, yasama organının anayasal çerçevede sahip olduğu takdirini de ortadan kaldıracak ya da büyük ölçüde daraltacak şekilde yorumlayarak müdahale ettikleri, bu tür yasama ve yürütme işlemlerini anayasaya aykırılık kapsamına dâhil ederek iptal etme yoluna gittikleri zaman yargısal aktivizm tartışmaları ortaya çıkmaktadır<sup>6</sup>.

Bazıları yargısal aktivizmin muhtevasını sadece anayasallık denetimi kapsamında yapılan faaliyetlerle sınırlarken<sup>7</sup>, bazıları AYM'leri tarafından siyasi partiler hakkında yapılan kapatma davalarını da bu muhtevaya dâhil etmektedirler<sup>8</sup>. Ben, yargısal aktivizm kavramını sadece anayasallık denetimi kapsamında tahlil edeceğim.

---

olan bazı hükümet politikalarını denetleyen ve etkileyen organ haline getirmektedir. GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 3. B., Beta y., İstanbul, 1986, s. 515-516; KÜÇÜK, Adnan, "AK Parti'nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD'deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler D.*, C. 6, S. 1, Ocak 2016, s. 35. Almanya, Avusturya, Belçika, Polonya ve Bulgaristan'da da yürütme organları tarafından yapılan idari nitelikteki düzenleyici işlemler AYM'lerinin anayasallık denetimine tabidir. Türkiye, İtalya ve İspanya'da yürütme tarafından yapılan idari işlemlerin tamamı anayasallık denetimine tabi değildir; tüzük, yönetmelik vb. bazı idari işlemler hakkında AYM'ne iptal davası açılmaz. KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 4. B., İmge y., Ankara, 2007, s. 102-103. Türkiye'de yürütme organı tarafından yapılan sadece Kanun Hükmünde Kararname (Anayasanın 2017 değişikliği öncesi metnine göre KHK, 2017 değişikliğine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri) AYM'nin anayasallık denetimine tabidir. (AY. Md. 148).

<sup>5</sup> HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 34.

<sup>6</sup> İbid., s. 34-35; GEDİK, Ömer, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2013, s. 99.

<sup>7</sup> KORUCU, s. 201-225; ERGÜL, Ozan, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği D.*, S. 104, Yıl 2013, s. 37-54.

<sup>8</sup> HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*; ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi Ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D.*, C 62, S. 3, Yıl 2007.

Her ne kadar yargısal aktivizm, akademik camiada yoğun ve yaygın bir ilgi görmekte ise de, onun tanımı ve muhtevası ile alakalı temel konularda bir mutabakatın mevcut olduğu söylenemez. Sosyal bilimlerde kullanılan pek çok soyut kavram gibi, yargısal aktivizm de, araştırmacıların üzerinde ittifak ettikleri net bir tanım ve muhtevaya sahip değildir<sup>9</sup>. Yargısal aktivizm kavramının, 1990'lı yıllardan itibaren birçok yayında birbirinden farklı açılardan kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu kavramın, kullanımı yaygınlaştıkça, her bir yayında farklı bakış açıları ortaya konuldukça, anlamının gittikçe belirsizleştiği söylenmiştir. Bu anlam belirsizliğinin, yargısal aktivizm kavramının, birbiriyle uyuşmayan, hatta bazı kereler birbirine zıt ve çelişkili bir şekilde tanımlanmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Anayasa yargısının işlevini, sınırlarını ve meşruluğunu konu edinen çalışmalardaki görüş farklılıklarına bağlı olarak ortaya çıkan bu durum sebebiyle, bu kavramın, tabiatı icabı sınırları tam manada belirgin bir şekilde ortaya konulacak şekilde tanımlama faaliyetine elverişli olmadığı ileri sürülmüştür<sup>11</sup>. Hakyemez'in ifadesiyle, yoğun olarak kullanıldığı dönemlerde bile, genellikle yargısal aktivizm sorununun ortaya konulması noktasında, bu kavram, ne manaya geldiği ve kapsamının ne olduğu açıkça belirlenmeksizin kullanıldığı için, bu kavramın manasının ne olduğu hala belirsizliğini korumaktadır<sup>12</sup>. Bu vesileyle yargısal aktivizmin, her ne kadar kavram olarak geniş ve yaygın bir popülerliğe sahip ise de, aslında hiç de yeteri kadar anlaşılacağı belirtilmiştir<sup>13</sup>. Bu belirsizliğin başlıca sebebi, yargısal yorumun ve onun algılanma şeklinin ister istemez muğlâk olmasıdır<sup>14</sup>.

### **A. Yargısal Aktivizm Kavramına Yönelik Muhtelif Tanımlama Çabaları**

Young'a göre yargısal aktivizm kavramı, doğasından hareketle içeriksiz, anlamsız veya içi boş bir çağrışım uyandırmamalıdır. Bu kavram, farklı açılardan tanımlanabilmektedir ve her bir tanım, yargılamada karar alım sürecine ilişkin bir noktaya dikkat çeker nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte bir yönü ile aktivist olan bir karar, başka bir yönü ile ise sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmektedir. O halde, belirli ve sabit bir denge ile bir kararın, yargılamanın veya mahkemenin aktivist veya sınırlayıcı olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu gerçeklik karşısında, kavram olarak yargısal aktivizm, kolay bir şekilde manipüle edilebilir bir halde bulunmaktadır ve gerek akademik anlamda, gerek siyasi

---

<sup>9</sup> KORUCU, s. 202.

<sup>10</sup> KAYA, Semih Batur, "Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. XIX, S. 3, Yıl 2015, s. 366.

<sup>11</sup> KORUCU, s. 203-204.

<sup>12</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 34.

<sup>13</sup> KAYA, s. 366.

<sup>14</sup> ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 47.

tartışmalarda, konuya bakış açısına göre çeşitli nedenlerle beğenilmeyen yargı kararlarına yönelik bir sıfat olarak kullanılmaktadır<sup>15</sup>.

“Hâkimlerin, müstekar yorumlara aykırı kararlar vermesini”, yargısal aktivizmin tanımı çerçevesinde tahlil eden Roosevelt’e göre, Mahkeme, aslında kelimelere hayat vermekten ziyade, bir doktrin vücuda getirmekte ve incelediği işlemin, Anayasaya değil, bu doktrine uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim, meşru mahkeme kararı sadece “anayasaların açık hükmünü” uygulayanlara indirildiğinde, modern mahkeme kararlarının hiçbirinin meşru sayılmaması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalır. Fakat bazı doktrinler meşru görüldüğü için, hiç kimse mahkemeyi eleştirmekte bu denli ileri gitmemektedir. Önemli olan bir doktrini neyin meşru kıldığıdır. Bu çerçevede mükemmel uygulama, anayasanın açık anlamının doğrudan uygulanması gibi yanlış bir inanış olarak betimlenmektedir<sup>16</sup>. “Yargısal aktivizm” yerine “meşruiyet” fikrini ikame eden Roosevelt’e göre, “bir Yüksek Mahkeme kararının ‘meşru’ olması, eylemini denetlediği devlet organına – duruma göre Başkan, Kongre ya da federal hükümet veyahut eyalet yasama meclisleri olabilir bunlar – uymak ya da uymamak noktasında Mahkeme’nin makul bir pozisyon almış olmasını ifade eder. Kararın meşruiyeti, anayasanın o kararı zorunlu kılması anlamına gelmediği gibi, Mahkeme’nin önündeki sorunun tek çözümünün o olduğu anlamına da gelmez. Fakat tercih edilen çözümün kabul edilebilir bir yargısal davranış olduğunu ve Mahkeme’nin bundan dolayı kınanamayacağını ifade eder”<sup>17</sup>.

Ergül’e göre, yargısal aktivizm, yorum sahibinin bakışına göre sübjektif bir değer yargısını içerir. Bu kavram, anayasal siyaset ekseninde Amerikan hukukunda nispeten yeni ortaya çıkmış, son derece tartışmalı ve hala ne manaya geldiği konusunda net bir doktrin geliştirilememiş bir terimdir. Yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir<sup>18</sup>. Korucu’ya göre, “anayasaya uygunluk denetimine ilişkin bazı temel sorunların açıklığa kavuşturulması durumunda, yargısal aktivizm kavramını nesnel bir yaklaşımla tanımlayabilmek ve sağlıklı bir aktivizm teorisi oluşturabilmek mümkündür”<sup>19</sup>. Green’e göre yargısal aktivizm kavramının, yargının kültür normları üzerine temellendirilmesi ve yargısal görev alanından uzaklaştığı dikkate alınarak

---

<sup>15</sup> YOUNG, A. Ernest, “Judicial Activism and Conservative Politics”, Colorado Law Review, C. 73, S. 4, 2002, s. 1141-1142’den nakleden: KAYA, s. 366.

<sup>16</sup> ROOSEVELT, Kermit, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, Yale, 2006, s. 3’den nakleden: ERGÜL, Berraklaştıramayan Bir Kavram..., s. 48.

<sup>17</sup> ROOSEVELT, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, s. 3’den nakleden: ERGÜL, Berraklaştıramayan Bir Kavram..., s. 48-49.

<sup>18</sup> İbid., s. 39, 52.

<sup>19</sup> KORUCU, s. 203-204.

yeniden değerlendirilmesi gerekir. Belki o zaman sınırlarının belirlenmesinde güçlük çekilen bu kavramsal belirsizliğe bir anlamda yön tayin edilebilir ve aktivizm skalasında kavramsal belirlilik yolunda istikamet kazandırılabilir<sup>20</sup>.

Bazılarına göre, yargısal aktivizm, bir mahkemenin “diğer organların tartışmalı anayasal işlemlerini geçersiz kılması”dır. ABD’de bazı hukukçu akademisyenler, *yasama işlemlerinin yargı tarafından geçersiz kılınmasını* genellikle “yargısal aktivizm” olarak tanımlamaktadırlar. Bir yazarın belirttiği gibi, “En geniş anlamıyla yargısal aktivizm, mahkemenin usule uygun olarak yapılmış bir yasayı müdahalede bulunarak geçersiz kılmasıdır”<sup>21</sup>. Bu belirleme ile yargısal aktivizmin muhtevasının sınırları en geniş kapsamda tayin edilmiş olmaktadır. Ergül bu tanımlamayı sorunlu bulur. O’na göre, şayet bir mahkeme usul yönünden değil ama esas yönünde açıkça anayasaya aykırı bir yasayı geçersiz kılsaydı, hiç kimse o mahkemenin yargısal aktivizm sergilediğinden söz etmeyecekti. Bu sebeple “yargısal aktivizm”, en geniş manasıyla yargısal denetim gerçekleştirmeyle eş anlamlı olamaz<sup>22</sup>. Bu sebeple Sunstein, tanımını, “sadece anayasaya uygunluğu tartışmalı yasaların geçersiz kılınması” olarak daraltmaktadır. Sunstein’e göre Anayasa belirsizlikler barındırır ve bunların yaratacağı tartışmalar makul bir biçimde çözümlenmelidir<sup>23</sup>.

Graglia’ya göre, yargısal aktivizm, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir<sup>24</sup>. Diğer bir deyişle, Mahkeme Anayasanın açık sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında “yargısal aktivizm” sergilemiş olur<sup>25</sup>. Cross & Lindquist’e göre yargısal aktivizm, “hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek

---

<sup>20</sup> GREEN, Roger Craig, “An Intellectual History of Judicial Activism”, 2008, ([http://works.bepress.com/roger\\_craig\\_green/1/](http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/)) (ET: 07.05.2015), s. 52’den nakleden: KAYA, s. 368.

<sup>21</sup> Greg JONES, “Proper Judicial Activism”, Regent University Law Review, Vol. 14, Yıl 2002, s. 141-43’den nakleden: ERGÜL, Ozan, “Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi’nin Konumu’ Başlıklı Tebliğin Yorumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011, s. 123.

<sup>22</sup> ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 45.

<sup>23</sup> Cass R. SUNSTEIN, (Editorial) “Taking Over the Courts”, New York Times, 9 Kasım 2002, s. 19’dan nakleden: KMIÉC, Keenan D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004, s. 1463.

<sup>24</sup> Lino A. GRAGLIA, “It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, Yıl 1996, s. 296’dan nakleden: ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 123. Ergül bu tanımlamayı eleştirmiştir. O’na göre, bu aktivizm anlayışı çerçevesinde uygun yargısal karar ile yargısal aktivizm arasındaki fark, haliyle kişinin anayasadan ne anladığına göre değişmektedir. Graglia’nın ifade ettiği “anayasanın açıkça yasaklamadığı sınırlar” üzerinde anlaşılmadığı sürece, yargısal aktivizm konusunda anlaşmak mümkün görünmemektedir. ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 45.

<sup>25</sup> KMIÉC, s. 1465.

*bakımından başarısız olmalarını” ifade eder<sup>26</sup>.*

Korucu’ya göre, yargısal aktivizm kavramı, en genel hâliyle ele alındığında, anayasallık denetimi yapmakla görevli yargı organlarının olağan yargısal denetim sınırlarını aşması durumudur. Yasama organının siyasî takdirlerine yargı organları tarafından müdahale edilmesi veya genel olarak yargının siyasî nitelikli kararlar alması durumunda, genellikle yargı mercilerinin aktivist bir tutum sergilediğinden söz edilir. Bu yönüyle ele alındığında yargısal aktivizm, *hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olmalarını* ifade eder<sup>27</sup>. Kmiec, aktivist hâkimlerin, mahkemeden ziyade yasama organı gibi hareket ettiklerini ifade etmektedir<sup>28</sup>. Hakyemez’e göre, yargısal aktivizm, “gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur”<sup>29</sup>. Atar’a göre, yargısal aktivizm kavramı, yargıçların, önlerine gelen davalarda kamu politikalarına yön vermek için hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme isteklerini anlatır<sup>30</sup>. Ergül’e göre, Amerikan hukukunda “aktivist mahkeme” tabiri, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, diğer bir deyişle “kürsüden yasa yapan” mahkeme için kullanılmaktadır<sup>31</sup>.

Kanaatimce, yargısal aktivizm, anayasa yargısı mercilerinin anayasallık denetimi kapsamında yapmış oldukları faaliyetlerde, siyasi iktidarın anayasal yetki sınırları içerisine giren yasama ya da yürütme tasarruflarını hukukîlik denetimi sınırlarının dışına çıkarak yerindelik denetimine kaymak suretiyle geçersiz kılarak politika belirleyici gibi hareket etmeleri veya kendilerine muhtelif manalar yüklenebilecek genel, soyut ve muğlak nitelikteki anayasal normların muhtevasının ne olduğunu, bazen sahip oldukları siyasi, felsefi, ideolojik, dini vb. eğilimlerin de tesiriyle sübjektif değerlendirmeler yoluyla, bazen de insan haklarının korunması vb. daha başka Saiklerle bizzat belirlemeleri veyahut da yorum yoluyla anayasal yetki sınırlarını zorlayarak kendilerine yeni yetki alanları açmaları şeklinde tanımlanabilir.

---

<sup>26</sup> CROSS Frank B.,/LİNDQUİST, Stefanie A., “The Scientific Study of Judicial Activism”, Minnesota Law Review, C. 91, No. 6, Yıl 2007, s. 1765’den nakleden: KORUCU, s. 223.

<sup>27</sup> İbid., s. 204.

<sup>28</sup> KMİEC, s. 1471.

<sup>29</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 35.

<sup>30</sup> ATAR, Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı, S. 25, Yıl 2008, s. 97; ATAR, Yavuz, “Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak”, Star Gazetesi Açık Görüş Eki, 23.06.2008.

<sup>31</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118.

## B. Yargısal Aktivizmin Ortaya Çıkma Şekilleri

Anayasallık denetimi yapan yargı organlarının, hukukilik denetimi sınırlarının dışına çıkmak suretiyle anayasal yetki mecrainı taşarak kararlar almaları, çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. Yani yargısal aktivizmin, muhtelif görünüm şeklinin mevcuttur. Yargısal aktivizmi kavramsal zeminde ele alan yazarlar, yargısal aktivizmin görünüm şekilleri konusunda farklı ölçüleri göz önünde bulundurarak, birbirinden farklı tasnif türlerini ileri sürdükleri görülmektedir.

William Marshall'a göre, yargısal aktivizm yedi şekilde karşımıza çıkar: (1) Çoğunluğun görüşüne karşı gelen (çoğunluk karşıtı) aktivizm: Mahkemelerin seçimle iş başına gelen organların verdikleri kararlara uyma noktasında gönülsüz davranmaları, bu kararların, yargı kararlarıyla geçersiz kınılması; (2) *İçtihadî aktivizm: Mahkemelerin daha önceleri verilmiş olan emsal ya da içtihadî kararlara uymaksızın kararlar vermeleri*; (3) *İlk hazırlanıştaki anlayışa karşı gelen aktivizm (Orijinalist olmayan aktivizm):* Anayasanın orijinal anlamının yargı organları tarafından göz ardı edilmesi; (4) Yetki veya görevle ilgili aktivizm: Mahkemelerin kendi görevleriyle ilgili yargısal sınırlara uymamaları; (5) *Yargısal yapım (yargısal inşacılık):* Yargı tarafından Anayasa doktrininde yeni teorilerin ve hakların ortaya konulması, bir diğer ifadeyle hâkimlerin karar alırken yeni bir teoriye dayanmaları veya yeni bir doktrin vücuda getirmeleri; (6) Haksızlık veya zararın giderilmesiyle ilgili aktivizm (*Telâfi edici aktivizm*): Yargı yetkisi kullanılarak, yasama ve yürütmeye haksızlık ve zararları giderici yönde görevler yüklenilmesi. Bu tür aktivizm, herhangi bir haksızlığın telâfi amacıyla sahip olunan yargısal gücün, devlete belli edimlerde bulunma zorunluluğu yüklemek amacıyla kullanılmasıdır; (7) Partizan aktivizm: Yargı yetkisi kullanılarak, açık ve net şekilde partizanca amaçların gerçekleşmesini sağlayacak yönde kararlar verilmesi<sup>32</sup>.

Bradley Canon'a göre yargısal aktivizmin altı boyutu ve anlamı şöyledir: (1) Çoğunlukçuluk: demokratik süreçler sonucunda kabul edilmiş siyasaların yargı tarafından etkisiz hale getirilmesi; (2) Yorumlama İstikrarı: önceki mahkeme kararlarının, doktrinlerin veya yorumların değiştirilmesi; (3) Yorumlamada Sadakat: anayasa hükümlerinin onları kaleme alanların açık niyetlerinin ya da kullanılan dilin açık anlamının aksine yorumlanması; (4) İçerik/Demokratik Süreç Ayrımı: yargı kararlarının demokratik siyasi süreçlerin korunması yerine maddi siyasaları yaratması; (5) Siyasanın Belirlenebilirliği: yargı kararının diğer kurum ve bireylere takdir hakkı bırakmak yerine siyasayı kendisinin

---

<sup>32</sup> William P. MARSHALL, "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", University of Colorado Law Review, Vol. 73, No 4, Yıl 2002, s. 1223, 1229, 1232, 1236, 1240, 1242, 1245'den nakleden: KORUCU, s. 205; ÖZTÜRK, Fatih, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, Beta y., İstanbul, 2012, s. 118.

yaratması; (6) Alternatif Bir Siyasa Yapıcının Bulunması: aynı sorunun başka devlet kurumları tarafından ciddi biçimde ele alınmasının yargı kararı ile engellenmesi<sup>33</sup>.

Kmiec'e göre, yargısal aktivizm türleri şunlardır: (1) Yasama ve yürütme işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınması; (2) *İçtihatların göz ardı edilmesi*; (3) Yargısal yasama; (4) Kabûl görmüş yorum metodolojisinden sapma; (5) Sonuç odaklı yargılama<sup>34</sup>.

Young'a göre yargısal aktivizmin görünüm şekilleri şunlardır: (1) Federal politik dalların veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması; (2) Anayasa metni ve/veya tarihten sapmak; (3) Yargısal içtihatlardan sapmak; (4) Sınırlı veya "minimalist" kararlar almak yerine kapsamlı veya "maximalist" kararlar vermek; (5) Kapsamlı telâfi edici yetkiler kullanmak; (6) Partizan politik referanslara göre karar vermek<sup>35</sup>.

Korucu'ya göre, yargısal aktivizm şu görünüm şekillerinden oluşmaktadır: (1) *Çoğunluk karşıtı aktivizm*; (2) *Çoğunlukçu aktivizm*; (3) *İçtihadî maksimalizm*; (4) *Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi*; (5) *İçtihatların göz ardı edilmesi*<sup>36</sup>.

### C. Yargısal Aktivizm'in Ortaya Çıkış Şekillerine İlişkin Bir Değerlendirme

Anayasallık denetimi yapan yargı mercilerinin olağan yargısal sınırları aşarak yetki mecralarını taşmaları durumu söz konusu olduğunda, genellikle yasama ve anayasallık denetimine tabi bazı yürütme işlemlerine yönelik yargısal müdahaleler akla gelmektedir. Anayasa yargısı tarafından siyasî karar alma süreçlerine müdahale edilmesi ve demokrasinin temel prensiplerinden birisi olan çoğunluğa dayalı yönetim anlayışının zedelenmesi, yargısal aktivizmin en yaygın ve belirgin görünüm şekillerinden birini teşkil etmektedir<sup>37</sup>. Yasama ve bazı yürütme işlemlerini anayasallık açısından denetlemekle görevli anayasa yargısı organlarının, yasama işlemlerini iptal ederek ya da ihlalin varlığını tespit ederek geçersiz kılmak suretiyle "çoğunluk karşıtı" bir tutum içine girecekleri doğrudur. Mesele bu yönü itibarıyla ele alındığında, yargısal aktivizm, toplumdaki siyasî karar alma sürecinin demokratik ilke ve değerlerden sapmasına yol açmakta ve demokrasinin temel prensibi olan "çoğunluğa dayalı yönetim" anlayışını zedelemektedir<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> CANON, Bradley C., "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, December / January 1983, s. 236-239'dan nakleden: ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 125.

<sup>34</sup> KMIÉC, s. 1463-1476.

<sup>35</sup> YOUNG, *Judicial Activism and Conservative Politics*, s. 1144'den nakleden: KORUCU, s. 206.

<sup>36</sup> *İbid.*, s. 207.

<sup>37</sup> *İbid.*, s. 207.

<sup>38</sup> *İbid.*, s. 204.



Bazı yazarlara göre, yargısal aktivizm, çoğunluk karşıtlığı ile özdeşdir. Bir diğer ifadeyle yargısal aktivizm, yasama çoğunluğuyla yargı arasındaki uyumsuzluktan ibarettir. Bu görüşü benimseyen James Bradley Thayer tarafından formüle edilen ölçüte göre, kanunlar ancak bariz bir şekilde anayasaya aykırı olmaları durumunda geçersiz kılınabilmelidir. Böyle bir işlemi anayasallık denetimi kapsamında geçersiz kılan anayasa yargısı kararı hukukîlik denetimi sınırları içerisinde kabul edilir ve bu kararın aktivist olduğu iddia edilemez. Herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir anayasaya aykırılık olmadığı, anayasa tarafından açıkça men edilmeyen bir yasama ya da yürütme işleminin söz konusu olduğu durumlarda, anayasallık denetimi yapan yargı organlarının, yasama iradesine uygun şekilde hareket etmeleri gerekir. Aksi yönde bir tutum sergilenerek bu tür işlemlerin iptal edilmesi halinde, hukukîlik denetimi haricine çıkılarak yargısal denetim yetkisinin sınırları aşılmış olacaktır. Bu durum, hukuk yaratma faaliyetini gerekli kılacağı için, aktivist bir karar olarak kabul edilmelidir<sup>39</sup>. Anayasa yargısı tarafından, yasama çoğunluğunun Anayasanın tanıdığı siyasi takdir alanına giren konularda yapmış olduğu işlemleri iptal ederek ortaya koyduğu aktivizm, antidemokratik bir karakter taşıdığı gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>40</sup>.

Yargısal aktivizmin bir diğer tezahür şekli de, “çoğunlukçu aktivizm”dir. Yargısal aktivizmin, sadece çoğunluk karşıtlığı olarak nitelenmesi, bu bağlamda mutlak manada bir yargısal aktivizm-çoğunluk karşıtlığı özdeşliğinin mevcut olduğunun ifade edilmesi doğru değildir. Bunun bazı istisnaları söz konusu olabilmektedir. Mesela anayasa tarafından açıkça men edilen bir yasama işleminin veya Anayasaya açıkça aykırı olan ve bu sebeple de iptali gereken bir yasama işleminin anayasallık denetimi kapsamında geçersiz kılınması gerektiği hâlde, bu işlemin AYM tarafından hiçbir yaptırıma tabi tutulmaması durumunda, alınan AYM kararını hukukîlik denetimi sınırları içinde kabul edebilmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda da yargısal aktivizm ortaya çıkar<sup>41</sup>. Green tarafından “aşırı yargısal uyum” kavramıyla ifade edilen bu tutum, “çoğunluk karşıtı aktivizm”in tam tersi bir durumdur ve bu sebeple söz konusu durum, “çoğunlukçu aktivizm” kavramıyla ifade edilebilir<sup>42</sup>. Çünkü böyle bir durumda, yasama organının iradesi ile anayasallık denetimi yapan yargı kararı arasında ortaya çıkan uyum, olağan yargısal denetim sınırları içinde, bir diğer ifadeyle hukukîlik denetimi sınırları içinde ortaya çıkabilecek türden bir uyum değildir<sup>43</sup>. Anayasa yargısı hâkimleri, bu durumda, anayasaya aykırı bularak geçersizleştirilmesi icap eden bir yasama işlemini, aktif bir tutum takınarak iptal etmemiş olmaktadır.

---

<sup>39</sup> İbid., s. 209.

<sup>40</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 36-37.

<sup>41</sup> KORUCU, s. 204, 208, 209.

<sup>42</sup> İbid., s. 210.

<sup>43</sup> İbid., s. 210.



Bir yasama ya da anayasallık denetimine tabi yürütme işleminin anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü durumlarda, yapılacak anayasallık denetiminin sadece itiraza konu olan maddelere ilişkin olması icap eder. Mesela 2547 Sayılı Kanununun 15/3, 19/2, 25/1. maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal dava açılmış olsun. AYM'nin sadece burada sözü edilen hükümlerin anayasallığını denetlemesi gerekir. Anayasa yargısının, burada sözü edilen maddeler yanında, davanın gereklerini aşarak, itiraz konusu yapılmayan bazı maddeler (5/1, 9/2, 17/3. md. gibi) hakkında da anayasallık denetimi kapsamında karar vermesi halinde, hukukî denetimi sınırları taşarak aktivist bir tutum sergilenmiş olunacaktır. Sunstein tarafından "*ıçtihadî maksimalizm*"<sup>44</sup> olarak ifade edilen bu durum, esasen anayasa yargısı kararlarının neticesi ile alakalı değil, kapsamı ve muhtevası ile alakalıdır.

Bazen de yargısal aktivizm, Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği bazı sonuçların AYM kararlarıyla elde edilmesi durumunda ortaya çıkabilmektedir<sup>45</sup>. Bork, yargıçların orijinal anlamı araştırmak yerine anayasada öngörülme-yen birtakım ilkelere göre karar vermesini sübjektif değerlerin dayatılması olarak görür<sup>46</sup>. ABD Anayasasını hazırlayanların, orijinalist yorum yöntemini öngörmedikleri gibi, anayasal değişim sürecinde yargının belli bir rolünün olduğunu kabul ettikleri ve anayasayı da bu anlayışla hazırladıkları ifade edilmiştir<sup>47</sup>. Barnett'e göre, anayasanın orijinal anlamı kesin olarak bilinmediği sürece, sadece bu kararın sonucuna bakarak, onun aktivist olup olmadığı söylenemez<sup>48</sup>.

Roosevelt, hâkimlerin yerleşik yorumlara aykırı kararlar vermesini de aktivizm tanımı çerçevesinde ele almaktadır<sup>49</sup>. Buna göre, anayasa yargısı, bu tür kararlarında, uzunca süreden beri benimsemiş olduğu yerleşik içtihatlarını görmezden gelmektedir<sup>50</sup>. Anayasa yargısı merciinin, bu gibi durumlarda, bir hukuk yaratma faaliyetini gerçekleştirmiş olduğu ve bu doğrultuda alınan kararların olağan anayasa yargısı sınırları içerisinde kabul edilmesinin pek mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>51</sup>. Yargı organlarının, benzer durumlar

---

<sup>44</sup> SUNSTEIN, Cass R., "Foreword: Leaving Things Undecided", Harvard Law Review, 110, No. 1, Yıl 1996, s. 6-7'den nakleden: İbid., s. 210.

<sup>45</sup> İbid., s. 211-212.

<sup>46</sup> BORK, Robert H., The Tempting of America: The Political Seduction of Law, Touchstone, New York, 1991, s. 146-147'dan nakleden: İbid., s. 213.

<sup>47</sup> İbid., s. 213.

<sup>48</sup> BARNETT, Is The Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Clause Cases, s. 1280-1281'den nakleden: İbid., s. 215.

<sup>49</sup> Kermit ROOSEVELT, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, Yale, 2006, s. 3'den nakleden: ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 126.

<sup>50</sup> İbid., s. 124; KMIEC, s. 1466-1467.

<sup>51</sup> KORUCU, s. 205.

karşısında yorumsal tutarlılık ve içtihadî bütünlük kapsamında birbirine yakın tepkiler vermelerinin sağlanması, yargısal faaliyetlerin yeknesaklığının ve hukukî öngörülebilirliğin sağlanabilmesi açısından oldukça önemlidir. Daha önce verilen içtihatlar dikkate alınmadan oluşturulan tüm yargısal kararların aktivist olduğu söylenemez. Mesela anayasaya aykırı aktivist bir içtihadın varlığı durumunda, bu içtihadın göz ardı edilmesini gerektiren haklı bir sebebin varlığı halinde, alınan karar genellikle aktivist sayılmamaktadır<sup>52</sup>.

## II. Yargısal Aktivizmin Karşıtı Bir Kavram: Yargının Kendini Sınırlandırması

Batıda yargısal aktivizm kavramının mahzurlarının giderilmesi amacıyla yönelik olarak “yargının kendisini sınırlandırılması” düşüncesi geliştirilmiştir. Bu konuda da doktrinde tam bir mutabakat mevcut değildir.

### A. Yargının Kendisini Sınırlandırması

ABD Federal Yüksek Mahkemesi uygulamaları tarihine bakıldığında, bazı kararlarda “yargısal aktivizm”, bazı kararlarda ise “kendisini sınırlandırma” örneklerine rastlandığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, uzunca bir süre önüne gelen bazı davalarda, hukuken yargısal denetim yapabilmesine mani bir durum olmadığı halde, *savaş durumunun devamı, anayasa değişikliği öngörülen bir teklifin usulü dairesinde onaylanıp onaylanmadığı, dış politika sorunları vb. sorunlara ilişkin siyasi nitelikte kabul ettiği hükümet tasarrufu ya da kanuni düzenlemeleri*, siyasi nitelikteki konulara ilişkin oldukları gerekçesiyle denetlemekten kaçınmış ve bunların, siyasi iktidarın takdir, tasarruf ve sorumluluğu alanında olduğu yönünde kararlar vermiştir<sup>53</sup>. Federal Yüksek mahkeme, bu tür sorunların çözüm merciiinin mahkemeler değil, siyasi iktidarlar olduğuna karar vermiştir. Bu şekilde Yüksek Mahkeme, “*kendisine ait yetki alanını kendi eliyle sınırlandırmış*” olmaktadır<sup>54</sup>. Yargısal aktivizmin ne manaya geldiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, onun karşıtı olan “yargının kendisini sınırlandırması”nın da ele alınması zorunluluk arz etmektedir<sup>55</sup>.

### B. Yargının Kendisini Sınırlandırması Konusunda Doktrindeki Görüşler

Yargının kendisini sınırlandırması meselesine yönelik yaklaşımlar çok farklıdır. Schelesinger’e göre, yargısal sınırlılık, en iyimser bir görüşle bir “seraptır”. Yargısal sınırlılık taraftarları, hâkimler tarafından gerçekleştirilen adalet tasarımına şüphe ile yaklaşmaktadırlar. Onlara göre, her bir kanunun

---

<sup>52</sup> İbid., s. 217.

<sup>53</sup> ÖZTÜRK, s. 4.

<sup>54</sup> İbid., s. 4.

<sup>55</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 117-118.

belli manaları mevcuttur ve bu manalar hangi grubun menfaatine olduğuna bakılmaksızın bu manalardan inhiraf etmemek gerekir<sup>56</sup>. Yargının siyasi işlevine dair tartışmaların, “*yargısal aktivizm*” ve “*yargısal kendini sınırlama*” kavramları üzerinden yürütülmesini faydasız ve lüzumsuz gören McWhinney’e göre, kapsamı fazlasıyla geniş olan bu kavramlar, bir hâkimin hukuk anlayışını tam olarak kavrayabilmek açısından tek başına kâfi değildir. Tamamen saf ve konsantre bir “*yargısal aktivizm*” veya “*yargısal kendini sınırlama*” diye bir şey yoktur. Yargısal aktivizmin, “*yer*” ve “*zaman*” kriterine göre analiz edileceği bir tasnife ihtiyaç vardır. Çünkü bir hâkimin hukuk anlayışından söz edilirken, aktivizme *ne zaman* ve *nasıl* yöneldiğini incelemek, gözlemciler açısından daha anlamlı neticeler verecektir<sup>57</sup>. Wolfe’e göre, anayasa yargısının varlığı kabul edildiği sürece, “*yargısal aktivizm*” ile “*yargısal kendini sınırlama*” arasındaki sınırlar tamamen sun’idir. Bu iki kavram arasındaki fark, sadece *hukuk yaratma* faaliyetinin derecesiyle ilgili bir konudur<sup>58</sup>. *Yargının kendini sınırlaması* eğiliminde olan hâkimler, hukuk yaratma faaliyetini daha dar kapsamlı bir çerçevede yerine getirirlerken; *yargısal aktivizm* uygulamasını benimseyen hâkimler bu konuda daha aktif ve öncü bir rol üstlenmişlerdir<sup>59</sup>.

Yargının kendini sınırlandırması uygulamasını benimseyen Federal Yüksek Mahkeme Hâkimlerinden Frankfurter, yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirterek, “mahkemelerin bu siyasal çalılığa girmemeleri” gerektiğini ifade etmiştir<sup>60</sup>. Frankfurter ve Jackson gibi hâkimler, bu mevzuya ilişkin fikirlerini, özünde yasamanın iradesine riayet etmek adına, ister sağda, isterse solda olsun, yargının üstünlüğü yerine, yargısal sınırlılık ilkesi ile uyumlu olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokratik sürece dayandırmaktadırlar. Yargısal sınırlılık taraftarlarına göre, şayet yasama organı bir konuda hata yapacak olursa, onu telafi edecek olan yargı mercileri değil, yasamanın bizzat kendisidir<sup>61</sup>. Doehring’e göre de, günümüzde sadece şu tavsiyeyi yapmaktan başka bir çare yoktur: “Anayasa yargıcı görevini yerine getirirken mutlaka kendi

---

<sup>56</sup> İbid., s. 122; KMİEC, s. 1447.

<sup>57</sup> MCWHINNEY, E., “The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making”, New York University Law Review, C. 33, No. 6, Y. 1958, s. 786’den nakleden: KORUCU, s. 222.

<sup>58</sup> WOLFE, Christopher, Judicial Activism, Bulwark of Freedom or Precarious Security?, Revised Edition, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland, 1997, s. 31-32’den nakleden: İbid., s. 221.

<sup>59</sup> İbid., s. 221.

<sup>60</sup> KOOPMANS, Tim, Counts and Political Institutions: A Comporative View, Cambridge University Press, Cambridge, s. 52’den nakleden: ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258.

<sup>61</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 122; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39; KMİEC, s. 1447.

kendini sınırlamalı ve özellikle hukuk yaratma yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır”<sup>62</sup>.

Özbudun’na göre, Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini tahkim edecek bir diğer faktör de, özellikle temel siyasi tercihleri ve değer yargılarını ilgilendiren alanlarda AYM’nin aktivist bir tutum takınmaları yerine, kendi kendini sınırlama yaklaşımı izlemesidir. Anayasa hâkimleri kararlarında kendi değer yargılarının tesirinde kalırlar, değerlerinden tümüyle arındırılmış bir Anayasa yargısı ve yorum faaliyeti düşünülemez. Fakat Anayasa hâkimleri, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine de önem verirler ve bu anlamda stratejik düşünürler. Bu da onları kendi kendilerini sınırlandırmaya sevk edebilir. Bu vesileyle AYM hâkimlerinin kendi kendilerini sınırlamaları ve aktivist bir tutum izlememeleri Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendirir<sup>63</sup>.

*ABD hukuk sisteminde “aktivist mahkeme” kavramı, genel olarak, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, bir diğer ifadeyle “kürsüden kanun yapan” mahkemeleri tanımlamak için kullanılırken, “kendini sınırlayan mahkeme” kavramı, yerleşik hukuk ilkelerine uyan, sosyal siyasa üretimi işine girişmeyen mahkemeler için kullanılır<sup>64</sup>.*

Burada sözü edilen her iki kavram, anayasa yargısı tarafından ortaya konulan davranışların açıklanmasında kullanılmaktadır. Bunların kullanılma şekilleri kişilerin zihin dünyasını şekillendiren hâkim siyasi atmosfere göre değişebilmektedir<sup>65</sup>. Bu sebeple bazılarınca, bu iki kavram, belli bir mahkeme tarafından verilen kararı yorumlayan kişinin (siyasi) görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetilmektedir<sup>66</sup>.

### **C. Yargının Kendisini Sınırlaması Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi**

Herhangi bir mahkemenin, hemen her konuda aynı düzeyde aktivist tutumlar sergileyeceklerini varsaymak bazı kereler doğru olmayabilmektedir. Anayasallık denetimi yapan yargı organları, belli bir konuda *aktivist* bir

---

<sup>62</sup> DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı, (Çev.: Ahmet Mumcu), 3. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 245-246.

<sup>63</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, (04-06 Ocak 2005 Ankara), (Edt.: Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005, s. 350; TURHAN, Mehmet, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, (Edt.: Mehmet TURHAN & Hikmet TÜLEN), Anayasa Mahkemesi y., Ankara, 2006, s. 60.

<sup>64</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39-40.

<sup>65</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39.

<sup>66</sup> ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39-40.

tutum izlerken, bir başka konuda bunun tam tersi yönde bir tutumu benimseyebilmektedir. Mesela klasik liberal iktisadi felsefe ile uyumlu olarak devletin ekonomik işlevlerinin sınırlandırılması gerektiğine inanan ve bu inancın bir tezahürü olarak iktisadi hayata müdahale niteliğindeki yasama işlemlerine karşı aktivist bir tutum izleyerek bunları Anayasaya aykırı bularak etkisizleştiren bir mahkeme, siyasî hakların ya da negatif statü haklarının söz konusu olduğu durumlarda, yasamanın sınırlayıcı tasarruflarına karşı aynı hassasiyeti ortaya koymayabilir. Keza yasama işlemleri vasıtasıyla siyasî haklara ya da negatif statü haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler söz konusu olduğunda, aktivist bir tutum izleyen bir başka mahkeme, pozitif statü haklarının sınırlandırılmasını içeren yasama işlemlerine karşı aynı hassasiyeti göstermeyebilir<sup>67</sup>. Wolfe'un ifadesiyle, anayasayı yorumlayan herkes, birbirinden farklı konularda aktivizm ve sınırlamacılık arasındaki yelpazenin farklı noktalarında konumlanmaktadır<sup>68</sup>.

Genellemeci tanımlamanın doğrudan bir neticesi olarak, isabetli olmayan bir tasnif ile, daha önceki dönemlerde ABD'nde genellikle muhafazakâr mahkemeler için *sınırlı*, liberal mahkemeler için ise *aktivist* nitelemesi yapılmakta idi. Warren ve Burger'in ABD Federal Yüksek Mahkeme başkanlığını üstlendikleri takriben otuz yıllık dönem boyunca alınan kararların, böyle bir genellemeyi haklı kılacak nitelikte olduğu görülmektedir. Bahsi edilen bu dönem boyunca Yüksek Mahkeme üyelerinin, ilerlemeci Amerikan liberalizmi ile uyumlu neticelerin hâsıl olması için aktivist bir tutum izlemekten çekinmedikleri görülür. Yüksek Mahkeme tarafından bu dönemde alınan aktivist kararları eleştirenlerin büyük ekseriyetinin muhafazakâr eğilimli olmaları, "*yargısal aktivizm = liberalizm*", "*yargısal kendini sınırlama = muhafazakârlık*" şeklindeki özdeşliğin yaygın bir kanaat hâline gelmesine yol açmıştır<sup>69</sup>.

Daha uzun zamanlı yapılacak değerlendirmeler dikkate alındığında, bu kavramların, "*muhafazakâr-sınırlı mahkeme*" ve "*liberal-aktivist mahkeme*" şeklinde istisnasız ve sürekli bir şekilde herhangi bir ideoloji veya siyasî eğilim ile özdeş olduklarını ifade etmenin isabetli olmadığını belirlemek gerekir<sup>70</sup>. Bu belirleme ile uyumlu olarak, muhafazakâr eğilimli Baş Hâkim Rehnquist döneminin mahkemesi, bazı kararlarından dolayı muhafazakâr, bazı kararlarından dolayı da aktivist olmakla eleştirilmiştir<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> KORUCU, s. 221.

<sup>68</sup> WOLFE, *Judicial Activism, Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, s. 5'den nakleden: İbid., s. 222.

<sup>69</sup> İbid., s. 223-224.

<sup>70</sup> İbid., s. 223-224; ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 118; *Berraklaştırılmayan Bir Kavram...*, s. 39-40.

<sup>71</sup> ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 118; *Berraklaştırılmayan Bir Kavram...*, s. 39-40.

Kanaatimce, her ne kadar AYM'lerinin, hak ve hürriyetler konusunda koruyucu yönde aktivist tutum sergilemeleri, demokratik sistemin güçlenmesi ve kendisinin demokratik meşruiyetinin sağlam zemine yerleşmesi açısından olumlu olacak kabul edilse de, siyasi ve iktisadi tercihler konusunda ve ekonomik ve sosyal haklarla alakalı olarak kendilerini sınırlama yaklaşımını izlemeleri isabetli olacaktır. Bunun temel sebebi, anayasal demokratik bir düzen kuran Anayasanın, ideolojik olarak tarafsız bir belge olması ve bu sebeple de siyasi partilere aynı sosyal ve iktisadi politikayı benimsemeye zorlamaması gerekliliğidir<sup>72</sup>. AYM'nin, demokratik meşruiyetin bir gereği olarak, kuvvetler ayrılığı kapsamında yer alan yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralları yorumlarken de kendini sınırlama yaklaşımını benimsemesi gerekir<sup>73</sup>.

AYM'nin hemen her konuda kendini sınırlamasını lüzumlu görmek isabetli değildir. Anayasal demokratik bir rejimde, AYM'nin aktif olmasının meşru görülebileceği alan, sadece kişisel ve siyasi haklar alanıdır<sup>74</sup>. Yasamanın üstünlüğü ilkesinin istisnasını teşkil edecek şekilde halkın siyasi katılımının kısıtlanmasını meşrulaştıracak ve AYM'nin anayasal demokratik meşruiyetini temin edecek en önemli husus, hak ve hürriyetlerin anayasallık denetimi yoluyla korunmasıdır. Şayet bir ülkede Anayasa yargısı, anayasallık denetimi kapsamında hak ve hürriyetleri siyasi iktidarın tasarruflarına karşı demokratik bir toplumda olması gerektiği şekilde koruyamıyorsa, meşruluk temelini yitirmiş<sup>75</sup>, yasamanın yetki alanı anayasal demokrasi ile çelişecek şekilde kişi hakları aleyhine genişlemiş olacaktır.

Anayasa hâkimlerinin, anayasallık denetimi görevini yerine getirirken, kişisel (negatif statü) ve siyasi hak ve hürriyetler alanı haricinde kalan ve anayasaya açıkça aykırılık teşkil etmeyen siyasi iktidar işlemleri konusunda kendisini sınırlama eğilimini tercih etmemesi, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine zarar verebileceği gibi, bundan demokrasi de yara alacak, bu durum sebebiyle hâkimler hükümeti zemininde ciddi tartışmalar yaşanacaktır. Anayasa yargısı ekonomik ve sosyal alanın sınırlarını da tayin edici konuma gelebileceği için, siyasi iktidarın demokratik zeminde sahip olduğu etkinlik alanı daralacaktır. Bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile esaslı bir şekilde çelişir. Bir diğer ifade ile yargının, siyasi iktidarın yetki alanına giren konularda etkin olmaya çalışması, yargı erkinin faaliyet alanının siyasi iktidar (yasama ve yürütme) aleyhine genişlemesi neticesini ortaya çıkaracaktır.

---

<sup>72</sup> TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 61.

<sup>73</sup> İbid., s. 62; ÖZBUDUN, Yargının Demokratik Sistemlerde..., s. 351.

<sup>74</sup> ÖZBUDUN, Yargının Demokratik Sistemlerde..., s. 351; TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 62.

<sup>75</sup> TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 62.

### III. Yargısal Aktivizm Ortaya Çıkış Sebepleri

Yargısal Aktivizmin ortaya çıkışını tek bir sebebe bağlamak mümkün değildir. Bu konuda her bir ülkedeki değişen şartlara bağlı olarak yargısal aktivizmi tetikleyen muhtelif sebeplerin mevcut olduğu görülmektedir.

#### A. Anayasada Yer Alan Genel ve Soyut Hüküm ve İfadeler

Yargısal aktivizmin ortaya çıkmasına sebep olan hususlardan birisi, Anayasada yer alan genel, soyut ve muğlak nitelikteki ifadelerdir. Demokrasi, cumhuriyet, laiklik vb. bazı çok masum görülen soyut kavramlar, Anayasallık denetiminde, değişen çeşitli şartlara bağlı olarak, bazen insan haklarını koruyucu, bazen de insan haklarına kısıyıcı yönde yorumların yapılmasına müsait bir zemin sağlamaktadır. AYM'leri bu kavramlardan hareketle rahatlıkla insan haklarına kısıyıcı yöndeki kanuni düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmayabilmektedir.

1982 Anayasasının Başlangıç Kısmında resmi ideolojinin yapı taşlarını teşkil eden ve kendilerine anayasallık denetiminde AYM tarafından hukuki anlamlar yüklenilmeye çalışılan *“Atatürk milliyetçiliği ve medeniyetçiliği”*; *“Türk milletinin ebedi varlığı”*, *“çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi”*; *“Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu”*, *“millî kültür”*, *“millî varlık”*, *“Türk milli menfaatleri”*; *“Türklüğün tarihî ve manevî değerleri”*; *“Atatürk milliyetçiliği”*; *Atatürk medeniyetçiliği”*; *“kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılması”*; *“toplumun huzuru”*, *“millî dayanışma”* vb. Anayasa hukukuna özgü kavramlar değildir. Bunlar, esas itibarıyla siyasi, toplum bilimsel, edebi, felsefi vb. ifadeler olup<sup>76</sup>, ideolojik-siyasi bir seçimi ya da dileği ifade etmek dışında bir anlam taşımazlar. Bu vesileyle hukuk metinlerinin bu türden yüklemelerle doldurulmasında isabet yoktur<sup>77</sup>. Bu kavramlar, İnkılâp Tarihi, *Türkiye'nin Siyasi Tarihi*, *Türkiye'nin Çağdaşlaşması* vb. kitaplarda yer alabilirse de, bunlara Anayasada yer verilmesi, bunlara anayasal manalar yüklenmeye çalışılması; bunların anayasallık denetiminde ölçüt norm olarak kullanılması, Anayasa tekniği ile bağdaşmaz<sup>78</sup>. Türk AYM, anayasallık denetimi kapsamında Anayasa kurallarını yorumlarken Başlangıçta yer alan bu ilkeleri sık sık devreye girdirmiş; bu ilkelerin önemli bir kısmını, Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymış ya da Anayasadaki kuralların yorumunda uyulması gereken “kesin emir”ler olarak

---

<sup>76</sup> UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 145; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin y., Ankara 2000, s. 162.

<sup>77</sup> TANÖR, Bülent, Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, TÜSIAD y., İstanbul, 1999, s. 53.

<sup>78</sup> KÜÇÜK, Adnan, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, Orion y., Ankara, 2012, s. 23.



değerlendirerek, bazen “*destek ölçü norm*”, bazen de “*bağımsız ölçü norm*” olarak kullanmış veya gerekçelerini bunlara dayandırmıştır<sup>79</sup>.

Doktrinde haklı olarak burada sözü edilen, son derece geniş ve kapsamı belirsiz nitelikte olan soyut kavramların, *tutucu ve otoriter nitelikte oldukları, bunların her türlü keyfi yorumlara kolaylıkla yol açabileceği*<sup>80</sup> ve bu kavramlar ölçütünde yapılacak anayasallık denetiminin, “hukukilik denetimi”nin ötesine geçilerek bir “yerindelik denetimi”ne dönüşebileceği, bunun da, bazen siyasi iktidarın meşru anayasal yetki alanının daralmasına, hak ve hürriyetlere kısılmasına yol açacak yasama ya da yürütme işlemlerinin anayasaya aykırı bulunmamasına yol açabileceği yönünde endişeler dile getirilmiştir<sup>81</sup>. Bu tür kavramlar anayasada yer alabilecek kavramlar olmadığı; toplum bilimi, siyaset bilimi, siyasi tarih vb. kavramlar oldukları için, anayasa yargısı tarafından anayasal nitelikte olmayan kavramların muhtevasının belirlenmeye çalışılması, onu anayasa hukukunun sınırları haricine çıkarabilecektir. Burada değerlendirmeler, anayasal ilkelere ziyade, siyaset bilimi, toplum bilimi, siyasi tarih disiplini içerisinde kalınarak gerçekleştirileceği için, artık hukukilik denetiminden söz edebilmek pek mümkün olmayacaktır. Anayasa yargısı hâkimleri, bu kavramların muhtevasını anayasa yargısı hâkimi gibi değil de, bir siyaset bilimci, bir toplum bilimci, bir siyasi tarihçi gibi hareket ederek belirlemeye kalkışınca, yorumlarda bu bilimlerin hâkim olan ilkeler ve esaslar belirleyici olunca, anayasallık denetiminin tabiatı ile çelişen bir işlev ortaya çıkacaktır. Anayasalarda, bu kabilden kavramlara yer verilmemesi, anayasallık denetiminin hukukilik denetimi sınırları içinde kalması için zorunluluk arz etmektedir.

Anayasa yargısı hâkimleri, anayasada yer alan ve siyasi-ideolojik tonlara sahip soyut kavramları, kişisel siyasi-ideolojik-felsefi-dini düşünce ve kabullerinin belirleyici etkisinde yorumlayabilmektedirler. Burada AYM hâkimlerinin çoğunluğunun eğilimleri ile yasama organındaki çoğunluğun eğilimleri farklı olabilmektedir. AYM hâkiminin dini, siyasi-ideolojik-felsefi inanışları burada etkili olabilmekte, bu hâkimler, dar manada “anayasaya

---

<sup>79</sup> TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul, 2002, s. 85; HAKYEMEZ, Militem Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 165; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2012, s. 76; UYGUN, s. 70-71. AYM’nin Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında “Başlangıç”ı ölçüt norm olarak kullandığı bazı kararları şunlardır: AYM Kr: E. 2001/343, K. 2002/41, KT: 27.03.2002; E. 2002/43, K. 2003/103, KT: 24.12.2003; E. 2003/14, K. 2003/6, KT: 26.02.2003; E. 2003/77, K. 2003/81, KT: 11.09.2003; E. 2004/6, K. 2004/5, KT: 27.01.2004. ÇAĞLAR, Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Semantik Bir Deneme İçin Notlar”, Anayasa Yargısı, C. 3, 1987, s. 178-179; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 77.

<sup>80</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 81; UYGUN, s. 26.

<sup>81</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 76-77.



uygunluk” denetimi yapmanın ötesine geçerek, doğrudan doğruya siyasi-ideolojik kararlar verebilmektedir<sup>82</sup>. Benzer şekilde AYM hâkimlerinin, etnisite, cinsiyet, dilsel vb. özelliklere bağlı olarak da farklı aktivist tutumları söz konusu olabilmektedir<sup>83</sup>. Özellikle katı siyasi-felsefi-dini-ideolojik temelli çatışmaların yaşandığı bazı ülkelerde, AYM hâkimleri, bu etkileşim neticesinde, bazen siyasi iktidarın meşru anayasal yetki ve takdir alanını daraltacak, bazen de hak ve hürriyetlere kısılmasına yola açacak şekilde aktivist kararlar verebilmektedir. Burada AYM, kimi durumlarda sanki yasama çoğunluğuna karşı bir siyasi muhalefet gibi hareket etmekte ve kanun koyucunun takdir alanını geniş şekilde sınırlamaktadır<sup>84</sup>.

### **B. Anayasa Yargısı Mercilerinin Vesayet Kurumu Gibi Hareket Etmeleri**

Bazen de, toplumdaki çoğunluğun, kendilerini aydın gören ilerici bir kesim tarafından geri, terbiye edilerek ehilleştirilmesi gerekli yığınlar olarak görüldüğü ülkelerde, AYM, ilerici kesimi temsilen bir vesayet mercii gibi hareket edebilmektedir. Modernleşmesinin, Batılı ülkelerde olduğundan farklı olarak, burjuva sınıfının öncülüğünde değil, askerî, akademik ve bürokratik devlet elitlerinin öncülüğünde gerçekleştiği bazı ülkelerde, demokratik siyasi hayata geçilmesinden sonra da, bu elitler devlet hayatında belirleyici bir rol kazanmıştır. Demokratik siyasi elitlerle, merkezîyetçi, bazen de otoriter devletçi elitleri arasındaki çatışma, bir bakıma, o ülkede çok partili siyasi hayatın sıklet merkezini teşkil etmiştir<sup>85</sup>. Bu tür ülkelerde Devlet elitleri, kendilerini “devletin vazgeçilmez muhafızları”, “Devletin sürekli menfaatlerinin koruyucuları”, bir “vesayet makamı” olarak algılamışlar; kısmî, özel ve gelip geçici menfaatlerin oportünist temsilcileri olarak gördükleri seçilmiş siyasi elitlere, hatta onların toplumsal tabanlarına daima şüphe ile bakmışlardır<sup>86</sup>. Bu tür ülkelerde, çoğu kereler genel olarak yargı organlarının, özel olarak da AYM’nin, bu zihniyetin tesirinden kendilerini kurtaramadıkları, kararlarında bu vesayetçi zihniyetin etkili olduğu görülebilmektedir<sup>87</sup>. Demokratik iradede korkulduğu bu yargısal aktivizm türünü, Batı demokrasilerindeki yargısal aktivizmden farklılaştırmak adına, *devletçi ve ideolojik bir yargısal aktivizm* olarak nitelendirmek

---

<sup>82</sup> ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı Ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 54, S. 3, Yıl 2005, s. 18.

<sup>83</sup> KAYA, s. 384.

<sup>84</sup> METİN, Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011, s. 92.

<sup>85</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 265.

<sup>86</sup> İbid., s. 265.

<sup>87</sup> İbid., s. 265.

mümkündür<sup>88</sup>. Burada siyasi çoğunluğa karşı, elit kesimlerde güvensizlik söz konusu olduğu için, Anayasa yargısı hâkimleri, siyasi kişiliklere veya bizatihi siyasetin kendisine önyargı ile yaklaşarak kararlar verebilmektedir<sup>89</sup>. Siyasi çoğunluğa karşı terbiye edici yönde verilen vesayetçi kararlarla, bazen siyasi iktidarın anayasal meşru yetki ve takdir alanı değişen ölçülerde daraltılmakta; bu yolla çoğunluğun iradesi ifsad edilerek bu kesim terbiye edilmekte, hatta bazen cezalandırılmaktadır.

### C. Amaç Odaklı Yönelimler

Bazen hâkimlerin, belli bir amaca ulaşma odaklı hareket ederek verdikleri kararlar aktivist olarak nitelendirilebilmektedirler. D. O'Scannlain, bu anlamda aktivizmi şöyle tanımlar: "Yargısal aktivizm basitçe siyasal organlara uymama hatasında bulunma veya öngörülebilirlik ve yeknesaklık kurallarından intikam alma anlamına gelmez; sadece gayri resmi başka bir amaç için böyle bir hatada bulunma anlamına gelir"<sup>90</sup>.

### D. Siyasi İktidarla Uyumluluk Çabası

Bazen AYM, iktidar partisi ve meclisteki siyasi çoğunlukla uyumlu kararlar vererek, Anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilecek bazı yasama işlemlerini, anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmemek suretiyle aktivist bir tutum sergileyebilmektedir<sup>91</sup>.

### E. Çoğulculuğu Sağlama Çabası

Bazen AYM, siyasi çoğunluğa karşı, anayasada yer alan soyut hükümleri, hak ve hürriyetleri koruyucu yönde yorumlayarak kararlar verir; bu yolla aktivist bir tutum sergileyerek azınlıkların hak ve hürriyetlerine yönelik teminat sağlayıcı yönde işlev görür. Günümüzde anayasal demokrasiler sınırsız bir çoğunluk yönetimi değildir. Sağlıklı işleyen bir demokrasinin ön şartı, azınlıkların haklarının da anayasal teminat altında olmasıdır. Bu şekilde çoğunluk yönetimi ilkesi, çoğunluğun sınırsız ve keyfi egemenliği ile özdeş olmaktan çıkarak azınlık haklarına saygılı bir çoğunluk yönetiminin formülü hâline gelmektedir<sup>92</sup>. AYM asıl meşruiyetini bu türden kararları ile elde ederler. AYM, bu tür kararları, istikrarlı ve sürekli bir şekilde verdiği ölçüde, demokrasinin anayasal zeminde kökleşmesine katkı sağlar.

---

<sup>88</sup> ATAR, Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, s. 98.

<sup>89</sup> KAYA, s. 384.

<sup>90</sup> KMİEC, s. 1476.

<sup>91</sup> METİN, s. 92.

<sup>92</sup> SANCAR, Mithat, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?", Demokrasi ve Yargı, (Edt.: Ozan ERGÜL, Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005, s. 52; KORUCU, s. 208.

### **F. Anayasa Yargısı Hâkimlerinin Kişisel Saiklerle Kararlar vermeleri**

Bazen de hâkimlerin, kişisel hırsları, meslekte yükselmek veya diğer hâkimlerden farklılığını belirtmek amacıyla aktivizme yönelmeleri ihtimal dâhilinde olabilmektedir<sup>93</sup>.

### **G. Psikolojik ve Hissi Saikler**

Zamana veya çeşitli durumlara göre konjonktürel pragmatizm durumu da söz konusu olabilmektedir. Siyasi ve sosyal olguların kavranması ve tahlil edilmesi doğrultusunda psikolojik algılar aktivist tutumla sonuçlanabilmektedir. Bu vesileyle, duyuşal-hissi etkenler somut hayatta bazı siyasi-sosyal veriler karşısında farklı reflekslere sebep olabilmektedir<sup>94</sup>.

### **H. Güvenlik Endişesi Temelli Hassasiyetler**

Bazen anayasa yargısı hâkimleri, ülkenin içerisinde bulunduğu güvenlik temelli zor zamanlarda, genel olarak hâkim konumunda olan güvenlik hassasiyetinden etkilenerek, güvenlik-hak ve hürriyetler dengesini değişen ölçülerde güvenlik tarafına kaydırabilmektedir. Burada güvenlik açısından sakıncalı görülen kesimlere yönelik hak ve hürriyetlerin alanını daraltıcı yönde hükümler içeren bazı yasama ya da yürütme işlemleri anayasaya aykırı bulunmayarak, anayasal demokrasi ile çelişecek şekilde aktivist tutum ortaya konulmaktadır. Bunun en bariz misallerini, ABD’deki McChartizm dönemi uygulamaları ile Türkiye’de Cumhuriyet ve laikliği koruma adına verilen AYM kararları teşkil etmektedir.

## **IV. Yargısal Aktivizmde AYM Kararlarının Niteliği Anayasa Yargısının Diğer Mahkeme Kararlarından Farkı**

Anayasa yargısı mercii ile diğer mahkemelerin yargılama faaliyetleri nitelik ve neticeleri itibariyle diğer mahkemelerden oldukça farklıdır. Bu farklılık en başta yargısal aktivizm bakımından ehemmiyet arz etmektedir. Bu vesileyle, bu farklılıkların yargısal aktivizm açısından tahlil edilmesi icap etmektedir.

### **A. Yargısal Aktivizmde AYM Kararlarının Siyasi Niteliği**

Kabaca ifade etmek gerekirse, “sözde (itibari) anayasa” lar<sup>95</sup> istisna tutulacak olursa, modern manada anayasaların muhtevasını iki temel konu oluşturmaktadır:

---

<sup>93</sup> KAYA, s. 384.

<sup>94</sup> KAYA, s. 384.

<sup>95</sup> ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi, Lâiklik, Resmî İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1995, s. 140; KÜÇÜK, Adnan, Anayasa Hukuku, 3. B., Orion y., Ankara, 2013, s. 14.

(1) Devletin teşkilât ve yapılanması ile alakalı hükümler;

(2) Temel hak ve hürriyetler ile alakalı hükümler.

Bu belirlemeye göre Anayasanın, hem hukukî, hem de siyasi yönü mevcuttur. Anayasacılık düşüncesi ile uyumlu olarak Anayasal devleti kuran bir Anayasa, devlet iktidarını sınırlayan, hak ve hürriyetleri teminat altına alan bir belge niteliğine sahip olması itibariyle “*siyasî bir tercihi*” yansıtmaktadır. Anayasanın, devletin teşkilat yapısını düzenleyen normları sebebiyle devletin statüsü olması ise onun “*hukuki niteliği*”ni yansıtmaktadır<sup>96</sup>.

AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında vermiş olduğu kararlarında aktivizme yönelmeleri için müsait bir zemin sağlayan temel husus, anayasallık denetimine tabi işlemlerle bizzat anayasanın kendisi yanında, AYM kararlarının da siyasi yönünün mevcut olmasıdır. Anayasa yargısı hâkimlerinin, anayasallık denetimi kapsamında anayasal yetki sınırları dışına çıkmaksızın verdikleri bazı kararların siyasi etkilerinin olması, anayasa yargısının hukuk ile siyasetin kesiştiği bir zeminde vazife yapmasından kaynaklanmaktadır<sup>97</sup>. Bir diğer ifadeyle anayasa yargısı, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği, sınırların büyük ölçüde muğlâklaştığı bir zeminde yer alır. Hukuk ve siyasetin kesiştiği muğlâk bir zeminde yargısal denetimin yapılması hiç de kolay değildir. Anayasa yargısının aktivizme kayan bazı tavırlarının bu gerçeklikler göz ardı edilmeksizin değerlendirilmesi icap eder<sup>98</sup>. Nitekim bu husus, AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında denetlediği ve anayasa hükümlerine açıkça aykırı bularak iptal ettiği kuralların muhtevasının doğrudan doğruya siyaseti etkileyen yönünün bariz bir şekilde fark edildiği misallerde daha da belirgin hale gelmektedir<sup>99</sup>.

Bu vesileyle AYM’leri, her ne kadar bazı kararlarında hukukilik özelliği baskın ise de, bazen yoğun tartışma ve eleştirilere konu olabilen siyasi nitelikli kararlar verebilmektedirler. Nitekim ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin bazı aktivizme kayan kararları sebebiyle “hâkimler hükümeti”nden söz edilmiş, Anayasaya aykırı görülen bazı kanunların ve hükümet kararlarının Anayasaya aykırılığının çok şüpheli olduğu, alınan karararlarda hâkimlerin subjektif değerlendirme ve siyasi tercihlerinin etkili olduğu belirtilmiştir<sup>100</sup>. Bu vesileyle Anayasa yargısı hâkimlerinin Anayasaya uygunluk denetimi yapmaları, genel olarak hukukîlik temelli itirazlarla değil, kararlarının siyasi nitelikleri sebebiyle

---

<sup>96</sup> TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014, s. 161–162; TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, 4. B., Naturel y., Ankara, 2005, s. 8; KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s. 1-2.

<sup>97</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48-49.

<sup>98</sup> KAYA, s. 385.

<sup>99</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 49.

<sup>100</sup> GÖZE, s. 516.

eleştirilmiştir<sup>101</sup>.

Bazı yazarlar, Anayasa yargısı kararlarının siyasi niteliği hakkında “hâkim vetosu”, “yargısal sansür”, “hâkimler hükümeti”, “yedek kanun koyucu” ya da “üçüncü meclis” gibi nitelemeler yapmışlardır<sup>102</sup>. Gören’e göre, Anayasa Hukuku, siyasi konuların hukuku olduğu gibi, anayasa yargısı da, siyasi konulara ilişkin bir yargılamadır. Anayasa yargısında siyasi konular daima hukuk kuralları kriterine göre değerlendirilir. Anayasa yargısı, sadece ve daima hukuk normlarının olmadığı veya bir normun yorumlanması sonucu siyasi organlara hareket serbestisi tanıdığı yerde son bulur<sup>103</sup>.

Demokratik bir hukuk devletinde, AYM’lerinin, vermiş oldukları kararlar, onların siyasete doğrudan şekil vermeyi amaçlayan bilinçli tercihlerini yansıtamaz. Bu Mahkemelerin asıl amacı, anayasallık denetimi kapsamında vermiş oldukları kararlarla siyasi hedeflere yönelmek, o alanı tanzim etmek ya da siyasi iktidarın bu alanı tanzim eden işlemlerine mani olmak değildir. AYM kararları sebebiyle ortaya çıkan siyasi sonuçlar, yapılan anayasallık denetiminin hedefi değil, fiili olarak ortaya çıkan olağan bir neticesi mahiyetindedir<sup>104</sup>. Burada hukukilik temelli meşruiyet noktasından ehemmiyetli olan husus, AYM kararlarının, siyasi nitelikli etki meydana getirip getirmemesi değil, verilen kararların, AYM’ne ilişkin olarak anayasal sistemde öngörülen hukuki çerçevenin dışına çıkmaksızın alınmış olmasıdır<sup>105</sup>. Bu genel çerçeve ile uyumlu olarak verilen anayasa yargısı kararlarının siyasi etki ve neticelerinin mevcut olması demokratik anayasal sistem açısından makul görülür.

## **B. Anayasa Yargısının Klasik Yargılama Faaliyetlerinden Farkı**

Hem siyasi, hem de hukuki yönleri olan Anayasal normlar ölçüt alınarak yapılan Anayasallık denetimi faaliyetleri kapsamında, siyasi bir erk olan yasama ve yürütme organlarının, siyasi nitelikte iradelerinin tezahürü olan yasama ve yürütme faaliyetleri kapsamında yapmış oldukları işlemlerin, anayasallık açısından denetlenmesi faaliyetlerinin siyasi nitelikte etki ve neticeleri de mevcut olduğu ve bu durum da yargısal aktivizme müsait bir zemin teşkil ettiği için, AYM’lerinin, klasik bir yargı organı mı, siyasi bir organ mı, yoksa siyasi yönü de mevcut olan nev’i şahsına (kendine) mahsus özellikleri olan bir yargı organı mı olduğu mevzuunun vuzuha kavuşturulması icap etmektedir.

---

<sup>101</sup> YÜCEL, Özlem, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkimler Saltanatı Dönemi”, *Argumentum D.*, Yıl 8, S. 55, Nisan-Mayıs-Haziran 1998, s. 413.

<sup>102</sup> GÖREN, Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, *Anayasa Yargısı D.*, C. 12, Yıl 1995, s. 216.

<sup>103</sup> *İbid.*, s. 216.

<sup>104</sup> HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 46-47.

<sup>105</sup> *İbid.*, s. 49.

AYM'nin demokratik siyasi sistem içerisinde yer almasının iki yönünün mevcut olduğu söylenebilir. Birincisi, anayasanın yasama ve bazı ülkelerde yürütme organları karşısında üstünlüğünü sağlamak, bu yolla yasama ve yürütme organlarının anayasal sınırlar içerisinde faaliyette bulunmalarını temin etmek, ikincisi, anayasada teminat altına alınan hak ve hürriyetlerin yasama çoğunluğuna ve yürütmeye karşı korunmasını sağlamaktır.

AYM'lerinin, her ne kadar Anayasada düzenlendiği yer ve sahip oldukları yetkiler dikkate alındığında, birer yargı organı oldukları söylenebilir ise de, vermiş oldukları kararların muhtevası ve meydana getirdikleri etkiler sebebiyle diğer yargı mercilerinden farklı neticeler meydana getirebilen kararlar verebildikleri için, yerine getirmiş oldukları işlevlerin diğer klasik mahkemelerden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Bu farklılıkların, özellikle AYM'lerinin anayasallık denetimi kapsamında vermiş oldukları kararların siyasi nitelikteki etki ve sonuçları noktasından kendisini göstermekte olduğu söylenebilir<sup>106</sup>.

AYM'ni diğer mahkemelerden farklı kılan temel husus, Anayasa Hukukunun, bünyesinde "hukuk" ve "siyaseti" birlikte barındıran tabiatından kaynaklanmaktadır. Çünkü anayasallık denetimine tabi kanunları yapan yasama organı da, anayasallık denetimine tabi yürütme işlemlerini yapan yürütme organı da siyasi niteliktedirler. Farklı siyasi saiklerle, endişe ve amaçlarla çıkarılan kanunlar ve yürütme işlemleri, anayasallık denetimi kapsamında, toplumdaki çeşitli siyasi akımların temsilcileri tarafından teşekkül ettirilen kurucu iktidarın<sup>107</sup>, içerisinde yer alan ilke ve kurumlar üzerinde mutabık kalarak kabul ettiği<sup>108</sup> ve belirli siyasi tercih ve ilkelerin de bünyesinde mündemiç olduğu Anayasal hükümlere uygunluğu açısından denetlenmektedir. Bu sebeplerden dolayı, anayasallık denetimi kapsamında verilen kararların siyasi niteliği de haiz olması<sup>109</sup>, AYM'ni diğer mahkemelerden farklı hale getirmektedir<sup>110</sup>. AYM'nin, kuruluş ve işleyiş itibarıyla bir yargı organı olmasına rağmen, anayasallık denetimi kapsamında vermiş olduğu kararların etki ve neticelerinin, diğer klasik yargı organlarının işlevinin çok ötesine geçebilmekte olduğu<sup>111</sup>, bazı kararları vasıtasıyla siyaseti değişen ölçülerde etkileyebildiği, hatta bazı durumlarda siyaset için belirgin şekilde yön

---

<sup>106</sup> İbid., s. 44-45.

<sup>107</sup> Bu belirleme demokratik asli kurucu iktidar tarafından yapılan anayasalar için söz konusudur.

<sup>108</sup> DOEHRING, s. 233.

<sup>109</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

<sup>110</sup> DOEHRING, s. 233.

<sup>111</sup> Doehring şu soruyu sorar: "AYM hukuku kullanan bir organ olarak tam veya büyük ölçüde mahkeme niteliğine mi sahip olmalıdır yoksa durumun gereği olarak (siyasal hedeflere ulaşma yönünde) verilecek kararlar da içinde olmak üzere onu siyasal bir devlet organı olarak mı görmelidir"? İbid., s. 236.

verici özelliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu yönü itibariyle AYM, “hukukun ya da yargının siyasileşmesi”nden ziyade “siyasetin hukukileşmesi”<sup>112</sup> ya da anayasallaşması” neticesini husule getiren denetim vazifesini icra etmeye çalışan yargı organı olarak kabul edilmektedirler<sup>113</sup>.

Bir tek somut vakayı, hukuk normlarını kullanarak çözüme kavuşturan klasik mahkemeler tarafından icra edilen yargısal faaliyetlerin siyasi bir yönü mevcut olmamasına; bunların salt hukuki nitelikte kararlar vermelerine karşın, AYM tarafından anayasallık denetimi kapsamında verilen kararların, klasik mahkeme kararlarından farklı olarak siyasi niteliği de haiz olması<sup>114</sup>, onu klasik mahkemelerden farklı kılan en ayırd edici özelliktir<sup>115</sup>.

Doehring’e göre, “bir anayasa yargısına sadece hukuksal sorunların çözümünü bırakmak mümkün değildir. ... Bu mahkemenin yargıçları siyasal nitelikli bir karar almak zorunda kalırsa o an için ‘dar anlamı ile bir mahkeme değil, siyasal bir devlet organı oluştururlar’”<sup>116</sup>. Federal Alman AYM üyelerinden Dieter Grimm, AYM’lerinin, kaçınılmaz olarak hukuk ve siyaset arasındaki bir yerde görev yapmakta olduğunu ifade etmektedir<sup>117</sup>.

Hakyemez’e göre, bir yargı organı olmasına rağmen, AYM kararlarının, niteliği gereği siyasal boyutu da mevcuttur. Özünde siyasal bir metin olan Anayasayı yorumlamanın kaçınılmaz biçimde siyasal yansımaları ortaya çıkabilmektedir. Bu yönüyle AYM, siyasal alanın kuralları hakkında hukuksal değerlendirme yapan bir organ olarak, terimin dar anlamıyla “mahkeme”nin boyutlarını aşarak, bir anlamda işlevsel açıdan siyasal kuruluş haline gelebilmektedir<sup>118</sup>. Arslan’a göre, “Anayasa yargısı işlevi itibariyle siyasi niteliktedir. Özellikle soyut norm denetimi yasama sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Nitekim Kelsen AYM’lerinin yaptığı işi ‘negatif yasa koyuculuk’ olarak tanımlamıştır”<sup>119</sup>.

Her ne kadar yasama ve yürütme organları gibi AYM’nin de siyasi bir yönü mevcut ise de, bunlar arasında bazı farklılıklar vardır. Kuruluş ve işleyişi itibariyle salt siyasi organlar olan yasama ve yürütmeden farklı olarak, AYM, her ne kadar anayasallık denetimi esnasında vermiş olduğu kararların siyasi yönü de bulunsun da, her şeyden önce bir yargı organıdır. Vermiş olduğu siyasi

---

<sup>112</sup> İbid., s. 234.

<sup>113</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

<sup>114</sup> DOEHRING, s. 233-234.

<sup>115</sup> TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı D., C. 2, Yıl 1985, s. 26.

<sup>116</sup> DOEHRING, s. 237.

<sup>117</sup> KOMMERS, Donald P., The Constitutional Jurisprudence of the Feredal Republic of Germany, Duke University Press, Durham, 1989, s. 51’den nakleden: HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

<sup>118</sup> İbid., s. 45-46.

<sup>119</sup> ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2005, s. 257.

alandaki hukuki-teknik kararları ile siyasi alanı “hukukileştirme” amacı taşır. AYM açısından mühim olan, bu amaca ulaşma noktasında teknik yeterliği haiz olmaktır. AYM’nin anayasallık denetimi faaliyetlerini yürütürken, keyfiliklere yönelmemsi, her şeyden önce anayasal demokrasinin sınırları içerisinde kalmayı başarabilmesi de gerekir<sup>120</sup>.

AYM, her ne kadar belirli yasama usulleri çerçevesinde kanuni düzenlemeler yaparak hukukun oluşumuna kural koymak suretiyle katkı sağlayan yasama organı gibi, doğrudan hukuki kurallar koyan bir merci değil ise de, yine de, nihailik, kesinlik ve bağlayıcılık özelliklerini haiz içtihatları vasıtasıyla hukukun oluşumuna katkı sağlama işlevini de icra etmektedir. Hukukun bağlayıcılık özelliğine sahip kaynaklarından birisi de Anayasa yargısı içtihatlarıdır. Nihailik, kesinlik ve bağlayıcılık özellikleri sebebiyle, anayasa yargılaması neticesinde verilen kararlarla, içtihadi bir normatif alan teşekkül etmektedir<sup>121</sup>.

#### **V. Anayasallık Denetiminin Sınırı Meselesi**

Yargı organları tarafından yapılan anayasallık denetimi, kısaca yasama ve bazı yürütme işlemlerinin anayasal geçerlilik şartlarının yargısal usullere göre tespit edilmesi manasına gelmektedir. Bu işlemlerin, lüzumlu şartlar teşekkül ettiğinde yargı organları tarafından geçersiz kılınabilmesi neticesini de ortaya çıkarabilen böyle bir denetim, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği bir alanda çözümünü oldukça çetrefil ve zor olan pek çok sorunları beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, anayasaya uygunluk denetiminde yargısal sınırların nasıl belirleneceği<sup>122</sup>, bu sınırın nereye kadar uzanabileceği sorundur. Bu sınırın belli bir eşiği aşması halinde, siyasi iktidarın anayasal olarak sahip olduğu yetki ve takdir alanını daraltıcı yönde sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan yargısal aktivizm uygulamaları ortaya çıkabilecektir. Bu vesileyle, anayasallık denetiminin anayasal sınırlarının tayin ve tespiti, hem siyasi iktidarın yetki alanı, hem de yargısal aktivizm bağlamında anayasa yargısının yetki alanı açısından ehemmiyet arz etmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri gereği olarak yürütme ve yasama faaliyetlerinin yerine getirilmesinde, yürütme ve yasama organları ne kadar anayasa ile bağlı ise; anayasaya aykırı işlem ve fiiller yapamazlarsa, negatif kanun koyuculuk işlevini yerine getiren AYM de, bu işlevi icra etme bağlamında o kadar Anayasa ile bağlıdır. Vermiş olduğu kararların siyasi neticeleri ve yönleri de olan AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu yetki, anayasal çerçevede “hukukilik denetimi” yapmaktır. Siyasi iktidarın anayasal yetkileri haricine çıkması ile AYM’nin anayasal yetkileri haricine çıkması arasında hiçbir

---

<sup>120</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 46.

<sup>121</sup> TEZİÇ, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, s. 22.

<sup>122</sup> KORUCU, s. 202.



fark yoktur; bu durumda her ikisi de anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ihlal etmiş olurlar. AYM'nin anayasal yetkilerinin haricine taşarak kararlar vermesi yargısal aktivizm tartışmalarını gündeme taşımaktadır.

### **A. Anayasada Yer Alan Açık ve Soyut Nitelikteki Normlar**

Kanunların ve anayasallık denetimine tabi bazı yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunun tespitinde ölçüt alınan anayasal normları iki kısma ayırmak mümkündür.

Birincisi, yoruma açık olmayacak şekilde açık ve net manaları içeren hükümlerdir. Bu tür hükümlere uygunluk denetiminde bir zorluk söz konusu olmaz.

İkincisi, anayasada yer alan ve ilk bakışta tek bir manası olduğu izlenimi uyandıran temel ilke ve kavramlardan *“hukuk devleti”*, *“laiklik”*, *“hürriyet”*, *“demokrasi”*, *“sosyal devlet”*, *“insan onuru”*, *“adalet”*, *“kamu yararı”*, *“genel sağlık”*, *“genel ahlâk”* vb. soyut nitelikteki norm ve ilkelerdir. Bu ilke ve kavramların, değişik ülke uygulamalarına bakıldığında, kendilerine çok farklı manaların yüklendiği görülmektedir. Yasama ve yürütme işlemlerinin bu tür anayasal normlara uygunluğunun denetlenmesi oldukça zorluk arz etmektedir. AYM hâkimleri, önce bu soyut kavram ve ilkelere bir mana yüklemekte, daha sonra da denetime tabi işlemlerin, içeriğini yorum yoluyla belirlediği bu norm ve ilkelere uygunluğunu denetlemektedir. AYM, soyut hukuki kurallardan somut hukuk üreterek, önüne getirilen kuralların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir<sup>123</sup>.

### **B. Teknik Bilgiyi Gerektiren Alanlara İlişkin Kanuni Düzenlemelerin Denetimi**

Anayasallık denetiminde ortaya çıkan bir diğer zorluk da, bazı yasama ve yürütme işlemleri ile uzmanlık gerektiren teknik alanların düzenleniyor olmasıdır. Teknolojik gelişmelerin ileri düzeyde olduğu günümüz dünyasında, hemen her alanda değişen ölçülerde uzmanlaşma söz konusu olduğu için, insan hayatının çok değişik boyutlarının düzenlenmeye çalışıldığı kanunlarda, çoğu kereler mümkün olduğunca ayrıntıya inilmesi ve karmaşık konuların düzenlenmesi adeta bir zorunluluk halini almaktadır. Bazı kanunlarla düzenlenen alanlar o kadar teknik ve karmaşıklık arz edebilmektedir ki, yasama organları, genellikle bürokratlar tarafından hazırlanarak önlerine getirilen kanun önerilerini, doğru dürüst teknik ayrıntılarına vakıf olmadıkları halde kabul edebilmektedirler. Benzer durum, daha ayrıntılı hükümler içerdiği için, teknik özelliklerin ve karmaşıklığın çok daha ziyadeleştiği yürütme

---

<sup>123</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 26.

işlemleri için de geçerlidir. Benzer şekilde, bu teknik ayrıntılar konusunda yeterli bilgi donanımına sahip olamayan AYM hâkimleri de, bu kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasallığı denetimini yapmaktadırlar. Kanun ve yürütme işlemlerinin bu karmaşıklığına bir de anayasallık denetiminde ölçüt alınan anayasal hükümlerin soyutluğunu ilave etmek gerekir. Bazı soyut ilke ve kavramların da içinde yer alması sebebiyle bazı kereler güçlükle anlaşılabilir bir metin olan anayasaların muhtevası ve bundan çıkarılacak manalar, anayasallık denetiminde bir başka belirsizliği ve zorluğu ortaya çıkarmaktadır.

### C. Hukukilik Ve Yerindelik Denetimi

Soyut değerlerin hâkim olduğu bir sosyal bilim alanı olan hukuk disiplini içerisinde, kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde her zaman kolayca kesin sonuçlara ulaşabilmek çoğu zaman mümkün olmayabilmektedir<sup>124</sup>. Anayasallık denetimi sürecinde, teknik ve karmaşık ilişkilerin düzenlendiği kanun ve yürütme işlemlerinin, anayasanın soyut ve belirginlikten uzak hükümler içeren ilke ve kurallarına uygunluğunun aranması, AYM hâkimlerine, oldukça zor ve hassas olunması gereken vazifeler yüklemektedir. Anayasa yargısı mantığı gereğince AYM'nden, siyasi iradenin ürünü olan işlemler hakkında yapacakları anayasallık denetimi neticesinde, bazen siyasi neticeleri de olabilen "hukuki" bir kararla denetimi sonuçlandırması beklenmektedir<sup>125</sup>. AYM, oldukça zor olan bu görevi icra ederken, her ne kadar hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde kalmaya özen gösterse ya da bu özeni göstermesi kendinden beklense de, bazı kararlarında, anayasallık denetimi yaparken demokratik anayasal sistem içerisinde kendine tanınan anayasal yetki sınırlarını taşımak suretiyle "hukukilik denetimi" sınırları haricine çıkarak "yerindelik denetim"ine kayabilmekte ya da "yerindelik denetimine kaydığı" şeklinde değerlendirilmekten kurtulamamaktadır<sup>126</sup>.

Anayasa metninde yer alan normların belirsiz olduğu veya kurucu iradenin birbirinden farklı şekillerde yorumlanabildiği durumlarda, olağan anayasal yargı denetimi sınırlarının nasıl belirleneceği konusunda birbirinden farklı gerekçelere dayanan pek çok farklı görüş mevcuttur. Bu gibi durumlarda yargı organları tarafından yapılan siyasî muhtevalı yorumların dahi olağan denetim sınırları içinde kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi; anayasanın orijinal anlamını göz ardı ederek alınan tüm kararların aktivist

---

<sup>124</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007, s. 535.

<sup>125</sup> İbid., s. 536.

<sup>126</sup> İbid., s. 535.

olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bunların yanında; anayasanın orijinal manası tam olarak bilinemediği için, böyle bir değerlendirme yapılamayacağını ileri süren veya sadece mevcut toplumsal konsensüsü dikkate alan yargısal yorumların olağan kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur<sup>127</sup>.

Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu anayasal yetki alanı “hukukilik denetimi” yapmakla sınırlıdır. Her şeyden önce AYM’nin, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu “hukukilik denetimi”nin sınırlarının çok iyi tayin edilmesi gerekir. AYM hâkimlerinin yapmış oldukları hukukilik denetimi, “*yasama ve yürütmenin yapmış oldukları işlemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığını denetleme*” ile sınırlıdır. Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, anayasallık denetimi yapan yargı mercisinin, her şeyden önce yasama organına ait bir yetkiyi kullanmaktan imtina etmesi gerekir. Şayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama ve yürütme alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan işlemlerini iptal ederek geçersizleştiremez. Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmiştir. Anayasa yargısı mercii de dâhil hiçbir merci, yasama ve yürütmenin, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz. Aksi halde bir fonksiyon gaspi söz konusu olur.

#### **D. Hukukilik ve Yerindelik Denetiminin Siyasi Etki ve Sonuçları**

Yargısal aktivizmi sorunlu kılan temel husus, AYM’nin, hak ve hürriyetlere ilişkin olmayan yasama ve yürütme işlemleri hakkında vermiş olduğu kararların ortaya çıkardığı bazı siyasi sonuçlardır. AYM’nin, “yerindelik denetimi” kapsamında verdiği kararlar yanında, “hukukilik denetimi” kapsamında verdiği kararların da siyasi etki ve neticeleri olabilmektedir. Burada öncelikle AYM’nin, “hukukilik denetimi” ile “yerindelik denetimi” kapsamında verdiği kararların siyasi etkilerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Demokratik bir hukuk devletinde, AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında, “hukukilik denetimi” sınırları içerisinde kalarak verdiği kararların siyasi etki ve neticeleri, anayasal hukuki zeminde olağan görülebilmektedir. Nitekim bu durum, diğer durumdan farklı olarak “siyasetin hukukileştirilmesi ya da anayasallaştırılması” şeklinde nitelendirilmektedir<sup>128</sup>.

Anayasada yasama ya da yürütme organına yönelik olarak açıkça düzenleme yapma yasağının mevcut olmadığı konularda yasama ya da

---

<sup>127</sup> KORUCU, s. 212.

<sup>128</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 47.

yürütme işlemlerinin yapılması halinde, anayasallık denetimi yapan anayasa yargısı hâkimleri tarafından anayasa metnine yüklenen manaya bağlı olarak verilecek her bir geçersizlik kararı, hem belli ölçülerde hukuk yaratma faaliyetini gerekli kılmakta, hem de bu tür kararlar, siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı şekilde aktivist kabul edilmektedir.

“Hukukilik denetimi” ile sınırlı bir anayasallık denetimi icra eden AYM, yasama ve yürütme gibi siyasi alanın içerisinde ve siyasi endişe ve Saiklerle karar veremez. AYM hâkimi, bu yönü itibariyle vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir<sup>129</sup>. Soyut bir anayasal norma mana vermek durumunda olan AYM hâkimi, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik manalardan istediği manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez. Anayasal bir norma belli bir mana verirken, AYM hâkimleri, kendi önyargılarından ve siyasi-felsefi-dini-ideolojik anlayışlardan hareketle ortaya çıkabilecek manaları değil, söz konusu kuralın anayasal sistem içerisinde yorumlanması esnasında ortaya çıkabilecek değişik manalardan, anayasal demokratik rejim mantığına en uygun görülen manayı tercih etmesi gerekir<sup>130</sup>. AYM üyeleri, tercih edecekleri yorum yöntemi hangisi olursa olsun ve kararların siyasi neticeleri olsun ya da olmasın veya ne yönde olursa olsun, bireysel önyargıların, siyasi düşünce ve ideolojilerin kendilerini etkilemesi ihtimali karşısında, anayasallık denetimi sürecinde, ağırlıklı olarak hukuki çerçeve içerisinde kalarak anayasa yargısı sınırları dâhilinde hareket etmeye, karar verme sürecinde siyasi endişeleri dikkate almamaya ihtimam göstermelidir<sup>131</sup>.

AYM aktivizminin en yoğun olduğu alanlardan birisi hükümetlerin ekonomik politikalarıdır. Anayasada ekonomik ve sosyal hayata ilişkin bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, siyasi iktidarlara belli bir ekonomik model empoze edilmemektedir. Dolayısıyla hükümetler farklı ekonomik politikaları izleyebilirler. AYM hâkimleri, hukukilik denetimine ilişkin belirlemede, kanunların ya da yürütme işlemlerinin siyaseten ya da diğer açılardan isabetli ve yerinde olup olmadığı yönünde bir belirleme yapamazlar. Ekonomik hayata, çalışma hayatına, sosyal ve kültürel hayata, mali politikalara, çevreye vb. ilişkin kanunlar ya da yürütme işlemleri, açıkça anayasaya aykırılık teşkil etmiyorsa, anayasal denetim kapsamında iptal işleminden kaçınılmalıdır. Bu alanlara ilişkin çıkarılan kanun ya da yürütme işlemlerinin ülkenin siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik vb. gerekleri ile uyumlu ve gerekli olup olmadığını, bunların ekonomik ya da toplumsal sonuçlarının ne olacağını, bu ölçütler bağlamında yerinde olup olmayacağını belirleme ve takdir etme yetkisi AYM

---

<sup>129</sup> İbid., s. 26.

<sup>130</sup> İbid., s. 26.

<sup>131</sup> İbid., s. 26.

hâkimlerine değil, siyasi organlara aittir. Hatta bu tür kararların uygulanması, ekonomik hezimete yol açacak olsa ya da AYM hâkimleri, bu yönde bir kesin kanaate, öngörüye sahip olsalar da, söz konusu işlemleri iptal edemezler. Keza, yapılan bazı kanun ya da yürütme işlemlerinin liberal ya da sosyal devlet eğilimini yansıtmasının da siyasi iktidarın inisiyatif alanında kabul edilmesi gerekir. Sosyal devlet ilkesi ile uyumlu kanunların ya da yürütme işlemlerinin klasik liberal felsefe ile çeliştiği gerekçesi ile iptal edilmesi ile, klasik liberal felsefe ile uyumlu kanunların sosyal devlet ilkesi ile çeliştiği gerekçesi ile iptal edilmesi arasında hiçbir fark yoktur. Her iki halde de takdir yetkisinin yasama ya da yürütme organlarına ait olduğunun kabulü gerekir. Aksi takdirde, AYM hâkimleri, anayasal yetkileri haricine çıkmış; bir mecra taşıyı gerçekleştirmiş, yasama ya da yürütmenin alanına giren bir işlem yapmış olurlar. Bu durumda ortaya çıkan denetim, bir hukukilik denetimi değil, ancak yerindelik denetimi olur.

#### **E. Türk AYM'nin Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Eğilimi**

Her ne kadar Türk AYM, bir kararında “Çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır”<sup>132</sup> dese de, ekonomik konulardaki kararlarının bir kısmı müdahaleci bir yaklaşımı yansıtmaktadır<sup>133</sup>.

AYM'nin, yabancılara mülk satışıyla ilgili 21.06.1984 Tarih ve 3029 Sayılı Kanunun “mütekabiliyet şartının aranmaması” ve “yabancıların edinebilecekleri taşınmazların oranının tespiti” konularında Bakanlar Kurulu'nu yetkilendiren hükümlerini iptal ederken, yabancılara mülk satışı ile “milli menfaatler” ve “egemenlik” arasında ilişki kurduğu görülmektedir. AYM'ne göre, mütekabiliyet ilkesi “Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri” haline dönüştürülmüştür. Bu ilke “uluslar arası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracı”dır. Bu şartın aranmaması, Başlangıcın 2. (diğer milletlerle hak eşitliği) ve 5. (milli menfaatlerin üstünlüğü) paragraflarındaki ilkelere aykırıdır. Oysa bu ilkelerin, “Anayasanın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuzdur”<sup>134</sup>. AYM, “ülke güvenliği”, “Türk milli menfaatleri” ve “Türk milletinin bağımsızlığı” kavramlarını kullanarak Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin özelleştirilmesiyle ilgili kanuni düzenlemeleri de iptal etmiştir.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> AYM Kr: E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.02.1985.

<sup>133</sup> METİN, s. 112.

<sup>134</sup> AYM Kr: E. 1984/14, K. 1985/7, KT: 13.06.1985; E. 1986/18, K. 1986/24, KT: 09.10.1986.

<sup>135</sup> AYM Kr: E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 07.07.1994.

AYM'nin bu kararlarında, hem soyut bazı anayasal normların, siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltacak şekilde yorumlandığı, hem de içtihat yoluyla geliştirilen bazı ilkelerin anayasal düzeye çıkarılarak, yasama ve yürütmenin yetki alanının daraltıldığı görülmektedir. AYM, bu kararı ile Başlangıcın 2. paragrafına, bu hükmün maksadını aşan bir mana yüklemiştir. Bu paragrafta, Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğundan söz edilmesi, “mütekabiliyet ilkesine kayıtsız şartsız bağlılık”tan ziyade, Atatürk milliyetçiliğinin, şovenizmden uzak, insancıl ve barışçıl niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir<sup>136</sup>. AYM'nin, Başlangıçta (5. Paragraf) yer alan “milli menfaatlerin üstünlüğü” ilkesinin, “siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz kılmak amacıyla” getirilmiş olduğu ön kabulünden hareketle yapacağı anayasallık denetiminde, iptal kararını bu gerekçeye dayandırması, anayasaya uygunluk denetimini yerindelik denetimine kaydırmak tehlikesini beraberinde getirecektir. Çünkü Devletlerin, gerek genel manada demokratik bir siyasi sistemde “milli menfaatin” ya da “kamu yararı”nın mevcut olup olmadığının takdiri, gerekse bu kararlar özelinde, devletlerin kendi milli menfaatlerinin korunması için lüzumlu gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri bağlamında milli menfaatlerin hangi durumlarda korunup hangi durumlarda ihlal olunacağını tespiti, siyasi iktidarın yetki alanına dâhil bir husustur; bunu tayin etme yetkisi AYM'ne ait değildir. Demokratik devlet ilkesini benimseyen 1982 Anayasanın “belli bir milli menfaat” anlayışını tüm partilere empoze etmek istemiş olabileceği düşünülemez. Aksi halde siyasi aktörler arasında yürütülen demokratik siyasal yarışma anlamını yitirir<sup>137</sup>. Her ne kadar mütekabiliyet ilkesinin, Türk Yabancılar Hukukunun bir genel ilkesi haline dönüşmüş olduğu ifade edilse de, normatif açıdan “kanun değerinde” olan bir ilkenin, anayasa yargısı tarafından içtihat yoluyla “anayasal ölçüt norm” ilkesi düzeyine yükseltilmesi de anayasal açıdan mümkün değildir<sup>138</sup>.

Bütün bu sebeplerden dolayı, kısaca ifade etmek gerekirse, AYM, bu kararlarında, özelleştirme ve ülkenin bağımsızlığı, yabancılara gayrimenkul satışında mütekabiliyet ilkesinin aranması konularını inceleyerek, Anayasa'nın Başlangıç kısmını ölçüt norm olarak kabul etmek suretiyle, siyasi iktidarın takdir ve tasarruf alanına giren konularda, yasama ve yürütmenin yerine geçerek, “hukukilik denetimi” yapmaktan ziyade “yerindelik denetimi” yaparak yargısal aktivizmde bulunmuştur<sup>139</sup>.

AYM'nin bu kararları üzerine, 1999 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasada özelleştirmeye açıkça yer verilerek, bu konunun anayasal bir zemine kavuşturulması amaçlanmıştır. Bunun üzerine AYM'nin, 2005 ve

---

<sup>136</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 76.

<sup>137</sup> İbid., s. 76-77.

<sup>138</sup> İbid., s. 76.

<sup>139</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 141-146; METİN, s. 112.

2006 tarihli kararlarında özelleştirmelerle ilgili katı ve tutucu içtihatlarından vazgeçtiği sinyallerini verdiği görülmektedir<sup>140</sup>.

## **F. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Eğilimleri**

ABD’de 1880’lerden 1937’li yılların “West Coast Hotel v. Parrish” kararına kadarki dönemde, 1929 ekonomik buhranı ve Franklin D. Roosevelt’in “New Deal (Yeni Düzen)” olarak anılan ekonomik programını da içine alan dönemde, Federal Yüksek Mahkeme, “klasik iktisadi liberalizm” ile “kamu güçlerinin yeniden şekillenen müdahalecilik anlayışı” arasında kaldığı zaman, tercihini “klasik iktisadi liberalizm”den yana kullanmıştır<sup>141</sup>. 1929 yılında yaşanan büyük ekonomik buhran sonrasında, ABD ekonomisi büyük bir çöküntü içerisine girdi. Roosevelt, ağır buhranlı dönemi New Deal adını verdiği kararlarla aşacağı vaadiyle 1932 yılında girdiği seçimlerde, hem partisi Kongrede büyük bir çoğunluk elde etti<sup>142</sup>, hem de kendisi başkanlık seçimlerinde açık ara farkla başkan seçildi. Roosevelt, bu zafer üzerine derhal programını uygulamaya başladı. Bu şekilde Amerikan toplumunun siyasi, ekonomik ve sosyal yapısında önemli değişiklikler yapılmaya başlandı ve bu amaca yönelik çok sayıda kanun kabul edildi<sup>143</sup>. Bu kanunlarla, devletin, çeşitli yöntemlerle klasik iktisadi liberal felsefe ile çelişecek şekilde ekonomik hayata iyice müdahil olması ve bu bağlamda maliye politikası tedbirlerinin (harcama ve vergiler) alınması amaçlanmıştır<sup>144</sup>.

1934 yılında önüne gelen New Deal Kanunlarını Anayasaya aykırı bulmayan Yüksek Mahkeme, 1934-1936 yılları arasında bunlardan 13’nü Anayasaya aykırı buldu<sup>145</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, klasik iktisadi liberalizme dayanan 1787 ABD Anayasası kurucuları, devletin ekonomik hayata müdahalesini kabul etmeyen bir anlayışı benimsemişlerdi. Yüksek Mahkeme bu sebeple, “devlete ekonomik hayata müdahale imkânı veren sosyal muhtevalı” bu kanunları Anayasaya aykırı buldu<sup>146</sup>. Önüne gelen New Deal kanunlarını

---

<sup>140</sup> AYM Kr: E. 2005/110, K. 2005/111, KT: 29.12.2005; E. 2002/47, K. 2006/1, KT: 05.01.2006; E. 2003/87, K. 2005/110, KT: 16.11.2006.

<sup>141</sup> ÇAĞLAR, *Parlamentolar ve Anayasa...*, s. 155-156.

<sup>142</sup> Başkanın partisi, altı federe devlet dışında, tüm diğer federe devletlerde Kongre’de çoğunluğu sağlar. O zamana kadar başkanın partisinin Kongre’de bu kadar çoğunluk sağladığı hiç görülmemiştir. GÖZE, s. 517.

<sup>143</sup> Bu dönemde çıkarılan kanunlar için bkz.: İbid., s. 517-519.

<sup>144</sup> ARSLAN, Mustafa, *1929 Büyük Buhranı ve 2007-2008 Küresel Krizi Keynesyenizm Açısından Bir Karşılaştırma*, [Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye (Kamu Ekonomisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 2010, s. 25.

<sup>145</sup> GÖZE, s. 519.

<sup>146</sup> HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 41.



anayasallık açısından denetlerken, “*geleneksel ekonomik liberalizm*” anlayışı ile “*kamusal güçlerin yeni şekillenen müdahalecilik anlayışı*” arasında kalan Federal Yüksek Mahkeme, bu kanunların bir kısmını anayasaya aykırı bularak, iktisadi tercih konusunda klasik liberalizmi Anayasada resmi ideoloji haline getiren açık hükümler bulunmadığı halde, “bu Anayasadaki hükümlerin klasik liberalizm temeline dayandığı” şeklindeki düşünceden hareketle, klasik iktisadi liberalizmi, yargısal uygulamalarla koruma altına alarak, resmi ideolojiye dönüştürmek istemiştir. Yüksek Mahkemenin bu dönemde Anayasada okuduğu “sosyal Darwinizm” ve “laissez-faire”dir<sup>147</sup>. Aktivist bir tutum sergileyerek özel sektörün haklarını devletin müdahalelerine karşı korumayı amaçladığı belirtilen<sup>148</sup> Yüksek Mahkemenin, bu kararlarıyla liberal düşüncüyü içtihat yoluyla dogmalaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Yüksek Mahkemenin bu kararlarla yaptığı iş, anayasal olarak siyasi iktidarın yetki alanına giren ve açıkça anayasa tarafından yasaklanmayan iktisadi politikaları geçersiz kılmaktır. Bu aktivist yüksek yargı kararları ile, Federal Yüksek Mahkeme, doğrudan siyasi hedeflere yönelmiş, bizzat iktisadi politika belirleyicisi işlevini icra etmiş olmaktadır.

Başkan Roosevelt, 1936 yılında yapılan başkanlık seçimlerinden ezici bir zaferle (%60,7) çıkar. Bu seçim sonuçları, halkın, Roosevelt’in partisi tarafından şekillendirilen programın temel ilkeleri ile uyumlu olarak çıkarılan New Deal Kanunlarına onay verdiği yönünde yorumlanır<sup>149</sup>. Roosevelt, “Milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız”<sup>150</sup>, “Anayasayı Mahkemeye karşı ve Mahkemeyi de kendine karşı korumalıyız”<sup>151</sup> şeklindeki sözleri söyleyerek, New Deal kanunlarının bir kısmını anayasaya aykırı bularak programın işlemlerini akamete uğratan Yüksek Mahkemeye çok şiddetli tepki verdi. Başkanın bu tepkilerine geniş toplum kesimleri ve özellikle işçi sendikalarının tepkileri de eklendi. Roosevelt’in bu sözlerine ilave olarak, Senato’ya Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir kanun önerisi sunuldu. Bu kanun değişikliği önerisine göre, “Yüksek Mahkemenin yetmiş yaşını aşmış her bir üyesine oy hakkına sahip olacak yardımcı hâkimler verilecekti”. Bu önerinin Kongrede görüşülmesi esnasında, Yüksek Mahkemenin, içtihadını değiştirerek bazı New Deal kanunlarını onaylaması üzerine, Yüksek Mahkeme-Başkan (Roosevelt) çatışması, Roosevelt’in kanun değişikliği önerisinin yürürlüğe girmesine gerek kalmadan

---

<sup>147</sup> ÇAĞLAR, Bakır, Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980, s. 150.

<sup>148</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 41.

<sup>149</sup> GÖZE, s. 521.

<sup>150</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258-259; West Coast Hotel Co. v. Parrish (1937). ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve..., s. 150.

<sup>151</sup> YÜCEL, s. 412.



çözüldü<sup>152</sup>. Bu içtihadî değişimle ABD’de yargısal aktivizm temelli “jüristokratik” hâkimiyete giden yol kapatılmış oldu.

Federal Yüksek Mahkemenin, Roosevelt ve geniş toplumsal kesimlerin yoğun tepkisel tutumlarının da tesiriyle, New Deal Kanunlarını anayasaya aykırı bulma şeklindeki aktivist tutumundan vazgeçerek “kendi kendisini sınırlama” ilkesini benimsediği görülmektedir. Bu tutum değişikliği iki açıdan önemlidir. Birincisi, Yüksek Mahkeme, siyasetin ve siyasi iktidarın yetki alanını anayasaya aykırı bir şekilde daraltan aktivist tutumu terk etmiştir. İkincisi, başkan ve toplumun geniş kesimleri, anayasal olarak siyasi iktidara bırakılan alana yönelik yargı temelli mecra ihlallerine yoğun tepki vererek, Yüksek Mahkemenin anayasal yetki mecraına dönmesini sağlamışlardır. Esasen halkın oyları ile seçilen başkanın yetki sahasına yönelik yargısal yetki tecavüzü toplumun geniş kesimleri tarafından da görülmüş, başkan+geniş toplumsal kesimlerin ittifakla ortaya koydukları tepki, Yüksek Mahkemeyi aktivist kararlardan kendi kendisini sınırlama noktasına rücu etmeye zorlamıştır.

### **G. Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Bir Değerlendirme**

AYM’nin, bazı kereler kendine anayasal olarak verilen “hukukilik denetimi” işlevinin ötesine geçerek, “yerindelik denetimi”ne kayacak şekilde verdiği kararlar yoluyla, siyasi iktidarın anayasal yetki ve takdir alanına giren konularda kararlar vermeye başlaması neticesinde ortaya çıkan siyasi etki ve sonuçların, demokratik bir hukuk devletinde tasvip edilmesi mümkün değildir. Böylesi bir durum, hem hukukun teşekkül ettirilmesi sürecinde “negatif kanun koyucu” olarak anayasal zeminde önemli yetkileri haiz olan AYM’nin, anayasallık denetimi yetkisi kapsamında sahip olduğu anayasal yetki sınırlarının dışına çıkması; hem de hukukun, değişen ölçülerde siyasetin yetki çerçevesi haricine çıkarılması suretiyle, AYM hâkimlerinin inisiyatifine alınması neticesini husule getirebilir<sup>153</sup>.

Demokratik rejimlerde, AYM hâkimlerinin, seçimle göreve gelenlerin anayasaya aykırı olmayacak şekilde yapmış oldukları yasama işlemlerini, anayasal yetkilerinin mecrai dışına çıkararak yargısal denetim vasıtasıyla geçersiz kılmaları, vermiş oldukları siyasi nitelikli ve bağlayıcılık özelliğine sahip kararlardan dolayı hiçbir mes’uliyeti olmayan hâkimler sınıfının siyasi sistem içerisinde olması gerekenin çok ötesinde belirleyici olarak öne çıkmaları neticesini ortaya çıkaracaktır<sup>154</sup>. Bu durum, hiçbir mes’uliyeti olmayan AYM

---

<sup>152</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258-259; ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve..., s. 150; GÖZE, s. 517-522; TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 228-229; HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 41.

<sup>153</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48; DOEHRİNG, s. 234.

<sup>154</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48; DOEHRİNG, s. 234.

hâkimlerinin siyasete yön veren ve yerindelik denetimine kayan işlemlerinden dolayı, siyasi iktidarın mes'ul olması neticesini ortaya çıkaracaktır. Demokrasilerde, anayasada öngörülen sınırları taşmayacak şekilde hareket ederek, ülke gerekleri, halkın öncelikleri gibi etkenleri de dikkate alarak, gündemdeki temel politikalara ilişkin kanuni düzenlemeleri yapma yetkisi ve bu kararların tatbik edilmesi kapsamında ortaya çıkan hukuki ve siyasi mes'uliyetler, siyasi karar alıcılara aittir. Burada ise, yargı kararları sebebiyle ortaya çıkan siyasi, iktisadi vb. neticelerden dolayı halka karşı siyasi iktidarlar sorumlu tutulmaktadır. Bunun en tabii neticesi, demokratik sistemle esaslı bir şekilde çelişen ve "jüristokrazi" şeklinde de ifade edilen "hâkimler hükümeti" tartışmalarının ortaya çıkmasıdır. Bu durumda, AYM, demokratik bir rejimde siyasi karar alma mekanizmalarının yetki alanının erozyona uğrasına sebep olabilir<sup>155</sup>.

Diğer yandan, hâkimlerin kamu politikalarının belirlemesine katılması, yargının siyasi bir role sahip olması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, politikaları belirleme yetkisinin seçilmiş yöneticilere ait olduğu demokratik sistemde yargının siyasi role sahip olması, hâkimler hükümetine yol açacağı endişesiyle ciddi eleştirileri beraberinde getirecektir<sup>156</sup>.

Federal Yüksek Mahkemenin, Anayasayı yorumlarken, federal ya da federe hükümetlerin, bazı toplumsal sorunlarla alakadar olma yetkisinin mevcut olmadığına karar vererek, kendi siyasi eğilim ve görüşlerini, ülkenin genel siyasetini belirleme yetkisine sahip siyasi organların görüş ve düşüncelerine üstün tutması sebebiyle, Mahkemenin bir tür veto organı ve tutumunun bir tür "dictature negative" (negatif diktatörlük) olduğu belirtilmiştir<sup>157</sup>.

Siyasi karar alma yetkisine sahip mercilerin, anayasaya aykırı olmayacak şekilde almış oldukları kararların, yerindelik denetimi kapsamında iptal edilmesi durumunda, demokratik siyasi karar alma mekanizmalarının asli görevlerini layık ve çehiyle yerine getirebilmeleri imkânı ortadan kalkacaktır. Bu durum ise, demokratik sürecin tıkanmasına, yönetemeyen demokrasi olgusunun ortaya çıkmasına sebep olabilecektir<sup>158</sup>.

AYM'nin bu türden müdahaleciliğinin meşruluğu sadece demokrasi inşası bakımından değil, yerleşik demokrasiler açısından da şüphelidir. Bu, bir tür "yargının siyasileşmesi"dir ve böyle bir yönelim bizatihi AYM'nin meşruluğunu baltalayabileceği gibi, genel olarak demokratik müzakerenin önemini de azaltabilecektir<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 46-48.

<sup>156</sup> ATAR, Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak.

<sup>157</sup> GÖZE, s. 516-517; YÜCEL, s. 413.

<sup>158</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48.

<sup>159</sup> ERDOĞAN, Anayasa Mahkemeleri..., s. 18.

Anayasa yargısı hâkimlerinin, demokratik siyasi sistem içerisinde, anayasal olarak sahip olduğu yetkiler içerisinde kalarak karar verdiği durumlarda, bir mecraya taşıması ve dolayısıyla demokratik karar alma süreçlerinde bir tıkanma olmayacaktır. AYM hâkimleri hukukilik denetimi ötesine geçemedikleri, anayasal yetki mecralarını taşımadıkları müddetçe, kararlarının hukuk dışına çıkacak şekilde siyasileşmesi hadisesi kolay kolay gerçekleşmez<sup>160</sup>.

Bu vesileyle, anayasallık denetimi yapan Mahkemeler, bir hakem gibi konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalı, oyunun kurallarını yeniden yazan yerler olmamalı. Aksi yönde bir tutum, kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır; kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurula uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır. Hem kuralı koyan, hem de bunun kontrolünü yapan mekanizma aynı yer olduğu zaman, bu sisteme jüristikrasinin hâkim olması normaldir<sup>161</sup>. AYM'nin, takdir yetkisini keyfilik boyutuna vardırarak şekilde kullanarak, yürürlükteki kurallar açısından öngörülmedik kararlar vermesi, hukuki güvenlik ve istikrarı da baltalayabilir. Bu durum, mahkemelerin etkisinin siyasi karar alıcılar aleyhine genişlemesi sonucunu doğurur. Bunun anlamı, meşru demokratik siyasi otoritelerin zayıflaması ve gerilemesidir<sup>162</sup>.

## **VI. “Hak ve Hürriyet Eksenli” Yorum ya da “Amaç Eksenli” Yorum Yoluyla Ortaya Konulan Yargısal Aktivizm**

Anayasalarda yer alan hükümlerin bir çoğunun, genel, soyut, muğlak ve belirsiz oldukları görülmektedir. Bu anayasal normlar yorumlamaya muhtaçtır. Yorum, insanoğlunun, farklı manalara gelme ihtimali bulunan metin ya da kavramların ne manaya geldiğini belirlemeye yönelik gerçekleştirdiği bir zihni faaliyettir<sup>163</sup>. Hukuki normların uygulanmasına ilişkin yorum vasıtasıyla, soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanarak doğru bir neticeye ulaşılabilmesi için, ilgili hukuk kuralının manasının iyice ortaya konulması yönünde çaba sarf edilir. Yorumlama faaliyetleri aynı zamanda hukukun şekillendirilmesi manasına da gelmektedir<sup>164</sup>.

### **A. Anayasal Normların Yorumlanması**

Anayasal metinlerin yorumlanması konusu çok daha ehemmiyet arz etmektedir. Çünkü Anayasalarda yer alan hükümlerin büyük ekseriyeti soyut ve belirginlikten uzak, anlaşılabilir oldukça güç metinler. Anayasal hükümlere ilişkin yorum, soyut

---

<sup>160</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48.

<sup>161</sup> ÖZTÜRK, s. 179.

<sup>162</sup> METİN, s. 91.

<sup>163</sup> KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s.142.

<sup>164</sup> METİN, s. 93.

nitelikteki Anayasal normlar, objektif olarak anlaşılabilir nitelikte olmadıkları için, kendisine birden fazla mana yüklenebilecek bir anayasal norm hakkında, belli bir mananın verilmesi işlemidir<sup>165</sup>.

Soyut nitelikteki Anayasal normların hangi manaya geldiğini ve bu normların nasıl anlaşılması gerektiğini hukuki zeminde en etkin bir şekilde ifade etme salahiyeti AYM'ne aittir. Bu sebeple, AYM'nin, anayasallık denetimi yanında, bir de soyut nitelikteki anayasal normların yorum yoluyla anlaşılmasına yardımcı olma şeklinde bir işlevi bulunmaktadır<sup>166</sup>. AYM hâkimleri, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme faaliyetini yerine getirdikleri süreçte, her şeyden önce anayasallık denetiminde ölçüt olarak kullandığı genel ve soyut nitelikteki anayasal normları yorumlamak suretiyle onlara belirli manalar yükleyerek muhtevasını belirlemekte, bu yolla soyut nitelikteki bu normlar somutlaştırılmakta ve anayasallık denetiminin neticesi buna göre şekillendirilmektedir<sup>167</sup>.

Her ne kadar Yargıtay, Danıştay vb. Mahkemeler de birer yüksek mahkeme iseler de, AYM'nin yorum yetkisinin kapsamı ve müessiriyeti diğerlerinininkine göre çok daha geniş ve etkindir. Sadece anayasallık denetimi yapan anayasa yargısı kurumunun yorumları diğer bütün organlar üzerinde bağlayıcılık özelliğine sahiptir. AYM hâkimlerinin, anayasal normların muhtevasının ne olduğunu belirleme konusundaki etkinliği bir ABD Federal Yüksek Mahkeme Hâkimi tarafından şu şekilde özetlemiştir: “Anayasa Yüksek Mahkemedir”<sup>168</sup>. Benzer bir başka ifadeyi Yüksek Mahkeme hâkimlerinden Charles Evan Hughes şu şekilde dile getirmiştir: “Biz Anayasaya bağlıyız, ancak Anayasa hâkimler ne diyorsa odur”<sup>169</sup>. Alman hukukçu Rudolf Smend'e göre de, “Anayasa, uygulamada Federal AYM'nin yorumladığı şekliyle geçerlidir”. Benzer nitelikteki şu tespit de çarpıcıdır: “Yorum faaliyeti adeta hâkimin anayasayı yeniden yazmasıdır”<sup>170</sup>. Dolayısıyla Anayasalardaki genel ve soyut hükümlerin, özellikle AYM hâkimlerinin yorumları ile somut bir mana bütünlüğü kazanmakta oldukları görülmektedir.

AYM'nin aktivist kararlarında, kanun koyucunun çıkardığı kuralları iptal etme ya da Anayasaya aykırı bulmama şeklinde neticelenen faaliyet kapsamında, mahkemenin denetlediği konuya ilişkin yeni bir yaklaşım ortaya konulmuş olmaktadır. Bu yönü ile aktivizm, *hâkimlerin anayasallık denetimi*

---

<sup>165</sup> HÜNER, s. 57.

<sup>166</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 23.

<sup>167</sup> İbid., s. 23, 26.

<sup>168</sup> GÖZE, s. 516.

<sup>169</sup> BARNUM, David G., The Supreme Court and American Democracy, St. Martin's Pres, New York, 1993, s. Vii'den aktaran: ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 53.

<sup>170</sup> SMEND, Rudolf, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Auflage, 1994, s. 582'den nakleden: METİN, s. 93.

*sürecinde karar verirken, hukukun ne olduğunu tespit ettiği aşamada ortaya çıkmaktadır*<sup>171</sup>. Bu bağlamda Anayasayı hazırlayan kurucu irade tarafından belirlenen genel ve soyut nitelikli anayasal normların yeterince açık olmadığı durumlarda, AYM hâkimleri bunların manalarını tayin etmek suretiyle belli ölçülerde ve şekillerde hukuk inşa etme faaliyetine girişmiş oldukları için, soyut nitelikli anayasal normların ölçüt alındığı her AYM kararının aktivist kabul edilmesi gerekir. Zira bu gibi durumlarda hâkimler, bu soyut kavramların manalarının ne olduğunu, muhtelif manalardan birisini tercih etmek suretiyle belirlemektedir. Bu belirlemeyi yaparken de kişisel, siyasî veya felsefi tercihlerde bulunması kaçınılmaz hâle gelebilmektedir<sup>172</sup>. Mesela laiklik kavramını ele alalım. Bu kavramın tek bir manası mevcut değildir. Hemen her bir laik ülkede farklı uygulamalar mevcuttur. Laikliğe, felsefi anlamda laiklikten, siyasî, hukukî, sosyolojik laikliğe, laikçilik ile uyumlu otoriter, militan laiklikten, liberal, demokratik laikliğe, dışlayıcı laiklikten pasif laikliğe, din ve vicdan hürriyetine hoşgörü ile yaklaşan hatta ona teminat sağlayan laiklikten, pozitivizm temelinde her türlü dinlere karşı savaş açan laikliğe kadar çeşitli manalar yüklenebilmektedir. Anayasada salt laiklik kavramına yer verilmiş olması, kanunların bu ilke ile uyumlu olup olmadığının tayin ve tespiti için yeterli olmamaktadır. Her şeyden önce anayasallık denetimi yapan merciin burada bahsi edilen laiklik türlerinden birisini esas alan bir tercihte bulunması gerekir. Bu tercih, felsefi anlamda laiklik olabileceği gibi, hukukî ya da siyasî manada laiklik de olabilir veya otoriter militan laiklik olabileceği gibi liberal demokratik laiklik de olabilir. Anayasallık denetimi yapan AYM'nin, otoriter militan laikliği esas alması; laikliğe bu şekilde mana vermesi halinde, başörtüsü ile ilgili kısmı itibariyle din ve vicdan hürriyetinin alanını genişletici bir kanuni düzenleme bile anayasaya aykırı bulunarak iptal edilebilecektir. Ya da AYM'nin laikliğe liberal demokratik laiklikle uyumlu bir mana yüklemesi halinde aynı kanun iptal edilmeyebilecektir. Dolayısıyla laikliğin ne olduğu, anayasadan anlaşılmasında, anayasallık denetimi yapan yargı mercilerinin yorumlarından anlaşılmaktadır. Tüm kişiler ve kurumlar, liberal demokratik laikliği ne kadar savunurlarsa savunsunlar, AYM hâkimleri laikliğin muhtevasını, otoriter militan laiklik anlayışı ile uyumlu olarak tayin etmesi halinde, artık başörtüsü vb. konularda serbesti sağlayıcı kanuni metinlerin iptali kaçınılmaz hale gelebilecektir. Bu vesileyle, anayasalardaki soyut nitelikteki normların muhtevası, zaman zaman anayasa koyucunun gerçek iradesinin ne olduğuna bakılarak değil, AYM hâkimlerinin kişisel tercihlerine göre belirlendiği için, AYM'nin bu belirlemeleri ve anayasallık denetimini de bu belirlemelere göre yapması, kaçınılmaz olarak aktivist bir tutumu yansıtmaktadır. Hatta AYM hâkimleri, soyut anayasal kuralların muhtevasını belirleme noktasından o

---

<sup>171</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 36.

<sup>172</sup> KORUCU, s. 216.

kadar etkin bir konuma sahiptirler ki, bu normlara anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çelişen manalar yükledikleri ölçüde pozitif yasa koyucu gibi işlev gördükleri bile söylenebilir.

AYM'lerinin bu yaklaşımları, bize, anayasa yargısında yorum yöntemlerinin ne kadar ehemmiyetli olduğunu göstermektedir. Alman hukukçu Hesse, anayasa hukuku alanında yorum sorunu konusunda genel çerçeveyi şu şekilde belirlemiştir: "Anayasa hukukunda yorum sorunu çok önemlidir. Zira ayrıntılı hükümler içeren diğer hukuk dallarından farklı olarak anayasa, büyük ölçüde kapsamı geniş ve ucu açık hükümlerden oluşur. Anayasa'nın yorumlanmasının önemi, Federal Anayasa'nın öngördüğü gibi, geniş yetkilerle donatılmış kapsamlı bir anayasa yargısı sisteminin bulunduğu anayasal düzenlerde daha da artmaktadır. Anayasal demokrasilerde bütün devlet organları anayasa ile bağlıdır. Anayasa'ya bağlılık denildiğinde, AYM'lerinin anayasaya ilişkin yorumları da, anayasa kavramı içerisinde yer alır. Zira AYM'lerinin anayasa hakkındaki yorumları yalnızca vatandaşlar için değil, aynı zamanda bütün devlet organları için de bağlayıcıdır. Buna karşılık, AYM'leri de, yorum yapmış olsa bile, yalnızca anayasanın içeriğini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi halde, yorumun bağlayıcı etkisinin temeli ve meşruluğu ortadan kalkar"<sup>173</sup>.

Anayasal normların yorumlanması noktasında anayasaya uygunluk denetiminde "AYM hâkimlerinin bakış açıları" önem arz etmektedir. Anayasal demokratik bir hukuk devletinde olması gereken, anayasa yargısı hâkiminin, tutarlı bir yorum teorisi geliştirerek, anayasal ilkeler arasındaki hiyerarşiyi ve nedensellik bağlarını vurgulayan "anayasanın bütünlüğü ilkesi"ni esas alarak, olabildiğince sıkı bir şekilde ilmi ve objektif kriterlere, eleştirel, şeffaf ve denetlenebilir ölçütlere göre yorumlamasıdır<sup>174</sup>. Fakat her zaman olması gerekenin olmadığı, insan onuru, demokrasi, sosyal devlet vb. anayasal ilkelerin, anayasa hâkimleri tarafından sübjektif değerlendirmeler bağlamında algılandıkları için, her zaman AYM'leri tarafından ideale uygun şekilde yorumlanıp anlamlandırılmadığı görülebilmektedir. Bu sebeplerle, bazıları, anayasallık denetimi neticesinde ortaya çıkan anayasanın, fiiliyatta "AYM üyelerinin çoğunluk görüşünü yansıtan anayasa" haline geldiği görüşünü ifade etmektedir. Dolayısıyla, anayasallık denetimi bağlamında demokrasi, insan hakları, hukuk devleti vb. ilkeler, uygulamada AYM'nin bu ilkelerden anladığı şekilde şekillenmektedir<sup>175</sup>.

Anayasa yargısı hâkimlerinin, anayasallık denetimi yaparken, genel ve soyut anayasal norm ve ilkeleri, şahsi siyasi-dini-felsefi-ideolojik düşünce ve kanaatlerinin, eğilimlerinin etkisi altında yorumlayıp yorumlamalarına,

---

<sup>173</sup> HESSE, Konrad, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", 20. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1995, Rn. 51'den nakleden: METİN, s. 92.

<sup>174</sup> İbid., s. 93.

<sup>175</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemelerinin..., s. 539-540.

devleti ya da belli bir ideolojiyi koruyuculuk misyonunu üstlenerek hareket edip etmemelerine bağlı olarak, özellikle hak ve hürriyetlere ilişkin kanuni düzenlemelerde iki tür yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Birincisi, “hak ve hürriyet eksenli” yaklaşım, ikincisi “amaç-ideoloji eksenli” yaklaşım<sup>176</sup>.

### **B. Anayasal Normların Hak ve Hürriyet Eksenli Yoruma Tabi Tutulması**

“Hak ve hürriyet” eksenli yaklaşım, bir davada hâkimin, temel hak ve hürriyetlerin ihlâl edilip edilmediğini tespit ederken, hak ve hürriyetlerin korunmasından yana tavır almasını / karar vermesini gerektiren yaklaşımdır<sup>177</sup>. Bu yaklaşım, öncelikle herkesin “eşit ilgi ve saygı” görme temel hakkını ve bu haktan doğan diğer hak ve hürriyetleri esas almayı gerektirir<sup>178</sup>. Mesele anayasa yargısı bağlamında tahlil edildiğinde, hak ve hürriyetlere ilişkin kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasaya uygun olup olmadığının tespitinde, AYM hâkimlerinin, hak ve hürriyetlerin korunmasından yana tavır almalarıdır. Anayasadaki genel ve soyut normların yorumunda hak ve hürriyetlerin korunması eğiliminin etkili olması, hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla uyumlu olacaktır. Anayasallık denetiminin, insan hakları ve hukuk devleti için pozitif yönde işlev görmesinin bir diğer şartı, AYM hâkimlerinin, genel ve soyut nitelikteki Anayasal kuralları, hak ve hürriyetlerin korunması eğilimini yansıtan “hak ve hürriyet” eksenli yaklaşımla okumalarıdır<sup>179</sup>. Anayasal normların hak ve hürriyet eksenli olarak okunmasında kast edilen husus, AYM’nin aktif bir yorumla kanun koyucu gibi hareket etmesi, bu yolla fiili olarak anayasaya yeni kurallar koyması değildir. Burada Anayasal normların, hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla yorumlanması kapsamında Anayasa hâkimlerinden beklenen, birey hak ve hürriyetlerini siyasi iktidar karşısında koruyucu yönde bir yorum geliştirmeleri, anayasal ilkelere bu yönde anlamlar yüklemeleridir<sup>180</sup>.

### **C. Anayasal Normların Amaç – İdeoloji Eksenli Yoruma Tabi Tutulması**

“Amaç-ideoloji eksenli” yaklaşım ise daha ziyade faydacı temellere dayanmaktadır. Bu yaklaşımı esas alan hâkimler, toplumun ve devletin yüce amaçları için, bireysel hakları feda etmek suretiyle, kurulu düzenin devamı

---

<sup>176</sup> ARSLAN, Zühtü, “İnsan Hakları, Yargı ve ‘Taşralı Adam’ın Dramı”, Yeni Türkiye, S. 21, Mayıs-Haziran 1998, s. 603-605; Anayasa Teorisi, s. 235, 241; TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Liberal Düşünce D., Y. 6, S. 22, Yaz-2000, s. 30; KÜÇÜK, Adnan, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil y., Ankara, 2005, s. 410.

<sup>177</sup> ARSLAN, İnsan Hakları..., s. 601-605.

<sup>178</sup> TURHAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları, s. 30.

<sup>179</sup> KÜÇÜK, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, s. 422.

<sup>180</sup> İbid., s. 424.



kaygısını öne çıkarırlar<sup>181</sup>. Şayet yargı organları ile hâkimlere, “amaç-ideoloji eksenli” paradigma kapsamında mevcut kurulu düzen ile o düzenin dayandığı ideolojik/siyasî ya da inanç temelli düşüncelerin ve sistemin bütünlük içerisinde korunması işlevi yüklenmiş ise ya da hâkimlerin kendilerini bu yönde bir yükümlülük içinde hissetmeleri durumunda, yargısal uygulamalar, hak ve hürriyetler için teminat sağlamak bir yana, onların boğulmalarının aracına dönüşebilir. Bu durumda, hak ve hürriyetlerin, sözde hukuk namına, yargısal meşruiyet zemini içinde boğulmasının yolu aralanmış olacaktır<sup>182</sup>. Anayasadaki hak ve hürriyetlere ilişkin soyut kavramların, Anayasallık denetimi yapan hâkimler tarafından, hak ve hürriyetler karşısında devletin âli menfaatlerine ya da anayasada mündemiç olan ya da olduğu düşünülen “resmi ideoloji”ye üstünlük tanınacak şekilde yorumlanmaları ve bazılarının da evrensel anlamlarından uzak ve dar bir çerçevede değerlendirilmeleri<sup>183</sup> durumunda, AYM, kendilerinden beklenen “hak ve hürriyetler için koruma ve güvence sağlama” işlevine ters yönde işlev icra edebilecek ya da yargının hak ve hürriyetler açısından oluşturacağı teminat büyük oranda zaafa uğrayacaktır. Bu yorum temelinde, AYM’nin, kendini, hukuku bulan değil, inşa eden olarak görmesi halinde, “hâkimler yönetimi”, “kanun koyucuların yönetimi”nden çok daha yıkıcı olabilecektir<sup>184</sup>. Anayasanın belli bir ideoloji ile bütünleştiği, devletin bireyin önüne geçirilerek kutsandığı, otoritenin güçlendirilmesine öncelik verildiği, “bürokratik yönetim”in bir tür hâkim ideolojiye dönüştüğü modernleşmeci ülkelerde, yargısal aktivizm, vatandaşlar aleyhine olarak siyasi ideolojik devletin takviye ve tahkimine hizmet edebilecektir<sup>185</sup>.

#### **D. Türk AYM’nin Bazen Hak ve Hürriyet Eksenli Bazen de Amaç – İdeoloji Eksenli Yorumlarını Esas Alan Eğilimleri**

AYM’nin, başörtüsü serbestisi ile alakalı kanuni düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal eden kararı, soyut bir kavram olan “laiklik”i “amaç-ideoloji eksenli” olarak yorumlamasına bir örnek teşkil etmektedir. AYM’ne göre, lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır,

<sup>181</sup> ARSLAN, İnsan Hakları..., s. 601-605.

<sup>182</sup> KÜÇÜK, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, s. 421.

<sup>183</sup> SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT y., Ankara, 2001, s. 122.

<sup>184</sup> SARTORİ, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev.: Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU & Mehmet TURHAN), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993, s. 334.

<sup>185</sup> SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s. 180, 228.



gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi'nin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Laiklik, Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Akıl ve gözlemin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin, bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri gerekir. Lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz. Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Lâiklik, düşünsel yapının değiştirilmesi, çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Giyim özgürlüğü ve özerklik, lâiklik üstün tutularak, lâiklikle birlikte gözetilir. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır<sup>186</sup>.

Burada AYM, amaç-ideoloji eksenli bir yaklaşımı benimseyerek, laikliği kutsayarak, onu bir hayat tarzına ve resmi ideolojiye dönüştürerek, devlete din ve vicdan hürriyetinin alanını daraltma yetkisi verdiği halde, genişletme yetkisi vermeyerek, pasif laiklik ya da liberal demokratik laiklik yerine, laikçilik temelli militan laikliği ya da dışlayıcı laikliği benimseyerek, din ve vicdan hürriyetinin alanını daraltıcı yönde bir yorum geliştirmiştir. AYM'nin türbanla alakalı kararı, lâikliğin genellikle benimsenen ilmi yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist resmi ideoloji olarak takdim etmektedir.

AYM, kısaca 4+4+4 kanunu şeklinde de ifade edilen 30.3.2012 Tarih ve 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hakkında açılan iptal davası üzerine laikliği bu kez de "hak ve hürriyet eksenli" bir yaklaşımla yorumlamıştır. AYM'ne göre, laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin iki farklı yorumu ve uygulaması mevcuttur. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da hürriyetçi yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini, sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân

---

<sup>186</sup> AYM Kr: E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989.

tanımlanmaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ve koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Dinler ve inançlar, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır<sup>187</sup>.

Hürriyetçi pasif laiklik ilkesini benimseyen AYM'nin bu kararında, anayasal bir ilke olan laikliği, din ve vicdan hürriyetini koruyucu yönde tanımlayarak "hak ve hürriyet eksenli" bir yorum yöntemini benimsemiştir.

Türk AYM kararlarının bütünü incelendiğinde, anayasal demokrasinin gerekleri bakımından güvence niteliğinde sayılabilecek karar örneklerinin sayıca daha az olduğu görülür. Amaç-ideoloji eksenli bir yaklaşımı benimseyerek, "Cumhuriyetçi ittifak" olarak tanımlanabilecek toplumsal kesimlerin menfaat ve değerleri konusunda son derece cesur ve aktivist kararlar alabilen AYM, hak ve hürriyetlerin korunması söz konusu olduğunda genellikle daha çekimser bir tutum içine girmektedir. Özbudun'a göre, "Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde AYM'nin, kendisini yaratan merkez elitlerinin beklentilerini gerçekleştirdiği, onların temel değer ve menfaatleriyle uyumlu kararlar verdiği gözlemlenmektedir. Üstelik AYM, bunu yaparken, ...seçilmiş organların siyasi takdir yetkisine müdahaleden kaçınan bir 'kendi kendini sınırlama' (judicial self-restraint) yaklaşımı değil, anayasal yetkilerini yorum yoluyla sürekli genişleten aktivist bir tutum (judicial activism) izlemiştir. ... AYM'nin genel yaklaşımı, 'hak temeline dayanan' değil, 'ideoloji temeline dayanan' bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir<sup>188</sup>. Arslan'ın belirttiği gibi, "Türk AYM'si siyasal özgürlükler konusunda hak-eksenli yaklaşım yerine ideoloji-eksenli bir yaklaşımı benimseyerek kendi meşruiyetine zarar vermektedir"<sup>189</sup>. Bütün bunlar dikkate alındığında, Türk AYM, amaç-ideoloji eksenli yorumları terk etmediği sürece ülkemizdeki anayasal demokrasi açısından bir tehdit

---

<sup>187</sup> AYM Kr: E. 2012/65, K. 2012/128, KT: 29.09.2012.

<sup>188</sup> ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 460.

<sup>189</sup> ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 53.

oluşturmaya devam edecek, hak ve hürriyet eksenli bir anlayışı benimseyen kararları çoğaldıkça, birey hakları ve anayasal demokrasi açısından güvence oluşturma özelliği daha baskın hale gelebilecektir.

### **E. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin Bazen Hak ve Hürriyet Eksenli Bazen de Amaç – İdeoloji Eksenli Yorumlarını Esas Alan Eğilimleri**

Her ne kadar bir Anayasa, liberal düşüncenin esintilerini taşıyan; en geniş manada hürriyetler rejimini öngören çerçeve hükümleri içerse de, konjonktürel olarak yaşanan bazı hadiseler, anayasallık denetimi yapan hâkimleri de etkileyebilmekte; hâkimler, bir dönemde insan haklarının korunması için üst düzeyde koruyucu yönde işlevler görürlerken, bir başka dönemde, Anayasanın verdiği geniş yorum seçeneklerinden faydalanarak, insan haklarının alanını değişen ölçülerde ölçüsüzce daraltıcı yöndeki kanuni düzenlemeleri Anayasaya aykırı bulmayabilmektedirler. Bunun en bariz misali, çerçeve Anayasaya sahip olduğu belirtilen ABD’de, 1940’lı ve 1950’li yıllarda yaşanan McChartizm dönemi uygulamalarıdır.

ABD Anayasasında (Birinci Değişiklik) ifade hürriyeti düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hürriyete ilişkin sınırlama sebepleri ile sınırlamanın sınırını tayin eden ölçüt hükümler Anayasada mevcut olmadığı için, bu hürriyetin sınırını tayin etme yetkisinin yasama organında ve anayasallık denetimi halinde Federal Yüksek Mahkemede olduğu söylenebilir. 1940’lı ve 1950’li yıllarda Yüksek Mahkemenin, ifade hürriyetini daraltıcı yönde çıkarılan kanunların önüne gelmesi üzerine vermiş olduğu kararlarda benimsemiş olduğu çeşitli ölçütlere bağlı olarak ifade hürriyetinin alanının genişlediği ya da daraldığı görülmüştür.

Federal Yüksek Mahkeme, bazı davalarda<sup>190</sup> ifade hürriyetinin sınırının tayin edilmesinde, amaç eksenli paradigma ile uyumlu “zararlı eğilim” (bad tendency) ölçütünü geliştirerek, ifade hürriyetinin alanını alabildiğine daraltıcı yönde kararlar vermiştir<sup>191</sup>.

1948 yılında alt derece mahkemeleri tarafından ABD Komünist Partisi üst kademe yöneticileri hakkında verilen mahkûmiyet kararı Federal Yüksek Mahkemeye intikal etti. Mahkeme, bu vakada (Dennis v. United States), kanunu Anayasaya uygun bularak mahkûmiyeti tasdik etti<sup>192</sup>. Bu davada, davalılar hakkında, devleti iskat etmeye niyetlendiklerine ya da bu yönde

---

<sup>190</sup> Abram v. United States ve Schenck v. United States davaları. HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 70-72.

<sup>191</sup> Dennis v. US 342. United States 494 (1951); GELLHORN, Walter, Amerikan Hakları, (Çev.: Ünsal OSKAY), Türk Siyasî İlimler Dergisi y., Ankara, 1965, s. 68.

<sup>192</sup> Dennis v. US 342. United States 494 (1951); GELLHORN, s. 68.

harekete geçtiklerine dair bir suçlama mevcut değildir. Mahkûm edilen kişiler, daha ziyade devleti iskat etmenin istenebilirliğini ve gerekliliğini öğretmek ve savunmakla, isyanın tekniğini öğretmiş olmakla, bir doktrini müdafaa etmek için bir araya gelmekle itham edildiler. Dennis vakasında, yakın bir tehlikeye delil teşkil eden veya konuşmadan hukuka aykırı eyleme geçişi gösteren hiçbir delil mevcut değildi. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, Smith Kanununun bu vakaya ilişkin uygulanmasında ifade hürriyetinin herhangi bir şekilde ihlal olunmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, Dennis ve arkadaşlarının, hükümetin “şartların elverdiği kadar hızlı bir şekilde” devrilmesinin gerekliliğine inandıkları ve bu işe niyetlendikleri açığa çıkarılmıştır. Söyledikleri sözler, tüm olarak bu anlama gelmektedir. Bu durum, onların tenkil olunmaları için yeterlidir<sup>193</sup>. Yüksek Mahkeme bu kararında liberal bir ölçüt olan “açık ve mevcut tehlike” ölçütü<sup>194</sup> yerine “zararlı eğilim” ölçütünü kullanarak, sırf düşünce ve onun örgütlenmesini açıkça kısıtlayıcı nitelikte bir karar vermiştir<sup>195</sup>. Bu, amaç-ideoloji eksenli paradigma ile uyumlu olarak hürriyetten ziyade devleti koruduğu, hürriyet-otorite dengesini otorite lehine çevirdiği için, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının sınırını belirlemede hürriyetçi nitelikte ölçüt değildir.

Federal Yüksek Mahkemenin ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin sınırın belirlenmesinde yararlanmış olduğu bir ölçüt de “açık ve mevcut tehlike” (Clear and Present Danger)<sup>196</sup> ölçütüdür. Yüksek Mahkemeye göre, sarf edilen beyanların cezalandırılması için bir “tehlike”nin ortaya çıkması şartı aranmalıdır. “Açık ve mevcut tehlike” şartı, düşüncenin kendisini mutlak olarak Anayasanın güvencesi altında sayarak düşünce suçuna imkân vermez. Burada düşüncelerin açıklanış şeklinin, belli bir olayda “açık ve mevcut tehlike” meydana getirip getirmediğine bakılmalıdır. Hak ve hürriyet eksenli yorumlamaya, Smith Kanununun uygulanmasına ilişkin Yates vakası misal verilebilir. Yüksek Mahkeme, Yates Davasında<sup>197</sup>, Smith Kanunu hakkında şunu bildirdi: “Şiddete dayanan iskatın savunulması ve öğretilmesinin; bu fikrin savunucu ve öğreticisinin niyeti ne kadar kötü olursa olsun, ‘aksiyona yol açacak herhangi bir gayret’in eşliği olmaksızın kanun tarafından yasaklanması söz konusu olamaz”<sup>198</sup>. Çoğunluğun eğilimini ifade eden hakin Harlan, soyut doktrin savunması ile kanunsuz bir hareketi elde etmeye yönelmiş bir fikre

---

<sup>193</sup> GELLHORN, s. 71.

<sup>194</sup> İbid., s. 68–71; GÖZE, s. 547–548.

<sup>195</sup> TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. B., BDS y., İstanbul, 1994, s. 60; HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 87.

<sup>196</sup> Yates v. US 357 US298 (1957). GELLHORN, s. 64-87; HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 87; KÜÇÜK, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, s. 29-32.

<sup>197</sup> Yates v. US 357 US298 (1957).

<sup>198</sup> GELLHORN, s. 72; GÖZE, s. 549.

taftar olma ve onu savunma arasındaki farkı” teyit ederek, Smith Kanununu, bu farkı muhafaza etmek amacıyla olarak yorumladı<sup>199</sup>. Bu vaka ile ifade hürriyetine ilişkin anayasal hüküm hak ve hürriyet eksenli yorumlanarak, ifade hürriyetinin alanı genişletilmiştir.

Dini inançtan dolayı bayrağın selamlanmamasını ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirerek, devletin insanları vatansever olmaya zorlayamayacağını belirttiği *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) davasında verdiği karar, Afrika kökenli siyahi Amerikalılara beyazlarla aynı yerde eğitim hakkının tanınmasını mümkün kılan *Brown v. Board of Education* (1954) davasıyla alakalı karar, her türlü fikri yasaklayan kanunları Federal Anayasaya aykırı bulan *Brandenburg v. Ohio* (1969) davasıyla alakalı karar, zorunlu kamu okullarında eğitim kanununu anayasaya aykırı bulup eğitimde anne ve babaya son sözü söyleme yetkisi tanıyan *Pierce v. Society of Sisters* (1925) davasıyla alakalı karar, Yüksek Mahkemenin hak ve hürriyet eksenli yorum kapsamında hak ve hürriyetler için koruyucu yönde işlev gören pozitif aktivist kararlarıdır<sup>200</sup>.

ABD Federal Yüksek Mahkemesinin insan hakları açısından negatif sonuçlar doğuran aktivist kararları, genelde kriz dönemlerinde verdiği; kriz dönemleri atlatıldıktan sonraki dönemde hak ve hürriyetleri koruyucu yönde kararlar vermeye başladığı görülmektedir.

## VII. İyi Aktivizm-Kötü Aktivizm Meselesi

Yargısal aktivizmin genel itibariyle iyi veya kötü bir şey olup olmadığı ya da bir ayrıma tabi tutularak, bazı türlerinin iyi, bazı türlerinin ise kötü olduğu yönünde bir değerlendirme yapmanın doğru olup olmadığı sorusunun cevap bulması gerekmektedir.

Bu konuda en aykırı görüşü Lipkin ortaya koymuştur. Lipkin’e göre, gizli bir aristokrasi ABD milletini şekillendirmektedir. Bu da, kanun koyucunun üzerinde olan, seçimle iş başına gelmemiş, hesap vermeyen, hayat boyu görevde kalma garantisi olan hâkimler eliyle gerçekleştirilmektedir. Bu yargısal aristokrasinin verdiği kararlar, seçilmişlerin ve hatta seçmenlerin tercihlerinin de üstündedir<sup>201</sup>. Lipkin, şu soruları sormaktadır: “Neden Yüksek Mahkeme Hâkimleri Anayasa’nın anlamı hakkında son söz söylemek hakkına sahip olmalıdır? Şayet Yüksek Mahkeme, seçim politikalarının sınırını çizebiliyorsa, o zaman Yüksek Mahkeme’nin sınırını kim ve ne çizecektir? Bu soruların cevabı,

---

<sup>199</sup> GELLHORN, s. 72–73; GÖZE, s. 549.

<sup>200</sup> ÖZTÜRK, s. 189.

<sup>201</sup> LİPKİN, What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?, s. 2’den nakleden: İbid., s. 117-118.

*“kontrol edeni kimin kontrol edeceği”*dir. Lipkin’e göre, şayet Anayasa’nın anlamı ve yorumu hakkında Yüksek Mahkeme son sözü söylese, anayasal yargı denetimi yargısal aktivizm haline gelecektir<sup>202</sup>. Lipkin’e göre, her ne kadar yargısal denetim gerekli ve doğru ise de, yargısal aktivizm yanlıştır, anayasanın anlamı ve yorumu hakkında son söz seçmene ait olmalıdır. Bunun çözümü, çok ciddi anlamda meydana gelen anayasal davalar ve tartışmalarla ilgili olarak referanduma gitmektir<sup>203</sup>.

Anayasa yargısının, anayasal demokratik bir sistemde haiz olduğu temel işlev açısından bakıldığında, yargısal aktivizmin, tüm örnekleriyle birlikte her zaman için olumsuz görülmesi gerektiğini ve mutlaka karşı gelinmesi icap eden bir tutum olduğunu söylemek doğru olmaz. Bir diğer ifadeyle tek başına yargısal aktivizmin, herhangi bir ölçüt olmaksızın iyi ya da kötü olduğu noktasında, genellemeci bir değerlendirme yapılması doğru değildir<sup>204</sup>.

AYM’nin, siyasi karar alma yetisine sahip mercilerin, anayasa aykırı olmayacak şekilde almış oldukları kararları, yerindelik denetimi kapsamında iptal etmesi şeklinde tezahür eden yargısal aktivizm, demokratik devlet ilkesi ile çelişkilidir.

Çoğunlukçu aktivizm türünde, AYM, anayasaya aykırı bularak geçersizleştirilmesi icap eden bir yasama işlemini, aktif bir tutum takınarak anayasal yetkilerinin haricine çıkmak suretiyle iptal etmediği, bu yolla anayasaya aykırı yasama işlemlerini meşrulaştırdığı için, bunun anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir.

İçtihatı maksimalizm şeklindeki yargısal aktivizm türünde, AYM, yapacağı anayasallık denetimi sadece itiraza konu olan maddelerle sınırlı olması icap ettiği halde, burada bu maddeler yanında, davanın gereklerini aşarak, itiraz konusu olmayan bazı maddeler hakkında da anayasallık denetimi yapıyorsa, bu durumda, anayasa yargısı sıfatıyla sahip olduğu anayasal yetki alanını genişletmiş; bu yolla anayasa koyucu iradenin yetki alanını gasp etmiş olmaktadır. Bu vesileyle bu tür aktivizm de anayasal zeminde isabetli değildir.

Anayasanın orijinal manasının ve süregelen içtihatlarının göz ardı edilmesi şeklindeki çoğunluk karşıtı aktivizm türlerinin, hukukilik ve yerindelik, hak ve hürriyet ve amaç-ideoloji eksenli yorumlar şeklindeki aktivizm türleri kapsamında tahlil edilebileceği kanaatindeyim. Şayet çoğunluk karşıtı aktivizm türünde, çoğunluğun iradesi şeklinde tezahür eden siyasi iktidarın yaptığı işlemler, siyasi, iktisadi, sosyal, kültürel vb. anayasal yetki alanına giren

---

<sup>202</sup> LİPKİN, What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?, s. 5-6’dan nakleden: İbid., s. 118.

<sup>203</sup> İbid., s. 120.

<sup>204</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin...,s. 37.

konulara ilişkin ise, bunlar açıkça anayasaya aykırılık teşkil etmiyorsa, bunların iptali şeklinde ortaya konulan yargısal aktivizm isabetli olmayacaktır.

Hak ve hürriyetlere ilişkin kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasallığının denetlenmesi bağlamında tahlil edildiğinde, yargısal aktivizmi iki farklı yönden incelemekte fayda vardır. Hak ve hürriyetlere ilişkin işlemlerin anayasaya uygunluğu denetimi kapsamında sergilenen aktivist tutumun, mutlak manada iyi ya da kötü olduğunu söylemek isabetli olmaz. AYM'nin sadece hak ve hürriyetler aleyhine verdiği kararları esas alarak yargısal aktivizmin hukuk devleti bağlamında isabetli olmadığını söylemek eksik bir değerlendirme olacaktır. Meselenin, AYM'nin anayasallık denetimi kapsamında kıstas olarak faydalandığı soyut nitelikli anayasal normları "hak ve hürriyet" eksenli ya da "amaç-ideoloji eksenli" olarak yorumlanmalarına bağlı olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Devletçi, ideolojik yargısal aktivizm olarak nitelendirilen AYM'nin anayasallık denetimi kapsamında soyut nitelikli anayasal normları amaç-ideoloji eksenli okuma yoluyla gerçekleştirdiği yargısal aktivizm türü, kişi hak ve hürriyetlerini çoğunluk karşısında teminat altına almaktan ziyade, devletin siyasi ideolojik önceliklerini ya da bizzat devletin âli menfaatlerini koruma amacı etrafında yoğunlaşacaktır. Bu, insan hakları ve hukuk devleti temelli anayasal demokrasi bağlamında ciddi manada sorunlu bir aktivist tutumdur. AYM'nin, amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla aktivist bir tutum sergileyerek, anayasada mündemiç bazı siyasi-dini-felsefi-ideolojik değerlerin gözeticisi ve koruyucusu işlevini üstlenmesi, onu, halkın çoğunluğunu yetersiz, geri, korumaya muhtaç gören "vesayetçi kurum olma" konumuna yerleştirecektir.

Bu aktivizm türünde, anayasallık denetimi hukuki alanın dışına savrulma riski ile karşı karşıya kalır. Belli bir ideoloji ile şartlandırılması neticesinde AYM, bir tür siyasi muhalefet kimliği kazanarak siyasileşebilir; bir nevi eksik ve yetersiz kalan bazı siyasi partilerin yerini AYM alır. Anayasa yargısı, bu tür aktivizm kapsamında, bazen hak ve hürriyetler için koruyucu hükümleri içeren kanuni düzenlemeleri, amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla, siyasi iktidarın yapmış olduğu anayasal demokrasi ile uyumlu yasama işlemi iptal ederek, siyasi çoğunluğa ve bu kanunla hakları korunan kesimlere hadlerini bildirmiş olunur.

Bu tür yargısal aktivist uygulamalar neticesinde, anayasa yargısı, sistem içerisindeki baskınlığından ve belirleyiciliğinden dolayı "hâkimler hükümeti" görünümüne bürünebilir. Siyasetin yozlaşması ihtimali üzerine bir tür teminat sağlayıcı olarak düzenlenen anayasallık denetimi, bu tür uygulamalar neticesinde daha baştan meşruiyetini kaybeder. Çünkü anayasa yargısı, bu tür yönelimler neticesinde yozlaşarak, anayasal demokrasi içinde yapması gereken göreve yabancılaşabilir. Oysa anayasallık denetimi vasıtasıyla



yapılması amaçlanan, siyaseti hukuki sınırlar içerisinde tutmaktır<sup>205</sup>. AYM, kendisini resmi ideoloji ile bütünleşik “cari rejimin bekçisi”, “koruyucusu veya kollayıcısı” olarak görüp rejim muhafızlığına soyunması halinde, o, artık siyasi ve sosyal anlamda anayasal düzeni sağlayan bir yargısal organ değil, aksine hak ve hürriyetler üzerinde vesayet kuran, sevimsiz bir anayasal hayalet dönüşür<sup>206</sup>.

Mesele “anayasacılık” düşüncesi perspektifinden tahlil edildiğinde, AYM hâkimlerinin, insan hakları ile alakalı genel ve soyut nitelikli anayasa hükümlerini, hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla anlamlandırarak, hak ve hürriyetler lehine koruyucu yönde kararlar vermek suretiyle aktivist bir tutum sergilemesini olumsuz kabul etmemek gerekir<sup>207</sup>. Yargısal aktivizmin belli bazı türlerine meşruiyet sağlayan temel kavramlardan birisi de “anayasacılık” düşüncesidir. En geniş manasıyla anayasacılık, siyasi iktidarın sınırlandırılması amacını güden her türlü düşünce, araç, yöntem, kural ve kurumları içine alan bir kelimedir<sup>208</sup>. Çağdaş anayasacılık, devletin ve devleti yönetenlerin güç ve yetkilerinin anayasa ve kanunî normlar vasıtasıyla sınırlandırılmasını savunan bir yaklaşımdır. Anayasacılığın gerekleri ile uyumlu olan bir Anayasa ile onun özüne ve ruhuna uygun kanunların temel işlevi, devletin görev ve işlevlerini sadece belirtmek değil, aksine devletin güç ve yetkilerinin çerçevesini çizmek ve sınırlandırmaktır<sup>209</sup>. Anayasa yargısı, anayasacılık düşüncesini hayata geçirmeye yönelik en önemli araçlardan birisidir. Özellikle anayasada devlet iktidarına karşı kişi hakları lehine teminatlar sağlayan ve bir kısmı genel ve soyut nitelikte olan anayasal normların, anayasacılık düşüncesi ile uyumlu olarak hayata geçirilmesi; bu hükümlerin anayasallık denetimi kapsamında tatbik edilmesi yoluyla siyasi iktidarın kişi hak ve hürriyetlerine zarar vermesinin önlenmesi, anayasallık denetimi kapsamında soyut nitelikli normların hak ve hürriyet eksenli yorumlanması yoluyla ortaya konulan aktivizmle mümkün olabilecektir.

Anayasalar sıklıkla değiştirilen metinler olmadığı için, AYM’nin, anayasaların insan haklarına ilişkin kurallarını hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla çağın değişen ihtiyaçlarına uygun bir şekilde yorumlayıp anlamlandırmasında, yargısal aktivizme duyulan ihtiyaç açıktır<sup>210</sup>. Anayasaların yaşayan belgeler olması ve insan haklarının gelişmeci özelliği, AYM hâkimlerinin, hak ve hürriyet temelli yaklaşımlarla insan haklarını koruyucu yönde aktivist tutum takınmalarını lüzumlu kılmaktadır<sup>211</sup>.

---

<sup>205</sup> KAYA, s. 385.

<sup>206</sup> İbid., s. 386-387.

<sup>207</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 37.

<sup>208</sup> ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 22; KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s. 14.

<sup>209</sup> FRIEDRICH, Carl J., Sınırlı Devlet, (Çev.: Mehmet TURHAN), 2. B., Liberte y., Ankara, 2014, s. 207.

<sup>210</sup> HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 37.

<sup>211</sup> İbid., s. 36.



AYM'nin, karar verirken, bir yüksek mahkeme olması sebebiyle, kararlarının bir başka hukuki merciin denetiminden geçirilemeyeceğinin rahatlığı ile değil, tatmin edici, ilkeli ve tutarlı hukuki gerekçelerle ve hukuku hürriyetçi yönde evrimleştirerek hareket etmeleri icap eder. Esasen anayasallık denetimi yapan Mahkemelerin kararları gücünü bağlayıcılıktan değil, verdikleri kararların hak ve hürriyetleri koruyucu yönde yetkin gerekçeler ortaya koymalarından alıyorsa, bu durumda bu Mahkemelerin işlevi ve konumuna yönelik olarak eleştiriler büyük ölçüde azalacaktır<sup>212</sup>.

Yargısal aktivizmin, insan haklarının genişletilmesi, fiilen korunaklı bir yapıya kavuşturulabilmesi ve insan hakları temelli anayasanın ve hukukun üstünlüğünün etkin bir şekilde korunmasıyla sınırlı kalmak kaydıyla, anayasal demokrasinin pekişmesine önemli ölçüde katkıda bulunabileceği de söylenebilir<sup>213</sup>. Devleti ve devletin resmi söylemini değil de, hak ve hürriyetlere öncelik veren bir yorumla anayasayı okuyabilmeleri halinde, anayasa yargısı kurumları, demokratik meşruluğu çoğaltan ve demokrasinin pekişmesine neden olan bir kuruma dönüşecektir. Anayasa yargısı hâkimleri, kararlarını bireylerin haklarını korumayı amaçlayan bir siyasi ilkedden kaynaklanan görüşlere dayandırmak zorundadır<sup>214</sup>.

## SONUÇ

Anayasallık denetimi, ABD'de 1803 yılında yasama ve yürütme işlemlerine karşı anayasanın üstünlüğünü sağlama amacıyla ortaya çıkmıştı. Başlangıçta anayasanın üstünlüğünün sağlanması bağlamında oldukça cazip görünen bu denetim, zamanla Yüksek Mahkemenin dönem dönem aktivist kararlar vermeye başlaması, bu kararların bazı kereler siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı, bazı kereler de insan haklarına kısıcıcı yönlerde işlevler görmesi, bu denetimin antipatik çehresini gün yüzüne çıkarmaya başlamıştır. Diğer ülkelerde de anayasallık denetiminin kabulü ile birlikte yargısal aktivizm küresel ölçekte tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle ABD ve Türkiye örneklerinde incelendiğinde, Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında, aktivist tutum sergileyerek bazı kereler kabulü mümkün olmayan düzeyde anayasal demokrasi ile çelişir yönde kararlar verdiği görülmüştür. Anayasa yargısının anayasal demokrasi ve anayasacılık düşüncesi bağlamında meşruiyet zeminini de sarsan bu uygulamalar, bu mahkemeyi, bazı kereler lanetli hale getirmiştir.

---

<sup>212</sup> İbid., s. 73.

<sup>213</sup> ATAR, Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, s. 98; Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak.

<sup>214</sup> TURHAN, Mehmet, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C. 62, S. 3, Yıl 2007, s. 402.

Fakat anayasa yargısı, sadece bu kötü örneklerle anılmamalıdır. Anayasa yargısı, ABD’de ve diğer Batılı ülkelerde bazı zor dönemler hariç, vermiş olduğu hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla insan hakları için teminat sağlayan, hukukilik denetimi kapsamında anayasanın üstünlüğünü sağlayan aktivist kararlarıyla pozitif yönde işlevler görmüştür. Fakat tekrardan ifade etmek gerekir ki, Anayasa yargısının, yerindelik denetimi vasıtasıyla siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı ya da amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla insan haklarının alanını aşındırıcı yönlerde kararlar vermesini önleyecek bir anayasal mekanizma mevcut değildir. Bu, tamamen anayasa yargısı hâkimlerinin kendilerini sınırlama iradelerini ortaya koymalarına bağlıdır. Muhtemeldir ki Anayasa yargısının kendini sınırlama iradesine yönelmesini besleyecek en önemli etken, halkın, anayasa yargısının, yerindelik denetimi yoluyla siyasi iktidarın yetki alanının daraltılmasına ya da hak ve hürriyetlere ilişkin soyut anayasal ilke ve normları amaç-ideoloji eksenli yorumlanmasına karşı ortaya koyacağı tepkisel tutumudur. Bazen bu tepki o düzeye gelebilir ki, AYM, kendini sınırlamak ya da hak ve hürriyet eksenli yorum anlayışını benimsemek zorunda kalabilir. Bu vesileyle insan hakları, demokrasi ve anayasacılık düşüncesi ile çelişen yargısal aktivizmin önlenmesinde, siyasi iktidarların kararlı duruşları yanında, halkın ağırlıklı bir kesiminin net ve kararlı bir şekilde hassasiyet göstererek tepki ortaya koyması son derece pozitif etki meydana getirebilir.

Burada şayet anayasa yargısı, anayasallık denetimi kapsamında bazı kesimlerin hak ve hürriyet alanlarını daraltıcı yönde kararlar veriyor ya da yerindelik denetimi yapılmak suretiyle siyasi iktidarın alanı daraltılıyor, AYM, bu bağlamda siyaseti belirleyici yönde işlev görüyor ve bu tür kararlar da toplumun etkili çevreleri nezdinde destek görüyorsa, işte o zaman, AYM, yargısal aktivizm vasıtasıyla anayasal demokrasi ile çelişici yönde verdiği kararların kalıcılığı ve etkisi maksimum düzeye çıkabilecektir. Bu durumda anayasa yargısı, çoğunluğun desteği ile anayasal demokrasiyi tahribe yönelik dizginsiz bir güce dönüşebilecek, “hâkimler hükümeti” en katı haliyle işler hale gelebilecektir.

Bu vesileyle anayasa yargısı, bizlere, tek başına anayasal demokrasiyi güvence altına alma işlevini icra etme teminatı vermemektedir. Bunun için, önce anayasal normların, anayasal demokrasi ile uyumlu olması, anayasa yargısının yerindelik denetimi yerine hukukilik denetimine yönelmesi, bu amaca yönelik olarak kendi kendini sınırlandırması, soyut nitelikteki anayasal norm ve ilkelere hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla manalar yüklemesi, bu yöndeki kararlara halktan da etkili ve sürekli bir deste gelmesi gerekir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**ARSLAN, Mustafa**, 1929 Büyük Buhranı ve 2007-2008 Küresel Krizi Keynesyenizm Açısından Bir Karşılaştırma, [Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye (Kamu Ekonomisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 2010.

**ARSLAN, Zühtü**, Anayasa Teorisi, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2005.

**ARSLAN, Zühtü**, “İnsan Hakları, Yargı ve ‘Taşralı Adam’ın Dramı”, Yeni Türkiye, S. 21, Mayıs-Haziran 1998 (Dipnotta: ARSLAN, İnsan Hakları...).

**ATAR, Yavuz**, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı, S. 25, Yıl 2008.

**ATAR, Yavuz**, “Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak”, Star Gazetesi Açık Görüş Eki, 23.06.2008.

**ÇAĞLAR, Bakır**, Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980 (Dipnotta: ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve...).

**ÇAĞLAR, Bakır**, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Semantik Bir Deneme İçin Notlar”, Anayasa Yargısı, C. 3, 1987 (Dipnotta: ÇAĞLAR, Parlamentolar ve Anayasa...).

**ERDOĞAN, Mustafa**, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı Ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 54, S. 3, Yıl 2005 (Dipnotta: ERDOĞAN, Anayasa Mahkemeleri...).

**ERDOĞAN, Mustafa**, Demokrasi, Lâiklik, Resmî İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1995.

**ERGÜL, Ozan**, “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, Türkiye Barolar Birliği D., S. 104, Yıl 2013 (Dipnotta: ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram...).

**ERGÜL, Ozan**, “Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi’nin Konumu’ Başlıklı Tebliğin Yorumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011 (Dipnotta: Anayasal Demokrasi İçinde...).

**FRIEDRICH, Carl J.**, Sınırlı Devlet, (Çev.: Mehmet TURHAN), 2. B., Liberte y., Ankara, 2014.

**GEDİK, Ömer**, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2013.

**GELLHORN, Walter**, Amerikan Hakları, (Çev.: Ünsal OSKAY), Türk Siyasî İlimler Dergisi y., Ankara, 1965.

**GÖREN, Zafer**, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, Anayasa Yargısı D., C. 12, Yıl 1995.

**GÖZE, Ayferi**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 3. B., Beta y., İstanbul, 1986.

**HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin y., Ankara 2000.

**HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin y., Ankara, 2009 (Dipnotta: HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin...).

**HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007.

**KABOĞLU, İbrahim Ö.**, Anayasa Yargısı, 4. B., İmge y., Ankara, 2007.

**KAYA, Semih Batur**, “Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. XIX, S. 3, Yıl 2015.

**KMIÉC, Keenan D.**, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004.

**KORUCU, Serdar**, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, Liberal Düşünce D., Yıl 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013.

**KÜÇÜK, Adnan**, Türkiye'nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, Orion y., Ankara, 2012.

**KÜÇÜK, Adnan**, Anayasa Hukuku, 3. B., Orion y., Ankara, 2013.

**KÜÇÜK, Adnan**, “AK Parti'nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD'deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler D., C. 6, S. 1, Ocak 2016.

**KÜÇÜK, Adnan**, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil y., Ankara, 2005.

**METİN, Yüksel**, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011.

**ÖZBUDUN, Ergun**, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi Ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C 62, S. 3, Yıl 2007 (Dipnotta: ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin...).

**ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2012.

**ÖZBUDUN, Ergun**, “Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, (04-06 Ocak 2005 Ankara), (Edt.: Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005 (Dipnotta: TURHAN, Yargının Demokratik Sistemlerde...).

**ÖZTÜRK, Fatih**, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, Beta y., İstanbul, 2012.

**SANCAR, Mithat**, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?”, Demokrasi ve Yargı, (Edt.: Ozan ERGÜL, Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005.

**SARTORİ, Giovanni**, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev.: Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU & Mehmet TURHAN), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993.

**SUNAY, Reyhan**, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT y., Ankara, 2001.

**TANÖR, Bülent**, Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, TÜSİAD y., İstanbul, 1999.

**TANÖR, Bülent**, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. B., BDS y., İstanbul, 1994.

**TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul, 2002.

**TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014.

**TEZİÇ, Erdoğan**, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı D., C. 2, Yıl 1985.

**TURHAN, Mehmet**, Anayasal Devlet, 4. B., Naturel y., Ankara, 2005.

**TURHAN, Mehmet**, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, (Edt.: Mehmet TURHAN & Hikmet TÜLEN), Anayasa Mahkemesi y., Ankara, 2006 (Dipnotta: TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik...).

**TURHAN, Mehmet**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Liberal Düşünce D., Y. 6, S. 22, Yaz-2000.

**TURHAN, Mehmet**, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C. 62, S. 3, Yıl 2007.

**UYGUN, Oktay**, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

**YÜCEL, Özlem**, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkimler Saltanatı Dönemi”, Argumentum D., Yıl 8, S. 55, Nisan-Mayıs-Haziran 1998.

# ULUSLARARASI HUKUKTA SİVİL VE DEVLET HAVA ARACI AYRIMI

*The Distinction Between Civil And State Aircraft Under International Law*

**Yrd. Doç. Dr. Berat Lale AKKUTAY<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 13.02.2017

Kabul Tarihi: 30.03.2017

## ÖZET

Uluslararası hukukta, sivil ve devlet hava araçlarına uygulanan hukuki rejimin farklı olması nedeniyle, hava araçlarının ayrımını düzenleyen kuralların belirlenmesi son derece önemlidir. Bu çalışmada sivil ve devlet hava aracı ayrımı, askeri hava araçlarının statüsü, hava araçlarına müdahale ve silahlı çatışmalar hukuku çerçevesinde hava araçlarının niteliği incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Sivil Hava Aracı, Devlet Hava Aracı, Askeri Hava Aracı, Şikago Sözleşmesi, ICAO, EUROCONTROL.

## ABSTRACT

Since the legal regime applied to civil and state aircraft is different, the determination of international law governing the distinction of aircrafts is highly important. This paper analyses the distinction between civil and state aircraft, the status of military aircraft, international legal rules related to the interception of aircrafts and the legal status of aircrafts under the law of armed conflict.

**Keywords:** Civil Aircraft, State Aircraft, Military Aircraft, Chicago Convention, ICAO, EUROCONTROL.

## Giriş

Devletler, ülkeleri üzerindeki hava sahasında tam ve münhasır egemenliğe sahiptir. Hava sahası üzerindeki egemenlik, uluslararası hava hukukunun en temel ilkesidir. Hava Seyrüseferinin Tazimine İlişkin Sözleşme'de bir andlaşma hükmü olarak ilk kez düzenlenen bu ilke, Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'nde de tekrar edilmiştir. Hava araçlarının sivil ve devlet hava aracı biçiminde bir ayrıma tabi tutulması ulusal hava sahasındaki egemenliğin ihlaline karşı bir önlemdir. Zira devlet hava araçlarının yabancı hava sahasında uçabilmesi ve bunun altındaki ülkeye inebilmesi, üzerinden uçulan ülke devletinden alınan özel izinlere tabidir.

Devletin hava sahasındaki egemenliği ilkesinin bir sonucu olarak, hava hukukuna ilişkin çalışmaların başlangıç noktası, bu hukuk dalının en önemli nesnesi olan hava araçlarının hukuksal ayrımıdır. Bu ayrım, hava aracının tabi olduğu hukuki rejimin tespit edilmesi bakımından önemlidir. Zira sivil hava araçları ile devlet hava araçlarına farklı hukuki rejimler uygulanır. Uluslararası sözleşmelerde sivil ve devlet hava aracı ayrımıyla ilgili düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu hava araçlarını kesin biçimde tanımlayan ya da niteliklerine ilişkin unsurları belirleyen hükümlere rastlanmaz. Bu nedenle sivil ve devlet hava aracı ayrımı yeknesak biçimde uygulanamamış, sivil hava araçlarının devlet

---

<sup>1</sup> Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, berat.lale@gazi.edu.tr

hizmetinde kullanılması ya da devlet hava araçlarının sivil havacılık kurallarına göre işletilmesi durumunda, bu hava araçlarının ve mürettebatının statüsüne ilişkin sorunlar ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmanın amacı, uluslararası hukuk kuralları ve Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün uygulamaları çerçevesinde, hava araçlarının hukuki ayrımında uygulanacak kural ve ilkeleri tespit etmektir. Söz konusu amaç doğrultusunda ilk bölümde, uluslararası sivil havacılıkla ilgili temel düzenlemeler çerçevesinde sivil ve devlet hava aracı ayrımına ilişkin hükümler ve bu konudaki uygulamalar değerlendirilmiş, sonraki bölümlerde ise sivil ve devlet hava aracı ayrımının askeri hava araçlarının statüsüne, hava araçlarına havada müdahale meselesine ve silahlı çatışmalar hukukuna etkisi incelenmiştir. Sonuç kısmında konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

## **I. ULUSLARARASI SİVİL HAVACILIĞA İLİŞKİN TEMEL DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE SİVİL VE DEVLET HAVA ARACI AYRIMI**

Teknik özelliklerine göre çok çeşitli sınıflara ayrılmakla birlikte hava araçları<sup>2</sup> hukuksal anlamda en genel biçimiyle sivil hava araçları ve devlet hava araçları olarak ikiye ayrılır.<sup>3</sup>

Sıcak hava balonunun icadından sonra bu aracın avantajları kısa sürede askeri kuvvetler tarafından keşfedilmiştir ancak uçak icat edilene dek sivil ve askeri havacılık arasında herhangi bir ayırım mevcut değildir. Özel ve devlet hava aracı ayrımı (kamu balonu-özel balon) ilk kez 1902'de Fransız hukukçu Fauchille tarafından yapılmıştır.<sup>4</sup> İsviçreli hukukçu Meili'nin 1908'deki ayrımı ise daha ayrıntılıdır. Meili'ye göre hukuki bakımdan dört tür hava aracı vardır. Bunlar, devlet hava aracı, askeri hava aracı, kamu hizmetinde kullanılan hava aracı ve özel hava aracıdır.<sup>5</sup>

Hava araçlarının ayrımında önceleri mülkiyet teorisi etkili olmuştur. Uzunca bir süre, devlete ait olan ve devlet tarafından kullanılan tüm hava araçları, devlet hava aracı olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla tipik olarak devlet hava

---

<sup>2</sup> Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, hava aracını, havanın yeryüzüne karşı basıncından başka, atmosferdeki tepkimesinden aldığı destekle havada tutunabilen herhangi bir makine olarak tanımlamaktadır. Bkz. Annex 2 to the Convention on International Civil Aviation, *Rules of the Air*, International Civil Aviation Organization, Tenth Edition, 2005, Chapter I, s. 1-2. Çeviri için bkz. Reşat Volkan GÜNEL, *Uluslararası Havacılık Hukuku*, Beta, İstanbul, 2010, s. 12.

<sup>3</sup> M. Cemil BİLSEL, *Milletlerarası Hava Hukuku, Cilt: I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 199.

<sup>4</sup> Jiri HORNIK, "Article 3 of the Chicago Convention", *26 Annals of Air and Space Law*, 2001, s. 111.

<sup>5</sup> Jean Piet HONIG, *The Legal Status of Aircraft*, Martinus Nijhoff, 1956, s. 36.



aracı olan askeri, gümrük ve zabıta hava araçlarının yanı sıra devlete ait olan ve ticari amaçlarla kullanılan hava araçları da devlet hava aracıdır.<sup>6</sup>

Zaman içerisinde hava araçlarının tasnifinde fonksiyonel yaklaşım önem kazanmıştır. Bu yaklaşıma göre, hava aracı, ticari ya da diğer özel amaçlarla kullanılıyorsa sivil hava aracı, devlet egemenliğinden kaynaklanan amaçlar için kullanılıyorsa devlet hava aracı olarak değerlendirilir. Devlet amaçları için kullanma ise hava aracının kontrolünün devlette olması ve münhasıran kamu görevi ya da hizmeti görüyor olması demektir. Bu tanım çerçevesinde, gümrük, zabıta, askeri, posta, arama-kurtarma, yangın söndürme, bilimsel araştırma, afet yardımı gibi hizmetler gören hava araçları devlet hava aracıdır.<sup>7</sup>

Sivil havacılıkla ilgili uluslararası sözleşmelerde fonksiyonel yaklaşım benimsenmekle birlikte, uygulamada, devlet hava araçları bakımından mülkiyet teorisinin etkisini tamamen kaybetmediği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, kamu hizmetinde kullanılan her hava aracının devlet hava aracı olup olmadığı da tartışmalıdır. Aşağıda, Hava Seyrüseferinin Tanzimi Hakkında Sözleşme ve günümüz havacılığının anayasası olarak kabul edilen Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi çerçevesinde sivil ve devlet hava aracı ayrımı incelenmiştir.<sup>8</sup>

#### **A. Hava Seyrüseferinin Tanzimi Hakkında Sözleşme (Paris Sözleşmesi)<sup>9</sup>**

Paris Sözleşmesi'nin 30. maddesi uyarınca hava araçları, özel ve devlet hava araçları olarak ikiye ayrılmıştır. Bu maddeye göre devlet hava araçları askeri hava araçları ile posta, gümrük ve zabıta hizmetleri gibi münhasıran devlet hizmetinde kullanılan hava araçlarıdır. Bunların dışında kalan tüm hava araçları özel hava aracıdır. O halde posta, gümrük, zabıta ve askeri hava araçları dışında kalan, münhasıran devlet hizmetinde kullanılan diğer hava araçları da Sözleşme'ye göre devlet hava aracıdır. 30. madde devlet hava araçlarını örneklendirmiştir. İngilizce metinde "such as" ifadesi kullanılmıştır.<sup>10</sup> Bu durumda münhasıran devlet hizmetinde kullanılan hava araçları dışındaki tüm hava araçları özel hava aracı olarak kabul edilir. Ancak maddenin devam eden fıkrasına göre askeri, gümrük ve zabıta hizmetleri dışında kalan diğer hava araçları münhasıran devlet hizmetinde kullanılsa dahi Sözleşme kapsamında

---

<sup>6</sup> Jan WOUTERS; Sten VERHOVEN, "State Aircraft", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, 2011, s. 4. (Erişim Tarihi: 05.04.2011)

<sup>7</sup> WOUTERS; VERHOVEN, 2011, s. 1.

<sup>8</sup> Uluslararası sivil havacılığın kamu hukuku boyutuna önem veren ilgili andlaşmalara ilişkin genel bilgi için bkz. Mazhar Nedim GÖKNİL, *Hava Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 82-85, 88-98.

<sup>9</sup> *Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation*, 1919, 11 LNTS 173 (No. 297)

<sup>10</sup> "The following shall be deemed to be State aircraft: (a) Military aircraft. (b) Aircraft exclusively employed in State service, such as Posts, Customs, Police."

özel hava aracı olarak değerlendirilmiş ve bu bunların Sözleşme hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle Paris Sözleşmesi'nin bu hükmü devlet hava araçlarını belirtilen kategorilerle tahdidi olarak saymamıştır. Aksine Sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağı, başka devlet hava araçlarının varlığını kabul etmiştir.<sup>11</sup> 30. maddedeki bu hükme rağmen askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarına dahi Sözleşme'nin uygulanması gerektiği, 25. madde çerçevesinde tartışılmış, bu konu Uluslararası Hava Seyrüseferi Komisyonu'nun 1920 yılındaki toplantısında ele alınmıştır. Sözleşme'nin 25. maddesine göre taraf devletler, kendi ülkelerinin üzerinde uçan her hava aracının ve nerede uçarsa uçsun kendi tabiiyetindeki tüm hava araçlarının, Sözleşme'nin D Eki'ndeki düzenlemelere uygun hareket etmesi konusunda bütün önlemleri almayı yükümlenmiştir. Komisyondaki bazı delegeler "her" ifadesi dolayısıyla Sözleşme hükümlerinin yalnızca özel hava araçlarına değil, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarına da uygulanması gerektiğini belirtmiş ancak Komisyon, 25 ve 30. maddelerin anlamını açıklığa kavuşturan bir yorum konusunda konsensüse varamamış, daha sonraki yıllarda bu konu yeniden gündeme geldiyse de II. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla çalışmalar kesintiye uğramıştır.<sup>12</sup>

### **B. Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (Şikago Sözleşmesi)<sup>13</sup>**

Şikago Sözleşmesi'nin hava araçlarının ayrımını düzenleyen 3. maddesinde, Paris Sözleşmesi'ndeki özel hava aracı ifadesi yerine sivil hava aracı terimi tercih edilmiş ve Sözleşme'nin yalnızca sivil hava araçlarına uygulanacağı ifade edilmiştir. Sözleşme'nin 3/b maddesine göre askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçları devlet hava aracı olarak kabul edilmiş ve maddenin takip eden bendinde devlet hava araçlarının yabancı devlet ülkesi üzerinde uçabilmesi ya da ülkeye iniş yapabilmesi özel izinlere tabi tutulmuştur.<sup>14</sup>

Doktrinde, Sözleşme'nin 3/b maddesindeki düzenlemenin tahdidi olmadığına dair tartışmalar yapılmıştır.<sup>15</sup> Zira söz konusu madde devlet hava

---

<sup>11</sup> WOUTER; VERHOVEN, 2011, s. 1.

<sup>12</sup> HORNIK, 2001, s. 113.

<sup>13</sup> *Convention on International Civil Aviation*, 1944, 15 UNTS 295 (No. 102)

<sup>14</sup> Md. 3: "a) Bu Sözleşme yalnız sivil hava araçlarına uygulanacak olup devlet hava araçlarına uygulanmaz; b) Askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçları, devlet hava aracı sayılır; c) Hususi bir andlaşma veya diğer biçimde yetkilendirilmiş olmadıkça Akit Devletlerden birine ait bir devlet hava aracı diğer bir devletin ülkesi üzerinden uçamaz veya o devlet ülkesine iniş yapamaz, bu uçuş ve iniş, verilen yetki şartları çerçevesinde gerçekleşir. d) Akit Devletler, devlet hava araçları için düzenlemeler yaparken sivil hava araçlarının seyrüsefer emniyetini göz önünde bulundurmamayı taahhüt ederler.

<sup>15</sup> Michael MILDE, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht,

aracını tanımlamaz. Bunların dışında da devlet hava araçları olabilir. Kesin olan bir şey varsa o da devlet hava araçlarının egemen amaçlarla ya da kamu hizmeti amacıyla kullanıldığıdır. Şikago Sözleşmesi'nin 77-79. maddelerinden de bu sonuç çıkar. İlgili maddelerde devletlerin hava yoluyla taşıma teşekkülleri oluşturmasına ya da bunlara katılmasına izin verilmiştir.<sup>16</sup>

### **1. Şikago Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Devlet Hava Aracının Tespitine İlişkin Farklı Görüşler**

Askeri, gümrük ve zabıta hizmetleri dışında kalan hava araçlarına Sözleşme hükümlerinin uygulanacağı ve bunların özel hava aracı sayılacağı Paris Sözleşmesi'nde açıkça ifade edilmekle birlikte Şikago Sözleşmesi'nde böyle bir hüküm yer almamaktadır. Burada tartışılması gereken husus, Şikago Sözleşmesi'nin kamu hizmetinde kullanılan tüm devlet hava araçlarını mı yoksa yalnızca askeri, gümrük ve zabıta hizmetinde kullanılan hava araçlarını mı kapsam dışına çıkardığıdır. Zira Sözleşme'nin 3/a maddesine göre, Sözleşme devlet hava araçlarına uygulanmaz. Hüküm yoruma muhtaçtır. Devletlerin genel uygulamalarına bakıldığında, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarını ulusal hukuk düzenlemelerinin kapsamı dışına çıkardıkları görülmektedir. Paris Sözleşmesi'nde ise, yukarıda da ifade edildiği gibi, açık bir biçimde, söz konusu hizmetler dışında kullanılan devlet hava araçlarının özel hava aracı olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Şikago Sözleşmesi'nin askeri, gümrük ve zabıta hizmetleri dışında kullanılan diğer devlet hava araçlarına uygulanması gerektiğine dair yorumlar yapılmıştır.<sup>17</sup> Şikago Konferansında, 3. maddenin taslağını hazırlayan 2 No.'lu Alt Komite, Paris Sözleşmesi'nin hava aracı ve hava aracının tasnifine ilişkin hükümlerinin takip edilmesi gerektiği hususunda görüş bildirmiştir. Ancak Komitenin daha sonraki toplantılarında bu mesele üzerinde durulmamış ve 3. madde bugünkü biçimiyle Sözleşme'ye dahil edilmiştir.<sup>18</sup> Şikago Sözleşmesi'ni hazırlayan hukukçulardan Prof. J.N. Cooper, madde 3/b'ye ilişkin olarak Paris Sözleşmesi'ndeki kamu-özel ayrımının terkedildiğini, Sözleşme'nin, askeri, gümrük ya da zabıta hizmetlerinde kullanılmadıkça, devletin mülkiyetinde olan ve devletçe işletilen hava araçları da dahil tüm hava araçlarına uygulanacağını belirtmiştir.<sup>19</sup> Tokyo Sözleşmesi'nin<sup>20</sup> görüşmeleri sırasında yalnızca askeri,

---

2008, s. 70; John C. COOPER, "National Status of Aircraft", 17 (3) *Journal of Air Law and Commerce*, 1950, s. 315; Bin CHENG, "State Ships and State Aircraft", 2 *Current Legal Problems*, 1958, s. 233; HORNIK, 2001, s. 122.

<sup>16</sup> WOUTER; VERHOVEN, 2011, s. 3.

<sup>17</sup> WOUTER; VERHOVEN, 2011, s. 3.

<sup>18</sup> HORNIK, 2001, s. 132.

<sup>19</sup> COOPER, 1950, s. 306.

<sup>20</sup> Hava Aracında İşlenen Suçlar ve Diğer Fillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi, *Convention on*

gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarının devlet hava aracı olduğuna dair bir görüşe karşı ise Cooper, Şikago Sözleşmesi'nin 3. maddesinin tahdidi olmadığı ve sayılanlar dışında da devlet hava araçlarının olduğunu ifade etmiştir.<sup>21</sup> Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin 3/b maddesi çok farklı ihtimaller çerçevesinde yorumlanabilir. Bu nedenle 3. madde, yorumlayanlara bağlı olarak çeşitli biçimlerde uygulanabilir.<sup>22</sup>

## 2. Geçici Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü ve Uluslararası Sivil Havacılık Örgütünün Uygulamaları

Geçici Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*Provisional International Civil Aviation Organization-PICAO*)<sup>23</sup> ve Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün (*International Civil Aviation Organization-ICAO*), ilk uygulamalarında, 3. maddenin doğrudan yorumuna rastlanmaz. Ancak her iki örgüt, havacılık konusunda çeşitli sorunlara çözüm ararken, dolaylı da olsa bu konuya temas etmek zorunda kalmışlardır. Örneğin PICAO'nun hava ulaştırma tesislerinin geliştirilmesi amacıyla devletlere, ülkelerinde bulunan söz konusu tesislerin "devlet (zabıta, gümrük, 'vesaire') ve askeri" hava araçlarınca mevcut ve beklenen kullanımını bildirmelerini istemiştir. Görüldüğü üzere 3/b tanım olarak düşünülmemiş ve tahdidi kabul edilmemiştir zira devlet hava araçları

---

*Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft*, 1963, 704 UNTS 219, (No. 10106)

<sup>21</sup> HORNIK, 2001, s.122, dn. 48.

<sup>22</sup> Devlet hava aracının kapsamını ABD gibi son derece geniş tutan devletlerin yanı sıra; Türkiye gibi, ulusal düzenlemelerini temelde Şikago Sözleşmesi'ne bağlı kalarak oluşturan devletler de mevcuttur. Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 3/c maddesinin ilk halinde, devlet hava aracı, devletin askerlik, güvenlik ve gümrük hizmetlerinde kullandığı hava aracı biçiminde tanımlanmıştır. Kanun, Şikago Sözleşmesi'nin 3. maddesini tahdidi yorumlamıştır, zira kesin bir dille üç tür hizmette kullanılan hava aracı devlet hava aracıdır biçiminde bir ifade kullanılmıştır. Oysa Şikago Sözleşmesi'nde "kabul edilir" ifadesi kullanılır. 2013 tarihli bir değişiklik ile madde 3/c' nin kapsamı genişletilmiş, orman yangınları ile mücadelede kullanılan hava araçları da devlet hava aracı olarak düzenlenmiştir. Maddenin d bendine göre, Türk sivil hava araçları, devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzelkişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçlardır. Kanun'un 3/d maddesi, (c) bendindeki düzenlemeyi devlet hava aracının tanımı olarak kabul eder. Bu durumda Türk hukukunda yalnızca dört tür hizmette kullanılan araçlar devlet hava aracı olarak kabul edilirken örneğin, Başbakanlığın hizmetinde kullanılan ya da Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetlerinde kullandığı hava araçları sivil statüdedir. Türk Sivil Havacılık Kanunu için bkz. Resmi Gazete : Tarih : 19/10/1983 Sayı : 18196 Sayı; Düstur, V. Tertip, Cilt 22, s. 736. ABD uygulamasına ilişkin bkz. Kazım Sedat SİRMEN, *Hava Araçlarının Tabiiyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2003, s. 85, 86.

<sup>23</sup> Geçici Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi'nin 1. maddesi ile geçici bir süre için kurulmuştur. Şikago Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinin ardından PICAO yerini ICAO'ya bırakmıştır.

Bkz. [http://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/from\\_picao\\_to\\_icao\\_organizational\\_similarities.htm](http://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/from_picao_to_icao_organizational_similarities.htm) (Erişim Tarihi: 22.03.2017)

“zabita, gümrük, vesaire” biçiminde ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Yine PICAÖ döneminde tarifersiz uçuşlara ilişkin bir çalışmada, Örgütün hazırladığı raporda, tarifersiz uçuşlar ticari ve ticari olmayan olarak ikiye ayrılırken ticari olanlar da devlet uçuşları ve özel uçuşlar biçiminde ikiye ayrılmıştır. Devlet uçuşları da *inter alia* “yolcu taşıma, devriye, hava-deniz kurtarma, vesaire” olarak sıralanırken, devlet uçuşlarının hükümet görevlilerince kullanılan devlet uçakları tarafından gerçekleştirildiği ve bunların, zorunlu olmadıkları halde, sivil havacılık düzenlemelerine uygun biçimde yapıldığı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere PICAÖ’ya göre askeri, gümrük ve zabita hizmetleri dışında kullanılan devlet hava araçları, 3(b) kapsamında devlet hava aracıdır ve Şikago Sözleşmesi hükümlerine uygun hareket etmek zorunda değildir.<sup>25</sup> ICAÖ’nun çalışmaya başladığı ilk dönemlerdeki uygulamaları ise bu konuda tutarlılık göstermemiş, 3/b’yi tahdidi kabul etmeyen uygulamalarının yanı sıra, devlet hava araçlarını yalnızca askeri hizmette kullanılan hava araçlarıyla sınırlandıran uygulamaları da olmuştur.<sup>26</sup>

Kore Havayollarının 007 sefer sayılı uçağının, SSCB tarafından düşürülmesinden sonra, hava aracının ve içindeki mürettebatın statüsü meselesi gündeme gelmiştir. Bu olay üzerine ICAÖ Sekreteryası, Şikago Sözleşmesi’nin 3/a ve 3/b maddelerinin uygulanmasından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin “Sivil/Devlet Hava Aracı” başlıklı bir çalışma başlatmıştır.<sup>27</sup>

ICAÖ’nun çalışmasında, sivil ve devlet hava araçlarına uygulanan hukuki rejimle ilgili çeşitli olasılıklar üzerinde durulmuştur. Buna göre bir hava aracı, herhangi bir uçuşta sivil olduğu varsayımıyla işletilebilir ancak bu uçuşla ilgili tüm koşullar bir arada değerlendirildiğinde, hava aracının esasında devlet hava aracı olduğu sonucuna ulaşılabilir.<sup>28</sup> Şikago Sözleşmesi hükümleri uyarınca sivil hava araçları, taraf devletlerin ülkesi üzerinden uçabilir ya da bu ülkelere iniş yapabilir. Ancak ülkesi üzerinden uçulacak devlet, bu hava aracını devlet hava aracı olarak nitelendirebilir ve Sözleşme’nin 3/c maddesi uyarınca uçuş ya da iniş için gerekli izinleri talep edebilir. Çalışmada, bir devlet hava aracının hata nedeniyle ya da başka bir sebeple, sivil hava aracı biçiminde işletilmesi

---

<sup>24</sup> HORNIK, 2001, s. 134.

<sup>25</sup> HORNIK, 2001, s. 134.

<sup>26</sup> HORNIK, 2001, s. 134.

<sup>27</sup> Secretariat Study on “Civil/State Aircraft”, *International Civil Aviation Organization*, Legal Committee, 29th Session, 1994, ICAÖ Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94. Bu çalışmada, Sözleşme’deki sivil ve devlet hava aracı ayırımına ilişkin sorunlar şu şekilde sıralanmıştır: i) Sivil ve devlet hava araçlarına uygulanacak hukuk; ii) Hava araçlarına ilişkin sigortaların kapsamı; iii) Uluslararası örgütlerce kullanılan hava araçlarının ayırımı; iv) Silahlı çatışmalar durumunda hava araçlarının statüsü; v) Sivil ya da askeri hukuk kurallarının uygulanması meselesi. Bkz. ICAÖ Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 9-11.

<sup>28</sup> ICAÖ Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 8.

halinde, bu araca Şikago Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.<sup>29</sup> Aynı durumun sivil hava aracı olarak işletilen devlet hava araçları bakımından da geçerli olduğu, böyle durumlarda olağan olarak uygulanmayan hukuki rejimlerin uygulanır hale geldiği ancak sivil ve devlet hava aracı ayrımında sorunun bu açıdan ele alınmadığı belirtilmiştir.<sup>30</sup>

PICAO'nun görüşlerinin aksine, ICAO söz konusu çalışmada, askeri, zabıta ve gümrük hizmetleri dışında kullanılan tüm hava araçlarını sivil hava aracı olarak kabul etmiş ve bunların Sözleşme hükümlerine tabi olduğu sonucuna varmıştır. Çalışmada ayrıca, bir hava aracının, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılıp kullanılmadığının tespitinin, uçuşa ilişkin tüm verilerin değerlendirilmesiyle mümkün olabileceğini belirtilmiştir.<sup>31</sup> Bu görüşler, 1993 yılında 140. oturumunda ICAO Konseyine sunulmuş ve yapılan tartışmalardan, devletlerin 3/b'ye ilişkin çok farklı yorumları olduğu ortaya çıkmıştır.<sup>32</sup> Bunun üzerine Hukuk Komitesinden tavsiye istenmesine karar verilmiştir<sup>33</sup> ancak Komitede konsensüs sağlanamamıştır.<sup>34</sup>

Sekretaryanın 1993 tarihli yorum ve tespitlerinden sonra ICAO'nun bu konuda dikkate değer herhangi bir çalışması olmamıştır. Sivil havacılık konusundaki çeşitli sorunlara çözüm bulmak üzere Örgüt tarafından kabul edilen bazı belgelerde, sivil/devlet hava aracı tanımı tesadüfi olarak yer almış ancak bu konudaki sorunlara ilişkin herhangi bir çözüm önerisine yer verilmemiştir.<sup>35</sup> Bu konu 2015 yılında yeniden ICAO'nun gündemine girmiş, bir grup devlet "Sivil/Devlet Hava Aracının Tanımı ve Bunun Havacılığa Etkisi" başlıklı bir çalışma yapmıştır. Söz konusu çalışmada 1993 yılında yapılan Sekretarya çalışması özetlenmiş ve uluslararası hava taşımacılığında uçuş güvenliğinin geliştirilebilmesi amacıyla, ICAO'nun, sivil ve devlet hava aracı ayrımına ilişkin üç spesifik amacı tespit edilmiştir. Bu amaçlar: i) Sivil ve devlet hava aracının tanımlanması; ii) Hava araçlarının sivil, devlet ya da karma niteliklerinin belirlenmesinde kesin ölçütlerin ortaya konması iii) Her bir uçuş bakımından hava aracının statüsünün belirlenmesiyle ilgili kuralların, tüm havacılık toplumu tarafından kabulünün sağlanmasıdır.<sup>36</sup> Çalışmanın sonunda, ICAO Hukuk Komitesi, bu amaçların, Şikago Sözleşmesi tadil edilmeden

<sup>29</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 9.

<sup>30</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 9.

<sup>31</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 16, 17. Söz konusu veriler için bkz. infra II-B.

<sup>32</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, Attachment 2, 19-23.

<sup>33</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, Attachment 2, s. 24.

<sup>34</sup> HORNIK, 2001, s. 137.

<sup>35</sup> Working Paper on "State/Civil Aircraft Definition and Its Impact on Aviation", *International Civil Aviation Organization*, Legal Committee, 36th Session, 2015, ICAO Doc. LC/36-WP/2-6, 29/9/15.

<sup>36</sup> ICAO Doc. LC/36-WP/2-6, 29/9/15, s. 3.

gerçekleştirilmesi konusunda görüşlerini açıklamaya davet edilmiştir.<sup>37</sup>

PICAO ve ICAO, sivil ve devlet hava aracının tanımı ve ayrımı konusunda tutarlı ve kesin uygulamalar geliştirememiştir. Şikago Sözleşmesi'nin kabul edildiği 1944 yılından bu yana, Sözleşme ile yaratılan hukuki rejim içerisinde sivil ve devlet hava aracı ayrımıyla ilgili sorunlara bir çözüm bulunmuş değildir.

### 3. Avrupa Hava Seyrüsefer Güvenliği Örgütünün Uygulaması

Sözleşme'nin 3/b maddesine ilişkin en tutarlı yorum, Avrupa Hava Seyrüsefer Güvenliği Örgütü (*European Organisation for the Safety of Air Navigation/ EUROCONTROL*) tarafından yapılmıştır. Hava trafik kontrol, sivil ve askeri hava trafik olmak üzere ikiye ayrılır. Askeri hava trafik dışında zabıta, gümrük ya da diğer devlet hava araçları için özel bir hava trafik kontrol ayrımı bulunmaz. Dolayısıyla söz konusu hava araçları sivil hava sahasında uçarken sivil hava trafik kontrolünün denetiminde seyrederek. Devletler fiilen sivil hava ulaşımı standartlarına uygun hareket etmekle birlikte uluslararası düzeyde böyle bir hukuki yükümlülükleri yoktur. Ancak hava trafik kontrolünü sağlayabilmek için bu konunun düzenlenmesi gerekmiştir.<sup>38</sup> İşte EUROCONTROL bunu yapmıştır. Zira uygulamada bazı uçuşlar devlet hava araçları tarafından gerçekleştirilen uçuşlar olarak iddia edilir ve bu durum şüpheye neden olabilir. EUROCONTROL, Şikago Sözleşmesi'nin 3/b maddesini tahdidi yorumlamıştır.<sup>39</sup> Örgüte göre, yalnızca gümrük, zabıta ve askeri hizmette kullanılan hava araçları devlet hava aracıdır. Askeri hava araçları siciline tescil<sup>40</sup> edilmiş ya da sivil hava araçları siciline askeri olduğu belirtilerek tescil edilmiş hava araçları askeri hava aracıdır. Sivil hava aracı siciline tescil edilmiş olsa da askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçları devlet hava aracıdır. Sivil hava aracı olarak tescil edilen ve gümrük, zabıta ve askeri hizmet dışında kullanılan devlet hava araçları sivil hava aracı olarak kabul edilir.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> ICAO Doc. LC/36-WP/2-6, 29/9/15, s. 3.

<sup>38</sup> HORNIK, 2001, s. 137.

<sup>39</sup> EUROCONTROL, *Decision of the Provisional Council, Session 11 on 12/07/01*, Prensip 1. Bkz. <https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/article/content/documents/single-sky/cm/library/cmac-definition-of-state-aircraft-200107.pdf> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

<sup>40</sup> Hava araçlarının tasnifinde kayıtlı olduğu sicil belirli ölçüde önemlidir. Hava aracının tabiiyetini tescil gösterir. Tescil bir ulusal hukuk işlemidir ve bir hava aracı iç hukukta sivil ya da devlet hava aracı siciline tescil edilebilir. Nitekim Şikago Sözleşmesi'nin 19. maddesi de tescil hususunu taraf devletlerin ulusal hukukuna bırakmıştır. Ancak sivil/devlet hava aracı ayrımı konusunda devletler arasında çıkan uyuşmazlıklar iç hukuk kurallarına değil uluslararası hukuk kurallarına göre çözülmek zorundadır. Dolayısıyla uluslararası uyuşmazlıklar bakımından, bu konunun uluslararası sözleşmeler çerçevesinde yeknesaklaştırılması ve tasniflerin çağın gereklerine göre yeniden ele alınması gerekmektedir. Tescil ve tabiiyete ilişkin görüşler için bkz. SİRMEN, 2003, s. 32, 33.

<sup>41</sup> EUROCONTROL, *Decision of the Provisional Council, Session 11 on 12/07/01*, Prensip 1.



## II. SİVİL VE DEVLET HAVA ARACI AYRIMINDA ASKERİ HAVA ARAÇLARININ STATÜSÜ

Devlet hava araçları içinde askeri hava araçlarının ayrı bir önemi vardır. Sivil ve devlet hava aracına ilişkin tartışmalar sivil ve askeri hava aracı ve sivil ve askeri havacılık temelinde yapılır. Bu yaklaşımın çeşitli nedenleri vardır. Her şeyden önce askeri hava araçlarının devlet hava aracı niteliği tartışmasıdır. Dolayısıyla sivil ve devlet hava araçlarının ayırımında başlangıç noktası askeri hava araçlarıdır. Sivil hava araçlarının uygulamada sıklıkla askeri hizmette kullanılmaları da askeri hava araçlarının statülerinin ayrıca incelenmesini gerektirir.

Havacılığın başlangıcından itibaren devletler askeri uçaklarının, başka bir ifadeyle askeri güçlerinin bağımsızlıklarının, egemenliklerinin ve itibarlarının sembolü olan araçların, uluslararası metinlerde düzenlenmesine karşı düşmanca bir tavır takınmıştır. Günümüzde de askeri hava araçlarının müphem statüsü, havacılığın önceleri savaflara yönelik olarak geliştirilmesinden kaynaklanır. Nitekim havacılık teknolojisi ilk olarak askeri amaçlarla kullanılmış, bu teknoloji çok sonra sivil kullanıma aktarılmıştır.<sup>42</sup>

Askeri hava araçlarının tanımı ve niteliği pozitif uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde açıkça belirlenmiş değildir. Tespit edilen kurallar genellikle hangi hükümlerin askeri araçlara uygulanmayacağı ya da askeri araçların neleri yapmasına izin verilmediği biçimindeki negatif düzenlemelerdir.<sup>43</sup> Bu konuda, sivil havacılık ve silahlı çatışmalar hukukuyla ilgili uluslararası düzenlemeler yol göstericidir.

### A. Askeri Hava Aracının Tanımı

Paris Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre askerlik görevini yerine getiren bir kişi tarafından, bu sıfatla kendisine verilen yetkiye istinaden kumanda edilen her hava aracı askeri hava aracı olarak kabul edilir.<sup>44</sup> Ancak burada askerlik görevini yapan kişi ifadesinin kapsamı tam olarak anlaşılammamaktadır. Bu nedenle Uluslararası Sivil Havacılık Komisyonu, 31. maddenin yorumunu kolaylaştıracak şöyle bir öneri teklif etmiştir. Buna göre i) Askeri hüviyet markası taşıyan uçaklar; ii) Harp malzemesi taşımak üzere cihazlı ve zırhlı uçaklar; iii) Pilotları ve mürettebatı ordu aksamından olanlar iv) Devletin hava kuvvetlerinden olan uçaklar askeri hava aracıdır.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> MILDE, 2008, s. 61.

<sup>43</sup> MILDE, 2008, s. 61.

<sup>44</sup> Hükümün Türkçe çevirisi için bkz. SİRMEN, 2003, s. 5.

<sup>45</sup> BİLSEL, 1948, s. 200, 201.



Şikago Sözleşmesi'nin 3. maddesi askeri hava araçlarını, kapsam dışı tutmuştur ve Paris Sözleşmesi'nin aksine askeri hava aracını tanımlamamıştır, dolayısıyla Paris Sözleşmesi ile oluşturulan statü ve bu statünün örf ve adet hukuku kuralı niteliğini değiştirecek bir hüküm ihtiva etmez. Sözleşme'nin askeri hava araçlarına etkisi aşgari düzeydedir.<sup>46</sup> Ancak Sözleşme'nin 3/d maddesi uyarınca, taraf devletler, devlet hava araçlarının seyrüseferiyle ilgili ulusal düzenlemeler yaparken, sivil hava araçlarının bu konudaki emniyetini göz önünde bulundurmamak yükümlülüğü altındadır.

Uluslararası hava hukuku kurallarını birleştiren ya da değiştiren çeşitli çok taraflı uluslararası andlaşmalarda da askeri hava araçlarına ilişkin bir tanım verilmemiş, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçları sözleşmelerin kapsamı dışına çıkarılmıştır.<sup>47</sup> Ancak Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin 1929 Varşova Sözleşmesi'nde devlet ya da kamu kurumları tarafından gerçekleştirilen taşımalara da Sözleşme hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.<sup>48</sup> Bununla birlikte Sözleşme'yi tadil eden 1955 La Haye Protokolü uyarınca taraf devletler bu hükme çekince ileri sürebilir. Buna göre ilgili devletin ülkesinde tescil edilmiş, onun askeri makamları için kişi, yük veya bagaj taşıyan ve tüm yetkileri doğrudan bu makamlarca veya onun adına kullanılan hava araçlarına Protokol hükümleri uygulanmaz.<sup>49</sup> 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin<sup>50</sup> 2/1. maddesinde, Sözleşme'nin devlet ya da kamu kurumları tarafından gerçekleştirilen taşımalara uygulanacağı ifade

---

<sup>46</sup> Michel BOURBONNIERE; Louis HAECK, "Military Aircraft and International Law", 66 (3) *Journal of Air Law and Commerce*, 2000-2001, s. 892.

<sup>47</sup> Hava Araçlarındaki Haklara İlişkin Uluslararası Tanıma Sözleşmesi'nin XIII. maddesinde, Sözleşme'nin, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarına uygulanmayacağı belirtilmektedir. Metin için bkz. *Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft*, 1948, 310 UNTS 141 (No. 4492). Yabancı Hava Aracı Tarafından Üçüncü Kişilere Yerde Verilen Zarara İlişkin Roma Andlaşması'nın 26. maddesine göre Sözleşme'nin, askeri, gümrük ve zabıta hizmetlerinde kullanılan hava araçlarının verdiği zararlar bakımından uygulanmayacağını belirtmektedir. *Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface*, 1952, 310 UNTS 181 (No. 4493). Hava Aracında İşlenen Suçlar ve Diğer Fillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi'nin 1/4. maddesinde Sözleşme'nin anılan hizmetlerde kullanılan hava araçlarına uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

<sup>48</sup> Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi, *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 1929, 137 LNTS 11 (No. 3145), m. 2.

<sup>49</sup> Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi'ni Tadil Eden La Haye Protokolü, *Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929. Done at The Hague*, 1955, 478 UNTS 371 (No. 6943), m. 26.

<sup>50</sup> Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Montreal Sözleşmesi, *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, 1999, 2242 UNTS 309 (No. 39917)

edilmektedir. Bununla birlikte 57. madde uyarınca, bu maddeye çekince ileri sürülebilir. Özetle hava hukukunun özel hukuk boyutuna ilişkin kuralları birleştiren Varşova ve onun yerine geçen Montreal sisteminde devlet/askeri hava araçlarıyla taşıma, ilgili Sözleşmeler'in kapsamı dışına çıkarılmamış ancak devletlere *jure imperii* taşımalar bakımından çekince ileri sürme hakkı tanınmıştır.<sup>51</sup>

Askeri hava araçlarının tanımına ya da niteliğine ilişkin tespitlere silahlı çatışmalar hukukuna ilişkin düzenlemelerde de rastlanır. Hava savaşı hakkındaki 1923 La Haye Kuralları'nda, askeri hava araçlarının tanımı yoktur ancak bunlara ilişkin hükümler mevcuttur. İlgili düzenleme uyarınca bir askeri araç tabiiyetini ve askeri niteliğini gösterir dış işaretler taşımalı, bu işaretler uçuş sırasında değiştirilemeyecek biçimde takılmalı, mümkün olduğunca büyük olmalı ve yukarıdan, aşağıdan ve yanlardan görülebilmelidir. Bu dış işaretler devletlerin iç hukuklarına göre belirlenir, bu işaretlerden ve bunlara ilişkin değişikliklerden diğer tarafların derhal haberdar edilmesi gerekir.<sup>52</sup>

Henüz uluslararası bir andlaşma metni haline gelmemiş olmakla birlikte Harvard Üniversitesi'nin hazırladığı Hava ve Füze Savaş Hukuku Kuralları Taslağı'nda (Harvard Manueli) ise askeri hava aracının tanımı yapılmıştır.<sup>53</sup> Harvard Manueli'nin 1/x maddesine göre askeri hava aracı, bir devletin silahlı kuvvetlerince işletilen, o devletin askeri işaretlerini taşıyan, silahlı kuvvetler mensubu bir kişi tarafından komuta edilen ve düzenli silahlı kuvvetler disiplinine tabi bir kişi tarafından kontrol edilen, insanlı ya da önceden programlanmış hava araçlarıdır. İlgili hükmün yorumunda, aracın askeri kuvvetlere ait olup olmamasının önemli olmadığı, silahlı kuvvetlerce işletilmesinin yeterli olduğu belirtilmiş, silahlı kuvvetler disiplinine bağlı olan kişilerce kontrol edildiği müddetçe insansız hava araçlarının da (İHA)<sup>54</sup> askeri hava aracı olduğu ifade edilmiştir.

<sup>51</sup> MILDE, 2008, s. 67

<sup>52</sup> La Haye Hava Savaşı Kuralları, *Hague Rules of Air Warfare, Drafted by a Commission of Jurists at the Hague*, December 1922-February 1923, md. 3, 7, 8. Metin için bkz. Adam ROBERTS; Richard GUELFF, *Documents on the Laws of War*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2000, s. 141-153.

<sup>53</sup> Harvard Hava ve Füze Savaş Hukuku Kuralları Taslağı, *Manuel on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Bern, 15 May 2009, Programme on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Metin için bkz. <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/section-a-definitions/x> (Erişim Tarihi: 08.02.2017)

<sup>54</sup> Sivil istihbarat tarafından işletilen İHA'ların devlet hava aracı olarak kabul edilebileceğini ancak kesinlikle askeri hava aracı statüsünde bulunmadığını belirtmek gerekir. Askeri hizmette kullanılan İHA'larla ilgili bir diğer husus, taşıdıkları askeri dış işaretlere ilişkindir. İHA'lar teknolojinin gelişmesiyle birlikte küçülmektedir dolayısıyla bu işaretleri taşımaları zorlaşmaktadır. Bu nedenle askeri hava araçlarının ayırmediciliğini sağlayan bu koşul gittikçe önemini yitirmektedir. Bkz. Ian HENDERSON; Patrick KEANE, "Air and Missile Warfare", in Rain Livoja and Tim McCormack eds., *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge, New York, 2016, s. 285.

## B. “Askeri Hava Aracı” ve “Askeri Hizmette Kullanılan Hava Aracı” Kavramları

Uluslararası düzenlemelerde, bir hava aracının askeri niteliğine ilişkin tespitler, bu hava aracının askeri hizmette kullanılıp kullanılmamasına göre yapılır. Bununla birlikte “askeri hava aracı” ve “askeri hizmette kullanılan hava aracı” kavramlarının anlamı tartışmalıdır. Çözülmesi gereken ilk husus “askeri hizmette kullanılan” ifadesinin ne anlama geldiğidir. “Askeri hizmette kullanılma” iki anlama gelecek şekilde yorumlanabilir. Bu yorumlardan ilki, askeri disipline tabi ve bu konudaki düzenlemelere bağlı hava aracının askeri hizmette kullanılan hava aracı olduğudur. Askeri hizmette kullanılma ikinci olarak ise yapılan iş ya da eylemin niteliğinden kaynaklanır. Hava aracı o anki kullanılışı itibarıyla askeri kuvvetlere yardım etmekte ya da destek olmaktadır.<sup>55</sup> Yani hava aracı askeri amaçlara hizmet eder.<sup>56</sup> Bu tür durumlarda sözü edilen askeri disiplin ve örgütlenme olmaz ve askeri kuvvetlerle hava aracı arasındaki ilişki, bir özel hukuk sözleşmesine dayanır.<sup>57</sup> Dolayısıyla söz konusu araçların sivil hava aracı statüsünü kaybetmediğini ve Şikago Sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu, diğer türlü bir uygulamanın pratik olmayacağını savunan görüşler vardır. Aksi halde, örneğin, askeri kuvvetlere ait ve bir askeri pilot tarafından kumanda edilen bir savaş uçağının, sivil bir hastaneye, sivil bir hasta için, askeri havaalanına inerek ilaç götürmesi durumunda, bu hava aracının statüsünün sivil hava aracı olması gerekir. Oysa Şikago Sözleşmesi’nin 3/b maddesi, “askeri hizmetler için kullanılan (*used for*)” ifadesi yerine “askeri hizmette kullanılan (*used in*)” ifadesini tercih etmiştir.<sup>58</sup> Başka bir anlatımla hava aracı askeri hizmetin bir parçası olarak kullanılıyorsa askeri hava aracıdır.

Bu görüşün aksine devlet uygulamaları mevcuttur. 3 Nisan 1996’da aralarında ABD ticaret bakanının da olduğu bir heyeti taşıyan, ABD silahlı kuvvetlerine ait US Air Force CT-43A savaş uçağı, Bosna-Hersek’in Tuzla kentinden kalkış yaptıktan kısa süre sonra Dubrovnik yakınlarında düşmüş, kazada tüm yolcular ve altı mürettebat hayatını kaybetmiştir. Kazayı incelemek üzere görevli Hırvat makamları, Hırvatistan iç hukuk kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapmış ve uçağın Amerikan ticaret heyetinin nakliyesini yaptığını, dolayısıyla uçuşun askeri değil sivil nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Nitekim Hırvatistan Hava Seyrüseferi Kanunu’na göre, Hırvat hava

---

<sup>55</sup> Duncan P. BLAKE; Ian S. HENDERSON, “Military Use of Sivil Registered Aircraft”, 36 *Annals of Air and Space Law*, 2011, s. 163.

<sup>56</sup> Barış ya da savaş durumu fark etmeksizin, sivil hava araçları zaman zaman askeri amaçlarla kullanılabilir. Örneğin çatışma bölgelerine sivil hava araçlarıyla askeri birliklerin taşınması, bir sivil hava aracının bir kısmının kiralınması yoluyla askeri yolcu ve yük taşınması. Bkz. ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 11.

<sup>57</sup> HORNIK, 2001, s. 125.

<sup>58</sup> BLAKE; HENDERSON, 2011, s. 163.

sahasına girmesine izin verilmiş, askeri amaçlarla kullanılmayan tüm askeri hava araçları, sivil hava aracı muamelesi görür. Dolayısıyla hava aracının sivil havacılık standartlarının tümünü yerine getirmesi beklenir. Hava aracı, ABD Hava Kuvvetleri standartlarına göre uçuşa elverişli olmakla birlikte, uçaktaki ekipman sivil standartlara uygun değildir ve yetersizdir.<sup>59</sup>

ICAO, 2015 yılındaki “Sivil/Devlet Hava Aracının Tanımı ve Bunun Havacılığa Etkisi” başlıklı çalışmasında, ulusal düzenlemeler ve AB ve NATO gibi bir takım uluslararası örgütlerde, askeri nitelikte olmayan yolcu taşımalarında kullanılmaları durumunda askeri hava araçlarına, sivil havacılık düzenlemelerinin uygulanması yönünde bir eğilim olduğunu belirtmiştir.<sup>60</sup>

Hırvatistan uygulaması ve ICAO’nun saptamasını destekleyen bir başka görüşe göre ise sivil hava aracı, savunma bakanlığı ya da silahlı kuvvetler tarafından kiralanır ve askeri amaçlarla kullanılırsa, bunlar, o anki kullanımları itibariyle, devlet hava aracı statüsünde değerlendirilmelidir.<sup>61</sup> Yukarıda incelenmiş olduğu gibi, EUROCONTROL sivil tescilli olsa bile askeri hizmette kullanılan hava araçlarını devlet hava aracı olarak kabul etmektedir. Askeri hizmette kullanıma uçuşun askeri niteliğine bağlıdır. Uçuşun askeri niteliğini tespit edebilmek için, uçağın mülkiyeti; uçuşun askeri disiplin ve düzenlemelere bağlı olarak yürütülmesi; mürettebatın, yolcuların ve yükün niteliği; varış noktası, örneğin bir silahlı çatışma bölgesine uçulması; uçuşun amacı, örneğin BM Andlaşması’nın VII. Bölümü uyarınca ya da NATO Andlaşması kapsamında veya askeri bir tatbikat ya da eğitim amacıyla gerçekleştirilmesi; uçuş izinlerinin türü; Şikago Sözleşmesi’ne uygun hareket edilmesi, örneğin bir uçuş planının tevdi edilmesi; olağan trafik ve gümrük izinlerinin alınması gibi hususların bir arada değerlendirilmesi gerekir.<sup>62</sup>

Bu noktada *Air Force One* örneğinden söz etmek gerekir. *Air Force One*, ABD başkanını taşımak amacıyla kullanılan, ABD Hava Kuvvetlerine ait herhangi bir araca verilen isimdir. Bu kategorideki araçlar, 1944 yılında Roosevelt tarafından kurulan *Presidential Airlift Group* tarafından işletilir. *Presidential Airlift Group*, Beyaz Saray Askeri Bürosunun himayesindedir. *Air Orce One*, ABD Hava Kuvvetlerine ait bir askeri hava aracıdır ve ABD başkanı da sivil değildir,

---

<sup>59</sup> HORNIK, 2001, s. 128. ICAO Sekreteryası, sivil/devlet hava aracı tanımına ilişkin 1993 yılındaki çalışmasında, askeri hava araçlarının kazası durumunda sivil ya da askeri hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin tamamen kazanın meydana geldiği ülke devletinin ulusal hukuk düzenlemeleriyle ilgili olduğunu ifade etmiştir. ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 9.

<sup>60</sup> ICAO Doc. LC/36-WP/2-6, 29/9/15, s. 3.

<sup>61</sup> BOURBONNIERE; HAECK, 2000-2001, s. 905.

<sup>62</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 14. Ayrıca bkz. BOURBONNIERE; HAECK, 2000-2001, s. 904.; Ruwantissa ABEYRATNE, *Convention on International Civil Aviation: A Commentary*, Springer, Heidelberg, New York, 2014, s. 61, 62.

ABD ordusunun başkomutanıdır. Bununla birlikte söz konusu araç karma niteliktedir zira Beyaz Saray tarafından görev ve görev dışı alanlarda kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu durumda, gezi ya da tatil amacıyla kullanıldığında, devlet hava aracı statüsünde olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak Beyaz Saray, başkanın sürekli görevde olduğu savından hareketle, bu tür uçuşları da göreve ilişkin uçuş olarak bildirmektedir.<sup>63</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan ve örneklerden anlaşıldığı kadarıyla sivil ve askeri hava aracı ayrımı konusunda kesin ölçütler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, askeri hava araçlarını diğer hava araçlarından ayıran birtakım özellikler vardır. Bu özellikler, hava aracının tasarımı ve teknik özellikleri, silahlandırılmış olması; tescil ve tabiiyet işaretleri; devletin, esas olarak silahlı kuvvetlerin mülkiyetinde bulunması ve uçuşun niteliğidir. Ancak bunlar, ayrı ayrı bir hava aracının askeri hava aracı olduğunu belirlemek için yeterli değildir. Hava aracı söz konusu özelliklerden birini taşısa dahi o anda askeri hizmette kullanılmıyor olabilir. Dolayısıyla hava aracının askeri niteliğinin tespitinde bu özelliklerin bir arada değerlendirilmesi gerekir.<sup>64</sup> Nitekim Şikago Sözleşmesi' nin 35. maddesi hükmünden, sivil hava aracının askeri mühimmat ya da malzeme taşıyor olmasının, tek başına o uçağı askeri hava aracına dönüştürmediği anlaşılmaktadır.<sup>65</sup>

### C. Askeri Hava Araçlarının Dokunulmazlık ve Bağışıklıkları

Uluslararası hukukta dokunulmazlığı tartışmasız olarak düzenlenen tek hava aracı askeri hava aracıdır. Askeri araçların uluslararası hukuktaki statüsüne ilişkin ilk belirlemeler 1910 tarihli Hava Seyrüseferi Konferansında hazırlanan taslak sözleşmenin 46. maddesinde yer alır. Buna göre yabancı bir devlet ülkesinde ya da hava sahasında<sup>66</sup> bulunan askeri hava araçları, ülkedışılık prensibinin sağladığı ayrıcalıklardan faydalanır.<sup>67</sup>

Paris Sözleşmesi'nin 32. maddesi uyarınca yabancı hava sahasına girmesine izin verilen askeri hava araçları, savaş gemilerinin faydalandığı tüm dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanır. Havaalanındaki askeri hava aracı da aynı şekilde dokunulmazdır ancak yerel güvenlik makamlarına, hava trafiğe cevap vermek, mali ve sağlık yükümlülüklerine uygun davranmak

---

<sup>63</sup> Ricardo DE OLIVEIRA, "The Distinction Between Civil and State Aircraft: Does the Current Legal Framework Provide Sufficient Clarity of Law with Regard to Civil and State Aircraft in Relation to Aviation Practicalities?" 41 (4, 5) *Air and Space Law*, 2016, s. 340, 341.

<sup>64</sup> MILDE, 2008, s. 70, 71.

<sup>65</sup> ABEYRATNE, 2014, s. 61.

<sup>66</sup> Uluslararası hukukta hava sahasının hukuki rejimine ilişkin genel olarak bkz. Ömer İlhan AKİPEK, *Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.

<sup>67</sup> BOURBONNIERE; HAECK, 2000-2001, s. 889.

zorundadır aksi halde ulusal hava sahasını derhal terki istenir. Hava aracı söz konusu davranışlarda bulunmasa bile yabancı devletin istemesi halinde onun ülkesini derhal terk etmelidir. Yabancı devlet makamları, hava aracına çıkamaz ve mürettebatın hava aracındaki ya da hava aracının bakımıyla ilgili işlediği fiillerden dolayı yargı yetkisini haiz değildir.<sup>68</sup>

Yabancı hava sahasına zaruret hali nedeniyle dahi izinsiz giren bir askeri hava aracı ve mürettebatı söz konusu dokunulmazlıkların hiçbirinden faydalanamaz.<sup>69</sup> Askeri hava aracının izinsiz olarak yabancı hava sahasında uçuşmasının sonuçlarına dair bir uluslararası hukuk düzenlemesi bulunmamakla birlikte, doktrinde ve uygulamada hava aracına kimlik tespiti için havada müdahale edilebileceği; belirlenen bir rotada hava sahasını terke yönlendirilebileceği; cezai soruşturma ve takibat için yere inmeye yönlendirilebileceği ya da zorlanabileceği kabul edilir.<sup>70</sup> İhlal eden hava aracının tabiiyetinde olduğu devlet, bu ihlalden dolayı uluslararası sorumluluğu haizdir. Bu sorumluluğun sonuçları iki devlet arasındaki ilişkilere göre değişiklik gösterebilir. Sorumlu devlet, diğer devletten özür dileyebilir, bireysel sorumluluğu olanları cezalandırma sözü verebilir, bu tür bir ihlalin yeniden gerçekleşmeyeceğini taahhüt edebilir ya da tazminat ödeyebilir. Söz konusu ihlaller, hava sahası ihlal edilen devletin, hava aracına el koyması ve mürettebatı yargılaması biçiminde de sonuçlanabilir. İhlali yapan hava aracının düşürülüp düşürülmeyeceği meselesine gelince, Şikago Sözleşmesi'nin 3bis maddesi yalnızca uçuş halindeki sivil hava araçlarına karşı silah kullanılmasını yasaklamıştır.<sup>71</sup> Sözleşme kapsamında askeri hava araçları bakımından böyle bir koruma mevcut değildir.<sup>72</sup> Söz konusu tespitler barış zamanında geçerlidir. Silahlı çatışmalar durumunda hava araçlarının tabi olduğu hukuki rejim farklılaşır.<sup>73</sup>

Paris Sözleşmesi'nin 33. maddesinde, gümrük ve zabıta hava araçlarının 32. maddede sayılan ayrıcalıklardan faydalanamayacağı ifade edilmekle birlikte günümüzde, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gereğince askeri hava araçları dışındaki devlet hava araçlarının da bağımsızlıkları kabul edilmiştir.<sup>74</sup> Hava hukukuna ilişkin sözleşmelerde yer almasa da bazı uluslararası andlaşmalarda bu konuyla ilgili birtakım düzenlemeler mevcuttur. Hava Araçlarının Müsaderesine İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin 3/1. maddesi uyarınca ticari amaçlarla kullanılan devlet hava

---

<sup>68</sup> WOUTERS; VERHOEVEN, 2011, s.2.

<sup>69</sup> WOUTERS; VERHOEVEN, 2011, s.2.

<sup>70</sup> MILDE, 2008, s. 64.

<sup>71</sup> Bkz. *infra* III.

<sup>72</sup> MILDE, 2008, s. 64.

<sup>73</sup> Bkz. *infra* IV-A.

<sup>74</sup> HENDERSON; KEANE, 2016, s. 286.

araçlarına, önlem amacıyla el konması mümkündür. Ancak kamu hizmetinde, örneğin posta hizmetinde kullanılan devlet hava araçlarına, el konamaz.<sup>75</sup> Devletin yargı bağımsızlığına ilişkin BM Sözleşmesi'nin 18 ve 19. maddelerine göre devletin mülkiyetinde olan ve *jure imperii* amaçlarla kullanılan tüm mallar dokunulmazlık ve bağımsızlıklardan faydalanır.<sup>76</sup> Yine Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin<sup>77</sup> 22., Konsolosluk ilişkileri Sözleşmesi'nin<sup>78</sup> 31/4. maddeleri çerçevesinde kamu hizmetinde kullanılan devlet hava araçlarının dokunulmazlığı olduğu ileri sürülebilir.<sup>79</sup>

### III. SİVİL VE DEVLET HAVA ARACI AYRIMININ HAVA ARAÇLARINA HAVADA MÜDAHALE MESELESİNE ETKİSİ

Hava araçlarına, havada, hava araçlarıyla müdahale, silahlı çatışmalar hukuku çerçevesinde, hem sivil hem de askeri hava araçları bakımından mümkündür.<sup>80</sup> Ancak barış zamanında sivil hava araçlarına havada müdahale Şikago Sözleşmesi'nin orijinal metninde yer almaz. 1983'te Kore uçağının, SSCB hava sahasında, bu devletin hava kuvvetleri tarafından düşürülmesi

<sup>75</sup> *Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Precautionary Attachment of Aircraft*, 1933, 192 UNTS 289 (No. 4479)

<sup>76</sup> Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2005, 44 ILM 803.

<sup>77</sup> Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi, *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 1961, 500 UNTS 95 (No. 7310), md. 22/3: "Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağımsızdır."

<sup>78</sup> Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi, *Vienna Convention on Consular Relations*, 1963, 596 UNTS 261 (No. 8638), md. 31/4: "Konsolosluk binaları, mobilyaları, konsolosluk malları ve keza ulaşım araçları millî savunma veya kamu yararı amaçlarıyla hiç bir çeşit el koymaya konu teşkil edemezler. Bu amaçlarla istisnâ yapılması gerekli ise, konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin sekteye uğramaması amacıyla uygun tedbirler alınır ve gönderen Devlet'e peşin, adil ve yeterli bir tazminat ödenir."

<sup>79</sup> WOUTERS; VERHOEVEN, 2011, s. 2, 3. 2013'ün başlarında, Bolivya devlet başkanı Evo Morales'i, Moskovo'dan Bolivya'nın La Paz kentine taşıyan uçak, yakıtının bitmesi nedeniyle Viyana'ya zorunlu iniş yapmıştır. Uçak, ABD'nin gizli ve stratejik bilgileri ifşa eden Edward Snowden adlı eski bir Ulusal Güvenlik Ajansı çalışanının, uçakta olduğu iddiasıyla aranmıştır. Bu olay, Bolivya tarafından uluslararası hukukun ihlali olarak değerlendirilmiş, Avusturya makamları ise aramanın Morales'in izniyle gerçekleştirildiğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ruwantissa Abeyratne,, "Legal Issues of the Snowden Case: State Aircraft vs. Civil Aircraft", 62 (4) *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 2013, 648, 649. Bolivya ve Avusturya'nın uçağın aranması meselesine ilişkin iddiaları, askeri hava araçlarının yanı sıra kamu hizmetinde kullanılan diğer hava araçlarının dokunulmazlıklarının, devlet uygulamasında kabul edildiğini göstermesi bakımından önemlidir.

<sup>80</sup> Hava araçlarına hava araçlarıyla havadan müdahale İngilizce "*interception*" terimiyle ifade edilmektedir. *Interception*, bir kişi ya da şeyin, bir varış noktasına ulaşmasının engellenmesidir. Bkz. Oxford Living Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/interception> (Erişim Tarihi: 08.02.2017)



neticesinde Sözleşme'ye eklenen madde 3bis, bu konuyu düzenler. İlgili hüküm öncelikle taraf devletlerin, herhangi bir devletin tabiiyetindeki sivil hava aracına karşı, uçuş halindeyken, silah kullanmama yükümlülüğünü getirir. Söz konusu yükümlülük hem ulusal hem de uluslararası hava sahası bakımından mevcuttur. Küba Hava Kuvvetlerinin, ABD tabiiyetindeki iki sivil hava aracını, 24 Şubat 1996 tarihinde düşürmesinin ardından kabul edilen 1067 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararında, sivil hava araçlarına karşı silahlı kuvvet kullanılmasının, Şikago Sözleşmesi'nin 3 bis maddesinde kodifiye edilen bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının ihlali olduğu belirtilmiştir.<sup>81</sup> Söz konusu yükümlülük esas olarak devletlere getirilmektedir. Malezya Havayollarının MH 17 sefer sayılı uçağının 2014 yılında Ukrayna üzerinde düşürülmesiyle ilgili olarak Ukrayna, Ukrayna'daki Rusya destekli silahlı grupları, Rusya'da Ukrayna'yı suçlamıştır.<sup>82</sup> BM Güvenlik Konseyi, bu olaya ilişkin 2166 sayılı kararında, tüm devletlerin ve diğer aktörlerin sivil hava araçlarına karşı şiddete başvurmaktan kaçınma yükümü bulunduğunu ifade etmiş, Şikago Sözleşmesi'nin 3/bis maddesine değinmemiştir.<sup>83</sup>

Havada müdahale son çare olarak başvurulması gereken bir önlemdir. Müdahale, hava aracının güvenliğini ve yolcuların hayatını tehlikeye düşürmemelidir.<sup>84</sup> Eğer bir devletin hava sahasına, yabancı bir sivil hava aracı izinsiz olarak girer veya uçuşun Sözleşme'nin amaçlarına aykırı herhangi bir maksatla yapıldığı şüphesi oluşursa, bu devlet, hava aracına müdahale edebilir.<sup>85</sup> Şüpheyne neden olan haller örneğinin; hava aracının kendisini tanıtmaması, kayıtlı uçuş plan ya da tarifelerine aykırı olarak birdenbire hava sahasında belirmesi, hava trafik hizmetlerini bilgilendirmeksizin önceden belirlenen rotalar dışında ya da yasaklanmış bölgeler üzerinde uçuş veya uygunsuz manevralar yapması olabilir.<sup>86</sup> Havada müdahale, hava aracının uçuşa devam etmesinin engellenip, onu bir havaalanına inmeye zorlanması biçiminde olur. Devletin egemenliğindeki hava sahası askeri ya da zabıta hava araçlarıyla korunur. Hava aracına müdahalenin gerekçesi devletin hava sahasının ihlalidir dolayısıyla müdahalenin de devlet hava araçlarıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Nitekim

<sup>81</sup> Bkz. UN Security Council, *Security Council Resolution 1067*, [Shooting Down of Two Civil Aircraft on 24 February 1996], 26 July 1996, S/Res/1067 (1996) para. 6. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları için bkz. <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions> (Erişim Tarihi: 22.03.2017) Bu konuda ayrıca bkz. Eric Edward GEISER, "The Fog of Peace: The Use of Weapons Against Aircraft in Flight During Peacetime", *4 Journal of International Legal Studies*, 1998, 226-231. 187-240.

<sup>82</sup> <http://www.bbc.com/news/world-europe-34511973> (Erişim Tarihi: 22.03.2017)

<sup>83</sup> UN Security Council, *Security Council Resolution 2166* [Letter from the Permanent Representative of Ukraine], 21 July 2014, S/RES/2166 (2014), para. 12.

<sup>84</sup> Şikago Sözleşmesi, md. 3 bis/a.

<sup>85</sup> Şikago Sözleşmesi, md. 3 bis/a.

<sup>86</sup> MILDE, 2008, s. 49.



deniz alanlarındaki müdahaleler, savaş gemileri, askeri uçaklar veya açık dış işaretlerle kamu hizmetine tahsis edildikleri ve bu konuda yetkilendirildikleri belli olan gemi ya da hava araçlarıyla yapılır.<sup>87</sup>

Şikago Sözleşmesi'nin II. Eki'ni teşkil eden Hava Kuralları'nda, havada müdahalenin koşulları yer alır. Metinde, uçağa yaklaşma, uçağa gönderilecek sinyaller, müdahale edecek uçağın müdahale edilecek uçakla irtibat sağlayabilmesi için temel terimler düzenlenmiştir ve müdahalenin bu yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>88</sup>

Uluslararası hava sahasında yani bir devletin kara ülkesi ve karasularının üzerindeki hava sahası dışında, hangi devletin tabiiyetinde olursa olsun sivil ya da devlet tüm hava araçları serbestçe uçabilir.<sup>89</sup> Bazı yazarlara göre uluslararası hava sahasında, hava haydutluğu ya da terörizm söz konusu olduğunda veya anlaşmaların verdiği yetkiye dayanarak, tescil devleti dışındaki devletler de hava aracı üzerinde yargı yetkisini haizdir, dolayısıyla bu tür durumlarda, hava aracına havada müdahale edilebilir.<sup>90</sup> Bu konuda yerleşik bir uluslararası hukuk kuralı yoktur. Açık denizlerdeki izleme hakkının, uluslararası hava sahası bakımından mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Deniz hukukuyla ilgili sözleşmelerde böyle bir hak tanınmasa da uluslararası örf ve adet hukuku bakımından bu hakkın mevcut olduğunu iddia eden yazarlar olmakla birlikte, bu konudaki devlet uygulamasının yeterli olup olmadığı şüphelidir.<sup>91</sup> Ancak Şikago Sözleşmesi'nin 3 *bis* maddesi, uluslararası hava sahasında, havada müdahaleye ilişkin yasaklayıcı bir hüküm içermez.

Açık Denizlere İlişkin 1958 Cenevre Sözleşmesi<sup>92</sup> ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin sırasıyla 15. ve 101. maddelerine göre uluslararası deniz alanlarında ya da hiç kimsenin yetki alanında bulunmayan yerlerde, özel hava aracından bir başka hava aracına veya buralardaki kişi ya da mallara karşı işlenen fiiller dolayısıyla tüm devletlerin yargı yetkisi vardır. Söz konusu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, her iki sözleşmede de, deniz haydutluğunun yanı sıra hava haydutluğu da düzenlenmektedir. Ancak hava

---

<sup>87</sup> 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1982, 1833 UNTS 3 (No. 31363), md. 107, 110/1, 110/4, 110/5, 111/5. Ayrıca bkz. Andrew WILLIAMS, "The Interception of Civil Aircraft Over the High Seas in Global War on Terror", 60 *Air Force Law Review*, 2007, s. 113; MILDE, 2008, s. 49.

<sup>88</sup> Annex 2 to the Convention on International Civil Aviation, *Rules of the Air*, Attachment A, Interception of Civil Aircraft, International Civil Aviation Organization, Tenth Edition, 2005.

<sup>89</sup> Karasularının üzerindeki hava sahasında, deniz hukukundaki karasularından zararsız geçiş hakkına benzer bir hak söz konusu değildir.

<sup>90</sup> WILLIAMS, 2007, s. 113 vd.

<sup>91</sup> Nicholas GRIEF, *Public International Law in the Airspace on the High Seas*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1994, s. 106, 107.

<sup>92</sup> Açık Denizlere İlişkin 1958 Cenevre Sözleşmesi, *Convention on the High Seas*, 1958, 450 UNTS 11 (No. 6465).

sahasında, bir hava aracının bir diğer hava aracını bordalayararak haydutluk fiili işlemesi mümkün görünmemektedir.<sup>93</sup> Bu nedenle ilgili düzenlemeler deniz haydutluğu ve gemi kavramları çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>94</sup> Teorik düzeyde de kalsa, hava haydutluğu sebebiyle el koyma ancak askeri hava araçları ya da bu konuda yetkilendirildikleri belli olan diğer devlet hava araçlarınınca yapılabilir.<sup>95</sup> Bu hükümlerden yola çıkarak, devletlere, yalnızca hava haydutluğu bakımından, bir hava aracı ile bir başka hava aracını, uluslararası hava sahasında izleme hakkı tanındığı konusunda değerlendirmeler yapılmaktadır.<sup>96</sup> Uluslararası hava sahasında uçak kaçırmaya (*Hi-jacking*) fiilinin işlendiği hava araçları üzerinde esas olarak tescil devletinin yargı yetkisi mevcuttur.<sup>97</sup> Dolayısıyla müdahaleyi de bu devletin devlet hava araçları yapabilir.<sup>98</sup>

11 Ekim 1985'te, Mısır tabiiyetindeki bir sivil hava aracına, Akdeniz üzerinde, uluslararası hava sahasında seyrederken, Amerikan savaş uçaklarınınca müdahale edilmiş ve araç Sicilya'ya inmeye zorlanmıştır. ABD, uçağın *Achille Laurro* isimli gemiyi kaçıran teröristlerin nakliyesi amacıyla kullanıldığını, dolayısıyla bir sivil hava aracı değil devlet hava aracı statüsünde olduğunu iddia etmiş ve müdahaleyi bu çerçevede gerekçelendirmiştir. ABD, Havayolu Pilotları Dernekleri Uluslararası Federasyonu'na (*International Federation of Airliner Pilots' Associations-IFALPA*) yazdığı mektupta, müdahalenin yapıldığı sırada hava aracının devlet hava aracı olarak işletildiğini, zira hava aracının tamamen devletin amaç ve fonksiyonları çerçevesinde hareket ettiğini, uçakta silahlı askeri personelin varlığının ve amacın gizliliğinin bu sonucu

<sup>93</sup> Kerem BATIR, Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, 2011, s. 7.

<sup>94</sup> GRIEF, 1994, s.108.

<sup>95</sup> Açık Denizlere İlişkin 1958 Cenevre Sözleşmesi, md. 21; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 107.

<sup>96</sup> GRIEF, 1994, s. 108.

<sup>97</sup> Uçak kaçırmaya ve hava araçlarına ilişkin diğer hukuka aykırı fiiller konusunda üç temel sözleşme vardır. Bunlar, Hava Aracında İşlenen Suçlar ve Diğer Fiillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi; Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin La Haye Sözleşmesi, *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, 1970, 860 UNTS 105 (No. 12325); Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation* 1971, 974 UNTS 177 (No. 14118). İlgili sözleşmelerde hava araçlarındaki kişilere, mallara ya da sivil havacılık güvenliğine karşı işlenen suçlar düzenlemekte olup bazı hallerde tescil devleti dışındaki taraf devletlere yargı yetkisi verilmektedir. Bununla birlikte söz konusu fiiller bakımından tescil devleti dışındaki devletlerin hava aracına, uluslararası hava sahasında müdahale edebileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>98</sup> Uçak kaçırmaya ve hava haydutluğu aynı suçu ifade etmek üzere kullanılan terimler değildir. Uçak kaçırmaya politik nedenlerle ve uçağın içinde gerçekleştirilir. Oysa hava haydutluğu ticari amaçlarla, bir hava aracından diğer bir hava aracına karşı yapılır. Bkz. GRIEF, 1994, s.118.

ortaya koyduğunu ifade etmiştir.<sup>99</sup> Görüldüğü üzere ABD, uçuşun amacına ve niteliğine göre bir değerlendirmede bulunmuştur. Ancak uçağın, ABD'nin iddia ettiği gibi devlet hava aracı niteliği taşıyor olması müdahaleyi haklı göstermez zira devlet hava araçları, uluslararası hava sahasında müdahaleden başışiktir. Öte yandan İngiltere Dışışleri Bakanlığı, bu tür durumlara, uçak kaçırma ve hava araçlarına ilişkin diğer sözleşmelerin dikkate alınması gerektiğini, bu sözleşmelerde, uluslararası hava sahasında ya da müdahalede bulunan devletin hava sahasından başka bir hava sahasında, hava aracına müdahalenin söz konusu olmadığını belirtmiştir.<sup>100</sup> Bu müdahaleler ancak tescil devleti ya da ülkesi üzerinden uçuş yapılan devlet tarafından yapılabilir.

Bu başlıkta değinilmesi gereken bir diğer husus, 11 Eylül saldırılarından sonra ortaya çıkan sivil hava araçlarının silah olarak kullanılması meselesidir. ICAO, 11 Eylül'den yaklaşık on yıl sonra kabul ettiği bir kararda, sivil hava araçlarının kitle imha silahı olarak kullanılmasının Sözleşme'nin lafzına ve ruhuna aykırılık teşkil ettiğini ve özellikle sivil havacılığın suiistimalini yasaklayan 4. madde ile uluslararası hava seyrüseferinin geliştirilmesine ilişkin 44. maddeyi ihlal ettiğini ifade etmiştir. Kararda sivil havacılık ve sivil havacılığa ilişkin faaliyetlerle ilgili bu ve diğer terörist eylemlerin uluslararası hukukun ağır ihlallerini oluşturduğu belirtilmiştir.<sup>101</sup> Bununla birlikte terör örgütlerince silah haline dönüştürüldüğünden şüphe edilen bir sivil hava aracına uluslararası hava sahasında, tescil devleti dışında bir başka devletçe müdahale edilip edilemeyeceği, böyle bir fiilin saldırılması planlanan ve hatta saldırılan devlete meşru müdafaa hakkı verip vermediği tartışmalıdır. BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinin lafzi ve tarihsel yorumu çerçevesinde bu tür durumlarda meşru müdafaa söz edebilmek mümkün görünmemektedir.<sup>102</sup>

#### **IV. SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNUN SİVİL VE DEVLET HAVA ARACI AYRIMINA VE HAVA ARAÇLARININ MÜRETTEBATINA ETKİSİ**

IFALPA, ICAO'nun 26. Oturumunda, sivil hava araçlarının askeri operasyonlarda kullanılması durumunda mürettebatın statüsü meselesini gündeme getirmiş, bu konu, Örgütün, 1993 yılındaki Sekretarya çalışmasında, Şikago Sözleşmesi'nin 3/b maddesinin uygulanmasından kaynaklanan

---

<sup>99</sup> Secretariat Study on 'Civil/State Aircraft', Attachment I, s. 11.

<sup>100</sup> Malcolm N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2008, s. 679.

<sup>101</sup> ICAO Assembly Resolution, DOC. 9958 A33-1, 8 October 2010, Unlawful Interference, VII-1, para. 2. Bkz. [http://www.icao.int/Security/isd/Documents/Doc-9958\\_A37-17\\_en.pdf](http://www.icao.int/Security/isd/Documents/Doc-9958_A37-17_en.pdf) (Erişim Tarihi: 08.02.2017)

<sup>102</sup> Bu açıklamalar, sivil hava aracının terör örgütlerince silah olarak kullanılması ve bu saldırıların bir devlet tarafından gerçekleştirildiğinin ispat edilememesi durumuna ilişkindir. Bir devletin, bir sivil hava aracını silah gibi kullanarak başka bir devlete saldırması halinde, saldırılan devletin hiç şüphesiz meşru müdafaa hakkı bulunmaktadır.

sorunlardan biri olarak değerlendirilmiştir.<sup>103</sup> Çalışmanın devam eden kısmında silahlı çatışmalar hukukuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde hava araçlarının ve bu araçlardaki sivil mürettebatın statüsü incelenmiştir.

## A. Hava Araçlarının Ayrımına İlişkin Silahlı Çatışmalar Hukuku Kuralları

Uluslararası hukukta hava savaşını düzenleyen bağlayıcı hukuk kuralları yoktur ancak, denizde ve karada yürütülen silahlı çatışmalara uygulanan Cenevre Sözleşmeleri'nin bir kısmı bunlara da uygulanır. Uluslararası sözleşme niteliği taşımamakla birlikte, uzman hukukçular tarafından hazırlanan, taslak düzenleme mahiyetindeki 1923 La Haye Hava Savaşı Kuralları, 2009 Harvard Hava ve Füze Savaşı Kuralları ve 1994 San Remo Manueli bu konuda yol gösterici olmaktadır.

### 1. Sivil ve Askeri Hava Araçlarının Statüsü

Harvard Manueli'ne göre sivil hava aracı, askeri hava aracı ve devlet hava aracı dışında kalan hava aracıdır.<sup>104</sup> Silahlı çatışmalar sırasında saldırıların hedefi olamaz ancak bunlara müdahale edilebilir ve ganimet olarak el konabilir. Manuel, sivil hava aracının bir türü olarak sivil yolcu uçağını ayrıca düzenlemiştir.<sup>105</sup> Bunlar, sivil yolcu uçağı olduğunu belirtir işaretler taşıyan, tarifeli ya da tarifersiz uçan, sivil yolcu taşıyan uçaklardır.<sup>106</sup> Sivil yolcu uçaklarının özel olarak düzenlenme sebebi, içinde masum yolcuları taşıyan bu hava araçlarını saldırılardan korumaktır. Sivil hava araçları da korumadan faydalanır ancak sivil yolcu uçaklarına tanınan koruma daha kapsamlıdır. Örneğin şüphe halinde yolcu uçağı vurulamaz.<sup>107</sup>

Silahlı çatışmalarda sivil hava araçları askeri hedef olarak kabul edilmez. Bununla birlikte gerek silahlı çatışmalarda uygulanacak hukuk kurallarını kodifiye eden 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve gerekse uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralı olan askeri gereklilik ilkesi çerçevesinde sivil hava araçları da koruma statüsünden çıkarılabilir.

---

<sup>103</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, s. 1; Attachment 1, s. 10.

<sup>104</sup> Harvard Manueli, md. 1/h.

<sup>105</sup> Manuel'de sivil hava aracı için "*civilian aircraft*", sivil yolcu uçağı için ise "*civilian airliner*" terimleri kullanılmaktadır. Terimin, *civil* değil de *civilian* biçiminde ifade edilme nedeni silahlı çatışmalar hukukundaki genel kullanımdan kaynaklanmakta olup, esas olarak Şikago Sözleşmesi'ndeki anlamıyla kullanılmaktadır. Bkz. *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, 2010, s. 30. (Bundan sonra Harvard Manueli Şerhi olarak anılacaktır.) Bkz. <http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2107)

<sup>106</sup> Harvard Manueli, md. 1/i.

<sup>107</sup> Harvard Manueli Şerhi, s. 155, 156.

Askeri gereklilik ilkesi, günümüzde, savaş sırasında düşmanın kısmen veya tamamen kontrol altına alınabilmesi amacıyla, düşman silahlı kuvvetlerinin zayıflatılması için gerekli olan kuvvetten fazlasının kullanılmasının yasaklanması olarak yorumlanır.<sup>108</sup> Bu bağlamda ayırım gözetme ilkesi gereğince silahlı çatışmalarda siviller ve askerler, sivil mallarla askeri mallar arasında bir ayırım yapılması ve sivillerin saldırıların hedefi olmaması gerekir. Ancak sivil kişi, ya da malların silahlı çatışmaların etkisinden bağımsızlığının mutlak olduğunu ifade etmek doğru değildir. Sivillerin askeri hedeflerin çok yakınında bulunması, tesadüfen o sırada orada bulunmaları, yerleşim yerlerinin hareket alanlarının yakınında bulunması gibi nedenlerle, askeri eylemlerden dolayı sivil kayıplar olabilir. Yine askeri gereklilik ilkesi, orantılılık ilkesi ile birlikte yorumlanmalıdır. Elde edilmek istenen askeri amaca göre aşırı düzeyde sivil kaybına ya da acı çekilmesine ve yaralanmaya neden olacak saldırılar yasaktır.<sup>109</sup> Uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda ayırım gözetme, askeri gereklilik ve orantılılık ilkeleri bir arada uygulanarak sivil kayıpların asgari düzeye indirilmesi hedeflenir. Zira bu kuralların amacı savaşta şiddetin yok edilmesi değil azaltılmasıdır.<sup>110</sup>

Silahlı çatışmalarda uygulanacak hukuk kurallarını düzenleyen 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek, 1977 tarihli I. Ek Protokol'ün 52. maddesi konu açısından önem taşımaktadır.<sup>111</sup> Protokol'ün 52/1. maddesinde, ayırım gözetme ilkesi ortaya konmuş, yani saldırılarda sivil hedef/askeri hedef ayrımı yükümlülüğünü getirilmiş, 2. fıkrada ise, askeri gereklilik ilkesi uyarınca, sivil hedeflerin askeri hedefe dönüşebileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere sivil hava aracı olsa da, örneğin, birlikleri taşıyan, istihbarat toplayan, savaş malzemesi ve mühimmat taşıyan, dur ihhtarlarına ve eylemlerine uygun davranmayan, başka bir ifadeyle askeri amaçlarla kullanılan sivil hava araçları, askeri hedefe dönüşebilir.<sup>112</sup> Yine askeri alanlara yakın olarak konumlanmış ya da bunları gizlemek amacıyla kullanılan sivil hava araçları askeri hedef sayılır.<sup>113</sup>

Sivil hava aracı, savaş sırasında durdurulabilir, araştırılabilir, rotası değiştirilebilir. Düşman kuvvetlerinin tabiiyetinde bulunan sivil hava aracı ve içerisindeki mallar savaş ganimeti olabilir. Tarafsız kuvvetlere tabi sivil hava

---

<sup>108</sup> Gökhan GÜNEYSU, "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", 4 *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, s. 100.

<sup>109</sup> Azime Ayça KAHRAMAN, *Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı*, Adalet, Ankara, 2016, s. 15, 16.

<sup>110</sup> GÜNEYSU, 2012, s. 98-104, 107.

<sup>111</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (1977/I. Protokol), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, 1977, 1125 UNTS 3 (No. 17512)

<sup>112</sup> Harvard Manueli Şerhi, s. 160, 161.

<sup>113</sup> BLAKE; HENDERSON, 2011, s. 146.

araçları ise düşmanın savaş gücünü desteklemek amacıyla kaçak mallar taşıyorsa, düşman kuvvetlerinin kontrolünde, emrinde ya da yönlendirmeleri doğrultusunda hareket ediyorsa, düşman askeri birliklerini taşıyorsa bunlar da savaş ganimeti olabilir.<sup>114</sup>

Yalnızca askeri hava araçları, çatışmalara katılma hakkına (*belligerent rights*) sahiptir. Başka bir ifadeyle yalnızca askeri hava araçları düşmana ve askeri hedeflere saldırma hakkına sahiptir. Yine uçuş sırasında askeri istihbaratın aktarılması faaliyeti de bu hakkın kapsamındadır. Sivil hava aracı görünümü hava araçlarının, öldürme, yaralama ya da tutuklama amacıyla askeri hizmette kullanılması, silahlı çatışmalar hukuku kuralları uyarınca hainlik olarak kabul edilir ve bu fiili işleyenler savaş suçlusu olarak yargılanır.<sup>115</sup> Bu nedenle sivil işaretler taşıyan hava araçlarının, askeri kuvvetlerce, doğrudan çatışmalarda yer alacak şekilde kullanılmaması gerekir.<sup>116</sup> Sonuç olarak bu araçlar askeri hizmette ya da çatışmalarda kullanılırsa silahlı çatışmalardaki bağışlıklarını kaybeder.

Geleneksel olarak askeri hava araçları sivil, sivil hava araçları da askeri hava araçlarına dönüştürülebilir. 1923 La Haye Kuralları'nın 9. maddesi uyarınca sivil hava aracının askeri hava aracına dönüştürülmesi mümkündür. Dönüştürme işlemi yalnızca hava aracının tabiiyetinde bulunduğu devlet ülkesinde yapılabilir.

## 2. Sivil ve Askeri Hava Araçları Dışında Kalan Hava Araçları

Harvard Manueli devlet hava aracı ve askeri hava aracı ayrımı yapar. Buna göre devlet hava aracı, bir devletin mülkiyetinde olan ya da o devlet tarafından kullanılan, münhasıran ticari olmayan devlet fonksiyonlarına hizmet eden hava aracıdır. Devlet hava aracı barış zamanı dokunulmazlığa sahiptir ancak tarafsız devletlerin tabiiyetindekiler hariç, silahlı çatışmalar durumunda bu dokunulmazlığını kaybeder. Bunlara savaş ganimeti olarak el konulabilmesi mümkündür.<sup>117</sup>

Manuel'deki bir diğer düzenleme kartel hava araçlarına ilişkindir. Kartel hava aracı, belirli bir görevi ifa etmek üzere savaşan taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla askeri giriş belgesi tevdi edilmiş hava aracıdır. Bu tür hava araçları genellikle savaş esirlerinin nakliyesi ve savaşan taraflar arasındaki müzakereleri yürütmekle görevli kişilerin nakliyesi için kullanılır. Söz konusu hava araçları saldırılamaz ve bunlara ganimet amacıyla el konulamaz. Devlet,

---

<sup>114</sup> Harvard Manueli Şerhi, s. 278.

<sup>115</sup> 1977/1. Protokol, md. 37.

<sup>116</sup> BLAKE; HENDERSON, 2011, s.147.

<sup>117</sup> Harvard, Manuel, md. 1/cc.

sivil, askeri, sıhhi her türlü hava aracı kartel hava aracına dönüştürülebilir. Savaşan taraflar bu hava aracını herhangi bir amaç için kullanabilirler.<sup>118</sup>

San Remo Manueli'nde de benzer ayrımlar yapılmakla birlikte devlet hava aracı tanımına yer verilmemiştir. Manuel'de yardımcı hava araçları biçiminde bir hava aracı statüsü yaratılmıştır. Bu tür hava araçları, bir devletin silahlı kuvvetlerinin mülkiyetinde veya kontrolünde bulunan, geçici olarak devletin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan hava araçlarıdır.<sup>119</sup> Söz konusu manuel uyarınca düşman sivil yolcu uçaklarına, askeri giriş belgesi taşıyan hava araçlarına ve sıhhi hava araçlarına saldırılamaz. Ancak bu araçların söz konusu korumalardan faydalanabilmesi için askeri hedefe dönüşmemesi gerekmektedir.<sup>120</sup>

Silahlı çatışmalar hukukunda sağlık hizmetinde kullanılan hava araçlarının (sıhhi hava araçları) önemi büyüktür. Söz konusu hukuk kuralları çerçevesinde sıhhi hava araçları özel koruma altındadır. 1949/İ. Cenevre Sözleşmesi'nin<sup>121</sup> 36. maddesi uyarınca münhasıran hasta ve yaralıların tahliyesinde, sağlık personelinin ve malzemenin taşınmasında kullanılan hava araçlarına saldırılması yasaklanmıştır.<sup>122</sup> Protokol'ün 8/j maddesi uyarınca sıhhi hava araçları, hava yoluyla nakliye yapan her türlü sıhhi araçtır ve 24. madde uyarınca bu araçlar saldırılardan bağımsızdır. Ancak bunların silahlı çatışmalarda kullanılması durumunda söz konusu korumalar sona erer. Sıhhi hava araçları silahlı çatışmalar hukukunda özel korumalardan yararlınsa da, bu durum Şikago Sözleşmesi uyarınca onlara ayrı bir statü tanımaz. Bunların sivil ya da devlet hava aracı niteliği ilgili sözleşmenin 3/b hükmüne göre tespit edilir.<sup>123</sup>

---

<sup>118</sup> Harvard, Manuel md. 1/g, Harvard Manueli Şerhi, s. 29.

<sup>119</sup> *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 12 June 1994, md. 13 (k). Metin için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/560?OpenDocument>. (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017) (Bundan sonra San Remo Manueli olarak anılacaktır.)

<sup>120</sup> San Remo Manueli, md. 53-58.

<sup>121</sup> Savaş Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi, (1949/İ. Sözleşme), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1949, 75 UNTS 31 (No. 970)

<sup>122</sup> 1977/İ. Protokol'ün 8/f maddesi uyarınca sıhhi nakliye, yaralı ve hasta deniz kazazedesi, sıhhi personel, dini personel ya da sıhhi malzemenin hava yoluyla taşınması demektir. Harvard Manueli'ne göre sıhhi hava araçları, savaşan taraflarca geçici veya daimi olarak hasta ve yaralıların uçakta tedavisi, nakliyesi ve/veya sağlık malzemesi ve personelinin nakliyesi amacıyla kullanılan hava aracıdır. Bunlar askeri hedef değildir. Bkz. Harvard Manueli, md. 1/u, Harvard Manueli Şerhi, s. 42.12

<sup>123</sup> ICAO Doc. LC/29-WP/2-1, 3/3/94, Attachment 1, s. 10. Bu tespit Birleşmiş Milletler ya da bir başka hükümetlerarası uluslararası örgüt tarafından kiralanan hava araçları bakımından da geçerlidir. Bkz. DE OLIVEIRA, 2016, s. 339.



## B. Hava Araçlarının Mürettebatının Statüsünü Düzenleyen Silahlı Çatışmalar Hukuku Kuralları

Bu kısımda öncelikle uluslararası hukukta savaşı (muharip) statüsünün değerlendirilmesi gerekir. 1977/I. Protokol'ün 43/2. maddesi uyarınca savaşı, doğrudan çatışmalara katılma hakkı olan kişidir. Başka bir ifadeyle bu kişiler askeri hedeftir. Silahlı çatışmalar hukuku kurallarına uymak kaydıyla savaşılar, savaşılara saldırabilir. Savaş Esirlerinin Korunması Hakkındaki III No.'lu Cenevre Sözleşmesi'nin<sup>124</sup> 4. maddesi ve 1977/ I. Protokol'ün 43-47. maddeleri çerçevesinde savaş esiri statüsü tanınan kişilerden, savaşıların kimler olduğu tespit edilir. Uluslararası hukuk bakımından düzenli silahlı kuvvetler mensuplarının savaşı olduğuna şüphe yoktur. Yine belirli şartları taşımak kaydıyla milis kuvvetler ve gönüllü birlik mensupları da bu statüyü taşır. Bu durumda askeri hava araçlarının yukarıda belirtilen nitelikleri haiz mürettebatı savaşı statüsündedir.

Sivil hava araçlarının askeri hareketlerde kullanılması durumunda sivil mürettebata savaşı statüsü tanınmamakla birlikte, 1949/III. Sözleşme'nin 4/5. maddesi uyarınca düşmanın eline geçen ticaret gemilerinin ve sivil hava araçlarının mürettebatı, uluslararası hukukça kendilerine tanınan daha avantajlı bir korumadan faydalanamıyorsa savaş esiridir.<sup>125</sup> Bu kişiler savaşı değildir, başka bir ifadeyle çatışmalara doğrudan katılma hakkına sahip kişiler değildir.<sup>126</sup> Aksine bunlar kendilerine savaş esiri statüsü tanınan sivillerdir. 1949/III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4/4. maddesine göre ise silahlı kuvvetlerin doğrudan mensubu olmamakla birlikte bu kuvvetlerin izni ile onlarla gezen askeri hava araçlarının sivil mürettebatı, savaş esiri statüsünden faydalanır.

Bir başka husus silahlı kuvvetler tarafından sıhhi hava araçlarının içindeki sağlık personelinin durumuna ilişkindir. Bu kişiler Cenevre Sözleşmeleri ile yaratılan sistemde özel koruma altına alınmıştır. Silahlı kuvvetlere ya da sivil hastanelere bağlı olup olmamaları fark etmeksizin aynı korumadan

<sup>124</sup> Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi (1949/ III. Sözleşme). Andlaşma metni için bkz. *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 1949, 75 UNTS 135 ( No. 972)

<sup>125</sup> Bu düzenleme, tarihsel olarak, silahlandırılmış ticaret gemilerinin zaman zaman silahlı çatışmaların parçası olmaları ve düşmanın eline geçen bu gemilerin mürettebatına bazen sivil bazen de savaş esiri statüsü tanınmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Jean S. PICTET, *Commentary, III Geneva Convention, Relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, s. 48-57.

<sup>126</sup> Emily CRAWFORD; Allison PERT, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 97.



faýdalanırlar.<sup>127</sup> Yakalandıklarında savaş esiri muamelesi görmezler.<sup>128</sup> Ancak görevlerini sürdürmek üzere düşman kuvvetlerce muhafaza edilebilirler, bu sürede savaş esirlerine uygulanan koruma rejiminin avantajları bunlara da uygulanır.<sup>129</sup> Bu kişilere saldırılamaz, bunlar da çatışmalara katılamaz.<sup>130</sup> Katılırlarsa bu statülerini kaybederler.<sup>131</sup> Savařan tarafların ulusal Kızılhaç, Kızılay ya da benzeri yardım kuruluşlarının sağlık görevlileri ve araçları da bu korumadan faydalanır.<sup>132</sup>

Cenevre Sözleşmeleri, savaş ya da silahlı çatışmalar durumunda sivil hava araçları ve sıhhi hava araçlarına ve bunların mürettebatına genel bir koruma getirmekle birlikte savaş şartlarının öngörülemezliği nedeniyle bu kuralların uygulanabilmesi hem bu araçların doğrudan çatışmalarda yer almamasına, hem de tarafların askeri gereklilik konusundaki takdirlerine bağlıdır.

## SONUÇ

Uluslararası hukukta sivil ya da devlet hava aracının kesin bir tanımı yoktur. Bu durum devletler arasında potansiyel bir uyuşmazlık konusudur. Zira bir devlet, sivil hava aracı siciline tescil edilmiş, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan ve bu kişilerce işletilen bir hava aracının devlet hava aracı olduğunu iddia edebilir. Diğer devletlerin ise bu tür bir hava aracına devlet hava araçlarına uygulanan hukuk kurallarını uygulama zorunluluğu yoktur.<sup>133</sup> Bu nedenle hava seyrüseferinin güvenliğini sağlayabilmek için sivil ve devlet hava araçlarını bir arada düzenleyen uluslararası hukuk kurallarına ihtiyaç vardır. Ancak mevcut uluslararası düzenlemeler esas olarak sivil hava araçları ve bunların işletilmesi meselesiyle ilgilendirken havacılıkla ilgili uluslararası örgütlerin yetkileri de yalnızca sivil havacılığa ilişkindir.<sup>134</sup>

<sup>127</sup> 1949/I. Sözleşme, md. 19, 24, 35, 36; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi, (1949/II Sözleşme), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 1949, 75 UNTS 85 (No. 971), md. 22, 27, 36, 37.; Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1949, 75 UNTS 287 (No. 973) (1949/IV. Sözleşme) md. 18, 20, 22; 1977/I. Protokol, md. 8, 12, 15. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerin çevirisi için bkz. Melike BATUR YAMANER; A. Emre ÖKTEM; Bleda KURTDARCAN; Mehmet C. UZUN, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2009.

<sup>128</sup> 1949/I. Sözleşme, md. 28/1; 1949/ II Sözleşme, md. 33/1.

<sup>129</sup> 1949/ I. Sözleşme, md. 28/2; 1949 II. Sözleşme md. 37/3; 1949/ III. Sözleşme, md. 33/1.

<sup>130</sup> 1949/I. Sözleşme, md. 24; 1949/ II Sözleşme, md. 36, 37; 1949/IV. Sözleşme, md. 18, 20-22, 1977/ I. Protokol, md. 15.

<sup>131</sup> 1949 I. Sözleşme, md. 21; 1949 II. Sözleşme, md. 34; 1949 IV. Sözleşme, md. 19; 1977 I. Protokol, md. 13, 23.

<sup>132</sup> 1949/ I. Sözleşme, md. 24, 26; 1977/I. Protokol, md. 8/c.

<sup>133</sup> HENDERSON; KEANE, 2016, s. 283.

<sup>134</sup> MILDE, 2008, s. 61.

Sivil hava araçları ve devlet hava araçlarının, bunlar arasında özellikle askeri olanların, işletilmesi arasındaki en temel fark aynı hava sahasını paylaşmak zorunda olsalar da tabii oldukları prosedürlerin farklılığıdır. Askeri havacılık, askeri hava araçlarıyla yürütülen faaliyetlerden oluşur. Dolayısıyla askeri havacılık, hava aracının savaşın yürütülmesi amacıyla kullanılmasından yola çıkılarak tespit edilebilir. Bu amaç içinde askeri personelin ve askeri faaliyetlerde kullanılan yükün taşınması da girer. Sivil hava aracı önceden belirlenmiş rotalar ve hava aracının türü ve yürütülen trafiğin çeşidine göre farklılaşan ticari uçuş kodlarını kullanırken, askeri hava aracı genellikle önceden belirlenmemiş rotalarda ve belirli bir durumun ortaya çıkmasıyla hareket eder.<sup>135</sup> Sivil ve Askeri İşbirliğine İlişkin Global Hava Trafik Yönetimi Forumunda, ICAO, bütüncül bir hava trafik sisteminin oluşturulması konusunda tavsiyelerde bulunmuş, sivil ve askeri havacılık arasında daha yakın bir işbirliğinin, hava sahasının en elverişli biçimde kullanımını sağlayacağını ve devletlerin, askeri ve sivil havacılığa ilişkin ihtiyaçlarının dengelenmesine yardımcı olacağını ifade etmiştir.<sup>136</sup> Şikago Sözleşmesi'nin 3/d ve 4. maddelerinde devletlerin sivil havacılığa saygı yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu çerçevede ICAO Genel Kurulunun çeşitli kararlarında, devletlerin, devlet hava araçlarına ilişkin düzenlemelerinde sivil havacılığı gözetme prensibi vurgulanmış, devletlere sivil ve askeri havacılığın koordinasyonu konusunda yükümlülükler getirilmiştir.<sup>137</sup> Bu kararlardan anlaşıldığı üzere sivil ve askeri havacılık arasında öncelik sivil havacılığa verilmiş, Şikago Sözleşmesi'nin 11 No'lu ekinde de sivil havacılığın, askeri havacılığın yürütülmesinden kaynaklanan risklerden korunması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>138</sup>

Şikago Sözleşmesinin 89. maddesinde savaş halinde, Sözleşme'nin uygulanmayabileceği ifade edilmektedir. Barış zamanında dokunulmazlık ve bağımsızlıklardan faydalanan askeri hava araçları, savaş durumunda bu statülerini kaybeder. Silahlı çatışmalar hukuku kurallarına göre sivil hava araçları korumalardan faydalanır. Ancak silahlı çatışmalar hukukunda hava araçlarına ilişkin farklı statüler yaratılsa da bunların devlet ya da sivil hava aracı nitelikleri Şikago Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

---

<sup>135</sup> ABEYRATNE, 2014, s. 59.

<sup>136</sup> ABEYRATNE, 2014, s. 63.

<sup>137</sup> ICAO, Assembly Resolution, A37-15, Appendix O, 2010, s. 24. Bkz.

[http://www.icao.int/Meetings/AMC/Assembly37/Documents/ProvisionalEdition/a37\\_res\\_prov\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/AMC/Assembly37/Documents/ProvisionalEdition/a37_res_prov_en.pdf)

(Erişim Tarihi: 08. 02. 2017); ICAO Assembly Resolution, A36-13, Appendix O, 2007, s. 35. Bkz. [http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/A36\\_res\\_prov\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/A36_res_prov_en.pdf)

(Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

<sup>138</sup> ABEYRATNE, 2014, s. 60.

ICAO'nun yukarıda açıklanan beklentilerini karşılayabilmek, sivil ve devlet hava aracı ayırımına ilişkin ölçütlerin açıklığa kavuşturulmasıyla mümkündür. Aynı şekilde devletlerin silahlı çatışmalar durumunda, sivil hava araçlarına saldırmama yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri, söz konusu ayırımın kesinleştirilmesine bağlıdır. Bu konuda Şikago Sözleşmesi'nin 3. maddesi ve ICAO kararları belirli ölçüde yol gösterici olsa da ayırma ilişkin muğlaklığı giderememiştir. Sorunun çözümü bakımından iki yol önerilebilir. Bunlardan ilki Şikago Sözleşmesi'nin 3. maddesinin tadili ve sivil ve devlet hava aracına ilişkin kapsamlı tanımların bu maddeye ilavesidir. Hava araçlarının sivil ve devlet niteliğine ilişkin unsurlar belirlenmeli ve askeri, gümrük ve zabıta hava araçları dışında kalan devlet hava araçlarının Sözleşme bakımından durumu yeniden ele alınmalıdır. Devlet hava araçlarına tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar da Sözleşme'de açıkça düzenlenmelidir. Ancak uluslararası anlaşmaların değiştirilmesi ve bu değişikliklerin yürürlüğe girmesi uzun yıllar alan prosedürleri gerektirir.<sup>139</sup> Dolayısıyla bu yaklaşım hava araçlarının ayırımına ilişkin sorunların kısa vadede çözümünü sağlamaktan uzaktır.

İkinci bir yol ise ICAO'nun 3. maddeye ilişkin özel bir yorum yapmasıdır. Örgüt, EUROCONTROL tarafından kabul edilen ilkeleri dikkate alarak tescil ve amaç çerçevesinde bir yaklaşım benimseyebileceği gibi tamamen somut verilerden yola çıkarak, yalnızca uçuşun niteliğine dayalı bir yorum da geliştirebilir. ICAO'nun kararlarının bağlayıcı olmamasının yorumun uygulanabilirliğini olumsuz etkileyeceği düşünülebilir ancak Örgütün almış olduğu kararlar, devletlerin havacılık konusundaki düzenleme ve uygulamaları bakımından her zaman belirleyici ve yol gösterici olmuştur. Bu şekilde hem barış hem savaş zamanında, sivil ve devlet hava araçlarının hak ve yükümlülükleri meselesi tespit edileceği gibi ulusal uygulamalardaki farklılıklar da giderilmiş olacaktır.

\*\*\*\*

---

<sup>139</sup> DE OLIVEIRA, 2016, s. 343.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar/Makaleler

AKİPEK, Ömer İlhan, *Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.

ABEYRATNE, Ruwantissa, "Legal Issues of the Snowden Case: State Aircraft vs. Civil Aircraft", 62 (4) *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 2013, 648-657.

ABEYRATNE Ruwantissa, *Convention on International Civil Aviation: A Commentary*, Springer, Heidelberg, New York, 2014.

BATIR, Kerem, *Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk*, USAK Yayınları, Ankara, 2011.

BATUR YAMANER, Melike; ÖKTEM, A. Emre; KURTDARCAN, Bleda; UZUN, Mehmet C., *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2009.

BİLSEL Cemil, *Milletlerarası Hava Hukuku, Cilt I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1948.

BLAKE, Duncan P; HANDERSON, Ian S., "Military Use of Sivil Registered Aircraft", 36 *Annals of Air and Space Law*, 2011, 133-167.

BOURBONNIERE Michel; HAECK Louis, "Military Aircraft and International Law", 66 (3) *Journal of Air Law and Commerce*, 2000-2001, 885-979.

CHENG, Bin, "State Ships and State Aircraft", 2 *Current Legal Problems*, 1958, 225-257.

COOPER, John, C., "National Status of Aircraft", 17 (3) *Journal of Air Law and Commerce*, 1950, 292-316.

CRAWFORD, Emily; PERT, Allison, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

DE OLIVEIRA Ricardo, "The Distinction Between Civil and State Aircraft: Does the Current Legal Framework Provide Sufficient Clarity of Law with Regard to Civil and State Aircraft in Relation to Aviation Practicalities?" 41 (4,5) *Air and Space Law*, 2016, 329-344.

GEISER, Eric Edward, "The Fog of Peace: The Use of Weapons Against Aircraft in Flight During Peacetime", 4 *Journal of International Legal Studies*, 1998, 187-240.

GÖKNİL, Mazhar Nedim, *Hava Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.

GRIEF, Nicholas, *Public International Law in the Airspace on the High Seas*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1994.

GÜNEL Reşat Volkan, *Uluslararası Havacılık Hukuku*, Beta, İstanbul, 2010.

GÜNEYSU, Gökhan, "Askeri Gereklik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", 4 *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, 91-108.

HENDERSON, Ian; KEANE, Patrick, "Air and Missile Warfare", in Rain Livoja and Tim McCormack eds., *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge, New York, 2016, 282-299.

HONIG, Jean Piet, *The Legal Status of Aircraft*, Martinus Nijhoff, 1956.

HORNIK Jiri, "Article 3 of the Chicago Convention", 26 *Annals of Air and Space Law*, 2001, 109-142.

KAHRAMAN, Azime Ayça, *Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı*, Adalet, Ankara, 2016.

MILDE, Michael, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.

ÖZMAN, Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, Temel Matbaası, İstanbul, 1984.

PICTET, Jean S., *Commentary, III Geneva Convention, Relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960.

ROBERTS Adam; GUELFF Richard, *Documents on the Laws of War*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2000.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2008.

SİRMEN, Kazım Sedat, *Hava Araçlarının Tabiiyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2003.

SORGUCU Ayhan, *Hava ve Uzay Hukuku*, Adalet, Ankara, 2014.

WILLIAMS, Andrew, "The Interception of Civil Aircraft Over the High Seas in Global War on Terror", 60 *Air Force Law Review*, 2007, 73-152.

WOUTERS, Jan; VERHOVEN, Sten, "State Aircraft", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, 1-6.

## ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, 1977, 1125 UNTS 3 (No. 17512)

Açık Denizlere İlişkin 1958 Cenevre Sözleşmesi, *Convention on the High Seas*, 1958, 450 UNTS 11 (No. 6465)

Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 1949, 75 UNTS 85 (No. 971)

Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2005, 44 ILM 803.

Hava Seyrüseferinin Tazimi Hakkında Sözleşme, *Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation*, 1919, 11 LNTS 173 (No. 297)

Hava Yoluyla Uluslararası Taşımaya İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi, *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 1929, 137 LNTS 11 (No. 3145)

Hava Araçlarındaki Haklara İlişkin Uluslararası Tanıma Sözleşmesi, *Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft*, 1948, 310 UNTS 141 (No. 4492)

Hava Yoluyla Uluslararası Taşımaya İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi'ni Tadil Eden La Haye Protokolü, *Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929. Done at The Hague*, 1955, 478 UNTS 371 (No. 6943)

Hava Aracında İşlenen Suçlar ve Diğer Fillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi, *Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft*, 1963, 704 UNTS 219, (No. 10106)

Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Montreal Sözleşmesi, *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, 1999, 2242 UNTS 309 (No. 39917)

Savaş Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1949, 75 UNTS 31 (No. 970)

Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi, *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 1949, 75 UNTS 135 ( No. 972)

Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1949, 75 UNTS 287 (No. 973)

Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation* 1971, 974 UNTS 177 (No. 14118)

Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin La Haye Sözleşmesi, *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, 1970, 860 UNTS 105 (No. 12325)

Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi, *Convention on International Civil Aviation*, 1944, 15 UNTS 295 (No. 102)

Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi, *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 1961, 500 UNTS 95 (No. 7310)

Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi, *Vienna Convention on Consular Relations*, 1963, 596 UNTS 261 (No. 8638)

Yabancı Hava Aracı Tarafından Üçüncü Kişilere Yerde Verilen Zarara İlişkin Roma Andlaşması, *Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface*, 1952, 310 UNTS 181 (No. 4493)

## **ULUSLARARASI BELGELER**

Annex 2 to the Convention on International Civil Aviation, Rules of the Air, International Civil Aviation Organization, Tenth Edition, 2005.

Denizdeki Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Uluslararası Hukuk Kurallarına İlişkin San Remo Manueli, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 1994.

EUROCONTROL Decision of the Provisional Council, Session 11, 2001.

Hava ve Füze Savaşına Uygulanacak Uluslararası Hukuk Kurallarını Düzenleyen Harvard Manueli, *Manuel on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Bern, 15 May 2009, Programme on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard Universtiy.

Hava ve Füze Savaşına Uygulanacak Uluslararası Hukuk Kurallarını Düzenleyen Harvard Manueli Şerhi, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, 2010.

ICAO, Assembly Resolution, A36-13, Appendix O, 2007.

ICAO, Assembly Resolution, A33-1, Unlawful Interference, 2010.

ICAO, Assembly Resolution, A37-15, Appendix O, 2010.

Secretariat Study on “Civil/State Aircraft”, International Civil Aviation Organization, Legal Committee, 29th Session, 1994, ICAO Doc. LC/29-WP/2-1.

UN Security Council, *Security Council Resolution 1067*, [Sooting Down of Two Civil Aircraft on 24 February 1996], 26 July 1996, S/Res/1067 (1996)

UN Security Council, *Security Council Resolution 2166* [Letter from the Permanent Representative of Ukraine], 21 July 2014, S/RES/2166 (2014)

Working Paper on “State/Civil Aircraft Definition and Its Impact on Aviation”, *International Civil Aviation Organization*, Legal Committee, 36th Session, 2015, ICAO Doc. LC/36-WP/2-6, 2015.

#### **INTERNET KAYNAKLARI**

BBC haberleri için bkz. <http://www.bbc.com/news/world-europe-34511973> (Erişim Tarihi: 22.03.2017)

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları için bkz. <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions> (Erişim Tarihi: 22.03.2017)

EUROCONTROL dokümanları için bkz. <https://www.eurocontrol.int> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

Harvard Manueli ve Şerhi için bkz. <http://www.ihlresearch.org/amw> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

ICAO dokümanları için bkz. <http://www.icao.int> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

Max Planck Encyclopedia of Public International Law için bkz. [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (Erişim Tarihi: 05.04.2011)

Oxford Living Dictionaries için bkz. <https://en.oxforddictionaries.com> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)

San Remo Manueli için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/560?OpenDocument> (Erişim Tarihi: 08. 02. 2017)



# İSVİÇRE HUKUKU'NDAKİ DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞİNDA AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP KISITLININ MİRASBIRAKAN SIFATIYLA MİRAS SÖZLEŞMESİ YAPABİLMESİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

*In The Light of the Changes to the Swiss Law Considerations on the Ward Who Has Power of Discernment and His Ability to Draw up an Inheritance Contract as Legator*

**Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 27.01.2017

Kabul Tarihi: 29.05.2017

## ÖZET

Miras sözleşmesi, mirasbırakana bazı yönlerden yarar sağlayan güvenceli bir ölüme bağlı tasarruf şeklidir. Hukukumuzda, mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapabilmek için tam fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Önemli bir tasarruf biçiminin ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar tarafından yapılması kanun hükmüyle engellenmiştir. Ölüme bağlı tasarrufların açıklandığı iki yöntemden birinin önlenmiş olması, kısıtlılar yönünden ölüme bağlı tasarruflarda bulunma iradesini önemli ölçüde daraltır. Bu, resmi makamların müdahalesine karşı vesayet altına alınmış yetişkinin iradesine öncelik tanıyan yeni eğilimle uyuzmaz. Bu eğilimin etkisiyle, İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) miras sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin hükmünden "kısıtlı olmama" koşulu kaldırılmıştır. Hukukumuzda da bu yönde bir değişikliğin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Kısıtlı, vasiyetnameyle olduğu kadar, miras sözleşmesi aracılığıyla da kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindeki ölüme bağlı tasarruflarda bulunma hakkını kullanabilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip olunması koşuluyla kısıtlıların miras sözleşmesi yapmalarına imkân tanınmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Miras sözleşmesiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılıyor olması, aynı zamanda bağlayıcı olan bu sözleşmenin geçerliliğinin yasal temsilcinin rızasıyla sağlanmasına engel değildir. Vesayet sistemimizin irade serbestisini esas alacak biçimde yeniden yapılandırılması, kısıtlıların miras sözleşmesi yapmalarını sağlayacak yasal düzenlemenin de zeminini oluşturacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Miras Sözleşmesi, Ayırt Etme Gücü, Vesayet, Kısıtlı, Mirasbırakan, Yasal Temsilcinin Rızası,

## ABSTRACT

Inheritance contract, is a type of secured testamentary disposition for which the benefit of the legator. According to Turkey's legal system, someone who is able to form a contract as legator, should have full juridical capacity. Ward can't construct a substantial type of disposition because it is prohibited by the act of law. Top reventone of the methods of testamentary disposition, restricts the ward's will. This practice doesn't concur with the new tendency of the priority of the ward's will against intervention of the public authority. By the influence of this tendency, inheritance contractual capacity of the ward, reconstituted by the Swiss Civil Code. We need to transform our legal system in accordance with this implementation. Ward can exercise the right of testamentary disposition by inheritance contract as much as testament. Ward who has power of discernment can draw up an inheritance contract. There is no legal obstacle to that matter. Exercising a personal right by the inheritance contract doesn't obstacle the validity of the contract with the consent of the guardian. Reconstituting the warden ship system in Turkey, in accordance with free will, will be the basis of the legal regulation that provides the ward to draw up an inheritance contract.

**Keywords:** Inheritance Contract, Power of Discernment, Wardship, Ward, Legator, Consent of the Guardian

<sup>1</sup> Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hulyaatlan@beykent.edu.tr.

## GİRİŞ

Terekesi üzerinde tasarrufta bulunan kişi (müstakbel mirasbırakan)<sup>2</sup>, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kategorisinde yer alan ölüme bağlı tasarruf yapma hakkını<sup>3</sup> ister vasiyetnameyle, isterse miras sözleşmesi aracılığıyla kullanabilir. Bunun için, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) her iki ölüme bağlı tasarruf türü yönünden ayrı ayrı öngörmüş olduğu özel ehliyet koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan miras sözleşmesi yapma ehliyeti, tam fiil ehliyeti olarak belirlenmiştir (TMK m. 503). Böylece ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunmaları kanun hükmü ile engellenmiştir. Hâlbuki sadece vesayet altında olmak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasının önüne geçemez. Vesayet kurumunun böyle bir sonucu amaçladığından da söz edilemez. Tersine, vesayetin amacı ile iradi hareket serbestisinin karşı karşıya geldiği hallerde irade serbestisinin üstün tutulması gerekir<sup>4</sup>. Aksi halde, yardıma ihtiyacı olan yetişkinin<sup>5</sup> korunmasını amaç edinen vesayet kurumu, irade serbestisini cendere altında tutan bir kuruma dönüştürülmüş olur. Nitekim uluslararası alanda da serbest iradeye tam müdahalede bulunan klasik vesayet kurumuna bakışın, vesayet altındaki yetişkinin hukuki ehliyetine üstünlük tanıyan, somut olarak gerektirdiği ölçüde müdahaleyi kabul eden bir yetişkinleri koruma mekanizması lehine değişime uğradığı görülmektedir. Bu düzenlemelerden biri de 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme"dir (Convention on the International Protection of Adults). Sözleşmenin amacı, yetişkinlerin korunması gereği ile kendini idare edebilme hakkına ve onuruna saygı gösterilmesi yükümlülüğü arasındaki dengenin sağlanması olarak belirlenmiştir<sup>6</sup>. Uluslararası alandaki bu eğilim, aşağıda ayrıca üzerinde durulacağı gibi, vesayete ilişkin üçüncü kısmı "yetişkinlerin korunması" başlığıyla yeniden düzenlenen İsviçre Medeni Kanunu'nda da yansımaları bulur.

---

<sup>2</sup> Bundan sonra sadece mirasbırakan ifadesi kullanılacaktır.

<sup>3</sup> **Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, E. Regina, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 70-71; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 74; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 79.

<sup>4</sup> **Antalya**, O. Gökhan, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 183.

<sup>5</sup> Vesayet hukukunun, yerini yetişkinlerin korunması sistemine bıraktığı yeni eğilime uygun olarak "ergin" yerine "yetişkin" ifadesi (teknik olarak ergin teriminin kullanılmasının zorunlu olduğu haller dışında) tercih edilmiştir.

<sup>6</sup> **Sargin**, Fügen, "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 52, S. 2, s. 2 vd.. Sözleşme metni için bkz. [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah35\\_ing.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah35_ing.pdf), 7.1.2017.

Çalışma, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların miras sözleşmesi yapma olanağını bütünüyle engelleyen söz konusu yasal düzenlemenin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımıyla ilişkisinin, değişen vesayet anlayışıyla ne ölçüde bağdaştığının, İsviçre vesayet sisteminde gerçekleşen revizyonla karşılaştırmalı olarak incelenmesinden ve ülke hukukuna yönelik önerilerden oluşmaktadır.

## I. MİRAS SÖZLEŞMESİ YAPMA EHLİYETİ

### A. Genel Olarak

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin miras mukavelesi başlığını taşıyan 450. maddesi, miras sözleşmesi yapanın reşit olması koşulunu öngörmekteydi. Her ne kadar hükümde temyiz kudreti (ayırt etme gücü) ifadesi yer almasa da doktrinde, bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi miras sözleşmelerinde de temyiz kudretinin bulunması gerektiği şüphesiz kabul edilmekteydi<sup>7</sup>. Esas tartışma ise, sadece rüştten bahseden bu hükme göre, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların miras sözleşmesi yapma imkânının olup olmadığı hususunda toplanmakta idi. Bu tartışmaya aşağıda<sup>8</sup> yer verilecek olmakla birlikte belirtelim ki çoğunluğun kabul ettiği görüş, ayırt etme gücüne sahip olsa dahi kısıtlıların miras sözleşmesi yapamayacakları yönündeydi<sup>9</sup>. Mülga 743 sayılı Medeni Kanun'un yerine geçen TMK da miras sözleşmesi yapabilmek için kısıtlı bulunmama koşulunu fikir ayrılığına yer bırakmayacak biçimde öngörerek, çoğunluk görüşüne paralel bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten TMK m. 503'e göre, miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak; yani tam fil ehliyetine sahip olmak gerekir.

Yakın tarihe kadar, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda da miras sözleşmesinin ancak, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler tarafından yapılabileceği öngörülmekteydi. Miras sözleşmesi yapma ehliyetinin de içinde bulunduğu pek çok hükmü değişikliğe uğratan 1.1.2013 yürürlük tarihli yeni düzenlemeyle birlikte yetişkinlerin korunması alanında

---

<sup>7</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 140; **Dural**, Mustafa, *Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 53; **Oğuzman**, M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 100-101. **Öztrak**, İlhan, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1976, s. 37; **Köprülü**, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın İntikali (Geçmesi)*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 140.

<sup>8</sup> bkz. aşağıda, s. 7.

<sup>9</sup> **Öztrak**, s. 37; **Köprülü**, s. 140-141; **Eren**, Fikret, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1966, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu*, s. 141; **Dural**, s. 62.

önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir<sup>10</sup>. İsviçre Medeni Kanunu'nun vesayet ilişkin hükümleri yeni baştan düzenlenmiş, vesayet kurumunun işlevine yönelik bakış açısı önemli ölçüde değişmiştir. Resmi önlemler daha sınırlı bir alana hasredilmeye çalışılmış, kişinin kendi çevresi tarafından desteklenip korunması düşüncesi güçlendirilmek istenmiştir<sup>11</sup>. Bu revizyona paralel olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun diğer hükümlerinde de birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri de tam fiil ehliyetinin koşullarını düzenleyen ZGB Art. 13'tür. Buna göre, ayırt etme gücü olan ergin kişiler tam fiil ehliyetine sahiptir. Hükmün önceki hali, on sekiz yaşını tamamlamış ve kısıtlı olmayan kişileri niteleyen "mündig" ifadesine yer verirken yeni düzenleme, ergin olma anlamındaki "volljährig" ifadesini kullanmıştır<sup>12</sup>. Bu, vesayet sisteminin klasik işlevinden uzaklaşmasının bir sonucudur. Gerçekten yeni düzenlemede, yetişkinleri koruma makamının alabileceği tedbirler arasında vasilik ve yasal danışmanlık kurumları bulunmamaktadır. Bunun yerine, farklı ağırlıkları olan çeşitli kayımlık türleri öngörülmüştür<sup>13</sup>.

Revizyon, fiil ehliyetine paralel olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini de etkilemiştir. Değişiklikten önce, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin miras sözleşmesi yapma ehliyeti yönünden ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmama koşullarının gerçekleşmesi gerekmekteydi. Revizyonla birlikte miras sözleşmesi yapabilmek için, ayırt etme gücüne sahip ve on sekiz yaşını doldurmuş olmak yeterli olacaktır (ZGB Art. 468/1). Vasiyetname yapma ehliyetiyle uyumlu olan bu düzenlemeyle birlikte (ZGB Art. 467)<sup>14</sup> kısıtlıların (aşağıda açıklanacağı üzere İsviçre Hukuku'ndaki yeni düzenlemede kendisine "kapsamlı kayyım" atanmış kişilerin) dahi miras sözleşmesi yapabilmelerinin önü açılmış oldu. Fakat bunun için ayrıca "yasal temsilcinin rızası" şarttır (ZGB Art. 468/2).

Mirasbırakan yönünden miras sözleşmesi yapma ehliyetinin bulunması gerekmele birlikte, bazı hallerde bu ehliyet için niteliği gereği sınırlanabilir. Her şeyden önce miras sözleşmesi yapabilmek için aranan koşullar, miras

---

<sup>10</sup> 19.12.2008 yılında yapılan söz konusu değişiklik, 1.1.2013'te yürürlüğe girmiştir. Değişik kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2011/725.pdf> (22.11.2016).

<sup>11</sup> **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 92 vd..

<sup>12</sup> **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 45. Ayrıca bkz. Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2010, s. 156 vd..

<sup>13</sup> Söz konusu kayımlık türleri için bkz. aşağıda, s. 8 vd.. Ayrıca bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 351.

<sup>14</sup> **Breitschmid**, Peter, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 468, s. 52; **Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexandra, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Fountoulakis, Christiana/Affolter-Fringeli, Kurt/Biderbost, Yvo/Steck, Daniel, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 972.

sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine ilişkindir. Yoksa sözleşmenin bağlayıcı olmayan (tek taraflı) içeriği yönünden aynı ehliyet koşulları aranmaz. Bunun için vasiyetname yapma ehliyeti yeterlidir<sup>15</sup>. Şu halde, mirasçılıktan çıkarma, vasiyetnamenin geri alınması gibi miras sözleşmesinin tek taraflı içeriği yönünden mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyeti yeterli olacaktır. Mirasçı atama, vasiyet, yedek-art mirasçı atama gibi tasarruflar ise miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olup, mirasbırakan bunları tek taraflı olarak geri alamaz. Çünkü bu halde karşı tarafın hukuken korunması gereken bir güveni, çıkarı söz konusu olur. Ancak miras sözleşmesinin bağlayıcılığı da bu tasarrufların serbestçe geri alınamamasıyla sınırlıdır. Yoksa mirasbırakan bununla sağlığında gerçek bir borç altına girmez<sup>16</sup>. Diğer taraftan, miras sözleşmesinin sağlararası hukuki işlemlere ilişkin düzenlemeleri yönünden mirasbırakan için aranacak ehliyet, genel ehliyet olacaktır<sup>17</sup>.

## B. Koşulları

### 1. Ayırt Etme Gücü

Ölüme bağlı kararlar, çoğu zaman ileri bir yaşta (genç yaşta olsa bile ölüm anına yakın bir zamanda) alındığı için, miras hukuku yönünden yaş ve buna bağlı olarak gelişen yoksunlukların ayırt etme gücüne ve tasarruf ehliyetine etkisinin incelenmesi ayrı bir önem taşır<sup>18</sup>. Özellikle beklenen yaşam süresinin ve buna paralel olarak görülen hastalıkların (Alzheimer gibi) artması, ileri yaşlarda yapılan ölüme bağlı tasarruflar yönünden ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde pek çok problemle karşılaşılmasına yol açabilir<sup>19</sup>. Mirasbırakanın çoğu zaman ileri yaşta olması, fiziksel veya psikolojik bir yük altında hissetmesi, bir yandan ölüme bağlı tasarrufların daha titiz incelenmesini gerektirirken, diğer taraftan aynı nedenlerle ayrıntılı bir tahlili kabul etmez<sup>20</sup>. Bu anlamda, göreceli olan ayırt etme gücünün varlığı somut durumun özelliğine, hukuki işlemin niteliğine göre değerlendirilecek

---

<sup>15</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 983; **Dural**, s. 67. İsviçre Hukuku yönünden bu hallerde, kısıtlı mirasbırakan yönünden yasal temsilcinin rızasına gerek yoktur (**Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 983).

<sup>16</sup> **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 288 vd..

<sup>17</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 983 vd.; **Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexandra, Vorbemerkungen zum Erbrecht, Art. 468, 492a/531, 544, 553 und 554 ZGB in: FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Art. 468, s. 1156 vd..

<sup>18</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 55. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bir kararında açıkça vurguladığı gibi, mirasbırakanın ileri bir yaşta olması, başlı başına tasarruf ehliyetine engel bir durum olarak değerlendirilemez (BGer, 5A\_18/2012, **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 55).

<sup>19</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 55.

<sup>20</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 974.

olmakla birlikte<sup>21</sup>, bunun ölüme bağlı tasarrufun içeriğinden yola çıkılarak belirlenmesine temkinli yaklaşılmalıdır<sup>22</sup>. Zira mirasbırakanın irade serbestisi karşısında gerçek anlamda bir içerik kontrolünün yapılmasından söz edilemez<sup>23</sup>. İlgili tasarrufun makul ve amaca uygun olması ile ayırt etme gücünün varlığı arasında doğrudan bağlantı kurularak sonuca varılamaz. Makul olmadığı çok açık olan bir tasarrufta ayırt etme gücünün varlığı tereddüt uyandırabilirse de<sup>24</sup> mirasbırakana ait karakteristik farklılıklar, alışılmadık özellikler, ayırt etme gücünden şüphe etmek için yeterli olmaz<sup>25</sup>.

Miras sözleşmesi yönünden ayırt etme gücünün varlığı araştırılırken iki hususa dikkat edilmelidir. İlk olarak mirasbırakan, bir miras sözleşmesi yapmanın anlamını, amacını ve bunun etkilerinin ne olacağını anlayabilecek durumda olmalıdır. İkinci olarak mirasbırakan, akla uygun olarak serbest iradesiyle hareket etmeli, olası yabancı bir iradenin etkisine normal bir biçimde karşı koymalı, kendi iradesini hakim kılabilmelidir. Birincisi iradenin oluşumu, ikincisi ise iradenin uygulanması yeteneğine ilişkindir<sup>26</sup>. Ayırt etme gücünü oluşturan her iki yeteneğin de sözleşmenin yapıldığı anda olması gerekir. Miras sözleşmesinde görüşme aşaması (son arzuların bildirildiği aşama) ve sözleşmenin noter tarafından düzenlendiği aşama zamansal olarak birbirini takip ettiğinden, ayırt etme gücü her iki aşamada da bulunmalıdır<sup>27</sup>.

İsviçre hukuk uygulamasında ve doktrinin bir kısmında kabul gören bir görüş, iradenin oluşumunda ayırt etme gücünün varlığı yönünden, ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin ve hukuki etkisinin kolayca tespit edilip edilememesine göre basit ve karmaşık ölüme bağlı tasarruf ayırımı yapmaktadır. Buna göre; vasiyet düzenleme, basit paylaşım kuralları öngörme, saklı payları öngörme, intifa hakkı tanıma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, küçük bir malvarlığına ilişkin tasarruflar, *basit* ölüme bağlı tasarruflar arasında sayılabilir. Mirasçılıktan çıkarma, yasal mirasçılar arasında ayırım yaratan işlemler, koşul ve yüklemle öngörme, art mirasçı atama, karmaşık bir denkleştirme yükümüyle farklı bir paylaşım kuralı öngörme, karmaşık nitelikteki bir malvarlığına ait

---

<sup>21</sup> **Bucher**, Andreas, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, s. 15; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 54; **Helvacı**, Serap, *Gerçek Kişiler*, 4. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 56; **Dural/Öğüz**, s. 56; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 56 vd..

<sup>22</sup> **Eitel/Zeiter**, *Fachhandbuch*, s. 977.

<sup>23</sup> **Breitschmid**, *Basler Kommentar*, s. 55.

<sup>24</sup> **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Schulthess Verlag, Zürich, 2009, s. 641.

<sup>25</sup> **Breitschmid**, *Basler Kommentar*, s. 55.

<sup>26</sup> **Eitel/Zeiter**, *Fachhandbuch*, s. 973.

<sup>27</sup> **Breitschmid**, *Basler Kommentar*, s. 56; **Eitel/Zeiter**, *Fachhandbuch*, s. 973. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGer, 5A\_12/2009, 25.3.2009, E. 4, [http://servat.unibe.ch/dfr/bger/090325\\_5A\\_12-2009.html](http://servat.unibe.ch/dfr/bger/090325_5A_12-2009.html), 6.12.2016.

tasarruflar, girift aile yapısına (Patchwork aileler gibi) ilişkin tasarruflar, birden fazla hukuk düzeninin uygulanmasını gerektiren olaya ilişkin tasarruflar ise, *karmaşık* ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilir. Böylece basit ölüme bağlı tasarruflarda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilen mirasbırakanın, karmaşık ölüme bağlı tasarruflar yönünden ayırt etme gücünün bulunmadığı sonucuna varılabilir. Yine de söz konusu ayırım yapılırken, somut olayın koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesi, genellemelerden kaçınılması gerekir<sup>28</sup>. Somut olarak yapılan hukuki işlemin zorluğu, önemi, alınan kararın nedenlerinin kompleks yapısı, ayırt etme gücünün her defasında değerlendirilmesini gerektirir<sup>29</sup>.

Yukarıdaki ayırıma göre farklı zorluk derecesinde olan birden fazla tasarrufun (hem basit hem karmaşık) aynı miras sözleşmesinin içerisinde yer alması mümkündür. Bu halde, ayırt etme gücünün olup olmadığını işlemin bütünü yönünden değerlendirmek yerine, ölüme bağlı tasarruf ehliyetini kademeli olarak göz önünde bulundurmak, ayırt etme gücünün göreceliği göz önünde bulundurulduğunda daha isabetli olacaktır. Şu halde, mirasbırakanın, basit ölüme bağlı tasarruflar yönünden ayırt etme gücüne sahip olduğu, karmaşık tasarruflar yönünden ise ayırt etme gücünün olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Böylece miras sözleşmesini kısmen ayakta tutmak mümkün hale gelir. Ancak bu sonuca ulaşabilmesi için, geçerli tasarrufların, geçersiz tasarruflar olmaksızın yürürlükte kalıp kalmayacağını; mirasbırakanın, bunu bilseydi geçerli kısmın tek başına yürürlükte kalmasını isteyip istemeyeceğinin araştırılması gerekir<sup>30</sup>.

İradenin uygulanmasında ayırt etme gücünün varlığı yönünden ise özellikle, doktor, bakıcı, yasal danışman, avukat gibi güvenilir kişiler lehine yapılan kazandırmalar şüphe uyandırabilir. Güven ilişkisinin bir bağımlılık ilişkisine dönüşmesi ve bunun lehtar tarafından kötüye kullanılması tehlikesiyle karşılaşılabilir. Bu gibi hallerde, ölüme tasarrufta bulunan kişinin özgür iradesiyle mi, yoksa yabancı bir iradenin etkisi altında mı hareket ettiği, ayırt etme gücünün tespitinde belirleyici öneme sahiptir<sup>31</sup>.

İspat konusunda, ayırt etme gücünün varlığını - sürekli yoksunluk söz konusu değilse - karine kabul eden genel kurala<sup>32</sup> burada da uyulur. Başka bir ifadeyle, mirasbırakanın ayırt etme gücünün olmadığını iddia eden bunu ispatla

---

<sup>28</sup> Eitel/Zeiter, Fachhandbuch, s. 974 vd..

<sup>29</sup> Eitel/Zeiter, Fachhandbuch, s. 975.

<sup>30</sup> Breitschmid, Basler Kommentar, s. 57, N. 13; Eitel/Zeiter, Fachhandbuch, s. 976.

<sup>31</sup> Eitel/Zeiter, Fachhandbuch, s. 976. Bu konuda temkinli olan İsviçre Federal Mahkemesi, sadece istisnai durumlarda ayırt etme gücünün olmadığını hükmetmektedir (bkz. BGer, 5A\_748/2008, 16.3.2009, [http://servat.unibe.ch/dfr/bger/090316\\_5A\\_748-2008.html](http://servat.unibe.ch/dfr/bger/090316_5A_748-2008.html), 8.12.2016).

<sup>32</sup> Hausheer/Aebi-Müller, s. 56; Bucher, s. 17; Dural/Öğüz, s. 57; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 59; Helvacı, s. 58-59.



yükümlü olur<sup>33</sup>. Böyle olmakla birlikte, ölüme bağlı tasarrufların genelde ileri bir yaşta yapıldığı gerçeği karşısında, ispat yükünün genel hayat deneyimlerine göre tersine dönmesine yol açıp açmayacağı üzerinde durulabilir. Hemen belirtelim ki; sıradan bir hastalık, geçici zihin bulanıklığı, nadir görülen dalgınlıklar, yaşlılıktan kaynaklanan unutkanlık, ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli değildir. Buna karşılık, mirasbırakanın uzun zamandan beri önemli bir rahatsızlığının olduğu; yaşlılık bunamasında olduğu gibi, yaşa ve hastalığa bağlı ruhsal bozulmanın süreklilik arz ettiği ve açıkça görüldüğü hallerde ispat yükünün yer değiştirmesinin kabulü gerekir<sup>34</sup>. Diğer taraftan, mirasbırakan hakkında vesayet önlemlerinden birinin alınmış olmasının, ayırt etme gücünün yokluğuna karine oluşturamayacağı açıktır. Burada olsa olsa, somut olarak alınmış olan önlemin, ispat ölçüsüne etki etmesinden söz edilebilir<sup>35</sup>.

Ayırt etme gücü konusunda sonradan ileri sürülebilecek iddiaların ispatı zor olsa da resmi memurun ayırt etme gücünün varlığına ikna olma zorunluluğu (Noterlik Kanunu m. 72/3), tanıkların ayırt etme gücünün varlığına tanıklık etmeleri, miras sözleşmeleri yönünden bu zorluğu hafifletir. Elbette bu, sözleşmenin yapıldığı anda mirasbırakanın ayırt etme gücünün bulunduğu konusunda kesin bir delil oluşturmaz. Uygulamada resmi memurun, ancak ayırt etme gücünün bulunmadığının açık olduğu hallerde sözleşmenin yapılmasını reddetmesi, tanıkların mirasbırakanı gerçekten tanıyıp tanımadıklarının tespit edilememesi gibi olgular da bu sonuca ulaşılmasını destekler<sup>36</sup>. Bu nedenle, miras sözleşmesinin ehliyet yönünden geçersizliğine ilişkin davada hakim, tanıkların veya resmi makamın beyanlarıyla bağlı olmaz<sup>37</sup>. Daha baştan, miras sözleşmesi yapılırken, mini mental durum testi uygulanması, doktor raporu alınması veya en azından tıbbi eğitimi olan bir kişinin miras sözleşmesinin yapılmasına katılmasıyla bu konuda doğabilecek uyuşmazlıkların önlenilebileceği önerisinde bulunmaktadır<sup>38</sup>.

## 2. Erginlik

Kural olarak on sekiz yaşın doldurulmasıyla kazanılan erginlik, evlenmeyle veya mahkeme kararıyla da sağlanabilir (TMK m. 11, 12). Miras sözleşmesi yapma ehliyeti yönünden, erginliğin kazanılma biçiminin bir önemi yoktur<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 56, N. 12; **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1160, N. 20.

<sup>34</sup> **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1160, N. 20.

<sup>35</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 977. Benzer biçimde bkz. **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 56, N. 12.

<sup>36</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 977.

<sup>37</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 56-57.

<sup>38</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 977.

<sup>39</sup> **Serozan/Engin**, s. 320; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 130; İmre, **Zahit/Erman**, Hasan, Miras Hukuku, 10. Basım, Der Yayınları, İstanbul,



Kanunun lafzına rağmen on sekiz yaş kavramını geniş yorumlayan bir görüş, on sekiz yaşına girilmesiyle erginliğin kazanılacağını kabul etmektedir<sup>40</sup>.

### 3. Kısıtlı Olmama

Yukarıda belirtildiği üzere 743 sayılı mülga Medeni Kanun, miras sözleşmesi yapma ehliyeti yönünden sadece “rüşt” koşulunu öngörmüş olmasına karşın doktrindeki çoğunluk görüş, kısıtlıların miras sözleşmesi yapamayacakları yönündeydi. Buna göre, ölüme bağlı bir yükümlülük getirmesi nedeniyle kısıtlının tek başına yapamayacağı miras sözleşmesi, aynı zamanda şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımına ilişkin olduğundan, yasal temsilcinin rızasıyla da yapılamaz<sup>41</sup>. Mülga Medeni Kanun’un 406. maddesinin 5. bendinde sulh ve asliye mahkemelerinin iznine bağlı işlemler arasında miras sözleşmesine yer verilmiş olması da bu görüş aleyhine değerlendirilmemiştir. Bu hükmün, sadece terekesi üzerinde tasarrufta bulunmayan karşı taraf için uygulanabileceği kabul edilmekteydi<sup>42</sup>. Buna karşılık, mülga Medeni Kanun m. 406/1 b. 5 hükmünün, miras sözleşmesinin tarafları yönünden bir ayırım yapmadığı, yasal temsilcinin rızasının arandığı her durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kuralının ihlal edilmiş sayılamayacağı gerekçelerinden hareket eden karşıt bir görüş de ileri sürülmüştür. Buna göre yasal temsilcinin rızası, işleme geçerlilik kazandırmayı sağlar. Yoksa yasal temsilcinin, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının yerini alması söz konusu değildir. Kaldı ki sadece miras sözleşmelerine özgü olmayan bu durumla, nişanlanma, evlenme, mahkeme kararıyla ergin kılınma talebi, evlat edinme, adın değiştirilmesi gibi hallerde de karşılaşılar. Ayrıca miras sözleşmesinde, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin özel olarak korunması gereği bulunmadığı gibi, hakkın kullanılmasında kişiye bağlılık da çok sıkı değildir<sup>43</sup>.

743 sayılı mülga Medeni Kanun’un yaratmış olduğu yukarıdaki fikir ayrılığı, TMK’nın tam fil ehliyetini arayan açık hükmüyle sonlanmıştır. Bu yasal düzenleme karşısında kısıtlıların miras sözleşmesi yapamayacakları ne derece açıksa, bu haktan yoksun bırakılmış olmalarının eşitlik ilkesine aykırı birtakım sonuçlar doğuracağı da bir o kadar ortadadır. Ölüme bağlı tasarruflarını sadece vasiyetname yoluyla açıklamaya zorlanan kısıtlı, vasiyetnameye göre miras sözleşmesinin mirasbırakana sağlayabileceği birtakım yararlardan yoksun

---

2014, s. 68; **Turan**, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 39, dn. 136; **Dural**, s. 57; **Köprülü**, s. 140, dn. 29.

<sup>40</sup> **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1161, N. 21.

<sup>41</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 141; **Köprülü**, s. 140-141. Benzer gerekçelendirme için bkz. Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 164; **Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2002, s. 74.

<sup>42</sup> **Eren**, s. 25; **Dural**, s. 62; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 141; **Köprülü**, s. 141-142.

<sup>43</sup> **Antalya**, s. 183.

bırakılmış olur. Hâlbuki kısıtlı mirasbırakan da sözgelimi ivazlı olumlu miras sözleşmesiyle karşı taraftan sağlararası bir karşılık elde edebilirdi. Özellikle, karşı tarafın ölünceye kadar bakma<sup>44</sup>, hayat boyu irat ödeme<sup>45</sup> taahhüdü altına girmesi, mirasbırakana önemli bir çıkar sağlama olanağı tanırdı. Bundan başka kısıtlı mirasbırakan, saklı payından feragat etmek isteyen müstakbel mirasçısıyla mirastan feragat sözleşmesi yaparak tasarruf oranını artırabilirdi. Böylece, kısıtlı olsa da mirasbırakanın terekesi üzerinde daha çok söz sahibi olmasına imkân tanınarak, iradi mirasçılığı ön planda tutma amacına hizmet edilmiş olurdu. Keza kısıtlı eşlerin birbirleri lehine sağlararası ve ölüme bağlı kazandırmaları karşılıklı olarak, bağlayıcı bir hukuki işlemle yapabilmeleri<sup>46</sup>; çocukları lehine birbirlerinin mirasından feragat edebilmeleri<sup>47</sup> olanaklı hale gelirdi. Kısıtlı olanlarla olmayan kişiler arasında kanun hükmüyle yaratılmış olan eşitliğe aykırı bu durumun aslında sağlam bir hukuki dayanağının da olmadığı üzerinde aşağıda durulacaktır.

## II. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP KISITLININ MİRASBIRAKAN SIFATIYLA MİRAS SÖZLEŞMESİ YAPMA OLANAĞI

### A. İsviçre Hukuku'ndaki Güncel Durum

Vesayet hukukunda gerçekleşen revizyonla birlikte, İsviçre Hukuku'nda miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak ve on sekiz yaşını doldurmak yeterli olduğundan, haklarında vesayet önlemi alınmış olan kişilerin de mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapabilmeleri olanaklı kılınmıştır (ZGB Art. 468/1). Bunun nedeni de yukarıda belirtildiği üzere, vesayet hukukunun katı kuralları yerine, korunmaya muhtaç yetişkinlerin iradelerine üstünlük tanıyan yeni eğilimde aranmalıdır. Söz konusu revizyonla birlikte, alınabilecek vesayet önlemleri kayyımlik çatısı altında birleştirilmiş

---

<sup>44</sup> İvazlı olumlu miras sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafı, daha çok ölünceye kadar bakma taahhüdü altına girmektedir (İmre/Erman, s. 186; Serozan/Engin, s. 282).

<sup>45</sup> İmre/Erman, s. 186-187. Böylece, sözgelimi oturduğu evden başka bir malvarlığı değeri olmayan mirasbırakan, geçimi için kendisine belirli aralıklarla irat ödenmesine karşılık, irat yükümlüsüne evini vasiyet etme olanağını elde eder.

<sup>46</sup> Alman Medeni Kanunu'na (BGB) göre mirasbırakanın miras sözleşmesi yapabilmesi için işlem ehliyetinin sınırlandırılmamış olması gerekir (BGB §2275/1). Bunun için mirasbırakanın on sekiz yaşını doldurmuş olması şarttır. Hükmün istisnası aynı paragrafta düzenlenmiştir. Buna göre, yasal temsilcisinin rızasının bulunması koşuluyla, işlem ehliyeti sınırlandırılmış bir kişi eşiyile miras sözleşmesi yapabilir (BGB §2275/2). Ancak hükme göre yasal temsilci vasi ise, ayrıca vesayet makamı olarak aile mahkemesinin izninin veya onayının da bulunması gerekir. Hüküm, nişanlılar yönünden de uygulama alanı bulur (BGB §2275/3). Bu konuda bkz. **Harder**, Manfred/**Kroppenberg**, Inge, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl., Luchterhand Verlag, 2002, s. 48,56; **Lange**, Heinrich/**Kuchinke**, Kurt, Erbrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2001, s. 350; **Musielak**, Hans-Joachim, Münchener Kommentar BGB § 2275, 2017, Rn. 1 vd., <https://beck-online.beck.de>, 23.05.2017.

<sup>47</sup> Bu feragat türüyle sıkça karşılaşıldığı konusunda bkz. **Serozan/Engin**, s. 443.

ve farklı içeriklere sahip kayyım türleri öngörülmüştür. Refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, malvarlığının yönetimine ilişkin temsil kayyımlığı, katılım kayyımlığı ve kapsamlı kayyım olarak adlandırılan bu kayyım türlerinden refakat, temsil ve katılım kayyımlarının birbirleriyle kombine edilebilecekleri öngörülmüştür (ZGB Art. 397)<sup>48</sup>. Bu kayyım türlerinin fiil ehliyetine etkisi de birbirinden farklıdır. Klasik anlamıyla (dar anlamda) vesayet kavramına karşılık gelen kapsamlı kayyım<sup>49</sup>, özellikle ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan, yardıma muhtaç kişiler yönünden uygulanabilecek bir önlem olarak öngörülmüştür (ZGB Art. 398). Alınabilecek en ağır önlem olan kapsamlı kayyımda kişinin fiil ehliyeti kanunen ortadan kaldırılmış sayılmaktadır (ZGB Art. 398/3). Belirli eylemler için atanmış olan katılım kayyımında ise, fiil ehliyetinin kanunen sınırlandırılması söz konusudur (ZGB Art. 396/2). Diğer koruma önlemlerinden refakat kayyımının ehliyete bir etkisi bulunmamaktadır (ZGB Art. 393/2). Temsil kayyımılığı ile malvarlığının yönetimine ilişkin kayyımda ise fiil ehliyeti, yetişkinleri koruma makamı tarafından gerekli görüldüğü hallerde farklı biçimlerde sınırlandırılabilir (ZGB Art. 394-395)<sup>50</sup>.

Kendisine kayyım atanmış olan kişilerin mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapabilmelerine olanak tanınmış olmakla birlikte bunun geçerli olabilmesi, yasal temsilcinin (kayyım türüne göre atanan kayyımın) rızasına bağlanmıştır (ZGB Art. 468/2). Ancak yasal temsilcinin rızası, her durumda bulunması gereken bir geçerlilik koşulu değildir. Kanuna göre, bir miras sözleşmesinin yapılmasını da kapsamına alan bir kayyım türü söz konusu ise, yasal temsilcinin rızasına gerek vardır. Hangi kayyım türünün miras sözleşmesi yapmayı kapsamına aldığı kanunda öngörülmemiş olmakla birlikte, ölüme bağlı tasarruf yapmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması, miras sözleşmesinin refakat ve temsil kayyımılığı aracılığıyla yapılmasına niteliği gereği engel olur<sup>51</sup>. Temsil kayyımında kayyım, yetişkinleri koruma makamı tarafından somut olarak tanımlanan görev alanı içerisinde

---

<sup>48</sup> **Hausheer**, Heinz, “Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches” Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.1115 vd. ; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 95 vd.; **Gümüş**, s. 351 vd..

<sup>49</sup> **Bucher**, s. 12; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 95 vd..

<sup>50</sup> **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 95; İmamoğlu, S. Hülya, İsviçre Medeni Kanunu’nun Tıbbi Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org) (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 132, Nisan 2013, s. 8, dn. 69, <http://www.e-akademi.org/makaleler/imamoglu.makale.pdf>, 10.1.2017; **Keskin**, Dilşad, “İsviçre Hukukunda Tedbir Vekâleti”, AÜHFHD, C. 64, S. 2, 2015, s. 373, dn. 28.

<sup>51</sup> **Fankhauser**, Roland/**Bieler**, Brigitte, “Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, successio, S. 2, 2009, s. 170; **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 52; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 979 vd..

kendisine kayyım atanan kişi yerine hareket eder. Miras sözleşmesinde temsil olamayacağına göre, ZGB Art. 468/2 burada uygulanamaz. Kendisine temsil kayyımı atanan kişi ayırt etme gücüne sahipse, kayyımın rızası veya katılımı olmaksızın miras sözleşmesini tek başına yapabilir. Aynı sonuç, fiil ehliyetinin sınırlanmadığı refakat kayyımlığı yönünden de geçerlidir. Katılım kayyımı ise, kendisine kayyım atanan kişi yerine değil, onunla birlikte hareket ettiği için, ZGB Art. 468/2 hükmünü burada uygulamak mümkündür. Temsil ve refakat kayyımlığının katılım kayyımlığıyla kombine edilmesi halinde de - miras sözleşmesi yapmak katılım kayyımının görev alanına giriyorsa - kayyımın rızası bir geçerlilik koşulu olarak aranır. Malvarlığının yönetimine ilişkin kayyımlık, sağlararası malvarlığı yönetimine ilişkin olup, ölümden sonraya etkili değildir. Bu nedenle ZGB Art. 468/2 hükmünün burada uygulanmayacağı kabul edilir. Bu koruma tedbiri altındaki kişi, ayırt etme gücüne sahip olmak koşuluyla miras sözleşmesini tek başına yapabilir<sup>52</sup>. Alınan vesayet önlemi, klasik (dar anlamda) vesayet kurumunun yeni düzendeki karşılığı olan kapsamlı kayyımlık ise, geçerli bir miras sözleşmesi yapılabilmesi kayyımın rızasını gerektirir. Hatta “miras sözleşmesi yapma” kayyımın görev alanında açıkça yer almasa da aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira kapsamlı kayyımlık, kanun gereği bütün işlemleri - dolayısıyla miras sözleşmesini de - kapsamına alan bir kayyımlık türüdür<sup>53</sup>. Katılım kayyımlığında ise, niteliği gereği miras sözleşmesi yapmaya elverişli bir kayyımlık türü olsa da rıza ancak, miras sözleşmesi yapmanın açıkça yetişkinleri koruma makamı tarafından katılım kayyımının görev alanına dahil edilmesi halinde aranmaktadır<sup>54</sup>. Hatta görev listesinde “miras sözleşmesi yapma” ifadesi açıkça yer almalıdır. Yoksa sadece “malvarlığı hukukuna ilişkin temsil” veya “miras hukukunu ilgilendiren hususlarda temsil” görevinin verilmiş olması yeterli görülmemektedir<sup>55</sup>. Sonuç itibarıyla, miras sözleşmesi yapılmasını niteliği gereği kapsamına alabilecek kayyımlık türlerinin, sadece kapsamlı kayyımlık ve katılım kayyımlığı olabileceği kabul edilmektedir<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 979 vd.; **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1163 vd..

<sup>53</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 980 vd.; **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1163 vd.. Kapsamlı kayyımlık türünde yasal temsilcinin rızasının her halde aranması, miras sözleşmesi yapmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olma özelliğini bütünüyle göz ardı etmek olur. Aşağıda açıklanacağı gibi, yasal temsilcinin rızasına gerek olup olmadığı, miras sözleşmesinin karma niteliği ve türü göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

<sup>54</sup> **Fankhauser/Bieler**, s. 170; **Eitel/Zeiter**, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 468, s. 1163.

<sup>55</sup> **Zeiter**, Alexandra, Neues Erwachsenenschutzrecht- Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, successio, S. 4, 2011, s. 260, N.25; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 982. Miras sözleşmesi yapma görevi açıkça verilmemişse, kayyımın rızasının alınmasına gerek kalmaz ( **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 982).

<sup>56</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 52; **Fankhauser/Bieler**, s. 170; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 979 vd..

ZGB Art. 468/2, yasal temsilcinin rızasının hangi şekilde verileceği konusunda açık bir düzenleme içermediğinden, genel kural gereği (ZGB Art. 19a) rızanın herhangi bir şekilde bağlı olmadan, açıkça veya zımnen verilebileceği kabul edilmektedir. Rıza, miras sözleşmesi yapılmadan önce verilebileceği gibi, sonradan da verilebilir<sup>57</sup>. Hatta rızanın, taraflardan birinin ölümünden sonra da verilebileceği ileri sürülmektedir<sup>58</sup>. Her halde, yasal temsilcinin rızasının sözleşmenin hazırlanması aşamasında olması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi yönünden daha isabetli olur<sup>59</sup>.

Miras sözleşmesinin geçerliliği için yasal temsilcinin rızası yeterli olup, ayrıca yetişkinleri koruma makamının izni veya onayı gerekmemektedir<sup>60</sup>. Yetişkinleri koruma makamının müdahalesini gerektiren işlemler arasında miras sözleşmesi de yer almakla birlikte (ZGB Art. 416/1 b.3), bu düzenlemenin, terekesinde tasarrufta bulunmayan sözleşmenin karşı tarafı için öngörüldüğü savunulmaktadır<sup>61</sup>. Bu halde, terekesi üzerinde tasarrufta bulunmayan sözleşmenin karşı tarafı olarak kendisine kayyım atanan kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için kayyımın rızasının yanı sıra yetişkinleri koruma makamının da müdahalesi gerekecektir<sup>62</sup>.

Bu kabul, kendisine kayyım atanan kişinin miras sözleşmesinde yer aldığı tarafa bağlı olarak işlemin geçerliliği yönünden farklı hukuki sonuçlar doğmasına yol açar. Kendisine kayyım atanan kişi yönünden miras sözleşmesiyle ölüme bağlı ve sağlararası tasarrufta bulunmak arasında böyle bir ayırım yapılması haklı olarak yerinde görülmemektedir. Zira bu konuda yapılacak ayırımda, kısıtlının yaptığı işlemin ölüme bağlı veya sağlararası olmasından çok; yapılan tasarrufun ölçüsü, taraflar için önemi, herhangi bir bağlayıcılığının olup imadığı

---

Ayrıca bkz. Botschaft Erwachsenenschutzrecht, s. 7104 vd., <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf>).

<sup>57</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 52-53; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 982. Rızanın sonradan verilmesi, ayırt etme gücüne ilişkin tartışmaların önüne geçilmesinde tek başına yeterli değildir. İptal sebepleri bu halde de ileri sürülebilir (**Breitschmid**, Peter, "Hinweise zur Begleitung von Verbeiständeten bei Abschluss eines Erbvertrags", successio, S. 2, 2015, s. 141).

<sup>58</sup> **Breitschmid**, Erbvertrags, s. 141.

<sup>59</sup> **Breitschmid**, Erbvertrags, s. 141; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 982.

<sup>60</sup> **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 52-53; **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 983. Açılmamış miras payının geçerli olarak devredilebilmesi için, müstakbel mirasbırakanın bu sözleşmeye katılması veya onay vermesi gerekir (ZGB Art. 636). Çeşitli nedenlerle (özellikle ortalama yaşam süresindeki artış nedeniyle), bu sözleşmeye katılmak veya onay vermek üzere müstakbel mirasbırakana kayyım atanması gerekebilir. Bu halde de işlemin geçerliliğinin ZGB Art. 468/2 kapsamında değerlendirilmesi ve sadece yasal temsilcinin rızasının yeterli olması gerektiği belirtilmektedir (**Breitschmid**, Erbvertrags, s. 142).

<sup>61</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 983.

<sup>62</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 984 vd.

belirleyici olmalıdır<sup>63</sup>.

Son olarak belirtelim ki, kendisine kayyım atanmış olan kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcinin rızası koşulunun öngörülmüş olması, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türleri arasında yaratılmak istenen paralelliği bozması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>64</sup>. Ayrıca bu koşul, kendisine kayyım atanan kişilerle atanmamış kişiler arasında da bir eşitsizlik yaratmaktadır. Kendisine kayyım atanmış olsa da somut hukuki işlem yönünden ayırt etme gücüne sahip olan mirasbırakanın hukuken korunmasını gerektiren bir durum bulunmadığından, yasal temsilcinin rızasının aranması yerinde görülmemektedir<sup>65</sup>.

## B. Ülke Hukukuna İlişkin Düşünceler

Vesayet hukukunda meydana gelen anlayış değişikliğinin, katı vesayet önlemlerine karşı kendini idare edebilme hakkını, irade serbestisini güçlendirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Değişen bu vesayet anlayışı karşısında, kısıtlıların miras sözleşmesi yapmalarının hiçbir biçimde olanaklı olamayacağını savunulması, temelden yoksun bir iddia olarak kalır. Miras sözleşmesi yapma hakkının kısıtlının elinden tamamen alınması, katı vesayet anlayışından uzaklaşan söz konusu eğilimle bağdaşmayacağı gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak sınıfında değerlendirilen ölüme bağlı tasarruf yapma hakkıyla da örtüşmez. Özellikle fiziksel engeli, ağır hastalığı veya yaşlılığı yüzünden işlerini gereği gibi yönetemediği için iradi olarak kısıtlanmış olmakla birlikte ayırt etme gücü bulunan bir yetişkinin miras sözleşmesi yapmasına engel olunmasını gerektirecek hukuki bir gerekçe bulmak güçtür. Ayırt etme gücüne sahip yetişkinler, kısıtlanmış olsalar dahi mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapabilmelidirler<sup>66</sup>. Aşağıda, pozitif hukuk yönünden karşılığı olmayan, de lege ferenda kabul edilmesi gereken bu sonucun hukuki temellendirmesi yapılacaktır.

Kanun koyucunun miras sözleşmeleri yönünden genel ehliyet kurallarından ayrılması, bu sözleşmenin, miras hukuku ile borçlar hukukunun birlikte uygulama alanı bulduğu karma niteliği ile açıklanabilir. Miras sözleşmesinin bir yanıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya, dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya

---

<sup>63</sup> **Breitschmid**, Erbvertrags, s. 139, dn. 2.

<sup>64</sup> Buna karşılık, miras sözleşmesi vasiyetnameye nazaran bağlayıcı olduğundan, söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz. **Breitschmid**, Basler Kommentar, s. 52.

<sup>65</sup> **Eitel/Zeiter**, Fachhandbuch, s. 972. Aşağıda açıklanacağı gibi, ayırt etme gücüne sahip olsa da kısıtlı mirasbırakanın bazı miras sözleşmesi türleri yönünden korunması gerekebilir. Bu hallerde yasal temsilcinin müdahalesi gereklidir.

<sup>66</sup> Şekle bağlı ölüme bağlı tasarruflar arasındaki eşitliği sağlamak amacıyla vasiyetname yapma ehliyetinin de aynı koşullara bağlanması de lege ferenda kabul edilmelidir.

bağlı hakkın kullanılmasına ilişkin olması nedeniyle temsili dışlayan yönü<sup>67</sup>, aynı zamanda bağlayıcı olması nedeniyle yasal temsili gerektiren yönüyle çatışabilir. Kısıtlılar açısından sorun yaratabilecek bu çatışma kökten giderilmek istenircesine, miras sözleşmesi yapabilmek için tam fiil ehliyetine sahip olma koşulu (743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde baskın olan görüş doğrultusunda) açık bir hükümlerle düzenlenmiştir (TMK m. 503). Böyle olunca, kısıtlıların ölüme bağlı tasarruflarını açıklayabilecekleri tek yöntem olarak geriye yalnızca vasiyetname yapma olanağı kalır. Kısıtlı mirasbırakanın serbest tasarrufta bulunma alanını bu şekilde daraltan söz konusu hüküm, her şeyden önce, iradi mirasçılığın yasal mirasçılık karşısındaki konumunun güçlendiği yeni eğilimle<sup>68</sup> uyumlu değildir. İradi mirasçılığın tam anlamıyla hakim kılınabilmesi için, miras sözleşmesi yapma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olma özelliği ön planda tutulmalıdır. Kısıtlıların miras sözleşmesi yapamayacağına ilişkin sözleşmenin bağlayıcılığıyla gerekçelendirilmesi yerinde değildir. Her şeyden önce, sağlararası borç doğuran sözleşmelere oranla miras sözleşmesinin bağlayıcılığı gevşek olup<sup>69</sup>, mirasbırakan sağlığında bir borç altına girmez<sup>70</sup>. Miras sözleşmesine rağmen malvarlığında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir (TMK m. 527/2). Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflara karşı lehtar, sadece mirasbırakanın ölümünden sonra tenkis davası açma ya da mirasbırakanın dürüstlük kuralına aykırı tasarrufları nedeniyle sözleşmeden dönme imkânına sahiptir<sup>71</sup>. Böyle bir bağlayıcılık, miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olma özelliğini değiştirmez. Kaldı ki bağlayıcılık tam olsa bile bu, kısıtlının miras sözleşmesi yapma hakkının tamamen ortadan kaldırılmasının gerekçesini oluşturamaz. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlının, kural olarak miras sözleşmesiyle terekesi üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilmesi gerekir. Ancak bir miras sözleşmesi, sözleşmenin karşı tarafının güvenini korumayı gerektirdiği ölçüde miras sözleşmesinin bağlayıcılık özelliği, kısıtlı mirasbırakanın korunmasını (menfaatini gözetmeyi) gerektirdiği ölçüde de vesayet kurumunun müdahalesi devreye girmelidir. Bu halde, miras sözleşmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımına ilişkin yönünün ve bağlayıcılık özelliğinin birbiriyle bağdaştırılması gereği doğar, yoksa

---

<sup>67</sup> Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 413-414; Dural/Öğüz, s. 74; Hausheer/Aebi-Müller, s. 70-71; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 78.

<sup>68</sup> Serozan/Engin, s. 74 vd..

<sup>69</sup> Gerçekten mirasbırakan, sözleşmenin diğer tarafının kendisine karşı mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren bir davranışta bulunması halinde miras sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilecektir (TMK m. 546). Bu düzenlemede, mirasbırakanın kural olarak tasarrufu serbestçe geri alabilmesine ilişkin miras hukuku ilkesinin etkisi belirgindir. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Serozan/Engin, s. 304 vd..

<sup>70</sup> bkz. yukarıda, s. 4.

<sup>71</sup> Serozan/Engin, s. 375 vd..



bağlayıcılığın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımını bertaraf etmesi değil. Bunu sağlayacak olan da yasal temsilcinin rızasıdır. Taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmeyi ve yasal temsilcinin rızasını gerektiren bu hallerle özellikle, ivazlı olumlu miras sözleşmeleri ile ivazlı feragat sözleşmelerinde karşılaşılr. İvazlı olumlu miras sözleşmesi ile mirasbırakan, ileride terekesinde yer alacak olan bir malvarlığı değeri için başkasını lehtar tayin eder ve bunun karşılığında henüz sağken bir karşılık alma taahhüdü elde eder. Böylece miras sözleşmesi, mirasbırakan lehine bir alacak hakkı doğururken, karşı tarafı da bir borçla yükümlendirir. İvazlı mirastan feragat sözleşmesinde de benzer biçimde; fakat bu kez mirasbırakan, serbest tasarruf oranını artırma olanağına karşılık bir ivaz ödeme yükümü altına girer<sup>72</sup>. Bu hallerde, güven ilkesine göre karşı tarafın menfaatini gözetme gereği ile sağlararası bir borç altına giren kısıtlı mirasbırakanın korunması gereği belirgindir. Artık kısıtlı mirasbırakan yönünden miras sözleşmesi yapmanın, saf anlamıyla kişiliği yakından ilgilendiren, yalın anlamıyla ölümden sonra malvarlığının akıbetini planlayan, parayla ölçülemeyen niteliğinden çok; gerçek anlamda bir borç altına girmeyi, bağlanma iradesini barındırdığı söylenebilir. Karşı taraf yönünden de korunmaya değer bir çıkarın bulunduğu açıktır. Kanun açıkça, sağlararası edimi isteme hakkı bulunan kişinin, bu edimin yerine getirilmemesi halinde miras sözleşmesinden dönebileceğini öngörmektedir (TMK m. 547). Böylece, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka ilişkin olma yönünü kaybetmemekle birlikte borçlar hukuku alanına ve genel ehliyet kurallarına daha yakın duran bu tür miras sözleşmelerinde yasal temsilcinin rızası, kısıtlı mirasbırakanın yapacağı sözleşmenin geçerliliğini sağlayan unsur olacaktır<sup>73</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, yasal temsilcinin rızasının aranması, ölüme bağlı tasarrufta bulunmanın hukuki niteliğini değiştirmez. Nişanlanmada, evlenmede, ergin kılınma ve adın değiştirilmesi taleplerinde dahi hakkın yasal temsilciyle birlikte kullanılması mümkünken<sup>74</sup>, sözleşme karakteri olan bir hukuki işlemin yasal temsilcinin rızasıyla yapılmasına öncelikle olur verilmelidir<sup>75</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şey, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindeki miras sözleşmesi yapma hakkının, her halde bizzat kısıtlı mirasbırakan tarafından kullanılacak olmasıdır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma kararını verme ve buna ilişkin irade

<sup>72</sup> Miras sözleşmesi türleri için bkz. **Dural**, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 100 vd.; **İmre/Erman**, s. 184 vd.; **Serozan/Engin**, s. 282 vd..

<sup>73</sup> İvazsız olumlu miras sözleşmelerinde de güven ilkesi geçerli olup, sözleşmenin karşı tarafının korunmaya değer güveni bulunur. Dolayısıyla bu miras sözleşmesi türü yönünden de yasal temsilcinin rızası aranmalıdır.

<sup>74</sup> Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kategorisinde değerlendirilen söz konusu hakların kullanılması, yasal temsilcinin iznini veya işleme katılmasını gerektirir (**Dural/Öğüz**, s. 88-89; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 91 vd.).

<sup>75</sup> Benzer yönde bkz. **Antalya**, s. 183.



beyanında bulunma münhasıran kısıtlı mirasbırakana aittir. Sözleşmenin kısıtlı adına yasal temsilci tarafından yapılması mümkün değildir. Yasal temsilcinin vereceği rızanın işlevi, işleme geçerlilik kazandırmaktan ibarettir<sup>76</sup>. Böylece miras sözleşmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka ilişkin yönü, bu hakkın bizzat kısıtlı tarafından kullanılması; bağlayıcı olma yönü ve sözleşmenin geçerliliği de yasal temsilcinin rızası ile sağlanmış olur. Miras sözleşmesine karma nitelik kazandıran bu iki yönün birbirini dışlamadan bir arada tutulmasıyla, taraflar arasındaki menfaat ilişkisi de dengelenmiş olur.

Yasal temsilcinin miras sözleşmesine müdahalesinin ölçütü, sözleşmenin karşı tarafının güveninin korunması, kısıtlının menfaatinin gözetilmesi olduğundan, ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde bu müdahaleye gerek kalmaz. Mirasbırakan bu sözleşmede sadece, karşı tarafın tereke üzerinde doğacak muhtemel hakkından vazgeçme beyanının muhatabı sıfatıyla yer alır<sup>77</sup>. Bunun karşılığında bir borç altına girmez. Aksine, mirasbırakanın tasarruf oranı bir karşılık olmaksızın artar. Sözleşmenin mirasbırakan tarafı için bir tehlike arz etmeyen bu miras sözleşmesi türünde, kısıtlı mirasbırakanın özel olarak korunmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Karşı tarafın güvenini korumayı gerektiren bir menfaat de söz konusu değildir. Tıpkı, sınırlı ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmaları yasal temsilcinin rızasına gerek kalmaksızın yapabilmelerinde olduğu gibi kısıtlı mirasbırakan, sözleşmeyi tek başına yapabilmelidir. Bunda herhangi bir tehlike görmeyen Alman Medeni Kanunu (BGB) da ivazlı-ivazsız feragat ayırımı yapmaksızın, fiil ehliyeti sınırlandırılmış olan mirasbırakanın, yasal temsilcinin rızasına gerek olmadan mirastan feragat sözleşmesini tek başına yapabileceğini öngörmektedir (§ 2347/2)<sup>79</sup>.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Ayırt etme gücüne sahip bir yetişkin, kısıtlanmış olsa dahi, terekesinin akıbetini miras sözleşmesi aracılığıyla iradesine uygun olarak belirleme imkânından yoksun bırakılamaz. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmanın büründüğü şekil, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasını bütünüyle

---

<sup>76</sup> **Antalya**, s. 183-184. Gösterilme biçimi önemli olmamakla birlikte yasal temsilcinin rızasının, taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilebilmesi amacıyla sözleşmeye katılma biçiminde (sözleşmenin hazırlanması aşamasında) açıklanması tercih edilmelidir (bkz. yukarıda, dn. 59'daki yazarlar).

<sup>77</sup> İvazsız mirastan feragat ve genel olarak miras sözleşmesi türleri için bkz. yukarıda, dn. 72'deki yazarlar.

<sup>78</sup> **Antalya**, s. 183.

<sup>79</sup> Buna karşılık, yukarıda belirtildiği gibi kanaatimizce ivazlı mirastan feragatte, hem karşı tarafın güveninin hem de kısıtlı mirasbırakanın menfaatinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden, yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç vardır.

ortadan kaldırmanın gerekçesini oluşturamaz. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı mirasbırakanın, vasiyetnamede olduğu gibi miras sözleşmesiyle de ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği kabul edilmelidir. Bu sonucun hukukumuzda karşılığını bulması, katı vesayet sistemimizin İsviçre Hukuku'ndakine benzer bir revizyondan geçerek irade serbestisi lehine dönüştürülmesine bağlıdır. Resmi makamların müdahalesi yerine, yardıma muhtaç yetişkinin kendi yakınları tarafından korunmasına öncelik tanıyan, kural olarak kişinin iradesi ve ehliyetini koruyan, irade serbestisi ile vesayet kurallarının çatışması halinde iradeyi üstün tutan bir yetişkinleri koruma sistemi kabul edilmelidir. İrade serbestisine en ağır müdahaleyi içeren kısıtlama kararı, bu sistem içerisinde istisnai bir önlem olarak yer almalıdır. Bu istisnai önleme başvurulmuş olsa bile, yetişkinin iradesi her zaman ön planda tutulmalıdır. Vesayet sistemimizin bu yönde değişime uğraması, miras sözleşmesi yapma ehliyetinin koşullarında da bir esneme yaratacaktır. Gerçekten irade serbestisi öncelikli ise, miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak (sadece rüşt koşulunu arayan 743 sayılı Medeni Kanun'da olduğu gibi) yeterli olmalıdır. De lege ferenda kabul edilebilecek bu sonuç, "kısıtlı olmama" koşulunun miras sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin hükümden çıkarılmasıyla pozitif hukuktaki karşılığını bulur.

Yasal düzenlemeyle kısıtlıların mirasbırakan sıfatıyla miras sözleşmesi yapmalarının önü açıldıktan sonra, sözleşmenin geçerliliği için yasal temsilcinin rızasının aranıp aranmayacağı, aranacaksa bunun kapsamının nasıl belirleneceği sorunuyla karşılaşılır. Bu, miras sözleşmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasına ilişkin olması ile bağlayıcı ve dolayısıyla yasal temsilcinin müdahalesini gerektiren bir hukuki işlem olmasının birbiriyle bağdaşmazlığı sorunu olarak ortaya çıkar. Hâlbuki miras sözleşmesinin birbiriyle bağdaşmaz görünen bu iki yönü arasındaki denge, yasal temsilcinin rızasıyla sağlanabilir. Miras sözleşmesiyle bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma kararını bizzat verecek olan kısıtlı mirasbırakan, sözleşmeyi de bizzat kendisi yapacağından, yasal temsilcinin rızasının aranması, miras sözleşmesi yapmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğini yok etmez. Aksine, yasal temsilcinin rızası işlemin geçerliliğini sağlayacağından, miras sözleşmesinin diğer yönünü oluşturan bağlayıcılığı tamamlanmış olur. Yasal temsilcinin miras sözleşmesine müdahalesi, sözleşmenin karşı tarafının güveninin korunması ve kısıtlının menfaatinin gözetilmesi, dolayısıyla taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amacıyla sınırlıdır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesine etki edebilecek herhangi bir müdahale, bu sınırın aşılması anlamına gelir. Yasal temsilcinin müdahalesine, ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasyla (ölüme bağlı tasarrufta bulunmayla) bağdaştığı ölçüde izin verilebilir. Kapsamı bu şekilde belirlenen yasal temsilcinin sözleşmeye müdahalesine bazı hallerde gerek dahi kalmaz. Karşı tarafın korunmaya değer bir güveninin olmadığı, kısıtlıyı

özel olarak korumaya gerek olmayan ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde durum böyledir. Kısıtlı mirasbırakan bu sözleşmeyi tek başına yapabilir. Bu sonuç, sınırlı ehliyetsizin karşılıksız kazandırmaları tek başına yapabileceğine ilişkin genel kuralla da desteklenebilir. Demek ki yasal temsilcinin müdahalesini ve bunun kapsamını, sözleşmenin tarafları arasındaki menfaat dengesi ve buna göre şekillenen miras sözleşmesinin türü belirler. Miras sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin hükümde bir açıklık bulunmasa dahi, yasal temsilcinin rızasına gerek olup olmadığını, gerekliyse bunun kapsamını söz konusu ölçüte göre saptamak mümkündür.

Vesayet sistemimizde İsviçre Hukuku'ndakine benzer bir revizyon gerçekleşecek olursa, yasal temsilcinin rızasının gerekli olduğu hallerde ayrıca vesayet ve denetim makamlarının izni veya onayı koşul olarak aranmamalıdır. Zira irade serbestisine üstünlük tanıyan bir sistemde resmi makamların müdahalesi sınırlı ölçüde olmalıdır. Yasal temsilcinin rızası, işlemin geçerlilik kazanması için yeterlidir. Buna karşılık, vesayet kurallarında kapsamlı bir değişiklik yapılmaksızın, sadece kısıtlıların miras sözleşmesi yapabilmelerinin yolu açılırsa, TMK'nın 463/1 b. 5 maddesi gereği vesayet ve denetim makamlarının izninin aranması gerekecektir. Aksinin kabulü, kısıtlının miras sözleşmesinde yer aldığı tarafa göre farklı hukuki sonuçların doğmasına (işlemin geçerliliği yönünden) neden olur.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

- Antalya**, O. Gökhan, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2002.
- Bucher**, Andreas, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.
- Breitschmid**, Peter, "Hinweise zur Begleitung von Verbeiständeten bei Abschluss eines Erbvertrags", successio, S. 2, 2015 (Erbvertrags).
- Breitschmid**, Peter, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Basler Kommentar).
- Dural**, Mustafa, Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül, 2010.

**Dural, Mustafa/Öz, Turgut**, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

**Eitel, Paul/Zeiter, Alexandra**, Vorbemerkungen zum Erbrecht, Art. 468, 492a/531, 544, 553 und 554 ZGB in: FamKomm Erwachsenenschutz, Bern, 2013 (FamKomm Erwachsenenschutz).

**Eitel, Paul/Zeiter, Alexandra**, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Fountoulakis, Christiana/Affolter-Fringeli, Kurt/Biderbost, Yvo/Steck, Daniel, Schulthess Verlag, Zürich, 2016 (Fachhandbuch).

**Eren, Fikret**, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1966.

**Fankhauser, Roland/Bieler, Brigitte**, "Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, successio, S. 2, 2009.

**Gençcan, Ömer Uğur**, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

**Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

**Harder, Manfred/Kroppenberg, Inge**, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl., Luchterhand Verlag, 2002.

**Hausheer, Heinz**, "Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches" Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

**Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, E. Regina**, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl. Stämpfli Verlag, Bern, 2012.

**Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 4. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

**Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg**, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2010.

**İmamoğlu, S. Hülya**, İsviçre Medeni Kanunu'nun Tıbbi Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org) (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 132, Nisan 2013, <http://www.e-akademi.org/makaleler/imamoglu.makale.pdf>.

**İmre, Zahit/Erman, Hasan**, Miras Hukuku, 10. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Miras Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

**Köprülü**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın İntikali (Geçmesi), 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

**Lange**, Heinrich/**Kuchinke**, Kurt, Erbrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2001.

**Musielak**, Hans-Joachim, Münchener Kommentar BGB § 2275, 2017, <https://beck-online.beck.de>.

**Oğuzman**, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim, 2011.

**Öztrak**, İlhan, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1976.

**Öztan**, Bilge, Miras Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

**Sargın**, Fügen, "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", AÜHFD, C. 52, S. 2, s. 2 vd., <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/282/2576.pdf>.

**Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey, Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

**Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.

**Turan**, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

**Zeiter**, Alexandra, Neues Erwachsenenschutzrecht- Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, successio, S. 4, 2011.

## **DİĞER KAYNAKLAR**

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>

<https://www.admin.ch>

<http://servat.unibe.ch>

[www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org)



# TİCARİ SIRLARIN VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA VERGİ MAHREMİYETİ<sup>1</sup>

*Tax Confidentiality Within The Context Of Trade Secret And The Protection Of  
Personal Data*

**Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ<sup>2</sup>**

Geliş Tarihi: 20.03.2017

Kabul Tarihi: 26.05.2017

## ÖZET

Vergilendirme işlemleri sırasında Devletin birtakım bilgileri elde etmesi olağan bir durumdur. Burada önemli olan Devletin bu bilgileri koruması ve gerektiğinde hukuka uygun şekilde paylaşmasıdır. Vergi hukuku özelinde, hukuk sistemimizde bu durum kişilere tanınmış bir haktr. Bu hakkın ihlal edilmiş olması durumunda cezai yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Mevzuatımıza baktığımızda vergisel anlamda gizli olan bilgileri ifade etmeye yönelik bir kavramın ve tanımlamanın yer almadığı görülmektedir. Ancak vergi mahremiyetinin kapsamı VUK m.5'te düzenlenmiştir. Bu maddeyi incelediğimizde de kişilerin sadece vergisel ve mali durumları değil işleri ve işletmelerini ilgili bilgilerin de bu çerçevede değerlendirildiğini görebilmekteyiz. Bu açıdan değerlendirildiğinde de vergi mahremiyeti ve ticari sır arasında sıkı bir ilişki olduğu gibi yerine göre aralarında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. Kişilerin vergi mahremiyeti kapsamındaki bilgilerinin kimler tarafından ifşa edilmesinin ihlal olarak nitelendirildiği VUK m.5'te düzenlenmiştir. Kanunda sayılan kişiler dışındakiler tarafından ifşa edilir veya kullanılırsa bu durumda da karşımıza Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri çıkmaktadır. 2016 yılında yürürlüğe giren bu kanun kapsamında vergisel ve mali durumların paylaşılması istisna kapsamında düzenlenmektedir. Ancak VUK m.5'te ise hangi durumlarda paylaşımın mahremiyet ihlali olmadığı da açıkça düzenlenmiştir. Bunlar dışındaki durumlarda mahremiyet ihlali suçu ile karşı karşıya kalınabilir. Mahremiyet ihlali durumunda VUK m.362 gereğince TCK m.239'a göre ceza verilmektedir. Bu çalışmada vergi mahremiyetinin ticari sır ile kişisel verilerin korunması kanunu kapsamındaki düzenlemelerle ilişkisinden bahsedilirken; uygulamada karşımıza çıkan bir takım durumların vergi mahremiyeti kapsamında olup olmadığı üzerinde de durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** vergi mahremiyeti, ticari sır, kişisel veri, mali veri, sırrın ifşası,

## ABSTRACT

It is an ordinary practice for the State to obtain certain information during taxation proceedings. The important aspect is the State should protect such data and transfer such data in accordance with law. This is a fundamental right recognised in terms of tax law and our legal system. Criminal sanctions must enter into consideration in cases of violation of this right. When the legal framework is examined, there is not a definition or concept corresponding confidential information in terms of taxation. On the other hand, the scope of tax confidentiality is regulated under Article 5 of Tax Procedure Law. When we examine this article, we can see that not only tax-related and financial status of people but also the information about their businesses and establishments are considered in this frame. When it is evaluated in this respect, there is a close relationship between tax confidentiality and commercial secret and in certain circumstances there is only a fine line. By whom disclosure of people's tax-related confidential information will be evaluated as a violation is regulated in the Article 5 of Tax Procedure Law. If it is disclosed or used by people other than those listed in the Law, provisions of Protection of Personal Data Law will be considered. Under this Law, which entered force in 2016, sharing tax-related and financial information is regulated under the scope of exception. However, in Article 5 of the Tax Procedure Law situations in which disclosing does not constitute a violation of confidentiality are clearly stated. Except from these situations crime for breaching confidentiality might occur. In case of violation of confidentiality, penalties are imposed according to Article 233 of Turkish Criminal Code as per Article 362 of Tax Procedure Law. In this study, while evaluating relation of tax confidentiality with trade secret and provisions of Protection of Personal Data Law, it is also evaluated whether some cases experienced in practice are within the scope of tax confidentiality or not.

**Keywords:** Tax confidentiality, trade secret, personal data, financial data, disclosure of secret,

<sup>1</sup> Bu makale 28-29 Ekim 2016 tarihlerinde Amsterdam'da gerçekleştirilen 2nd International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society Sempozyumu'nda sunulan Evaluation of Tax Privacy in the Context of Data Protection Law (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Vergi Mahremiyetinin Değerlendirilmesi) isimli sözlü bildirinin geliştirilmiş ve güncellenmiş halidir.

<sup>2</sup> Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, neslihankaratas@hotmail.com

## GİRİŞ

Vergilendirme süreci içerisinde Devlet mükellefler ile ilgili olarak birtakım bilgiler elde etmektedir. Devletin kişilerin mali ve vergisel durumlarıyla ilgili bilgilere sahip olması ve bu bilgileri kanunun belirlemiş olduğu sınırlar çerçevesinde paylaşması gerektiği gibi bunları muhafaza etme zorunluluğu da bulunmaktadır. Devletin bu yükümlülüğü mahremiyetin korunması temelinde temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasına ilişkindir. Bu noktada mahremiyetin kapsamının nasıl belirleneceği önem arz etmektedir.

Arapça kökenli bir kelime olan mahremiyet, mahrem kökeninden gelmekte olup başkasına söylenilmeyen şey, gizli<sup>3</sup> anlamına gelip kişi ya da kurumlarla alakalı olarak saklanması gereken bir durum veya bilgi olarak tanımlanabilir. Mahremiyet kişilerin sağlık, düşünce, inanç, yaşam tarzı ve mali durumlarına ilişkin olabilmektedir. Bu çerçevede mahremiyet, gerçek ya da tüzel kişilerin veya grupların kendileri hakkındaki birtakım bilgilerin başkalarına ne ölçüde, ne zaman ve nasıl aktarılacağına kendileri tarafından belirlenmesi<sup>4</sup> olarak da tanımlanabilmektedir.

Gelişen teknoloji ve dijital dünyadaki gelişmelerle birlikte daha da çok konuşulur ve tartışılır hale gelmiş olan mahremiyet konusunda dikkat çekilen nokta mahrem bilgilerin korunması ya da saklanması nasıl olacaktır. Kişilerin mahrem bilgilerinin korunması kendisine tanınmış bir hak ve devlete yüklenilmiş bir sorumluluk<sup>5</sup> olarak incelenebilmektedir. Bu hakkın ihlali durumunda uygulanacak yaptırımlar da ayrı bir öneme sahiptir. Bu kapsamda da kişilerin herhangi bir şekilde bu haklarının ihlal edilmesi durumunda, ihlal edilen bilginin niteliğine<sup>6</sup> göre, sorumlular hakkında uygulanması gereken kurallarda farklılıklar olabilmektedir.

Mahremiyet hakkı denildiğinde bu hakkın içeriğinin doldurulması önem kazanmaktadır. Hakkın nasıl korunduğu, kapsamı nedir gibi soruların cevaplandırılması gerekmektedir. Mahremiyet hakkı özel hayatın bir parçası niteliğindedir. Doktrinde özel hayat tanımlaması kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan şeklinde farklı sınıflandırmalar<sup>7</sup> çerçevesinde yapılmaktadır. Buradan

---

<sup>3</sup> Türk Dil Kurumu, <<http://www.tdk.gov.tr>> , s.e.t. 19.01.2017.

<sup>4</sup> Taş, Fatma (2008) **Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu**, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s.19.

<sup>5</sup> Bayraklı, Hasan Hüseyin (1999) **Türk ve Alman Vergi Hukukunda Vergi Gizliliğine Uymama Suçu**, 1. Baskı, Afyon, Afyon Kocatepe Üniversitesi İdari Mali İşler Daire Başkanlığı, s.1. Şimşek, Oğuz (2008) **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Beta Yayınevi, s.113.

<sup>6</sup> Kişisel veri, ticari veri veya mali veri olabilir. Hukuka aykırı olarak ifşa edilen ya da paylaşılan bu tür veriler ile ilgili olarak uygulanacak cezai müeyyide farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmektedir.

<sup>7</sup> Şimşek, s.140. Bkz. Aksoy, Hüseyin Can (2010) **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Çakmak Yayınevi, s. 49 vd.



hareketle özel hayatın kişilerin kendileri ve yakın çevresindekileri ilgilendiren bilgileri kapsamına aldığı gibi, kişinin sadece kendisi tarafından bilinen sır niteliğindeki bilgileri de kapsamına aldığı söylenebilir.

Özel hayat ile ilgili düzenlemeler farklı kanunlarda yer alabilmektedir. Her ne kadar her kanun kendi uygulama alanı kapsamında özel hayattan bahsetmiş olsa da, herhangi bir tanımlamaya yer vermemiştir. Bunların yanında, tüm kanunların en üstünde olan Anayasamıza baktığımızda da “*Temel Hak ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısımda yer alan 20. maddede “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” ifadesinden özel hayat tanımının yapılmadığını, özel hayatın gizliliği ve korunması şeklinde bir düzenleme yapıldığını açıkça görmekteyiz.

Uluslararası hukuk kapsamında konuyu incelediğimizde karşımıza İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 12. maddesi<sup>8</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi<sup>9</sup>, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 17. maddesi<sup>10</sup> çıkmaktadır. Bu düzenlemeler incelendiğinde mahremiyet ve özel hayat ile ilgili hak tespitinin yapıldığı<sup>11</sup>, fakat açıkça bir tanımlamanın yapılmadığı<sup>12</sup> görülebilmektedir. Ancak özel hayatın korunmasının bir hak olduğu ve bunun yasalar ile ancak belirli durumlarda kanun ile kısıtlanmasının mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu doğrultuda Anayasamızın 20. maddesine 2010 referandumu ile eklenen son fıkrada da bu hususa değinilmiştir<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> İş bu maddede kişilerin özel hayat, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak dokunulmayacağı, bunun korunmasının yasalarca yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu maddede “keyfi” kelimesi kullanılarak, belirli durumlarda kişilerin bu hakkına dokunulabileceği da madde yorumundan çıkmakta ancak bunun sınırının nasıl olacağı açıkça belirtilmemektedir.

<sup>9</sup> Maddede herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmalarına saygı hakkı olduğundan, bu hakkın kısıtlanmasının da belirli şartlar altında ancak kanunla yapılmasının mümkün olduğundan bahsedilmektedir.

<sup>10</sup> Bu madde mahremiyet hakkı başlığı taşıyor olup, üste belirtmiş olduğumuz madde hükümlerine paralellik arz etmektedir. Bunda da aynı şekilde özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir. Kişilerin bu müdahalelere karşı korunmasının bir hak olduğu belirtilmekte ancak bunun nasıl olacağından bahsedilmemektedir. <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm\\_05.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_05.pdf)> s.e.t.19.01.2017.

<sup>11</sup> Saban, Nihal (2003) **Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama**, Polis Dergisi, Sayı 36, Temmuz-Ağustos, s.95.

<sup>12</sup> Aksoy, s.48

<sup>13</sup> Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

Bu değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda<sup>14</sup> kısıtlamanın kanunla yapılması gerekliliğine değinmiş ve “*Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı [...]”* amaçladığını belirtmiş ve bunun sadece gerçek kişiler için değil “*kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler”* sebebiyle tüzel kişiler için de geçerli olduğunu belirtmiş ve korumanın önemine değinmiştir. Aynı kararda Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın 20. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesine de atıfta bulunarak “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”* hükmüne yer verildiğini ve “*yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereğince, Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi”* verilemeyeceğini belirterek Anayasa’da öngörülen bu düzenlemelerin bir an evvel kanunla yapılmasının gerekliliğinin önemini belirtmiştir.

Bu süreçte Meclis’te yapılan uzun çalışmalar sonunda 24 Mart 2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) yasalaşmış ve 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile gerçek kişilere ait hangi bilgilerin kişisel veri olduğu, korunmasının nasıl olacağı, kanunun kapsamı dışındaki durumların (istisnaların) neler olduğu ve korunmanın ihlali durumundaki yaptırımlar düzenlenmiştir.

Vergi hukuku kapsamında konuya baktığımızda farklı kanunlarda düzenlemeler olduğunu görebilmekteyiz: vergi mahremiyeti (VUK m.5, mük.242 ve 369), sırrın ifşası (AATUHK m.107, 5549 Sayılı Kanun m.22). Bu düzenlemelerde mahremiyetin ya da sırrın tanımının yapılmadığı ancak kapsamına giren bilgilerin neler olduğu belirtilmektedir. Bunlar yanında direkt olarak vergi kanunlarında olmamakla birlikte mükelleflerin mali ve vergisel durumlarını etkileyebilecek nitelikteki birtakım bilgilerin, sırların korunması da yine önem arz eden durumlardandır. Bu çerçevede ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı gibi kavramlar karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramlar da birbiri ile çok sıkı ilişki içerisindedirler. Her olayın niteliğine göre ticari sır veya müşteri sırrı ayrımı yapılabilmektedir.

Ticari sır ile vergi mahremiyeti kavramları arasındaki çizgi her duruma göre ayrı ayrı değerlendirilebilmektedir. Vergi Usul Kanununun 5. maddesinde

---

<sup>14</sup> Esas Sayısı 2013/122 Karar Sayısı 2014/74 ar Günü 9.4.2014 R.G. Tarih-Sayı 26.7.2014-29072.

mükellef ve onunla ilgili kişilerin işlerine ve işletmelerine ilişkin bilgiler vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Ticari sırların ifşası işletmeleri ve şirketleri ticari açıdan zor durumda bırakabildiği gibi ekonomik ve mali açıdan da zor durumda bırakabilir.

Bundan dolayı bu çalışmamızda öncelikle vergi mahremiyeti ve ticari sır ilişkisine değindikten(I) sonra kişisel veri ile vergi mahremiyetinin bağlantılı olduğu yönler ve korunmalarının nasıl olduğu(II) üzerinde durulacaktır.

## **I. VERGİ MAHREMİYETİ VE TİCARİ SIR İLİŞKİSİ**

Vergi Usul Kanununda mükellef ve bunlarla ilişkili kişilere ait mahremiyet hakkında (m.5) ve bu hakkın ihlal edilmiş olması durumunda da ihlalin yaptırımından (m.362) bahsedilmiştir. Ancak bu düzenlemelere baktığımızda mahremiyetin sınırının sadece mükellefin vergisel ve mali durumuna ilişkin bilgileri içermediğini aynı zamanda mükellef ve bununla ilgili kimselerin muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin sırlar veya gizli kalması lazım gelen diğer hususlara da ilişkin olduğunu görebilmekteyiz. Kanun koyucu bu konuda mahremiyetin kapsamını geniş tutarak mesleki sırları da bunun içinde değerlendirmiştir.

Mesleki sırlar ile vergisel ve mali sırlar birbiriyle bağlantılıdır. Mükellefin mesleki bir sırrının ifşa edilmesi durumunda onun mali açıdan zarar görmesi mümkün olabilir. Bu açıdan konuyu ele aldığımızda sırrın daha doğru bir ifade ile mahremiyet kapsamındaki sırrın ne olduğunun iyi tespit edilmesi gerekmektedir. Mükellefe ait genel geçer birtakım bilgilerin, örneğin, faaliyetinin türü, iş yeri adresi, üretim sektörü gibi bilgiler sır kapsamında olmayıp, genel hayat içerisinde herkes tarafından bilinebilecek nitelikteki bilgilerdir. Ancak mükellefin faaliyeti sonunda elde ettiği gelir ve bunun üzerinden ödenen vergiler, vergi borcunun varlığı veya yokluğu, ticari yatırım projeleri veya kredileri mükellefler için sır kapsamında değerlendirilen bilgilerdendir. Burada çalışmamız açısından önemli olan, mükellefin bu tür mahrem bilgilerinin hangisinin vergi mahremi kapsamındaki mali veriler niteliğinde olduğu, hangilerinin ticari sır niteliğindeki veri olduğunun tespitidir. Çünkü bilginin özelliğine göre korunması, bundan sorumlu olanlar ve uygulanması gereken kurallar değişebilmektedir.

Vergi mahremiyeti devlet ile mükelleflerin ilişkileri kapsamında söz konusu olmaktadır. Vergilendirme işlemleri esnasında devletin sahip olduğu bilgileri koruması ve gizlemesi gerekmektedir. Bu gizleme yükümlülüğünün kimlere ait olduğu da kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Kişilerin kendi iş ilişkileri veya sair yollarla öğrenmiş oldukları mahrem birtakım mali verileri açıklamaları vergi mahremiyetinin ihlali olarak nitelendirilmez. Kanun koyucu kimlerin bu mahremiyeti ihlal edebileceğini de açıkça belirtmiş olduğundan

dolayı, böyle bir durumda bilgileri ifşa edenler hakkında, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlardaki hükümlere göre birtakım cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olur.

Bu çerçevede öncelikle vergi mahremiyetinin ne olduğu ve nasıl olması gerektiği üzerinde açıklamalar yaptıktan sonra mahremiyet ile arasında ince bir çizgi olan ticari sır nedir, bunun içeriği nasıl tespit edilir, müşteri sırrı ya da bankacılık sırrı ile vergi mahremiyetinin ilişkisi nasıl olabilir konuları üzerinde açıklamalar yapacağız.

### A. Vergi Mahremiyeti

Devletin en önemli gelir kaynağını teşkil eden vergileri toplarken devlet sınırsız bir güce sahip değildir. Vergilendirme işlemleri sırasında uyulması gereken kurallar ve bunların sınırları Anayasanın 73. maddesinde belirtilmiştir. Devlet, her ne kadar vergilendirme ilişkisinin güçlü tarafı konumunda olsa da mükellef haklarının korunması açısından da üzerine düşen birtakım görevler vardır. Bu görevlerin en başında gelenlerinden biri vergi mahremiyetinin (VUK m.5) korunmasıdır. Bu durum bir anlamda devletin vergilendirme yetkisinin kullanılması esnasındaki bir denetim mekanizması niteliğindedir.

Vergilendirme işlemleri esnasında devlet kişilerin mülkiyet haklarına yönelik bir müdahalede bulunmaktadır. Bu müdahale esnasında hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmesi zorunluluğu bulunan devletin(Anayasa m.73), herhangi bir şekilde bunu ihlal etmesi hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebileceği gibi kişilerin devlete olan güvenini de sarsabilmektedir.

Vergilendirme işlemleri esnasında Devletin mükellefin şahsı, ailesi, işi, işinin kapasitesi, mal varlığı, kredileri, varsa engellilik durumu (derecesi) vs. gibi durumlar hakkında bilgi sahibi olması normal ve olağan bir durumdur. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde her türlü bilgiyi talep edebilme yetkisine sahip olan Devlet, mükelleflerin vermiş oldukları bilgiler sayesinde sadece vergisel durumları konusunda değil, onların alışkanlıkları, tercihleri, yakınları, servetlerine kadar birçok konuda da bilgi sahibi olmaktadır<sup>15</sup>. Çünkü bu tür bilgiler sayesinde vergi idaresi mükellef ile ilgili vergilendirme işlemlerini doğru şekilde yapabilmektedir. Devletin toplamış olduğu bu bilgileri koruma yükümlülüğü altında olması kişilerin devlete olan güveninin tecelli etmesinde önemli bir durumdur. Bununla ilgili olarak Danıştay vergi mahremiyetinin, mükellefler açısından kendilerine ait gizli bilgileri güvenle vergi dairesine verebilmelerini ve vergi idaresi açısından vergilendirme sürecinin kolay ve sağlıklı olmasını

---

<sup>15</sup> Başaran Yavaşlar, Funda, **Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu**, Vergi Yaptırım Hukuku Sisteminin Sorunları ve Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, 20-21 Mart 2013, < <http://www.fundabasaran.net/> > s.e.t.23.02.2017

sağladığını vurgulamıştır<sup>16</sup>. İdare, kanunda belirtilen açık hükümler dışında, mükelleflerle ilgili bilgileri kendilerinin talep etmesi durumunda<sup>17</sup> vermek durumundadır. Diğer bir ifade ile mükellefler, vergi idarelerine karşı temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilebilecek olan bilgilendirilme hakkına sahiptir<sup>18</sup>. Ancak idare mükellef ile iş yapan herhangi bir üçüncü şahsa VUK m.5 gereğince bilgi vermemelidir. Fakat avukatlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir<sup>19</sup>. Öte yandan, mükellefin kendisi ile ilgili olarak talep etmiş olduğu bilgiyi de vergi mahremiyeti gerekçesi ile de reddetmemelidir<sup>20</sup>.

Vergilendirme ilişkisi kapsamında öğrenilen bilgilerin mükellef ile bilgiyi elde edenler arasında gizli kalması, başka kişilere aktarılmaması vergi mahremiyeti<sup>21</sup> olarak nitelendirilmektedir. Vergi mahremiyeti dendiğinde farklı kanunlarda düzenlemeler<sup>22</sup> olmakla birlikte, ilk karşımıza çıkan hüküm VUK m.5'tir. Mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin sırlar veya gizli kalması lazım gelen diğer hususlar vergisel açıdan mahrem olarak nitelendirilmektedir. Bu bilgileri idare ya bilgi toplama aracılığıyla ya da mükelleflerin beyanlarından elde eder. Her ne kadar idarenin mükellefleri denetleme mekanizmaları mevcut olsa da beyan esasına dayalı olan sistemlerde mükelleflerin kendileri ile ilgili bilgilerin gizli kalacağına olan inancı beyanlarının doğru yapılmasında önemli bir etkidir<sup>23</sup>. Nelerin vergi mahremiyeti kapsamında olacağı ile ilgili olarak İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın yayınlamış olduğu Tamimde<sup>24</sup> açıklamalar yer almaktadır.

---

<sup>16</sup> Danıştay 4.Dairesi, E:2008/836, K:2011/1048, T: 14.3.2011, bkz. Akgül. s.232.

<sup>17</sup> Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 12.07.2004 tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2803-5/933 ile 28.08.2004 tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2803-5-33 özelgeleri; Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 08.09.2000 tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2803-5-805/41932 sayılı özelge : "...mükelleflerin rızalarına dayalı olarak, kendilerine ait bilgileri, vergi dairelerinden istemeleri ve bu bilginin yine kendilerine verilmesi durumlarında vergi mahremiyetinden söz edilemeyeceği tabiidir. Bu nedenle, ... mükellefin bizzat kendisinin, kesinleşmiş herhangi bir cezası bulunup bulunmadığına ilişkin belge istemesi halinde, konunun Vergi Usul Kanununun 5 inci maddesine göre vergi mahremiyetine girmeyeceği..."

<sup>18</sup> Roman Seer, **Almanya'da Vergi Yükümlülerinin Verilerinin Korunması** (Çeviren Oğuz Şimşek): Bahri Öztürk/Funda Başaran Yavaşlar (Editörler )(2010) Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.376.

<sup>19</sup> Danıştay 4. Dairesi, E:2009/695, K:2011/1094, T: 16.03.2011.

<sup>20</sup> Danıştay 4.Dairesi, E:2010/1261, K:2014/762, T:12.02.2014, bkz. Akgül,s.304.

<sup>21</sup> **Taş**, s.57.

<sup>22</sup> 6183 sayılı Kanun m.107 ve 5549 sayılı Kanun m. 22.

<sup>23</sup> Sonsuzoğlu, Elif (2000) Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi S.141. s. 116

<sup>24</sup> **İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı** 02.08.2012 tarih, Seri A, sıra no 284'nolu Tamimde hangi durumlarda ne tür bilgilerin mahremiyet kapsamında olup olmadığı ile ilgili bilgiler yer almaktadır. Bunlardan bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz: sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyen ve kullananların VUK'un 5. maddesinin 5. fıkrasında ismi geçen

Vergi mahremiyetinin kapsamını belirlerken öncelikle mükellef ve mükellef ile ilgili kişilerden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Mükellef, vergi kanunlarına göre üzerine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişi (VUK m.8) olarak tanımlandığı halde mükellef ile ilgili kişi konusunda bir tanım mevcut değildir. Her kanun kendi uygulama alanı içerisinde mükellefin kim olduğunu ilk maddelerinde belirtmektedir. Mükellefin eşinin, çocuklarının, ortaklarının, vergi sorumlusunun, ticari ve mesleki ilişki içinde olduğu kişilerin<sup>25</sup> bu kapsamda olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmamakla birlikte mükellefin yanında çalışanların bu kapsama girip girmediği her olay bazında değerlendirilebilecek nitelikte bir durumdur. İlgili kişiler ifadesini dar yorumlayacak olursak kimlerin bu kapsama girdiği bellidir ve bu şekilde bir yorum vergi mahremiyetinin varlık amacına aykırı<sup>26</sup> bir durumdur. Ancak “mükellef ile ilgili kimseler” ifadesi kapsam açısından yerine göre geniş yorumlanabilecek durumdadır. Örneğin, mükellefin yanında çalışan bir işçinin hakkında icra takibi başlatılmış olmasının, o işçinin mali durumundaki kötülüğün, işten çıkarılmasının vs. gibi konuların ifşa edilmesi mükellefin vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği açıkça ortadadır. Bu durum ancak ilgili işçi için mahrem konular olarak nitelendirilebilir ve kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilir. Ancak mükellefin işi için olmazsa olmaz nitelikte bir işçinin, örneğin makinaların projeleri ve kurulumuyla ilgilenen mühendisin ciddi nitelikteki bir sorunu yüzünden işten çıkacak olması gibi bir bilginin ifşası durumunda mükellefin siparişlerinin iptal edilmesi ve bundan dolayı da mali sıkıntı içine girecek olması halinde vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirmek duruma göre mümkün gözükebilir. Bu durumda da bu bilginin kim tarafında ifşa edilmiş olduğu önem taşımaktadır. Eğer bu bilgi vergi incelemesi sırasındaki yetkili olan kişinin şirket yetkilileri ile görüşmeleri sırasında öğrenilmiş ve bu kişi tarafından ifşa edilmiş ise vergi mahremiyetinin ihlalidir diyebiliriz. Ancak bu bilgiyi işyerinde çalışan başka bir kişi ya da iş yeri dışından herhangi bir kişi ifşa etmiş ise bu durumda vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirmemiz mümkün değildir. Bu durumda bilgiyi ifşa eden kişi hakkında kanunda öngörülen diğer şartların da yerine

---

birlik ve kuruluşlara bildirilmesi ile kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalarla ilgili olarak talep edilecek bilgi ve belgelerin verilebileceği; hakkında bilgi istenen mükellefin vergi levhasında bulunan bilgilerle ikametgah adresi ve halen mükellef olup olmadığı hususlarının bildirilmesi vergi mahremiyetinin ihlali anlamına gelmeyeceğinden, bu bilgilerin icra Müdürlüklerine verilmesinde bir sakınca bulunmadığı; kamu hizmeti gören kalkınma ajanslarına hakkında bilgi istenen mükelleflerin vergi levhasında bulunan bilgilerle ikametgah adresleri ve halen mükellef olup olmadıkları hususlarının bildirilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmayacağı şeklinde açıklamalar yapmıştır.

<sup>25</sup> Karakoç, Yusuf (2014) **Genel Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.528. Candan, Turgut (2010) **Vergi Suçları ve Cezaları**, 3. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, s. 397.

<sup>26</sup> **Başaran Yavaşlar**, dn.13.

gelmiş olması durumunda, Türk Ceza Kanununun özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134,137), ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (m.239) veya göreve ilişkin sırrın açıklanması(m.258) hükümlerine göre işlem yapılması söz konusu olabilir<sup>27</sup>.

VUK m.5'te mükellef ve mükellef ile ilgili kişilerle alakalı bilgilerin vergi mahremiyeti kapsamında olduğundan bahsedilmiş olmakla birlikte kanunda sayılan konularla ilgili bilgiler direkt olarak vergisel ve mali veri niteliğindedir denilememektedir. Bu bilgilerin ifşa edilme ya da kendileri ya da başkaları yararına kullanılması durumunda mükellefi mali açıdan zor durumda bırakacak ve ticari itibar ve çıkarlarına zarar verebilecek<sup>28</sup> nitelikte olması gerekir.

Aynı zamanda bu bilgiler sır ya da gizli kalması gereken diğer hususlar şeklinde olmalıdır. Nelerin sır niteliğinde nelerin de açık bilgi niteliğinde olduğunun tespiti her olayda farklılık arz edebilir. Bir mükellefin ya da bununla ilgili kişilerin işlerine işletmelerine yönelik her türlü bilgi sır niteliğinde değildir. Faaliyet alanı, sektörü, şubeleri vs. gibi durumlar bu kapsamda genel bilgidir denilebilir. Ancak mükellefin iş ortaklığının yaşamış olduğu ticari ya da mali bir sıkıntı, ya da iş ortaklığının sonlandırılacak olması veyahut da ticari açıdan yapılacak bir yatırım dolayısıyla gizli olması gereken bir takım bilgilerin ifşa edilmesi durumunda mükellefin işlerinin bozulacak olması gibi durumlar söz konusu olduğunda bunlar gizli mahrem bilgilerdir denilebilir. Bu açıdan konuya baktığımızda da vergi mahremiyeti ile ticari sır iç içe geçmiş şekildedir. Çünkü iş ve işletmeler ile ilgili bilgiler bazen ticari sır niteliğinde de olabilmektedir. Böyle bir durumda ticari sır niteliğindeki bir bilginin vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilebilmesi için bu bilgiyi ifşa edenin veya kendisi ya da başkası yararına kullanan kişinin statüsü önem kazanmaktadır.

Mükellefin şahsı, işleri ya da işletmeleri ile ilgili bilgileri ifşa eden ve kendisi ya da başkası yararına kullanan kişilerin statüleri vergi mahremiyetinin ihlali olarak nitelendirmede önemli bir unsurdur. Kanun koyucu bu konuda kimlerin kapsam dahilinde olduğunu saymıştır. Kanunda sayılan kişilerin "*görevleri dolayısıyla elde etmiş oldukları bilgileri*" ifşa etmeleri durumunun söz konusu olması lazımdır. Bu açıdan vergi mahremiyetini ihlal sadece kanunda sayılanlar tarafından gerçekleştirildiği için özgü suç olarak değerlendirilmektedir<sup>29</sup>.

Her ne kadar VUK m.5'te sayma şeklinde bir sınırlama varmış gibi gözükse de bazı durumlarda kanun metninde sayılan kişiler dışına da çıkılabilmektedir. Burada önemli olan maddede sayılan kişilerin mükellef ve onunla ilgili

---

<sup>27</sup> Arslan, Çetin (2013) **Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md.362)**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2) 2013, s. 19.

<sup>28</sup> **Karakoç**, s.528.

<sup>29</sup> Şenyüz, Doğan (2015) **Vergi Ceza Hukuku**, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s. 475.



kimselerle alakalı bilgileri görevleri dolayısıyla öğrenmiş olmalarıdır. Bu kişiler görevlerinden ayrılışları dahi mahremiyet ihlalinde bulunmamak zorundadırlar<sup>30</sup>. Buna göre VUK m.5'e göre yükümlü olanlar:

- Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar,
- Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar,
- Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler,
- Vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerdir.

VUK m.5'teki vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar ifadesini ise “*vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşanlar*” ve “*memurlar*” şeklinde ikiye ayırarak değerlendirmek gerekmektedir. Vergi incelemeleri ile uğraşan memurların kim olduğu da VUK m.135'te<sup>31</sup> açıkça belirtilmiştir. Vergi muameleleri ile uğraşan memurlar ki bunlar vergi dairelerinde görev yapan verginin tarhi, tahakkuku, tebliğ ve tahsili ile uğraşan her kademedeki memurları kapsamaktadır. Diğer bir ifade ile vergi dairesindeki şef, müdür, müdür yardımcıları, yazışmaları yapan memurlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli bir konu vardır ki o da “*memur*” terimidir. Kanundaki bu ifadeyi sadece lafza bakarak yorumlamamak gerekmektedir. Çünkü vergilendirme işlemleri sırasında memur kadrosunda olmayıp da vergi ile ilgili bir takım bilgileri öğrenip ifşa edenler de vergi mahremiyetini ihlali suçunun faili ve /veya iştirakçisi olabilirler. 657 sayılı kanunun 4A maddesine göre mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulamasında memur sayılır, demektir. Ancak devletin idari yapılanması kapsamında memur sıfatı taşıyanlar dışında sözleşmeli personel (657 s. Kanun m. 4-B), geçici personel (657 s. Kanun m. 4-C) ve işçiler (657 s. Kanun m. 4-D) de bulunabilmektedirler.

Burada dikkat edilmesi gereken konu vergi muameleleri yaparken elde edilen bilgilerin ifşa edilmesi halidir. Vergilendirme işlemleri ile ilgili olmadığı halde vergi dairesinde işçi kadrosunda çalışan bir temizlikçinin veya çaycının vergi dairesindeki memurların işlemlerini yaptıkları sırada öğrenmiş oldukları bilgileri ifşa etmeleri halinde durum nasıl değerlendirilecektir? Kanunun

---

<sup>30</sup> Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami (2014) **Vergi Hukuku**, 23. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, s.214. **Candan**, s.400.

<sup>31</sup> Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.



hükümünün dar yorumlanması esaslı kabul edilecek olursa bu kişilerin vergi mahremiyeti suçunu işlemediği sonucuna varılabilir. Çünkü bu kişiler vergi muameleleri ile ilgilenmemektedirler. Bunun aksine kanun hükmünü geniş yorumlayacak olursak bu kişiler de vergi dairesinde çalışmaktadırlar ve her ne kadar direkt olarak vergi muameleleri yapmasalar da görevleri icabı vergilendirme ile alakalı birtakım bilgiler elde edebilmektedirler ve bu bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bunlar için de mevcuttur. Bu açıdan bakıldığında vergi dairesindeki bu işçilerin de vergi mahremiyetini ihlal suçunu işlediği ileri sürülebilir. Diğer bir ifade ile vergi dairesindeki görevleri esnasında vergilendirme işlemleri ile ilgili konularda bilgi sahibi olan kişiler elde etmiş oldukları bu bilgileri saklamakla yükümlüdürler. Bu kişilerin hukuki statüleri her ne kadar memur olmasa da vergi mahremiyetine riayet etmeleri ve hiçbir şekilde, istisnai durumlar hariç, görevleri gereğince elde etmiş oldukları bilgileri ifşa etmemeleri gerekmektedir. Bu durumda, VUK m.5''in kapsamının genişletilmesinde<sup>32</sup> fayda olacağı kanaatindeyiz. Ancak kişi görevi sebebiyle değil de dolaylı yollardan<sup>33</sup> mükellef veya onunla ilgili kişiler hakkında bilgi sahibi olur ve bunu ifşa ederse bu durumda vergi mahremiyetinin ihlalden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin bir vergi hakimi, avukat bir arkadaşını ziyaret esnasında onun müvekkilinin vergiyle ilgili bilgilerini öğrenir ve bunu ifşa ederse bu durumda vergi hakimi açısından vergi mahremiyetini ihlal gerçekleştirmiş diyemeyiz. Çünkü burada görevi icabı öğrenme değil, hakim ile avukatın dostluk<sup>34</sup> ilişkisi çerçevesinde ziyaret esnasında bir öğrenme durumu vardır. Bu durumda koşulları varsa TCK m.239'a veya TCK m.134 ve devamı maddelerinin uygulanması söz konusu olabilir.

*“Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar”* ifadesinin geniş yorumlanması durumu vergi dairesi dışında olup da vergi muameleleri ile muhatap olan diğer kişiler için de geçerlidir. Özellikle aramalı inceleme sırasında görev yapan polis memurları veya aramalı inceleme kararı veren hakimler de bu kapsamdadır. Çünkü bu hakimler aramalı incelemeye karar verirken mükellef hakkında bilgi sahibi olabildiği gibi aramada hazır bulunan polisler de iş yerinin aranması sırasında mükellefler hakkında bilgi sahibi olabilmektedirler.

Vergi Usul Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde mahkemelerde *“görevli olanlar”* ifadesi sadece hakim ve savcılarını kapsamamaktadır. Bunlar yanında ilgili mahkemelerde görevli olan, kalem memuru, zabıt katibi, yazı

---

<sup>32</sup> Funda Başaran Yavaşlar, dn.13

<sup>33</sup> Uğur, Hüsamettin/ Elibol, Mert (2016) **Açıklamalı İçtihatlı Vergi Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, s.556.

<sup>34</sup> **Sonsuzoğlu**, s.124.

işleri müdürü gibi kişiler de bu kapsamda<sup>35</sup> değerlendirilirler ve mahremiyet hükümlerine riayet etmek zorundadırlar. Bunların yanı sıra adli yargıda görev yapan hakim ve savcılar kanun metninde yükümlü olarak sayılmamakla birlikte, vergi suçları ile ilgili yargılama sürecinde görev aldıklarından ve mükellef ve onunla ilgili kişiler hakkında bilgi sahibi olabildiklerinden dolayı vergi mahremiyetine uymak zorundadırlar.

Vergi kanunları gereğince kurulan komisyonlara (uzlaşma, takdir, tadilat vb.) iştirak eden memur ya da memur olmayan kişiler<sup>36</sup> ile vergi işlemlerinde yararlanılan bilirkişiler de vergi mahremiyetine uymak zorunda olan kişiler arasında sayılmışlardır.

Vergi mahremiyeti ile ilgili olarak Vergi Usul Kanunu dışındaki diğer kanunlara baktığımızda ise ilk olarak vergilendirme işlemlerinin son aşaması niteliğinde olan tahsil sürecindeki mahremiyet ve sır saklama yükümlüğü karşımıza çıkmaktadır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunun 107. maddesine göre *“amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususlar”*ın ifşa edilmesi suç olarak nitelendirilmiştir. Hangi durumlarda paylaşılan bilgilerin suç kapsamında olmadığı da ilgili maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Aynı zamanda 6183 sayılı Kanun kapsamında yükümlü olanlar ise tek tek sayılmamakla birlikte kanunun uygulanmasında yetkili olanlar şeklinde ifade edildiği için her olayın durumuna göre bu nitelendirme yapılabilecektir.

6183 sayılı AATUHK m.107 her ne kadar VUK m.5 ile aynı yönde düzenlemeler içermekteseyse de, mahremiyetin ihlalinin kimler tarafından gerçekleşebileceği ile ilgili VUK m.5'teki düzenlemenin kapsamı 6183 sayılı Kanunun 107. maddesine göre daha dardır. 107. maddede *“Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kişiler”* ifadesine yer verilerek geniş bir çerçeve çizilmiştir. Her olayın özelliğine göre bir ihlal olup olmadığı nitelendirilebilecektir. Aynı zamanda, VUK m.5'teki düzenleme verginin tahakkukuna ilişkin olmasına rağmen, 6183 sayılı Kanun kamu alacağının tahsili aşamasına yöneliktir. Ancak 6183 sayılı Kanunda sayılan bu kişilerin elde etmiş oldukları bilgiler sadece tahsil ile ilgili olmayıp tahakkuktan tahsile kadar her aşamada elde edilen bilgiler olabilmektedir ve tüm bu bilgilerin saklanması yükümlülüğü mevcuttur.

Bununla birlikte her iki kanun hükmüne göre cezalandırma TCK m.239'a göre yapılacak olmasına rağmen suçun oluşumu konusunda iki kanunda farklılık mevcuttur. 6183 sayılı Kanun m.107 kapsamında bir suç nitelendirmesi

---

<sup>35</sup> Sonsuzoğlu, s.122.

<sup>36</sup> Edizdoğan, Nihat /Taş Metin/Çelikaya Ali(2007) **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, s.166.

yapılabilmesi için sırların ve gizli kalması lazım gelen diğer hususların ifşa edilmesi yeterli iken VUK m.5'teki mahremiyetin ihlal edilebilmesi için ifşa edilme yeterli olduğu gibi kişi ifşa etmeksizin bir bilgiyi kendisi veya başkası lehine kullansa da suç meydana gelmiş olur<sup>37</sup>.

Vergilendirme ve kişilerin mali durumlarına ilişkin bilgilerin saklanması yükümlülüğü ile ilgili diğer bir düzenleme de 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 22<sup>38</sup>. maddesinde mevcuttur. Buna göre, kanunda sır saklama yükümlülüğü olanlar görevleri dolayısıyla kişilerin ve bu kişilerle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ve mesleklerine ilişkin olarak öğrendikleri sırları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. VUK m.5'teki yükümlülerle ilgili sıralamanın aksine bu kanun hükmünde de 6183 sayılı Kanundakine paralel bir düzenleme yapılmıştır. "*Görevleri dolayısıyla*" ifadesi kullanılmış olup bu kanun uygulaması kapsamında bilgi sahibi olanlara bir yükümlülük getirilmiştir.

Mahremiyet ihlali durumunda özellikle belirtilmesi gereken bir durum vardır ki o da idarenin sorumluluğu ile ilgilidir. Herhangi bir şekilde mahremiyeti ihlal eden kişinin hukuki sorumluluktan kurtulmuş olması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır<sup>39</sup>.

## B. Ticari Sır

Ticari faaliyet içerisindeki gizli nitelikteki bilgiler diğer ifade ile ticari sırlar, ticari işletmelerin ve şirketlerin rekabet etmelerinde, piyasadaki güçlerini belirlemede önemli bir faktördür. Bu açıdan ticari sırların saklanması ve korunması işletmeler ve şirketler açısından olmazsa olmaz durumlardandır.

Kamuya açık olmayan, herkes tarafından hukuka uygun yollarla ulaşılması mümkün olmayan bilgiler gizli bilgidir. Bir şirketin ticaret sicil kaydı ile ilgili bir takım bilgiler, örneğin hangi ticaret odasına kayıtlı olduğu, kuruluş tarihi, ortakları vs. gibi bilgiler kamuya açık olup herkes tarafından rahatlıkla ulaşılacak bilgiler olduğundan dolayı gizli değildirler. Buna karşılık, bir şirketin başka bir şirket ile yapmış olduğu işbirliğinin içeriği ile ilgili bilgiler,

---

<sup>37</sup> Şenyüz, s. 474.

<sup>38</sup> "Aşağıda yazılı kimseler görevlerinden ayrılırsa dahi, görevleri dolayısıyla kişilerin ve bu kişilerle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ve mesleklerine ilişkin olarak öğrendikleri sırları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar:

- Koordinasyon Kurulu Başkan ve üyeleri, denetim elemanları ile Kurul personeli.
- Bilgilerine ve ihtisaslarına başvuru alan kişiler.
- Bu bilgileri görevleri dolayısıyla öğrenen diğer kamu görevlileri."

<sup>39</sup> Bayraklı, s.85.

örneğin işbirliğinin kapsamı, süresi, mali yükümlülükleri vs. gibi bilgiler ilgili şirketler açısından gizli bilgilerdir.

Ticari sır ile ilgili olarak mevzuatımızda açıkça bir tanımlama bulunmamakla birlikte Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında ticari sırrın tanımı ilk defa yapılmıştır. Bu tasarı kanunlaşmamış olmakla birlikte bize ticari sırrın tanımı konusunda bir fikir verebilmektedir. Buna göre *“Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağıları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri”* ifade etmektedir.

Doktrinde de ticari sır *“bir ticari işletme ve şirketin faal olduğu alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensuplarınca bilinen, rakiplerince bilinmemesi gereken ve üçüncü kişilere (kamuya) açıklanmaması gereken, işletmenin başarısı için gerekli olan bilgi olduğu”*<sup>40</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu tanımlamadan hareketle bir bilginin ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için birtakım unsurların olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, ticari sır denilebilmesi için öncelikle bir işletme veya şirket ile ilgili bir bilgi olması gerekir, bu bilginin işletme veya şirketin ticari faaliyeti ile ilgili olması gerekir, ticari olan bu bilginin bir değer ifade etmesi gerekir, bilgi gizli olmalıdır, bilginin saklanması konusunda kişinin menfaati olması gerekir, bilginin açıklanması konusunda bir irade beyanı olmamalıdır diğer bir ifade ile bilgi sahibi ilgili bilgiyi sır olarak saklama yönünde iradesini kullanmalıdır. Bu unsurları genel olarak inceleyecek olursak;

- Ticari sır nitelendirmesi yapılabilmesi için öncelikle bir **işletme veya şirketin ticari faaliyeti ile ilgili** olan ve **sır niteliğinde** bir bilginin olması gerekir. Aynı zamanda bu bilginin işletme ya da şirketin ticari hayattaki devamlılığı ve başarısını direkt olarak etkileyebilecek nitelikte olması gerekir. Örneğin, bir şirketin üretimini yapmış olduğu ürün ile ilgili formül ticari sır niteliğindedir. Çünkü bu bilginin duyulması durumunda şirketin rakip firmalar ile rekabet etme gücü zayıflayabilir.

---

<sup>40</sup> Turanboy, Asuman (2006) **Ticari Sır**, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, 2006, s.368

- Bu durum aynı zamanda ticari sır niteliğindeki bilginin **ticari değer ifade etmesi** gerektiği sonucunu doğurur. Bu ise bilgiyi elde eden açısından değil ticari işletme ya da şirket için bir değeri ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile alıcı açısından değerli olmayan ancak şirket hakkında değerli bir bilginin ifşa edilmesi de ticari sırrın ifşası anlamındadır<sup>41</sup>. Aynı zamanda bu bilginin sahibi tarafından fiilen kullanılmaması onun ticari bir değeri olmadığı anlamına gelmemektedir. Örneğin, sağlık sektöründeki bir şirketin yurt dışında ürün sattığı şirketlerin listesinin inşaat sektöründeki başka bir şirketin eline geçmiş olması durumunda ticari bir sırrın ifşası söz konusu olmaktadır. İnşaat sektöründeki bir firma için değer arz etmeyen müşteri listesi ilgili şirket açısından değerlidir ve onun ticari sırrıdır.
- Ticari sırların unsurlarındaki **menfaat** faktörü de ayrı bir önem arz etmektedir. Çünkü ticari bilginin sır olarak saklanması işletme ya da şirketin menfaatinin olması demek, işbu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi durumunda sır sahibinin zarar görebilecek olması demektir. Üçüncü kişilerce öğrenilmesinden kasıt, kişinin ticari bilgilerinin kendisinin iradesiyle beyan ettikleri dışındaki kişilerce bilinmemesini ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında ticari sırrın unsurlarından **gizlilik tam bir gizlilik değil, kısmi bir gizlilik** olarak da nitelendirilebilir. İşletme, şirket ya da tacirin kendisinin ve çalışanlarının veya iş ortaklığı yaptığı kişilerin veyahut da alım satım ilişkisindeki diğer tarafın sahip olduğu bilgiler iş bu bilgilerin gizli ya da sır olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Ticari bilgiler birden fazla kişi tarafından bilinmekte ancak herkes tarafından bilinmesi gibi durum söz konusu olmadığından dolayı ticari sır kapsamında değerlendirilmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında<sup>42</sup> ticari sır ile ilgili olarak *“ticari sır kavramının en önemli unsurunun toplumun bilgisi dâhilinde olmama veya ilgili alanda rakip firmalarca bilinmeme şartının olduğu”* belirtmiştir. Ürün maliyet ve fiyatlandırma bilgileri, proje çizimleri, işletmeye ait planlamalar, mühendislik raporları ve projeleri gibi bilgiler ticari sır kapsamında değerlendirilmektedir.
- Gizlilik ile ilgili olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus da işletme, şirket ya da **tacirin ticari nitelikteki bilgilerin saklanması konusunda tedbir alması** ile ilgilidir. Ancak burada kastedilen makul nitelikteki önlemlerin alınmasıdır, ticari sır sahibine aşırı maddi yük getirecek

---

<sup>41</sup> Aksi görüş için, bkz. Gürbüz Usluel, Aslı Elif (2009), **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Vedat Kitapçılık, s. 41.

<sup>42</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2004/7827, K:2005/5755, T:02.06.2005

önlemlerin bunun dışında olduğu açıktır<sup>43</sup>. Burada nelerin alınabilecek önlem olduğu nelerin bunlar dışında olduğu da ticari örf ve adetlere göre belirlenebilmektedir. Örneğin, iş sözleşmesi, ortaklık ya da partnerlik sözleşmesi imzalanırken sözleşmede bilgilerin gizliliği ile ilgili hükümler konulması veya sır niteliğindeki bilgileri ayrı bir belge şeklinde imzalanması ve saklanması, vs. Ancak hayatın olağan akışı ve ticari örf ve adetler gereğince ticari bir bilginin gizli kalması gereken durumlarda işverenin ya da tacirin herhangi bir şekilde gizli kalacağına dair işçisini veya karşı tarafı açıkça uyarmanın olması onun bu bilgilerinin ifşa etmesini haklı kılmaz. Bu gibi durumları da ticari sırrın ifşası olarak değerlendirmek gerekir.

Bütün bu unsurları da göz önüne aldığımızda ticari sırrı, bilinmesi halinde bir şirket ya da tacirin rakiplerine veya 3. kişilere karşı ekonomik ve ticari anlamda zor durumda kalacağı bilgiler olarak tanımlamamız mümkündür. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, ticari sır nitelendirmesi yapabilmek için şirketin gizli tutma iradesinin olması tek başına bir bilginin sır olarak nitelendirilmesinde yeterli değildir<sup>44</sup>. Aynı zamanda bu bilginin işletme ya da şirket için değerli olması ve kamuya mal olmamış veyahut da özelliği gereği herkes tarafından bilinebilecek nitelikte olmaması gerekir. Bundan dolayı da bir bilginin ticari bir sır olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Tacirin, işletmenin ya da şirketin ticari sırrının korunması ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanununun 54 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümleri uygulanmaktadır. Hangi fillerin haksız rekabet olarak nitelendirileceği TTK m.55'te belirtilmiş olup bunlar sınırlı şekilde sayılmamıştır<sup>45</sup>. Kanun hükmünde de açıkça görüleceği üzere, belirtilen durumlar başlıca haksız rekabet oluşturan fillerdir. Bunlarla aynı kapsamdaki başka bir fiil de haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir.

Ticari sırlarla alakalı olarak da aynı maddenin d) bendinde şu ifadeler yer verilmiştir “üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur”. Buradan da açıkça görülmektedir ki herhangi bir şekilde ticari sırların ifşa edilmiş olması TTK'ya göre haksız rekabet olarak nitelendirilmekte ve ona göre de yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ancak kanun hükmünde ticari sırların gizlice ve izinsiz olarak ele geçirilmesinden veya hukuka aykırı şekilde öğrenilmesinden bahsetmiştir. Her ne kadar kanun

---

<sup>43</sup> Gürbüz Usluel, s. 37.

<sup>44</sup> Gürbüz Usluel, s. 10

<sup>45</sup> Bilge, Mehmet Emin (2005) **Ticari Sırların Korunması**, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 53.

hükümünde bu şekilde bir ifade tarzı kullanılmış olsa da üretim ya da iş ile ilgili olarak hukuka uygun şekilde elde edilen bir takım bilgilerin ifşası durumu da ticari sırların ifşası kapsamında değerlendirmek gerekir<sup>46</sup>. Bir işleme ya da şirkete ait bir bilgiye kendi bünyesinde çalışan kişilerin ulaşması hukuka uygun olabilmektedir. Ancak bu bilgiyi ilgili kişilerin başka işletme ya da şirketler lehine kullanmaları durumunda ticari sırrın ifşasının söz konusu olması gerekmektedir. Buna karşılık bu konuda Yargıtay aksi yönde karar vermiştir.11. Hukuk Dairesi hüsnüniyet kurallarına uygun olarak elde edilmiş sıklardan yararlanma durumunun hukuka aykırı sayılmayacağı, bundan dolayı da gizli bilgilerin iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde edip, bunun istismar edildiğini söylemenin mümkün görünmediği yönünde karar vermiştir<sup>47</sup>.

Bununla birlikte, TTK m.527’de genel anlamdaki sır saklama yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bu madde yanında aynı kanunun 404. maddesinde de denetçilerin sır saklamasından doğan sorumluluğu ile ilgili hükümler mevcuttur. Aynı zamanda TTK 447. maddede bilgi alma hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılırken, anonim şirket pay sahiplerinin isteyeceği bilgilerle ilgili olarak kısıtlama şirket sırlarına yöneliktir (TTK m. 437, f.3). Talep edilen bilginin verilmesi halinde şirket sırlarının ifşa edilecek veya korunması gereken diğer şirket menfaatleri tehlikeye düşecek olması durumunda genel kurul pay sahiplerinin bilgi isteme taleplerini reddedebilir. Aynı maddenin 4. fıkrasında da şirketin ticari defterleri ve yazışmalarının incelenebilmesi de genel kurulun vereceği açık izin veya yönetim kurulunun bu konuda vereceği karar ile olabilmektedir. Tüm bu düzenlemeler de bize göstermektedir ki TTK ticari sırların korunması ve gerekli görüldüğü takdirde izinle paylaşılması konularında birtakım düzenlemeler<sup>48</sup> getirmiştir.

Ticari sırların korunması konusunda Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda(RKHK) da düzenlemeler mevcuttur. Rekabet kurumunda görev yapan personel görevi icabı işletme ve şirketlerin rekabet hukuku kapsamında üçüncü kişilerin bilmemesi gereken bir takım bilgileri öğrenebilmektedirler. Ancak bu

---

<sup>46</sup> Bilge, s. 53.

<sup>47</sup> Moroğlu, Erdoğan / Kendigelen, Abuzer (2014) **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. Baskı, İstanbul, XII Levha, s.104. “...davalının, davacı firmada çalışmış olduğu dönemde, patent haklarına konu teknik haricinde, elde ettiği gizli bilgilerin ne tür bilgiler olduğu ve bunların mahiyetine dair belge ya da açıklamaya rastlanmadığı, davalının, davacının izni olmaksızın onun gizli tuttuğu bilgileri, hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak elde ederek, haksız yere faydalandığı kanaati oluşturan bir unsur bulunmadığı, hüsnüniyet kurallarına uygun olarak elde edilmiş sıklardan yararlanma ise hukuka aykırı sayılmayacağı, bu nedenle, davalının, davacının gizli bilgilerini iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde edip, bunu istismar ettiğini söylemenin mümkün görünmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmesi yerindedir.”

<sup>48</sup> Çalışmamız kapsamında bu maddelerle ilgili detaylara girilmeyecek olup sadece ticari sır ile ilgili hükümleri belirtmek amacıyla kısa açıklamalar yapılmıştır.



bilgilerin korunması esası gereğince RKHK'nun 25. maddesine göre Rekabet Kurulu üyeleri ve personeli Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve bu Kanunun uygulanması sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa edemezler, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamazlar. Ancak bu tür bilgileri kullanmaları durumunda kendileri hakkında ne gibi bir yaptırımın öngörüldüğü kanunda açıkça belirtilmemiştir. Buna karşılık RKHK m.60 gereğince Kurul başkan ve üyeleri ile personeli görevleriyle ilgili olarak işlemiş oldukları suçlardan dolayı cezai sorumluluk açısından kamu görevlisi sayılmış olduklarından dolayı, herhangi bir şekilde 25. maddenin ihlal edilmesi durumunda da kamu görevlilerinin sorumluluğu ile ilgili hükümler uygulanması gerekir. Ancak aynı maddedeki açık hüküm gereğince bu kişiler hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanamaz.

Ticari sırrın ihlalinden bahsedilmek için, yukarıda özellikleri sayılmış olan bilgilerin haksız olarak elde edilmiş olması ve bu bilgilerin haksız şekilde kullanılması ve haksız olarak ifşa edilmiş olması gerekmektedir.

Doktrinde her ne kadar *“vergi mahremiyeti ile mükelleflerin ticari sırlarının korunması amaçlanmıştır”*<sup>49</sup> veya *“vergi gizliliğine ilişkin hükümler ticari hayatın korunmasına yöneliktir”*<sup>50</sup> şeklinde görüş yer almış olsa da ticari sır ile mali sır ya da vergi mahremiyeti birbiriyle çok ilişkili ancak farklı durumları ifade etmektedir. Vergi mahremiyeti ile ilgili düzenlemede mükelleflerin işletmelerine yönelik olarak birtakım bilgilerin öğrenilmesinden bahsedilmekle birlikte, burada mükelleflerin mali açıdan veya vergisel açıdan zor durumda bırakılma durumu ön plandadır. Buna karşılık, ticari sırrın kapsamı daha geniş olup, işletme ya da şirketi mali açıdan zor duruma sokmamakla birlikte ticari itibarını zedeleyecek nitelikteki bir bilgi de ticari sır kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Ticari sır ile vergi mahremiyeti arasındaki ilişkiye bakılacak olursa şu sonuca varmamız mümkündür. Vergi sırrı veya mahremiyeti olarak nitelendirilecek bilgilerin kanunda sayılı belirli kimseler tarafından ifşa edilmiş olması hukuka aykırı olup, yaptırım gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında bu suçu sadece idari kadrolarda görev yapan kişiler(memur, işçi, vs. gibi) işleyebilmektedirler. Diğer bir anlatımla belirli görevdekilere mahsus (özü) bir suç şeklidir. Şirket bünyesindeki bir işçi veya ortak bu suçun faili olamaz ancak ticari sır konusunda durum daha farklıdır. Herhangi bir işyerindeki işçi kendi menfaati için veya 3. kişilerin menfaati için sır niteliğindeki bilgileri açıklayabilir ve bunun sonuçlarına

---

<sup>49</sup> Aslan, Memduh (2008) **Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımların Etkinliği**, 1. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, s.42.

<sup>50</sup> **Edizdoğan/ Taş/ Çelikkaya**, s.163.



da katlanmak durumundadır. Ancak bu konudaki şu detaya da dikkat çekmek gerekmektedir. Vergi kaçırmanın önlenmesini sağlamak amacıyla 1905 sayılı Kanun<sup>51</sup> hükümlerine istinaden ihbar ikramiyesi ödenmektedir. Bu kapsamda şirket bünyesindeki bir muhasebeci ya da bir işçinin şirketin vergi kaçırdığına dair somut bilgiler vererek ihbarda bulunması halinde diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda ihbar ikramiyesine hak kazanmaktadır. Böyle bir durumda ihbar eden kişi şirketle ilgili sadece mali bilgileri mi ifşa etmiştir yoksa şirketin ticari sırrını da ifşa etmiş midir şeklindeki sorunun cevaplandırılması önem arz etmektedir. Bu soruya Yargıtay olumsuz cevap vermiştir<sup>52</sup> ve “... vergi mükelleflerinin, kanunlar icabı mecbur buldukları vergileri tam ve zamanında vermeleri esas olup aksi halde devletin bunu temin için gerekli araştırmaları ve işlemleri yapması yetki ve görevi icabı olduğu cihetle, vergi kaçırmanın ve bunun yöntemlerinin kanunla korunan iş sırrı olarak kabulü, bir kanunla gayrimeşru kabul edilenin bir diğer kanunla korunması olur ki; kanun vazının amacının bu olmadığı aşıkardır. Bu sebeplerle; sanığın eylemi daha önce ortağı ve muhasebecisi olduğu şirketin vergi kaçırdığını resmi makamlara ihbar etmekten ibaret olup mahkemenin kabulü de bu yönde olduğuna göre, bu eylemin Türk Ticaret Kanununun 363. maddesinde yaptırım altına alınan iş sırrının korunması ile ilgili olmadığı dikkate alınmaksızın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyet kararı verilmesi, Yasaya aykırı ...” şeklinde karar vermiştir. Bu açıdan bakıldığında da vergisel bir durumun işçi ya da muhasebeci tarafından yetkili makamlara ifşa edilmiş olması durumunda, 1905 sayılı Kanun hükümlerine uymak şartıyla, ticari sırrın ifşası veya vergi mahremiyetinin ihlali söz konusu olmamaktadır<sup>53</sup>.

Ticari sır kavramı işletmelerin ve şirketlerin, ticari, ekonomik ve mali durumlarını etkileyebilecek nitelikte olabilmektedir. Ticari sır denildiğinde her türlü tacir, işletme ve şirketler için geçerli olan, bunların ticari hayatlarına ilişkin bilgiler kapsamına girdiği halde müşteri sırrında ticari şirketler yanında belirli sektörlerde, özellikle bankacılık ve/veya finans sektöründe, faaliyet gösteren şirketler kapsam dâhilindedir. Bu sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerin sırrları da her halükarda ticari sır kapsamında değerlendirileceği için, müşteri sırrını da ticari sır kapsamında değerlendirmek mümkündür<sup>54</sup>. Ancak buradaki

---

<sup>51</sup> 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun

<sup>52</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E:1987/1469, K:1987/2337, T:17.03.1987, <www.kazancı.com> s.e.t.23.02.2017.

<sup>53</sup> Ancak bu durumda işçinin veya muhasebecinin vermiş olduğu bilgilerin gerçeği yansıtmaması durumunda işletme ya da şirket ilgililer hakkında hukuki ve cezai sorumlulukla ilgili işlemlerin yapılmasını talep edebilirler. Burada korunmak istenen amaç kamu menfaatidir, vergi kaçırmanın önlenmesidir. Ancak bu amaçtan hareket edilerek yapılan bir düzenlemenin de mükellefler aleyhine kullanımı önlemek amacıyla mesnetsiz ihbarlar olması durumunda ihbarda bulunanlar ile ilgili hukuki ve cezai işlemler yapılmaktadır.

<sup>54</sup> **Turanboy**, s.364

nüans bilginin kim tarafından ifşa edildiği ile ilgilidir. Eğer bankacılık ve/veya finans sektöründeki bir şirket müşterilerine ait bilgileri ifşa etmiş ise bu durumda ticari sırdan değil müşteri sırrının ifşasından bahsedebiliriz. Ancak, ilgili sektördeki şirketin müşterilerinin sırrı başka şirketler tarafından elde edilmiş ise bu durumda ticari sırrın ifşası söz konusudur<sup>55</sup>. Müşteri sırrı da ticari sır ile iç içe geçmiş konumdadır.

Müşterilerinin menfaatlerinin korunması ve onların şirketlere olan güvenin devam etmesi açısından müşteri sırrı önemlidir. Her ne kadar banka ve/veya finans sektöründeki şirketler açısından önem arz etse de müşteri sırrının ne olduğu ile ilgili bir tanım Bankacılık Kanununda<sup>56</sup> yer almamaktadır. Doktrinde<sup>57</sup> farklı şekillerde tanımlanabilen müşteri sırrı, işletmelerin ticari faaliyetleri sırasında müşterileri ile ilgili olarak öğrendikleri, gizli tutmak zorunda oldukları bilgileri ifade etmektedir<sup>58</sup>. Müşterilerinin iktisadi durumları, ödeme güçleri, yatırımları ve kredileri gibi bilgiler bu kapsamda değerlendirilebilmektedir.

Bu konuda bizlere yol gösterici nitelikte olabilecek olan bir tanımlamayı Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2. maddesinde görmekteyiz. Buna göre, *“ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşterileri ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler”* müşteri sırrı olarak değerlendirilmektedir.

Müşteri sırrı olarak ifade edilen bilgiler müşterinin ilgili banka, finans kuruluşu vs. irtibata geçerken vermiş olduğu bilgiler olabildiği gibi, ilgili şirketler ile herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadan önceki bilgilerini de kapsamaktadır. Diğer bir ifade ile bankanın müşterisi ile ilgili olarak edinmiş olduğu tüm bilgiler<sup>59</sup> müşteri sırrı kapsamına girmektedir. Bir banka müşterisine kredi vereceğinde, müşterisinin gayrimenkulleri, mal varlığı, maaşı hakkında bilgi sahibi olabilmektedir. Hatta daha önce aldığı krediler hakkında da bilgi sahibi olabilmektedir. Bu çerçevede, eğer banka müşterisinin kendisi ile sözleşme yapmadan önceki durumlarına ilişkin bilgileri paylaşır ise bu durumda müşterisinin sırrını ifşa etmiş olur ve cezalandırılması gerekir.

5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 73. maddesinde bankaların müşterilerine ait sırların açıklanmasını yasaklamıştır. Ancak kanunun açık düzenlemesinden

---

<sup>55</sup> Bilge, s.35.

<sup>56</sup> 19.01.2005 tarih ve 25983 nolu Resmi Gazete.

<sup>57</sup> Bkz. Reisoğlu, Seza (2007), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt II, Ankara, Yaklaşım Yayınları s. 993. Alıcı, Yaşar (2007), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yayınevi, s.791.

<sup>58</sup> Bilge, s. 34.

<sup>59</sup> Turanboy, s.364.

de anlaşılacağı gibi “*kanunen açıkça yetkili kılınan mercilere*” verilen müşterilere ait sırlar sırrın ifşası olarak nitelendirilemez. Örneğin, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun 2. maddesi gereğince bankalar bildirim yükümlülüğü altındadırlar. Bildirim yükümlülüğünün kapsamına müşteriye ait ticari, mali vs gibi konulardaki bilgiler girmektedir. Bir banka müşterisi ile ilgili olarak Kanun gereğince bildirimde bulunduğu anda müşteri sırrını ifşa etmiş sayılmamaktadır.

## II. KİŞİSEL VERİLER İLE VERGİ MAHREMİYETİ İLİŞKİSİ

Kişisel verilerin korunması hakkı sayesinde bireye ilişkin verilerin toplanması, işlenmesi ve devri esnasında bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile bireylerin kendilerine ait verilerle ilgili olarak karar verme özgürlüğü korunmaktadır<sup>60</sup>. Bu hak Anayasa’da kişilere tanınmış olup, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir.

Özel hayatın gizliliği ile ilgili temel düzenleme Anayasa’nın 20. maddesinde olmakla birlikte, farklı kanunlarda kendi uygulama alanları içerisinde özel hayat, mahremiyet, sır saklama yükümlülüğü vs. gibi düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin gelişen ekonomik, sosyal ve teknolojik hayat karşısında yeterli olmaması ve bu eksikliğin kapatılması amacıyla 24 Mart 2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kabul edilmiştir. Kişilerin özel hayatının gizliliğinin yanında temel hak ve özgürlüklerinin de korunmasının sağlanması amacıyla hareket edilmiştir.

İlgili Kanun ve vergi mahremiyeti ile ilgili değerlendirmeler yapılmadan önce veri ne demektir, bu çerçevede kişisel veri ne demektir sorularının cevaplarının verilmesi gerekmektedir.

Veri, bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri<sup>61</sup> ifade eden bilgidir, diğer bir anlatımla somut bir gerçekliğe dayanan her türlü bilgi veriyi ifade eder<sup>62</sup>. Her ne kadar farklı devlet uygulamalarında değişik tanımlamalar ile karşılaşılması mümkün olsa da korunan değer açısından bir farklılık olmadığı görülebilmektedir<sup>63</sup>. Verilerin kullanılması sadece kanunda belirtilen durumlarda ve yine kanunda belirtilmiş kişiler vasıtasıyla gerçekleştirilebilir<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Şimşek, s.120-121.

<sup>61</sup> 5651 sayılı **İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, m-2, f.1,k.**

<sup>62</sup> Selçuk, Turan Hasan, **50 soruda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 1, İstanbul, <www.hsturan.com>

<sup>63</sup> Henkoğlu, Türkay (2015) **Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.28.

<sup>64</sup> **Seer**, s.377.

Bu konuyla ilgili olarak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 95/46/CE nolu Direktifi'nin 2-a)<sup>65</sup> maddesinde “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi*” kişisel veri olarak nitelendirilmiştir. Bu verinin doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmiş olmasının önemi bulunmamaktadır. Her ne kadar bu Direktif 2016/679 sayılı Avrupa Konseyi Yönetmeliği<sup>66</sup> ile iptal edilmiş olsa da kişisel veri ile ilgili tanımlamada hareket noktası olmuş, kapsamı aynı kalmıştır. Ancak ilgili yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlaması yapılan kişisel verinin kapsamına nelerin girebileceği önceki 95/46/CE Direktifine göre biraz daha detaylı belirtilmiştir. Bu çerçevede, kişinin ismi, kimlik numarası, ikametgah yerine yönelik bilgiler, kişinin elektronik ortamdaki bilgileri ve kişinin kimliğini ortaya çıkarmaya yönelik her türlü bilgi kişisel veri kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda KVKK'da kabul edilen tanım da Avrupa Konseyinin yönetmeliği ile aynı yönde olmuştur. Kanunun 3. maddesi “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” kişisel veri şeklinde tanımlamıştır. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de aynı tanımlama yer almaktadır.

Kanunun bu ifadesinden de anlaşıldığı gibi koruma sadece gerçek kişilere yönelik olup tüzel kişiler koruma kapsamında değildir. Bu açıdan vergi mahremiyetinden farklılık arz etmektedir. KVKK'dan farklı olarak VUK m.5'te kanun koyucu *mükellef ve onunla ilgili kimseler* ifadesini kullanmıştır. Benzer bir durum 6183 sayılı Kanunun 107. maddesinde de *amme borçlusu ve onunla ilgili kimseler* ifadesi ile karşımıza çıkmaktadır. Her iki düzenlemeden de mahremiyeti korunacak veya sırrı saklanacak olanların sadece gerçek kişiler ile sınırlı olmadığı, hem gerçek hem de tüzel kişilerin bu haktan yararlandığı sonucuna ulaşabilmekteyiz. Çünkü vergi kanunlarımızda mükellefiyet tesisi hem gerçek hem tüzel kişilere yönelik olmaktadır.

Vergi hukuku kapsamında vergi sırrı, mali sır ya da mali veri gibi terimlerin tanımlaması yapılmamış olup mahremiyet kapsamındaki bilgiler hem VUK hem de 6183 sayılı Kanunda iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bu maddelerin kapsamları ve yükümlü olanlarla ilgili açıklamalar çalışmamızın birinci bölümünde yapılmıştır. Ancak ulusal ve uluslararası hukuktaki kişisel verilerin korunması hususundaki gelişmeler göz önüne alındığında uygulamada da kolaylık ve uyum sağlması açısından vergi hukukunda da veri ile ilgili bir

---

<sup>65</sup> 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>> s.e.t. 23.02.2017

<sup>66</sup> 27 Nisan 2016 tarih ve 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönetmeliği <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>> s.e.t. 23.02.2017

tanımlamanın yapılması ve bunun kapsamının belirlenmesi uygun olabilir. Bundan dolayı içerik olarak birbirine yakın hükümler içeren VUK m.5 ve 6183 sayılı Kanun m.107'yi birlikte kapsayacak şekilde, vergi hukuku kapsamında korunması gereken bilgileri/verileri ifade etmek amacıyla “*mali veri*” ifadesi kullanılabilir. Bu sebeple, kişisel veriler terimi ile uyumlu olmasını da sağlamak amacıyla, mükelleflerin vergisel ve mali durumlarına yönelik bilgileri ifade edebilmek adına çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında “*mali veri*” terimi kullanılacaktır.

Mali veri kavramı mükelleflerin sadece finansal durumlarına yönelik değil vergisel durumlarına yönelik bilgileri de kapsmalıdır. Her ne kadar kanun koyucu KVKK'nun 28. maddesindeki istisnaları sayarken “*bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak*” ifadesini kullanmış olsa da biz çalışmamızda mali veri kavramını kullanacağız. Bu şekilde üst başlık gibi bir ifadenin kullanılmasının, her ne kadar literatür açısından yeni de olsa, çalışmalar açısından kolaylık sağlayabileceğini düşünmekteyiz. İleride daha da geliştirilmesi, farklı fikirlerin oluşması mümkün olmakla birlikte mali veriyi, yürürlükteki mevzuat hükümlerinden de hareketle şu şekilde tanımlamamız mümkündür. “*Mali veri, bir mükellefin kendisi ve çevresi ile ilgili olarak vergisel, mali ve ekonomik durumu yanında şahıslarına, mesleklerine, işlerine, servetlerine, muamele ve hesap durumlarına yönelik her türlü bilgiyi ifade eder.*”

Bu tanımlamanın bizlere korunması gereken mali veriden ne anlaşılması gerektiği konusunda ışık tutacağı kantindeyiz. Çünkü mükelleflerin mali verilerinin korunması, mahremiyetlerinin ihlal edilmemesi devletin üzerine düşen bir yükümlülük, mükellefler için de bir haktır. Vergi mahremiyeti ile ilgili düzenleme hem mükellef hem de idare açısından olumlu sonuçlar doğurmaktadır<sup>67</sup>. Mükellefler kendileri ve onlarla ilgili kişilerle ilgili bilgilerin korunduğuna olan güven ile rahat şekilde bilgi paylaşımında bulunmaktadır; bunun sonucu olarak da idare doğru bilgilere sahip olduğundan dolayı da vergilendirme işlemlerini kolaylıkla gerçekleştirebilmektedir.

KVKK kapsamında kişisel veri nitelendirmesi yapılabilmesi için; bilginin öncelikli olarak gerçek bir kişiye ilişkin olması ve bilginin ilgili kişi ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilmesi gerekir. Kişi ile ilişkilendirme kişinin kimlik numarası ile yapılabileceği gibi, telefon numarası ya da fotoğrafı ile de yapılabilmektedir. Kişinin ismi verilmeksizin ona ilişkin başka bir takım bilgilerin verilmesiyle de kişi somut olarak ortaya çıkabiliyor ise bu da kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Hem Avrupa Konseyinin 95/46/CE Direktifi hem de 2016/679 sayılı Yönetmeliğinde kişiyle ilişkilendirmeye

---

<sup>67</sup> Ünsal, Hilmi (2003) **Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler**, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C.8,S.3, s.47.

yönelik bilgilerden bahsetmiştir. Bu çerçevede ikametgâh adresine yönelik bilgiler, kişinin elektronik ortamdaki bilgileri ile kişinin fiziki, fizyolojik, genetik, kültürel, ekonomik ve sosyal durumuna yönelik bilgiler kişi ile ilişkilendirmeye yönelik olarak kullanılabilir. Bu konuda İngiliz Bilgi Komiserliğinin yayınladığı rehberde göre vergi mükellefiyetine ve banka hesaplarına ilişkin bilgiler, kişisel veri kapsamında değerlendirilmiştir<sup>68</sup>.

Bir kişisel veri bir tek kişi ile ilişkili olabileceği gibi birden fazla kişiye de ait olabilir. Bu durumlarda veri ile ilgili olarak bütün tarafların menfaatlerinin korunması gereklidir.

### A. Kişisel ve Mali Verilerin Paylaşımı

Kişisel verilerin paylaşımı verinin ilişkili olduğu kişinin rızası ile gerçekleşebilecek bir durumdur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da bu durum "açık rıza" şeklinde karşılığını bulmuş olup, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade etmektedir.

Açık rızayı bazı durumlarda kişiler farkına bile varmadan da verebilmektedirler. Özellikle internet üzerinden yapılan alışverişlerde genellikle kişisel bilgilerinizin alışveriş yaptığınız sitenin bağlı olduğu şirket, kurum, kuruluş, dernek vs. tarafından kullanılmasına izin verilebilmektedir. Bu tür durumlarda kanunun metninde belirtildiği gibi bilgilendirme yapıldı mı ona bakmak gerekmektedir. Böyle bir durumda kişinin açık rızasının olduğunun kabul edilebilmesi için yapılan işlemin sonuçlarının kavranabiliyor olması gerekir. Uygulamada da bu durum kişisel bilgilerinizin kullanılmasını kabul ediyorum ve kabul etmiyorum seçeneklerinden birinin işaretlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Açık rızanın alınmasının gerekmediği durumlar KVKK m. 5'te açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, örneğin, kaybolan bir kişinin cep telefonu sinyalinin veya son yaptığı görüşmelerin detaylarının paylaşılması bir ihlal olarak nitelendirilmeyeceği gibi Kanunun kişisel verilerin işlenmesine imkân tanıyan durumlarda da ihlal yoktur.

Mali veriler açısından konuya baktığımızda, mali verilerin paylaşımının açıkça kanunda öngörüldüğü durumlarda bir veri paylaşımından bahsedilebilmektedir. Kanun koyucu hangi durumlarda hangi bilgilerin paylaşılacağını VUK 5. maddesinin 2.ve 3. fıkralarında açıkça belirtmiştir. Bunlar bir anlamda vergi mahremiyetinin istisnaları ya da vergi mahremiyetini ihlal suçunda hukuka uygunluk nedenleri olarak da nitelendirilebilmektedir. Bunları şu şekilde belirtmemiz mümkündür.

---

<sup>68</sup> Akgül, Aydın (2014) *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.17

—**Vergi matrahlarının ve tarh olunan vergi miktarının ilan edilmesi:** Bunun hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmesinin nedeni VUK m.5'teki “*vergi güvenliğini sağlamak amacıyla Gelir Vergisi mükelleflerinin yıllık Gelir Vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan Gelir ve Kurumlar Vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur. Mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilan orada da yapılır.*” şeklindeki ifadede kaynaklanmaktadır. Vergi Usul Kanunu'na 1980 yılında yapılan değişiklik ile girmiş olan bu düzenlemeden kasıt mükellefleri doğru beyanda bulunmaya teşvik etmektir denilebilir. Çünkü isimleri ilan edilen mükellefler diğer mükellefler tarafından görülme ihtimaline karşılık, itibar kaybı yaşamamak için doğru beyanda bulunma konusunda psikolojik baskı altına alınmaktadırlar. Her ne kadar maddede amacın vergi güvenliğini sağlamak olduğu belirtilmiş ise de uygulamada ilan konusunda idareye geniş yetki tanınmış durumdadır<sup>69</sup>. Pratikte Vergi idareleri il bazında en çok vergi ödeyenleri<sup>70</sup>, Maliye Bakanlığı da en çok vergi ödeyenlerin isimlerini her yılın Mayıs ayında açıklamaktadırlar. Bu açıklama hakkı kanundan kaynaklandığı için herhangi bir ihlal teşkil etmemektedir. Ancak isminin o listede olmasını istemeyen mükellefin dilekçe ile idareye başvurması mümkündür. Vergi idaresine açıkça başvurup isminin açıklanmaması talebinde bulunulması durumunda idarenin buna uygun hareket etme yükümlülüğü vardır. Bunun yanında Kanun metninde ilan olunacak olanlar sadece gelir vergisi mükellefleri ile Kurumlar vergisine tabi sermaye şirketleridir. Buradan da düzenlemenin Kurumlar vergisi mükellefi olup da sermaye şirketi dışında olan mükellefleri kapsamadığı sonucu çıkmaktadır<sup>71</sup>. Bundan dolayı kapsam dışındaki mükelleflerin matrah ve vergilerinin ilanı mahremiyet ihlali olarak değerlendirilir<sup>72</sup>.

—**Vergi ve cezaların Maliye Bakanlığınca ilan edilmesi:** 1998 yılında yapılan değişiklik ile mevzuatımıza girmiş olan bu düzenlemeye göre mükelleflerin vergi tarhına esas olan beyanları, vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ceza miktarları Maliye Bakanlığı tarafından açıklanabilmektedir. Bu durum mahremiyetin ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Bu bilgilerin açıklanması ile ilgili usul ve esasları belirleyecek olan Maliye Bakanlığı 27.01.2001 tarihinde 293 nolu VUK Genel Tebliğini yayınlamıştır. Buna göre bakanlığın açıklayacağı listede mükellefin

---

<sup>69</sup> Çakır, Erdem Utku (2013), **Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda Hukuka Uygunluk Sebepleri**, TAAD, Yıl,4, Sayı 13(Nisan), s.364.

<sup>70</sup> **Taş**, s.109

<sup>71</sup> Ünsal, s.34.

<sup>72</sup> **Bayraklı**, s.68.



adı, soyadı veya ünvanı, vergi kimlik numarası, esas faaliyet konusu, borç toplamı, açıklamalar bulunması gerekmektedir. Açıklama kısmında ise mükellef ile ilgili olarak ödeme yapılması, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi ve herhangi bir sebeple kamu alacağıнын terkinin durumları söz konusu ise yazılması gerekmektedir. Bakanlıkça belirlenen miktarları aşan mükelleflerin isimleri gelir idaresi başkanlığının internet sitesinden ([www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr)) 1 ay süre ile ilan edilecektir. Hatta bu durum haber sitelerinde<sup>73</sup> vergi yüzsüzlerinin gelir idaresince açıklanması şeklinde yer almıştır. Bu ilan her ne kadar kanuni dayanaktan hareket ile gerçekleştirilmiş olsa dahi, medyada yer alış tarzı ve ifşası mükelleflerin olumsuz yönde etkilenmelerine sebep olabilmektedir. Devletin vergi güvenliği veya mükelleflerin haklarını de koruması gerektiği göz önüne alındığında bu tür uygulamaların yapılmasında hassas davranılmasında fayda vardır.

**—Adli ve idari soruşturma yapan kamu görevlilerine ve bankalara bilgi ve belge verilmesi:** Kamu görevlilerince yapılan adlî ve idarî soruşturmalar<sup>74</sup> ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilmesi vergi mahremiyetini ihlal etmez. Bir hakkın ispatı için mahkemeler tarafından zorunlu görülerek mükellef ile ilgili bilgilerin istenilmesi durumunda mahkemeye bilgi verilmesi tabiidir<sup>75</sup>. Buna karşılık mükellefler ile üçüncü kişiler arasındaki sorunu çözmek amacıyla idareden bilgi talep edilmesi bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>76</sup>. Her ne kadar bu bilgileri alan kişilerin de aynı şekilde mahremiyet kuralına uygun davranmaları gerekiyor olsa da, mahkemelerin kural olarak kamuya açık olmasından dolayı bu bilgilerinin korunmasında sıkıntılar<sup>77</sup> ortaya

<sup>73</sup> <<http://www.haberler.com/gelir-idaresi-baskanligi-vergi-yuzsuzleri-2-3911547-haberi/>>

<sup>74</sup> Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 04.08.2000 tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2803-5-803/37030 sayılı özelgesi: “Üniversitesi Hukuk Müşavirliğince adı geçen öğretim üyesinin adına kayıtlı işyerinde serbest meslek faaliyetinden dolayı mükellefiyet kaydının bulunup bulunmadığına yönelik olarak istenilen bilgilerin kamu görevlilerince yapılacak adli ve idari soruşturmalarla ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmaktadır.”

<sup>75</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı, 06.08.2002 tarih ve B.07.4.DEF.0.07.11/VUK.02.137 sayılı özelgesi

<sup>76</sup> Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 01.04.1997 tarih ve B.07.0.GEL.0.28/2803-5-744/13562 sayılı özelgesi: “... üçüncü kişileri ilgilendiren herhangi bir araştırma dolayısıyla veya kendi aralarındaki herhangi bir hususu açıklığa kavuşturmak veya yine kendi aralarındaki ihtilafların, çözümlenmesine yardımcı olacak diğer mükelleflere ait bilgileri vergi dairelerinden veya Bakanlığımızdan isteyebileceklerine ve bu bilgilerinde verilebileceğine ilişkin bir hüküm 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer almadığı gibi, böyle bir mecburiyette bulunmamaktadır. Ancak, bir hakkın tespiti için mahkemeye zorunlu görülerek istenilmesi halinde, mahkemelere bilgi verilebileceği tabiidir...”

<sup>77</sup> Erol, Ahmet/Özışık, Nuray, **Mükellef Hakkı Olarak Vergi Mahremiyeti**, 05.08.2014, <<http://www.vmhk.org.tr/mukellef-hakki-olarak-vergi-mahremiyeti/>> s.e.t. 24.02.2017.



çıkabilmektedir. Böyle bir düzenleme getirilmesindeki amacın şeffaf bir devlet yönetimi ile yolsuzlukların önlenmesi olduğu kanunun gerekçesinde açıklanmıştır. Ancak burada şu durumu da özellikle gözden kaçırmamak gerekmektedir. Müşteri sırrı ve/veya bankacılık sırrının bankada çalışan memurlar tarafından ifşa edilmesi halinde ilgili memur hakkında Ticaret Kanunu ve Bankacılık Kanunu kapsamında işlemiş olduğu fiillere göre yaptırım uygulanabilir. Ancak bu banka memurunun müşterisinin vergisel ve mali bilgilerini öğrenmesi ve ifşa etmesi halinde bu durumda vergi mahremiyeti ihlal edilmiş midir? VUK m.5 hangi fiillerin ve hangi kişilerin bu suç kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Kanunu sadece lafzi yorumlayacak olursak, banka memurları bilgileri saklaması gereken kişiler kapsamında değerlendirilmemektedir. Aynı zamanda mükellefin vergisel konulara ilişkin bilgileri ne vergi muameleleri esnasında ne de vergi incelemeleri esnasında elde edilmiştir. Buna karşılık, kanunun konuluş amacına da bakarak olayı değerlendirecek olursak, ki bizim de katıldığımız görüştür, işbu banka memurlarının da vergi mahremiyetini ihlal ettiği söylenilebilmelidir. Çünkü bu memurlar görevleri dolayısıyla mükelleflerin vergisel durumları hakkında bilgi sahibi olmaktadırlar. Mükellef haklarının korunması açısından ilgili hüküm bu şekilde yorumlanabilir. Aynı zamanda bu kişilerin 6183 s. Kanunun m.107 kapsamında da sır saklama yükümlülüğüne uymamaktan dolayı da sorumluluğu söz konusu olabilir.

—**Sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyen ve kullananların kanunla kurulan mesleki kuruluşlar ile birlik ve odalara bildirilmesi:** Mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme raporu ile sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları anlaşılan kişilerin bu bilgileri kanunla kurulan mesleki kuruluşlar ile 3568 sayılı Kanunla kurulmuş birlik ve meslek odalarına bildirilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken iki husus vardır. Birincisi, kanun koyucu kanunla kurulmuş olan meslek odaları, birlik ve kuruluşlardan bahsetmiş ve sadece bunlara verilen bilgiler mahremiyet ihlali çerçevesinde değildir demiştir. Ancak bunlar dışında kalan bir dernek, ajans, vs. gibi yerler ile yapılan vergisel bir bilgi paylaşımı mahremiyet ihlalini oluşturmaktadır. İkinci konu ise kesin hüküm niteliğinde olmayan idari bir rapor ile mükellef hakkında mali verilerin paylaşılmasıdır. Bu bildirim yapılması için vergi inceleme raporunun düzenlenmesi yeterli görülmüştür. Bu düzenlemeye göre hareket edilmesi her ne kadar vergi mahremiyetini ihlal sayılmasa da bu uygulama hem ceza hukukunun temel ilkelerinden olan masumiyet karinesinin ihlalidir<sup>78</sup> hem de mükellef haklarının korunması açısından sakıncalıdır. Çünkü vergi inceleme raporu mükellefler hakkında kesinleşmiş bir vergi ve/veya vergi cezasına hükmedilmesi için yeterli değildir. Bu raporlar kesin hüküm niteliğinde olmayıp, bunlara dayanılarak hesaplanan

---

<sup>78</sup> Başaran Yavaşlar, dn.13.

vergi aslı ve/veya cezalara dava açma yoluna gitmek mümkündür. Davanın mükellef lehine sonuçlanması halinde, ilgili mükellef hakkında bağlı olduğu oda, meslek birliğine yapılan bildirimler sonucu mükellefin aleyhine işleyen bir durum<sup>79</sup> söz konusu olabileceği gibi zor durumda kalması<sup>80</sup> sonucu ile de karşılaşılabilir. Bu açıdan ilgili hükmün değiştirilmesi, bir bildirim yapılacaksa davanın kesinleşmesinden sonra yapılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

## B. Kişisel ve Mali Verilerin Korunması

Kişisel verilerin bugünkü anlamda korunması ile ilgili hukuksal düzenlemelerin geçmişi 30-35 yıllık bir sürece dayanmaktadır<sup>81</sup>. Ülkemizde bu süreç daha yakın tarihlerde olmuştur. Türk Ceza Kanununda özel hayatın gizliliğini ihlal ile ilgili düzenlemeler (132 ila 140. maddelerde) olmakla birlikte kişisel verinin tanımının tam olarak yapılmamış olmasından dolayı da uygulamada sıkıntılar ile karşılaşılabilirdi.

2010 yılında yapılan Anayasa referandumu ile kabul edilen 5982 sayılı Kanunun 2. maddesi ile kişisel verilerin korunması hükmü 20. maddeye eklenmiştir. Bu düzenleme ile hedeflenen, kişisel verilerin kanunun öngördüğü durumlar ve kişinin açık rızası ile paylaşılabilmesine imkân tanınması ve kişisel verilerin korunmasının sağlanmasıdır. Her ne kadar Anayasanın ilgili hükmünde kişisel verilerin korunmasına yönelik esas ve usullerin kanunla düzenleneceği söylenmiş olsa da bu kanun ancak 2016 yılı içerisinde yapılabildiği.

24 Mart 2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile gerçek kişiler, kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi ve paylaşılması karşısında gerçek ve tüzel kişilere karşı korunmaktadır. Koruma yükümlülüğünde olan kişiler de içinde buldukları durum gereğince kişilerin bilgileri işleyebilmekle beraber koruma yükümlülüğüne uymak zorundadır. Ancak bunun hukuka aykırı olarak paylaşılması halinde cezai işlemler ile karşılaşılması söz konusu olur.

Bu koruma sınırsız olmayıp belirli alanlar kapsam dışında tutulmuştur. Diğer bir ifade ile kanunun kapsamına girmeyen alanlarda kanun koruması söz konusu değildir. İlgili kanunun 28. maddesinde bu durumlar sıralanmıştır. Bu maddede milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği korumak amacıyla çeşitli şekillerde yapılan paylaşımlar karşısında kişilerin koruma kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

---

<sup>79</sup> Ünsal, s. 35.

<sup>80</sup> Ticari hayatta kişiler ile ilgili olarak yapılan yanlış, eksik ya da hatalı bilgi paylaşımları, ilgili kişileri ekonomik anlamda zora sokacak kadar kötü sonuçlar doğurabilir.

<sup>81</sup> Henkoğlu, s. 30

Aynı zamanda, maddesinin 2. fıkrasında da belirli durumlarda kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun olmak şartıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün, ilgili kişinin haklarının ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğü ile ilgili hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Suç işlenmesinin önlenmesi, kişisel verilerin alenileştirilmiş olması, kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan denetleme ve gözetleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması hallerinde ilgili hükümler uygulanmamaktadır.

Hükmün uygulanmayacağı durumlardan biri olan ve çalışmamız açısından önem arz eden husus ise Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için bütçe, vergi ve mali konulara yönelik olarak kişisel verilerin işlenebileceği halidir. Bu düzenlemede kanun koyucu Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunmasından bahsederken 1. fıkra hükmünde daha keskin bir ifade olan milli ve ekonomik güvenliğin sağlanmasından bahsetmiştir. Ekonomik ve mali çıkarların korunması soyut bir ifade olup net bir şekilde belirlenmesi zor bir durumdur. Çünkü ekonomik ve mali çıkarların, devletlerin içinde buldukları durum, ekonomik krizler, vergi rekabetinin etkinliği gibi birçok faktör göz önüne alınarak her bir devlet açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bunun yanında, Devletin ekonomik ve mali çıkarlarından bahsedildiğinde ülkeler arasındaki bilgi değişimi anlaşmalarının özel önemi vardır. Bu anlaşmalarda devletin ekonomik ve mali çıkarları doğrultusunda devlet, Kişisel Verilerin Korunması Kanunundan farklı olarak, mükellefin açık rızasını almadan ya talep üzerine ya da otomatik olarak bilgi paylaşımında bulunabilmektedir. Ülkelerin uluslararası faaliyetlerle ilgili kişi, varlık ya da işlemlerle hakkında bilgi sahibi olması karşındaki zorluklar ülkeleri bu tür anlaşmaları imzalaya itmiştir. Çünkü ülkelerin sınırlarının dışındaki vergisel bilgiler, kendileri için doğrudan ulaşılabilir değildir<sup>82</sup>. Mükelleflere ilişkin kapsamı önceden belirlenen belirli bilgilerin sistematik ve düzenli olarak kaynak ülkeden mukim ülkeye aktarılması mekanizmasına otomatik bilgi değişimi<sup>83</sup> denmektedir. Globalleşen dünyada uluslararası vergi kayıp ve kaçakları için mücadelede uluslararası işbirliklerinin zorunlu olduğu bir durumda, otomatik bilgi değişimi mekanizması sadece anlaşma kapsamındaki konular ile sınırlı olduğundan taraflar bilgi değişimine zorlanamamaktadır<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Ateş, Leyla (2015), **Vergisel Bilgilerin Otomatik Değişimi Standardı ve Türkiye**, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2*, s. 667.

<sup>83</sup> <[http://www.gib.gov.tr/uluslararası\\_mevzuat/fatca-sorular](http://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat/fatca-sorular)>, s.e.t.24.02.2017.

<sup>84</sup> Nar, Mehmet (2014) **Küresel Forum Çalışmaları: Vergilemede Bilgi Değişimi Üzerine Güncel Bir Değerlendirme**, Turkish Studies International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 9/5, Spring, s.1645

Bilgi değişiminin olması durumunda vergilendirme ilişkisinde güçlü ve zayıf tarafın menfaatlerinin çatışmasını görebilmekteyiz. Devlet ekonomik ve mali çıkarlarını koruyabilmek için kendi kanunlarına tabi mükellefler ile ilgili mali verileri diğer ülkelere verebilmektedir. Ancak burada her ne kadar Devlet menfaatinin korunması esas alınmış olsa da Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8. maddesindeki ifadesi ile “...*müdahalenin yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda...*” da uyumlu olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile devletin kişilerin mali verilerini ölçölülük ilkesi<sup>85</sup> çerçevesinde diğer ülkeler ile paylaşması söz konusu olabilmelidir. Hali hazırda Türkiye'nin imzaladığı 2 bilgi değişim anlaşması mevcut olup, 1 Ocak 2018'de yürürlüğe gireceği taahhüt edilen OECD çerçeve anlaşması kapsamındaki uluslararası anlaşma mecliste onaylanmayı beklemektedir. Bunun yanında Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye arasındaki çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının bilgi değişimi maddesine dayanılarak hazırlanmış ve imzalanmış olan belirli finansal bilgilerin iki ülke arasında karşılıklı olarak otomatik değişimine yönelik olarak FATCA Anlaşması<sup>86</sup> da vardır. Taraflar arasında paylaşılan mali veriler ancak vergisel amaçlı olarak kullanılacaktır. Bu anlaşmada ve diğer bilgi değişim anlaşmalarında taraf ülkeler kendilerine verilen bilgilerin korunmasını ve gizliliğini yasal olarak güvence altına almak durumundadırlar. Bu sağlandıktan sonra taraf ülkeler bilgi değişiminde bulunacaklarını anlaşma kapsamında öngörebilmektedirler.

Burada önemli olan konulardan biri de kişisel ve/veya mali veri korunmamışsa uygulanacak yaptırımların tespiti konusundadır. Kişisel ve mali veriler, kanunda sayılan istisnai haller dışında, kişinin rızası ile açıklanıp paylaşılmamışsa bu durumda farklı kanunlara göre farklı uygulamalar yapılması söz konusu olabilir.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak toplanması ya da paylaşılması halinde ortaya çıkan sonuca göre yaptırımlarda farklılıklar söz konusudur. Eğer kişisel verilere ilişkin suçlar meydana gelmişse veya silinmesi ya da anonimleştirilmesi gereken bir veri ile ilgili gerekli yükümlülöklere uyulmamışsa Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140. maddeleri uygulanmaktadır. Ancak Kişisel Verileri

---

<sup>85</sup> Bkz. Özdiler Küçük, Eda Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçölülük İlkesinin Uygulanması: Billur Yaltı (Editör) (2013), **Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar**, XII Levha, İstanbul, s.143.vd.

<sup>86</sup> 14 Eylül 2015 tarihi itibarıyla ABD ile aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 66 ülke Model I, 7 ülke ise Model II FATCA Anlaşması imzalamıştır. Ayrıca 32 ülke Model I, 7 ülke ise Model II FATCA Anlaşması imzalamak üzere ABD ile özde uzlaşma sağlamıştır <[http://www.gib.gov.tr/uluslararası\\_mevzuat/fatca-sorular](http://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat/fatca-sorular)>

Koruma Kanununun getirmiş olduğu birtakım yükümlülüklerle (aydınlatma yükümlülüğü, veri güvenliği, kayıt ve bildirim yükümlülüğü, vs. gibi) uyulmaması halinde 5.000 TL'den 1.000.000 TL'ye kadar idari para cezası kesilmektedir. Bu cezalar kesilirken ihlalde bulunanın maddi durumu ile fiilin niteliğine göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu takdir yetkisini kullanmaktadır.

Mali verilerin ihlal edilmiş olması mahremiyet ihlali olarak değerlendirileceği için bu durumun VUK m. 362'ye göre cezalandırılması gerekir. İşbu Kanun bununla ilgili olarak da TCK m. 239'a atıfta bulunmuştur. Buna göre vergi mahremiyetini ihlal eden kişi ya da kişiler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar da adli para cezası kesilir. TCK m.239'un madde başlığı ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması şeklinde olmakla birlikte mali ve vergisel olaylara ilişkin mahrem bilgilerin açıklanması durumunda da uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak burada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Kanun koyucu TCK m. 239 ile VUK m.5'teki dil kullanımında farklı tercihler yapmıştır. VUK m. 5'te "*ifşa ve kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanmak*" ifadesi tercih edilmişken TCK m. 239'da "*ifşa veya verme*" fiillerinden bahsedilmektedir. TCK m. 239'a göre kullanma gerçekleşmemiş sadece verme fiili gerçekleşmiş ise de suç oluşmuş olmaktadır. Burada verme fiilinin ifşayı da içerdiği şeklinde yorum yapmak da mümkün olabilmektedir. Çünkü verme gerçekleşmiş ise ilgili veri ifşa da edilmiş olmaktadır.

Bununla birlikte VUK m. 5'te kanun koyucu ifşa ve kendileri veya başkaları yararına kullanma şeklinde bir ifade kullanmış olsa da ihlalin gerçekleşmesi için sadece kişi ya da kişilerin menfaatine kullanılması gerekmemekte olup, bilgilerin ifşa edilmiş olması yeterlidir<sup>87</sup>. Diğer bir ifade ile vergi mahremiyetini ihlal suçu ifşa niteliğindeki bir hareket ile işlenebilir.

VUK m.362 vergi mahremiyetinin ihlal edilmesi durumunda Türk Ceza Kanununa atıf yapmış olup, 239'uncu madde hükümlerine göre cezalandırılır, demektir. İlgili kanun metnine bakıldığında da bu suçun işlenmesi halinde şikayet şartı getirilmiştir. Doktrinde her ne kadar Vergi Usul Kanunundaki göndermenin sadece yaptırımlara ilişkin olduğu şikayet şartı olmadığı ve ihlalin resen soruşturulması gerekir şeklinde görüşler<sup>88</sup> olsa da kanun koyucu Türk Ceza Kanununun atıf yaparken 239 uncu maddedeki ceza uygulanır dememiştir. "*TCK 239'uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır*" dediği için ilgili maddedeki düzenlemelerin tamamını dikkate almak gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu TCK m.239'a yollama yaparken fıkra belirlemesi yapmamış, maddenin bütününe yollama yapmıştır<sup>89</sup> bu da kanun koyucunun TCK

---

<sup>87</sup> Şenyüz, s.482.

<sup>88</sup> Arslan, s.26

<sup>89</sup> Şenyüz, s.474.

m.239'daki düzenlemenin tamamının vergi mahremiyetinin ihlali durumunda uygulanmasını geçerli kıldığına işaret etmektedir<sup>90</sup>. Diğer bir ifade ile vergi mahremiyetinin ihlali durumunda yaptırımların uygulanabilmesi için şikayet şartı gereklidir<sup>91</sup>. Çünkü kanun koyucu vergi mahremiyeti ile ilgili düzenlemeyi yaparken mükellef ve bunlarla ilgili kimseler ifadesini kullanmış olup burada korunan menfaat açısından bireysellik söz konusudur. Diğer vergi suçlarında kamu yararı korunan hukuki yarar konumunda iken, vergi mahremiyetini ihlal durumunda mükellefin yararı korunmaktadır<sup>92</sup>. Soruşturmanın resen yapılacağını kabul etmek ihlal edilen menfaatin kamu menfaati olmadığından ve resen soruşturma açılabilmesi için kimlerin mali verilerinin korunmasında ihmal veya ihlal olduğunu tespitinin hayatın olağan akışına göre savcıdan beklenemeyeceğinden dolayı soruşturmanın şikâyete bağlı olması gerekmektedir.

Kanunun sistematiği ile ilgili olarak değinilmesi gereken diğer bir husus da TCK m.239'un madde başlığı ile ilgilidir. İşbu maddede "*ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*" ndan bahsedilmekte olup, herhangi bir şekilde ne mali veriden ne de vergi mahremiyetinden bahsedilmemektedir. VUK m.362 gereğince ilgili maddedeki cezalar uygulanıyor olsa da; kanun maddeleri arasında hem içerik hem de başlık açısından uyum olması için ya madde başlığı ve içeriğine mali veri ve/veya vergi mahremiyeti ile ilgili hükümler eklenmeli ya da Vergi Usul Kanununun 359. maddesindeki gibi mali verilerin korunamaması veya mahremiyetin ihlali durumlarında hangi cezanın uygulanacağı açıkça düzenlenmelidir. *İkinci durumun uygulama açısından daha uygun olacağını düşünmekteyiz.*

Bununla birlikte mali verilerin korunması ile ilgili olarak özellik arz eden bir durumdan bahsetmekte fayda vardır. Gerçek kişi mükelleflerin mahremiyetinin ihlali durumunda ne olacaktır? Böyle bir durumda ifşa edilen mahrem bilginin niteliği, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı yönünde yol gösterecektir. Örneğin, gerçek kişi mükellef A hakkında yapılan vergi incelemesi sırasında A'nın işçisi B'ye her ay farklı miktarlarda ve işi ile orantısız şekilde ödemeler yapıldığını tespit eden vergi müfettişi X, mükellef A ile yaptığı görüşmelerde A ile B arasında bir gönül ilişkisi olduğunu öğrendiğini ve yapılan ödemeleri matraha ilave ederek ek vergi tarhiyatı ve vergi cezası kestiğini varsayalım. Vergi müfettişi X daha sonra farklı bir ortamda mükellef A'ya hazırladığı vergi inceleme raporundan ve gönül ilişkisinden bahsederse, bunu öğrenen

---

<sup>90</sup> Başaran Yavaşlar, Funda (2008) **Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum**, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.2008/6, ss.2840-2859, <<http://www.fundabasaran.net/makaleler/>> s.e.t. 14.02.2017

<sup>91</sup> Şenyüz, s.475.

<sup>92</sup> **Sonsuzoğlu**, s.133.

mükellef A vergi müfettişi X hakkında suç duyurusunda bulunduğu hem vergi mahremiyetinin (VUK m.5) hem de kişisel verilerinin kendisinin rızası dışında ihlal edilmiş olması durumu söz konusu olacaktır. Vergi müfettişi X hakkında hem VUK m. 5'e göre hem de Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 134 (özel hayatın gizliliğini ihlal)'e göre işlem yapılması mümkündür. Bununla birlikte mükellef kendi bilgilerinin muhafazasında kusur sebebiyle kişisel verilerinin korunması hakkının ihlalden dolayı idarenin hukuki sorumluluğu<sup>93</sup> ile ilgili yollara da başvurulabilir.

Konuya pratik hayattaki uygulamalar açısından baktığımızda, mahremiyet hakkının ihlal edilmemesi gerekçesi ile idarenin de bazen mükellefin haklarını ihlal edebildiğini görebilmekteyiz. Özellikle vergi incelemesinden sonraki süreçte, başka mükelleflerin bilgilerini de içerdiği gerekçesi ile Vergi Tekniği Raporlarının tebliğ edilmemesi veya avukata verilmemesi şeklinde uygulamalar yapılabilmektedir. Bu konuda avukata bilgi verilmemesini Danıştay vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirmemektedir<sup>94</sup>. Avukatın menfaati ihlal edilen mükellefin adına hareket ederek bilgi talep ettiğinden dolayı bu durum vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>95</sup>.

Vergi Tekniği Raporlarının hiç tebliğ edilmemesiyle ilgili olarak da Danıştay mükelleften yana tavır takınmıştır. Mükelleflerin mahremiyeti ile ilgili olarak Danıştay, Vergi Tekniği Raporunda başka mükelleflerin bilgileri de olsa nezdinde inceleme yapılan kişiye bu teknik raporun verilmemesi hukuka aykırıdır<sup>96</sup> kendisine ait bilgilerin verilmemesi VUK m.5 kapsamında değerlendirilemez<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> Akgül, s. 233.

<sup>94</sup> Danıştay 10.D. 31.5.2013, E:2009/1463, K:2013/4881, bkz. Akgül, s.305. "... müvekkilinin aracına vergi dairesince uygulanan haciz işleminin nedenine yönelik bilgi isteyen avukatın söz konusu isteminin, vergi mahremiyeti gerekçe gösterilerek reddedilmeyeceğine..."

<sup>95</sup> Danıştay 4.Dairesi, 16.03.2011, E:2009/695, K:2011/1094 "...davacı vekili tarafından, davacıdan tahsil olunan vergi işlemlerine ait tüm tarh, tahakkuk, tahsilat, evrak ve ödeme suretleriyle diğer bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin tarafına verilmesi istemiyle yapılan başvurunun...davacı vekilinin idareye yaptığı başvuru davacının işleri için ve *vekil sıfatıyla yapılan bir müracaat olup* bu istemin reddi üzerine *menfaati ihlal edilen kişinin vekil olmayıp davacının kendisinin olduğu*, tarh dosyasından rahatlıkla temin edilebilecek uyumsuzluk konusu belgeler *vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden*..." <<http://www.danistay.gov.tr/>>.s.e.t.17.02.2017

<sup>96</sup> Danıştay 4.Dairesi. 10.10.2013, E:2013/2702, K:2013/6862

<sup>97</sup> Danıştay 4. Daire, 19.04.2016, E.2015/7241, K.2016/1759 "...davacı adına yapılan tarhiyata esas teşkil eden takdir komisyonu kararının dayanağı olan davacı hakkında düzenlenen 23.06.2014 tarih ve VDENR-2014-A-1806/39 sayılı vergi tekniği raporu doğrultusunda cezalı tarhiyatın yapıldığı ancak, cezalı tarhiyatın dayanağını oluşturan ve re'sen tarh nedenlerini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin yer aldığı vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının hangi suç ile isnad edildiğini öğrenme ve bu duruma göre savunma yapma hakkı elinden alınmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı



demıştır. Ancak 25.10.2016 tarihinde yapılan değişiklik ile Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 57. maddesine 4. fıkra eklenmiştir<sup>98</sup>. Buna göre “*Sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla düzenlenen Vergi Tekniği Raporunun başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içermesi durumunda, söz konusu Vergi Tekniği Raporu, sahte belge kullanan mükellef nezdinde düzenlenecek vergi inceleme raporlarına ek yapılmaz. Ancak, sahte belge kullanma fiili nedeniyle düzenlenecek vergi inceleme raporlarında, sahte belge düzenleyicisinin bu fiili işlediğinin tespitine dair Vergi Tekniği Raporunda yer alan bilgi, belge ve değerlendirmelere ayrıntılı olarak yer verilir.*” Yapılan bu değişiklik ile mükelleflerin mahremiyetinin korunması amacıyla hareket edildiği düşünülse de uygulamada idarenin sıklık ile yapmış olduğu hataya hukuki dayanak getirilmiş olduğundan dolayı mükellef hakları açısından sakıncalı bir durum olmuştur.

## SONUÇ

Özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması hem ulusal hem de uluslararası mevzuat tarafından kişilere tanınmış olan en temel haklardan biridir. Anayasamız m.20'de de özel hayatın gizliliği ve bunun korunmasının nasıl olacağı ile ilgili düzenleme olmasına rağmen burada özel hayat tanımına rastlamamaktayız. Ancak özel hayatın korunması ile ilgili düzenlemelerin kanunla yapılması gereğinden hareketle çıkartılmış olan Kişisel Verilerin Korunması Kanununda ise kişisel verinin tanımlaması yapılmıştır. Buna göre de sadece gerçek kişilere ait bilgiler koruma kapsamı içerisine girmiştir. Bu açıdan vergi sırrı/mahremiyetinden de farklılık arz etmektedir. Çünkü vergilendirmede gerçek ya da tüzel kişi değil mükellef olma veya olmama şeklindeki ayırım önem taşımaktadır. Bir gerçek kişi de tüzel kişi de vergilendirme işlemi karşısında mükellef olabilmekte ve bunların vergisel ve mali durumlarına yönelik bilgiler idare tarafından farklı şekillerde elde edilebilmektedir.

Vergi sırrı veya mali veri olarak da ifade edebileceğimiz mükellef bilgileri ile ilgili olarak mevzuatımızdaki düzenlemelere baktığımızda karşımıza ilk olarak VUK m. 5 ve 6183 sayılı Kanunun 107. maddesi çıkmaktadır. Kanun koyucu bu maddelerde açıkça bir tanımlama değil mahremiyet kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki bilgilerden bahsetmiştir. Her iki kanunun da kapsamına uygun olacak şekilde bir tanımlanın yapılması uygulamada birlik ve uyum açısından uygun olduğundan hareket ile çalışmamızın ikinci bölümünde de açıklandığı gibi *mali veri* tanımının kullanılmasının yerinde olacağı ifade

---

davacının savunma hakkının engellendiği tartışmasız olduğu gibi kendisine ait bilgilerin verilmemesi, 213 sayılı Kanunun “Vergi Mahremiyeti” başlıklı 5 inci maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden...”

<sup>98</sup> Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik 25.10.2016 tarih ve 29868 sayılı Resmi Gazete



edilmiştir. Ancak bu şekildeki bir tanımlamanın yapılmasının tavsiye edilmesi mahremiyetin kaldırılması şeklinde algılanmamalı, sadece kişisel veriler ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası alandaki gelişmeler, bilgi değişimi anlaşmaları vs. gibi durumları göz önüne aldığımızda literatür açısından mali veri tanımının yapılmasının uygun olacağı şeklinde algılanmalıdır.

Devletin korumak zorunda olduğu vergi mahremiyetinin hangi hallerde kimler tarafından ihlal edilmiş olduğunu kanun koyucu belirlemiştir. Vergi mahremiyetine uymak zorunda olanlar ile ilgili olarak VUK m.5'te sınırlı şekilde bir sayım ve 6183 sayılı Kanunda ise daha geniş şekilde yorumlanabilecek bir ifade tarzı vardır.

Uygulamada da özellikle belirli durumlarda mükellefin mahremiyetinin ihlal edilmiş olması halinde bunun VUK m. 362 kapsamında mı yoksa KVKK ya da TCK kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda bazı durumlarda tereddütler yaşanabilmektedir. Özellikle "*vergi muameleleri ile uğraşan memurlar*" ifadesinin kapsamının belirlenmesi yoruma göre değişebilmektedir. Her ne kadar memur olmasa da vergi idaresinde kamu hizmetinde çalışan kişiler olabilmektedir. VUK m. 5'e göre bunlar kapsam dışında değerlendiriliyor olsa da uygulamada bu durumun mükelleflerin korunması açısından sorunlu olacağı düşüncesinden hareket ile VUK m. 5'in düzenlenmesinin çerçevesinin genişletilmesinde fayda olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu konuda genişletici yorum yaparken, elde edilen bilgilerin kişilerin görevleri icabı öğrenmiş olmaları şartından hareket etmeliyiz. Sır niteliğindeki bilgiler, kanunda sayılmış kişiler tarafından görevleri icabı öğrenilmemiş ve ifşa edilmişse bu durumda vergi mahremiyetinin ihlalinden değil genel hükümlere göre (TCK ve/veya KVKK) işlem yapılması gerekir.

Mali veriler ile ticari sır niteliğindeki bilgilerin somut olayın durumuna göre iç içe geçmiş olmasından dolayı da yeri geldiğinde TTK m. 54 ve devamı maddelerine göre de işlemler yapılabilir. Çünkü bir işletme ya da şirketin işletmelerine ilişkin bilgilerin ifşa edilmiş olması durumunda mükellef mali açıdan da zor durumda kalıyorsa burada ifşa eden kişinin statüsüne göre vergi mahremiyetini ihlal de söz konusu olmuştur diyebiliriz. Bazı durumlarda da ticari sırrın içerisinde de değerlendirebileceğimiz müşteri sırrı ya da bankacılık sırrı gibi durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu tür bilgilerin ifşa edilmesi halinde de, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmuyor ise, cezai yaptırımlar ile karşılaşılmaması söz konusu olabilmektedir. Bankacılık ve finans sektöründeki şirketleri daha çok ilgilendiren müşteri sırrı ticari sır ilişkisinde, görevleri dolayısıyla bilgi sahibi olanlar veya direkt olarak bankalar veya finans kuruluşları bazı durumlarda bir kanun hükmü gereğince de mükelleflerin mali durumları ile ilgili bilgi vermek durumunda kalabilmektedirler. Böyle bir durumda vergi mahremiyetinin ihlalinden söz etmemiz mümkün değildir.

Çalışmamızda belirtmiş olduğumuz gibi Vergi Usul Kanunumuz mahremiyet ihlali durumunda (VUK m.362) uygulanacak olan ceza ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesine atıfta bulunmaktadır. Ancak TCK m.239'a bakıldığında ise ne madde başlığında ne de madde içeriğinde vergi sırrı/ mahremiyeti ile ilgili bir ifade bulunmaktadır. Aksine ticari sır, bankacılık sırrı gibi ifadeler kullanılmıştır.

Bu açıklamalar da bize açıkça göstermektedir ki vergi mahremiyeti ile ticari sır/ bankacılık sırrı/ müşteri sırrı gibi ifadeler farklı durumlar için kullanılmakta olup birbirinden farklı kavramlardır. Bundan dolayı da vergi mahremiyeti ile ilgili 5. maddedeki düzenlemede mali veri ya da vergi sırrı tanımının eklenmesi ve mahremiyetin ihlali durumunda uygulanacak cezaların da direkt olarak Vergi Usul Kanunu 362. madde bünyesinde düzenlenmesinin kanunun sistematığı açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir uygulamanın kanunlar arası atıflardan dolayı uygulayıcıların sistematik yorum esnasında hata yapma riskini de azaltacağını düşünmekteyiz. Bu şekilde Vergi Usul Kanunu TCK m. 239'un tamamına mı atıf yapıldığı yoksa sadece cezasına mı yapıldığı yönündeki tartışmaların da önüne geçilmiş olabilecektir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kişisel verilerin paylaşılması açık rıza bulunup bulunmamasına göre mümkün olabilmektedir. Ancak mali verilerin paylaşılması konusunda mükellefin rızası değil açık kanuni düzenlemelere göre işlem yapılması söz konusudur. VUK m.5'te bu durumların neler olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, bazı durumlarda (örneğin, vergi inceleme raporlarının meslek odalarına gönderilmesi) mükelleflere ilişkin bilgilerin kanuna uygun olarak paylaşılması bu durumun mükellef haklarına uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Bundan dolayı, üzerinde halen çalışılmakta olan Yeni Vergi Usul Kanunu'nda ayrı bir bölüm halinde mükellef hakları ile ilgili düzenlemelerin de olacağı göz önünde bulundurulduğunda, kanunun farklı maddeleri arasında uyumun da sağlanmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın** (2014) Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Aksoy, Hüseyin Can** (2010) Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara, Çakmak Yayınevi.
- Alıcı, Yaşar** (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Arslan, Çetin** (2013) Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md.362), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2) 2013, ss.15-29.
- Aslan, Memduh** (2008) Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımların Etkinliği, 1. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları.
- Ateş, Leyla** (2015), Vergisel Bilgilerin Otomatik Değişimi Standardı ve Türkiye, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, ss.665-682.
- Başaran Yavaşlar, Funda**(2013), Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu, Vergi Yaptırım Hukuku Sisteminin Sorunları ve Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, 20-21 Mart 2013, < <http://www.fundabasaran.net/> > s.e.t.23.02.2017
- Başaran Yavaşlar, Funda** (2008) Vergi Suç ve Kabahatleri Hukukunda Son Durum, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.2008/6, ss.2840-2859, <<http://www.fundabasaran.net/makaleler/>> s.e.t. 14.02.2017
- Bayraklı, Hasan Hüseyin** (1999) Türk ve Alman Vergi Hukukunda Vergi Gizliliğine Uymama Suçu, 1. Baskı, Afyon, Afyon Kocatepe Üniversitesi İdari Mali İşler Daire Başkanlığı.
- Bilge, Mehmet Emin** (2005) Ticari Sırların Korunması, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.
- Candan, Turgut** (2010) Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları.
- Çakır, Erdem Utku** (2013), Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda Hukuka Uygunluk Sebepleri, TAAD, Yıl,4, Sayı 13(Nisan), ss.351-376.
- Edizdoğan, Nihat /Taş Metin/Çelikkaya Ali** (2007) Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı.
- Erol, Ahmet/Özişik, Nuray**, Mükellef Hakkı Olarak Vergi Mahremiyeti, 05.08.2014, <<http://www.vmhk.org.tr/mukellef-hakki-olarak-vergi-mahremiyeti/>>s.e.t. 24.02.2017.
- Henkoğlu, Türkay** (2015) Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

**Gürbüz Usluel, Aslı Elif** (2009), Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, Ankara, Vedat Kitapçılık.

**Karakoç, Yusuf** (2014) Genel Vergi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

**Moroğlu, Erdoğan / Kendigelen, Abuzer** (2014) İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, İstanbul, XII Levha.

**Nar, Mehmet** (2014) Küresel Forum Çalışmaları: Vergilemede Bilgi Değişimi Üzerine Güncel Bir Değerlendirme, Turkish Studies International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 9/5, Spring, ss.1631-1649.

**Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami** (2014) Vergi Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi.

**Özdiler Küçük, Eda** Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması: Billur Yaltı (Editör) (2013), Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, XII Levha, İstanbul, ss. 143-165.

**Reisoğlu, Seza** (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara, Yaklaşım Yayınları.

**Roman Seer,** Almanya'da Vergi Yükümlülerinin Verilerinin Korunması (Çeviren Oğuz Şimşek): Bahri Öztürk/Funda Başaran Yavaşlar (Editörler )(2010) Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınları, ss.371-380.

**Saban, Nihal** (2003) Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama, Polis Dergisi, Sayı 36, Temmuz-Ağustos, ss. 93-96.

**Selçuk, Turan Hasan,** 50 soruda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, <www.hsturan.com>

**Sonsuzoğlu, Elif** (2000) Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi S.141, ss. 116-134.

**Şenyüz, Doğan** (2015) Vergi Ceza Hukuku, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

**Şimşek, Oğuz** (2008) Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara, Beta Yayınevi.

**Taş, Fatma** (2008) Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.

**Turanboy, Asuman** (2006) Ticari Sır, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, 2006,ss.349-369.

**Uğur, Hüsamettin/Elibol, Mert** (2016) Açıklamalı İctihatlı Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara.

**Ünsal, Hilmi** (2003) Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi,C.8,S.3,ss.27-48.

95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>> s.e.t. 23.02.2017.

27 Nisan 2016 tarih ve 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönetmeliği <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>> s.e.t. 23.02.2017.

FATCA Anlaşmasıyla İlgili Sıkça Sorulan Sorular <[http://www.gib.gov.tr/uluslararasi\\_mevzuat/fatca-sorular](http://www.gib.gov.tr/uluslararasi_mevzuat/fatca-sorular)> s.e.t.24.02.2017.



# HOSHINMARU DAVASI; ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU MAHKEMESİNDE GEMİ VE MÜRETTEBATIN GECİKMESİZİN SERBEST BIRAKILMASI

*The Hoshinmaru Case; The Prompt Release Of Vessels And Crews In The International Tribunal For The Law Of Sea*

**Yrd. Doç. Dr. Ümmühan Elçin ERTUĞRUL<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 06.03.2017

Kabul Tarihi: 04.04.2017

## ÖZET

Bu Makale’de, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinde görülen Hoshinmaru Davası incelenecektir. Japonya bayraklı Hoshinmaru Gemisine, Rusya münhasır ekonomik bölgesi içinde 2 Haziran 2007 tarihinde Rusya tarafından el konulmuştur. BMDHS’ye göre, el konulan gemi, makul teminat ve diğer garantiler karşılığında gecikmeksizin serbest bırakılmalıdır. Rusya, Gemi ve mürettebatının gecikmeksizin serbest bırakılması için 13 Temmuz 2007’de teminatı belirlemiştir. Japonya, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin 73 maddesinin 2. bendini ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu iddia, Rusya tarafından reddedilmiştir. Dava’nın taraflarının her ikisi de teminat ve diğer mali garantilerin makul olması ilkesi üzerinde uyuşmuşlardır. Fakat makul teminat ya da diğer mali garantilerin kapsamı konusunda anlaşamamışlardır. Makale’de, gecikmeksizin serbest bırakma prosedürünün temel amaç ve mantığı analiz edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Hoshinmaru Davası, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), gecikmeksizin serbest bırakma, makul teminat,

## ABSTRACT

This Paper examines the Hoshinmaru Case, has been determined by International Tribunal for the Law of Sea .The Hoshinmaru Vessel, flying the flag of Japan, was detained in the Russian exclusive economic zone on 2 June 2007. Arrested vessel shall be promptly released upon the posting of the reasonable bond or other security to United Nations Convention on the law of Sea. He bond was set by the Russia on 13 July 2007.The Japan alleged that contrary to the article 73, paragraph 2, of the United Nations Convention on the Law of Sea. This allegation was denied by the Russia. Both parties of the Case, agreed in principle that a bond and other financial security should be reasonable. But, there was a discuss that about in deciding the content of the reasonable bond or other financial security. The paper analyzes that the fundamental objective and purpose of the prompt release prosedure.

**Keywords:** Hoshinmaru Case, International Tribunal for the Law of Sea (ITLOS), United Nations Convention on the Law of Sea(UNCLOS), prompt release, reasonable bond,

## GİRİŞ

Japonya tabiiyetli 88. Hoshinmaru Balıkçı Gemisi (Hoshinmaru ya da Gemi), Rusya Federasyonu’nun (Rusya) Münhasır Ekonomik Bölgesinde (MEB) balık avlarken, Rusya Hoshinmaru’ya el koymuş, kaptanını da

<sup>1</sup> Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, ueertugrul@hotmail.com

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)<sup>3</sup> ve Rusya iç hukuku gereğince tutuklamıştır. Japonya, BMDHS uyarınca, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine (Mahkeme) başvurmuş, Hoshinmaru ve mürettebatın BMDHS'ye aykırı olarak tutulduğunu ileri sürmüştür. Taraflar, Hoshinmaru ve mürettebatın gecikmeksizin salıverilmesi ile ilgili teminatın makullüğü konusunda anlaşamamışlardır. Mahkeme, 6 Ağustos 2007 tarihinde verdiği kararında, oybirliği ile Rusya'nın BMDHS'yi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Dava'nın konusu, BMDHS'nin 73/2. maddesinin ihlalidir. "*Kıyı Devletinin Kanun ve Kurallarının Yürürlüğe Konulması*" başlığı altındaki Madde'ye göre, MEB'indeki canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve korunması konusunda egemen haklar kullanan kıyı devleti, BMDHS'ye uygun olarak ve iç hukukunda kabul ettiği kanun ve kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla, gemiye çıkılması, geminin denetimi, gemiye el konulması ve mürettebatı hakkında dava açılması gibi gerekli bütün tedbirleri alabilecektir. Kıyı devleti, yabancı gemiye el koymuş ve mürettebatını tutuklamışsa "bir teminat veya diğer yeterli bir garanti" (teminat)<sup>4</sup> gösterilirse, el konulan gemi ve mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakacaktır.

Rusya'nın, MEB'indeki canlı kaynaklar üzerinde egemen haklarını kullanırken, konuyla ilgili iç hukuk ihlalleri dolayısıyla Hoshinmaru'ya el koymasına ve mürettebatını tutuklamasına ilişkin olay şu şekilde özetlenebilir.

15 Mayıs-31 Temmuz 2007 tarihleri arasından Rusya'nın MEB'inde canlı kaynakları avlama lisansına sahip olan Hoshinmaru, somon türü balıkları Rusya'ya ait MEB içinde avlamaktadır. Somon balıkları, BMDHS'de de korunan "anadrom" türü canlı doğal kaynaklardır. Bu balık türü, Kuzey Pasifik, Kuzey Buz Denizi ve bağlantılı tatlı sularda bulunan balık türüdür. Kaliforniya'da Kalamath Nehrinde, Japonya'da Kuzey Hakkaido'da, Kanada'nın Kuzey Kutup Bölgesindeki Bathurst Koy'unda, Rusya'da Kenai Yarımadasındaki nehirlerde, Sibirya'ya Anadyr Nehrinde, yumurtlamaktadırlar. Yaklaşık 4 yıl bu sularda kaldıktan sonra denize göç etmektedirler.<sup>5</sup> MEB içinde canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konusunda kıyı devletlerine tanınan egemen haklar, bu balıklar üzerinde de tasarrufta bulunmayı kapsamaktadır. Rusya, BMDHS'nin verdiği yetki çerçevesinde ve kendi iç hukuku

---

<sup>3</sup> Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Asil Yayın, Dağıtım A.Ş., Ankara, 2011 [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) (Erişim:28.03.2017)

<sup>4</sup> BMDHS'nin 73/2. maddesinin Türkçe çevirisindeki, "Bir teminat veya diğer yeterli bir garanti" ibaresi, Madde'nin doğrudan alıntı yapılmadığı durumlarda yalnızca teminat olarak adlandırılmıştır.

<sup>5</sup> Sockeye Salmon, Commercial Fisheries Management and Development Staff, [https://www.adfg.alaska.gov/static/education/wms/sockeye\\_salmon.pdf](https://www.adfg.alaska.gov/static/education/wms/sockeye_salmon.pdf), (Erişim :28.03.2017).



uyarınca, MEB’indeki Hoshinmaru’ya çıkmış ve avladığı balıkları denetleyerek gemi jurnalini incelemiştir. Yaptığı kontroller sonrasında, Hoshinmaru’nun, avladığı Sockeye Salmon (Kızıl Somon) türü balığı gemide gizlediğini ve gemi jurnaline gerçekte avladığı kızıl somon yerine fiyat olarak daha ucuz olan Chum Salmon( Köpek Somonu) türü balığı raporladığını tespit etmiştir. Bunun üzerine, Hoshinmaru’nun MEB’inde kaçak balık avladığı gerekçesi ile Hoshinmaru’ya el koymuş ve kaptanını tutuklamıştır. Japonya ise, itham edilen suçun “kaçak balık avlama” değil, avlanan balığı “hatalı şekilde raporlama” olduğunu ve yaptırımın buna uygun olması gerektiğini, Rusya’nın BMDHS’nin 73/2. maddesinde düzenlenen el konulan gemi ve tutuklanan mürettebatının bir teminat ve diğer mali garantiler gösterildiğinde gecikmeksizin serbest bırakılması hükmünü ihlal ettiğini iddia ederek, BMDHS’nin 292. maddesi gereğince Mahkeme’de dava açmıştır. - 292. madde, 73. madde ile de ilgili olarak, el konulan gemi ve mürettebatın gecikmeksizin salıverilmesi için “makul” teminatın gönderilmesinden bahsetmektedir. Bu sebeple, 73/2. maddede bahsi geçen teminatın “makul” olması gerektiği şüphe götürmez.<sup>6</sup>

Hoshinmaru Davası, el konulan geminin makul teminat gösterildiği takdirde gecikmeksizin serbest bırakılması ilkesiyle ilgili olarak, teminatın makullüğünün “teminatı tespit etme zamanı” nı kapsayıp kapsamadığı, teminat miktarının tespitinde hangi faktörlerin etkin olduğu, kıyı devletinin iç hukukundaki yargılamanın Mahkeme’nin yargılamasına tesiri, Mahkeme’nin yargı yetkisinin kapsamının belirlenmesi açısından son derece önemli bir davadır. Özellikle teminat tespit zamanının, teminatın makullüğüne etkisi boyutuyla Mahkeme’nin karar verdiği diğer davalardan ayırıcı özelliğini günümüzde de sürdürür. Ancak Mahkeme iyiniyetten, hakkın kötüye kullanılmamasından, kanuna karşı hileden bahsetmemiş, teminatın zaman açısından makullüğünü konusunda aslında doyurucu değerlendirme yapmamıştır. Dava, Mahkeme’nin görüş bildirdiği ve bildirmediği hususlarda Uluslararası Deniz Hukuku açısından önemini korumaktadır.

Makale’nin Birinci Bölümünde, kıyı devletinin MEB’indeki egemen haklarına değinilmiş, Rusya’nın dava konusu olan somon türü anadrom balıklarla da ilgili hakları ve yetkileri açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci Bölümünde ise, Japonya’nın iddialarına, Rusya’nın savunmalarına ve Mahkeme’nin kararına yer verilmiştir. Dava’nın Değerlendirilmesi ve Sonuç kısmında, Dava, teminatın makullüğü zaman ve miktar açısından değerlendirilmiş, kıyı devletinin devam eden iç hukuk işlemlerinin Mahkeme yargısına tesiri, iyiniyet, hakkın kötüye kullanılmaması, kanuna karşı hile, suç ve cezaların şahsiliği ve devletin sorumluluğu açılarından incelenmiştir.

---

<sup>6</sup> BMDHS, m. 73, 292

## I. MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGE VE KIYI DEVLETİNİN CANLI KAYNAKLAR ÜZERİNDEKİ EGEMEN HAKLARI

MEB, BMDHS ile yazılı uluslararası hukuka dahil olmuştur. MEB, karasularının ötesinde ve karasularına bitişik alandır.<sup>7</sup> MEB, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan itibaren 200 mil mesafede deniz yatağı üzerindeki su tabakasını, deniz yatağını ve bunların toprak altını kapsar.<sup>8</sup> BMDHS'ye göre, kıyı devletinin en fazla 12 mil karasularına sahip olacağı düşünülürse, MEB en fazla 188 mil olacaktır. MEB'in esas hattan itibaren 200 mil genişliğinin, deniz alanlarının yaklaşık %36'sına karşılık geleceği, balık stoklarının %90'ını, dünyadaki petrol ve doğal gaz depolarının %87'sini ve polimetallik nodüllerin yaklaşık %10'unu içereceği tahmin edilmiştir. Yine, dünyadaki gemi yollarının büyük çoğunluğunun MEB'ler içinden geçtiği tespit edilmiştir.<sup>9</sup> Bu özellikleri itibarıyla dünyadaki bütün devletleri etkileyen MEB'ler, onları ilan eden kıyı devletinin münhasır egemenliklerini kullandıkları ülkeleri değildir. MEB'ler için, devletlerin egemenlik tesis edemeyecekleri bütünüyle açık deniz özelliği gösterdiğini söylemek de mümkün değildir. MEB'in hukuki statüsü konusunda en çok kabul edilen görüş, MEB'lerin hukuki statülerinin *sui generis* olduğudur. *Sui generis* özelliğinin göstergesi olarak; BMDHS'de, "...karasularının ötesinde ve bu sulara bitişik.." olarak tanımlandığı, BMDHS'nin "-V- Kısımda belirlenen özel hukuki rejime tabi" olduğu hem kıyı devletler hem de diğer devletler açısından hak ve yükümlülük öngördüğü, özgün bir hukuki rejiminin varlığı kabul edilmiştir.<sup>10</sup>

Kıyı devleti MEB'de, egemen haklar ve yetki kullanır. BMDHS'nin 56. maddesi uyarınca, kıyı devleti MEB'deki doğal kaynaklar üzerinde ve MEB'in ekonomik amaçlarla kullanılması konusunda ulusal yetki alanlarında olduğu gibi egemen haklara sahiptir. BMDHS'nin ilgili hükümlerine uygun olarak, suni adalar, tesisler ve yapılar kurma ve bunları kullanma, denize ilişkin bilimsel araştırma yapma ve deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin konularda yetki kullanır. MEB, kıyı devleti de dahil, hiçbir devletin egemenliğine tabi olmamak açısından ise açık deniz özelliği gösterir.<sup>11</sup> MEB'de, açık denizin

<sup>7</sup> BMDHS m.55

<sup>8</sup> BMDHS m.57

<sup>9</sup> Robert Beckman & Tara Davenport, "The EEZ Regime: Reflection After 30 Years", **LOSI Conference Papers**, Korea, May, 2012, s. 5,6 , Selami Kuran, **Uluslararası Deniz Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016, s. 243

<sup>10</sup> Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım, Yayın, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996, s. 273,274, Kuran, MEB'i, açık denizin özel rejimleri arasında saymıştır Kuran, **a.g.e.**, s. 243 Tommy T.B. Koh, "The Exclusive Economic Zone", **30 Malaya. Law. Rew.** , 1988, s. 6, Beckman & Davenport, **a.g.m.**, s. 5, Nico Schrijver, "**Sovereignty Over Natural Resources, Balancing Rights and Duties**", Cambridge University Press, 1997, s. 211,

<sup>11</sup> Schrijver, **a.g.e.**, s. 211, Beckman & Davenport, **a.g.m.**, s. 5

geleneksel özgürlükleri devam eder.<sup>12</sup> BMDHS'nin açık denizlerin serbestliğinin düzenlendiği 87. maddesine göre, belli hususlarda açık deniz özelliği gösteren MEB'de de, sahili bulunsun ya da bulunmasın bütün devletlerin, ulaşım, üzerinden uçma, Kıta Sahanlığına (VI. Kısım) ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla deniz altı kabloları, petrol boruları döşeme, suni adalar, ve uluslararası hukukun izin verdiği diğer tesisleri kurma, Açık Denizlerin Canlı Kaynaklarının Korunması ve Yönetimi ( VII. Kısım 2. Bölüm) şartları saklı kalmak kaydıyla balık avlama, Kıta Sahanlığı (VI. Kısım) ve Denizde Bilimsel Araştırma(XIII. Kısım) hükümleri saklı kalmak kaydıyla bilimsel araştırma serbestisi vardır.

Her ne kadar MEB, yazılı olarak ilk kez 1982 tarihli BMDHS'de yer almış olsa da, kökenini 28 Eylül 1945 tarihinde, ABD Başkanı Truman'ın, ABD'nin 3 millik karasularının ötesinde kalan açık denizin bazı kısımlarında balıkçılığın düzenlenmesiyle ilgili politikalara ilişkin tebliğine dayandırmak mümkündür. Açık Denizin Bazı Bölgelerinde Sahil Balıkçılığına İlişkin Tebliğ'de, ABD kıyılarına bitişik balık kaynaklarının korunması ve idamesinde ilişkin mevcut kuralların yetersizliği ve ileride sorun olacağı kanaatiyle, bu alanda koruma tedbirleri ve uluslararası işbirliği kurmak için hükümet yetkilerinin ıslah edilmesi ifade edilmiştir. Balık kaynaklarının kıyı halkı için olduğu kadar, millet açısından da gıda ve sanayi kaynağı olarak önemi, kıyı balık kaynaklarının tahrip edilmesini önlemek amacıyla ihtiyaç olduğuna vurgu yapılmıştır. Balık avcılığının ABD vatandaşları tarafından yapıldığı ya da ileride yapılacağı ve idame ettirileceği yerlerde ABD'nin kendi kanunlarına ve denetimine tabi açıkça sınırlandırılmış koruma bölgelerinin kurulmasına işaret edilmiştir.<sup>13</sup> Söz konusu Tebliğ, günümüzde kıyı devletinin canlı kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarının mantığına ve özüne işaret etmesi açısından önemlidir.

BMDHS'nin 56. maddesinde, kıyı devletinin deniz yatağı üzerindeki sularda, deniz yataklarında ve bunların toprak altında canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konuları ile aynı şekilde sudan, akıntılardan ve rüzgardan enerji üretimi gibi bölgenin ekonomik amaçlarla araştırılmasına ve işletilmesine yönelik diğer faaliyetlere ilişkin egemen haklar kullanacağı düzenlenmiştir.

BMDHS'de bahsi geçen canlı doğal kaynaklar, hem su alanında hareket eden nekton türü balık ve benzeri canlılar, deniz memelileri, hem de deniz yatağı ve toprak altında yaşayan benthos türü sabit deniz ürünlerini içermektedir. Benthoslar, hayvan ya da bitki türü olabilirler.<sup>14</sup> BMDHS 77/4 maddesinde

---

<sup>12</sup> Beckman & Davenport, **a.g.m.**, s. 5

<sup>13</sup> Seha L. Meray, " Devletler Hukukunda 'Kıt'a Sahanlığı' Meseleleri", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, 1955, s. 90, 91

<sup>14</sup> Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 284.

tanımlanan, “...*hasata elverişli duruma geldikleri zaman, deniz yatağında veya bu yatağın altında ya hareketsiz bulunan veyahut da hareketleri deniz yatağı ve toprak altı ile sürekli temasa bağlı olan organizma..*”olarak tanımlanan sedanter türleri canlı kaynaklardan olmasına rağmen BMDHS’nin 68. maddesine göre, MEB’de kapsam dışı bırakılmıştır. Dolayısıyla kıyı devletinin MEB’i içinde, canlı kaynaklardan sayılmasına rağmen sedanter türleri üzerinde araştırma, işletme, muhafaza ve yönetim konusunda egemen hakları yoktur.

BMDHS’nin 61. maddesinde canlı kaynakların muhafazası düzenlenmiştir. Buna göre, kıyı devleti, kendi MEB’inde avlanacak canlı kaynakların av hacmini tespit edecektir. MEB’deki canlı kaynakların idamesinin aşırı işletme sonucu tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla bilimsel verileri göz önünde bulundurarak uygun muhafaza ve yönetim tedbirlerini alacaktır.<sup>15</sup> Kıyı devleti yetkili alt bölgesel ve evrensel uluslararası kuruluşlarla bu konuda işbirliğinde bulunacaktır. Kıyı devleti alacağı tedbirlerde, kıyılarda balıkçılıkla yaşayan toplulukların ekonomik ihtiyaçları ve kalkınmakta olan devletlerin özel ihtiyaçları da dahil olmak üzere, ilgili ekonomik ve ekolojik etmenler çerçevesinde, balıkçılık konusundaki usuller, balık sürülerinin birbiri ile bağımlılığı ve alt bölgesel, bölgesel ve evrensel ilkeler göz önüne alınarak işletilen sürülerin stoklarının azami verimli olacak düzeyde tutulmasını veya yeniden bu düzeye çıkarılmasını amaçlayacaktır. Kıyı devleti tedbir alırken, ortak veya bağlı türlerin stoklarını göz önünde bulunduracaktır. Bilimsel veriler, avlara ve balıkçılığa ilişkin istatistikler, balık stoklarının muhafazası ile ilgili diğer veriler düzenli olarak yayınlanacak ve değiş tokuş edilecektir.

BMDHS’nin 62. maddesinde canlı kaynakların işletilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, kıyı devleti MEB’in canlı kaynaklarının en azami seviyede işletilmesini amaçlayacaktır. Madde metninde “en azami seviyede işletilmesi” tabiri geçmiş olsa da bunu en elverişli seviyede işletilmesi şeklinde anlamak doğru olur.<sup>16</sup> Kıyı devleti, canlı kaynakları en azami şekilde işletirken, BMDHS 61. maddede düzenlenen canlı kaynakların muhafazasına uygun hareket etmekle yükümlüdür.

### **A. Kıyı Devletinin MEB’deki Canlı Kaynaklara İlişkin Düzenleme Yetkisi**

Canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetilmesi konusunda egemen haklara sahip olan kıyı devletinin bu egemen hakları ile ilgili düzenleme yetkisi vardır. Kıyı devletinin MEB’indeki canlı kaynaklara

---

<sup>15</sup> Avlanma miktarlarının belirlenmesinde, avlanacak mevsim, balık büyüklükleri dikkate alınacaktır. Örneğin AB Konseyi tarafından, Karadeniz’de izin verilen avlanma miktarı Kalkan için 86.4 ton, Sardalya için 11.475 ton olarak belirlenmiştir. İbrahim Gökalp, “Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki Uygulama Yetkisinin Kapsam ve Sınırları”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 25

<sup>16</sup> Gökalp, **Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki...** s. 29

ilişkin düzenleme yetkisi esas itibariyle işletilen canlı kaynakların korunması ile ilgilidir.

BMDHS'nin 62/4 maddesinde, diğer devletlerin MEB'de avlanan uyruklarının kıyı devletinin kanun ve kuralları ile tespit edilen muhafaza tedbirlerine ve diğer usul ve şartlara uyacakları düzenlenmiştir. BMDHS'ye uygun olan bu kanun ve kuralları, tadadı şekilde sayılan aşağıdaki konulara ilişkin olabilecektir.

- a) *Resimlerin ödenmesi veya kalkınmakta olan kıyı devletler için balıkçılık endüstrisinin mali yönden, araç-gereç yönünden ve teknik yönden geliştirilmesi için uygun katkıdan oluşacak diğer her türlü ödemeler de dahil olmak üzere, balıkçılara veya balıkçı teknelerine ve araç gereçlerine lisans verilmesi,*
- b) *Avlanma izni verilen türlerin belirtilmesi ve kotaların tespiti,*
- c) *Av kampanyasının ve bölgelerinin, araç-gereç tipinin, büyüklüğünün, sayısının ve kullanılabilir balıkçı gemilerinin tiplerinin, büyüklüklerinin, sayılarının tespiti,*
- d) *Avlanabilecek balıkların ve diğer türlerin yaşının ve büyüklüklerinin tesbiti*
- e) *Av ve balık çekme gücüne ilişkin istatistikler ve teknelerin yerlerinin bildirilmesi de dahil olmak üzere balıkçı teknelerinden talep olunan bilgiler,*
- f) *Avlanan ürünün örneklenmesi, örneklerin tasnifi, biriktirilmesi, gideceği yer ve bunlara ilişkin bilimsel verilerin iletilmesi de dahil olmak üzere, kıyı devletinin izni ve kontrolüyle balıkçılık konusunda araştırma programları yapılması ve bunların yürütülmesinin düzenlenmesi yükümlülüğü,*
- g) *Kıyı devletinin, avlanan gemilere gözlemci ve stajyerler koyması,*
- h) *Avlanan gemilerin avladıkları ürünlerden kıyı devletinin limanlarına boşaltması,*
- ı) *Çok uluslu ortak yatırımlara veya diğer işbirliği şekillerine ilişkin usul ve şartlar,*
- j) *Kıyı devletinin balıkçılık konusunda araştırma yeteneklerinin güçlendirilmesi de dahil olmak üzere balıkçılık alanında kişilerin yetiştirilmesi ve balıkçılık teknolojisi için gerekli şartlar,*
- k) *Uygulamamaya ilişkin tedbirlerdir.*

BMDHS'nin 64. maddesinde, kıyı devleti ve vatandaşlarına, BMDHS Ek 1'de büyük sürü oluşturan göçmen balıklar içinde sayılan bazı ton balığı

türleri, kılıç balığı, yunus gibi türlerin MEB ya da onun ötesinde muhafazası ve azami derecede işletilmesi için bu balıkları avlayan devletlerle doğrudan doğruya ya da uluslararası kuruluşlar aracılığıyla işbirliği içinde bulunmaları düzenlenmiştir.

BMDHS 66. maddede ise, Hoshinmaru Davasında'da söz konusu olan somon balıklarının dahil olduğu anadrom balıklar düzenlenmiştir. Anadrom türü balıklar, yumurtlamak için iç sulara gelen, sonra da denizlere göç eden balıklardır. 66. maddeye göre, akarsularında anadrom türü balık üreyen devletler bu balık türleri için başlıca sorumlu kabul edilmiş, MEB'de avlanmalarının düzenlenmesi konusunda tedbir alma haklarına yer verilmiştir. Bu balıkların avlanmasının menşe devletinin MEB'i içinde olması düzenlenmiştir. Balıkların menşe devletinden başka bir devletin MEB'ine doğru göç etmesi durumunda, muhafazası ve yönetilmesi için menşe devleti ile MEB'e sahip olan devlet işbirliği içinde olacaklardır.

Hoshinmaru Davasında Mahkeme, avlanmayı izleme ve doğru raporlama gerekliliğini, denizdeki canlı kaynak yönetiminin en temel araçlarından biri olarak görmüş, bu tedbirlere başvurmak ve uygulamanın yalnız Rusya için söz konusu olmadığını bildirmiştir. BMDHS'nin 61/2 maddesi gereği, MEB'e sahip olan bütün kıyı devletleri, MEB'de yaşayan canlı kaynakların idamesinin, aşırı işletme sonucu tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla, uygun muhafaza ve yönetim tedbirlerini alacaklardır.<sup>17</sup>

### **B. Canlı Kaynakların Araştırılması, İşletilmesi, Muhafazası ve Yönetimi Konularında Egemen Haklarını Kullanırken Kıyı Devletinin Alabileceği Tedbirler**

MEB'deki canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konularında egemen haklarını kullanırken kıyı devletinin alabileceği tedbirler BMDHS'nin 73. maddesinde düzenlenmiştir. Madde'ye göre; kıyı devleti canlı kaynaklarla ilgili, BMDHS'ye uygun olarak iç hukukunda kabul ettiği kanun ve kurallara uyulmasını sağlamak için, gemiye çıkılması, geminin denetimi, gemiye el konulması ve hakkında dava açılması da dahil olmak üzere bütün gerekli tedbirleri alabilir. Kıyı devleti, teminat ya da yeterli garanti gösterildiğinde el konulan gemi ve mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakacaktır. Balıkçılık konusundaki kanun ve kurallarına riayetsizlikler ile ilgili aksi kararlaştırılmadıkça hapis cezası ya da bedeni cezalar veremeyecektir.

BMDHS'nin, kıyı devletine canlı kaynaklar bakımından tanıdığı son derece geniş tedbir alma yetkisi uluslararası anlaşmalarla daha da genişletilebilmiştir.

---

<sup>17</sup> The "Hoshinmaru" Case, (Japan v. Russian Federation ) List of Cases No: 14, Judgment of 6 August 2007, para 99

Örneğin, 2001 yılında düzensiz, raporsuz, hukuksuz balık avlamanın caydırılmasına, önlenmesine, 2009 yılında düzensiz, raporsuz, hukuksuz balık avlamanın caydırılması, önlenmesi konusunda liman devletinin alacağı tedbirlerle ilgili düzenlemeler yapılmıştır.<sup>18</sup>

BMDHS'ye uygun olarak kıyı devletinin alabileceği bu tedbirleri, Hoshinmaru Davası açısından, uygulamayı da göz önünde bulundurduğumuzda tekrar şu şekilde özetlemek mümkün olur. Kıyı devleti canlı kaynaklar üzerinde egemen haklarını kullanırken, BMDHS'ye uygun olarak iç hukukunda aldığı kanun ve kurallara uyulmasını sağlamak için gemileri denetleyebilir. Denetleme, kıyı devletinin takdirindedir. Kıyı devleti, avlanması yasaklanmış balık türlerinin avlanıp avlanmadığını ya da izin verilen sınırı aşmış aşmadığının anlaşılabilmesi için gemideki balık türlerinden örnekler alınmasının denetim kapsamına dahil etmektedirler.<sup>19</sup> Kıyı devletleri, balıkçı gemilerinin MEB'e girişleri için önceden yetkilendirme talep edebilmekte, balık ağlarının istif yerlerine ya da avlanan balıklara ilişkin rapor isteyebilmektedirler.<sup>20</sup>

## II. HOSHINMARU DAVASI

Hoshinmaru Davası, Japonya'nın Rusya aleyhine, Rusya'nın BMDHS'yi ihlal ettiği gerekçesi Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinde açtığı bir davadır.

BMDHS'ye hem Japonya hem de Rusya taraftır. Japonya'da, Haziran 1996'da imzalanıp, yürürlüğe girmiştir. Rusya'da ise Mart 1997'de imzalamış ve Nisan 1997'de yürürlüğe girmiştir.<sup>21</sup>

Hoshinmaru, Japonya'da tescil edilen Ikeda Suian Co. Şirketi adına kayıtlı ve Japonya bayraklıdır. 173 tondur ve 22,48 metreküp buzluk ve 140,35 metreküp yük taşıma kapasitesine sahiptir. Tahmini değeri, 18.843.000 Yendir. Kaptanıyla beraber 17 mürettebatı vardır.<sup>22</sup>

Hoshinmaru, 15 Mayıs-31 Temmuz 2007 tarihleri arasında Rusya'nın MEB'inde avlanma lisansına sahiptir. Bu lisansta, 101,8 ton kızıl somon, 161,8 ton köpek somunu, 7 ton sakhalin alabalığı, 1,7 ton gümüş somon ve 2,7

---

<sup>18</sup> 1975 Code of Conduct on Responsible Fisheries, the 2001 International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, and the 2009 Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing. Beckman & Davenport, **a.g.m.**, s. 34

<sup>19</sup> Gökalp, , **Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki...**, s. 54-57

<sup>20</sup> Gökalp, , **Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki...**, s. 42, 44

<sup>21</sup> The 88th Hoshinmaru, (Japan(Applicant) v. Russian Federation (Respondent)) Application for the Prompt Release of a Vessel and Its Crew, 6 July 2007, (Application of Japan), para.5 [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/application\\_japan\\_eng.1.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/application_japan_eng.1.pdf) (Erişim 09.02.2017)

<sup>22</sup> Application of Japan, para. 5,6



ton spring somonu avlayacağı yazılıdır.<sup>23</sup> Hoshinmaru, Rusya'nın MEB'inde avlanması sırasında, Rusya tarafından gemiye el konulmuş, mürettebatı tutuklanmıştır. Japonya, BMDHS'nin 292. maddesi gereğince, Hoshinmaru ve mürettebatının tutulmasının BMDHS'nin 73/2 maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur.<sup>24</sup>

### A. Japonya'nın İddiaları

Hoshinmaru, Rusya'nın MEB'i içinde Kamchatka Yarımadasının doğu kıyılarında avlanırken 1 Haziran'da, Rusya'ya ait petrol botundan 3 memur tarafından Hoshinmaru'ya çıkılmıştır. 2 Haziran'da Japonya'nın yetkili makamlarına bildirilmiştir. Bu bildirimde, Hoshinmaru tarafından taşınan balık türü ve miktarının Hoshinmaru'nun gemi jurnalinde yazılı olandan farklı olduğu, balık türleri arasında sahtecilik yapıldığı, 14 ton kızıl somonun hukuka aykırı olarak yakalandığı, Gemi kaptanının Rusya hukukunu ihlal ettiği ifade edilmiştir. Hoshinmaru, 3 Haziran'da Petropavlovsk-Kamchatskii Limanına götürülmüştür.<sup>25</sup> Japonya, 6, 8, 9 Haziran tarihlerinde Rusya'dan, Hoshinmaru ve mürettebatının, BMDHS'nin 73/2 maddesine göre gecikmesizin serbest bırakılmasını, makul teminat ve garantinin tespit edilmesini sözlü ve yazılı olarak istemiştir.<sup>26</sup> Talebinin yerine gelmemesi üzerine Japonya, 6 Temmuz'da Mahkeme'ye başvurmuş, Hoshinmaru'ya el konulmasının hukuka aykırı bir tedbir olduğunu belirtmiştir. Makul olmak şartıyla Hoshinmaru ve mürettebatının saliverilmesi için teminat ödemeye istekli ve hazır bulunduğunu, fakat Rusya tarafından herhangi bir teminat belirlenmediğini Gemi ve mürettebatının da serbest bırakılmadığını bildirmiştir.<sup>27</sup> Hoshinmaru'nun tutulduğu tarihten itibaren 4 haftadan fazla zaman geçmiş olmasına rağmen Rusya'nın Gemi ve mürettebatı serbest bırakmamasının BMDHS'nin 73/2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.<sup>28</sup> BMDHS'nin 73/2 maddesinin, *"Bir teminat ya da diğer yeterli bir garanti gösterilirse, el konulan gemi ve tutuklanan mürettebatı gecikmesizin serbest bırakılacaktır."* hükmünün olağan ve iyiniyetle yorumuna göre, Rusya'nın Gemi ve mürettebatın serbest bırakılması için makul teminat tespit etme yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Rusya'nın MEB'inde egemen haklarını kullanması ile ilgili düzenlemeler ve iç hukukuna riayeti sağlamak için etkin tedbir alma hakkına sahip olduğunu bütünüyle kabul ettiğini ancak Rusya'nın hak ve yetkilerinin mutlak olmayıp bayrak devleti olarak kendisinin de hak ve yetkileri olduğunu belirtmiştir. Kendi hakları

---

<sup>23</sup> Hoshinmaru Judgment, para 28.

<sup>24</sup> Application of Japan, para.1,

<sup>25</sup> Application of Japan, para 10, 12, Hoshinmaru Judgment, para. 33

<sup>26</sup> Application of Japan, para 15-17

<sup>27</sup> Application of Japan, para. 19, 31

<sup>28</sup> Application of Japan, para. 30



çerçevesinde 73/2. maddeye göre, bayrak devleti olarak, makul teminat gönderdiğinde geminin gecikmeksizin serbest bırakılmasını isteme hakkına sahip olduğunu, Hoshinmaru'nun serbest bırakılmasını hukuka uygun olarak talep ettiğini ancak Rusya'nın, gecikmeksizin Hoshinmaru'yu serbest bırakma yükümlülüğünü açıkça ihlal ettiğini bildirmiştir.<sup>29</sup> Beyanıyla ilgili, 73. maddenin sadece tutulan gemi ve mürettebatının salıverilmesini teminatla güvence altına alan bayrak devletinin menfaatini değil, kanun ve kurallarına riayeti sağlamak için uygun ve gerekli tedbirleri alma yetkisi veren kıyı devletinin de menfaatini koruduğunu Monte Confurco Davasında Mahkeme'nin kararına atıf yaparak bildirmiştir.<sup>30</sup> Camouco, Monte Confurco, Grand Prince ve Juno Trader Davalarında, ilk tutulmadan yaklaşık 2-3 hafta içinde teminatın tespit edildiğini belirtmiştir.<sup>31</sup>

Japonya, teminatın "*makul*" olmasını, makullüğün ise, hem miktar, hem de diğer şartları kapsayacağını ifade etmiştir. Teminatın hem miktar olarak makul olmasını hem de makul zamanda belirlenmesini, gemi sahibi tarafından geminin gecikmeksizin ve güvenli şekilde serbest bırakılması için gönderilecek olan teminatın buna bağlı olduğunu bildirmiştir.<sup>32</sup> Monte Confurco Davasında Mahkeme'nin seferden alıkonulan geminin serbest bırakılmasının sadece "*makul*" teminat için söz konusu olacağını belirtmiş ve "*makul*" ibaresini vurgulamıştır.<sup>33</sup>

Rusya'nın, Hoshinmaru'nun serbest bırakılmasına ilişkin teminatı 13 Temmuz'da belirlemesinden sonra Japonya teminat miktarının tespitinde göz önünde bulundurulmuş işlenen suç, suçun ağırlığı, geminin değeri gibi ölçütlere ve teminat miktarına itirazlarını bildirmiştir.<sup>34</sup>

Japonya, itham edilen suçun lisanssız balık avlama ya da aşırı avlanma olmadığı, lisansına uygun olarak avlanmada kaydın hatalı olduğunu savunmuştur. Ayrıca, Hoshinmaru gemisindeki kızıl somon miktarının lisans verilen sınırlar içinde olduğunu, kızıl somon stokları için zarar ya da zarar tehdidi olarak düşünülmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>35</sup> Japonya, itham edilen suçun yani avlanan balıkların gemi jurnaline yanlış yazılmasının lisanssız avlanma ya da aşırı avlanma ile aynı derecede olmadığından dolayı teminatın

---

<sup>29</sup> Application of Japan, para 40

<sup>30</sup> The "Monte Confurco" Case, ( Seychelles v. France), Application for Prompt Release, Judgment, 18 December 2000, para. 70, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_6/Judgment.18.12.00.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_6/Judgment.18.12.00.E.pdf) (Erişim 11.01.2017) Application of Japan, para. 38, 39

<sup>31</sup> Application of Japan, para.30

<sup>32</sup> Application of Japan, para 49

<sup>33</sup> Monte Confurco Case, Judgment, para. 70, Application of Japan, para. 38, 39

<sup>34</sup> Application of Japan, para.15-49

<sup>35</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 97

hesaplanmasında geminin değerinin teminat hesaplanmasına dahil edilmesini haksız bulmuştur.<sup>36</sup> Hoshinmaru ve kaptanının işlediği suçlar ve bu dava için muhtemel ceza düşünüldüğünde teminat miktarını 8.000.000 ruble (313.000 ABD\$) den daha az hesaplamıştır.<sup>37</sup>

Rusya'nın, el konulan geminin gecikmeksizin salıverilmesine ilişkin teminat miktarının tespit edilmesinde taraflar arasında protokoller ile uzlaşma sağlandığı, Japonya'nın teminat miktarının hesaplanması ölçütlerine itiraz etmediği, bunun üstü örtülü kabul anlamına geldiği ve bunun Rusya açısından kazanılmış hak doğurduğu iddiasına; Japon Hükümetinin, geminin değerini içeren gecikmeksizin serbest bırakmak için aranan teminat hesaplama yöntemine, üstü örtülü şekilde rıza ve 14 Aralık 2006 tarihli Rusya- Japonya Balıkçılık Komisyonunun 23. Oturumunun Protokolüne Ek 10'un Rusça metnine rıza göstermediklerini bildirmiştir.<sup>38</sup>

Sözlü beyanlarında, Rusya'nın belirlediği teminatın miktar ve zaman olarak makul olmadığını yinelemiştir.<sup>39</sup>

Rusya'nın teminatın tespit edilmesiyle ilgili iç hukukundaki sürecin tamamlanmadığına ilişkin bildirimlerine, Mahkeme'nin Camouco Davasındaki; "*davalı tarafından ileri sürülen BMDHS 295. maddesi gereğince iç hukuk yollarının tüketilmesinin katı şekilde uyulacak bir kural olmayıp, 292. maddenin uygulanması açısından ön sorun teşkil etmeyeceği*" yönündeki kararına atıf yaparak itirazını bildirmiştir.<sup>40</sup>

Japonya, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu konusundaki Taslak Maddelere göre, Rusya'nın haksız fiilinden sorumlu olduğunu ve haksız fiilini durdurmak, tekrar etmemek ve gidermekle yükümlü olduğunu ileri sürmüştür.<sup>41</sup>

## B. Rusya'nın Cevapları

Rusya, Japonya'nın başvurusunun kabul edilmezliğini, iddialarının haksızlığını ileri sürmüş ve 73/2. maddeden doğan sorumluluklarını yerine getirdiğini ifade etmiştir. Rusya, her iki devletin de BMDHS hükümleri ile bağlı olduğu, Hoshinmaru'nun tabiiyet ve gemi özelliklerini, 15 Mayıs-31 Temmuz

---

<sup>36</sup> Hoshinmaru Judgment, para 91

<sup>37</sup> Hoshinmaru Judgment, para 91

<sup>38</sup> Hoshinmaru Judgment, para.84

<sup>39</sup> The "Hoshinmaru" Case, (Japan v. Russian Federation), Public Sitting, held on Thursday, 19 July 2007, at 3.00 pm, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/PV.07\\_1\\_19.07.p.m.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/PV.07_1_19.07.p.m.E.pdf) (Erişim: 19.02.2017)

<sup>40</sup> Application of Japan, para. 35

<sup>41</sup> Application of Japan, para. 43, 44

2007 tarihleri arasında balık avlama lisansına sahip olduğu hususları teyit etmiştir.<sup>42</sup>

Rusya, Dava konusu olaya ilişkin şu bilgileri vermiştir. Rusya'nın teminat miktarının makullüğüne ve teminat tespit zamanına ilişkin cevapları için ayrı başlıklar açılmıştır.

1 Haziran'da Rusya Federasyonu Federal Güvenlik Servisinin Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü'nün Devlet Deniz Denetiminin denetim grubu (Rusya Devleti Deniz Denetleme) tarafından Gemi durdurulup kontrol edilerek denetlenmiştir. 1 ve 2 Haziran'daki Hoshinmaru'nun durdurulması ve seferden alıkonulması iki devlet arasındaki protokollere göre gerçekleşmiştir. Hoshinmaru'da bulunan balık türlerinin ikameleri ve gemi jurnalinde günlük fiili yakalama konusunda yanlış bilgi verilmiştir.<sup>43</sup> Yaklaşık 17.000.000 Yen tutarında 20 ton civarında kızıl somon balığı, gemi jurnaline köpek somonu balığı olarak kaydedilmiştir. Kızıl somon, köpek somonundan daha pahalıdır. Söz konusu durum, Rusya iç hukukuna aykırıdır. Hoshinmaru, yasa dışı yollardan kasten kızıl somon avlamıştır.<sup>44</sup> Rusya, 2 Haziran'da Gemi'nin tutulduğunu ve denetlendiğini Japon makamlarına bildirmiştir. 4 Haziran'da Gemi'nin sahibi ile ilgili idari işlem başlatmış, 27 Haziran'da denizdeki canlı kaynakları yasa dışı olarak avlamakla ilgili Rusya Federasyonu Ceza Kanunu 256/1 maddesine göre, Gemi'nin kaptanı hakkında ceza davası açmıştır. Kaptan dışındaki mürettebat kesinlikle tutuklanmamıştır. Mürettebatın Japonya'ya gönderilmesi konusunda Gemi'nin sahibi işbirliğine yanaşmamıştır.<sup>45</sup>

6, 12 ve 14 Haziran'da, Rusya'daki Japon Büyükelçiliği tarafından, Rusya Federasyonu Dışişleri Bakanlığına, mürettebat tutuklanmamasına rağmen uluslararası düzenlemeler gereğince makul teminat gönderildiğinde Gemi ve mürettebatının gecikmeksizin serbest bırakılmasına ilişkin işlemlerin başlatılması için nota gönderilmiştir.<sup>46</sup> Rusya Devleti Deniz Denetleme, 6 Haziran'da fiili yakalama ve balık türleri ile ilgili konularda karar vermek için inceleme başlatmış, aynı gün, Gemi'nin sahibine, Gemi'nin olası fiyatı sorulmuş ancak cevap alınamamıştır. 11 Temmuz'da, denizdeki canlı kaynaklara verilen zararın 7.927.500 Ruble olduğu Japonya Konsolosluğuna haber verilmiş, 13

---

<sup>42</sup> The Hoshinmaru Case, (Japan v. The Russian Federation), Statement in Response of the Russian Federation, 15 July 2007, (Statement in Response of the Russian Federation), para.3-7 [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/statement\\_response\\_russian\\_fed\\_eng.1.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/statement_response_russian_fed_eng.1.pdf), (Erişim 11.02.2017)

<sup>43</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para.8-9

<sup>44</sup> The "Hoshinmaru" Case, (Japan v. Russian Federation), Public Sitting, held on Thursday, 19 July 2007, at 3.00 pm, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/PV.07\\_1\\_19.07.p.m.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/PV.07_1_19.07.p.m.E.pdf) (Erişim: 19.02.2017)

<sup>45</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 11-16

<sup>46</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 18

Temmuz'da, Rusya Dışişleri Bakanlığınca, Japonya Büyükelçiliğine Gemi ile ilgili yukarıdaki zarar ile birlikte 25.000.000 Ruble<sup>47</sup> teminat bedeli ve banka hesabı detayları bildirilmiştir.<sup>48</sup>

## 1. Teminatın Makul Zamanda Tespit Edildiğine İlişkin Cevaplar

Rusya'nın teminatın makul zamanda tespit edildiğine ilişkin cevapları aşağıdaki gibidir.

Rusya, teminatı belirlediği 13 Temmuz'un zamanlama açısından makul olduğunu, Japonya'nın "*teminatı belirlemediği*" iddiasının kabul edilemeyeceğini, 25.000.000 ruble teminat taleplerini 8199 Numaralı Sözlü Nota ile Japonya'ya bildirdiklerini ifade etmiştir. Yine, Japonya'nın, teminatın belirlenmesinde iç hukukun yetersizliği sebebiyle Gemi'nin uzun tutulduğu hususunun geçerli olmadığını belirtmiştir.<sup>49</sup>

Rusya, Mahkeme'nin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Buna göre, Mahkeme'ye yapılan başvurunun esasının, el konulan geminin saliverilmesi ile ilgili "*hüküm ve koşullar*"a ilişkin olduğunu, 292. madde gereğince Mahkeme'nin - el konulan geminin saliverilmesi dışındaki - genel şartlar ve koşullar konusunda karar verme yetkisinin olmadığını bildirmiştir.<sup>50</sup> Mahkeme Kurallarınının 113/2 maddesine göre, Mahkeme'nin, sadece gemi ve mürettebatın saliverilmesi konusundaki başvurunun haklı sebeplere dayanması durumunda davaya bakabileceğini, bunun da **yalnızca gemi ve mürettebatının serbest bırakılması için gönderilen teminat ve mali garantilerin şekline, niteliğine ve miktarına ilişkin** olduğunu ileri sürmüştür. Gecikmeksizin serbest bırakma davalarının temelinin, makul teminat ve diğer garantilere karar verme olduğu, Mahkeme'nin hükmedeceği makullüğün bazı genel "*hüküm ve koşullar*" sayılmayacağını ifade etmiştir.<sup>51</sup> Kanaatimizce, Mahkeme'nin, makul teminat ve garantilerin şekli, niteliği ve miktarı dışında karar verme yetkisinin olmadığını vurgulamıştır.

Rusya, Japonya'nın başvurusunda ifade ettiği, "*teminatın makul zamanda belirlenmesi*" iddiasına karşılık olarak, BMDHS ya da Mahkeme uygulamasının, teminat ve garantilerin gecikmeksizin belirlenmesinden bahsetmeyip yalnızca makul olmasını aradığını, makullük ölçütlerinin de M/V Saiga Davasında Mahkeme'nin teminatın, "*şeklini*", "*niteliğini*" ve "*miktarını*" kapsadığı şeklinde karar verdiğini ifade etmiştir. Mahkeme'nin ekonomik boyuta bu

---

<sup>47</sup> Makale'de, Rusya tarafından tespit edilen teminat miktarı bazen 25.000.000 Ruble, bazen de 22.000.000 Ruble olarak yazılmıştır. Bu, tarafımızca yapılan bir maddi hata olmayıp, orijinal metindeki ifadelerdir.

<sup>48</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para.19-23

<sup>49</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para 29-36

<sup>50</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 39, 45

<sup>51</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para.40, 41

güçlü vurgusunun, “*gecikmeme*” gerekliliğinin,- teminatın tespit edilmesi değil- sadece gemi ve mürettebatını serbest bırakma hususunda olduğuna inandığını bildirmiştir.<sup>52</sup>

Rusya, 73/2 madde gereğince, gemi ve mürettebatın saliverilmesi açısından gerekli olan teminat diğer garantilerin belirlenmesinin son derece önemli olduğunu, kıyı devletinin bu teminat ve diğer garantilerin makul olabilmesi için çeşitli faktörleri göz önünde bulundurması gerektiğini ve bütün bu faktörlerin değerlendirilmesinin vakit alacağını ifade etmiştir. Dava’nın özel durumları ve Mahkeme’nin içtihatları ışığında 13 Temmuz’da bildirilen teminatın “*makul*” olduğunu ve “*makul zamanda belirlendiği*” ni yinelemiştir.<sup>53</sup> Makul teminat ile ilgili değerlendirmesinde; Mahkeme’nin Camouco, Monte Confurco, Volga Davalarındaki kararlarından yola çıkarak, işlenen suçun ağırlığı, uygulanan ceza, geminin değeri, el konulan yük gibi faktörlere dikkati çekmiş, bunların sınırlı sayıda olmadığını bildirmiştir.<sup>54</sup> Yine, teminatın ve diğer garantilerin belirlenmesinin, matematiksel işlemler gibi basit olmadığı, bütün faktörlerin değerlendirilmesi, bütün durumların incelenmesi gerektiği, geminin bayrak devletinin yetkili makamlarının ve geminin sahibinin işbirliği olmaksızın makul zamanda bitirmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.<sup>55</sup>

Japonya’nın başvurusunda, 73/2 maddeyi lafzı yorumlandığını, ilgili maddenin teminat ve diğer garantilerin belirlenmesi konusunda özel bir zaman sınırı öngörmeyip, bu konuda sessiz kaldığını belirtmiştir.<sup>56</sup> Teminatın belirlenmesinde zaman sınırı ile ilgili somut şartlar olmadığından dolayı kıyı devletinin bu konuda belli esnekliğe sahip olduğunun varsayılmasını, ancak bu esnekliğin sınırsız olmadığını ifade etmiştir. Dava’da sürenin geçmesini, makul olmayan teminat riskini en aza indirmek maksadıyla olduğunu ileri sürmüştür. Zararın hesaplanmasının, incelemelerin ve teminat miktarına son halinin verilmesinin zaman aldığını bildirmiştir. Gemi sahibi ve kaptanının Rusya’nın yetkili makamları ile bütününü işbirliği içinde olmamalarını teminatın belirlenmesinin gecikmesi sebepleri arasında saymıştır.<sup>57</sup> Rusya Devleti Deniz Denetlemenin, Hoshinmaru’nun mevcut yakalama ve balık türleri ile ilgili konularda karar verme usulünden bahsetmiştir. Uzmanların, hukuksuz

---

<sup>52</sup> Halbuki M/V Saiga Davasında Mahkeme’nin teminat ve mali garantilerin makullüğüne ilişkin kararı, Rusya’nın atf yaptığıyla sınırlı değildir. The “M/V Saiga” Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Judgment, 4 December 1997. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_1/judgment\\_041297\\_eng.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/judgment_041297_eng.pdf) (Erişim:12.02.2017), Statement in Response of the Russian Federation, para. 67, 68

<sup>53</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 49-51

<sup>54</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 52-56

<sup>55</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 55-63, 94

<sup>56</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 70

<sup>57</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 76-80, 86

olarak yakalanan bütün balıkların ve farklı balık türlerinin miktarlarına, bir balığın ortalama ağırlığına, balık türlerinin ortalama maliyetlerine baktığını hukuksuz yakalananların maliyetleri gibi hususları dikkate alarak karar verdiğini, Gemi'nin ederi konusunda sözlü ve yazılı taleplere rağmen Gemi'nin sahibinden herhangi bir bilgi alınmadığını, bu sebeple zaman harcadığını bildirmişti.<sup>58</sup>

Rusya, teminatın “*makullüğü*”nün, “*çabuk*” olması anlamına gelmeyeceğinin Mahkeme tarafından doğrulandığını<sup>59</sup>, Mahkeme'nin teminata karar verilmesi ile ilgili önceki baktığı davalarda (M/V Saiga, Camouco, Grand Prince, Volga, Juno Trader ), zamana ilişkin karar vermediğini ifade etmiştir. BMDHS'nin 292/1. maddede bahsi geçen 10 günlük sürenin, geminin serbest bırakılması konusunu, tarafların anlaştıkları mahkeme ya da yargı organı önünde ileri sürebilmeleri için söz konusu olduğunu, teminat gönderilmeden, el koyan devletin 10 günlük süreyi geçirmesinin 73/2 maddenin ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.<sup>60</sup>

Rusya, işlenen suçun özel ağırlığı ve ulaşılabilen bilgilerdeki tezatlıklar, makul teminat için zararın doğru değerlendirilmesi dolayısıyla Hoshinmaru ile ilgili soruşturmanın ek çaba gerektirdiğini ileri sürmüştür.<sup>61</sup>

Ayrıca, teminat miktarına doğru şekilde karar verilebilmesi için iç hukukunda devam eden yargısal işlemlerin tamamlanmasının gerekliliğini vurgulamıştır.<sup>62</sup> Yine, tutulan geminin canlı kaynaklar ve deniz çevresine verdiği zararlara, kıyı devletinin hukuki işlemlerinin ve sonuçlandırılmamış kararlarının tamamlanmasına dikkat çekmiştir.<sup>63</sup>

## 2. Teminatın Miktar Olarak Makul Olduğuna İlişkin Cevapları

Japonya'nın teminatın miktar olarak makul olmadığı yönündeki iddialarına şu şekilde cevaplar vermiştir.

Japonya ile balıkçılık konusunda 7 Aralık 1984 ve 12 Mayıs 1985 tarihli anlaşmalar uyarınca karma komisyonlar kurulmuş ve protokoller imzalanmıştır. Bu protokollere göre, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar ikili müzakereler yoluyla çözülecektir. Karma Komisyonlarda, Rusya MEB'inde Japon balıkçı gemilerinin tutulması durumunda gecikmeksizin serbest bırakılma durumları da görüşülmüş, gecikmeksizin saliverilme için makul teminat için belirlenen

---

<sup>58</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 87

<sup>59</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 95

<sup>60</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 72, 73

<sup>61</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 97

<sup>62</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 93

<sup>63</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 57

ölçütler tespit edilmiştir. Mahkeme'nin kararlarına uyumlu olan bu ölçütlere göre teminat miktarı; “potansiyel ceza”, “zararın tazmin bedeli”, “hukuka aykırı avlanan canlı kaynakların maliyeti”, “gemi, ekipman gibi hukuka aykırı balıkçılık araçlarının değerlerine” göre belirlenecektir. Bu teminat belirleme ölçütlerine Japonya tarafından itiraz edilmemiştir. 14 Aralık 2006 tarihli Karma Komisyonun 23. Oturumunda düzenlenen Protokole Ek 10 Belgesinde ve 1985 Anlaşmasına 26 Nisan 2007 Protokolünün Ek 4-2 Belgesinde de söz konusu bilgileri yer almaktadır. Ayrıca Ek 2’de, Karma Komisyonların bu kararlarının gemi lisanslarının temelini oluşturduğu ifade edilmiştir.<sup>64</sup> Bu belgelere göre teminat, potansiyel ceza miktarına, zararın tazminine, hukuksuz avlanan canlı kaynakların maliyetine, hukuka aykırı yöntemlerle ya da araçlarla avlanan balıkların maliyetine göre hesaplanacaktır. Bu yöntem ve ölçütler Mahkeme'nin ölçütleri ile uyumludur. Japon temsilciler bu yöntem ve ölçütlere itiraz etmemişlerdir, bu da Rusya lehine kazanılmış hak doğurmaktadır.<sup>65</sup>

Rusya, Hoshinmaru'nun serbest bırakılması için 22.000.000 Ruble(yaklaşık 862.000ABD\$) teminatı, geminin sahibi ve kaptanına verilecek ceza, kasten hukuka aykırı olarak elde edilen kızıl somon miktarı, geminin değeri, araştırma için Rus makamlar tarafından yapılan idari masraflar üzerinden hesaplamıştır.<sup>66</sup>

Rusya, teminatın makullüğüne, davanın özel durumları ile ilgili her bir ölçütün dikkate alınarak kıyı devleti tarafından karar verilmesini, kıyı devletinin ulusal hukukuna göre, suçun ağırlığı ve verilecek cezanın miktarını göz önünde bulunduracağını söylemiştir.<sup>67</sup> Hoshinmaru'nun kaptanı tarafından ağır bir suç işlendiğini, kaptanın 20 ton işlenmemiş kızıl somonu, daha ucuz olan köpek somonu olarak bildirdiğini, bu durumun Rus makamlar tarafından ortaya çıkarılmadığında, 20 ton kızıl somonun Rusya MEB'inden hukuka aykırı olarak alınmış, çalınmış olacağını ifade etmiştir. Bunun da denizdeki canlı kaynak miktarının Rusya'nın yetkili makamları tarafından tam hesaplanamaması, kızıl somon gibi türlerin izin verilen yakalama miktarının yüzdesinin kontrol edilememesi anlamına geleceğini bildirmiştir. Düzensiz ve raporsuz balık avlanmasının, hukuksuzluğun klasik göstergesi olduğu ve 22.000.000 rublelik teminatın, suçun ağırlığını doğrulayacağı ve haklı çıkaracağı düşüncesinde olduğunu ifade etmiştir.<sup>68</sup>

Rusya, 1984 tarihli Japonya ile arasındaki iki ülkenin kıyılarındaki balıkçılık alanlarındaki ortaklaşa ilişki konusundaki anlaşma olduğundan ve Japonya'nın

---

<sup>64</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 64,65

<sup>65</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 83

<sup>66</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 90

<sup>67</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 91, 92

<sup>68</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 96



bu anlaşmayı ihlal ettiğinden bahsetmiştir. Bu anlaşmaya göre taraflar, diğer tarafın MEB'inde balıkçılıkta kanun ve düzenlemelerindeki hususlar, canlı kaynakların korunması ile ilgili gözlem ve balıkçı gemileri ve uyrukları ile ilgili gerekli bütün tedbirleri alacaklardır. Japonya'nın Rusya'nın MEB'inde balıkçılık ile ilgili kanun ve düzenlemelerini pek çok kez ihlal ettiğini, örneğin 2006 yılında 25 kez olduğunu bildirmiştir. 2007'de Hoshinmaru'nun 7.927.500, 2006'da Tomimaru'nun 9.328.600, 2006'da Youkeimaru'nun 1.002.700, 2005'te Marunakamara'nın 294.544, ve 2005'te Jinpomaru'nun 2.716.455 Ruble hukuki olmayan balık avlamadan doğan zararlarını göstermiştir.<sup>69</sup>

1984 Anlaşması uyarınca kurulan, Rusya-Japonya Balıkçılık Komisyonu'nun 23. Oturumunda 1979-1985, 1991-1992 ve 1999-2005 dönemlerinde Rusya tarafından yazılan ancak Japon gemi sahipleri tarafından ödenmeyen cezalar ve artan borç konusu gündeme geldiğini, yükselmeye devam eden bu borçların gecikmeksizin ödenmesini sağlama konusunda Japon makamlarca herhangi bir ciddi adım atılmadığını savunmasına eklemiştir.<sup>70</sup>

Rusya, Japonya'nın Gemi'nin serbest bırakılmasına rağmen, kaptanının tutukluluğu devam ettiğinden geminin hareket ettirilememesi ile ilgili itirazına, makul teminat ölçütlerinin, geminin mürettebatını serbest bırakma ölçütlerinden farklı olduğunu bildirmiştir. "*Gecikmesizin*" serbest bırakmanın gemi ile ilgili olduğunu, mürettebatı kapsamayacağını, mürettebatın gecikmeksizin serbest bırakılmasının mantıksız olduğunu ifade etmiştir.<sup>71</sup>

### C. Mahkemenin Görüşü ve Kararı

Mahkeme, Japonya'nın iddiaları, Rusya'nın cevapları doğrultusunda ve daha önceki içtihatları çerçevesinde Hoshinmaru ile ilgili kararını vermiştir.

BMDHS'nin 292. maddesine göre, bir devletin yetkilileri, bir başka devlet bayraklı gemiye el koyduğunda, bayrak devletinin teminat ve diğer mali garantiler gösterilmesi üzerine gemi ve mürettebatının gecikmeksizin serbest bırakılmasını düzenleyen BMDHS ilkelerine aykırı hareket ettiği iddiası, tarafların üzerinde anlaştıkları herhangi bir mahkeme ya da yargı yerinde ileri sürülebilecektir. Eğer, gidilecek mahkeme konusunda uzlaşma sağlanamazsa el koyma tarihinden itibaren 10 gün içinde el koyan devletin kabul ettiği çözüm

---

<sup>69</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para.24-26, Tomimaru Davası ile ilgili, Derya Aydın Okur, "Tomimaru Davası: Müsaderenin Gecikmeksizin Serbest Bırakma Yükümlülüğüne Etkileri", (Tomimaru Case- Prompt Release) *M.Ü.H.F. Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010

<sup>70</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 27, Kaptan, 16 Temmuz tarihinde serbest bırakılmıştır.

<sup>71</sup> Statement in Response of the Russian Federation, para. 71



organına ya da Deniz Hukuku Mahkemesine başvurulabilecektir.<sup>72</sup> Dolayısıyla Deniz Hukuku Mahkemesi davaya bakma konusunda yetkilidir. Mahkeme, M/V Saiga Davasına atıfta bulunarak, teminatın “makullüğü” konusunda, makullük ölçütlerinin teminatın şekli, niteliği ve miktarını kapsayacağını teminat ve mali garantilerin şekli, niteliği ve miktarının genel dengesinin makul olmasına karar vermiştir. Söz konusu genel dengede ise, olguların göz önünde bulundurulması gerekliliğine işaret etmiştir.<sup>73</sup>

Mahkeme, Camouco Davasında, teminat ya da diğer mali garantilerin makullüğünün değerlendirilmesinde, işlenen suçun ağırlığı, ilgili devletin hukukuna göre uygulanan ya da uygulanamayan ceza, el konulan gemi ya da yükün değeri, el koyan devlet tarafından uygulanan teminatın miktarı gibi pek çok faktörün etkili olduğu hükmüne gönderme yapmıştır. Volga ve Monte Confurco Davalarında da, bu sayılanların sınırlı sayıda olmadığı, 292. ve 73. maddelerdeki menfaat dengesinin Mahkeme’ye yol gösterici olduğu görüşünü teyit etmiş ve katı kurallar koymak istemediğini belirtmiştir.<sup>74</sup>

14 Aralık 2006 tarihli Rusya-Japonya Balıkçılık Komisyonunun 23. Oturumunun Protokolüne Ek 10’daki belgeleri ve 26 Nisan 2007’de imzalanan Japon balıkçı gemileri tarafından Rusya’da üreyen somonların avlanması konusunda Rusya-Japonya Hükümetler Arası Konsültasyon Protokolünün Ek 4-2 belgelerini incelemiştir. Bu belgelere göre teminatın, potansiyel ceza miktarına, zararın tazminine, hukuksuz avlanan canlı kaynakların maliyetine, hukuka aykırı yöntemlerle ya da araçlarla avlanan balıkların maliyetine göre hesaplanacağı, bu yöntem ve ölçütlerin Mahkeme’nin kriterleri ile uyumlu olduğu, Japon temsilcilerin bu yönteme itiraz etmedikleri ve bunun kazanılmış hak anlamına geldiği konusundaki Rusya’nın iddialarını şu şekilde değerlendirmiştir.<sup>75</sup> Mahkeme, balıkçılık konusunda devletler arasındaki uzun soluklu ilişkilerde, balıkçı gemilerine el konulması olaylarında teminat usulü konusunda anlaşmaya varmanın, uyuşmazlıkları önlemeye ve yanlış anlaşılmayı açıklığa kavuşturmaya yardım edecek karşılıklı güvene katkıda bulunabileceği

---

<sup>72</sup> BMDHS’ye göre zorunlu yargı yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için Burak Akçapar, “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 1996, s. 24 vd.

<sup>73</sup> Göz önünde bulundurulacak olgularla ilgili olarak, M/V Saiga Gemisindeki yaklaşık 5 milyon metrik ton doğal gazın Gine Makamlarının emriyle limanda boşaltılmasıdır. M/V Saiga Case, Judgment, para.82, 83

<sup>74</sup> The “Camouco” Case, (Panama v. France) , Application for Prompt Release, Judgment, 7 February 2000. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_5/Judgment.07.02.00.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Judgment.07.02.00.E.pdf), (Erişim: 03.02.2017), The “Volga” Case, (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, Judgment of 23 December 2002, para. 64, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_11/11\\_judgment\\_231202\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_11/11_judgment_231202_en.pdf), (Erişim: 12.12.2016), Monte Confurco Case, Judgment, para. 72,73, Hoshinmaru Judgment, para.82

<sup>75</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 83

görüşündedir. Mevcut durumda Mahkeme, Rusya-Japonya Balıkçılık Komisyonu çerçevesinde Japonya'ya iletilen teminat miktarı ile ilgili Rusya'nın belgelerindeki usulün Japon temsilciler tarafından kabul edildiği sonucuna ulaşamayacağını ifade etmiştir.<sup>76</sup> Rusya-Japonya Balıkçılık Komisyonu gibi komisyonlarda katılma tutanakları ve protokollerin, imzacı tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlediğini, Uluslararası Adalet Divanının (UAD), Katar ve Bahreyn Arası Ülke Sorunları ve Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davasında bu ihtimali kabul ettiğini, ancak, UAD'nin, Ege Denizi Kıta Sahanelığı Davasında, fiili olguların ve özel durumların değerlendirilmesi gerekliliğine ilişkin kararlarını hatırlatmıştır.<sup>77</sup> Mahkeme, söz konusu toplantıların Protokollerindeki bazı konularda görüş birliğinin olduğunu kabul ederken, teminatın belirlenmesinde Rusya tarafından belirlenen ölçütlerde görüş birliğinin olmadığını, bu sebeple Japonya'nın "örtülü rıza"sı ya da "kabalı"ü sayılamayacağını belirtmiştir. Bu durumda Japonya'nın, UAD'nin Tapınak Davasına ilişkin kararındaki "her kim konuşması gerekirken susuyor ise bu onun rızası anlamına gelir."<sup>78</sup> kuralı uyarınca, Japonya'nın tepki verme yükümlülüğü olmadığından dolayı rızasının olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.<sup>79</sup>

Mahkeme, teminat miktarının işlenen suçun ağırlığı ile oranlı olması görüşündedir.<sup>80</sup> Dava'da, 22.000.000 Ruble ( yaklaşık 862.000 ABD \$) teminat miktarını makul olarak değerlendirmemiştir. Teminat miktarının tespitinde, teminatın gemi sahibi ve kaptanına uygulanan en üst ceza üzerinden kurulması ve geminin değerinin dahil edilmesini uygun bulmamıştır. Rusya'nın iç hukukunun, teminatın değerlendirilmesinde, el konulan geminin değerinin otomatik olarak dahil edilmesini öngörmediğini belirtmiştir.<sup>81</sup>

Mahkeme, mevcut davanın öncekilerden farklı olduğunu, Dava'nın lisanssız balık avlanmasına ilişkin olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin ifadesine göre, Hoshinmaru, Rusya'nın MEB'inde, balık avlama konusunda geçerli bir lisansa sahiptir. Rusya ve Japonya'nın balıkçılık faaliyetlerindeki yakın işbirliği de bilinmektedir. Pasifik'te Rusya'nın MEB'inde balık stoklarının korunması ve yönetimi konusundaki kuralların uygulanması ile ilgili ve yine balık stoklarının korunması ve yönetimiyle ilgili konsültasyonlar kurumsal niteliktedir. Taraflar,

---

<sup>76</sup> Hoshinmaru Judgment, para.85

<sup>77</sup> Hoshinmaru Judgment, para 86

<sup>78</sup> Tapınak Davasında bahsi geçen ; "qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset" ilkesine atıf yapılmıştır. İlke, "her kim konuşmalıyken susuyor ise, bu onun rızası anlamına gelir." şeklinde çevrilmiştir." P. Cuasay, " Borders on the Fantastic:Mimesis, Violence, and Landscape at the Temple of Preah Vihear", **Modern Asian Studies**, Volume 32, Issue 4, October 1988, s. 849

<sup>79</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 87

<sup>80</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 88

<sup>81</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 93

Rusya'nın MEB'inde, Rusya'da üreyen alabalık ve somonların yeniden üremesi ve korunmasını desteklemek için işbirliğine gitmişlerdir. Japonya'nın iç hukukunda, bayrağını taşıyan gemilerin mürettebatının bu çabalarının devam etmesine yönelik düzenlemeleri mevcuttur.<sup>82</sup> Bunlara rağmen Mahkeme, Hoshinmaru'nun kaptanı tarafından işlenen suçun tamamen teknik ya da basit bir suç olarak düşünülmeceği görüşündedir. Avlanmayı izleme, doğru raporlama gerekliliği, denizdeki canlı kaynak yönetiminin en temel araçlarından biridir. Bu tedbirlere başvurmak ve uygulamak yalnız Rusya için söz konusu değildir. BMDHS'nin 61/2 maddesi gereği kıyı devletleri, MEB'de yaşayan canlı kaynakların idamesinin, aşırı işletme sonucu tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla, uygun muhafaza ve yönetim tedbirlerini alacaklardır.<sup>83</sup>

Mahkeme, Rusya'nın raporlamaya ilişkin kurallarının ihlali durumunda yaptırım uygulanabileceğini, ancak raporlamaya ilişkin kural ihlallerinin, Gemi'nin kaptanı ve sahibine uygulanacak en üst ceza ve davanın şartlarını göz önünde bulundurularak gemiye el konulması üzerinden teminatın tespit edilmesinin makul olmadığını yinelemiştir. Bu düşünceler temelinde Mahkeme, teminatın toplam 10.000.000 Ruble olması görüşünü bildirmiştir. Japonya'nın bu seçeneği tercih etmesi durumunda Rusya tarafından belirlenen banka hesabına ödenmesi ya da banka garantisi verilmesine karar vermiştir.<sup>84</sup>

Mahkeme'nin, Rusya'nın makul teminat belirleme ölçütlerini değerlendirmesi ve kararı aşağıdaki gibi şematize edilebilir.

	<u>Rusya</u>	<u>Mahkeme</u>
Gemi ve ekipmanlar	11.350.000 Ruble	dahil etmemiştir.
Kaptan ve mürettebatın cezaları	500.000 Ruble	haddinden fazla yüksek
Gemi sahibinin cezası	2.000.000 Ruble	haddinden fazla yüksek
Usul Maliyeti	240.000 Ruble	
Zarar	7.930.000 Ruble	
-----		
TOPLAM	22.000.000 Ruble	10.000.000 Ruble

olarak hesaplamıştır.<sup>85</sup> Hesaplama, küsurat dikkate alınmamıştır.

Mahkeme, Camouco Davasına gönderme yaparak, teminat gösterme için belirli bir zaman sınırı olmadığını, ancak, teminatın tespit edilmesinin makul

---

<sup>82</sup> Hoshinmaru Judgment, para 98

<sup>83</sup> Hoshinmaru Judgment, para 99

<sup>84</sup> Hoshinmaru Judgment, para 100

<sup>85</sup> Jianjun, *a.g.m.*, s. 127

zamanda olması gerektiğini, bunun 292. maddenin amacına uygun olacağını belirtmiştir. 292. madde, gemiye el konulduktan ve mürettebatı tutuklandıktan sonra bayrak devletinin Mahkeme'ye başvurusu için herhangi bir zaman öngörmemiştir. Mahkeme'ye [ hiç başvurulmasa da ], teminatın tespit edilmesi prosedürünü başlatmak için en erken tarihin, gemiye el konulmasından itibaren 10 gün içinde olmasının 292. maddeye göre uygun olacağını belirtmiştir.<sup>86</sup> Yargıç Türk, gemi ve mürettebatın tutulduktan sonra en fazla bir aylık süre içinde teminatın belirlenmesinin makul olduğunu, bayrak devletinin 292. maddeye göre dava açtığı durumlarda, gemi ve mürettebatın tutulduğu zamandan itibaren yaklaşık iki ayı aşmaması yönünde görüş bildirmiştir.<sup>87</sup>

Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili olarak da, Camouco Davasındaki kararına atıf yapmıştır. Buna göre, Mahkeme, iç hukuk yollarının ya da 292. maddeye benzer diğer yolların tüketilmesi gerekliliğini anlamsız bulmuştur. Zaten, 292. madde, ulusal yargılamada makul olmayan teminat ya da serbest bırakmayı sağlamak için makul teminatın gönderilmesi konusunda iç hukukun yetersizliği sebebiyle uzun tutulmadan gemi ve mürettebatını kurtarmak amacıyla düzenlenmiştir. Aynı şekilde, gemiye, sahibine ya da mürettebatına karşı iç hukukta açılan davalara hanel gelmeksizin, 292. maddede belirtilen yargı organı ya da mahkemelerde makul teminat ve mali garantilerin gönderilmesi üzerine serbest bırakmanın sağlanması kısıt devletinin menfaatinde. 292. madde, ulusal mahkeme kararları için temyiz niteliğinde değildir, ilgili madde bağımsız bir çözüm önerir. 292. madde, geminin tutulduğu tarihten itibaren kısa zaman içinde Mahkeme'ye başvuru imkanı verir ki, bu kadar kısa zamanda iç hukuk yollarının tüketilmesi zaten olası değildir.<sup>88</sup>

Mahkeme, davadaki durumları ve sebepleri göz önünde bulundurarak, Rusya'nın, BMDHS'nin 73/2. maddesine uygun davranmadığını, Japonya'nın haklı olduğunu, sonuç olarak Rusya'nın, Hoshinmaru'yu ve tutukladığı mürettebatını gecikmeksizin serbest bırakması gerektiğine karar vermiştir.<sup>89</sup> Aşağıdaki şekilde de oylama sonuçlarını açıklamıştır.

---

<sup>86</sup> Hoshinmaru Judgment, para 80, Mahkeme, kaptanın herhangi bir şart aranmaksızın serbest bırakılmasına karar vermiştir. Yargıç Treves, Mahkeme'nin buna 292/1 madde çerçevesinde karar veremeyeceğini ancak geminin serbest bırakılmasının tamamlayıcı unsuru olduğunu konusunda görüş bildirmiştir. Declaration of Judge Treves, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/14\\_judgment\\_060807\\_dec\\_Treves\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_dec_Treves_en.pdf) (Erişim: 05.03.2017)

<sup>87</sup> Declaration of Judge Türk, para. 3 [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/14\\_judgment\\_060807\\_dec\\_Tuerk\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_dec_Tuerk_en.pdf) (Erişim: 04.03.2017)

<sup>88</sup> Camouco Case, Judgment, para. 57, 58,

<sup>89</sup> Hoshinmaru Judgment, para 94

### **Mahkeme, yukarıdaki gerekçelerine uygun olarak;**

- *Japonya tarafından yapılan başvuru uyarınca, BMDHS'nin 292. maddesine göre, oybirliği ile kendini yetkili görmüştür.*
- *Rusya'nın BMDHS'nin 73/2 maddesine aykırı hareket ettiğine ilişkin Japonya'nın başvurusunu oybirliği ile kabul etmiştir.*
- *Rusya'nın BMDHS'nin 73/2. maddesi gereğince makul teminat ya da diğer mali garantilerin gösterilmesi üzerine Hoshinmaru ve mürettebatının gecikmeksizin serbest bırakılmaması nedeniyle Japonya'nın suçlamalarını oy birliği ile haklı bulmuştur.*
- *Rusya'nın, Mahkeme tarafından karar verilen teminat ve diğer garantilerin gösterilmesi üzerine, gemide yakalananların ve Hoshinmaru'yu gecikmeksizin serbest bırakmasına, kaptan ve mürettebatın herhangi bir şart aranmaksızın bedelsiz ayrılmalarını sağlamasına oybirliğiyle karar vermiştir.*
- *Teminatın, 10.000.000 Ruble olmasına oybirliği ile karar vermiştir.*
- *10.000.000 Ruble teminatın Rusya tarafından belirtilen banka hesabına ödenmesi şeklinde ya da Japonya isterse Rusya'da bulunan bir bankadan banka garantisi ya da bir Rusya Bankası ile uyumlu sözleşme çerçevesinde olacağına oybirliği ile karar vermiştir.<sup>90</sup>*

### **DAVANIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ**

Hoshinmaru Davası, Deniz Hukuku Mahkemesinin Mart 2017 tarihi itibarıyla sonuçlandığı, 25 davadan biridir. 14. sıradadır ve 2007 yılında sonuçlandırılmış olup, “-el konulan gemi ve mürettebatın -gecikmeksizin saliverilmesi” ne ilişkindir. Mahkeme, Hoshinmaru Davasından önce de, gecikmeksizin salıvermeye ilişkin davalara bakmış olmasına rağmen Hoshinmaru Davası, teminatın makullüğünün “zaman” açısından tartışılması, Mahkemenin yargı yetkisi ve BMDHS'nin yorumlanması açısından önemlidir.

Dava, 15 Mayıs- 31 Temmuz 2007 tarihleri arasında Rusya'nın MEB'inde genel itibarıyla somon türü balıkların avlanması konusunda lisans sahibi olan Japonya bayraklı Hoshinmaru gemisine Rusya tarafından el konulması ile ilgilidir. 1 Haziran tarihinde, BMDHS ve Rusya iç hukuku uyarınca balık avlayan Hoshinmaru gemisine çıkılmış ve denetlenmiştir. Yapılan incelemeler sonucunda, 20 ton kızıl somonun, gemi jurnaline daha ucuz olan köpek somonu olarak kaydedildiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine, Hoshinmaru'ya el konulmuş ve kaptanı tutuklanmıştır. Olaydan, Japonya haberdar edilmiştir. Japonya 6 Temmuz tarihinde, Rusya'nın BMDHS'nin 73/2. maddesinde

---

<sup>90</sup> Hoshinmaru Judgment, para.102

düzenlenen, “bir teminat ya da diğer mali garanti gösterilirse, el konulan gemi ve tutuklanan mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakılacaktır.” hükmünü ihlal ettiği gerekçesi ile Mahkeme’ye başvurmuştur. Ancak gerçekte, 13 Temmuz tarihine kadar Rusya tarafından bir teminat tespit edilmiş değildir. Rusya, Mahkeme’nin yetkisine itiraz etmiştir.

Mahkeme, makul teminat ve diğer mali garantiler gösterildiğinde el konulan geminin gecikmeksizin serbest bırakılması uyumsuzluklarına bakacaktır. Geminin saliverilmesi için temel unsur, makul teminatdır. Teminatın makullüğü ise, Mahkeme’nin içtihatlarından, teminatın, “miktar”, “nitelik” ve “şekil” açılarından makullüğünü kapsar iken Mahkeme, makullük değerlendirmesinde yalnız teminat miktarını esas almıştır.<sup>91</sup> Dava’da teminat miktarı konusunda uyumsuzluk vardır.

Rusya, Dava’da Hoshinmaru’nun kaptanı tarafından ağır bir suç işlendiğini, kaptanın 20 ton işlenmemiş kızıl somonu, daha ucuz olan köpek somonu olarak bildirdiğini, bu durumun Rus makamlar tarafından ortaya çıkarılmadığında, 20 ton kızıl somonun Rusya MEB’inden hukuka aykırı olarak alınmış, çalınmış olacağını, bunun da, denizdeki canlı kaynak miktarının Rusya’nın yetkili makamları tarafından tam hesaplanamaması, kızıl somon gibi türlerin izin verilen yakalama miktarının yüzdesinin kontrol edilememesi gerekçelerinden yani düzensiz ve raporsuz balık avlanma suçundan teminat miktarını belirlemiştir.<sup>92</sup> Bu ihlallerden dolayı da, geminin ederi, kaptan ve mürettebatın cezaları, gemi sahibinin cezası, Rusya’nın uğradığı zarar ve yargılama giderlerini esas alarak 22.000.000 Ruble teminat tespit etmiştir. Mahkeme ise -Japonya’nın iddiaları doğrultusunda- hukuksuz ve raporsuz balık avlamaktan değil, Japonya’nın söz konusu balıkları avlama lisansına sahip olmasından dolayı yanlış raporlama suçundan esas alarak teminat hesaplamıştır.

Mahkeme, Rusya’nın Gemi’nin kaptanı ve sahibi için belirlediği cezaları haddinden fazla yüksek bulmuştur. Rusya’nın tespit ettiği teminat miktarını yarısından daha fazla oranda indirmiştir.<sup>93</sup>

Mahkeme’nin yargı yetkisinin amacını, el konulan geminin gecikmeksizin saliverilmesi oluşturur.<sup>94</sup> Devletin iç hukukuna göre makul olmayan teminatın

---

<sup>91</sup> Gao Jianjun, “Reasonableness of the Bond under Article 292 of the LOS Convention: Practice of the ITLOS”, *Chinese Journal of International Law*, Vol.7, No:1, 2008, s. 130

<sup>92</sup> Hoshinmaru Judgment, para. 96

<sup>93</sup> Hoshinmaru Judgment, para.102

<sup>94</sup> 292. madde, kıyı devletinin MEB’inde balıkçılık haklarının ihlali iddiası ile alıkoymuş gemi ve mürettebatın makul teminat ve garanti karşılığında uluslararası yargı ya da hakemlik organlarının kararıyla saliverilmesi imkanı sağlamıştır. Funda Keskin, “1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi’nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Sıyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 1, 1998, s. 189

istenmesi dolayısıyla gemi ve mürettebatının uzun tutulması önlenmek istenmiştir.<sup>95</sup> Teminatın amacı, yerel mahkemenin vereceği cezanın ödeneceğinin güvence altına alınmasıdır.<sup>96</sup> Zaten, Mahkeme'nin yaptığı yargılama, Davanın esasına ilişkin değildir. Davanın esası, genellikle el koyan devletin iç hukukunda incelenmektedir. Mahkeme'nin yaptığı yargılama, devletlerin iç hukuklarında yapılacak yargılamalara hanel getirmemektedir. Mahkeme'nin yetkisi, davanın haklı bir sebebe dayanması durumunda teminat karşılığı gemi ve mürettebatının serbest bırakılmasına karar vermektir.<sup>97</sup>

Gemilere el koyma, delil toplama amacıyla usul hukukunun bir parçasıdır. Ceza işlemi değildir. O sebeple, el konulan gemi mülkiyet hakkı kapsamı içinde gecikmeksizin salıverilmelidir.<sup>98</sup> Teminat ise, el konulan geminin salıverilmesine ilişkin güvencedir. İşlenen suçun yaptırımı olan ceza değildir. Dolayısıyla, Mahkeme yargıçlarından Türk'ün ifade ettiği, BMDHS'nin 73/2 maddesinde her davanın özel durumları ile ilgili gerekli esnekliği korumak amacıyla zaman sınırlamasından kaçınıldığı görüşü, kanımızca teminat mantığı açısından yersiz bir korkudur.<sup>99</sup>

Kıyı devletinin MEB'inde deniz çevresinin ve canlı kaynakların korunması ve muhafazasına ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin ihlalleri için uluslararası hukukta standart cezalar yoktur. Her devlet, kendi takdir yetkisi çerçevesinde teminat miktarını tespit etmektedir. Bu sebeple Mahkeme, makul teminatın değerlendirilmesinde kıyı devletinin hukukuna göre hareket etmelidir/ etmektedir.<sup>100</sup> Mahkeme de, Dava'da Rusya'nın iç hukukuna göre teminatı değerlendirmiştir. Rusya, iç hukukuna göre Hoshinmaru'nun fiillerini kaçak balık avlama değil avlanan balıkları yanlış raporlama olarak kabul etmiştir. Bu nedenle, teminat miktarının hesaplanmasında, geminin değerini dahil etmemiş, kaptan ve gemi sahibinin cezalarını indirmiştir.

Teminatın makullük değerlendirmesinin, teminatın "*miktar*", "*nitelik*" ve "*şekil*" açısından inceleneceği belirtilmiş olsa da, Hoshinmaru Davasında da görüldüğü gibi Mahkeme yalnız miktar açısından değerlendirmiştir.

---

<sup>95</sup> Jianjun, *a.g.m.*, s. 116

<sup>96</sup> Aslıhan Erbaş Açık, "Uluslararası Deniz Hukukunda Gemilere El Konulması Halinde Bayrak Devletinin Yetkileri", **Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu**, Ed. Ersan Başar, ORSAM Kitapları No:2, Ankara, 2011, s. 51

<sup>97</sup> Erbaş Açık, *a.g.m.*, s. 58

<sup>98</sup> H. Gürbüz Sarı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Perspektifinden Devletlerin Gemilere El Koyma Yetkisi; Örnek Dava İncelemesi", **Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu**, Ed. Ersan Başar, ORSAM Kitapları No:2, Ankara, 2011, s. 40

<sup>99</sup> Declaration of Judge Türk, para 3,

<sup>100</sup> Jianjun, *a.g.m.*, s. 131, 132



Ancak, Hoshinmaru Davasını gecikmeksizin saliverilmesine ilişkin diğer davalardan ayıran husus, “**teminatı belirleme zamanı**”dır. Teminat miktarının tafefisi mümkündür. Mahkeme, kıyı devleti tarafından belirlenen teminat miktarını, kıyı devletinin iç hukukuna göre değerlendirecektir. Kaldı ki teminat da, işlenen fiillerin cezası değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, el konulan geminin kıyı devletinin iç hukukuna göre çarptırılacağı cezayı ödememesine karşılık alınan bir güvencedir. Mahkeme, el konulan geminin gecikmeksizin saliverilmesi için yargılama yapmaktadır. Ancak, Hoshinmaru Davasında olduğu gibi, kıyı devleti teminatı belirlemiyor ise, 73/2. maddedeki “*bir teminat ya da diğer mali garanti gösterilirse, el konulan gemi ve tutuklanan mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakılacaktır.*” süreci hiç başlamayacaktır. Çünkü istenen teminat miktarı belli değildir. Dava’da, Rusya teminat miktarını gemiye el konulduktan 43 gün ve Japonya Mahkeme’ye başvurduktan sonra tespit etmiştir. Gemi el konulduğu bu süre içinde doğal olarak balık avlayamamıştır. 73/2 ve 292. maddenin mantığı “**geminin gecikmesizin saliverilmesi**”dir. El konulan geminin saliverilmesi teminatın ödenmesi şartına bağlıdır. Teminatın ödenmesi, miktarının yüksekliği dolayısıyla mümkün olmayabilecek dolayısıyla geminin tutulması devam edecektir. Hoshinmaru Davasında ise, teminat miktarının hesaplanmaması dolayısıyla Gemi’nin tutulması devam etmiştir. Rusya, bu gecikmenin farkındadır. Mahkeme’nin bu konuda yargı yetkisinin olmadığını ileri sürmesi yanında, teminatın hesaplanmasında gecikme sebep olan olgulardan- avlanan balık türlerinin belirlenmesi, sayılması, ağırlıklarının ölçülmesi, geminin değerinin sahibiyle iletişim kurulamaması dolayısıyla tespit edilememesi, Rusya iç hukukundaki sürecin tamamlanmaması gibi hususlardan bahsetmiştir.

Kanımızca, Rusya, BMDHS’nin 300. maddesi ve hukukun genel ilkeleri uyarınca iyiniyetli davranmamıştır ve hakkını kötüye kullanmıştır. Hukuk hakkın kötüye kullanımını korumaz. Mahkeme Statüsü’nün 21. maddesine göre, Japonya’nın 300. maddenin ihlal edildiğini ileri sürme hakkı vardır.<sup>101</sup>

Rusya’nın teminatı geç tespit etmesi kanuna karşı hile olarak da değerlendirilebilir. Rusya, hukukun yasakladığı el konulan geminin gecikmeksizin serbest bırakılmaması sonucuna, teminat miktarını uzunca bir süre belirlememek suretiyle ulaşmıştır. Gemi’nin lisans sözleşmesi yaklaşık 75 gündür (15 Mayıs-31 Temmuz) ve bunun yaklaşık 43 günü (1 Haziran-13 Temmuz) Gemi limanda tutulmuştur.<sup>102</sup>

Rusya’nın, suç ve cezaların şahsiliği prensibine de aykırı hareket ettiği düşünülebilir. Savunmasında, Japonya bayraklı gemilerin Rusya’nın iç

---

<sup>101</sup> [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_en.pdf) (Erişim: 03.03.2017)

<sup>102</sup> Hoshinmaru Judgment, para.28, 29, 50



hukukunu ihlallerine, sebep olduğu zararlara ve artan borçlarına yer vermiştir.

Rusya, 2001 tarihli, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu ilkeleri uyarınca sorumludur. BMDHS 73/2 maddesi Rusya tarafından ihlal edilmiştir. Bu ihlalinden, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu Maddeleri gereğince ihlali durdurmak, tekrar etmemek ve gidermekle yükümlüdür.<sup>103</sup>

Kanımızca, Hoshinmaru Davasında Mahkeme, teminatın makullüğünü yalnız miktar açısından değerlendirmekle kendi yargı yetkisini daraltmış, adalet ve hakkaniyete gölge düşürmüştür.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**AÇIKEL, Aslıhan Erbaş:** “Uluslararası Deniz Hukukunda Gemilere El Konulması Halinde Bayrak Devletin Yetkileri”, **Uluslararası Deniz Hukuku’nda Kıyı Devletin Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu**, Ed. Ersan Başar, ORSAM Kitapları No:2, Ankara, 2011, s. 69-63

**AKÇAPAR, Burak:** “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 51, Sayı 1, 1996, s.19-42

---

<sup>103</sup> Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, 1,2,4,30, 31. maddeler, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) (Erişim: 11.02.2017), Ayrıntılı bilgi için Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, Elif Uzun, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu** 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016. Olaya, Japonya Devletin sorumluluğu açısından bakacak olursak, Hoshinmaru, eğer anadrom türü balıklardan olan kızıl somonun soylarının tükenmesine sebep olacak avlanma yapmış ise, bayrak devleti olan Japonya’nın sorumluluğuna gidilebilecektir. Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu’na göre, devletlerin, ülkelerindeki gerçek ve tüzel kişilerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden sorumlulukları doğabilmektedir. Üstelik, bu balıkların soylarının tükenmesi uluslararası çevrenin korunması çerçevesinde jus cogens kural ihlali sayılabilecek ve bütün uluslararası toplum için de sorumluluk doğurabilecektir. “...çevrenin korunmasına ilişkin kuralları, jus cogens kural olmaları konusunda en ez tereddüt edilen kuvvet kullanımının yasaklanması ya da halkların self determinasyon hakkı ile kıyaslanmış, çevre dengesinin muhafazasını insanlığın varlığı için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından daha elzem görmüştür.” Ayrıntılı bilgi için, Ümmühan Elçin Ertuğrul, **Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012 Çevre kuralları jus cogens mi tartışmalı, keşke öyle kabul edilseler, o da aklınızda kalsın. Bu kısmı tekrar değerlendirin. Sorumluluk kısmını da.

**BECKMAN Robert & DAVENPORT Tara** : “The EEZ Regime: Reflection After 30 Years”, **LOSI Conference Papers**, Korea, May, 2012, s. 1-41

**BOZKURT, Enver: Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Asil Yayın, Dağıtım A.Ş., Ankara, 2011

**CUASAY, P.:**“ Borders on the Fantastic:Mimesis, Violence, and Landscape at the Temple of Preah Vihear”, **Modern AsianStudies**, Volume 32, Issue 4, October 1988, s. 849-890

Declaration of Judge Treves, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/14\\_judgment\\_060807\\_dec\\_Treves\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_dec_Treves_en.pdf) (Erişim: 05.03.2017)

Declaration of Judge Türk, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/14\\_judgment\\_060807\\_dec\\_Tuerk\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_dec_Tuerk_en.pdf) (Erişim: 04.03.2017)

**ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010,

**ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012

**JIANJUN, Gao:** “Reasonableness of the Bond under Article 292 of the LOS Convention: Practice of the ITLOS”, Chinese Journal of International Law, Vol.7, No:1, 2008, s. 115-142

**GÖKALP, İbrahim: Milletlerarası Adalat Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2008

**GÖKALP, İbrahim:** “Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki Uygulama Yetkisinin Kapsam ve Sınırları”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.

[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_en.pdf) (Erişim: 03.03.2017)

[http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) ( Erişim:28.03.2017)

**KESKİN Funda:** “1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi”, **Ankara Üniversitesi Sıyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 53, Sayı 1, 1998, s. 185-205

**KOH, Tommy T.B.:** “The Exclusive Economic Zone”, **30 Malaya. Law. Rew.** , 1988, s. 1-34

**KURAN, Selami: Uluslararası Deniz Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.

**MERAY, Seha L.:** “ Devletler Hukukunda ‘Kit’a Sahanlığı’ Meseleleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, 1955, s. 80-135

**OKUR, Derya Aydın:** “Tomimaru Davası: Müsaderenin Gecikmeksizin Serbest Bırakma Yükümlülüğüne Etkileri”, (Tomimaru Case- Prompt Release) *M.Ü.H.F. Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010

**PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

**Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**, 2001, 1,2,4,30, 31. maddeler, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) (Erişim: 11.02.2017),

**SARI, H. Gürbüz,** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Perspektifinden Devletlerin Gemilere El Koyma Yetkisi; Örnek Dava İncelemesi”, **Uluslararası Deniz Hukuku’nda Kıyı Devletinın Gemilere El Koyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu**, Ed. Ersan Başar, ORSAM Kitapları No:2, Ankara, 2011,s . 39-47

**SCHRIJVER, Nico: Sovereignty Over Natural Resources**, Balancing Rights and Duties, Cambridge University Press, 1997

**Sockeye Salmon**, Commercial Fisheries Management and Development Staff, [https://www.adfg.alaska.gov/static/education/wns/sockeye\\_salmon.pdf](https://www.adfg.alaska.gov/static/education/wns/sockeye_salmon.pdf), (Erişim :28.03.2017)

**TOLUNER, Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Bası, Beta Basım, Yayın, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996.

The “Hoshinmaru” Case, (Japan v. Russian Federation ) List of Cases No: 14, Judgment of 6 August 2007, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/14\\_judgment\\_060807\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/14_judgment_060807_en.pdf) (Erişim: 07.01.2017)

The “Hoshinmaru” Case, (Japan v. Russian Federation), Public Sitting, held on Thursday, 19 July 2007, at 3.00 pm, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/PV.07\\_1\\_19.07.p.m.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/PV.07_1_19.07.p.m.E.pdf) (Erişim: 19.02.2017)

The 88th Hoshinmaru, (Japan(Applicant) v. Russian Federation (Respondent)) Application for the Prompt Release of a Vessel and Its Crew, 6 July 2007, (Application of Japan), [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/application\\_japan\\_eng.1.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/application_japan_eng.1.pdf) (Erişim 09.02.2017)

The Hoshinmaru Case, (Japan v. The Russian Federation), Statement in Response of the Russian Federation, 15 July (Statement in Response of the Russian Federation) 2007, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_14/statement\\_response\\_russian\\_fed\\_eng.1.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_14/statement_response_russian_fed_eng.1.pdf), (Erişim 11.02.2017)

The “Camouco” Case, (Panama v. France) , Application for Prompt Release, Judgment, 7 February 2000. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_5/Judgment.07.02.00.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_5/Judgment.07.02.00.E.pdf), (Erişim: 03.02.2017)

The “Monte Confurco” Case, ( Seychelles v. France), Application for Prompt Release, Judgment, 18 December 2000, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_6/Judgment.18.12.00.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_6/Judgment.18.12.00.E.pdf) (Erişim 11.01.2017)

The “M/V Saiga” Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Judgment, 4 December 1997 [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_1/judgment\\_041297\\_eng.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_1/judgment_041297_eng.pdf) (Erişim): 12.02.2017)

The “Volga” Case, (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, Judgment of 23 December 2002. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_11/11\\_judgment\\_231202\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_11/11_judgment_231202_en.pdf), (Erişim: 12.12.2016)

**UZUN, Elif:** Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

# AVRUPA'NIN TERÖRLE İMTİHANI: YABANCI TERÖRİST SAVAŞÇILARLA MÜCADELE BAĞLAMINDA FRANSA VE HOLLANDA TECRÜBESİ

*The Ordeal of Europe With Terrorism: Experiences of France and the Netherlands in the context of Countering Foreign Terrorist Fighters*

Süleyman ÖZAR<sup>1</sup>, Dr. Hakan A. YAVUZ<sup>2</sup>

Geliş Tarihi: 02.02.2017

Kabul Tarihi: 12.06.2017

## ÖZET

Batı Avrupa ülkeleri, 1980'lerde ortaya çıkan selefi cihadist yabancı terörist savaşçıların ana akım yerlerinden biri durumundadır. Suriye ve Irak'taki çatışmaların başlamasıyla birlikte, bu teröristlerin Avrupa'daki sayıları ve eylemleri de belirgin şekilde artmıştır. Bu çalışmada, Batı Avrupa'da terörizmle ve yabancı terörist savaşçılarla mücadele bağlamında alınan bazı adli ve idari tedbirler ele alınacaktır. Bu bağlamda, Fransa ve Hollanda'da yürürlüğe giren ya da girmek üzere olan somut tedbirleri incelerken, bunlara yönelik insan hakları kuruluşlarının eleştirilerine de yer verilecektir. Çalışma, bu düzenlemelerin hangi şartlar altında insan haklarına uygun olabileceğini ve söz konusu tedbirler hakkında insan haklarının korunması bakımından yapılan değerlendirmeleri de incelemektedir. Çalışmanın meseleye temel yaklaşımı, terörizmle mücadelede ancak insan hakları temelli bir cevabın etkili bir yol olarak kabul edilmesi gerekliliğidir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa'da Terörizm, Terör Suçları, Yabancı Terörist Savaşçılar, DAESH, IŞİD.

## ABSTRACT

Western European countries are part of a stream of mainly "salafist jihadist" foreign fighters that has grown since the 1980s. With the beginning of conflicts in Syria and Iraq, the number and activities of this terrorists have prominently increased in Europe. This study, examines the use of administrative and criminal measures, such as travel bans and control orders, in the counter-terrorism and foreign terrorist fighters context in Western Europe. In that sense, we will look at a few specific repressive measures announced or adopted by France and the Netherlands, as well as criticism expressed by Human Rights Organizations against these proposals and measures. The study, identifies in which situations it might be justified to use administrative measures, and assesses the impact of the use of these measures on the protection of human rights. In this study, the main approach to this issue is only human rights-based response will be most effective way in countering terrorism.

**Keywords:** Terrorism in Europa, Terror Crimes, Foreign Terrorist Fighters, DAESH, ISIS.

## GİRİŞ

Bu çalışmada Fransa ve Hollanda'nın ulusal tecrübeleri ışığında genel olarak Avrupa'nın, DAESH (*Devlet'ül Irak ve's Şam/IŞİD* - Irak ve Şam İslam Devleti) terörü ve Ortadoğu'daki terörist gruplara katılmak için ülkelere

<sup>1</sup> Hâkim, Malta Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü Baş Danışmanı, ozarsuleyman@gmail.com

<sup>2</sup> Hâkim, Lahey Adalet Müşaviri, hayavuz@gmail.com

ayrılan Yabancı Terörist Savaşçı (YTS/*Foreign Terrorist Fighters*) olgusu ile ilgili olarak yaptıklarının ve yapmadıklarının insan hakları ve demokrasi bakımından sorgulanması amaçlanmaktadır.

Bilindiği üzere Fransa'da 2015 yılı sonunda ilan edilen Olağanüstü Hal (OHAL) halen devam etmekte, bu çerçevede kolluğun önleyici, yargının da adli işlemleri her geçen gün yeni bir hacime kavuşmaktadır. Öte yandan Hollanda da YTS olgusu ile mücadele bağlamında hem Birleşmiş Milletler, hem de Avrupa Konseyi kararlarını takip etmek sadedinde çeşitli yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu bağlamda söz konusu ülkelerdeki terörle mücadele ajandasında bulunan yasal ve idari gelişmelere yer verilerek, bu gelişmeler karşısında bazı ulusal ve uluslararası insan hakları kuruluşlarının eleştirileri aktarılacaktır. Yapılan bu eleştiriler de göz önünde bulundurularak, sonuçta bazı tavsiye ve değerlendirmelere ulaşılması amaçlanmaktadır.

Baştan söylemek gerekirse, terörle mücadele söz konusu olunca Batı Avrupa ülkelerinin tarihsel ve aktüel olarak hukuk ve demokrasi ligindeki üstünlüğünden söz etmek güçleşmektedir. Çalışma bu düşüncemizi teyit edecek örneklerle doludur. Bu bağlamda öncelikle YTS olgusunun uluslararası hukukta kabul gören anlamı üzerinde durulacak devamında Fransa'da OHAL kapsamında gündeme gelen düzenleme ve uygulamalar ile Hollanda gündemini meşgul eden terörle mücadele yasa önerilerine ilişkin tartışmalara değinilecektir. Sonuç ve değerlendirme başlığı altında ise genel bir değerlendirme yapılacaktır.

## **I. YABANCI TERÖRİST SAVAŞÇI OLGUSUNUN ANLAMI ve HUKUKİ ÇERÇEVESİ**

Uluslararası kamuoyunu her geçen gün daha fazla meşgul eden Suriye'deki yabancı savaşçı olgusu bir yönüyle tanıdık bir kavramdır. İspanya iç savaşından başlayıp; Bosna ve Çeçenistan'dan sonra bugünlere kadar uzanan bu olguda iki farklı husus dikkat çekmektedir. Birincisi, eskiden "*yabancı savaşçı*" diye isimlendirilen bu olgu Suriye'deki çatışma bağlamında siyasi ve hukuki literatürde artık "*yabancı terörist savaşçı*" şeklinde ifade edilmektedir. İkinci husus ise önceki örneklere göre YTS kavramının çok daha geniş bir ölçeğe sahip olmasıdır. Bu durum uluslararası kamuoyunu tedirgin etmekte ve devletleri işbirliğine dayalı etkili önlemler almaya sevk etmektedir. Bu önlemlerin kilometre taşı ve motivasyonu öncelikle ve özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 2178 sayılı kararı olarak görünmektedir<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Kararın orijinal metni için bkz: 24 Eylül 2014 tarih ve 2178 sayılı karar: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2178](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178) (2014), Erişim Tarihi: 12.02.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 24 Eylül 2014 tarihinde oybirliğiyle aldığı 2178 sayılı karar ile ülkelere doğrudan ve net bir çağrıda bulunmuştur: “Tüm üye devletler, başka ülkelere savaşmaya giden terörist savaşçı tehdidine karşı etkin ve aktif bir tavır almalıdır”. 2001 yılında çıkarılan 1373 sayılı karara gönderme yapan Konsey, o karardan bu yana ilk kez bu derece kesin ve dolaysız ifadelere yer vermiştir. Konseyin bu kararı aynı zamanda YTS olgusunun tanımını ve çerçevesini de sunmaktadır. Buna göre; ikamet ettiği veya vatandaşı olduğu bir ülkeden, başka bir ülkeye oradaki bir silahlı çatışmayla ilişkili olarak giden veya gitmeye teşebbüs eden kişi, *terör eylemi gerçekleştirmek/planlamak/hazırlamak/iştirakçisi olmak ve terör eylemleri için eğitim almak veya vermek amaçlarından en az birine sahipse YTS’dir*.<sup>4</sup>

Yabancı terörist savaşçılar sorunsalına kapsamlı bir uluslararası yaklaşımda bulunmayı öneren fikirler artmasına rağmen, harmonize bir karşılık hala verilmiş değildir. 2178 sayılı karar ışığında pasaporta el koymak ve vatandaşlık koşullarının ağırlaştırması gibi sert politikalardan, gidenlerin aile ve arkadaşlarıyla diyalog geliştirmek gibi ılımlı yaklaşımlara kadar çeşitli önlemler devletler tarafından hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Bütün bunlara rağmen YTS sayısı her geçen gün artmakta ve bunların ülkelerine geri döndüklerinde taşıyacakları tehdit şimdiden zihinleri meşgul etmektedir. Bu cümleden olarak Fransa ve Hollanda, üzerinde durmaya değer birtakım uygulamalarıyla özgürlük - güvenlik dengesi/ikilemi hakkında incelemeye değer birer örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>5</sup>

## II. FRANSA

Yabancı terörist savaşçı sayısı bakımından Fransa, Avrupa ülkeleri arasında en kritik durumda olan ülkedir. Değişik kaynaklarda yapılan tahminlere göre Suriye ve Irak’ta savaşan 1500 civarında Fransız vatandaşı bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ayrıca Fransa Avrupa’da yükselen YTS olgusu bakımından topraklarında ilk terör olayı yaşanan ülkedir. 2012 Mart’ında Toulouse kentinde 7 kişinin ölümüyle

---

<sup>4</sup> 2178 sayılı karar, para 5. Yabancı terörist savaşçı ifadesi uluslararası literatürde genellikle “cihatçı”, “cihadist” veya “islamist” kelimeleriyle birlikte kullanılmaktadır. Bu çalışmada uluslararası literatüre paralel olarak kullandığımız bu kelimelerin İslami terminoloji bakımından uygun düşüp düşmediği tartışmasına girilmemiştir.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Süleyman Özar, “Yabancı Terörist Savaşçılara İlişkin BM Güvenlik Konseyi Kararının (UNSC 2178) Kavram ve Kapsamı”, Adalet Dergisi, S. 52, Mayıs 2015, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/03\\_suleyman.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/03_suleyman.pdf), Erişim Tarihi: 12.12.2016.

<sup>6</sup> Van Ginkel, B./E. Entenmann (Eds.), *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union Profiles, Threats & Policies, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague*, No. 2 (2016), s. 31; <https://icct.nl/publication/report-the-foreign-fighters-phenomenon-in-the-eu-profiles-threats-policies/>, Erişim Tarihi: 17.09.2016.

sonuçlanan terör saldırısının faili, Afganistan ve Pakistan'da bir süre kalıp El Kaide'den eğitim aldığı düşünülen Cezayir asıllı bir Fransız vatandaşıydı<sup>7</sup>. Bu olayın da etkisiyle Aralık 2012'de Fransa'da yeni bir terörle mücadele yasası çıkarıldı. Yasanın dikkat çekici maddelerinden biri internette terörizmin onaylanması veya teşvik edilmesi anlamına gelebilecek paylaşımların suç olarak kabul edilmesiydi.<sup>8</sup> Bundan iki yıl sonra, Eylül 2014'te Fransa'da tek başına işlenen teröre teşebbüs suçlarına (*entreprise terroriste individuelle/ individual terrorist undertaking*) dair yeni bir düzenleme getirildi. Buna göre, herhangi bir örgüt bağlantısı veya iştirak eylemi olmasa bile bir kişinin terör eylemine ilişkin bireysel hazırlık hareketleri de suç olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, terör suçuna teşebbüsün bir parçası olarak; terör eylemi yapmak amacıyla malzeme ve araç, gereç temin etmek, araştırmak, yapmak veya sağlamak suç olarak öngörülmüştür<sup>9</sup>. Bu hüküm, hali hazırda var olan terör suçu işlemek üzere örgüt kurmak suçunun maddi unsuruna bir ilave niteliğindedir. O güne kadar YTS'ler de bu mevcut hüküm çerçevesinde terör eyleminin icrasına başlanmadan soruşturulabiliyordu; ancak 2014 yılında getirilen bu yenilik, örgütsel bir faaliyeti artık suçun zorunlu unsuru olmaktan çıkartmıştır.

2014'teki düzenlemeye geçmeden önce, değişiklik öncesinde zaten uygulanmakta olan terör saikiyle örgüt kurma suçunun dahi İnsan Hakları İzleme Komitesi (*Human Rights Watch* - İHİK) tarafından eleştirildiğini ifade etmeliyiz. 2008 tarihli raporunda Komite şu değerlendirmelere yer vermiştir<sup>10</sup>:

*“Örgüt tanımının bu derece geniş formüle edilmesi zayıf ya da tali nitelikteki delillere dayanarak mahkûmiyete yol açabilecektir. Bu durumda üyelerin düzenli iletişim ile birbirlerini bildiğine ve dini ya da politik inançlarını paylaştıklarına dair delil olduğu müddetçe eylemler yelpazesini, özellikle hazırlık hareketi niteliğindeki periferik karakterli maddi eylemleri terör suçu olarak tasnif ederek genişletmek için her zaman uygun bir oda bulunacaktır.”*

---

<sup>7</sup> E., Bakker/E. Entenmann/C. Paulussen, *Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance Challenges and Legal Implications*, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague 4, No. 8 (2013), s. 5. Çalışmanın Türkçe tercümesi için ayrıca bkz: “Suriye'deki Yabancı Savaşçılar Üzerine: Siyasi Açmazlar ve Hukuki Yansımalar ICCT Analiz Çalışması”, Tercüme: Süleyman Özar - Hakan A. Yavuz, *Küresel Bakış Çeviri Dergisi*, Y. 5, S. 17, Nisan 2015, s. 71-95.

<sup>8</sup> “*Counter-terrorism in France*”, Fransa Dışişleri Bakanlığı, France Diplomatie <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/defence-security/terrorism/>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Rapor için bkz: *Preempting Justice-Counterterrorism Laws and Procedures in France*, Human Rights Watch, 1 Temmuz 2008, <https://www.hrw.org/report/2008/07/01/preempting-justice/counterterrorism-laws-and-procedures-france>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.



İHİK, 2014 yılında yapılan söz konusu düzenleme hakkında da aynı endişeleri vurgulamıştır. Komiteye göre, bu yasa hazırlık hareketlerini değil, hazırlık hareketlerine hazırlığı cezalandırmaktadır. Ayrıca açıklık ve belirlilik eksikliği (*lack of clarity*) nedeniyle kişiler örgüt faaliyetiyle ilgisi ve bilgisi olmaksızın örgütten biriyle görüştüğü takdirde dahi suç isnadı ile karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla bu düzenleme, kanunilik ve masumiyet karinesi ilkelerini ihlal edici bir karakter sergilemektedir.<sup>11</sup>

Söz konusu düzenlemenin diğer hükümleri ise; (1) yurt dışında terör eylemine, terör grubuna katılacağı veya yardımda bulunacağı şüphesi bulunan Fransız vatandaşlarının ülke topraklarını terkini yasaklama, (2) oturma hakkı olmayan ve milli güvenlik için bir tehdit oluşturduğu düşünülen kişilerin ülkeye girişini yasaklama ve öte yandan (3) terörü teşvik eden, teröre destek veren internet sitelerinin kapatılması ve nihayet (4) terörü öven, teşvik eden düşünce açıklamalarının cezalandırılması, olarak sınıflandırılabilir.<sup>12</sup> Bu hükümler de Komite tarafından eleştirilmiştir. Her şeyden önce, ülke topraklarından ayrılmaya yönelik geniş ve belirsiz kapsamlı bir yasağın Birleşmiş Milletlerin Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi gibi uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiş, ayrıca ülkeye giriş veya ülkeden çıkış yasaklarının ilgili kişi tarafından bilinmemesinin ve yasakların savunma yapılması mümkün olmayan istihbarat notlarına dayanacak olmasının da başka bir problem olduğu ilave edilmiştir.<sup>13</sup>

Söz konusu düzenlemede, İHİK'nın terörizmin övülmesi ve teşvik edilmesi suçuna ilişkin yaklaşımı da yine olumsuz olmuş, geniş ve muğlak ceza normunun ifade hürriyeti ilkesini ihlal edici nitelikte olduğu belirtilmiştir. Keza hükümete, herhangi bir ön soruşturma ve yargısal karar olmaksızın terörü övücü internet sitelerini kapatma yetkisi veren madde de aynı nedenle eleştirilmiştir. Komite, insan hakları hukuku çerçevesinde de bir takım kısıtlamalara yer olduğunu, ancak bu kısıtlamaların gerekli (*necessary*) ve ölçülü (*proportionate*) olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>14</sup>

Genel olarak, İHİK'nın Fransa'daki yasal düzenlemeleri insan hakları ve demokrasi açısından endişe verici bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu yasal düzenlemeler gerekli güvencelerden yoksun, suç tanımları muğlak ve geniş, gereksiz ve orantısız bir temelde temel hakları kısıtlayıcı bulunmuştur. Bu eleştirilerden dolayı Fransa 4 Kasım 2014'te terörle mücadele yasasında küçük

---

<sup>11</sup> Rapor için bkz: *France: Counterterrorism Bill Threatens Rights*, Human Rights Watch, 10 Ekim 2014 <https://www.hrw.org/news/2014/10/09/france-counterterrorism-bill-threatens-rights>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Bkz: "France: Counterterrorism Bill...".

<sup>14</sup> Ibid.

değişiklikler yapmış ancak esasa ilişkin ciddi bir revizyona gitmemiştir. Örneğin terör eyleminin bir parçası olarak araç gereç temini maddesi muhafaza edilmiş, ancak sadece araştırmak, piyasayı yoklamak değil, bunu satın almak veya yapmak gibi kriterlerle madde biraz daha belirli kılınmıştır.<sup>15</sup>

Ocak 2015'teki Charlie Hebdo saldırısından sonra Fransa Başbakanı durumu "terörizm, cihadizm ve radikal islamizm ile savaş" olarak niteleyerek, çok daha sert tedbirler alınacağını ilan etmiştir. Bu doğrultuda 2015 yılı Ocak-Kasım ayları arasında 87 internet sitesi bloke edilmiş, 700 kişi hakkında terörizmin övülmesi ve teşvik edilmesi suçundan soruşturma açılmıştır. Hükümetin bu tavrı Uluslararası Af Örgütü tarafından "insanların bireysel nitelikteki ve şiddeti teşvik edici olmayan düşünce açıklamaları" nedeniyle gelişigüzel gözaltına alınıp soruşturma geçirdikleri gerekçesiyle sert bir şekilde eleştirilmiştir.<sup>16</sup>

2015 Temmuz'unda çıkarılan bir yasayla başbakana terörle mücadele kapsamında ülke genelinde elektronik araçlarla izleme/teknik takip hususunda yargı kararı olmaksızın emir verme yetkisi tanınmıştır. Yasaya göre, başbakan bu kararı vermeden önce "İstihbarat Teknikleri Ulusal Kontrol Komisyonu" görüşünü almak zorundadır, fakat bu görüşe uymak zorunda değildir. Komisyon, salt çoğunlukla (4'e karşı 5) hükümetle aynı görüşte değil ise icra edilmeye başlanmış bu emre karşı Danıştay'a itiraz edebilecektir.<sup>17</sup> Kasım 2015'te çıkarılan bir başka yasayla bu defa başbakana aynı yetki yurtdışı ile yapılan iletişimin tespiti bakımından da verilmiştir.<sup>18</sup> Herhangi bir yargısal denetim ve izin olmaksızın, bu derece geniş ölçekte ve belirsiz bir temelde hükümete yetki verilmesi elbette bir kez daha İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin eleştirilerine konu olmuştur.<sup>19</sup>

13 Kasım 2015'te meydana gelen terör saldırılarının ardından Fransa'da güvenlik konsepti daha da katı ve sert bir hal almıştır. Örneğin Le Figaro editörü Alexis Brezet'in "Savaşı Kazanmak İçin" başlıklı yazısında şu satırlara rastlıyoruz: "Terör tehdidini halledebilmek için güvenlik, adalet, diplomasi,

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Bkz: *France: Newly announced 'anti-terror measures' put human rights at risk*, Amnesty International, 23 Ocak 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur21/0001/2015/en/>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

<sup>17</sup> Bkz: *France: Bill Opens Door to Surveillance Society*, Human Rights Watch, 6 Nisan 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/04/06/france-bill-opens-door-surveillance-society>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

<sup>18</sup> Bkz: *Amnesty International Report 2015/16*, Amnesty International, s. 159 <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/02/annual-report-201516/>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

<sup>19</sup> Bkz: *Human Rights Watch Concerns and Recommendations on France*, Human Rights Watch, 22 Haziran 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/06/22/human-rights-watch-concerns-and-recommendations-france>, Erişim Tarihi: 20.08.2016.

*göçmen kontrolü gibi tüm konuları -hukuksal gevezelikler ve nasihat taslamalar olmaksızın yeni baştan ele almak zorundayız.”*<sup>20</sup> Saldırıdan 1 gün sonra, 14 Kasım 2015’te ilan edilen olağanüstü hal rejimine (*à l’état d’urgence - state of emergency*) karşı bazı itidal çağrılar yapılmışsa da bunlar çok cılız kalmıştır.<sup>21</sup> Bu bağlamda arama ve el koyma tedbirinin uygulanması ve kamu düzenini bozucu nitelikteki toplantı ve gösterilerin dağıtılması için hâkim kararına gerek olmadığı düzenlemesi getirilmiştir<sup>22</sup>. Olağanüstü halin ilk iki haftasında 2029

<sup>20</sup> C., Paulussen, “Repressing the Foreign Fighters Phenomenon and Terrorism in Western Europe: Towards an Effective Response Based on Human Rights”, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague 7, No: 10 (2016), s. 9.

<sup>21</sup> Bkz: J. Shapiro, *How Not to Overreact to ISIS*, 16 Kasım 2015, [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/war\\_stories/2016/12/will\\_obama\\_s\\_russia\\_retaliation\\_work.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/war_stories/2016/12/will_obama_s_russia_retaliation_work.html), Erişim Tarihi: 17.08.2016.

<sup>22</sup> Bkz: Amnesty International Report, 2015/16, s. 159; 13 Kasım 2015 tarihinde gerçekleşen terör saldırıları sonrasında teröre karşı daha etkin mücadele edilebilmesi için 14.11.2015 tarihinde yayımlanan kararname ile kamuoyunda olağanüstü hal adı verilen 3 Nisan 1955 tarih ve 55-385 sayılı “Acil Durum (*à l’état d’urgence*)”a ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır. Bu Kanun 1955 yılından 2015 yılına kadar altı defa uygulanmıştır. 21 Kasım 2015 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kanun hükümleri uyarınca kamu otoritesine verilen yetkiler özet olarak şu şekilde belirlenmiştir: Kanunun 1. maddesine göre, kamu düzenine ciddi bir saldırı ya da kamunun felaketi niteliği dikkate alınarak mevcut olayların doğası veya ağırlığından kaynaklanan tehlike söz konusu olduğunda ülkenin tümünde veya belirli bir kısmında “Acil Durum” ilan edilebilir. Kanunun 2. maddesine göre, “acil durum”, Bakanlar Konseyi Kararı ile ilan edilir. 12 günden fazla “acil durum”un uzatılması ancak Kanunla mümkündür. Kanunun 3. maddesine göre, “acil durum”u 12 günden fazla uzatmayı amaçlayan Kanunda uzatma süresi belirtilir. Kanunun 5. maddesine göre, “acil durum”un ilanıyla valilikler: - Belirlenen yer ve saatlerde araç ve insan dolaşımını yasaklamak, - İnsanların yaşadığı yerleşim yerlerinde güvenlik veya koruma bölgeleri oluşturmak, - Her ne şekilde olursa olsun kamu otoritelerinin faaliyetlerini engelleyecek kişilerin yerleşim bölgesinin bir kısmında veya tümünde oturumunu yasaklamak, yetkilerine haizdirler. Kanunun 6. maddesine göre, İçişleri Bakanı, 2. maddede belirtildiği şekilde buldukları yerlerden dolayı kamu düzeni ve güvenliği için tehlikeli olarak kabul edilen eylemleri düzenleyen kararname uyarınca belirlenmiş alanlarda oturan herkesle ilgili olarak her halükarda ev hapsine karar verebilir. Ancak ev hapsi hiçbir durumda hedef alınan kişilerle ilgili kamp oluşturma hakkı vermemektedir. Kanunun 7. maddesine göre, haklarında 5 ve 6. maddelerde belirtilen tedbirden birinin söz konusu olduğu herkes bu tedbirin kaldırılmasını isteyebilir. Bu talep Bölgesel Konsey delegelerinden oluşan bir danışma komisyonunun incelemesine verilir. Aynı kişiler yapılan işlemin iptali için idare mahkemesine dava açılabilir. Kanunun 8. maddesine göre, ülkenin tümü için acil durum uygulanıyorsa İçişleri Bakanı, bölge için ise vali, gösteri salonlarının, alkol satışlarının ve 2. maddede belirtilen şekilde kararname ile öngörülen yerlerde geçici olarak kapatılmasına karar verebilir. Ayrıca kargaşaya neden olabilecek veya provokasyon yapılabilecek toplantıları genel veya özel bir şekilde yasaklayabilir. Kanunun 11. maddesine göre 8. maddede belirtilen idari otoriteler gündüz ve gece ev araması kararı verebilir. Yine bu otoritelere basın ve diğer yayımların, radyo yayınlarının, sinema gösterimleri ve tiyatro gösterilerinin kontrolünü sağlamak için gerekli tüm önlemleri alma yetkisi verebilir. (Kanun maddesi tercümesi Sn. Abdullah Aydın tarafından yapılmıştır.) Kanun’un orijinal Fransızca metni için bkz: <https://www.legifrance.fr>

adet ev araması yapılmıştır.<sup>23</sup> Her ne kadar olağanüstü hal rejimi, insan hakları hukukundan sapma eğilimini kamu düzeni ve kamu güvenliği için göstermekte idiye de rejim yine Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) ve İnsan Hakları İzleme Komitesi gibi kuruluşların sert tenkitlerine maruz kalmaktan kurtulamamıştır. Af Örgütü raporu, belirsiz gerekçelerle insanların evinin fütursuzca arandığı, bazı örneklerde sırf namaz kıldıkları için kişilerin radikal ilan edilip kamu güvenliği için tehdit kabul edildiği, cami ve mescitlerin polislerce baskına maruz bırakıldığı ve bazılarının kapatıldığı bilgilerini içermektedir.<sup>24</sup> İnsan Hakları İzleme Komitesi de polislerin kaba ve ayrımcı bir şekilde müslümanların evlerini bastığını, olağanüstü halin çok pervasızca uygulandığını, soruşturmaya dâhil olan müslümanların ekonomik zorluklara sürüklendiğini, lekelenmeme haklarının ihlal edildiğini ve bu ailelerin çocuklarında travmaya sebep olduğunu ifade etmiştir.<sup>25</sup>

2015 yılının son günlerinde 100'den fazla sivil toplum kuruluşu ortak bir bildiri ile hükümetten olağanüstü halin kaldırılmasını talep ederken<sup>26</sup>, Birleşmiş Milletler özel gözlemcisi de iletişimin tespiti ve teknik araçlarla izleme düzenlemelerinin temel hak ve hürriyetler üzerinde orantısız baskı meydana getirdiğinden bahisle yargı kararının işin içine girmesi gerektiğini rapor etmiştir<sup>27</sup>. Süreçte yaşanan hukuksal sıkıntıların kaynağı, olağanüstü hale sebep olan “yakın tehlike (*imminent danger*)” ölçütünün suistimal edilmesiydi. Nitekim Aralık 2015'te Fransa'da yapılan BM İklim Değişikliği Konferansı'na yönelik bazı ekoloji aktivistlerinin olağanüstü hal nedeniyle ev hapsine tabi tutulması gibi örnekler tecrübe edilmiştir.<sup>28</sup>

Olağanüstü hal, 16 Şubat 2016'da Fransa parlamentosunca 26 Mayıs 2016'ya kadar uzatılarak beklentileri boşa çıkarmıştır. Bunu müteakip, aslında anayasada düzenlenmesi gereken yeni bir yasa tasarısında hükümetin olağanüstü hal ilan etme yetkisini kolaylaştıran, terörden hüküm giyen çifte

---

[gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350](http://gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350), Erişim Tarihi: 02.01.2017.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> *Upturned Lives: The Disproportionate Impact of France's State of Emergency*, Amnesty International, 4 Şubat 2016, <http://www.amnestyusa.org/research/reports/upturned-lives-the-disproportionate-impact-of-france-s-state-of-emergency>, Erişim Tarihi: 10.12.2016.

<sup>25</sup> Bkz: *France: "Abuses Under State of Emergency*, Human Rights Watch, 3 Şubat 2016 <https://www.hrw.org/news/2016/02/03/france-abuses-under-state-emergency>, Erişim Tarihi: 08.07.2016.

<sup>26</sup> Bkz: *Muslim and human rights groups in France ask government to lift state of emergency*, 19 Aralık 2015, <http://www.jurist.org/paperchase/2015/12/france-muslim-group-files-suit-alleges-government-abuse-after-paris-attacks.php>, Erişim Tarihi: 20.05.2016.

<sup>27</sup> Bkz: *UN rights experts urge France to protect fundamental freedoms while countering terrorism*, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?LangID=E&NewsID=16966>, Erişim Tarihi: 17.09.2016.

<sup>28</sup> Ibid.

vatandaşların Fransız vatandaşlığının kaldırılmasını öngören ve önleyici gözaltı işleminin denetimini kaldıran hükümler yer almış, ancak kamuoyunun yoğun tepkisi ve Adalet Bakanı'nın istifası sonucunda bu tasarı geri çekilmiştir.<sup>29</sup>

10 Mayıs 2016'da olağanüstü halin aynı yılın Temmuz sonuna kadar devam etmesi kararlaştırılmıştır. Elbette bu karar da insan hakları organizasyonlarının tepkisini çekmiş hükümetin olağanüstü hale tutkun olduğu yorumları yapılmıştır<sup>30</sup>. Nihayet 14 Temmuz 2016'da Cumhurbaşkanı Holland, Tour de France'in 26 Temmuz'da bitimiyle birlikte olağanüstü halin kaldırılacağını, zira ucu açık bir OHAL uygulamasının Fransa'yı hukukun üstünlüğü ilkesini her durumda uygulayan bir cumhuriyet olmaktan uzaklaştıracağını ifade etmiştir. Ne var ki bu açıklamanın yapıldığı günün akşamında Nice kentinde kutlama yapan kalabalıklara yönelik vahim bir terör saldırısı gerçekleşmiştir. 86 kişinin hayatını kaybettiği bu saldırıdan birkaç saat sonra hükümetin OHAL'in 3 ay daha uzatılması talebi bir hafta sonra parlamentoda 6 ay olarak (Ocak 2017'ye kadar) onaylanarak kabul edilmiştir. Adeta, OHAL'in kalkmasını arzu etmeyen bir terör saldırısı ve teröristleri hayal kırıklığına uğratmayan bir karşılık olarak okuyabiliriz bu süre uzatımını. Son olarak Fransa'da OHAL'in 15 Temmuz'a kadar devam etmesi kararlaştırılmış durumdadır.<sup>31</sup> Eğer o gün sona ererse, toplamda 5 defa uzatılıp 20 ay süren ülke genelinde bir OHAL rejimi uygulaması görmüş olacağız.

---

<sup>29</sup> "Hollande drops plan to revoke citizenship of dual-national terrorists", The Guardian, 30 Mart 2016 <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/30/francois-hollande-drops-plan-to-revoke-citizenship-of-dual-national-terrorists>, Erişim Tarihi: 12.12.2016. Vatandaşlıktan çıkarma (*déchéance de nationalité*) düzenlemesine ilişkin tasarıda, Fransız uyruklu çifte vatandaşlar için vatandaşlıktan çıkarılmaya imkân verilmesi öngörülmüştür. Fransız Medeni Kanunu'nun mevcut 25. maddesinin birinci bendi başka bir vatandaşlığı olup da Fransız vatandaşlığı edinen kişilerle ilgili bu vatandaşlıktan çıkarma müeyyidesini düzenlemektedir. Anayasa değişikliği tasarısıyla öngörülen müeyyide ile Fransız uyruklu çifte vatandaşlara bu müeyyidenin uygulanması yani herkese uygulanması amaçlanmaktadır. Daha açık bir ifade ile Anayasa'da getirilen yeni düzenleme, hem Fransız vatandaşlığını doğal yolla veya evlat edinilme yolu ile verilenleri hem de Medeni Kanunun birinci kitabının I bis başlığının II. bölümünde öngörülen şartlarda doğumla vatandaşlık edinenleri de kapsamaktadır. Tasarıya göre, Fransız vatandaşlığından çıkarılma, ancak ilgili mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ile mümkün olabilecektir. Bununla birlikte bu müeyyidenin uygulanmasıyla, ilgili kişi vatansız konumuna düşecek ise müeyyide uygulanamayacaktır.

<sup>30</sup> "France extends state of emergency to end of July", The Local, 10 Mayıs 2016, <http://www.thelocal.fr/20160510/france-extends-state-of-emergency-to-end-of-july>, Erişim Tarihi: 22.12.2016.

<sup>31</sup> "French parliament votes to extend state of emergency until after 2017 elections", The Guardian, 14 Aralık 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/14/french-parliament-votes-to-extend-state-of-emergency-until-after-2017-elections>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.

Bu arada, Fransız Hükümetinin sadece insan hakları kuruluşlarından tepki almadığını, milliyetçi/sağ görüşlü kişi ve kurumlarca da eleştirildiğini belirtmeliyiz. Ne ki bu eleştiriler alınan tedbirlerin yeterli olmadığı ve terörle mücadelede daha sert ve ödünsüz olunması gerektiği yönündedir. Onlara göre hükümet kendisine ayak bağı olan hukukun üstünlüğü, anayasal haklar gibi olgulardan kurtulmalı, solcuların temel haklar söylemine kapılmamalıdır. “Çünkü bu bir savaş ortamıdır ve nasıl ki düşmanların herhangi bir hukuksal limiti yoktur, onların da olmamalıdır” düşüncesiyle güvenlik hakkının tüm özgürlüklerin en başında yer aldığını savunmuşlardır.<sup>32</sup>

Sonuçta Fransa, terörizmin önlenmesi amacıyla çok kısa bir süreçte alelacele kanun çıkarma telaşına kapılmıştır. Fakat etkinlik, işlevsellik, insan onuruna saygı gibi hususlarda ceza adalet sisteminin iyi bir sınavın verilmediği bu süreç tıpkı ABD'nin 11 Eylül sonrası düştüğü durumu hatırlatmaktadır.

Fransa ile ilgili olarak görünen o ki olağanüstü hal kalksa da kalkmasa da bir problem olarak varlığını devam ettirecektir. 2017 yazındaki başkanlık seçimi öncesinde halkın çoğunluğunun nabzına uygun olan tercihin OHAL'in uzatılması ya da adına OHAL denmese bile bu rejimin doğurduğu uygulamalara devam edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Ülkeye hakim olan korku ve güvensizlik iklimi, OHAL öncesi duruma dönüşü çok güçleştirmektedir. Her ne kadar OHAL sürecinde dahi ciddi terör eylemlerinin vuku bulması karşısında, yapılan işlemlerin etkinliği ve işlevselliği noktasında kuşku varsa da söz konusu sosyo-psikoloji tüm sert tedbirleri güvenlik adına uygun görmektedir. Oysa en katı polis devletlerinde bile bir kimsenin diğer bir kimseyi öldürmek veya yaralamak istemesi halinde amacına ulaşmasının önünde engel bulunmadığını hatırlamak gerekir. Bu tarz eylemlerin olmayacağını yüzde yüz garanti eden bir rejim ya da sistem yoktur. O halde ne kadar üzücü ve can yakıcı olursa olsun terörün yüzyılların birikimiyle oluşmuş insan hak ve hürriyetleri hukukunun feda edilmesine yol açmaması gerekir. Fransa'ya bakınca önümüze çıkan soru şudur: OHAL sürecinde askıya alınan temel hak ve hürriyetler; teröristleri yakalamaya ve terör eylemlerini önlemeye mi hizmet etmiştir, yoksa müslümanlar üzerinden kutuplaşma, lekeleme, ayrımcılık, yabancılaştırma ve güvensizlik ortamına sebep olarak yeni radikalleşme kanallarının açılmasına mı?

### III. HOLLANDA

Hollanda, uluslararası arenada insan hak ve hürriyetlerine en çok odaklanan ve bunu yasalarının merkezine alan ülkelerden biri olarak anılır. Diğer birçok

---

<sup>32</sup> Pierre Brançon, “Sarkozy's terrorism record now fair game for conservative rivals”, 21 Temmuz 2016, <http://www.politico.eu/article/nicolas-sarkozy-terrorism-nice-attacks-alain-juppe/>, Erişim Tarihi: 02.01.2017.

Batı Avrupa ülkesinin aksine henüz ciddi bir terör saldırısına maruz kalmamış bir Avrupa ülkesi olmasına karşın<sup>33</sup>, terörizme ve yabancı terörist savaşçılara yaklaşımı bakımından aldığı eleştiriler ülkenin bu namına gölge düşürecek ciddiyettedir. Ülkenin bu yaklaşımı, 17 milyonluk nüfusunun yaklaşık 1 milyon kadarının Ortadoğu ve Türkiye kökenli müslüman Hollanda vatandaşlarından oluşmasından kaynaklanmaktadır.<sup>34</sup>

DAEŞ terör örgütünün ortaya çıkmasıyla birlikte Hollanda, örgütün terör eylemleri için potansiyel hedeflerinden birisi olarak görülmektedir. Bunun önemli sebeplerinden birisi, Irak ve Suriye'ye gidip DAEŞ saflarında savaşan Hollanda vatandaşı YTS'lerin ülkeye geri dönüp eylem yapma ihtimalleri<sup>35</sup>,

---

<sup>33</sup> 1960'lı yıllarda Hollanda'da birçok tren kaçırmaya, rehin alma vb. eylemlerle adını duyuran Güney Molukanlı militanlar terörle mücadele tedbirlerinin en yoğun uygulandığı grup olmuştur. Hollanda'nın eski bir sömürgesi olan ve halen Endonezya yönetimi altında olan Güney Molukan adalarından göç eden Molukanlılar, Hollanda'nın hala bu adalar üzerine emelleri olduğunu ve tarihte Hollanda'nın Güney Molukan adalarının bağımsızlığını engellediğini öne sürerek söz konusu adaların bağımsızlığı için mücadele vermekteydiler. Bu gruptan kaynaklanan terör olaylarının tırmanması sonucunda Hollanda Hükümeti, söz konusu örgütün militanlarına açık bir çağrı yaparak mevcut sorunların çözümü için tartışmaya hazır olduklarını ilan etmiştir. Örgütün bu çağrıya olumlu cevap vermesi ile ortak bir komisyon kurulmuş ve devlet arşivlerinden tarihi gerçekler araştırılmış ve iddiaların aksine Hollanda'nın eski sömürgesinin özgürlüğü için her türlü girişimde bulunduğu ancak adadan ayrılmasıyla Endonezya'nın bu adaları işgaline karşı koyamadığı anlaşılmıştır. Bkz: <https://asimetrixsavaclar.wordpress.com/2011/03/30/terorle-mucadelede-hollanda-modeli/>, Erişim Tarihi: 30.01.2017.

<sup>34</sup> Pew Research Center isimli araştırma kurumu tarafından 2010 yılında yayınlanan verilere göre; Hollanda'da yaklaşık olarak 946.000 müslüman yaşamakta olup, bu sayının ülkenin toplam nüfusuna oranı yüzde 5.7'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pew Research Center, <http://www.globalreligiousfutures.org/religions/muslims>, Erişim Tarihi: 27.01.2017.

<sup>35</sup> Hollanda Güvenlik ve İstihbarat Teşkilatı (AIVD) Başkanı Rob Bertholee Vaşington'da bulunan Yakın Doğu Politikaları Enstitüsü'nde (*Institute for Near East Policy*) 4 Aralık 2014'te yapmış olduğu açıklamada Hollandalı YTS'lerin profiliyle ilgili önemli bilgiler vermiştir. Açıklamada özetle; Hollandalı YTS'lerin çoğunluğunun üçüncü ya da dördüncü kuşak Faslı göçmen gençlerden oluştuğu, bu gençlerin "tahta pabuç ve yel değirmenleri" kadar Hollandalı olmalarına rağmen ne yazık ki radikalleştikleri, bahse konu YTS'ler arasında çok iyi ailelerden gelen iyi eğitilmiş gençler olduğu gibi geçmişinde suça bulaşmış kişilerin de bulunduğu, DAEŞ'e katılmak üzere Hollanda'dan ayrılan Fas kökenli YTS'lerin genellikle 20-24 yaşları arasındaki gençlerden oluştuğu, radikal gruplara katılan üçüncü ve dördüncü nesillerin yanı sıra ikinci nesil Fas kökenli Hollandalıların dahi Fas ve Hollanda kültürleri arasında kaldıklarını, Hollanda'da Hollandalı olarak kabul edilmedikleri gibi Fas toplumu içinde de Faslı olarak kabul görmedikleri, 2013 yılı başında beklenmedik bir şekilde 100'ün üzerinde YTS'nin Hollanda'dan Suriye'ye gittiği, Hollanda'ya geri dönen çok sayıda YTS'yle ilgili AIVD'nin kapasitesinden kaynaklanan sorunlar yaşandığı, örneğin geri dönen hangi YTS'nin risk oluşturduğunun belirlenmesinde zorluk yaşandığını, YTS'lerin DAEŞ gibi örgütlere katılmak üzere seyahat etmelerinin engellenemeyeceği, aksi düşüncenin yalnızca bir yanılsama olacağı, ifade edilmiştir. Açıklamanın özeti için bkz: <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/jihadism-on-the-rise-in-europe-the-dutch>



diğeri ise Hollanda silahlı kuvvetlerinin DAES'e karşı kurulan uluslararası ittifakın bir üyesi olarak bölgede faaliyet göstermesidir. Hollanda Dışişleri Bakanlığı tarafından Ekim 2016'da yapılan açıklamada, ulusal terörist listesinde eklenen son isimlerle birlikte 76 Hollanda vatandaşının ve 3 terör örgütünün bulunduğu, terör listesindeki kişilerin çoğunlukla DAES saflarında Suriye ve Irak'taki terör eylemlerine katılan kişiler olduğu, söz konusu listenin diğer AB ülkeleriyle de paylaşıldığı, terör listesindeki kişilerin hesaplarının dondurulduğu ve kira, sağlık gibi sosyal yardım ödemelerinin ancak izinle mümkün olabileceği ifade edilmiştir<sup>36</sup>.

Hollanda Terörle Mücadele ve Güvenlik Ulusal Koordinatörü Dick Schoof tarafından Temmuz 2016'da yapılan açıklamada<sup>37</sup>; ülkedeki mevcut terör tehdidi seviyesinin ciddi (*substantial*) olarak kabul edilmeye devam edildiği ve saldırı düzenlenmesi ihtimalinin önemli düzeyde olduğu<sup>38</sup>, YTS'lerin Avrupa'ya yönelik göç akınlarına dahil olarak sığınmacıların takip ettikleri güzergahları kullandıkları ve Hollanda'nın da aralarında bulunduğu bazı AB ülkelerine sığınma başvurusunda bulduklarına dair delillere sahip olduğunu, DAES mensuplarının Avrupa ve örgüt merkezi arasında gidip geldiklerini, YTS'lerin bu amaçla sahte pasaport ve Avrupa ülkelerinde kendilerine barınma imkanı ve yardım sağlayan sosyal bir ağ kullandıklarını,

---

perspective, Erişim Tarihi: 04.12.2014.

<sup>36</sup> Açıklama için bkz: Hollanda Dışişleri Bakanlığı, <https://www.rijksoverheid.nl/>, Erişim Tarihi: 20.10.2016.

<sup>37</sup> Açıklama için bkz: Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV), <https://www.nctv.nl/actueel/nieuws/2016/Aanslagdreiging%20Nederland%20blijft%20reel.aspx>, Erişim Tarihi: 11.07.2016.

<sup>38</sup> Avrupa'nın diğer ülkelerinde gerçekleştirilen terör saldırıları Hollanda toplumu üzerinde de önemli etkilere neden olmaktadır. 29 Mart 2016'da yayınlanan bir kamuoyu araştırmasına göre; 22 Mart 2016 tarihinde Brüksel'de yaşanan terör saldırılarının, aşırı sağcı ve ırkçı Özgürlük Partisi'ne (PVV) iki milletvekili daha kazandıracak, Sosyalist Parti (SP) ile Demokratlar 66 Partisi'ne ise birer milletvekili kaybettirecek etki oluşturduğunun tahmin edildiği, ayrıca söz konusu saldırı sonrasında Hollanda'da terör saldırısı gerçekleştirilmesi ihtimali bulunduğunu düşünenlerin oranının yüzde 68 olduğunun tahmin edildiği, anılan oranın 5 ay önce Paris'te yaşanan terör olaylarının ardından yaklaşık yüzde 56, 2005 yılında Londra'da gerçekleştirilen saldırı sonrasında ise yüzde 70 dolaylarında gözlemlendiği ifade edilmiştir. Araştırma için bkz: <https://home.noties.nl/peil/>, Erişim Tarihi: 29.03.2016. Hollanda Güvenlik ve Terörle Mücadele Ulusal Koordinatörlüğü'nce yayınlanan ve 2016 yılının Kasım ayında yapılmış olan "Risk ve Kriz Barometresi" isimli araştırmaya göre ise; Hollandalıların kendileri ve sevdikleri için doğal afetlerden kaynaklanabilecek sorunlar nedeniyle endişelenmedikleri, daha ziyade iltica başvurusu için gelenler ve mültecilerden çekindikleri, diğer yandan altı ay öncesine kıyasla ekonomi, işsizlik, sağlık sistemi ve entegrasyondan kaynaklı endişeleri azalmakta iken, terör saldırısı nedeniyle endişe yaşayanların oranının yüzde 66'a ulaştığı, Hollandalıların kendilerini uçaklarda, havalimanlarında ve sokakta artık daha az güvende hissetmeye başladıkları tespit edilmiştir. Araştırma için bkz: [https://www.nctv.nl/binaries/Rapport\\_RCB\\_november\\_2016\\_basis\\_tcm31-236323.pdf](https://www.nctv.nl/binaries/Rapport_RCB_november_2016_basis_tcm31-236323.pdf), Erişim Tarihi: 28.12.2016.



AB ülkelerine sığınma başvurusunda bulduklarını, DAEŞ'e yönelik Suriye ve Irak'taki baskının artması nedeniyle Batı'ya yönelik saldırılarda kadınların ve çocukların kullanılması ihtimalinin bulunduğunu, Suriye ve Irak'ta 170 Hollanda vatandaşının bulunduğu tahmin edildiğini, bu kişilerin yaklaşık 70'inin çocuk olduğunu ifade ederek, ülkede teröristlere karşı alınan tedbirlerin gerekçelerini ortaya koymuştur.

Son yıllarda, Hollanda mahkemeleri çok sayıda Hollanda vatandaşı hakkında DAEŞ terör örgütüne üye olma ve bu kapsamda faaliyette bulunma suçlarından ötürü mahkûmiyet kararları vermiştir. Terör suçlarına ilişkin mahkûmiyet kararlarında sıkça karşılaşıldığı üzere, Hollanda Ceza Kanunu'nda bazı suçlara ilişkin hazırlık hareketleri de cezalandırılabilir. <sup>39</sup>

YTS olarak Suriye'de savaşıp Hollanda'ya döndükten sonra yargılanan ilk Hollanda'lılar olan Shukri F. ve eşi Maher H. hakkında 2014 yılında Lahey İlk Derece Ceza Mahkemesi tarafından ilginç bir karara imza atılmıştır. Davada, aynı zamanda Somali vatandaşlığı da bulunan Hollanda vatandaşı Shukri F. hakkında, dördü kadın altı kişiyi terör örgütüne katılmaya ikna etme suçundan 4 yıl hapis cezası talep edilmiş, buna karşın Mahkeme şahsın silahlı çatışmalara doğrudan katılmamasını gerekçe göstererek beraatine karar vermiştir. Bununla birlikte şahsın kocası Maher H. hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. İddianamede, Maher H.'nin 2013 yılı Mart ayından 2014 yılı Mart ayı başına kadar Suriye'de silahlı mücadele eğitimi aldığı iddia edilmiş ve buna delil olarak şahsın askeri kıyafetlerle elinde kaleşnikof marka bir silah tutarken çekilen fotoğrafları gösterilmiştir. Şahsa ait olan sosyal medya hesabındaki silahlı mücadeleden bahsedilen mesajların da terör örgütü üyeliği suçlamasına delil olarak gösterildiği iddianamede, bu deliller ışığında Maher H.'nin terörist faaliyetler ve öldürme suçu hazırlığı içinde bulunduğu

---

<sup>39</sup> Kanunun konuyla ilgili 46, 46a ve 46b maddesi şu şekildedir: “Madde 46. (1) Kanunda belirtildiği üzere sekiz yıl ya da daha fazla hapis cezasıyla cezalandırılan ağır bir suç işlemek için hazırlık yapmak, eğer suçlu o ağır suçu işlemek amacıyla nesnelere, maddelere, bilgi taşıyıcılara, ulaşım yollarına ve araçlarına sahip olursa veya onları elde eder, üretir, ithal eder, transit olarak taşır ya da ihraç ederse, cezalandırılır. (2) Hazırlık halinde, ağır suç için belirlenen asıl maksimum ceza yarısı oranında azaltılır. (3) Ömür boyu hapis cezası verilen ağır suçlarda, on beş yılı aşmayan hapis cezaları verilir. (4) Hazırlığa yönelik ek cezalar, işlenen ağır suçlar için verilen ek cezalarla aynı olacaktır. (5) Nesnelere, maddi ya da manevi değerine bakılmaksızın her türlü eşyayı ifade eder.” Madde 46a. Verilen cezanın ağır bir suç işleme teşebbüsü dolayısıyla verilen cezadan veya bu teşebbüs cezalandırılabilir değilse, ağır bir suç işleme dolayısıyla verilen cezadan daha ağır bir ceza olmaması şartıyla, Madde 47 (1) (2)'de listelenen yolları kullanarak başka birini ağır bir suç işlemesi için teşvik etmeye teşebbüs etmek cezalandırılır. Madde 46b. Eğer ağır suç, failin iradesine bağlı koşullar sebebiyle işlenmemişse, ne hazırlık ne de teşebbüs ortaya çıkar.” Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz: F. Pınar Ölçer – Nico Keijzer, “Hollanda Ülke Raporu: Maddi Ceza Hukuku”, içinde: *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs - Haziran 2010)*, Editör: Adem Sözüer, *Bildiri Kitabı*, İstanbul 2013, (s. 1197-1254), s. 1241-1243.

bahisle cezalandırılması talep edilmiştir. Yargılama sırasında tamamıyla soyut varsayımlardan ibaret olan iddiaları kabul etmeyen sanık hakkında Mahkeme, DAEŞ terör örgütü saflarında terör eylemlerine katılmak suçundan ötürü 3 yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkeme kararında, “Suriye’ye giderek savaşmayı düşünenler için caydırıcı olması amacıyla böyle bir cezanın uygun görüldüğü” ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Konuyla ilgili olarak Hollanda basınında yer alan yorumlarda; kararın BM Güvenlik Konseyi’nin 2170 sayılı kararı ile çeliştiği, 2170 sayılı kararda silahlı ve silahlı olmayan çatışma ayrımı yapılmaksızın terör örgütlerine karşı mücadele edilmesi gerektiğinin bildirildiği, bununla birlikte mahkemenin silahlı çatışmalarda yer almayarak sadece manevi destek sağlamanın suç teşkil etmediğine karar verdiği ve bu yolla silahlı çatışmalara iştirak etmeyen kadınlara beraat kararı verilmesinin önünün açıldığı, öte yandan DAEŞ savaşçılarının yüzde 15’inin kadınlardan oluştuğu hatta kadınlardan oluşan bir tugayın bulunduğu ifade edilerek karar eleştirilmiştir.<sup>41</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, Hollanda’da Şubat 2015’te hazırlanan bir yasa taslağı ve bu taslağa yönelik eleştirilerden söz edeceğiz. Taslak, “Terörle Mücadelede Geçici İdari Tedbirler Kanunu (birinci öneri) ve Hollanda Vatandaşlık Kanunu’nda değişiklik (ikinci öneri) önerilerinden ibarettir.<sup>42</sup>

Birinci öneri, Birleşmiş Milletler’in 2178 sayılı kararının ve bu doğrultuda ilan edilen “Cihadizmlle Kapsamlı Mücadele Ulusal Eylem Programı”nın bir gereği olarak düşünülmüştür.<sup>43</sup> Buna göre, Güvenlik ve Adalet Bakanı<sup>44</sup>, gerektiğinde ulusal güvenliği korumak için bir kimsenin davranışlarına dayalı olarak onun seyahat özgürlüğünü kısıtlayabilecek veya ek yükümlülükler getirebilecektir. Ayrıca Bakan, bir kimsenin terör örgütlerine katılacağı şüphesi varsa ona Şengen sınırlarından ayrılmayı da yasaklayabilecektir. Bu yasaklar 6 aylık süre için söz konusudur, süre bitiminde yenilenebilir ve toplam süre bakımından herhangi bir üst sınır getirilmemiştir. Önerinin bir diğer maddesinde ise Belediye Meclislerine, yine ilgilinin davranışlarına göre terör örgütlerini desteklediği veya onlara finansal yardım yaptığı konusunda risk faktörü varsa çalışma izni, oturma izni ve bazı ticari vs. ayrıcalıkları kaldırma

---

<sup>40</sup> Davayla ilgili haber için bkz: <http://nltimes.nl/2014/12/01/jihad-fighter-gets-prison-wife-acquitted-recruitment>, Erişim Tarihi: 01.12.2014.

<sup>41</sup> Yorumlar için bkz: <http://www.volkskrant.nl/binnenland/mogelijke-jihadganger-maher-hik-verleende-hulp-in-syrie~a3781647/>, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

<sup>42</sup> Bkz: *Recommendations draft legislative proposal on the amendment of the Netherlands Nationality Act summary*, Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü, 24 Şubat 2015, <http://zoekservice.mensenrechten.nl/StippWebDLL/Resources/Handlers/DownloadBestand.ashx?id=3213>, Erişim Tarihi: 12.10.2016.

<sup>43</sup> Paulussen, s. 12.

<sup>44</sup> Diğer birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak Hollanda’da iç güvenlik hizmetleri ve adalet hizmetleri aynı bakanlık çatısı altında yürütülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan A. Yavuz, “Hollanda Adalet Sistemi Üzerine Notlar”, *Adalet Dergisi*, S. 56, Eylül 2016, s. 49-54.

yetkisi verilmiştir.<sup>45</sup> 10 Şubat 2017 tarihinde onaylanan düzenleme<sup>46</sup>, 1 Mart 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.<sup>47</sup>

İkinci öneri ise vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkindir. Taslakta, ulusal ya da uluslararası bir çatışmanın tarafı olan ve ülke güvenliği için tehdit oluşturan bir terör örgütüne üye olduğu şüphesi bulunan kişilerin hükümet tarafından -herhangi bir yargı kararı olmaksızın- vatandaşlıktan çıkarılabilmesi öngörülmüştür. Taslağın gerekçesinde, yine "Cihadizmle Kapsamlı Mücadele Ulusal Eylem Programı" bağlamında özellikle cihadist terör gruplarının merkeze alındığı görülmektedir. Senato tarafından 1 Mart 2016 tarihinde kısmen onaylanan düzenleme<sup>48</sup> 1 Nisan 2016 tarihinden itibaren yürürlüğe

<sup>45</sup> Taslak için bkz: "The Netherlands comprehensive action programme to combat jihadism", [https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr\\_tcm32-83910.pdf](https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr_tcm32-83910.pdf), 11.10.2016. Taslağa ilişkin tartışmaların sürdüğü dönemde Hollanda Başbakanı Mark Rutte bir televizyon kanalında; "YTS olarak Irak ve Suriye'ye giden Hollandalı'ların ülkeye geri dönmelerini görmektense orada ölmelerini tercih ederim" ifadelerini kullanmıştır. Bkz: <http://nltimes.nl/2015/03/06/dutch-jihadists-die-returning-netherlands-prime-minister-rutte>, Erişim Tarihi: 06.03.2015.

<sup>46</sup> Düzenleme metni için bkz: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2017-51.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2017.

<sup>47</sup> Kanunda verilen yetkilerin ilk somut kullanımı Nisan ayında Rotterdam şehrinde gerçekleşmiştir. Munir E. isimli Hollanda vatandaşı hakkında 8-9 Nisan 2017'de yapılacak olan maraton organizasyonu öncesinde, koşunun yapılacağı belirli bir alandan uzak durması konusunda ihtarla bulunulmuş ancak şahıs ihtara uymayarak 8 Nisan'da koşunun yapıldığı alan yakınlarında görülerek gözaltına alınmıştır. Şahıs, maraton bitene kadar gözaltında tutulmuş ve akabinde serbest bırakılmıştır. Yeni düzenleme uyarınca uygulanan, belirli bir bölgeye yaklaşmama ihtarı ve buna aykırı davranma halinde yapılan gözaltı şeklindeki işleminin dayanağı şahıs hakkında daha önce yapılan bir soruşturma ve yargılamadaki iddialardır. Zira, savcılık tarafından yapılan soruşturma kapsamında, şahsın 2014 yılında YTS olarak DAEŞ'e katılmak üzere Suriye'ye gittiği tespit edilmiş ve 2015 yılında Hollanda'ya döndüğünde tutuklanarak hakkında terör suçundan ötürü dava açılmıştır. Ancak mahkeme, 2017 yılının Nisan ayında delil yetersizliğinden ötürü beraat kararı vermiş ve şahıs serbest bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.nrc.nl/nieuws/2017/06/12/vrijgesproken-is-strijder-opgepakt-bij-marathon-rdam-10986351-a1562746>, Erişim Tarihi: 12.06.2017.

<sup>48</sup> Düzenlemeye göre; Hollanda Ceza Kanunu (*Wetboek van Strafrecht*)'nun (14). maddesine yapılan ekleme neticesinde, hakkında Kanunun 83, 134a ve 205 maddeleri uyarınca ceza verilen kişilerin vatandaşlıktan çıkartılmasına karar verilebilecektir. Söz konusu maddeler şu şekildedir: "Madde 83. Terör suçu şunları ifade eder: 1º. Madde 92 – 96 (dahil) arası, 108(2), 115(2), 117(2), 121, 122, 157(3º), 161quarter (2º), 164(2), 166(3º), 168(2º), 170(3º), 174(2) ve 289'da ve Nükleer Enerji Kanunu, bölüm 80(2)'de tanımlanan ağır suçlardan herhangi biri, eğer bu ağır suç terörizm niyetiyle işlenmişse; 2º. 114a, 114b, 120a, 120b, 130a, 176a, 176b, 282c, 289a, 304a, 304b, 415a ve 415b bölümleri ve Nükleer Enerji Kanunu, bölüm 80(3) kapsamında hapis cezası gerektiren ağır suçlardan biri; 3º. Maddeler 140a, 282b, 285(3) ve 288a'da ve Silah ve Mühimmat Yasası, bölüm 55(5)'de ve Ekonomik Suçlar Yasası'nın [Wet op de Economische Delicten], 6(4). maddesi, Sivil Kullanım için Patlayıcılar Yasası'nın [Wet Explosieven voor Civiel Gebruik] 33b maddesi ve Nükleer Enerji Kanunu'nun 79. maddesinde tanımlanan ağır suçlardan biri." "Madde 83a - Terörist niyet, bir ülkenin

girmiş bulunmaktadır.<sup>49</sup>

İlk bakışta fark edileceği üzere, her iki öneri de temel haklar açısından hukuki sorunlar içermektedir. Nitekim Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü (*College voor de Rechten van de Mens - CvdRM*) her iki öneriyi de eleştirmiştir.<sup>50</sup>

CvdRM, birinci öneri hakkında, Hollanda demokrasisini korumanın yollarından birinin de yurttaşların güvenlik ihtiyacını karşılamak amacıyla temel haklarda kısıtlama yapılabileceğini teslim etmiş ancak bu kısıtlamanın açık ve belirli bir temele dayanması, uygulanan tedbir ile varılmak istenen hedefle orantılı bir kısıtlamanın bulunması ve kesin yasal bir güvencenin yer

---

*halkında veya haklin bir kısmında korkuya neden olmak veya bir kamu makamını veya uluslararası bir organizasyonu yasalara aykırı olarak belirli faaliyetlerde bulunmaya ya da bulunmamaya veya belirli faaliyetleri tolare etmeye zorlamak veya bir ülkenin veya uluslararası bir organizasyonun temel siyasi, anayasal, ekonomik veya sosyal yapılarını ağır derecede bozmak veya tahrip etmek. Madde 83b - Bir terör suçunun hazırlanması veya kolaylaştırılması için işlenen ağır bir suç, madde 131(2), 132(3), 205(3), 225(3), 285(4), 311(1)(6°), 312(2)(5°), 317(3) ve 312(2)( 5°), 318(2), 322a, 326(2) ve (354a)'de tanımlanan ağır suçlardan birini ifade eder.” “Madde\_134a - Terörist bir suçun ya da terörist bir suçun hazırlığı veya kolaylaştırılmasına ilişkin ağır bir suçun işlenmesine yönelik araç ya da bilgiyi kendisi veya başkası için kasıtlı olarak elde eden ya da elde etmeye çalışan, bu amaçla bilgi ya da beceri kazanan veya bu bilgi ya da becerileri başkasına aktaran kişi, sekiz yılı geçmeyen hapis cezası ya da beşinci kategori para cezasıyla cezalandırılır.” “Madde 205 - 1. Kralın izni olmaksızın, bir kimseyi yabancı askeri hizmete veya silahlı mücadeleye alan bir kimse, dört yılı geçmemek üzere hapis veya beşinci kategoriden para cezası ile cezalandırılır. 2. Failin, mesleğini icra ederken 1. fıkrada tanımlanan cezai suçlardan herhangi birini işlemesi halinde, bu meslekten ihraç edilebilir. 3. İnsanların eleman olarak kazandırıldığı silahlı mücadelenin bir terör suçunu da içermesi halinde, 1. fıkrada tanımlanan suç için verilen hapis cezası üçte bir oranında arttırılabilir.” Hollanda Ceza Kanunu'nun güncel metni için bkz: <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>, Erişim Tarihi: 19.02.2017.*

<sup>49</sup> 1 Mart 2016 tarihinde Güvenlik ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılan resmi açıklamada Hollanda Senatosu'nun, milli güvenliğin korunması ve radikalizmle mücadele bağlamında hayata geçirilmeye çalışılan yasal düzenlemeler kapsamında terör suçundan mahkûm olan kişilerin vatandaşlıktan çıkarılmasını öngören kanun teklifini onayladığı belirtilmiştir. Açıklamada ayrıca, söz konusu düzenlemenin 1 Nisan 2016 tarihinden itibaren geçerli olacağı, vatandaşlıktan çıkarma kararının kesinleşmiş mahkeme kararının ardından idari bir işlemle Güvenlik ve Adalet Bakanı tarafından verileceği, vatandaşlıktan çıkarma kararının vatansız kalacak kişiler için uygulanamayacağı, ayrıca orantılılık ve AB hukuk sistemine uygunluk denetimine tabi olacağı, dolayısıyla böyle bir karara karşı yargı yolunun açık olacağı belirtilmektedir. Açıklama için bkz: <https://www.government.nl/topics/counterterrorism-and-national-security/news/2016/03/01/more-possibilities-for-revoking-dutch-citizenship>, Erişim Tarihi: 17.03.2017.

<sup>50</sup> Bkz: *Recomenations on Temporary administrative (counterterrorism) measures Act*, Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü, 28 Nisan 2015, <http://zoekservice.mensenrechten.nl/StippWebDLL/Resources/Handlers/DownloadBestand.aspx?id=3092>, Erişim Tarihi: 14.05.2016.

alması durumunda hukuka uygun olabileceğini vurgulamıştır<sup>51</sup>. Bu nedenle Enstitü, bir kimsenin “davranışları” itibarıyla terör örgütleriyle ilişkili olduğu şüphesinin yukarıda öngörülen kısıtlamalara yol açmasını tatmin edici açıklık ve belirlilik özelliklerinden uzak bulmuştur. Ayrıca Enstitü, bu hususların idare hukuku tedbiri olmaktan ziyade ceza kanunları kapsamında düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan bu önerinin gerekliliği de sorgulanmıştır. Mevcut ceza kanunu içindeki terör suç tiplerinin<sup>52</sup> maksadı karşılamaya elverişli olduğuna değinen CvdRM, böylesi bir önerinin müslüman grupları lekeleyici bir potansiyele sahip olduğuna dikkat çekmiştir<sup>53</sup>.

Vatandaşlıktan çıkarma düzenlemesi hakkında ise Enstitü, böyle bir yetkinin hükümete verilmesi halinde insanların hareket serbestisinin, seçme ve seçilme hakkının hukuka aykırı bir şekilde kısıtlanacağı sonucuna varmıştır.<sup>54</sup> Enstitü, ikinci öneri yasal korumadan yoksun, yargı denetimini göz ardı eden ve çifte vatandaş olmayanlar için vatansızlık (*stateless*) gibi hiç arzu edilmeyen bir neticeye yol açabilecek nitelikte bir görünüme sahip olduğunu, bu durumun aynı zamanda çifte vatandaş olanlarla olmayanlar arasında ayrımcı bir sonuca da yol açabileceğini vurgulamıştır.

Taslağa ilişkin olarak barolardan, üniversitelerden ve Danıştay (*Raad van State*)’dan da tepki gelmiştir.<sup>55</sup> Danıştay, Temsilciler Meclisi (*Tweede Kamer*)’ne yazdığı tavsiye metninde birinci önerinin yarar ve gereklilik kriterlerini karşılamaktan uzak olduğunu, düzenlemenin açık ve net olmayan formüle edilmiş biçiminin bir hukuksal tedbirde olmazsa olmaz unsur olan

---

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Terör suçlarıyla ilgili olarak Hollanda’da müstakil bir kanun metni bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hollanda Ceza Kanunu’nun 83, 83a ve 83b maddelerinde terör suçlarıyla ilgili genel bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddelerde doğrudan bir “terör” tanımı yapılmamış ancak 83a maddesinde “terörist niyet” tanımı (bkz. 46 nolu dipnot) yapılmıştır. Maddede sıralanan suçlardan herhangi birinin terörist niyetle işlenmesi durumunda bu suçlar terör suçu olarak değerlendirilmektedir. Bunun dışında, 2001 yılında Amerika’da gerçekleşen saldırılar sonrasında Avrupa Konseyince çıkartılan 2002/475/JHA sayılı çerçeve kararına dayalı olarak kanuna eklenen 140a maddesiyle terör örgütü kurmak, yönetmek ve örgüte üye olmak suçları müstakil bir suç haline getirilmiştir. Madde şu şekildedir: “1. Terör suçlarını işlemeyi kendisine amaç edinmiş bir örgüte katılım, on beş yılı geçmemek üzere hapis veya beşinci kategoriden para cezası ile cezalandırılır. 2. Kurucu, yönetici veya idareciler, ömür boyu hapis cezası veya on beş yılı geçmemek üzere sınırlı hapis cezası veya beşinci kategoriden para cezası ile cezalandırılır. 3. Madde 140(4) gerekli değişikliklerle uygulanır.” Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ölçer – Keijzer, s. 1223-1224.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Öneri metninde yer almamakla beraber, önerinin gerekçesinde bu durumun cihadist terör örgütü üyeleri için geçerli olduğu, çünkü bu örgütlerin Hollanda ulusal güvenliği için tehdit oluşturmakla diğer PKK, FARC gibi terör örgütlerinden farklı olduğu belirtilmiştir. Bkz: Paulussen, s. 15, dp.104.

<sup>55</sup> Paulussen, s. 17

öngörülebilirlik (*foreseeability*) ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir. Buna ilaveten, ucu açık şekilde getirilen seyahat yasağının da hiçbir mazeretle kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>56</sup> İkinci öneri hakkında ise bir kimsenin ancak ulusal güvenliği tehdit eden terörist bir örgüte doğrudan katılımı halinde vatandaşlıktan çıkarılabileceğini, bunun eşliğinin ise sıkı sıkıya belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>57</sup> Biz de, terörle mücadele açısından vatandaşlıktan çıkarmanın radikalleşmeyi pekiştiren ve örgütten ayrılmayı aklından geçirenler için aleyhe sonuç doğurabilecek bir işlem olduğu kanısındayız. Kaldı ki bir kimse vatandaşı olmadığı ülkeye de terör saldırısı düzenlemenin yollarını bulabilecektir.

Güvenlik ve Adalet Bakanı ise bütün bu eleştirilere karşılık, bu tedbirlerin tam da ceza kanununun amacı olan ulusal güvenliği korumaya hizmet ettiğini savunmuştur. Bakan konuşmasında, çatışma bölgesinden döndüğü kesin olan ve fakat suç işlediğine dair ceza soruşturmasını ya da önleyici gözaltı işlemini tetikleyici bir delil bulunmayan kişi hakkındaki şüphenin bu tedbirleri harekete geçirmesinin doğal olduğunu ifade ederek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bu hususta idareye bir takdir hakkı verdiğini hatırlatmıştır.<sup>58</sup> Bakan bu konuda haklı olsa da, ulusal güvenliğin sınırlarının nerede başladığı ve hangi hukuksal ölçütlerle insanların terörist kabul edildiği konularını açıklığa kavuşturmaya yetecek bir cevap veremediği görülmektedir.

Söz konusu iki öneri Mayıs 2016'da Temsilciler Meclisi'nden geçmiştir. Ancak Senato (*de Eerste Kamer*) ilk önerinin yasallaşmasına vize vermemiş, taslağın bazı noktalarına ilişkin soru işaretlerinin gidermesini isteyen bir rapor yayınlamıştır. Senato'ya göre; birinci öneri, ulusal güvenlik konusunda tatmin edici bir tanımlama getirmemektedir ve var olan mücadele yöntemleri yerine yenilerini koymanın faydalarını izah edememektedir. Senato ayrıca, Danıştay'ın tavsiye ve eleştirilerine kulak verilmesi gerektiğini ifade etmiş, aksi takdirde ülkeyi kutuplaşma ve güvensizlik ortamının beklediği ve bu durumun radikalleşmeyi hızlandırıcı bir etkisinin olacağı ikazında bulunmuştur. İkinci öneriye ilişkin olarak ise Senato, bu kez terör örgütüne üyelik hususunun açık ve net olarak belirlenmesi gerektiğini tavsiye etmiştir. Bu bağlamda hükümete şu sorular yöneltilmiştir: Bir kimse bir cihatçıyla evlenmek amacıyla Suriye'ye gitmişse ya da oradaki bir teröristle sosyal medya üzerinden iletişime geçmişse bu, örgüte katılma olarak kabul edilecek midir? Bu düzenleme anayasanın ayrımcılık yasağına aykırılık kaygısını giderebiliyor mu? Ceza kanunundaki

---

<sup>56</sup> Bkz: W. Zeldin, "Netherlands: Two New Sets of Administrative Sanctions Proposed to Fight Terrorism", 2 Haziran 2016, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/netherlands-two-new-sets-of-administrative-sanctions-proposed-to-fight-terrorism/>, Erişim Tarihi: 09.11.2016.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.



hangi yetersizlik nedeniyle idare hukuku tedbirleri gerekli görülmüştür? Toplum içindeki değişik grup ve inançlar arasındaki yan etki ve risk analizi yapılmış mıdır?<sup>59</sup>

Uluslararası Af Örgütü tarafından söz konusu düzenlemeler ve genel olarak Hollanda'nın terörle mücadele konusundaki uygulamaları hakkında hazırlanan raporda da ciddi eleştirilere yer verilmiştir. Raporda, Hollanda'da göç bağlantılı gözaltı süresinin AB tarafından belirlenen sınırı aştığına, terörle mücadele, istihbarat ve güvenlik hizmetlerine ilişkin olarak kabul edilen yasalarla etnik profillemeye ve barışçıl toplanma hakkına yönelik insan haklarını orantısız şekilde kısıtlayabilecek düzenlemeler bulunduğu ifade edilmiştir.<sup>60</sup>

## SONUÇ

1. Fransa ve Hollanda örneğinden yola çıkarak Avrupa'da terörle mücadele düzenlemelerindeki aciliyet hissi ve gecikmeden cevap verme düşüncesinin ülkelere insan hakları bağlamında hata yaptırdığı sonucuna varmak mümkündür. Her ciddi terör saldırısının peşinden daha sıkı tedbirler getirilmekte ancak bu tedbirlerin önleyici ve sorunu çözücü olmadıkları bir sonraki terör saldırısıyla ortaya çıkmaktadır. Yani terör eylemi ile yasama ve yürütme tepkisi arasında bitimsiz bir kısır döngü mevcuttur. Elbette insanlar can kayıpları ve üzücü tablolar karşısında duygusal tepkiler verebilirler, bu olayların etkisiyle öfkelerini kontrol etmekte de zorlanabilirler ve aynı şeyi hükümetlerinden de umabilirler. Bu doğaldır, ancak hükümetler meseleye dünden yarına uzanan geniş bir perspektifle yaklaşmak ve mevcut/muhtemel düzenlemelerin etkisini ölçüp biçmek zorundadırlar. Bu çalışmada yer verilen insan hakları kuruluşlarının yerinde tespitleri de bu zorunluluğu doğrulamaktadır.

2. Yukarıda ele alınan iki ülkenin birbirinden farklı hukuksal geleneklere sahip olmasına karşın, terörle mücadele ve yabancı terörist savaşçılar olgusuna yaklaşımları konusunda temel hak ve hürriyetlere gerekli ve yeterli saygıyı göstermeme bakımından benzeştiklerini görmekteyiz. Esasında Avrupa'daki genel eğilim bu yönde olup, Avrupa Birliği düzeyinde de aynı yönelimi görmekteyiz. Örneğin AB Konseyi Aralık 2015'te yayınladığı terörle mücadele yeni öneri direktifinde üye ülkelere terörle mücadele mevzuatının gözden geçirilmesini ve kuvvetlendirilmesini istemiştir.<sup>61</sup> Bu

---

<sup>59</sup> Paulussen, s. 18

<sup>60</sup> Rapor için bkz: *The Netherlands: Excessive Immigration Detention, Ethnic Profiling And Counter-Terrorism Measures*, Amnesty International, Eylül 2016, <https://www.amnesty.nl/content/uploads/2017/05/EUR3554622016ENGLISH.pdf?x82182>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

<sup>61</sup> Direktif metni için bkz: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS\\_BRI\(2016\)586628\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf), Erişim Tarihi: 16.02.2017.

cümleden olarak YTS'ler hakkında yeni düzenlemeler yapılması gerektiği vurgulanarak, terör eğitimi almak veya terörist gruba katılmak için yapılan seyahatlerin veya seyahat girişimlerinin ve bu seyahatlerin finanse edilmesi eylemlerinin ceza kanunlarında suç olarak ihdas edilmesi tavsiye edilmiştir. Bazı ülkelerin iç hukuklarında bu tavsiyenin yansımaları olmuştur; bununla birlikte bu direktif önemli insan hakları kuruluşları tarafından ciddi tepkilerle karşılanmıştır. Bunlardan biri olarak Açık Toplum Enstitüsü'nün eleştirilerine değinmek gerekirse, Enstitü bu direktifte insan haklarının güvence altına alınmasına dair hiçbir yasal garantinin söz konusu edilmediğini, bu kadar geniş ve belirsiz suç tarifinin kanunilik ve öngörülebilirlikten uzak olduğunu ifade ederek, bunun uygulamada takdirilik ve keyfiliğe yol açabileceği uyarısında bulunmuştur. AB direktifinin etki değerlendirmesi yapılmadan, sivil toplum kuruluşları ile görüşülmeden, acele bir refleksten kaynaklandığını ifade eden Enstitü, bu önerinin tekrar ele alınıp açıklayıcı ve insan haklarını da gözetici bir şekilde yeni bir doküman olarak ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>62</sup> Aynı şekilde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de 12 Temmuz 2016'da yayınladığı raporunda hem direktifi hem de ülke uygulamalarını eleştirmiş, üye ülkeleri ayrımcılık yasağını ihlal edici düzenlemeler yapmaktan kaçınmaları hususunda uyarmıştır. Ayrıca raporda, söz konusu direktifin hiçbir maddesinin sanık haklarına ilişkin AB müktesebatını daraltıcı ve kısıtlayıcı şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>63</sup>

**3. Terörizm, modern çağın bir gerçeğidir. Hırsızlık, adam öldürme ve sair suç tipleri gibi terör de artık dünyada kökten kaldırılması en azından kısa vadede mümkün görünmeyen bir suç tipidir. Çok katı tedbirler alınıp, en otoriter politikalar uygulansa dahi terörün bu yolla yok edilemeyeceği açıktır. Bu düşüncemizin temelinde, teröre gündelik politikalarla yaklaşmanın faydasızlığını vurgulama isteği bulunmaktadır; zira terörle mücadelede başarılı olmak için uzun vadeli, belki bir asırlık strateji ve politika üretmek gerekmektedir.**

Eşitlik ve demokrasi ilkesinin bihakkın uygulanması, teröre hevesli gençler arasında teröristi kahramana dönüştüren hikâyelerin tersine bir dil oluşturulması, yerel düzeyde bu gençlere ve ailelerine ulaşmaya çalışılması ve kısaca terörizmin sonuçları kadar sebeplerine de odaklanılması doğru bir strateji olacak; belki sorunu ortadan kaldıramayacak ama en azından işlerin daha kötüye gitmesine engel olacaktır. Fransa örneğini vermemizin sebebi, belli bir grubu (bu örnekte müslümanları) hedef alan terörle mücadele

---

<sup>62</sup> Bkz: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/submission-european-commission-proposed-antiterrorism-directive>, Erişim Tarihi: 17.06.2016.

<sup>63</sup> Rapor için bkz: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0239+0+DOC+XML+V0//EN>, Erişim Tarihi: 25.09.2016.



politikalarının daha çok radikalleşmeye, daha çok güvensizlik ve dışlanmışlık duygusunun kuvvetlenmesine yol açacağına anlaşılması çabasıdır. Birleşmiş Milletler'in tüm üye ülkeler için bağlayıcı olan 2178 sayılı kararında da ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere<sup>64</sup>, bu mücadele ancak insan haklarına ve demokratik gereklere uygun olarak yürütülürse sonuç alınabilir. Bu ilkelere uygun olarak hareket etmekle kalınmamalı bizatihi bunları daha da güçlendirici yönde çaba sarf edilmelidir. Dünyanın her yerinde ve bu arada Türkiye'de terörle mücadelede insan haklarından uzaklaşıldığı oranda terör kendisine uygun yetişme koşullarını sağlayan iklimi de bulmuş olmaktadır. BM İnsan Hakları Yüksek Komisyonu üyesi Zeyd El Hüseyin'in bir konuşmasında ifade ettiği üzere: "Terör eylemi toplumların temelinde bulunan değerleri yıkmayı başaramaz, ama kanunlar bunu başarabilir."<sup>65</sup>

**4. Uluslararası Af Örgütü**, halen Batı Avrupa ülkelerinin süreçte bu eleştirilere pek de kulak asmadıklarını, gerek ulusal, gerekse uluslararası düzeyde YTS düzenlemeleri yapılırken "terörist grup" tanımının ve terör eğitimi almak ya da terörist saikle seyahat etmek gibi unsurların belirlilikten uzak ve keyfi uygulamaya açık bırakıldığını ısrarla vurgulamaktadır.<sup>66</sup> Son birkaç yıldaki örneklerden özgürlük ve güvenlik dengesinin ikincisi lehine bozulmuş durumda olduğunu savunan Af Örgütü bu bağlamda, uluslararası dokümanlarda sıkça rastladığımız "İnsan hakları, güvenlik konseptinin vazgeçilmez bir ögesidir" prensibinin dikkate alındığına dair güncel bir gelişme olmadığının altını çizmektedir.<sup>67</sup>

Gerçekten özgürlük ve güvenlik birbirinin aleyhine çalışan iki farklı olgu gibi görünse de, bunların birbirini tamamlayan, takviye eden ve birbirinde içkin kavramlar olduğunu kabul etmek çok daha yerinde ve yararlı olacaktır. Bir kimse özgür değilse güvende olmasının, güvende değilse özgür olmasının bir anlamı yoktur. Elbette yaşama hakkı temel hakların en başında gelir ve bunun için devletten güvenlik ummak çok doğaldır, ancak devletin bu misyonu ifa ederken hukuk içinde kalması onun varoluşsal ödevidir. Hukukun temel hak ve hürriyetlerde esneklik icazeti verdiği acil durumlarda dahi iyi devlet, bir hakkı tehlike oranında daraltmaktan fazlasını kollamamalıdır. Ne yazık ki dünyada terörle mücadele eden ülkelerin hiçbirinde bu hassasiyeti

---

<sup>64</sup> Bu konuda ayrıca bkz: Özar, "Yabancı Terörist Savaşçılara...", s. 1-10.

<sup>65</sup> Bkz: *Opening Statement, Item 2, High Commissioner's Annual Report*, 13 Eylül 2016 <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15642&LangID=E#sthash.RKomxas3.dpuf>, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

<sup>66</sup> *After a Fast-Track Process the European Parliament Takes a Troubling Position on Counter-Terrorism in Europe*, Amnesty International, 13 Temmuz 2016, [http://www.amnesty.eu/content/assets/Joint\\_Statement\\_on\\_Counter-Terrorism\\_Directive\\_after\\_LIBE\\_vote\\_July\\_2016.pdf](http://www.amnesty.eu/content/assets/Joint_Statement_on_Counter-Terrorism_Directive_after_LIBE_vote_July_2016.pdf), Erişim Tarihi: 12.08.2016.

<sup>67</sup> Ibid.

göremiyoruz. Hatta son zamanlarda güvenliğin sağlanması için büründürülmüş antidemokratik uygulamalar revaç bulmaktadır; hal böyle olunca terörün bitmeyeşine çok da şaşırılmamalıdır. Madem 21. yüzyıl insanı terörizmle yaşamaya alışması gereken insandır<sup>68</sup>; yasaların aceleyle getirilmesinin de bir gereği bulunmasa gerektir.

5. Dünyaya hukukun üstünlüğü kavramını ihraç eden Batı ülkeleri terörizmle mücadele konusunda hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından örnek olmaktan gittikçe uzaklaşmaktadırlar. Onların insan haklarını hiçe sayan uygulamaları diğer ülkelerin özensiz ve hukuksuz uygulamalarını yüreklendirmemeli, bunlar birer mazeret olarak da algılanmamalıdır. Politik başarı ve panik duygusundan bağımsız olarak konuyu her ülke kendi tarihine ve coğrafyasına uyarlamalı, bu arada evrensel insan hakları kazanımlarının ve demokratik prensiplerin bekliliğine ve gözcülüğüne de rıza göstermelidir. Sorunun çözümü olur mu bilinmez ama en azından sorunun kötüden betere gitmesi bu tarz soğukkanlı ve hukuku önceleyen tutumla önlenir. Çok net olarak ortaya çıkmış durumdadır ki, teröre hızlı ve öfkeli bir şekilde verilen her cevap tam da terörizmin istediği cevap olmaktan kurtulamamakta; daha fazla korku ve daha fazla güvensizlik ortamı oluşturmaktadır. Toplumun öfkelerini dindirmenin tek yolu intikam söylemi ve eylemi değildir; zira toplum huzuru bulduğunda intikamı unutan bir varlıktır.

Korku ve kaygıyı yenebilen, sakin ve kararlı kalabilen devletler terörle mücadelede örnek alınacak devletler olacaktır. Bunun için bir yandan polisiye mücadele yapılırken bir yandan sosyolojik mücadele devam etmeli, güven duygusuna yatırım yapılmalıdır. Zira günümüzde terörizmin en büyük başarısı ülkedeki sivil toplum kuruluşları, gönüllü organizasyonlar, yerel yönetimler ve genel olarak halk ile devlet arasındaki güven duygusunun zedelenmesi ve giderek ortadan kalkmasıdır. Güven duygusu meselesi iki yönlüdür. İçinden terörist çıkan halk, devlet ile arasındaki köprülerin tamamen atıldığı duygusuna kapılabilir. Başka bir vatandaş ile eşit muamele görmediği ve ayrımcılığa maruz kaldığı duygusu bu kişileri pek çok örnekte olduğu gibi radikalleştirici unsurların kucağına sürükleyecektir<sup>69</sup>. Diğer yandan terörle sosyolojik bağı olmayan çok daha geniş halk kesimlerinde ise devletin terörü yenmesine dair umutlar azalır, bu da terörle mücadelede devleti güvenilecek bir liman olmaktan çıkarır. Dolayısıyla önce ve sonra, her zaman ve herkes için güven odaklı politika şarttır. AB Konseyi'nin cümleleriyle söylersek: "Ulusal güvenliğin tesisinde

---

<sup>68</sup> Richard English, "21st-Century Terrorism: How Should We Respond?" *Political Insight*, Y. 2010, S. 3, s. 78. Ayrıca bkz. *Learning to live with it.*, *The Economist*, 3 Eylül 2016, <http://www.economist.com/news/international/21706250-people-are-surprisingly-good-coping-repeated-terrorist-attacks-america-and>, Erişim Tarihi: 14.12.2016.

<sup>69</sup> C. Paulussen, "Responding to Foreign Fighters: A Quick Overview for People with Little Time", *The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague*, 2015, s. 5.

insan haklarını gözeten düzenleme ve uygulamalar vatandaşların güvenini kazandıracak ve aynı zamanda onların da sürece katılımını sağlayacaktır.”<sup>70</sup>

6. Dünyada terörle mücadele alanında, aynı zamanda insan hakları kuruluşları ile devletlerin mücadelesine de tanık olmaktadır. Batı bu anlamda yekpare bir bütün değildir. Bir yanda özellikle 11 Eylül sonrası terör konseptini tamamen ‹İslamist terörizm’ sahasına sıkıştıran ve bu doğrultuda ayrımcı, ön yargılı ve anlık tepki veren hükümetler, bir yanda da onların faaliyetlerini kıyasıya eleştiren Uluslararası Af örgütü, BM İnsan Hakları İzleme Komitesi, Uluslararası Yargıçlar Birliği, Açık Toplum Enstitüsü gibi pek çok kuruluş bulunmaktadır. Buna karşın sonuçta son sözü siyaset söylemekte, siyasilerin karar ve tercihleri belirleyici olmaktadır. Şu anda terörle mücadelede uzun vadeli bir vizyon ve etki/sonuç analizine dayanan sükûnetli bir yaklaşım gözleyemiyoruz. Ancak özgürlük ile güvenliğin bir bütünün iki tamamlayıcısı olduğunu savunan öğretilerin kamuoyunda yankı bulmasıyla bu durum değişme imkânı bulabilecektir.

\*\*\*\*

## KAYNAKÇA

### Kitap - Makale

**Bakker, E./Entenmann, E./C. Paulussen**, *Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance Challenges and Legal Implications*, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague 4, No. 8 (2013). Çalışmanın Türkçe tercümesi için ayrıca bkz: “Suriye’deki Yabancı Savaşçılar Üzerine: Siyasi Açmazlar ve Hukuki Yansımalar ICCT Analiz Çalışması”, Tercüme: Süleyman Özar/Hakan A. Yavuz, *Küresel Bakış Çeviri Dergisi*, Y. 5, S. 17, Nisan 2015, s. 71-95.

**English, Richard**, “21st-Century Terrorism: How Should We Respond?”, *Political Insight*, Y. 2010, S. 3, s. 78vd., <http://www.economist.com/news/international/21706250-people-are-surprisingly-good-coping-repeated-terrorist-attacks-america-and>, Erişim Tarihi: 14.12.2016.

**Ölçer, F. Pınar/Keijzer, Nico**, “Hollanda Ülke Raporu: Maddi Ceza Hukuku”, içinde: *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs - Haziran 2010)*, Editör: Adem Sözüer, *Bildiri Kitabı*, İstanbul 2013, s. 1197-1254.

---

<sup>70</sup> Bkz: *Avrupa Birliği Adalet ve İçişleri Konseyi, 4 Aralık 2014 Brüksel Buluşması Sonuç Bildirisi: “Development of a renewed European Union Internal Security Strategy”*, s. 7, [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/146042.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/146042.pdf), Erişim Tarihi: 03.04.2016.

**Özar, Süleyman**, “Yabancı Terörist Savaşçılara İlişkin BM Güvenlik Konseyi Kararının (UNSC 2178) Kavram ve Kapsamı”, *Adalet Dergisi*, S. 52, Mayıs 2015, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/03\\_suleyman.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/03_suleyman.pdf), Erişim Tarihi: 12.12.2016.

**Paulussen, C.**, *Responding to Foreign Fighters: A Quick Overview for People with Little Time*, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague, 2015.

**Paulussen, C.**, *Repressing the Foreign Fighters Phenomenon and Terrorism in Western Europe: Towards an Effective Response Based on Human Rights*, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague 7, No. 10, 2016.

**Politico, Pierre Brançon**, “Sarkozy’s terrorism record now fair game for conservative rivals”, 21 Temmuz 2016, <http://www.politico.eu/article/nicolas-sarkozy-terrorism-nice-attacks-alain-juppe/>, Erişim Tarihi: 02.01.2017.

**Slate, J. Shapiro**, “How Not to Overreact to ISIS”, 16 Kasım 201, [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/war\\_stories/2016/12/will\\_obama\\_s\\_russia\\_retaliation\\_work.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/war_stories/2016/12/will_obama_s_russia_retaliation_work.html), Erişim Tarihi: 17.08.2016.

**Van Ginkel, B./Entenmann, E.**, *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union. Profiles, Threats & Policies*, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague 7, No. 2, 2016.

**Yavuz, Hakan A.**, “Hollanda Adalet Sistemi Üzerine Notlar”, *Adalet Dergisi*, S. 56, Eylül 2016, s. 23-54.

**Zeldin, W.**, “*Netherlands: Two New Sets of Administrative Sanctions Proposed to Fight Terrorism*”, The Library of Congress, 2 Haziran 2016, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/netherlands-two-new-sets-of-administrative-sanctions-proposed-to-fight-terrorism/>, Erişim Tarihi: 09.11.2016.

## **Kuruluş Bildiri ve Raporu**

### **Açık Toplum (Open Society):**

*Submission to the European Commission on Proposed Antiterrorism Directive*, 19 Şubat 2016, <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/submission-european-commission-proposed-antiterrorism-directive>, Erişim Tarihi: 17.06.2016.

### **AB Konseyi:**

*Development of a renewed European Union Internal Security Strategy*, 4 Aralık 2014, [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/146042.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/146042.pdf), Erişim Tarihi: 03.04.2016.

### **AB Parlamentosu Araştırma Servisi (EPRS):**

*Combating Terrorism*, Temmuz 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS\\_BRI\(2016\)586628\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf), Erişim Tarihi: 19.08.2016.

- *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the Union legal framework for customs infringements and sanctions*, 19 Temmuz 2016 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0239+0+DOC+XML+V0//EN>, Erişim Tarihi: 25.09.2016.

### **BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR):**

- *UN rights experts urge France to protect fundamental freedoms while countering terrorism*, 23 Aralık 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?LangID=E&NewsID=16966>, Erişim Tarihi: 17.09.2016.

- *Opening Statement, Item 2, High Commissioner's Annual Report*, 13 Eylül 2016, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15642&LangID=E#sthash.RK0mxas3.dpuf>, 1 Erişim Tarihi: 9.09.2016.

### **BM Güvenlik Konseyi:**

24 Eylül 2014 tarih ve 2178 sayılı karar: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2178](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178), Erişim Tarihi: 12.02.2017.

### **Fransa Dışişleri Bakanlığı:**

*Counter-terrorism in France*, France Diplomatie, <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/defence-security/terrorism/>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.

### **Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü:**

- *Recommendations draft legislative proposal on the amendment of the Netherlands Nationality Act summary*, 24 Şubat 2015, <http://zoekservice.mensenrechten.nl/StippWebDLL/Resources/Handlers/DownloadBestand.ashx?id=3213>, Erişim Tarihi: 12.10.2016.

- *Recommendations on Temporary administrative (counterterrorism) measures Act*, 28 Nisan 2015, <http://zoekservice.mensenrechten.nl/StippWebDLL/Resources/Handlers/DownloadBestand.ashx?id=3092>, Erişim Tarihi: 14.05.2016.

### **İnsan Hakları İzleme Örgütü (HRW):**

- *Preempting Justice-Counterterrorism Laws and Procedures in France*, 1 Temmuz 2008 <https://www.hrw.org/report/2008/07/01/preempting-justice/counterterrorism-laws-and-procedures-france>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.

-*France: Counterterrorism Bill Threatens Rights*, 10 Ekim 2014, <https://www.hrw.org/news/2014/10/09/france-counterterrorism-bill-threatens-rights>, Erişim Tarihi: 11.11.2016.

-*France: Bill Opens Door to Surveillance Society*, 6 Nisan 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/04/06/france-bill-opens-door-surveillance-society>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

-*Human Rights Watch Concerns and Recommendations on France*, 22 Haziran 2015 <https://www.hrw.org/news/2015/06/22/human-rights-watch-concerns-and-recommendations-france>, Erişim Tarihi: 20.08.2016.

-*France: Abuses Under State of Emergency*, 3 Şubat 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/02/03/france-abuses-under-state-emergency>, Erişim Tarihi: 08.07.2016.

### **Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International):**

- *France: Newly announced 'anti-terror measures' put human rights at risk*, 23 Ocak 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur21/0001/2015/en/>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

- *Upturned Lives: The Disproportionate Impact of France's State of Emergency*, 4 Şubat 2016 <http://www.amnestyusa.org/research/reports/upturned-lives-the-disproportionate-impact-of-france-s-state-of-emergency>, Erişim Tarihi: 10.12.2016.

-*Amnesty International Report 2015/16*, <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/02/annual-report-201516/7>, Erişim Tarihi: 06.07.2016.

-*After a Fast-Track Process the European Parliament Takes a Troubling Position on Counter-Terrorism in Europe*, 13 Temmuz 2016 [http://www.amnesty.eu/content/assets/Joint\\_Statement\\_on\\_Counter-Terrorism\\_Directive\\_\\_after\\_LIBE\\_vote\\_\\_July\\_2016.pdf](http://www.amnesty.eu/content/assets/Joint_Statement_on_Counter-Terrorism_Directive__after_LIBE_vote__July_2016.pdf), Erişim Tarihi: 12.08.2016.

- *The Netherlands: Excessive Immigration Detention, Ethnic Profiling And Counter-Terrorism Measures*, Amnesty International, Eylül 2016, <https://www.amnesty.nl/content/uploads/2017/05/EUR3554622016ENGLISH.pdf?x82182>, Erişim Tarihi: 01.02.2017.

**Basın – Yayın - Diğer:**

**NCTV - Hollanda**, “The Netherlands comprehensive action programme to combat jihadism”, 29 Ağustos 2014, [https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr\\_tcm32-83910.pdf](https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr_tcm32-83910.pdf) , Erişim Tarihi: 01.10.2016.

**NL Times**, “The Netherlands comprehensive action programme to combat jihadism”, 21 Aralık 2016, <http://nltimes.nl/2016/12/21/dutch-mps-want-quicker-implementation-anti-terror-laws>, Erişim Tarihi: 12.12.2016.

**NL Times**, <http://nltimes.nl/2014/12/01/jihad-fighter-gets-prison-wife-acquitted-recruitment>, Erişim Tarihi: 01.12.2014.

**Jurist**, “Muslim and human rights groups in France ask government to lift state of emergency”, 19 Aralık 2015, <http://www.jurist.org/paperchase/2015/12/france-muslim-group-files-suit-alleges-government-abuse-after-paris-attacks.php>, Erişim Tarihi: 20.05.2016.

**The Economist**, “Learning to live with it.”, 3 Eylül 2016, <http://www.economist.com/news/international/21706250-people-are-surprisingly-good-coping-repeated-terrorist-attacks-america-and>, Erişim Tarihi: 14.12.2016.

**The Guardian**, “Hollande drops plan to revoke citizenship of dual-national terrorists”, 30 Mart 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/30/francois-hollande-drops-plan-to-revoke-citizenship-of-dual-national-terrorists>, Erişim Tarihi: 12.12.2016.

**The Guardian**, “French parliament votes to extend state of emergency until after 2017 elections”, 14 Aralık 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/14/french-parliament-votes-to-extend-state-of-emergency-until-after-2017-elections>, Erişim Tarihi: 01.01.2017.

**Hollanda Dışişleri Bakanlığı**: <https://www.rijksoverheid.nl/>, Erişim Tarihi: 20.10.2016.

**Hollanda Terörle Mücadele ve Güvenlik Ulusal Koordinatörlüğü (NCTV)**, <https://www.nctv.nl/actueel/nieuws/2016/Aanslagdreiging%20Nederland%20blijft%20reeel.aspx>, Erişim Tarihi: 11.07.2016.

[https://www.nctv.nl/binaries/Rapport\\_RCB\\_november\\_2016\\_basis\\_tcm31-236323.pdf](https://www.nctv.nl/binaries/Rapport_RCB_november_2016_basis_tcm31-236323.pdf), 28.12.2016.

**Yakın Doğu Politikaları Enstitüsü (Institute for Near East Policy)**, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/jihadism-on-the-rise-in-europe-the-dutch-perspective>, Erişim Tarihi: 04.12.2014.

<https://home.noties.nl/peil/>, Erişim Tarihi: 29.03.2016.

<http://www.volkskrant.nl/binnenland/mogelijke-jihadganger-maher-h-ik-verleende-hulp-in-syrie~a3781647/>, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

"The Netherlands comprehensive action programme to combat jihadism",  
[https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr\\_tcm32-83910.pdf](https://english.nctv.nl/binaries/def-a5-nctvjihadismuk-03-lr_tcm32-83910.pdf), Erişim Tarihi: 11.01.2017.

<http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht.html>,  
Erişim Tarihi: 19.09.2016.

<https://www.government.nl/topics/counterterrorism-and-national-security/news/2016/03/01/more-possibilities-for-revoking-dutch-citizenship>, Erişim Tarihi: 17.07.2016.

<http://nltimes.nl/2015/03/06/dutch-jihadists-die-returning-netherlands-prime-minister-rutte>, Erişim Tarihi: 06.03.2015.

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2017-51.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2017.

<https://www.nrc.nl/nieuws/2017/06/12/vrijgesproken-is-strijder-opgepakt-bij-marathon-rdam-10986351-a1562746>, Erişim Tarihi: 12.06.2017.

<https://asimetriksavaslar.wordpress.com/2011/03/30/terorle-mucadelede-hollanda-modeli/>, Erişim Tarihi: 30.01.2017.



# FRANSA'DA İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

## *The Application Of Legality Principle On Administrative Crime And Punishments In France*

Dr. Hasan DURSUN<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 06.03.2017

Kabul Tarihi: 24.05.2017

### ÖZET

Türk İdare Hukuku, Fransız İdare hukukundan esinlenmesine karşın, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından iki ayrıksı durum dışında Fransa'dan örnek alınacak husus bulunmamaktadır. Zira Fransız Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk düzenleme yetkisi tanımışlar ve idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği anlayışını açıkça benimsememişlerdir. Yine suç ve ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmasına karşın Fransız mevzuatı suç ve cezaı birbirinden ayırmış ve idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığı anlayışını benimsemiştir. Yine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevini ancak genel nitelikli bir idari usul kanunuyla birlikte yerine getirebilmesi olanaklı olmasına Fransa'da böyle bir usul kanununun bulunmaması önemli bir eksiklik oluşturmuştur. Ancak bu koşullar altında, Fransız yargı organlarının özellikle Anayasa Konseyinin halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını şart olduğu yönünde bir eğilim taşınması, yurttaşların, hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından yerinde olmuştur. Çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından büyük önem taşımaktadır. Türk Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtük olarak belirtilmesine karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay aksine bir tutum takınmışlar ve idari suç ve cezaı birbirinden ayırarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı anlayışını benimsemişlerdir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumu sonucu kişilerin hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altında bırakılmıştır. Zira kişi hak ve özgürlükleri idari suçlarda da kanunilik ilkesinin benimsenmesiyle korunabilir. Bu bağlamda kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda benimsenmesi, ceza hukuku suç ve cezalarında benimsenmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Suç ve Ceza, Suç ve Ceza Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası, İdari Usul.

### ABSTRACT

Although Turkish administrative law inspired from France administrative law, except two condition, there is no point taking example France at the application the legality principle on the administrative crimes and punishments. This is because French Constitution and legislation acknowledged the power of arrangement within the field of administrative crimes and punishments for the execution and overtly did not accept the condition that the legality principle must be applied on the administrative crimes and punishments. Again, although there is indivisible unity relation between crime and punishment, French legislation broke down the crime and punishment from each other and adopted the mentality that there is no requirement the application legality principle on administrative crimes. Again, the legality principle on administrative crimes and punishments can fulfill its mission to protect human's basic rights and freedoms with the general administrative procedure act. The missing general administrative procedure act in France is a considerable deficiency. Nevertheless, under that condition, French judicial organs particularly "Constitutional Council" (Conseil Constitutionnel) makes a tendency that it is required applying the legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments. That tendency is appropriate to protect and develop human's rights and freedoms. Inasmuch as nullum crimen nulla poena sine lege principle holds key for protecting and developing human's rights and freedoms. Although Turkish Constitution Article 38 paragraph 1 and 3 covertly denote that in every types of crimes and punishments is necessary to apply legality principle, Constitutional Court and Council of State assume counter-attitude and they divided administrative crime and administrative act from each other and adopt that there is no need applying legality principle on administrative crimes. The aforementioned courts behavior is resulted to put enormous danger of human's rights and freedoms. Inasmuch as the legality principle can protect human's rights and punishments embracing the principle as well in administrative crimes. Within that context, legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Because contrary to justice, administration is neither independent nor impartial.

**Keywords:** Administrative Crime and Punishment, Nullum Crimen Nulla Poena Sine lege "Legality" Principle, Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments, Administrative Procedure.

<sup>1</sup> Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı. (Bu makalede ileri sürülen görüşler, Kalkınma Bakanlığının görüşlerini yansıtmamakta, yazarın kişisel görüşlerini yansıtmaktadır). hasan.dursun@kalkinma.gov.tr

## 1. GİRİŞ

Bu çalışmada Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerden Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. İnceleme yapılırken idari suç ve cezalar arasında;“halka yönelik idari suç ve cezalar” ile “disiplin suç ve cezaları”şeklinde bir ayırım yapılacaktır ve bunların her birinde söz konusu ilkenin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Çalışmanın oylumunu artırmamak için ise disiplin suç ve cezaları bakımından araştırma yapılırken ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.<sup>3</sup>

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkelerden Fransa'nın seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. Zira Türk idare hukukunun esin kaynağını Fransız idare hukuku oluşturduğundan Fransa'daki idari suç ve cezalarda kanunilik uygulamalarının Türkiye açısından bir esin kaynağı olmaya layık olup olmadığı saptanacaktır.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan,<sup>4</sup>öncelikle, Fransız Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır.

### I. FRANSTZ ANAYASASINDA KANUNİLİK İLKESİ

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin Fransız Anayasasındaki düzenleme tarzına bakmadan önce söz konusu ilkenin tarihçesine kısaca değinmek uygun olacaktır. Zira özellikle Fransız Devrimiyle birlikte suç ve cezada kanunilik

<sup>2</sup> İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HasanDursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 197 vd.

<sup>3</sup> Az önce belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin İdare ile kişi arasında “özel bağ” (specialhardship) bulunduğu için verilen bir “ruhsat iptali” cezası, “disiplin cezası” sayılır.

<sup>4</sup> Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş'in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. TuranGüneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2.Yine Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından F. Werner'in ifadesiyle idare hukuku, anayasa hukukunun somutlaştırılmış şeklidir. Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından H. Sendler ise bu ilişkiyi açıklarken yalnızca anayasa hukukunun somut açıklamasını idare hukukunda bulmakla kalmayıp, örneğin “dengeli karar” ve “orantılılık” ilkesi gibi idare hukukunun birçok ilkelerinin de anayasadan türetildiğini belirtmiştir.Bkz. Jurgenschwarze, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 116-117 ve dn.12-13.

ilkesi, evrensel olarak ceza hukukunun temel bir ilkesi haline gelmiş ve bilinir kılınmıştır. Gerçekten de Ancel'in belirttiği üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının, XVIII. yüzyıl sonunda ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi haline gelmesinin ana nedenini, 1789 Fransız Devrimi oluşturur. Gerçekten de söz konusu ilke, tarihsel bakımdan Fransız İhtilalini belirginleştiren fikirler hareketinin hukuki bakımdan sonuçlarından birisini meydana getirmiştir. Özellikle Fransa'da ilke, İhtilalden önceki rejimin doğurduğu keyfi muamele korkusundan doğmuştur. Bu dönemde yargıçlar "keyfi cezalar" dizgesi gereğince aşırı yetkiye sahip bulunmuşlardır.<sup>5</sup>

Hâlbuki Fransız Devrimi, 26 Ağustos 1789 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini ilan etmiş ve bu bildirmede kişi özgürlüğü, en kıymetli unsur olarak değerlendirilmiştir. Hukuksal açıdan bu fikirler hareketi doğal olarak baştanbaşa bütün mevzuatı kanunilik ilkesi üzerine dayandırmaya yol açmış, kişi özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanabileceği ve kanunun da ancak ulusal iradede doğacağı esası kabul edilmiş ve böylelikle yargıcın yetkisi oldukça fazla bir şekilde kısıtlanmıştır. Nitekim 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 5. maddesinde; yargıçların kendilerine intikal eden davalarda genel ve düzenleyici kurallara başvurmaları yasaklanmıştır.<sup>6</sup> Bu bağlamda Fransız Devrimi sonucu yargıcın yetkisi özel hukuk sorunlarında bile dar olarak saptanırken, ceza hukuku alanında daha da daraltılmıştır.<sup>7</sup> Bu tarihsel bilgilerden sonra Fransız Anayasasının yapısı ve kanunilik ilkesi hakkındaki hükümlerinin incelenmesi yerinde olacaktır.

Yürürlükteki 4 Ekim 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasasının<sup>8</sup> temel özelliklerinden işe başlamak gerekirse, bunlardan ilkinin, rejimi yarı-başkanlık haline getirecek ölçüde Cumhurbaşkanına aşırı yetkilerin tanınmış olması oluşturur. İkinci olarak, Parlamento zayıflamış, buna karşın yürütme organı, güçlü, özerk ve tekelci düzenleme yetkisine kavuşmuştur.<sup>9</sup> Üçüncü olarak ise yasama işlevi ile yürütme işlevi birbirinden sert bir şekilde ayrılmıştır.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Marc Ancel, Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl: 29, 1938, s. 1327-1328.

<sup>6</sup> Fransız Medeni Kanununun 5. maddesinde yer alan bu hüküm, günümüzde bile geçerli bulunmaktadır.

<sup>7</sup> Ancel, s. 1328.

<sup>8</sup> 1958 yılında yürürlüğe giren Fransız Anayasasının İngilizce tam metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>, Erişim Tarihi, 23.2.2017).

<sup>9</sup> Fransa'da yürütme organının, 1958 Anayasasıyla kavuştuğu özerk ve tekelci düzenleme yetkisinin tarihçesi, gerekçesi ve niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazım Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 35-48, 112 vd.

<sup>10</sup> Bkz. Murat Sarıca, Fransa'nın V inci Cumhuriyet Anayasası, İÜHFİM, Cilt: XXVII, Sayı: 1-4, 1962, s. 92.

Az önce yürürlükteki 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasasının en temel özelliklerinden birisini, yürütme organının güçlü bir konuma getirilmesi olduğu belirtilmişti. Gerçekten de yürürlükteki Fransız Anayasasında yürütmenin ve onun içinde de özellikle Cumhurbaşkanının yetkilerini artırılmış ve ona üstün bir mevki sağlanmıştır.<sup>11</sup> Cumhurbaşkanına tanınan “olağanüstü hal” (acil durum) yetkileri konusunda Anayasanın 16. maddesi oldukça dikkat çekmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasında; Cumhuriyet’in kurumları, ülkenin bağımsızlığı, milli bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesi ciddi ve ağır bir tehlikeye düştüğü ve anayasal kurumların düzenli işleyişi sekteye uğradığı takdirde Cumhurbaşkanının “resmi” (formel) olarak Başbakan, Parlamentonun iki kanadının Başkanları ve “Anayasa Konseyi” (AK) ile görüşükten sonra durumun gerektirdiği bütün önlemleri alacağı ifade edilmiş, bu maddenin 2. fıkrasında ise Cumhurbaşkanının durumdan ve aldığı önlemlerden halkı bilgilendireceği belirtilmiştir.<sup>12</sup> Görüldüğü üzere olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanı, bütün anayasal kurumların yerini almakta ve yetkileri sınırsız bir biçimde artmaktadır.<sup>13</sup>

Cumhurbaşkanının, Anayasanın 16. maddesinde öngörülen olağanüstü yetkiyi kullanabilmesi için iki temel koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, oldukça belirsiz bir şart niteliğini taşımakta olup Cumhuriyet’in kurumları, ülkenin bağımsızlığı, milli bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesinin ciddi ve ağır bir tehlikeye düşmesidir. Bu hallerin neler olduğunun açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi olanaklı olmasa da bir isyan hareketi, siyasi komplo, yabancı bir devletin “ültimatı” (kesin uyarı) vermesi, Parlamentonun mevcut bir uluslararası antlaşmayı feshetmesi veya bu antlaşmaya karşı olup iktidar geldiklerinde onu feshedeceğini bildiren parti veya partilerin seçimi kazanması, yerel isyanlar bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. İkinci koşul ise daha sınırlayıcı bir koşul olup birinci şartta belirtilen durumların, anayasal kurumların düzenli işleyişini sekteye uğratması gereğidir.<sup>14</sup>

Anayasanın 16. maddesinde sayılan bu temel koşullar dışında bağlayıcı olmayan “ikincil” (tali) nitelikte bazı koşulların da bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, yukarıda belirtildiği üzere Cumhurbaşkanının resmi olarak Başbakan, Parlamentonun iki kanadının Başkanları ve Anayasa Konseyi ile görüşükten sonra bu kararı alması ve maddenin 2. fıkrası gereği, Cumhurbaşkanının durumdan ve aldığı önlemler hakkında halkı bilgilendirmesidir. Bununla birlikte, bu ikincil koşullar yerine getirilmese bile

---

<sup>11</sup> Sarıca, s. 65.

<sup>12</sup> Fransız Anayasasının İngilizce metninden yapılan bu çeviri tarafımıza aittir.

<sup>13</sup> Sarıca, s. 70.

<sup>14</sup> Sarıca, s. 70-71.

Cumhurbaşkanının “acil durum” kararı alabilmesinin önünde hukuksal bir engel bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanının 16. madde gereğince acil durum ilan etmesinin ve bu halin gerektiği önlemleri alabilmesinin, kanımızca, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına derin yansımaları olacaktır. Bu bağlamda, Cumhurbaşkanı her şeyden önce yasama organının yerine geçmiş olacaktır. Gerçi Anayasanın 16. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, Cumhurbaşkanının böyle bir önlem aldığı takdirde Parlatentonun kendiliğinden toplanacağı ve olağanüstü hal yetkilerinin kullanılması döneminde Meclisin feshedilemeyeceği belirtilse de kanımızca söz konusu karar süresince Parlatentonun yasama görevini yerine getirebilmesi pek olası değildir. Aslında Parlatentonun bu dönemde dağıtılamamasının temel nedenini, Cumhurbaşkanının yetkilerini kötüye kullanması durumunda Meclisin onu Yüce Divana gönderebilmesi oluşturur.<sup>15</sup> Cumhurbaşkanı acil durum yetkilerini kullandığı dönemde, zaten normal dönemde yürütmenin başı olduğuna göre, yürütme yetkisini de tek başına kullanabilecektir.<sup>16</sup> Cumhurbaşkanı acil durum döneminde, yasama ve yürütme yetkisini tek başına kullandığına ve yaptığı işlemlere karşı da yargı yoluna başvurulamayacağına göre bu dönemde kanımızca ne ceza hukukuna giren suç ve cezalarda ne de cezai idari hukukunun kapsamına giren idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanabilecektir. Zira bu dönemde Cumhurbaşkanı idari suç ve cezaya yönelik kanun koysa hatta söz konusu cezayı uygulasa bile bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağına<sup>17</sup> göre koyduğu veya uyguladığı normun kanunilik ilkesi bakımından değerlendirilmesinin yapılması olanaksız hale gelecektir.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Bkz. Sarıca, s. 71.

<sup>16</sup> Ancak Cumhurbaşkanının acil durum kararını ilan ettiği dönemlerde yargı yetkisini kullanabilmesi kanımızca olanaksızdır. Bu sonuca yine Anayasanın 16. maddesinin incelenmesi sonucu ulaşmaktayız. Gerçekten de Anayasanın 16. maddesinin 3. fıkrasında, Cumhurbaşkanının anayasal kurumların görevlerini yapabilmesi doğrultusunda acil önlemleri alırken Anayasa Konseyine danışacağı ifade edilmiş, 6. (son) fıkrasında ise Anayasa Konseyinin acil durum döneminin bitiminden belirli bir müddet geçtikten sonra acil durumun koşullarının bulunup bulunmadığını ilan edeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, acil durum döneminde bile Anayasa Konseyinin çalışması sekteye uğramamakta, bu dönemle ilgili olarak Konseyin görev yapması esas kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin eşiti olan Anayasa Konseyinin bu dönemde görev yapması kabul edildiğine göre, Cumhurbaşkanının acil durum döneminde bile herhangi bir yargı yetkisini kullanamayacağı sonucuna varmak olanaklıdır.

<sup>17</sup> Zira Anayasanın 16. maddesi gereğince Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeler AK'nin ön incelemesinden geçtikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak yürürlüğe girmekte ve yargı denetimi altında bulunmamaktadır. Bkz. Jean Valine, Droit administratif, 22<sup>e</sup> édition, Éditions Dalloz, Paris 2008, s. 308.

<sup>18</sup> Günümüzde olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanına bu şekilde sınırsız bir yetki verilmesi bakımından Fransa ayrık bir durumu oluşturmaktadır. Üstelik Fransa'da

Söz, Fransız Anayasasının yürütme organına aşırı yetki vererek kanunilik ilkesini ortadan kaldıran hükümlerinden açılmışken, diğer Anayasa hükümlerinde bu tipte kurallara yer verilip verilmediğini irdelemek uygun olacaktır. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Fransız Anayasasında yürütme organına özerk düzenleme yetkisi vererek, suç ve cezada kanunilik ilkesini ortadan kaldıran oldukça fazla sayıda hüküm bulunmaktadır. Bu hükümleri sırasıyla irdelemek yerinde olacaktır.

Yürütme organına aşırı yetki vererek suç ve cezada kanunilik ilkesini bulanıklaştıran veya ortadan kaldıran hükümlerden birisini, Anayasanın 38. maddesi oluşturur. Bu maddede; hükümetin, programını yürütebilmek için geçici süreliğine normal olarak kanuna konu olan önlemlerin “kararname” (ordonnance) ile yapılması için Parlamentodan izin isteyeceği, bu izin üzerine Danıştay’ın görüşü alındıktan sonra kararnamenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacağı, yayımlanmalarını takiben yürürlüğe gireceği, kararname için verilen iznin yetki kanunu tasarısı haline getirilerek kararname çıkartma süresi bitmeden önce Parlamenteoya sunulmazsa geçersiz hale geleceği, Parlamenteonun yetki kanununu açıkça onaylaması gerektiği, kanun konusu olan alanda yapılacak kararnamenin çıkartma süresi bittikten sonra ancak kanunla değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasanın 38. maddesindeki koşullara uyan bir kararname ile geçici bir süre olsa bile idari suç ve ceza konulabilecektir ki bu durumun “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesine<sup>19</sup> aykırılık oluşturduğu ortadadır.

---

Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullandığı dönemler de bulunmuştur. Gerçekten de örneğin Cumhurbaşkanı de Gaulle Nisan 1961 ile Eylül 1961 tarihleri arasında bu yetkiyi kullanmıştır. Fransız Cumhurbaşkanına verilen bu kadar aşırı yetkilerin örneklerine diğer çağcıl ülkelerde rastlanılmamasına karşın, tarihte bazı örnekleri bulunmaktadır. Gerçekten de Rus çarları ile Roma Devletinde fevkalade hallerde diktatörler böyle aşırı yetkilere sahip olmuşlardır. Krş. Sarica, s. 71. Bununla birlikte tarihte çar ve diktatörlerin böyle yetkiye sahip olmasının Fransız Cumhurbaşkanına bu şekilde olağanüstü yetki verilmesini haklı çıkarmayacağı konusunda Fransız öğretisi neredeyse oйдаşı içerisinde bulunmaktadır. Örneğin Fransız öğretisinden DoyenVedel, Anayasanın 16. maddesinin, Fransız Cumhurbaşkanına diktatör olma yetkisi sağladığını ifade etmiş, (nak.Jean,WalineDroitadministratif, 22e édition, ÉditionsDalloz, Paris 2008.s. 308) Waline ise aynı yerde Vedel’e katılarak bu madde gereği Cumhurbaşkanının yargı yetkisi dışında her şeye yetkili olduğunu, bu çerçevede Cumhurbaşkanının hem genel hem de birel işlem yapabileceğini ifade ederek durumun vahametini ortaya koymuştur. Waline, Anayasanın 16. maddesi gereği Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemlerin devletin normal işlevini sağlama doğrultusunda olması gerektiğini de eklemiştir.

<sup>19</sup> Suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerini “kanunun tekelliliği”, “kanunun açıklığı” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkeleri oluşturmaktadır. Kanunun tekelliliği alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 26-76.

Aslında Anayasanın 16. ve 38. maddesi, Fransa'yı kolaylıkla diktatörlük yönetimine çevirici hükümler içermesinden dolayı oldukça tehlikelidir. Gerçekten de Sarıca'nın belirttiği üzere, parlamentonun işlemediği veya gölgede kaldığı rejimler, o ülkede liberal özgürlüklerden bir süre bahsedilse bile diktatörlük olduğundan<sup>20</sup> bu vargının özellikle Anayasanın 16 ve 38. maddeleri bağlamında, Fransa açısından bir hayli geçerli olduğu açıktır.

Yürütme organına aşırı yetki vererek suç ve ceza, özellikle idari suç ve cezada kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir başka durumu, Anayasanın 21. maddesi oluşturur. Gerçekten de Anayasanın 21. maddesinin 1. fıkrasında, Başbakanın hükümetin faaliyetlerini yöneteceği, ulusal savunmadan sorumlu olduğu, yasaların yürütülmesini sağlayacağı ve belirli koşullara bağlı olarak<sup>21</sup> düzenleme yapmaya yetkili olduğu ve sivil ile askeri makamlara atama yapacağı ifade edilmiştir. İşte Fransız kamu hukuku öğretisi, bu hükümden hareketle, İdarenin özerk düzenleme yetkisi dışında kanunların yürütülmesini sağlamak bağlamında da düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hatta Fransız Anayasa Konseyi (AK),17.1.1989 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Anayasanın 21. maddesinde başbakana verilen yetki ve görevlerin, yasa ile başbakan dışındaki idari mercilere o kanunu yürütmek için düzenleme yetkisi tanınmasına engel olmadığını belirtmiştir.<sup>22</sup>

Anayasanın 21. maddesinin 1. fıkrasında verilen yetkiye dayalı olarak Fransız başbakanlarının idari suç ve ceza kuralı koyması uygulamasına rastlanılmıştır. Örneğin Fransız Başbakanı bu fıkra da belirtilen yetkiyi dayanak olarak alıp 28 Haziran 1973 tarihinde bir kararname çıkartmış, kararnameyle motosiklet sürücülerinin kask, araba sürücülerinin ise emniyet kemeri takmasını zorunlu kılmıştır. Fransız Yargıtay'ı 20 Mart 1980 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, söz konusu kararnamenin kanunilik ilkesine uygun olduğunu belirtmiş, Danıştay ise 22 Ocak 1982 tarihinde vermiş olduğu kararda, hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yaparak söz konusu kararnamenin kazalarda ölüm ve yaralanmaları azalttığı için uygun olduğu sonucuna varmıştır.<sup>23</sup> Fransız Yargıtay'ı ve Danıştay'ının bu kararlarına katılabilmek olanaksızdır. Zira Başbakan söz konusu kararnameyle idari suç ve ceza koyarak kanunilik ilkesinin "kanunun tekerciliği" alt ilkesine aykırı davrandığı gibi ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacak olan Anayasanın 34. maddesine de aykırı davranmıştır.

Yürütme organına aşırı yetki sağlayarak suç ve ceza ve bu arada idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir diğer durumu,

---

<sup>20</sup> Sarıca, s. 95.

<sup>21</sup> Anayasanın 13. maddesindeki koşullara bağlı olarak.

<sup>22</sup> Öztürk, s. 103.

<sup>23</sup> André de Laubadère, Jean-Clade Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité De Droit Administratif* Tome 1, 12<sup>e</sup> Edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992, s. 709.



Anayasanın 36. maddesi oluşturmaktadır.<sup>24</sup> Anayasanın bu maddesinde “sıkıyönetim” (l'état de siège) kararının Bakanlar Kurulu tarafından verileceği ve 12 günden sonraki uzatma durumlarının yalnızca Parlamento tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Fransa'da sıkıyönetim ilan edilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu bağlamda sıkıyönetimin ilanı ile sivil yetkililerin görevlerinin askeri makamlara geçtiğini, polis yetkilerinin artırıldığını ve devlete karşı işlenen suçlarda yetkili olan ceza mahkemelerinin görevlerinin askeri mahkemelere geçtiğini belirtmek gerekir.<sup>25</sup> Özellikle ilk iki sonucun idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine önemli darbeler vuracağı ortadadır.

Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir başka durumu, “olağanüstü hal” (l'état d'urgence) olarak betimlemek olanaklıdır. Fransa'da olağanüstü hal kararında da az önce bahsedilen sıkıyönetim durumunda uygulanan esaslar uygulanmaktadır.<sup>26</sup> Danıştay özellikle 1985 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda sıkıyönetim ve olağanüstü hal döneminde yapılan işlemlerin sınırlı bir şekilde yargı denetimine tabi olacağını belirtmiştir.<sup>27</sup> Ayrıca Fransa'da, sıkıyönetim ve olağanüstü halde, polis yetkileri çoğalmakta ve mahkeme kararına gerek olmaksızın idari otoriteler, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmektedir.<sup>28</sup> Hatta bu dönemlerde Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarıyla, polis yasal dayanak olmaksızın bile bazı idari cezaları uygulayabileceği esası benimsenmiştir.<sup>29</sup> Fransa'da sıkıyönetim ve olağanüstü dönemlerde yargı denetiminin hafifletilmesi veya yasal dayanak olmaksızın polis idari yaptırım ve bu arada idari ceza verebilmesinin kanunilik ilkesini büyük ölçüde tahrip edeceği açıktır.

Bu ayrık durumlar dışında, Fransa'da, hiçbir zaman yürütme organına özerk bir şekilde ceza verme yetkisinin tanınmadığını belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle, Fransız Parlamentosu, çeşitli iktisadi, siyasi, idari ve ekonomik nedenlerle yürütme organlarına düzenleme yapma, bir başka deyişle idari suç koyma yetkisi vermişler, ancak o fiillerin cezalarını her zaman bizzat kendisi

---

<sup>24</sup> Anayasanın 35. maddesinde ise “savaş ilanı” durumu düzenlenmektedir. Savaş ilanı kararının verildiği durumlarda idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi doğası gereği ortadan kaldırıldığı için bu konu üzerinde ayrıca durulması gereksizdir.

<sup>25</sup> Waline, , s. 309, de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 721.

<sup>26</sup> Bununla birlikte olağanüstü halin ilanı ve uzatılması konusunda tek yetkili makamı, Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır. Bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 722.

<sup>27</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Waline, s. 309-312.

<sup>28</sup> de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 720. Yazarlar burada İkinci Dünya Savaşı'nın yapıldığı 1939 ila 1945 yılları ile Cezayir Savaşı'nın olduğu 1957-1958 yılları arasında polis, kişi hak ve özgürlüklerini önemli ölçüde sınırlandırdığını ifade etmektedirler.

<sup>29</sup> Fazla bilgi için bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 723. Bununla birlikte, yargısal içtihatlarla olağanüstü hal ve sıkıyönetim döneminde yapılacak işlemler ve bu arada idari suç ve ceza işlemlerinin “ölçülülük” ilkesine uygun olması gerektiği aranmıştır. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Waline, s. 312 vd.



saptamıştır. Fransa'da yürütme organından kastedilen hususun, bakanlıklar, valilik, belediye başkanlığı,<sup>30</sup> askeri makamlar ve diğer kamu kuruluşlarının olduğunu belirtmek gerekir.<sup>31</sup>

Bu açıklamalardan sonra mevcut 4 Ekim 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasasının suç ve cezada kanunilik ilkesi hakkındaki hükümlerinin incelenmesi uygun olacaktır. Bu hükümlerden ilki Anayasanın Başlangıç kısmıdır. Anayasanın Başlangıç kısmında 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine ve 1946 Anayasasının Başlangıç Kısımına yollama yapılmıştır. 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 8. maddesinde,<sup>32</sup> suç ve cezada kanunilik ilkesi açıkça benimsemiştir. İşte 1958 Anayasası, söz konusu bildirmeyle bir bağ kurmuştur. Gerçekten de bu anayasanın Başlangıç kısmının, gerek 1789 ilkelerine gerekse bu ilkeleri tamamlayan ve bir kez daha yineleyen 1946 Anayasasının Başlangıç bölümüne gönderme yapmak yoluyla aynı ilkeleri koruyucu nitelikte bir işlev üstlendiğini belirtmek gerekir.<sup>33</sup>

1958 Anayasasının Başlangıç kısmında, yalnızca 1789 Bildirgesinde belirtilen "insan hakları ve ulusal egemenlik" ilkelerine yollama yapılmıştır.<sup>34</sup> 1789 Bildirgesinin tümünün veya yalnızca yollama yapılan kısmının pozitif

---

<sup>30</sup> Ancak burada şu hususu hemen ifade etmek gerekir ki Fransa'da yerel yönetim organları hiç bir şekilde idari ceza koymaya yetkili değildir. Zira Anayasanın 34. maddesi ile 72. maddesi böyle bir duruma olanak vermemektedir. Bkz. Frank Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 147.

<sup>31</sup> Doğan Soyaslan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara 1990, s. 54.

<sup>32</sup> Bu madde hükmü şu şekildedir: "Kanunun ancak ciddi ve açık bir şekilde gerekli cezalar koyması lazımdır. Bir kimse, ancak suçun işlenmesinden önce kabul edilerek yürürlüğe giren ve usulüne uygun bir şekilde uygulanan bir kanun uyarınca cezalandırılır." Bkz. Aydoğan Özman, İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu, Ankara 1967, s. 11-12.

<sup>33</sup> Francois-Gentot Gazier, Bruno Michel-Genevois, 1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat Kararlarına Etkisi (Çeviren Celal Erkut), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989, s. 89. 1946 Anayasasının "Başlangıç" kısmının ilk paragrafı şu şekildedir: "Hür milletlerin beşer kişiliğini kendilerine teslim etmeye ve itibardan düşürmeye kalkışmış olan rejimlere karşı kazandıkları Zafer ertesinde Fransız Ulusu her insanın ırk, din ve inanca farkı gözetilmeksizin devredilmez ve kutsal haklara sahip olduğunu yeniden ilan eder. 1789 tarihli haklar demecinde yazılı insan ve yurttaş hak ve özgürlükleri ile Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış bulunan ana prensipleri resmen teyit eder." 1946 tarihli Fransa Cumhuriyet Anayasasının Türkçe tam metni için bkz. Bülent Nuri Esen, Fransa Cumhuriyeti Anayasası, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, 1948, s. 1-17.

<sup>34</sup> 1958 Anayasasının Başlangıç kısmının ilk paragrafının son hali şu şekildedir: "Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan insan haklarına ve milli egemenlik ilkelerine, aynı şekilde 2004 Çevre Şartında belirtilen hak ve ödevlere bağlılığını ihtişamla ilan eder". Bkz. ([https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR \(4.10.1958\).pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR%20(4.10.1958).pdf), Erişim Tarihi, 30.3.2012). 1.3.2017 tarihi itibarıyla TBMM'nin internet sitesinden ülke anayasalarına ulaşılabilir.

Anayasa metni<sup>35</sup> olduğu konusunda AK'nin açık bir içtihadı bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide kimi yazarlar, Konseyin yalnızca 1958 Anayasasının Bildirgeye yollama yaptığı ilkeleri benimsediğini ileri sürmüş, buna karşın, öğretide baskın olan diğer yazarlar ise Konseyin salt yollama yapılan ilkeleri değil, Bildirgenin tümünün<sup>36</sup> Anayasa metnine dâhil olduğunu savunmuşlardır. Bacot'un belirttiği üzere, öğretide baskın olan görüş daha doğrudur. Çünkü 1958 Anayasası ve 1958 Anayasasının salt Başlangıç kısmına yollama yaptığı 1946 Anayasası, 1789 Bildirgesini bütünüyle onaylamakta ve onu tamamlama durumunda kalırlarsa bunu Bildirgeyi yapanların görüşüne uygun olarak ve oradaki ilkeleri değiştirmeden yapmaktadırlar.<sup>37</sup>

Aslında 1789 Bildirgesi, onu hazırlayanların iradesine uygun olarak dokunulmaz, tartışılmaz ve değişmez bir nitelik taşıması gerekirken, AK vermiş olduğu dolaylı nitelikteki kararlarla onu bütünüyle koşullara ve takdire bağlı bir konuma getirmiştir.<sup>38</sup> Örneğin AK, 28 Kasım 1973 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; Anayasanın Başlangıcının 34. maddesinin 3 ve 5. fıkraları ile 66. madde hükümlerinin bir arada değerlendirmesi sonucunda, kabahatler ile özgürlüğü bağlayıcı önlemlere yer vermemek kaydıyla bunlara uygulanacak cezanın belirlenmesinin, yürütmenin düzenleme yetkisi içerisinde olduğunu belirtmiştir. Daha açık bir deyişle, bu içtihadında AK, Anayasanın 34. maddesinin 5. fıkrasında; yalnızca cürüm ve cünhaların düzenlendiğini, bunun dışında kalan kabahatlerin ise kanun ile düzenlenecek alan dışında kaldığını kabul etmiştir.<sup>39</sup> Bununla birlikte, Bacot'un isabetli olarak belirttiği üzere Konseyin bu içtihadı bütünüyle hatalıdır. Gerçekten de Konseyin doğru bir sonuca varabilmesi için ya Anayasanın 34. maddesinin, Bildirgenin bütün cezaların kanun ile düzenlenmesini öngören 8. maddesine aykırı olabileceğini, ancak Anayasa tarafından düzenlenen özel hükmün, Bildirgenin genel hükmü karşısında üstün tutulmasını kabul etmesi gerekirdi<sup>40</sup> veya 1789 Bildirgesinin kurucularının Anayasanın Bildirgeye aykırı olmasını yasaklayan görüşüne uyararak Anayasanın 34. maddesinin herhangi bir değer taşımadığı kanısına varması gerekiyordu veya 1958 Anayasasının söz konusu maddesinde belirtilen "cürüm" ve "cünha" ibaresini en geniş anlamda kabul ederek her türlü suç ve

<sup>35</sup> 1958 Anayasasının tartışmaları sırasında bir görüş, 1789 Bildirgesinin "anayasal değer" taşıdığı görüşünü savunmuş, diğer bir görüş ise "anayasanın altında değer" taşıdığı görüşünü öne sürmüştür. Birincisi görüşü savunanlar, gelecekte yapılacak bir anayasa değişikliği ile Bildirgenin değiştirilebileceğini ya da ortadan kaldırılabilirliğini ileri sürerken, ikinci görüşü benimseyenler, aynı işin olağan yasama sürecinde de yapılabileceğini öne sürmüşlerdir. Bkz. Guillaume Bacot, 1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası (Çeviren; Süheyl Batum), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989, s. 12.

<sup>36</sup> Ve bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği Bildirgenin 8. maddesini.

<sup>37</sup> Fazla bilgi için bkz. Bacot, s. 11.

<sup>38</sup> Fazla bilgi için bkz. Bacot, s. 12 vd.

<sup>39</sup> Bacot, s. 13.

<sup>40</sup> Özel kanun genel kanuna tercih edilir, Latince bir deyişle "lexspecialiageneralibusderogat".

cezada kanunilik ilkesinin uygulanacağını kabul ederek, en azından, Bildirgenin 8. maddesi ile uyumlu bir şekilde yorumlaması gerekirdi.<sup>41</sup>

1958 Anayasasının kanunilik ile ilgili bir başka hükmünü, Anayasanın 34. maddesi ile 37. maddesi oluşturmaktadır. Suç ve cezada, bu arada, idari suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından yaşamsal bir önem taşıyan ve kanun ile düzenleyici işlemler arasındaki sınırı somut bir şekilde gösteren bu maddeler üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak yerinde olacaktır. Anayasanın 34. maddesi, kanunla düzenlenecek alanı, düzenlemenin yoğunluğu bakımından ikili bir ayrım ile göstermiştir. Daha açık bir deyişle, bu maddenin ilk fıkrasında kanunla düzenlenecek alanlar sıralanmış, ikinci fıkrasında ise belirtilen alanlarda kanunun “temel ilkeleri” (basicprincipes) saptayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda maddenin 1. fıkrasının 3. bendine göre “ağır suçlar” (cürümler) ve “diğer temel suçlar” (cünha) ile bunların cezalarına ilişkin kurallar kanunla konulacaktır.<sup>42</sup> Anayasanın 34. maddesinin bu bent hükmünden, idari suç ve cezanın kanun konusu olup olmadığı hususunda öğreti açık bir sonuç çıkartmamaktadır.<sup>43</sup>

Bununla birlikte, Fransız yargı organları, Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bent hükmünden, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı sonucuna varmaktadırlar.<sup>44</sup> Bu bağlamda Danıştay’ın 16 Ocak 1981 tarihinde karara bağladığı Sté. Varoise de transports davasında Hükümet Komiseri; yalnızca ceza mahkemesi veya onun denetimi altında verilen cezaların Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinin kapsamı altında olduğunu belirtmiştir.<sup>45</sup>

AK ise 23 Eylül 1987 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; Anayasanın 34. maddesi gereği, cürüm ve cünha niteliğindeki çok ciddi suçları saptamak ile suçun ağırlığını belirlemede yalnızca yasama organının yetkili olduğunu belirtmiştir. Konsey bu kararında, trafik suçlarında en üst cezayı yasama organının saptayacağını, bu sınırlar içerisinde düzenleme yapma yetkisinin İdareye ait olduğunu, bir sınır saptanmadan İdarenin düzenleme yetkisinin bulunmayacağını ifade etmiştir.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Bacot, s. 13.

<sup>42</sup> Bu hüküm T.B.M.M.’nin yeni anayasalarla ilgili çevirisinde; “cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar şeklinde” öngörülmüştür. Bu çeviri, Fransız Ceza Kanununun suçları; cürüm, cünha ve kabahat şeklinde yapmış olduğu üçlü tasnifi dikkate almadığı için hatalıdır.

<sup>43</sup> Bkz. Moderne, s. 204.

<sup>44</sup> Ancak 34. maddenin söz konusu bendinin anlamının, yüksek yargı organları tarafından tam olarak açıklığa kavuşturulmadığını belirtmek gerekir. Fazla bilgi için bkz. Mireille Marty Delmas ve Catherine Colly Teitgen, Punirsansjuger, Economica, Paris 1992, s. 65 vd.

<sup>45</sup> Delmas ve Teitgen, s. 65-66 ve dn. 1.

<sup>46</sup> Delmas ve Teitgen, s. 66 ve dn. 2.

Yasama organının algısına göre küçük kabul edilen suçları, bu bağlamda idari suçları, İdarenin tek başına düzenleyip düzenleyemeyeceği konusunda AK herhangi bir yorumda bulunmamıştır. Aslında idari suç ve cezaların kanunilik ilkesine tabi olması esas, Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinden çıkartılmasa da bu fıkranın 1. bendinden çıkartılabilmesi olanaklıdır. Zira Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde, medeni haklar ile kamusal özgürlüklerin kullanabilmeleri için yurttaşlara tanınan temel güvencelerin kanun tarafından düzenleneceği ifade edilmiştir. Kısacası kişi özgürlükleriyle ilgili konularda İdarenin düzenleme yetkisi bulunmamakta, bu yetki salt yasama organının tekelinde bulunmaktadır. Uygulanan her idari ceza yurttaşın özgürlüğünü ihlal ettiğine göre Anayasanın bu hükmü gereği idari suç ve cezanın bütünüyle kanunilik ilkesine uygun olması gereği açıktır. Ancak AK bu konuda sessiz<sup>47</sup> kalmaktadır.<sup>48</sup>

Anayasanın 37. maddesinde ise kanunla düzenlenecek konular dışındaki hususların yürütmenin düzenleyici işlemleriyle yapılacağı belirtilmiştir. Daha

<sup>47</sup> İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere AK, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Anayasanın belirli bir maddesine dayanmak yerine "hukukun genel ilkeleri" kavramına dayanmaktadır. İlk defa Fransız Danıştay'ı tarafından uygulamaya geçirilen "hukukun genel ilkeleri" kuramının (Fazla bilgi için bkz. Gazier ve Bruno, s. 86 vd.) gereklerinden birisini de suç ve cezada kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. İşte 1958 Fransız Anayasası kısa bir Başlangıç Kısmı çerçevesinde, gerek 1789 Bildirgesi ilkelerine (anımsanacağı üzere Bildirgenin 8. maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenmekteydi) gerekse bu ilkeleri tamamlayan ve bir defa daha yenileyen 1946 Anayasasının Başlangıç Kısmına gönderme yapmak suretiyle söz konusu ilkeleri koruyucu bir işlev üstlenmiştir. Bunun ötesinde, 1958 Anayasasıyla hukukun genel ilkeleri bakımından iki temel yenilik öngörmüştür. Bunlardan ilki, "hukukun genel ilkelerinin kanunlara özgü değerlendirme alanı içerisine alınması", ikincisi ise AK'nin denetim kapsamının yalnızca Anayasanın organik maddeleri ile sınırlandırma esasının kaldırılması, bunun yanında, "hukukun genel prensiplerine uygunluk denetimi" de yapabileceği esasının benimsenmesidir. 1958 Anayasasında getirilen bu yeniliklerle birlikte, "hukukun genel ilkeleri" kuramının hukuksal içeriğinin ne olduğu konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle, kaynağını 1789 Bildirgesi ile 1946 ve 1958 Anayasalarının Başlangıç bölümünden alan prensipler ile 1958 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer almayan, ancak, söz konusu kısmın benimsediği ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkan hukuksal prensipler arasında "hukuksal değer" bakımından bir fark olup olmadığı tartışmanın merkezini oluşturmuştur. Bu bağlamda, ilk kategorideki prensiplerin doğrudan doğruya Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış olduğu ve günümüzün sosyal, siyasal ve ekonomik gereklerinin bir sonucu olarak Başlangıç Kısmında yer aldığı, dolayısıyla, bu ilkelerin "doğrudan doğruya uygulama yetisine sahip oldukları" esas kabul edilmiş, diğer yandan, öğretinin bir kısmı ve 16 Temmuz 1971 tarihli kararından sonra da Anayasa Konseyi tarafından söz konusu ilkelerin "anayasal değer" taşıdıkları görüşü benimsenmiştir. Gazier ve Bruno, s. 89-90 ve dn. 25. Bununla birlikte, Fransız Danıştay'ı (Conseil d'Etat), genel hukuk ilkelerine kural olarak yasal bir statü vermiştir. Daha açık bir deyişle, Fransız Danıştay'ı, 12 Şubat 1960 tarihli "Société Eky" davasında birinci kategorideki hukukun genel ilkelerine anayasal bir değer tanıırken, geleneksel bir şekilde her iki kategori bakımından hukukun genel ilkelerine "yasal değer taşıyan prensipler" statüsünü vermiştir. Bkz. Gazier ve Bruno, s. 90 ve dn. 26.

<sup>48</sup> Delmas ve Teitgen, s. 66-67, Waline, s. 404.

açık bir deyişle maddede, kanunun kapsamına girmeyen diğer konuların tüzük niteliğinde olacağı, bu konulara ilişkin bir alanın kanun tarafından düzenlenmesi durumunda “Danıştay” (Conseild’État) ile görüşülerek o kanunun kararnameyle değiştirilebileceği, yine, Anayasa yürürlüğe girdikten sonra Anayasa Konseyi tarafından “düzenleme alanı” (tüzük) olduğu ifade edilen kanunların “kararname” (décrète) ile değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede, Anayasanın 34. maddesinde belirtilen hususlar dışında kalan alanlarda Parlatentonun kanun yapması esası kabul edilmemiştir. Bu bağlamda Anayasanın bu maddesi, düzenleme alanı bakımından İdarenin düzenleyici işlemlerinin asıl, buna karşın, yasama işlemlerinin ayrıksı olduğunu belirtmiştir.<sup>49</sup> Bundan başka, Anayasanın 37. maddesinin 2. fıkrası, Parlatentonun, İdarenin düzenleme alanına tecavüz ettiği durumlarda Anayasa Konseyinin buna engel olmasını da öngörmüştür.<sup>50</sup>

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Fransa’da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini doğrudan düzenleyen anayasal bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>51</sup> Bunun gibi ülkede idari suç ve ceza konusu düzenleyen genel nitelikli bir kanun da bulunmamaktadır.<sup>52</sup> Bu yüzden idari yargı organları; özellikle “Danıştay” (Conseild’Etat, CE) ile “Anayasa Konseyi, AK” (Conseilconstitutionnel, CC) tarafından söz konusu suç ve cezalara uygulanacak ilkeler, genel hukuk ilkeleri kuramının yardımıyla belirlenmektedir.<sup>53</sup> Bu açıklamalardan sonra ilk olarak, Fransa’da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik konusunun irdelenmesi yerinde olacaktır.

---

<sup>49</sup> Nitekim bu yüzden Mantovani Fransız Anayasanın 37. maddesiyle yürütmeye özerk bir düzenleme yetkisi verildiği için Fransa’da “nullumcrimennullapoena sine lege” ilkesinin mutlak bir şekilde uygulandığının hiçbir şekilde savunulamayacağını, bu ülkede söz konusu ilkenin, sınırlı bir şekilde uygulandığını haklı olarak belirtmiştir. FerrandoMantovani, *DirittoPenaleParte generale*, V edizione, Casa EditriceDott. AntonioMilani, Cedam-Padova 2007, s. 50.

<sup>50</sup> Fazla bilgi için bkz. Sarıca, s. 80 vd.

<sup>51</sup> Ayrıca Fransız Anayasasının hiçbir yerinde idari suç ve ceza konusunda da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>52</sup> Böyle bir kanunun bulunmamasından Fransız Danıştay’ı rahatsız gözükmemektedir. Gerçekten de Fransız Danıştay’ının 6 Şubat 1981 tarihli kararında; idari cezaların çok geniş konuları kapsadığı için onlar hakkında genel bir kural koymanın güç olduğu ifade edilmiştir. Bkz. MatthiasGuyomar, *La Compétencedupouvoirréglementaireautonomepourretirerunecarteprofessionnelle à titre de sanction*, RFDA, Septembre-October 2004, s. 915.

<sup>53</sup> Krş. Delmas ve Teitgen, s. 12.

## II. FRANSA'DA HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

### A. GENEL OLARAK

Fransa'da yakın yıllara kadar "halka yönelik idari suç ve ceza" kavramı pek fazla gelişmemiştir. Bunun temel nedenini, kanımızca, 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesi<sup>54</sup> oluşturmuştur. Gerçekten de bu bildirgenin 16. maddesinde "erkler ayrılığı" kavramına özel bir vurgu yapılmış ve bu ayrıma sahip olmayan devletlerin anayasaya sahip olamayacağı belirtilmiş, bu maddenin gereği olarak da kişi hak ve özgürlüklerinin yasama organı ile bağımsız ve nesnel yargı tarafından korunacağı anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayışın etkisiyle Fransa'da hiçbir zaman idari suç ve ceza, ceza hukuku suç ve cezasına karşı bir üstünlük kazanamamıştır.<sup>55</sup> Nitekim günümüzde bile başka ülkelerde idari ceza olarak kabul edilen hafif suçlar ile polis kurallarının ihlali, Fransa'da ceza hukuku (kabahat) cezası olarak kabul edilmektedir.<sup>56</sup> Bu bağlamda, esenlik, güvenlik ve sağlık için öngörülen kurallara aykırılık hallerinde öngörülen yaptırımlar, ceza hukukuna ait bulunmakta, idari cezalar daha çok vergisel veya mali düzen ile özel bir takım düzenlere (örneğin, çevre ve imar gibi) aykırılık halinde öngörülmektedir. Ayrıca bu ülkede, İdareye duyulan güvensizlik nedeniyle bazı idari cezaların, idare mahkemesi yargıcı tarafından verilmesi esası da benimsenmiştir. Bununla birlikte ülkede idari cezanın özellikle son yıllarda sürekli bir gelişim ve büyüme gösterdiğini<sup>57</sup> belirtmek gerekir.<sup>58</sup>

İdari suç ve cezanın Fransa'da son yıllarda gelişmenin altında yatan temel nedeni, AK'nin 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren regülatif idari suç

<sup>54</sup> Bu maddede hakların güvence altına alınmadığı ve erkler ayrılığının kabul edilmediği bir toplumda Anayasanın bulunmadığı ifade edilmiştir. Krş. Özman, s. 13. Özman burada "anayasa" yerine "kuruluş" ibaresini kullanmaktadır ki bunu isabetli olarak kabul edememekteyiz.

<sup>55</sup> Krş. Moderne, s. 26.

<sup>56</sup> Ancak Vichy Hükümeti döneminde Fransa'da idari cezaya yaygın bir şekilde başvurulmuş, hatta siyasal güdülerle yaygın bir şekilde idari tutuklamaya girilmiştir. Bu dönemde idari cezanın uygulanması konusunda bkz. Moderne, s. 28-29.

<sup>57</sup> Fransa'da önceleri idari ceza çok az kullanılırken Chapus'un deyişiyle son yıllarda moda haline gelmiştir. RenéChapus, Droitadministratifgénéral Tome 1, 15<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 1172. Daha açık bir deyişle, bu ülkede önceleri söz konusu cezaları sıklıkla üniversiteler verirdi. Son yıllarda Fransa'da "Bağımsız İdari Otorite" (BIO) yoluyla verilen idari cezalar oldukça yaygınlaşmıştır. Üstelik BIO'lar tarafından verilen oldukça ağır idari para cezalarının verilebileceği esası yargı organları tarafından hukuksal temellere oturtulmuştur. Bunların yanında, Fransa'da bakanlıkların da "idari para ceza" (amendesadministratives) verme yetkileri bulunmaktadır.Bkz. Waline, s. 404.Bütün bu gelişmelere ve idari cezaya olan mutlak gereksinime rağmen söz konusu ceza verilirken İdarenin hem taraf hem de yargıç olması yüzünden onun meşruiyetinin Fransa'da yoğun bir şekilde sorgulandığını belirtmek gerekir.Fazla bilgi için bkz. Waline, s. 402, 405.

<sup>58</sup> Moderne, s. 26-27.

ve cezalara yeşil ışık yakması oluşturur. Aslında AK'nin regülatif idari suç ve cezalara yeşil ışık yakmasını son derece doğal karşılamak gerekir. Zira tüm çağcıl ülkelerde olduğu gibi Fransa'da da BİO'lar Amerikan örneğine uygun olarak kurulduğu ve kendilerinin çıkarmış olduğu normlara aykırı davrananlara ceza verme yetkisinden mahrum bırakılmaları sağduyuya aykırı olduğundan söz konusu cezaların anayasal açıdan sorun doğurması pek olanaklı gözükmemektedir.<sup>59</sup> Bu açıdan regülatif idari suç ve cezanın AK bağlamında kısaca tarihçesinin incelenmesi faydalı olacaktır.

AK, günümüzde, İdarenin ceza verme yetkisini tanımış olsa da bu konuda başta oldukça ürkek davranmıştır. AK'nin bu ürkekliğinin altında yatan çeşitli nedenler bulunmaktadır.<sup>60</sup> Bunlardan ilkinin, az önce üzerinde durulduğu üzere 1789 Bildirgesinin 16. maddesindeki "erkler ayrılığı" ilkesi oluşturmuştur. Erker ayrılığının<sup>61</sup> katı bir yorumu, yasal veya idari düzenlemeyi yapan organın kendisinin ceza verememesi esasına dayanır. Hâlbuki Fransa'da 1980'li yıllardan itibaren kamu yönetimine giren BİO'nun doğal olarak düzenleme yapması, ilgili olduğu sektörü yönlendirmesi ve kendisinin ceza verme yetkisine sahip kılınması gerekir. İşte Fransa'da 1980'li yıllardan itibaren kurulan BİO'lar yoluyla idari ceza veren bir yargının ortaya çıktığı belirtilmiş ve bu durumun kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle regülatif idari otoritelerin<sup>62</sup>, kısacası BİO'ların ceza verme yetkisine sahip olmasının

---

<sup>59</sup> Moderne, s. 145.

<sup>60</sup> AK'nin bu ürkekliğinin altında yatan nedenleri, Anayasasının 66. maddesi ile 1789 Bildirgesinin erker ayrılığını belirten 16. maddesi ile 8. maddesi oluşturur. Gerçekten de 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasasının 66. maddesinde yargının bireysel özgürlüklerin koruyucu olduğu ifade edilmiş ve 1789 Bildirgesinin 8. maddesinde ise yukarıda belirtildiği üzere cezaların yalnızca kanunla konulabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Fransa'da cezalar ya mahkemeler tarafından verilmekte ya da İdare tarafından verildiği durumlarda mahkemenin denetimine tabi olmaktadır. İdareye veya mahkeme dışındaki bir organa, somut olarak bağımsız bir idari otoriteye, yaptırım uygulama yetkisini vermek, bireysel özgürlüklerin tek taraflı olarak nasıl etkilenebileceğine ilişkin geleneksel kavramlarla çatışmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere, AK, 1980'li yılların sonlarına doğru vermiş olduğu çeşitli kararlarında, bağımsız bir idari otoritenin para cezası verme ve ruhsatları iptal etmesine, onun, ancak kanunun sınırları içerisinde faaliyet göstermesi durumunda izin verilebileceğine hükmetmiştir. Krş. John Bell, Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler (Çeviren; Cemil Kaya), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Yayına Hazırlayan Hakan Pekcanitez, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 407-408.

<sup>61</sup> Erker ayrılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Erker Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 29-76.

<sup>62</sup> Söz regülatif idari otoritelerden açılmışken hemen şu husus belirtmek gerekir ki Fransa'da BİO'lar çok farklı alanlarda kurulmasına rağmen onları temel olarak üç kategoriye indirgemek olanaklıdır. Bunlardan ilkinin, temel haklar, ikincisini, ekonomik veya mali, sonuncusunu ise İdarenin tasarruflarının yine kendisi tarafından belirlenmesi gereken alanlarda kurulan BİO'lar olarak tasnif etmek olanaklıdır. Bu ülkede BİO'lar (örneğin Rekabet Konseyi) çok yüksek miktarlarda para cezası vermeye yetkili kılındığı gibi mesleğin yasaklanması, iznin iptali gibi para cezası dışında değişik idari cezalar vermeye de yetkili bulunmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Moderne, s. 143.



anayasal ilkelere aykırı olduğu savında bulunularak konu çeşitli defalar konu AK'nin önüne taşınmıştır.<sup>63</sup>

Bu bağlamda AK, 30 Aralık 1982 tarih ve 82-155 sayılı kararında, yasa koyucunun yargı dışı organlara idari ceza verme yetkisi tanıyamayacağı görüşünü savunmuştur. AK, 10-11 Aralık 1984 tarih ve 84-181 sayılı kararında ise idari cezaya karşı daha sert bir tutum takınarak, 1789 Bildirgesinin 11. maddesinde<sup>64</sup> belirtilen hak ve özgürlük kötüye kullanılsa bile gazete şirketlerine idari ceza uygulanamayacağını belirtmiştir.<sup>65</sup>

AK'nin 1982 ve 1984 yıllarında vermiş olduğu bu kararlar öğretide farklı şekillerde yorumlanmıştır. Kimi yazarlar, bu kararlarla bütün idari nitelikte mali cezalar ile diğer idari cezaların yasaklandığı sonucuna varmış,<sup>66</sup> kimileri ise bu kararların sadece olaylara özgü olduğunu, ancak hiçbir zaman sansür niteliğinde idari ceza olamayacağını, bununla birlikte, başka alanlarda söz konusu cezaların olabileceğini ve bunların Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>67</sup> Delmas ve Teitgen'in isabetli olarak belirttikleri üzere aslında AK'nin özellikle 1984 yılında vermiş olduğu söz konusu karar, idari cezanın anayasal temelinin bulunup bulunmadığını değil, basın özgürlüğünü kısıtlayan sansür veya sansüre eşdeğer nitelikte idari cezaların verilebilmesinin olanaksız olduğu yönünde verilmiş bir karardır.<sup>68</sup>

AK'nin 1982 ve 1984 yıllarında vermiş olduğu bu kararlar, yasa koyucu ile Danıştay'ın depenalizasyon<sup>69</sup> lehindeki eğilimlerine aykırı düşmekteydi. Nitekim bu durumun farkına varan AK, 17 Ocak 1989<sup>70</sup> ve 28 Temmuz 1989

<sup>63</sup> Moderne, s. 145, Delmas ve Teitgen, s. 30.

<sup>64</sup> 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 11. maddesinde; düşünce ve fikirlerin serbest bir şekilde iletiminin en değerli haklardan birisini oluşturduğu, bu nedenle her yurttaşın serbestçe konuşabileceği, yazabileceği ve bunları yayımlayabileceği, ancak kanunda belirtilen hallerde bu özgürlüğün kötüye kullanılmasından sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Özman, s. 12.

<sup>65</sup> Bkz. Moderne, s. 183.

<sup>66</sup> Örneğin Sauv , AK'nin 10-11 Ocak 1984 tarihli kararında idari cezanın anayasal dayanağının olmadığı görüşünün kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz. Jean Marc Sauv , Lessanctions administratives en droit public français, AJDA, 20 octobre 2001 sp cial, s. 17-18.

<sup>67</sup> Moderne, s. 183-184 ve dn. 54.

<sup>68</sup> Delmas ve Teitgen, s. 31, 34 ve dn. 1.

<sup>69</sup> Depenalizasyon; ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalara d n st r lmesi anlamını taşır.

<sup>70</sup> AK'nin 17 Ocak 1989 tarihinde verdiği karara yol açan gelişme şu şekilde olmuştur: Fransa'da 1989 yılında çıkartılan bir kanun; G rsel-İşitsel  st Kurul'a ruhsatları durdurma ve geri alma yetkisi yanında, ayrıca bir şirkete yıllık h silatının %3' , eğer lisans anlaşmasını sürekli ihlal ediyorsa %5'ine kadar para cezası verme yetkisi tanımış, usule ve gerekçenin bildirilmesine ilişkin çok önemli güvenceler öngörmüş ve Kurulun kararları aleyhine idare mahkemelerine başvurulabileceği esasını benimsemiştir. Kurula verilen bu yetkinin anayasaya aykırı olduğu savıyla AK'ye başvurulması  zerine, AK 17 Ocak 1989 tarihinde vermiş olduğu kararda, Kurula,



tarihli kararlarında sırasıyla Görsel-İşitsel Konsey ile Borsa Komisyonuna verilen idari ceza verme yetkisinin, Bildirgenin 16. maddesinde düzenlenen erkler ayrılığı ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira Konsey'e göre söz konusu BİO'lar bakımından İdare ile idare edilenler arasında özel bir ilişki bulunmaktadır.<sup>71</sup>Daha açık bir deyişle, AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararında; Görsel-İşitsel Konsey'in BİO olduğu, onun görevini yerine getirebilmek için görev sınırları içerisinde idari ceza verebileceği, erkler ayrılığı ilkesinin idari ceza vermeye engel olmadığı ifade edilmiştir. AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında ise idari cezanın sınırları daha da genişletilerek Borsa Komisyonunun BİO olmasa bile idari ceza verebileceği, erkler ayrılığı veya başka anayasal ilkelerin idari cezayı engellemeyeceğini, görev ve yetki sınırları çerçevesinde kalmak koşuluyla kamu gücünü kullanan her organa idari ceza uygulamak yetkisinin verilebileceği, kamu gücünü kullanmak gibi ayrıcalıklı yetkilerin İdareye verilmesinde bir sakınca yoksa İdareye idari ceza verme yetkisinin tanınmasında da bir sakıncanın bulunmadığı, idari cezanın da idari işlem gibi İdarenin kullandığı bir araç olduğu ifade edilmiştir.<sup>72</sup> Bununla birlikte, AK'nin bu son kararında; idari cezanın temel olarak iki sınırının bulunduğu belirtilmiştir. Bunlardan ilkinin, idari cezayla özgürlüğü bağlayıcı cezanın verilemeyeceği, ikincisinin ise idari cezanın Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlükleri garanti altına almak için alınan önlemlere<sup>73</sup> aykırı olamayacağı hususu oluşturur.<sup>74</sup> Kısacası, AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Borsa Komisyonunun BİO olduğu, bu organının faaliyet gösterdiği konunun temel hak ve özgürlük alanı olduğu için kanun sahası olduğu, bu yüzden yasama organının gerekli sınır ve çerçeve çizmeden İdareye yetki veremeyeceği<sup>75</sup> ifade

---

lisan anlaşmasının somut ihlaline ilişkin yaptırımların, kanunlar ve kararname tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde oluşturulduğu gerekçesiyle bu yetkiye izin verilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bell, s. 408 ve dn. 6. Bu karar bağlamında AK, regülatif kurumların yaptırım uygulama yetkisinin kabulünün gerekçesini; özellikle lisans anlaşması başta olmak üzere lisans sahibinin yükümlülüklerinin önceden hukuksal olarak belirlenen çerçeve ile saptanmış olmasını, usul kurallarına uyulmasını ve kararlarına karşı mahkemede dava açma hakkının bulunmuş olması hallerine dayandırmıştır. Bkz. Bell, s. 408.

<sup>71</sup> AK'nin pek bilinmeyen 30 Aralık 1987 tarih ve 87-237 sayılı kararında ise BİO kimliği taşıyan İletişim Komisyonuna verilen mali ceza uygulama yetkisi Anayasaya uygun bulunmuştur. AK bu kararında, 1982 yılında vermiş olduğu az önce bahsedilen kararının aksine, idari mali cezanın öngörülebileceği görüşünü savunmuştur. Mahkeme, kararına gerekçe olarak da İdare ile idare edilenler arasında özel ilişkinin bulunduğu her durumda idari mali cezanın uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Moderne, s. 184-185. Bu kararın kanımızca ünlü olamamasının nedenini, AK'nin idari para cezası dışında halka yönelik idari cezanın bulunup bulunmadığı sorusunu yanıtızsız bırakması ve idari cezalar konusunda ayrıntılı bir anayasal analize girişmemesi oluşturur.

<sup>72</sup> Delmas ve Teitgen, s. 32, Krş., Moderne, s. 185.

<sup>73</sup> Aşağıda anlatılacağı üzere bu önlemlerden birisini de "suç ve cezada kanunilik" ilkesi oluşturur.

<sup>74</sup> Moderne, s. 185-186.

<sup>75</sup> AK'nin Borsa Komisyonu ile ilgili kararında, somut bir deyişle, borsada izinli faaliyet gösteren

edilmiştir.<sup>76</sup>

AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihinde vermiş olduğu bu karar, halka yönelik idari cezalar bakımından bir dönüm noktasını oluşturur. Zira bu kararla, İdarenin sadece daha önce aralarında bağ olan kişilere ceza vermesi<sup>77</sup> yanında, ilk defa olarak İdareyle aralarında bağ olmayan kişilere de İdarenin regülatif idari ceza verebileceği anlayışı anayasal bir temele kavuşturulmuştur.<sup>78</sup> Hatta bu kararıyla AK, kanun tarafından sınırlanmış ve çerçeve çizilmese bile BİO'lara geniş takdir yetkisi tanıyarak onlara ceza verme yetkisi tanıyan kanunların geçerli olduğu anlayışını benimsenmiştir.<sup>79</sup>

Bu kısımdaki açıklamaları bitirmeden önce Fransa'da ceza ve idare hukukunda geçerli olan kanunilik anlayışı ile idari cezadan ne anlaşıldığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. İdari cezanın kendisiyle en çok karıştırılan kavramı "idari tedbir" oluşturur. İdari ceza ile idari tedbir arasında ayrımı sağlayacak nitelikte ölçüt bulma çabasına giren Fransız Danıştay'ının tutumundan övgüyle söz etmek gerekir. Gerçekten de Fransız Danıştay'ı çeşitli ölçütler yardımıyla idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılabileceği yönünde bir çaba içerisine girmiştir. Danıştay'ın benimsediği ilk ölçüt, idari işlemin içeriğidir. Daha açık bir deyişle Danıştay, kimi durumlarda işlemin içeriğine bakılarak idari ceza ile idari tedbir arasında bir ayrım yapılabileceği görüşünü savunmuştur. Bu bağlamda Danıştay, 4 Kasım 1942 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, idari para cezasının doğası gereği idari ceza olduğu, çünkü bu cezanın verilmesi durumunda idari tedbirin temel ereği olan kamu düzenini koruma ereğinin bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>80</sup>

---

firmalara uygulanacak olan idari yaptırımların kanun ve düzenlemelere dayalı olmasının şart olduğu belirtilmiştir.Bkz. Moderne, s. 235.

<sup>76</sup> Moderne, s. 225.

<sup>77</sup> Az önce belirtildiği üzere AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararında, yalnızca cezanın muhatabı ile İdare arasında özel bir bağın olduğu durumlarda İdarenin ceza verebileceği esası benimsenmiştir. Üstelik bu kararda söz konusu ceza, disiplin cezası olarak adlandırılmıştır. Bkz. Sauv , s. 17.

<sup>78</sup> Delmas ve Teitgen, s. 32-33, Sauv , s. 17.Regülatif idari suç ve cezaların anayasal bir temele oturtulması bakımından yaşamsal bir önem taşısa da AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararından ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle bu karardan bir kısım yazarlar, bu karardan, kamu gücü kullanan her organının idari ceza verebileceğini, bunun salt BİO'ya özgü bir durum olmadığını, bir kısmı ise Anayasa gereği çok az kamu organının idari ceza verebileceğini, bu cezayı da ancak maddi ve usul normlarına uymak koşuluyla verebileceğini anlamışlardır.Moderne, s. 148.Bununla birlikte, bu karardan az önce belirtildiği üzere idari cezanın salt İdare ile kişi arasında özel bağ bulunan durumlarda verilebileceğinin anlaşılması, bunun yanında, söz konusu bağın bulunmadığı durumlarda da idari cezanın verilebileceğinin anlaşılması benimsenmiş görüş daha doğrudur.Bkz. Moderne, s. 160.

<sup>79</sup> Moderne, s. 144.

<sup>80</sup> Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 2.

Fransız Danıştay'ının, 30 Eylül 1960 ve 26 Temmuz 1975 tarihlerinde vermiş olduğu kararlarda ise “yaptırımın süresinin” idari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım bakımından bir ölçüt oluşturabileceği görüşü savunulmuştur. Daha açık bir deyişle Danıştay, sonul (nihai) veya ara işlemin süresinin “önceden” (apriori) olarak belirlendiği durumların prensip olarak idari ceza, buna karşın, işleminin süresinin önceden belirlenemediği durumlarda yapılan işlemin idari polis tedbiri olduğunu belirtmiştir. Zira mahkemeye göre, kamu düzeninin ne kadar süre içerisinde sağlanacağı belirli olmadığından süresi belirli olmayan işlemleri idari polis tedbiri olarak kabul etmek gerekir.<sup>81</sup>

Bunların yanında, Fransız Danıştay'ı, yasanın amacına bakılarak da idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılabileceği görüşünü benimsemiştir. Bu bağlamda Danıştay'ın, 15 Temmuz 1957 tarihinde vermiş olduğu kararında, izin veya ruhsat (lisans) verilmesinin reddedilmesinin ilke olarak idari cezayı oluşturmayacağı zira bu durumda bir yükümlülüğün ihlalinden söz edilemeyeceği, buna karşın, izin veya ruhsat (lisans) iptalinin söz konusu olduğu hallerin bir yükümlülük ihlalini gerektirdiği için ilke olarak idari cezayı oluşturacağı ifade edilmiştir.<sup>82</sup>

Fransız Danıştay'ının idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım bağlamında kilometre taşı niteliği taşıyan görüşünü, 1995 yılında yayımlanmış olduğu bir rapor oluşturmuştur. Bu raporda idari cezanın<sup>83</sup> temel olarak iki belirleyici özelliğinin bulunduğu ifade edilmiştir. İdari cezanın ilk özelliğini, bir kamu organı tarafından “kamu gücü ayrıcalığı” (prérogatives de puissancepublique) kullanılarak yapılan tek taraflı bir idari işlem olması, ikincisini ise yasal veya idari düzenlemelerin ihlalinden dolayı cezalandırma amacıyla verilen bir yaptırım niteliğioluşturur.<sup>84</sup> Bu açıklamalardan sonra (halka yönelik) idari cezalar ile idari tedbirler arasında ayrımı ortaya koyma yönünde Fransız Danıştay'ının verdiği kararlardan bazı örnekler vermek uygun olacaktır.

Danıştay, kamu sağlığına aykırı olduğu gerekçesiyle özel ilaç üreten bir eczaneye verilen iznin iptal edilmesini (25 Mayıs 1958 tarihli Soc. LaboratoiresGeigy davası), aynı gerekçeyle bir tedavi kurumunun kapatılmasını

---

<sup>81</sup> Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 3.

<sup>82</sup> Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 4.

<sup>83</sup> Fransız Danıştay'ı ve yazarlar “idari ceza” kavramını ifade etmek üzere “administrativesanction” ibaresini kullanmaktadırlar. Gerçi Fransızca “sanction” sözcüğü “yaptırım, müeyyide” anlamına geldiği gibi “ceza” anlamına da gelir. Bkz. Saraç, T. Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, İstanbul 2005, s. 1266. Ancak biz Danıştay ve yazarların “administrativesanction” ibaresini “idari ceza” anlamında kullandığını düşünüyoruz. Zira Fransızlar ceza hukukunun kapsamına giren “ceza” için “punition”, idare hukukunun kapsamına giren “ceza” için “sanction” sözcüğünü kullanmaktadırlar.

<sup>84</sup> LesPouvoirs de l'administration dans le domaine dessanctions, Conseil d'Etat, La Documentationfrançaise, Paris 1995, s. 35-36.

(27 Haziran 1982 tarihli Prat-Flottes davası), kamu düzenini korumak ereğiyle polis önlemleri bağlamında bir derneğin feshedilmesini (21 Temmuz 1970 tarihli Krivine ve Frank davası), aynı eylemlerle bir barın kapatılmasını (16 Haziran 1975 tarihli DmeCanu davası), ticari faaliyetten menini (16 Ekim 1981 tarihli Matteuci davası), pazar yerinde verilen satış izninin iptalini (9 Ekim 1994 tarihli Tigrini davası) "idari ceza" yerine "idari tedbir" olarak kabul etmiştir.<sup>85</sup>

Bu kararlarında Fransız Danıştay'ının yükümlülüğün ihlal edilip edilmemesine göre idari ceza ile idari tedbir arasında ayırım yaptığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Danıştay, bir yükümlülüğün ihlali, kusur veya ihmalin cezalandırılmasını idari ceza, kamu düzenini sağlamak veya önleyici nitelik taşıyan işlemleri ise idari tedbir olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda Danıştay, yasa ve düzenlemelere aykırı olduğu için bir barın kapatılmasını idari ceza olarak kabul ederken, kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlakı koruyabilmek için barın veya başka bir işyerinin kapatılmasını idari tedbir olarak nitelendirmiştir.<sup>86</sup> Öte yandan yine Fransız Danıştay'ının istikrar kazanmış içtihatlarıyla; kamu görevlisinin açığa alınması, rekabete aykırı davranışın durdurulması, sarhoş araba kullanılmasının önlenmesi, idari ceza olarak değil, idari tedbir olarak nitelendirilmiştir. Zira Danıştay, haklı olarak, bu tip olaylarda, mevzuattan doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmediği, sonradan telafisi olanaksız durumların önlenmesinin amaçlandığı sonucuna varmıştır.<sup>87</sup>

Fransız Danıştay'ının idari tedbir ile idari ceza arasında ayırma olanak sağlamak üzere son derece yerinde ölçütler bulmasına karşın kanımızca temel bir nedenden<sup>88</sup> dolayı Fransa'da idari tedbir ile idari ceza arasında ayırım,

<sup>85</sup> Bkz. Chapus, Tome 1, s. 1121.

<sup>86</sup> Delmas ve Teitgen, s. 45.

<sup>87</sup> Delmas ve Teitgen, s. 44.

<sup>88</sup> Fransa'da idari ceza ile idari tedbir arasında sağlam bir şekilde ayırım yapılamamasının başka nedenleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Danıştay'ın söz konusu ayırma özellikle 1995'ten önce "dizgesel" (sistematik) bir şekilde yaklaşamamasıdır. (Bunun yanında, Fransa'da bir idari yaptırımın idari ceza veya idari tedbir olarak adlandırılması bakımından yüksek yargı organları arasında da uyumsuzluk bulunmaktadır. Örneğin, ehliyetin geçici olarak alınması işlemi, Danıştay'ın 29 Mayıs 1987 tarihinde vermiş olduğu kararda idari ceza olarak adlandırılmasına karşın, söz konusu işlem Yargıtay'ın 4 Kasım 1988 tarihinde vermiş olduğu kararda "polis ve kamu düzeni tedbiri" veya "geçici güvenlik tedbiri" türünde bir idari tedbir olduğu, daha somut bir deyişle, burada yolu kullananların güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 4) Örneğin Danıştay, 6 Mart 1970 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, amacı cezalandırma olsa ve yükümlülük ihlalinden kaynaklanmış olsa bile emekliye ayırma işleminin idari ceza olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46-47 ve dn. 1. Yine Danıştay, 2 Temmuz 1958 yılında vermiş olduğu bir kararda; ilgili kişinin gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle mali veya parasal bir destek veya yardımın kesilmesini idari tedbir olarak kabul etmiştir. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 3. Hâlbuki Danıştay konuya dizgesel bir şekilde yaklaşaydı söz konusu yaptırımları "idari ceza" olarak nitelendirmesi gerekirdi. Fransa'da

kimi durumlarda isabetli olarak yapılamamaktadır. Daha açık bir deyişle, idari tedbirin önleme<sup>89</sup> işlevinin bulunması, buna karşın, idari cezanın baskın olarak bastırma işlevinin bulunmasına karşın, kimi durumlarda, kendisine idari tedbir yaptırımını uygulanan kimse, bu yaptırımını idari ceza olarak kabul edebilmektedir. Örneğin, idari tedbir niteliğinde olan zabitanın kamu sağlığını gelecekte koruyabilmek için bir laboratuvarı kapatması, bu yaptırımın muhatabı tarafından farklı bir şekilde algılanabilmektedir. Daha somut bir deyişle, laboratuvarı kapatılan kişi, söz konusu yaptırımın geçmiş davranışları nedeniyle uygulandığını, dolayısıyla ortada bir idari cezanın bulunduğunu algılayabilmektedir. Bu algı farklılıklarını son derece normal olarak karşılamak gerekir. Nitekim Danıştay da laboratuvarın kamu sağlığına tehlike oluşturması yüzünden kapatılmasını her zaman idari tedbir olarak değerlendirse de başka nedenler yüzünden yapılan kapatma işlemini kimi durumlarda idari ceza, kimi durumlarda ise idari tedbir olarak kabul etmektedir.<sup>90</sup>

Buraya kadar anlatılan hususlardan anlaşılacağı üzere idari tedbir ile idari ceza arasında ayırım yapmak oldukça zordur. Zira her ikisi de İdare tarafından uygulanmakta, yükümlendirici<sup>91</sup> ve bireysel idari işlem kategorisine dâhil

---

idari ceza ile idari tedbir arasında ayırımın istikrarlı ve doğru bir şekilde yapılamamasının başkibir nedenini, yasa koyucunun tutumu oluşturur. Örneğin Fransız Orman Kanununda önceleri ağaç dikme emrinin ihlali için uygulanan yaptırım idari ceza olarak kabul edilirken, daha sonra söz konusu kanunda yapılan değişiklikle idari tedbir olarak kabul edilmiştir.Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 45.Aynı tutumu Türk kanun koyucusu da göstermektedir. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasında; idari tedbirlerin, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu ifade edilmektedir. Dikkat edileceği üzere burada yaptırımın tipinebakılarak, somut bir deyişle, “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” yaptırımının doğrudan “idari tedbir” olduğu ifade edilmektedir. Bu tutum hatalıdır. Zira idari ceza ile idari tedbir arasında öze yönelik temel farkları; norm ihlalinin bulunup bulunmaması ile “cezalandırma” amacının olup olmadığı oluşturur. Bu bağlamda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını norm ihlali ve cezalandırma amacıyla uygulanıyorsa idari ceza, bu koşullar olmadan engelleme, ihlali durdurma gibi önleme amacıyla uygulanıyorsa idari tedbir durumuyla karşı karşıya kalınır. Bu yüzden mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının “görünüşüne” (per se) bakılarak doğrudan onun idari tedbir olduğu söylenemez.

<sup>89</sup> İdari tedbir durumunda ileride aynı olayların tekrerrünün önlenmesi ereği bulunmaktadır. Bkz. Michel Degoffe, L'ambigüité de la sanction administrative, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 31.

<sup>90</sup> Degoffe, s. 30.

<sup>91</sup> Söz yükümlendirici işlemlerden açılmışken bu işlemler hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşecektir. Zira gerek idari ceza gerekse idari tedbir “yükümlendirici işlem” kategorisine girmekte ve bu yüzden ikisi arasındaki farkı ortaya koymak oldukça zorlaşmaktadır. Bu bağlamda irade açıklamasının yöneldiği hukuki sonucun niteliğine, bir başka deyişle, ilgisinin hukuki hareket alanını sınırlaması ya da genişletmesine göre idari işlemler yükümlendirici veya yararlandırıcı olabilir.Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 55. Daha açık bir deyişle, bir idari işlem, bir hak tanıyarak, hakkı güçlendirerek veya bir yükümlülüğü kaldırarak kişinin hukuki hareket alanını genişletiyorsa yararlandırıcı idari işlem, buna karşın, var olan bir hakka

bulunmakta ve bu yaptırımlar uygulanırken idari usul kurallarına uyulması<sup>92</sup> gerekmektedir. Ancak kanımızca Fransız Danıştay'ının 1995 yılında yayımladığı raporda idari cezadan söz edilebilmesi için aranılan ikinci özellik, idari ceza ile idari tedbiri birbirinden ayırmak bakımından oldukça sağlam bir ölçütü oluşturmaktadır. Bu ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere idari cezanın yükümlülük ihlali nedeniyle uygulanması ve amacının cezalandırma olmasıdır.<sup>93</sup> Bu bağlamda, cezai düzenlemeyi öngören bir mevzuata dayalı olmadan kamu düzenini sağlayabilmek için alınan önlemler, muhatabı açısından olumsuz sonuçlar doğursa bile "idari tedbir" sayılır. Nitekim Fransız Danıştay'ı polis önlemlerini haklı olarak idari tedbir olarak kabul etmiştir.<sup>94</sup> Daha açık bir deyişle, halka yönelik idari ceza durumunda bir mevzuata dayalı olarak hatalı bir fiili cezalandırmak ereği bulunmakta, buna karşılık idari tedbir durumunda hatalı bir davranışı cezalandırmak yerine genel kamu düzenini korumak hedeflenmektedir. Kuşkusuz, İdarenin uyguladığı tedbir halinde de bir mevzuat bulunmaktadır. Ancak söz konusu mevzuat, cezalandırma ereğini gütmemekte, güvenlik, dirlik-esenlik ve kamu sağlığından oluşan kamu düzenini korumayı hedeflemektedir.<sup>95</sup> İdari ceza verilebilmesi için gerekli olan "mevzuat ihlali" ve "cezalandırma" ereği, onunla idari tedbir arasındaki "öze yönelik" (maddi) farkı, kanımızca, doyurucu bir biçimde ortaya koymaktadır.

Kanunilik ilkesine gelince öncelikle Fransız idare hukukunda geçerli olan kanunilik kavramının incelenmesi yerinde olacaktır.<sup>96</sup> Fransız idare hukuku dizgesinin "kanunilik" ilkesinin ruhuna uygun olarak tasarımılandığını belirtmek gerekir. Ancak Fransa'da "kanunilik" kavramından "şekli anlamda kanun", bir başka deyişle, dar anlamda "yasal pozitivizm" anlaşılmmakta, söz

---

müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek yoluyla bireylerin hukuki durumlarını sınırlandırıp, onlara yapmak, katlanmak, kaçınmak yükümlülüğü getiriyorsayükümlendirici idari işlem denilir. Akyılmaz, s. 55-56. Bu bağlamda bütün emredici ve yasaklayıcı işlemlerle, ceza ve tedbir işlemleri ile vergisel işlemler yükümlendirici idari işlemlerdir. Krş. Akyılmaz, s. 56. Yükümlendirici işlemin yapılabilmesi için idarenin özel bir yetki kuralı ile yetkilendirilmesi gerekirken, yararlandırıcı işlemler için mutlaka özel bir kanunun bulunmasına gerek yoktur. Akyılmaz, s. 56. İdari ceza ile idari tedbirin ikisinin de yükümlendirici işlem kategorisine dâhil olması, ikisi arasındaki öze yönelik ayrımı güçleştirmektedir.

<sup>92</sup> İdari tedbirler bakımından daha dar kapsamlı olarak idari usul kurallarına uyulması gerekse de.

<sup>93</sup> Aslında "idari tedbir" ile "idari ceza" arasındaki ayrımı oluşturacak ölçütü, "ceza" kavramının doğasına bakarak da bulmak olanaklıdır. Gerçekten de ceza, doğası gereği acı verici nitelik taşımakta ve bir "ihlal" in bulunmasını gerektirmektedir. Bu yüzden hiçbir tedbir, ceza niteliğini taşıyamamaktadır. Bu bağlamda normun ihlalinden önce alınan önleyici bir tedbir ceza niteliği taşımamakta, bunun gibi koruyucu bir tedbir de ceza sayılmamaktadır. Krş. Elio Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008, s. 336.

<sup>94</sup> Chapus, Tome 1, s. 1121.

<sup>95</sup> Krş. Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 175.

<sup>96</sup> Zira idari ceza, idare hukuku kurallarına uygun olarak "idari işlem" ile verildiğine göre idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin incelenmesi, konumuz açısından fayda sağlayacaktır. Schwarze, s. 213-214.

konusu kavram geniş anlamıyla anlaşılabilir her türlü yazılı hukuk kuralının bu kavramın içerisine girdiği kabul edilmektedir. Bunun gibi bu ülkede “idarenin kanuniliği” ilkesi de geniş bir şekilde anlaşılabilir, İdarenin görevinin, “kanun” dışında (kararname, tüzük gibi) idari düzenlemeyle de saptanabileceği esas benimsenmektedir. Bu bağlamda Fransa’da, “hukuk devleti” kavramına uygun olarak geniş bir “yasallık” anlayışı kabul edilmiş ve bundan yürütme ve idarenin yazılı hukuk (Anayasa, kanun, idari düzenleme) kurallarına uygun hareket etmesi anlaşılabilir.<sup>97</sup>

Bununla birlikte halka yönelik idari suç ve cezalar bağlamında gerek ceza hukukundaki gerekse idare hukukundaki kanunilik ilkesinin uygulanması yönündeki Danıştay’ın içtihatlarının istikrar kazanmadığını belirtmek gerekir. Danıştay’ın kimi kararlarında halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılırken, bazı kararlarında tam aksi yönde bir tutum takınılarak, söz konusu ilkenin idare hukukunun özelliklerine göre uygulanacağı sonucuna varılmıştır. Örneğin, Danıştay’ın 28 Eylül 1945 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; kanuni ibareler geniş olsa bile suçun tanımının İdare veya onun denetimi altında başka bir organ tarafından yapıldığı her durumun kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>98</sup>Yine Danıştay’ın 12 Mayıs 1950 tarihinde vermiş olduğu “Marcaillou” kararında; ceza hukukunun bütün ilkelerinin idari cezada uygulanmasının olanaksız olduğu, bu bağlamda idari ceza normunda belirsiz ibareler kullanılmasının veya İdarenin denetimi altında kavramların altlandırılacağına belirtilmesinin, idari faaliyetin sürekliliğinin bozulmaması için yerinde olduğu, bu durumun, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşü savunulmuştur.<sup>99</sup>Buna karşın Danıştay’ın 25 Haziran 1948 tarihli “Stédujournal-L’Aurore” kararında, idari ceza işlemlerinin hiçbir şekilde aleyhe geriye yürümeyeceği esas benimsenmiştir.<sup>100</sup>

Ceza hukukundan geçerli olan suç ve cezada kanunilik ilkesinin idari cezada uygulamasına gelince, AK’nin az önce belirtilen 17 Ocak 1989 tarihli kararının, idari suç ve cezalarda<sup>101</sup> katı veya sert bir şekilde olmasa da kanunilik ilkesinin

---

<sup>97</sup> Krş. Schwarze, s. 212-213.

<sup>98</sup> Delmas ve Teitgen, s. 68 ve dn. 1.

<sup>99</sup> Delmas ve Teitgen, s. 28-29 ve dn. 5.

<sup>100</sup> Fazla bilgi için bkz. Waline, s. 399-400. Yazar burada Danıştay’ın bu görüşünün AK tarafından da desteklendiğini ifade etmektedir. Daha somut bir deyişle, AK 24 Ocak 1969 tarihinde vermiş olduğu kararda ceza işlemlerinde geçmişe yürürlü olarak düzenleme yapılamayacağını, 22 Ocak 1980 tarihinde vermiş olduğu kararda ise ceza işleri dışında kanun koyucunun isterse geriye yürürlü kanun yapabileceği esasını benimsemiştir.

<sup>101</sup> Gerçi bazı yazarlar, bu kararın BİO’dan lisans alanlar için lisans koşullarının ihlali halinde verilecek cezaları kapsadığını, başka konularda, örneğin meslek kurallarına aykırılık halinde verilecek cezaları kapsamadığını belirtse de (nak. Moderne, s. 220 ve dn. 96) biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira Konsey’in bu kararından bütün halka yönelik idari suç ve cezalarda sıkı veya katı bir şekilde olmasa da kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucunun



“kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanacağını belirten ilk karar niteliği taşıdığını belirtmek gerekir.<sup>102</sup> Hatta Genevois adlı yazar, AK'nin bu kararının idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından devrim niteliğinde bir karar olduğunu, bu karardan önce, idari cezanın verilebilmesi için yasa veya düzenlemenin ihlal edilmesinin şart koşulmayıp sadece olgu ve olaylara bakıldığını ifade etmektedir.<sup>103</sup> Daha açık bir deyişle, 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce AK<sup>104</sup> idari suç ve cezalarda “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin bulunmasını şart koşmamaktaydı.<sup>105</sup> Bu bağlamda AK'nin, 28 Kasım 1973 tarih ve 73-80 sayılı kararında, Anayasanın Başlangıç, 33. maddesinin 3 ve 5. fıkraları ile 66. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, özgürlüğü bağlayıcı nitelik taşımayan idari cezaların İdarenin düzenlemeleriyle konulabileceği sonucuna varılmıştır.<sup>106</sup> AK'nin 30 Temmuz 1982 tarih ve 82-143 sayılı kararında ise hürriyeti bağlayıcı olmayan idari cezaların İdarenin düzenlemeleriyle konulabileceği, ancak yasama organının kanunla bu cezaları koymasında da bir sakınca olmadığı, daha açık bir deyişle, yasama organının böyle bir durumda İdarenin yetki alanına tecavüz etmiş sayılmayacağı ifade edilmiştir.<sup>107</sup>

Ancak AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararının, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanması bakımından rolü önemli olsa da bunu pek fazla abartmamak gerekir. Bir kere AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce<sup>108</sup> de söz konusu alt ilkeye vurgu yapan kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir.<sup>109</sup> Öte yandan bu kararda suçta kanunilik

---

çıkartılmasının olanaklı olduğunu düşünmekteyiz.

<sup>102</sup> AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihinde verdiği kararda da Borsa İşlemleri Komisyonunun yetkilerine ilişkin olarak aynı yaklaşım sergilenmiştir. Bkz. Bell, s. 408 ve dn. 7.

<sup>103</sup> Nak. Moderne, s. 204 dn. 31.

<sup>104</sup> AK'nin 17 Ocak 1989 tarihinde vermiş olduğu kararlar regülatif idari suç ve cezaların hukuka uygun olduğu sonucuna varmasından AK'nin daha önce diğer idari suç ve cezaları kabul etmediği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira Fransa ilk olarak 1970'li yıllarda trafik konusunda idari suç ve cezaları benimsemiş ve bu tip suç ve cezalara AK tarafından karşı çıkılmamıştır. Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 4-5 dn. 19.

<sup>105</sup> Bununla birlikte AK, 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanmayacağını belirtse de bu ilkenin diğer bir alt ilkesini oluşturan “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulaması bakımından oldukça katı bir tutum takınmıştır. Gerçekten de Fransız mevzuatında idari suç ceza normlarının geriye yürümezliği ilkesi konusunda Anayasa veya yasalarda bir hüküm bulunmamasına karşın, AK'nin vermiş olduğu kimi kararlarda bu ilkeye katı bir şekilde uyulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Örneğin Konseyin 30 Aralık 1982 tarih ve 82/155 sayılı kararında; 1789 tarihli Bildirgenin vergi cezalarının aleyhe geriye yürürlüğüne engel olduğu ifade edilmiştir. Kararda; cezanın türü idari ceza niteliğini taşısa bile niteliği gereği ceza olan bir şeyin aleyhe geriye yürütülmesinin olanaklı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Moderne, s. 258 ve dn. 231.

<sup>106</sup> Moderne, s. 222 ve dn. 98.

<sup>107</sup> Moderne, s. 223.

<sup>108</sup> ve sonra.

<sup>109</sup> Gerçekten de AK'nin vermiş olduğu 30 Mart 1962 tarihi Bertaux kararı ile 17 Kasım 2006



ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından kanun ve idari düzenlemelere aykırı yükümlülüğün ihlal edilmesinin yeterli olduğunu belirtilerek, kanunilik ilkesinin yalnızca “kanunun tekelciliği” alt ilkesinden bahsedilmiştir. Üstelik söz konusu alt ilkeye de layıkıyla bir vurgu yapılamamıştır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için suç ve cezanın kaynağının yalnızca kanun olması gerekir.<sup>110</sup> Hâlbuki 17 Ocak 1989 tarihli kararda kanuna ağırlık verilse<sup>111</sup> de suçun kaynağı olarak “idari düzenleme”den bahsedildiği için kanunun tekelciliği ilkesinin gerekleri yerine getirilememiştir. Öte yandan suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerinin yerine getirilebilmiş olması için bu ilkenin “kanunun tekelciliği”, “kanunun açıklığı”<sup>112</sup> ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı”<sup>113</sup> alt ilkelerinin tümünün eşanlı olarak benimsenmesi gerekmektedir.<sup>114</sup>

Nitekim bu gerçekten hareket eden AK, 9 Ekim 1996 tarihli Soc. Prigest davasında vermiş olduğu kararda, suç ve cezada kanunilik ilkesinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için kanunda suçun kurucu veya yapıcı unsurlarının tam ve açık bir şekilde kanunla saptanmasının şart olduğunu ifade etmiştir.<sup>115</sup> Bundan başka AK, 1998 yılında yürürlüğe girecek mali bir konuyla ilgili kanun hakkında vermiş olduğu kararda da, idari suç ve cezada, kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesinin de uygulanması gerektiği görüşünü savunmuştur.<sup>116</sup>

Söz, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesinden açılmışken, AK’nin bilinçli olmayarak, idari suç ve cezalarda söz konusu alt ilkeyi “olumsuz yetkisizlik” (incompétencenégative) olarak adlandırılan bir kavrama

---

tarihinde vermiş olduğu Sté CNP Asurances kararında idari cezanın verilebilmesi için ortada bir kanun metninin bulunması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak bu kararlarda halka yönelik idari cezalarda kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanmasının Anayasanın 37. maddesi gereği İdarenin düzenleme yetkisini ortadan kaldırmayacağı, daha açık bir deyişle, İdarenin idari suç ve ceza alanında da düzenleme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Waline, s. 404.

<sup>110</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 37 vd.

<sup>111</sup> AK’nin daha sonraki kararlarında da suç ve ceza normunun düzenlenmesinde “kanun” a ağırlık veren kararları bulunmaktadır. Gerçekten de AK’nin 17 Mart 1997 tarihli Uluslararası Göç Ofisiyle ilgili kanun, 13 Ağustos 1993 tarihinde göç konusuyla ilgili kanun ve 7 Ocak 2004 tarihinde İçişleri Bakanlığı - Bankerrou’ya karşı davasında vermiş olduğu kararlarda, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyulması gerekliliğinin mutlak bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. AK, az önce bahsedilen 13 Ağustos 1993 tarihinde vermiş olduğu kararda, 1789 Bildirgesinin 8. maddesine de yollama yaparak, bu maddede belirtilen “cezaların kanuniliği” ilkesinin, halka yönelik idari cezaları da kapsadığını belirtmiştir. Waline, s. 404-405.

<sup>112</sup> Kanunun açıklığı alt ilkesi hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 76-111.

<sup>113</sup> Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 111-143.

<sup>114</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 21-23.

<sup>115</sup> Chapus, Tome 1, s. 1177.

<sup>116</sup> Krş. Bkz. Jean-Claude Bonichot, Lessanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 73.

başvurarak aradığını belirtmek gerekir.<sup>117</sup> AK, yasama organının idari bir organa veya BİO'ya yetki tanırken kendine düşen payı kullanması gerektiğini, bunun kullanılmaması durumunun negatif yetkisizlik olduğunu ve hukuka aykırı düşeceğini ifade etmiştir.<sup>118</sup> Bu bağlamda AK'ye göre, Anayasa, yasa koyucunun yetkisinin alanını saptamak suretiyle kanun koyucuyu da bağladığından Anayasanın 34. maddesinin kapsamına giren konuların düzenlenmesi bakımından bir kanun ile İdareye yetki verilmesi yasaktır. Kuşkusuz, bu çözüm şeklinin, Anayasada açıkça öngörülmemesi nedeniyle AK'nin içtihatlarıyla konulan bir ilke olduğu ortadadır.<sup>119</sup> AK'nin bu kararlarından idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin bu ülkenin kendisine özgü hukuk dizgesiyle<sup>120</sup> büyük çaplı<sup>121</sup> olarak uygulandığı sonucunu çıkartmak<sup>122</sup> olanaklıdır.<sup>123</sup>

<sup>117</sup> Moderne'in belirttiği üzere, Fransız AK, negatif yetkisizlik kavramına başvurarak kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine önem vermektedir. Bkz. Moderne, s. 251.

<sup>118</sup> Moderne, s. 225.

<sup>119</sup> Krş. Öztürk, s. 153.

<sup>120</sup> Fransa'nın kendisine özgü hukuk dizgesi diyoruz zira çeşitli defalar belirtildiği üzere bu ülkede İdare anayasal bakımdan özerk bir düzenleme yetkisine kavuşmuştur. İdare özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğu için de suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulamasının tam olarak gerçekleşmesi olanaksızdır.

<sup>121</sup> Zira az önce belirtildiği üzere AK idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelliliği" alt ilkesinin gevşek veya esnek bir şekilde uygulanacağı sonucuna varmaktadır. Eğer AK söz konusu alt ilkenin katı veya sert bir şekilde uygulanacağını belirtseydi idari suçların en azından yapısal veya kurucu unsurlarının salt kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna varması gerekirdi.

<sup>122</sup> Bu sonucu çıkartmamızın temel gerekçesini, AK'nin çeşitli defalar bahsedilen 1989 yılında vermiş olduğu meşhur iki karardan itibaren regülatif idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesini daha katı bir şekilde kabul etmesi esası oluşturmaktadır. Gerçekten de bu yıldan itibaren AK, Başbakan (Anayasa md. 21/1) dışındaki kamu organlarına, hukuk tarafından öngörülen kuralları uygulama durumunda buldukları zaman yasa koyucunun vermiş olduğu kural koyma yetkisine herhangi bir itirazının olmadığını, ancak konulacak kuralların kapsam bakımından "hem uygulama alanları hem de içerikleri yönünden sınırlı" olduğu sonucuna varmıştır. Bu bağlamda AK, regülatif otoritelerin mevzuatı yalnızca yorumlayacağını, ancak yaptığı yorumun bir yaptırım uygulanmasının gerekçesi olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir. Örneğin AK, 1987 tarihli kararnamedeki "anlık" sözcüğünü, Görsel-İşitsel Üst Kurulun "altı saniye" ile sınırlı olarak yorumlamasını, yol gösterici açıklama niteliğinde bir yorum kabul ederek hukuka aykırı olarak kabul etmemiş, tam aksine, mevzuatın itiraz edilemeyecek yorumları olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte Konsey, söz konusu yorumun bir para cezasının gerekçesi olarak uygulandığı durumlarda bunlara itiraz edilebileceğini, bu durumda, yaptırımların "kararname" hükümleri gereğince meşrulaştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bell, s. 409. Bunun gibi AK yine bağımsız bir idari otorite olan Telekomünikasyon Düzenleme Otoritesi'nin (L'Autorité de Régulation des Télécommunications) oldukça sınırlandırılmış bir şekilde kural koyma yetkisine sahip olduğunu, onun yalnızca kanun ve kararnameler tarafından konulmuş olan kuralların yorumunu yapacağı anlayışını benimsemiştir. Fazla bilgi için bkz. Bell, s. 414 vd.

<sup>123</sup> Krş. Moderne, s. 239. Kısacası AK bu kararlarında idari cezanın, kanunilik ilkesi dâhil Anayasada ceza hukuku için konulmuş ilkelere ve AİHM'nin kararlarında ortaya çıkan ruha uygun olarak yürütülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 156.

AK'nin Görsel-İşitsel Konseyle ilgili yukarıda bahsedilen 17 Ocak 1989 tarihli kararının, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi bakımından da büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. AK bu kararında, ceza hukukunun kapsamına giren cezalarda geçerli olan aleyhe geriye yürümezlik esasının idari cezalarda da geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>124</sup> Öte yandan AK söz konusu kararında, idari cezaya, ceza muhakemesi usulünün temel prensiplerinin, örneğin savunma hakkına saygı ilkesinin uygulanacağı da belirtilmiştir. Zira AK'ye göre idari ceza da ceza hukukunun kapsamına giren ceza gibi kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır.<sup>125</sup>

AK idari cezaya, ceza hukukunun bazı ilkelerinin de uygulanacağı içtihadında bulunmuştur. Gerçekten de AK'nin yukarıda bahsedilen 17 Ocak 1989 tarihli ve 28 Temmuz 1989 tarihli kararlarında; 1789 Bildirgesinin 8. maddesi ve Cumhuriyetin temel ilkeleri çerçevesinde her türlü cezanın ve bu arada idari cezanın dört ilkeye tabi olması gerektiği ifade edilmiştir. Bunları; suç ve cezaların kanuniliği, masumiyet karinesi, cezaların şahsiliği ve cezaların gerekliliği ve oransallığı ile failin lehine olan kanunun derhal uygulanması şeklinde saptamak olanaklıdır.<sup>126</sup>

İdari suç ve cezalarda, ceza hukukundaki kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek açısından Danıştay'ın da konuyla ilgili içtihatlarının incelenmesi gerekir.<sup>127</sup> Hemen belirtmek gerekir ki Danıştay'ın birçok kararında 1789 tarihli Bildirgenin 8. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesine yollama yapılarak halka yönelik idari suç ve cezalarda da söz konusu ilkenin uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin Danıştay'ın yukarıda bahsedilen 12 Şubat 1960 tarihli SociétéÉky kararında; Bildirgedeki hükümlerin “suç ve cezalar arasında ölçülülük”, “suç ve cezaların kanuniliği”,

---

<sup>124</sup> Moderne, s. 258 ve dn. 232.

<sup>125</sup> Sauv , s. 19.

<sup>126</sup> Chapus, Tome 1, s. 1176-1177. Bonichot ise bu ilkelerisuç ve cezaların kanuniliği, ölçülülük, aleyhe ceza normunun geriye yürümezliği ve savunma hakkına saygı şeklinde ifade etmektedir. Bonichot, s. 73.

<sup>127</sup> Gerçekten de Fransa'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını garanti etmek açısından ilk derecede idare mahkemeleri (Tribunauxadministratifs), sonul aşamada ise Danıştay (Conseild'Etat) önemli bir rol oynamaktadır. Bunlardan özellikle Danıştay, idarenin yetkisinin sınırlandırılması konusunda tarihsel açıdan kararlı bir rol oynamıştır. Fransa'da idari kanuniliği test edecek en önemli usuli araç, idari işlem ve eylem gerçekleştirildikten sonra yapılacak olan; görev ve yetkiye, usul ve şekil kurallarına, hukuka veya takdir yetkisine aykırılıkları incelemeyi hedefleyen “yetki saptırması” (recourspouexcès de pouvoir) denetimidir.Bkz. Schwarze, s. 217. Öte yandan, Danıştay içtihatlarının incelenmesi bir başka açıdan da önem taşımaktadır. Gerçekten de AK'nin özellikle 1989 yılında vermiş olduğu kararlar, idari suç cezada kanunilik ilkesi ve diğer anayasal ilkelerin uygulanması bakımından önemli bir kilometre taşı oluştursa da bu ilkeler ayrıntılı bir şekilde uygulanamamıştır. Fransa'da söz konusu anayasal ilkeleri idari yargı organları, özellikle Danıştay ayrıntılıdırarak başarılı bir şekilde uygulamıştır. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 158.

“ceza kanunlarının geriye yürümezliği” ve “kanuni usuller içerisinde suçlunun sahip olduğu haklar” şeklinde dört ilkeyi ortaya ifade edilerek bunların halka yönelik idari suç ve cezalarda da uygulanacağı vurgulanmıştır.<sup>128</sup>

Yine Danıştay'ın 27 Mayıs 1993 tarihli kararında; yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalar bakımından değil, halka yönelik idari cezalar bakımından da failin lehinde olan ceza normunun derhal uygulanacağı görüşü savunulmuştur. Bununla birlikte bu kararında Danıştay, kamu yararının gerekli gördüğü durumlarda kanun koyucunun lehe olan kanunun derhal uygulanması ilkesinden uzaklaşabileceği veya farklı bir çözüm yolunu benimseyebileceği görüşü benimsemiştir.<sup>129</sup>

İdari ceza işlemlerine karşı etkin bir yargı denetim düzeneğinin kabul edilmemesi söz konusu işlemler bakımından kanunilik ilkesini zayıflatmaktadır. İşte Fransız Danıştay'ının 13 Mayıs 1991 tarihinde vermiş olduğu kararda böyle bir hataya düşülerek, BİO'ların ancak açık hata yaptığı durumlarda işlemlerinin ve bu arada idari ceza işlemlerinin iptal edileceği görüşü benimsenmiştir.<sup>130</sup> Eğer Danıştay bu tutumunu sürdürseydi söz konusu yüksek yargı organının regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini tam olarak benimsemediği sonucuna varılırdı. Ancak Danıştay daha sonra vermiş olduğu kararlarda hatasını düzelterek AİHS ve AİHM içtihatlarına uyum sağlayabilmek açısından halka yönelik idari suç ve cezalarda yargısal denetimin tam olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>131</sup>

AK ve Fransız Danıştay'ının halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda son eğilimlerini özetlemek gerekirse, bu yargı organları, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile halka yönelik idari suç ve cezalar arasında bir yakınlık kurmuşlar ve Anayasanın temel ilkeleri ile 1789 Bildirgesinin 8. maddesindeki kanunilik ilkesinin gerek ceza hukukunun gerekse cezai idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar bakımından uygulanacağı esasını kabul etmişlerdir.<sup>132</sup>

AK ve Danıştay'ın halka yönelik idari suç ve cezaların, Anayasanın temel ilkeleri ile 1789 Bildirgesinin 8. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine uygun olması gerektiği yönündeki eğilimleri, Fransız öğretisi tarafından oydaşı halinde benimsenmektedir.<sup>133</sup> Bu bağlamda Fransız öğretisine, Anayasanın temel ilkeleri ve Bildirgenin 8. maddesi çerçevesinde halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin aranması yönünde yargı organlarının verdiği

---

<sup>128</sup> Bkz. Gazier ve Bruno, s. 117 ve dn. 88.

<sup>129</sup> Bkz. Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, s. 58.

<sup>130</sup> Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 89 ve dn. 2.

<sup>131</sup> Delmas ve Teitgen, s. 90.

<sup>132</sup> Moderne, s. 204.

<sup>133</sup> Delmas ve Teitgen, s. 29.

kararların sürpriz gelmediğini belirtmek gerekir. Fransız öğretisi açısından sürpriz veya çelişkili olan husus, AK'nin içtihatlarıyla kabahatler<sup>134</sup> bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin gerekli olmadığı, bir başka deyişle, kabahat suçlarının idari düzenlemeyle yapılmasının Anayasaya uygun bulunmasına karşın kabahat miktarından daha hafif ceza öngörülmüş olsa bile tüm halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği esasının kabul edilmiş olmasıdır.<sup>135</sup>

## **B. HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZA TÜRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI**

Halka yönelik idari cezalar, daha önce konulan genel normlara aykırı davranışları cezalandırmayı hedefleyen işlemlerdir. Daha önce belirttiği üzere bu cezalar, İdare ile kişi arasında fiilin işlendiği sırada önceden bir ilişkinin olmadığı durumlarda verilen cezalardır. Örneğin, rekabet ihlali veya alkollü araba kullanma suçlarında İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadığından bu tür ihlaller halka yönelik idari suçlar, bu suçlar için öngörülen cezalar ise halka yönelik idari cezalar olarak adlandırılır.<sup>136</sup>

Halka yönelik idari suç ve cezaların çok değişik türleri bulunmaktadır. Bunlar idari polis, trafik, spor veya belediye suç ve cezalarında olduğu gibi daha çok toplumsal veya sosyal düzeni ihlal eden suç ve cezalar olabildiği gibi ekonomik, kültürel, imar, çevre, orman, ihale gibi çok geniş yelpazede çeşitli suç ve cezalar olabilmekte, ayrıca, geleneksel nitelikteki idari vergi suç ve cezaları da halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamına girmektedir. Bunlara ek olarak son yıllarda regülatif nitelikteki idari suç ve cezalar da<sup>137</sup> halka yönelik idari suç ve cezalar içerisinde incelenmektedir.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Söz kabahatlerden açılmışken Fransız Ceza Kanununun, suçları; cürüm, cünha ve kabahat şeklinde üçe ayırdığını belirtmek gerekir.

<sup>135</sup> Krş. Moderne, s. 225.

<sup>136</sup> Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 206.

<sup>137</sup> BİO ile yurttaş arasında önceden bir bağ bulunduğu, örneğin, bir lisans ilişkisi bulunduğu durumda işlenen suç ve uygulanan cezalar "halka yönelik idari suç ve cezalar" değil "disiplin suç ve cezaları" olarak adlandırılmasına rağmen, regülatif idari suç ve cezaların birçoğunda cezanın muhatabı ile BİO arasında önceden bir bağ bulunmadığı için regülatif idari suç ve cezaları, halka yönelik idari suç ve cezaların içerisinde sınıflandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Ancak yukarıda regülatif idari suç ve cezanın AK kararları bağlamında tarihçesi ile halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından verilen genel bilgide temas edilen AK ve Danıştay içtihatları daha çok regülatif nitelikli idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik olduğundan aşağıda Fransa'da regülatif nitelikteki idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulamasına ayrıca değinilmeyecektir.

<sup>138</sup> Çok geniş bir yelpazede yer alan halka yönelik idari suç ve cezaların örnekle yoluyla türleri bakımından Türkiye'de kanunilik ilkesinin uygulaması açısından bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 208-309.

Bu açıklamalardan sonra halka yönelik idari suç ve cezalardan idari vergi, idari çevre, idari trafik ve idari polis suç ve ceza türlerinde kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulması faydalı olacaktır.<sup>139</sup>

## 1. İdari Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi

Fransa'da idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını irdelemeye geçmeden önce Almanya'da olduğu gibi bu ülkede de idari vergi cezaları ile ilgili garip bir esastan bahsedilmesi faydalı olacaktır.

Gerçekten de Fransa'da kimi durumlarda ilgili kişi idari vergi cezasını ödemezse dört aya kadar hapsedilebilmektedir. Hapis cezasını vergi idaresi vermemekte, idare, söz konusu cezanın verilmesini ceza mahkemesinden istemekte ve mahkemenin kararıyla kişiye hürriyeti bağlayıcı ceza verilmektedir.<sup>140</sup> Bu ceza her ne kadar ceza mahkemesinin kararıyla uygulanıyor olsa da vergi cezasının ödenmemesi nedeniyle kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, kanımızca, insan haysiyetiyle bağdaşan bir tutum olarak değerlendirilemez ve ilkel bir ceza hukukuna dönüşümü simgeler.

Fransa'da idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Fransa'da bu suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulması anayasal bir gerekliliktir. Gerçekten de Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde; her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri "kanun"un düzenlemesine özgülenmiştir. Kanımızca vergi cezaları da geniş anlamda "vergi" kavramının içerisine altlanılabileceğine göre bu suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulması anayasal değerde bir norm niteliğini taşımaktadır.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Fransa'da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından Türkiye'de olduğu gibi genel nitelikli bir kanun (5326 sayılı Kabahatler Kanunu) bulunmadığından bu suç ve cezalarda genel nitelikli "kanunilik ilkesi" uygulaması doğal olarak incelenmeyecektir.

<sup>140</sup> Delmas ve Teitgen, s. 95.

<sup>141</sup> Aslında Fransa'da idari vergi cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması, anayasal değerde bir norm olarak düzenlenmese bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı gereğince de söz konusu ilkenin uygulanması gerekir. Gerçekten de Fransa'ya karşı açılan Bendenoun davasında AİHM'nin verdiği 24.2.1994 tarihli kararda, Fransa'da idari yaptırım sayılan mali yaptırımlar, Mahkemenin uyguladığı ölçütlere göre, ceza suçlamaları kapsamına dâhil edilerek, bunlara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kararında AİHM, iç hukuk kurallarıyla idari yaptırım olarak isimlendirilen bir takım yaptırımların aslında cezai yaptırım olarak nitelendirilmesinin, ilgili ülkenin verdiği tanıma göre değil, AİHS çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre belirlenebileceği, şayet Mahkeme tarafından adil yargılamaya ilişkin belirli ölçütlere göre yapılan değerlendirmede, bir yaptırımın cezai niteliği ağır basarsa, bu yaptırımın uygulanmasında AİHS'nin adil yargılanma hakkı olarak nitelendirilen 6. maddeye uyulmamasının açılan davanın kabulü sonucu doğuracağına dikkat çekilmiştir. Bu davada Mahkeme, dört ölçütten dolayı idari vergi cezasını, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamına giren "cezai suçlama" olarak kabul etmiştir.

Nitekim Fransız AK, 30 Ekim 1982 tarih ve 1982-155 sayılı kararında; idari vergi cezaları bakımından da, suç ve cezada kanunilik ilkesinin daha ağır olan cezaların “geçmişe yürümezliği” (le principe de non-rétroactivité) alt ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Aslında bu karar salt idari vergi cezaları bakımından alınsa da kararın gerekçesinde failin aleyhinde olan tüm idari cezaların geçmişe yürürlü olamayacağı sonucuna varılmıştır. Daha açık bir deyişle, kararın gerekçesinde; failin aleyhine olan cezaların aleyhe geriye yürüme yasağının yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalar bakımından geçerli olmadığı, bunun yanında, “cezalandırıcı” niteliği bulunan diğer her türlü cezalar bakımından da geçerli olduğu, bu bağlamda, yasa koyucunun, yargı organı dışında bir başka makama cezalandırma yetkisi verdiği durumlarda da söz konusu yasağın geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.<sup>142</sup>

Bu bahsi kapatmadan önce vergi konusunda Fransa’da anayasal seviyede ilginç bir hükme temas etmek uygun olacaktır. Anayasanın 40. maddesinde; Parlamento üyelerinin yapmış olduğu kanun teklifi veya değişiklik önergesi, kamu gelirini azaltıcı bir nitelik taşıyor veya yeni bir kamu gideri oluşturuyor veya kamu giderlerinin artmasına yol açıyorsa, teklif veya önerenin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Güneş’in isabetli olarak belirttiği üzere, Anayasanın 34. ve 40. maddeleri birlikte dikkate alındığında şöyle bir görüntüyle karşılaşılmaktadır. Parlamento; hükümet tarafından önerilen yeni bir verginin kurallarını saptayan ve kamu gelirlerini azaltan yasa tasarısında etkin olabilmesine karşın, kendisinin kamu gelirlerini azaltacak veya yeni bir kamu gideri getirecek veya kamu giderini artıracak bir yasa teklifinde bulunabilmesi olanaklı değildir. Kısacası, mevcut vergi yasalarındaki vergi yükünü hafifletebilecek bir yasa değişikliği, ancak hükümet tarafından

---

Bunlardan ilki; dava konusu olayın, Genel Vergi Kanununun 1729. maddesinin 1. fıkrası kapsamına girmesi, söz konusu fıkranın ise yalnızca özel statüye sahip belirli bir grubu değil, tüm vergi mükelleflerini ilgilendirmesidir. İkincisi; ceza yoluyla vergi miktarını artırmak, bir zararın parasal giderimini değil, benzeri davranışların tekrarını önlemek için cezalandırmayı hedeflemektedir. Üçüncüsü; söz konusu vergi miktarını artırma nedenleri, aynı zamanda önleyici ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikli bir kurala dayanmaktadır. Son ölçüt ise uygulanan yaptırımın miktarının çok yüksek olmasıdır. Nitekim olayda Bendenoun’a 422.534 Frank, şirketi için de 570.398 Frank idari vergi cezası tahakkuk ettirilmiştir. Üstelik söz konusu cezanın ödenmemesi durumunda Bendenoun’un anılan kanunun 1729. maddesinin 35. fıkrası gereğince hapisle taziyk edilmesi de öngörülmüştür. Bendenoun’un davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan, AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 24-26. AİHS’nin 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, 6. maddedeki “cezaî suçlamalar” kapsamına giren olaylar için uygulanacağından ve idari vergi cezaları da 6. maddenin kapsamına girdiğine göre idari vergi cezalarının kanunilik ilkesine tabi olacağı AİHS hükümleri gereğince açıktır. AİHS’nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi ve uygulaması hakkında bilgi için bkz. Durmuş Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 345-353.

<sup>142</sup> Bkz. Les Pouvoirs de l’administration dans le domaine des sanctions, s. 57.



parlamentoya yaptırılacaktır.<sup>143</sup>Bu çerçevede, “sonul aşamada”<sup>144</sup> kamu gelirlerini azalttığı için idari vergi cezalarını ortadan kaldıran veya söz konusu cezaların ağırlığını azaltan yasa teklifleri ancak hükümet tarafından parlamentoya yaptırılabilir, buna karşın, kamu gelirlerini artırdığı için yeni bir idari vergi cezasını öngören veya mevcut idari vergi cezalarının ağırlığını artıran yasal değişiklikler Parlatentonun bizatihi kendisi tarafından yapılabilecektir. Bu durum idari vergi cezalarını azaltma veya ortadan kaldırma konusundaki gerçek yetkinin hükümette olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

## 2. İdari Çevre Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi

Fransa'da halka yönelik idari suç ve ceza türlerinden idari çevre suç ve cezalarında<sup>145</sup>katı veya sert bir kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Aslında Fransa'da her türlü halka yönelik idari suç ve cezalar ve bu arada idari çevre suç ve cezaları bakımından gevşek bir kanunilik ilkesinin uygulanmasını makul karşılamaya olanak yoktur. Gerçekten de AK, yukarıda çeşitli defalar bahsedilen 17 Ocak 1989 ve 28 Temmuz 1989 tarihli kararları ile 25 Şubat 1992 tarihinde vermiş olduğu bir kararda her türlü halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından mutlaka kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olduğunu,<sup>146</sup> yasa koyucu tarafından sınırları açık ve kesin bir şekilde çizilmeden İdarenin düzenleyici işlemleriyle idari suç ve ceza konulamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>147</sup>

AK'nin bu uygulamasına karşın, 19 Temmuz 1976 tarihli Fransız Çevre Kanunu, İdarenin kendisine, çevreyi korumak için İdarenin koyduğu düzenlemelere uyulmaması halinde cezalandırma yetkisi vermiştir. Çevre

<sup>143</sup> Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008, s. 61.

<sup>144</sup> Burada “sonul aşamada” ibaresini bilinçli bir şekilde kullanılmaktadır. Çünkü bir idari vergi cezasının konulması veya mevcut bir idari vergi cezasının artırılması sonul aşamada kamu gelirinin artmasına yol açsa da söz konusu cezanın amacı hiç bir şekilde kamu gelirlerini arttırmak olamaz. İdari vergi cezasının amacı “cezalandırma” olup, ona gelir gözüyle bakılması onur kırıcı bir tutumdur.

<sup>145</sup> Söz idari çevre cezalarından açılmışken bu ülkede idari çevre cezaları ile idari çevre tedbirleri arasında sağlıklı bir ayırım yapıldığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, çevre için tehlikeli bir şekilde faaliyet gösteren firmaların kapatılması işlemi idari tedbir olarak düşünülmekte, buna karşın, yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda uygulanan yaptırımlar, örneğin, atık tesis kurma yükümlülüğüne uyulmamasından dolayı uygulanan kapatma işlemi idari ceza olarak kabul edilmektedir. Zira idari ceza, çevresel yükümlülüğe uyulmamasından dolayı yapılan bir cezalandırma işlemi olmasına karşın, çevresel idari tedbir durumunda çevreye verilecek ciddi zararların önlenmesi ereklennmiştir. Bkz. Malik Memlouk, L'étatdudroit dans le domaine desinstallationsclassées, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 40.

<sup>146</sup> Gerçekten de AK bu kararlarında ceza niteliği olan” her idari yaptırımın” 1789 Bildirgesinin 8. maddesinin kapsamına gireceğini ifade etmiştir. Bkz.Delmas ve Teitgen, s. 165.

<sup>147</sup> Memlouk, s. 38.



Kanununun bu hükmü, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine aykırı olmasına karşın, Nantes Bölge İdare Mahkemesi 10 Ekim 1990 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Çevre Kanununun idari çevre suç ve cezalarının temelini oluşturduğunu, dolayısıyla suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından herhangi bir sorunun olmadığını belirtmiştir.<sup>148</sup> Hâlbuki mevzuatın bu hükmü kanunilik ilkesi bakımından sorun doğurucudur. Zira Fransız Çevre Kanununda, idari çevre suç ve cezalarının yapısal veya kurucu unsurları düzenlenmemiş, salt konusuna temas edilerek İdareye yetki verilmiştir. Böyle bir durumun suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

Fransa’da idari çevre suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulmasa da kanunilik ilkesinin tamamlayıcısı olan tipiklik ilkesine<sup>149</sup> uyum konusunda önemli bir düzeneğin kurulduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de bu ülkede kural olarak, idari çevre cezasının muhatabına idari çevre cezası verilmeden önce makul bir süre tayin edilerek “uyarı”nın verilmesi gerekmektedir.<sup>150</sup> Fransız Çevre Bakanlığı 18 Haziran 1998 tarihinde yayımladığı bir sirkülerde bu süreyi azami 3 ay olarak saptamıştır. Ancak idari mahkemeleri söz konusu süre sınırının gerçekçi olmadığını, kimi durumlarda bu sürenin 1 yıla kadar uzatılması gerektiğine hükmetmişlerdir.<sup>151</sup> Bu ülkede, Bakanlığın veya nihai olarak son sözü söyleyecek olan yargı organlarının belirlediği süre içerisinde çevresel eksiklikler giderilmediği takdirde idari çevre cezası uygulanmaktadır ki<sup>152</sup> bunun idari çevre suç ve cezalarında kanunilik ilkesi bakımından önemli bir fayda oluşturacağını düşünmekteyiz.

### **3-İdari Trafik Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdenemesi**

Fransa’da, toplumsal suç ve cezalar grubuna giren idari trafik suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığını peşinen belirtmek gerekir. Bu ülkededaha önceleri idari trafik suç ve cezalarında, temel olarak, sürücü ehliyetinin geri alınması idari cezası<sup>153</sup> uygulanırken, günümüzde, daha çok,

---

<sup>148</sup> Krş. Memloun, s. 38-39 ve dn. 3.

<sup>149</sup> Tipiklik hakkında bilgi ile suç ve cezada kanunilik prensibi ve tipiklik ilkesi arasındaki ilişkiler için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 168-182.

<sup>150</sup> Degoffe, uyarının amacının; ilgili idari birimi, hangi yükümlülüğün yerine getirilmediği veya hangi ilkenin ihlal edildiğini belirlemeye zorlayarak, suç ve cezanın kanuniliği ilkesine tam anlamıyla bir etkinlik kazandırmak olduğunu belirtmektedir. Bkz. Michel Degoffe, Droit de sanction non pénale, Economica, Paris 2000, s. 74’den nak. Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 121 ve dn. 27. Degoffe’nin bu görüşünün isabetli olduğu açıktır.

<sup>151</sup> Memloun, s. 44 ve dn. 56.

<sup>152</sup> Memloun, s. 44.

<sup>153</sup> Sürücü ehliyetinin geri alınması idari bir cezadır. Bkz. Waline, s. 402.

puan düşürerek ehliyetin geri alınması idari cezasına<sup>154</sup> ağırlık verilmiştir. Puan düşürülerek ehliyetin geri alınması cezasının yasal dayanağını 10 Temmuz 1989 yılında çıkartılan bir kanun oluşturmuş ve bu kanunla puan düşürülmesi yoluyla ehliyetin geri alınmasına temas etmiştir. Ancak söz konusu kanun, puan düşürülerek ehliyetin geri alınması cezasının kurucu veya yapıcı unsurlarını düzenlememiş, konuyu bütünüyle İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Bu bağlamda, İdarenin düzenleyici bir işlemi bile sayılamayacak olan 25 Haziran 1992 tarihli bir genelgeyle de “puan düşürme” yaptırımını hakkında ayrıntılı maddi ve usul hukuku kurallarına yer verilmiştir.<sup>155</sup> Bu durumun kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine bariz bir aykırılık oluşturduğu ortadadır.

#### 4-İdari Polis Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Sosyal veya toplumsal nitelikteki idari suç ve cezalar grubuna giren idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından tam bir karmaşanın yaşandığını belirtmek gerekir. Bir başka deyişle, bu konuda mevzuat ve yargı içtihatları arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha fazla durulması faydalı olacaktır.

Fransa'da, idari yargı organları, idari polis cezası niteliğinde bulunan “meslek ve sanattan yasaklanma” cezası bakımından suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Daha açık bir deyişle, idari yargı organları, meslek ve sanattan yasaklanma cezasının ya kanun veya kanunun temel ilkeleri belirlemesi koşuluyla İdarenin tasarruflarıyla düzenlenebileceği görüşünü benimsemektedirler.<sup>156</sup> İdari yargı organlarının bu sonuca ulaşmasına yol açan olayda; 1976 yılından beri taksi işleten Benkerrou adlı bir kişinin taksi işletme ruhsatı, polis biriminin 20 Kasım

<sup>154</sup> Bununla birlikte, puan düşürülerek ehliyetin alınması cezasının niteliği konusundaki Danıştay içtihatlarının istikrarlı olmadığını belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle Danıştay, 8 Aralık 1995 tarihinde vermiş olduğu *Mouvement de défensesautomobilistes* kararda puan kesilmesinin cezai nitelik taşımadığını belirtmiş olmasına karşın, 27 Eylül 1999 tarihinde *Rouxel*davasında vermiş olduğu kararda, puan kesilmesiyle sonul olarak ceza verileceğini, dolayısıyla işlemin cezai olduğunu ancak AİHS md. 6/1 anlamında cezai bir nitelik taşımadığını belirtmiştir. Bkz. Pierre Builly, *La Sanctionadministrative en matière de sécuritéroitière*, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 37.

<sup>155</sup> Builly, s. 34-35.

<sup>156</sup> Daha önceleri Fransız Danıştay'ı meslek ve sanattan yasaklanma veya bu sonucu doğuracak olan izin veya ruhsat iptali cezalarında kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine uyulmasının gerekli olmadığı görüşünü savunmuştur. Daha açık bir deyişle, Fransız Danıştay'ı, kişi hak ve özgürlüğünü sınırlandıran veya malvarlığına ilişkin halka yönelik idari cezalar konusunda bir kanun hükmünün bulunmasını şart koşsa da verilmiş bir iznin geri alınmasından ibaret bulunan idari cezanın bir tüzükle de konulabileceği görüşünü benimsemiştir.Bkz. Feyyaz Gölcüklü, <<İdari Ceza Hukuku>> Ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963, s. 175 ve dn. 70.

1997 tarihinde verdiği bir kararla geçici olarak askıya alınmıştır. Polis bu ruhsatı geçici olarak askıya alırken, Başbakanın düzenleme yaparak taksi işletme ruhsatı sahiplerinden sabıka kaydı getirmelerini öngördüğünü, Benkerrou'nun sabıka kaydının olmadığına dair bir belge getiremediğini dolayısıyla onun işletme ruhsatının geçici olarak askıya alınmasının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Ancak polisin vermiş olduğu bu karar, Paris İdare Mahkemesinin 11 Mayıs 2001 tarihli kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İdare mahkemesinin söz konusu kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay 7 Temmuz 2004 tarihinde verdiği bir kararla söz konusu idare mahkemesinin kararını onaylanmıştır.

Paris İdare Mahkemesi ve Danıştay, Başbakanının kanunda öngörülme-yen bir izin yöntemini koyamayacağını, onun sadece trafik güvenliği ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin bulunduğunu, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin anlamının, kanunda öngörülme-yen suçlardan dolayı ceza verilmemesi olduğunu, olayda taksi işletme ruhsatının geçici olarak askıya alınmasının cezai nitelikte bulunduğu, AK'nin yukarıda anlatılan 17 Ocak 1989 tarihli kararında ceza hukuku cezalarında olduğu gibi idari cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanacağı yönünde sonuca ulaşıldığı, Anayasanın 34. maddesinde de meslek, sanat ve iş yaşamına, ancak yasama organının müdahale edebileceğinin belirtildiği,<sup>157</sup> kişinin taksi işletme ruhsatının askıya alınmasının çalışma yaşamına bir müdahale oluşturduğu, dolayısıyla polis biriminin kanuna dayanmadan böyle bir ceza vermesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmişlerdir.<sup>158</sup>Bu kararlardan, idari polis suç ve cezalarının bir türünü oluşturan meslek, sanat ve iş yaşamına yönelik cezalarda kanunilik ilkesinin uygulandığı, daha açık bir deyişle, bu ülkede yalnızca yasama organının bir faaliyeti yasaklamaya, izne veya önceden bildirmeye tabi tutmaya yetkili yetkili olduğu, polisin genel ve mutlak bir yasak öngörmesinin olanaklı olmadığı<sup>159</sup> sonucunu çıkartmak olanaklı olsa da kanımızca bütün idari polis suç ve cezaları bakımından böyle bir sonuca ulaşmak olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını esnekleştiren veya gevşeten bazı durumlar bulunmaktadır. Şimdi bu durumları incelemek faydalı olacaktır.

Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasınıgevşeten ilk durum, polisin ceza işlemlerine karşı yargı denetiminin zayıflatılmış olmasıdır. Gerçekten de bu ülkede 27 Ocak 1983 tarihinde çıkartılan bir kararnameyle, polisin uyguladığı ceza işlemlerine karşı yargı denetiminin yoğunluğu azaltılmıştır.<sup>160</sup>İdari ceza işlemlerine karşı

---

<sup>157</sup> Anayasanın 34. maddesinin 2. fıkrasının 6. bendinde, çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı konusunda kanunların temel ilkeleri belirleyeceği ifade edilmiştir.

<sup>158</sup> Bu davanın ayrıntılı bir öyküsü için bkz. Guyomar, s. 913-922.

<sup>159</sup> Krş. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 718.

<sup>160</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 720.

yargı denetiminin etkisizleştirilmesi, kanunilik ilkesi açısından “gri delik”<sup>161</sup> oluşturacağından bu durumun Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından bir gevşekliğe yol açacağı açıktır.

Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesini gevşeten bir başka durum, kanunların genellikle söz konusu cezayı “azami” (en üst) bir sınır ile sınırlandırması ve bu sınır içerisinde polise cezayı saptamak bakımından geniş bir takdir yetkisi tanınmasıdır. Kanımızca bir cezanın kanunilik ilkesine uygun olabilmesi için yalnızca üst sınırının gösterilmesi yetmemekte, bunun yanında alt sınırının da gösterilmesi gerekmektedir. Kısacası alt ve üst sınırlı cezalarda her iki sınırın gösterilmesi kanunilik ilkesi açısından zorunludur. Fransa'da idari polis cezalarında yalnızca üst sınırın gösterilmesi “kanunsuz suç ve ceza olmaz” (nullumcrimennullapoena sine lege) ilkesine büyük bir gevşeklik getirdiği ortadadır.<sup>162</sup>

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Fransa'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gerekli veya yeterli bir şekilde benimsenememiştir. Aslında bu ülkede halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesi tam veya katı bir şekilde benimsenmiş olsaydı bile yurttaşların hak ve özgürlükleri garanti altına alınmış sayılmazdı. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, yurttaşların hak ve özgürlüklerine garanti sağlamayı ancak genel bir idari usul kanunun veya ceza verilmesi sürecini gösteren kanunun bulunmasıyla yerine getirebilir. Hâlbuki Fransa'da böyle kanunlar bulunmamaktadır. Bu bağlamda Fransa'da genel idari usul kanunun bulunmaması veya idari ceza öngören kanunlar, onların verilmesi usulünü düzenlememiş olduklarından, yurttaşlara sağlanan hak ve özgürlüklerin büyük bir tehlike altında bulunduğunu belirtmek gerekir.<sup>163</sup>

### III. FRANSA'DA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

#### A. GENEL OLARAK

Fransa'da disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını irdelemeye geçmeden önce Fransız kamu yönetimi dizgesi ve kamu istihdamı konusunda genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır. Fransa'da kamu görevlileri, kamu yönetiminin hizmet verdiği alana göre ayrıma tabi tutulmakta ve bu bağlamda merkezi yönetim personeli, yerel yönetim personeli ve hastane personeli olmak üzere üç şekilde sınıflandırılmaktadır. Bu ülkede kamu görevlileri ayrıksız olarak kamu hukuku rejimine tabi bulunmaktadır. Daha

<sup>161</sup> Suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasını bulanıklaştıran gri delik hakkında bilgi için bkz. Adrian Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, Harvard Law Review, Vol. 122: 1095, 2009, s. 1096.

<sup>162</sup> Krş. *Moderne*, s. 224.

<sup>163</sup> Krş. *Waline*, s. 404.

açık bir deyişle, Fransız kamu görevlileri, iki tür hukuki mevzuata tabi bulunmaktadırlar. Bunlardan ilkinii, personel kanunları<sup>164</sup> oluşturmaktadır. Bu kanunlar ile kamu görevlilerinin güvenceleri, yükümlülükleri, kamu istihdamını yöneten temel ilkeler ve kariyerleri düzenlenmiştir. İkincisini ise her bir kamu kurum veya kuruluşunda çalışan kamu görevlileri için uygulanmak üzere idarenin çıkardığı düzenlemeler oluşturmaktadır.<sup>165</sup>

Almanya'da olduğu gibi Fransa'da da kamu istihdamında statü personeliyle diğer personel, bir başka deyişle, devlet memuru ile sözleşmeli personel arasında temel bir ayırım yapılır.<sup>166</sup> Bununla birlikte, Almanya'da olduğu gibi devlet memurunun kamu hukukuna, sözleşmeli personelin özel hukuk kurallarına tabi olduğu anlayışı Fransa'da benimsenmemekte, daha somut bir deyişle, ister devlet memuru olsun, isterse sözleşmeli personel olsun, her ikisi de kamu hukuku kurallarına<sup>167</sup> tabi bulunmaktadır.<sup>168</sup> Bu ülkede, kamu

---

<sup>164</sup> 13.7.1983, 11.1.1984, 26.1.1984 ve 9.1.1986 tarihli Kanunlar.

<sup>165</sup> TheStatus of PublicOfficials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, s. 12.

<sup>166</sup> Fransa'da kamu personel rejimini tam olarak anlayabilmek için kamu hukukuna bağlı olarak istihdam edilen kamu görevlilerinin statülerine göre dağılımı konusunda bazı rakamların verilmesi uygun olacaktır. Bu ülkede, 1998 yılında 3.711.076 "asıl kamu görevlisi" (titulaires), 864.078 "asıl olmayan kamu görevlisi" (non-titulaires) ve 272.190 "yardımcı görevli" (emploisaidés) olmak üzere toplam 4.847.344 kamu görevlisi istihdam edilmiştir. 2003 yılı bakımından ise bu rakamlar, 4.020.973 asıl kamu görevlisi, 955.598 asıl olmayan kamu görevlisi ve 208.081 yardımcı görevli olmak üzere toplam 5.184.652 kamu görevlisidir. Daha açık bir deyişle, Fransa'da statü hukukunun unsurları olarak kanunilik ve ulusal düzeyde katılım, kamu personel rejiminin ana unsurlarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda kamu personelinin ana gövdesini oluşturan "asıl kamu görevlisi" (titulaires) ve "asıl olmayan kamu görevlisi" (non-titulaires) II. Dünya Savaşından sonra kazandıkları kamu hukukuna bağlı olarak istihdam edilme güvencesine sahip bulunmaktadırlar. Bu iki kesim, kamu personel rejiminin sayısal olarak da tamamına yakın kısmını oluşturmakta, böylelikle de rejimin bütün kategorileri (titulaires, non-titulaires, emploisaidés) kamu hukukuna bağlı istihdam türleri olarak varlıklarını korumaktadırlar. Ayrıca Almanya'nın tersine, az önce bahsedilen rakamlardan da anlaşılacağı üzere Fransa'da kamu görevlisinin sayısı hızla artmış ve asıl kamu görevlileri, kamu personel rejiminin ana gövdesini oluşturmuştur. Fazla bilgi için bkz. Onur Ender Aslan, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006, s. 117-118.

<sup>167</sup> Fransa'da tüm çalışanların kamu hukuku statüsüne bağlı olması, pozitif anayasal metinler yüzünden değil, yargı içtihatları ve özellikle II. Dünya Savaşından sonra memurların oluşturdukları sendikaların sayesinde elde edilmiştir. Daha açık bir deyişle, güçlü bir memur sendikacılığına ve bu olgunun yansımaları olarak memurların doğrudan katılım düzeneklerine yer veren Fransız geleneğinde güçlü statü hukuku, biçimsel anayasal metinler üzerinden değil, yazılı olmayan anayasal ilkeleri uygulamadan gelerek oluşturan memurların güçlü dayanışması üzerinden kurulmuştur. Bu dayanışmadan güç alan Fransız memur statü hukuku, özellikle 1980'li yıllardan itibaren görülen neo-liberal düzenin, kamu görevlisi statüsünü güçsüzleştirme yönündeki eğilimine karşı en güçlü karşı duruşu göstermiştir. Bkz. Aslan, s. 96-97.

<sup>168</sup> Ancak, Fransa'da sözleşmeli personel uygulamasına oldukça ayrıksı durumlarda başvurulmaktadır, bir başka deyişle, bu ülkede sözleşmeli personel istihdamı ikincil bir nitelik taşımaktadır. Bkz. TheStatus of PublicOfficials in Europe, s. 12. Ancak kanımızca Fransa'da sözleşmeli personel uygulaması ikincil bir nitelik taşısa ve kamu hukuku rejimine

çalışanlarının istihdam koşulları ve yükselmesi, kamu hizmetiyle ilgili kanunlar ve idari düzenlemeler ile belirlenmektedir.<sup>169</sup>

Fransız kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasını incelemeye başlamadan önce AK tarafından, statü hukukundan doğan disiplin suç ve cezaları ile idari hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan disiplin suç ve cezalarında anayasal prensipler ve bu arada kanunilik ilkesi uygulaması üzerinde durulmadığını belirtmek gerekir.<sup>170</sup>

## **B. DİSİPLİN SUÇ VE CEZA TÜRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI**

Disiplin cezalarının nirengi noktalarını, İdare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin daha önceden, başka bir deyişle, disiplin ihlalden önce tanınması oluşturur. Bu bağlamda disiplin cezası salt kamu görevlileri hakkında uygulanmaz. Bunun yanında mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kamu hizmetini kullanan kesimlerle İdare arasında özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunan her durumda disiplin cezası uygulanır.<sup>171</sup>

Aşağıda, Fransa'da disiplin suç ve cezaları bağlamında, kamu görevlileri, öğrenciler, askerler vemahtûmlar hakkında uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde kısaca durulacaktır.

### **1-Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi**

Fransa'da kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından "suç" ve "ceza" bağlamında ikili bir ayırım yapılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki Fransa'da genel olarak, disiplin suçlarının önceden kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, Fransız disiplin hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak, disiplin suçu teşkil eden davranışların kanunla önceden gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Kısacası, disiplin suçları bakımından "kanunsuz suç olmaz" (nullum crimen sine lege) ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi geçerli bulunmamaktadır.<sup>172</sup> Fransa'da disiplin suçlarının kurucu veya yapıcı unsurları, kamu görevlileriyle ilgili kanunlarda belirtilmemekte, bu unsurlar İdarenin düzenlemelerine bırakılmaktadır.<sup>173</sup>

---

tabi olsa bile bu istihdam türünün disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulamasını ortadan kaldıracığı açıktır. Zira sözleşmeli personel istihdam rejiminin doğası; yasama organının, söz konusu rejimin unsurlarını düzenleme alanını sınırlanmakta veya yasama organının düzenleme sürecine yürütmeyi ortak etmektedir.

<sup>169</sup> The Status of Public Officials in Europe, s. 11.

<sup>170</sup> Delmas ve Teitgen, s. 30.

<sup>171</sup> Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 309 vd.

<sup>172</sup> Krş. René Chapus, Droit administratif général Tome 2, 15<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 333.

<sup>173</sup> Krş. Francisco Cardona, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://>

Aslında Fransa’da idarenin düzenlemeleriyle doğrudan disiplin suçları da düzenlenmemekte, daha çok kamu görevlisinin uyması gereken yükümlülükler düzenlenmektedir. Bu bağlamda disiplin suçunu uygulayacak olan kamu kurum veya kuruluşunun, memurunun davranışının disiplin suçu tanımına girip girmediğini araştırması gerekmemektedir. Kamu kurum veya kuruluşunun bakması gereken husus, kamu görevlisinin davranışının memurun taşıdığı kamu görevi yükümlülüklerine aykırı olup olmadığıdır. Kısacası İdare, kamu görevlisinin davranışını genel olarak değerlendirmekte ve bunun bir yükümlülüğün ihlali olup olmadığına, eğer ihlal varsa, ihlalin, disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına karar vermektedir.<sup>174</sup> Bununla birlikte, İdarenin düzenlemeleriyle doğrudan disiplin suçunun düzenlenmemesinden, İdarenin keyfi bir şekilde disiplin suçunun oluştuğuna karar verebileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Bir kere, belirtilmesine gerek dahi olmadığı üzere, idare hukukunun genel prensibi gereği herhangi bir fiil veya davranışın maddi mevcudiyetinin bulunmadığı durumlarda bir disiplin suçu oluşmaz. İkinci olarak, İdarenin bir fiili disiplin suçu olarak nitelendirmesi de keyfi olamaz. Söz konusu nitelendirmenin İdare tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi durumunda, yargı organı o nitelendirmeye dayanılarak uygulanan disiplin cezasını “yetki aşımı” (excès de pouvoir) nedeniyle iptal eder.<sup>175</sup>

Fransa’da disiplin suçlarının aksine kamu görevlilerinin disiplin cezaları için “kanunsuz ceza olmaz” (nulla poena sine lege) ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesi geçerli<sup>176</sup> bulunmaktadır.<sup>177</sup> Fransa’da kamu görevlilerine uygulanan tipik

---

[www.sigmaxweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf](http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf), Erişim Tarihi, 10.12.2016), s. 6.

<sup>174</sup> Chapus, Tome 2, s. 333.

<sup>175</sup> Fazla bilgi için bkz. Chapus, Tome 2, s. 333 vd.

<sup>176</sup> Sancakdar’ın açıklamalarından Fransa’da disiplin cezalarında “kanunilik” ilkesinin uygulanmadığı yönünde bir izlenim edinmiş bulunmaktayız. Bu bağlamda yazar,Fransa’da genel ceza hukuku anlamındaki ceza için “peine”, idari yaptırımlar için ise “sanction” teriminin kullanıldığını belirtmekte ve bu ülkede disiplin cezalarının idari yaptırımlar içerisinde değerlendirilmediğini ifade etmektedir.Öte yandan yazar, Fransız Danıştay’ının (Conseil d’Etat), bireysel bir işlemin idari bir yaptırım olarak nitelendirilmesi için iki ölçütün bulunmasını aradığını, bunlardan ilkinin, idari yaptırımın kamu gücü kullanılarak idari bir makam tarafından alınan tek taraflı karar olması, ikincisini ise idari yaptırımın yasaya, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere aykırılık oluşturan fiiller nedeniyle idarenin ceza uygulaması olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu iki ölçüt çerçevesinde, Fransız Danıştay’ının, idari yaptırımın kamu görevlilerine veya meslek kuruluşları tarafından üyelerine uygulanan baskı niteliği bulunmakla birlikte, belirli bir kuruluş bünyesinde meslek kuruluşlarına saygıyı amaçlayan, özel kurallara göre verilen yaptırımlardan oluşan disiplin yaptırımlarından ayırt etmeyi sağlayacağı esasını benimsediğini ifade etmektedir. Bkz. Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 137-138. Yazarın görüşüne iki açıdan katılmamaktayız. Bunlardan ilki, az önce belirtildiği üzere Fransa’da kamu görevlilerinin disiplin cezaları hakkında kanunilik ilkesinin bütün alt ilkeleriyle birlikte uygulanmasıdır. İkinci olarak, Fransa’da “idari ceza” için (administratif sanction) ibaresi kullanılmakta ve kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları, sürgit bir şekilde “idari ceza” kavramına altlandırılmaktadır.

<sup>177</sup> Krş. Chapus, Tome 2, s. 338.



disiplin cezalarını; uyarı, kınama, kademe ve derece ilerlemesinin durdurulması, alt düzey bir göreve atama, ikametgâh değiştirme zorunluluğuyla birlikte başka bir yere tayin, tüm veya kısmi maaş kaybıyla birlikte devlet memurluğundan geçici olarak çıkartma ve zorunlu emeklilik olarak saymak olanaklıdır.<sup>178</sup> Konuyu daha da somutlaştırmak gerekirse, 11 Ocak 1984 yılında çıkartılan ve 26 Temmuz 1991 tarihinde değiştirilen bir kanunla disiplin cezaları en hafifinden başlamak ve en ağırına doğru gidilmek üzere dört gruba ayrılmış ve İdarenin kamu görevlileri için ancak kanunen saptanan bu disiplin cezalarından birisini uygulayabileceği esas kabul edilmiştir. Kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları gruplar temelinde en hafifinden en ağırına kadar gittiği gibi grubun kendi içerisinde de hafiften ağıra doğru bir sıralama bulunmaktadır. Örneğin hafif disiplin cezalarını teşkil eden birinci grup disiplin cezalarının en hafifini de “uyarı” (avertissement) disiplin cezası oluşturmaktadır. Bu gruptaki diğer bir disiplin cezası olan “kınamanın” (blâme) aksine uyarma cezası memurun sicil dosyasına girmemektedir.<sup>179</sup> Dördüncü grupta ise ilk ceza “re’sen emekliye sevk” (la mise à la retraits’office) iken, disiplin cezaları içerisinde en ağır cezayı teşkil eden ikincisi ve sonuncusunuise “işten atma”(révocation) oluşturmaktadır.<sup>180</sup>

Fransa’da kamu görevlilerinin disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin diğer alt ilkelerini oluşturan “kanunun açıklığı” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkeleri de geçerli bulunmaktadır. Ancak disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulanması bir özellik göstermektedir. Gerçi, bu ülkede, söz konusu alt ilkenin bir gereği olarak kamu görevlisinin disiplin suçunu işlediği anda geçerli olan disiplin cezasını ağırlaştıran bir norm, geriye yürür bir şekilde işletilerek memurun aleyhine bir durumun oluşmasına izin verilmemektedir.<sup>181</sup> Bununla birlikte, Fransa’da disiplin cezalarının lehe olarak geriye yürümesi esası benimsenmemektedir.<sup>182</sup> Gerçekten de Danıştay’ın 8 Kasım 1990 tarihli *Guiton* kararında disiplin cezalarının lehe olarak geriye yürümeyeceği esası benimsenmiştir.<sup>183</sup>

<sup>178</sup> Cardona, s. 9-10.

<sup>179</sup> Uyarma cezasının memurun dosyasına girmemesi, kanımızca onun bir “ceza işlemi” olmasını engellemektedir. Zira uyarma işlemi hem kamu görevlisinin bir yükümlülüğü ihlal etmesi, hem de cezalandırma amacıyla verilmesi yüzünden “ceza” kavramının içerisinde girmektedir.

<sup>180</sup> Fransa’da uygulanan disiplin cezaları hakkında fazla bilgi için bkz. Chapus, Tome 2, s. 338 vd.

<sup>181</sup> Bkz. Chapus, Tome 2, s. 339.

<sup>182</sup> Disiplin cezalarının lehe bir şekilde geriye yürümemesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesine aykırılık oluşturmaya da ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturur. Gerçekten de lehe olan bir ceza normunun geriye yürümesi, ceza hukukunun genel bir ilkesini oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Yüksel Metin, *Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletin Unsurları in Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 595 vd.

<sup>183</sup> Bkz. Degoffe, s. 29 dn. 14.



Burada Şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Fransa'da kamu görevlileri hakkında uygulanan disiplin cezaları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerinin tümü benimsenmiş olsa da bu ülkede memurların disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulandığı söylenemez. Zira "suç" ve "ceza" arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğundan ve birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de benimsenmediği anlamını taŐıyacaĐı<sup>184</sup> için bu ülkede kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç<sup>185</sup> ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulandığından bahsedilemez. Fransa'da disiplin suç ve cezaları bakımından bir bütün halinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, kanımızca, Fransız Anayasasına aykırıdır. Gerçekten de Fransız Anayasasının 34. maddesinin 2. fıkrasının 2. Bendinde; sivil kamu görevlilerine ve ordu mensuplarına temel garantilerin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda Fransa'da kamu görevlileri için öngörülen disiplin suç ve cezalarında bir bütün olarak kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin benimsenmemesi, söz konusu garantiye aykırı olduğundan, anayasal aykırılıkdurumu bulunduğu söylenebilir.

## **2-Mahkmlara Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi**

Fransa'da disiplin suç ve ceza türlerinden<sup>186</sup>cezaevi disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Gerçi bu ülkede daha önceleri "ıdari tedbir" yaptırımını olarak görülen disiplin cezalarının "ceza" olarak görülmesi yönünde bir eğilimin bulunsa ve bu bağlamda 2 Nisan 1991 tarihli bir "kararname" ile mahpusların iŐleyebileceĐi disiplin suç ve cezaları açıkça gösterilip "tüketicisi" (tahdidi) bir Şekilde hazırlanan liste gereği disiplin suç ve cezaları üç gruba ayrılarak her bir gruba özgü farklı disiplin cezaları ngrlmŐ<sup>187</sup> olsa da kanımızca yine de cezaevi disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin benimsendiğinden söz edilemez. Zira her ne kadar mahpusların iŐleyebilecekleri disiplin suç ve cezaları açık bir Şekilde gösterilmiş, böylelikle suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine uygun davranılmış olsa da söz konusu suç ve cezalar bizzat kanunda düzenlenmediği, bunun yerine kararname ile düzenlediği için kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmıŐtır. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin tek bir alt ilkesinin bile benimsenmemesi söz konusu ilkenin kabul edildiğinin savlanmasına engel oluşturduğundan Fransa'da cezaevi disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna ulaşmak kolaydır.

---

<sup>184</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 495 vd.

<sup>185</sup> Aslında az önce belirtildiği üzere bu ülkede kamu görevlilerinin disiplin suçları doğrudan düzenlenmemekte, bunun yerine onların uymaları gereken yükümlülükler düzenlenmektedir.

<sup>186</sup> Disiplin suç ve ceza türleri hakkında bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 309-380.

<sup>187</sup> Degoffe, s. 29.

### **3-Öğrencilere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi**

Fransa'da öğrenci disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi doğası gereği uygulanmamaktadır. Gerçekten de bu ülkede öğrenci disiplin cezaları hiçbir şekilde "ceza" olarak kabul edilmemekte ve böylelikle söz konusu cezalar daha az "biçimsel" (formel) bir nitelik taşımaktadır.<sup>188</sup> Fransa'da öğrenci disiplin cezaları, "ceza" olarak kabul edilmediğine göre kanunilik ilkesi uygulamasından bahsetmek anlamsız olacağından konu üzerinde fazla durulmayacaktır.

### **4-Askerlere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi**

Son olarak incelenecek olan askeri idari disiplin suç ve cezalarına gelince, bu ülkede 24 Mart 2005 tarih ve 2005-270 sayılı Kanun çıkartılmadan önce askeri idari disiplin cezaları; cezalandırıcı disiplin işlemleri, statü yaptırımları ve profesyonel yaptırımlar şeklinde üçe ayrılmaktaydı. Bununla birlikte, bu üç yaptırım türü arasındaki ayırım net değildi. 24 Mart 2005 tarihli yasa ile askeri idari disiplin cezalarından statü yaptırımları ve cezalandırıcı disiplin işlemleri kaldırılarak bunun yerine "disiplin yaptırımları" şeklinde ayrı bir kategori konulmuş ve bu yaptırımların, yasallık ilkesine daha uygun düşecek şekilde yeniden yapılandırılması sağlanmıştır.<sup>189</sup>

Bu ülkede askeri idari cezalar bakımından gerek 24 Mart 2005 tarihli Kanun, gerekse daha önce çıkartılan kanunlarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı esası benimsenmiştir. Ancak, daha önce çıkartılan kanunlarda askeri disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması yönünde herhangi bir kaygı taşınmazken, 24 Mart 2005 tarihli kanun ile askeri idari disiplin suç rejimi bakımından yasallık ilkesinin yerleştirilmesine büyük önem verilmiştir.<sup>190</sup>

Bununla birliktebu ülkede askeri idari disiplin suç rejimi açısından kanunilik ilkesinin yerleştirilmesine ne kadar büyük önem verilirse verilsin, suç ve cezada kanunilik ilkesinin yerleşmesine iki türlü engel bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin, kimi askeri idari disiplin cezalarının yargı dışı bırakılması oluşturur. Hukuk devleti ilkesine son derece aykırı olan bu durumun temel gerekçesi olarak, bu tür disiplin cezalarının "idari tedbir" olduğu ileri sürülmektedir.<sup>191</sup> İkinci olarak,

---

<sup>188</sup> Degoffe, s. 30.

<sup>189</sup> Bu konularda geniş bilgi için bkz. Gaëlle Bossis, *L'évolution d'un régime disciplinaire des militaires en vertu d'un décret législatif et contrôlé du juge*, RFDE, Juillet-Août 2005, s. 778-781.

<sup>190</sup> Bossis, s. 782-783.

<sup>191</sup> Bu düşünce bütünüyle sakat olan bir düşüncedir. Zira her şeyden önce disiplin cezasının idari tedbir olarak düşünülmesi doğru olmadığı gibi idari tedbirin yargı dışında bırakılması da doğru değildir. Daha açık bir deyişle, idari tedbir, icrai nitelikte idari işlem kimliğine sahip olduğuna göre böyle bir idari işlemin yargı denetimi dışına çıkartılması açıkça hukuk devleti ilkesini tahrip eder.

askeri idari suçlar bakımından “askerlik şerefi” “kötü davranış” gibi muğlak veya nesnel olarak anlamının belirlenemeyeceği kavramlar kullanılmakta ve bu kavramların ihlal edildiği gerekçesiyle disiplin cezası verilebilmektedir. Örneğin, bir jandarma, kira borcunu ödeyemediği gerekçesiyle ordunun şerefine aykırı iş yaptığı için ordudan atılmış ve Paris İdare Mahkemesinin 8 Nisan 1999 tarihinde vermiş olduğu kararla da bu disiplin cezası hukuka uygun bulunmuştur.<sup>192</sup>Bu çerçevede Fransa’da askeri idari disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir.

## SONUÇ

Türk idare hukukunun esin kaynağını Fransız idare hukuku oluşturmasına karşın, bu çalışmadan anlaşılacağı üzere, Fransa’da idare suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından ülkemiz açısından az sonra belirtilecek iki ayrıksı durum dışında örnek alınacak bir husus bulunmamaktadır.

Bir kere, yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere, Fransız Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk bir düzenleme yetkisi tanımış ve idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerekliliğini açık bir şekilde aramamıştır. Bu tutum sonucu kişi hak ve özgürlükleri büyük bir risk altına konulmuştur. Zira idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması, yurttaşların, İdarenin keyfi ve öznel tutumlarına karşı bir güvence oluşturur. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasının idari suç ve cezalarda aranmaması, söz konusu güvencenin ortadan kaldırılması anlamını taşımaktadır.

İkinci olarak, Fransız mevzuatının “idari suç” ve “idari ceza”yı birbirinden kopararak bunlardan birincisinde kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığını belirtmesine karşın, ikincisinde gerekli olduğunu belirtmesi büyük bir hata oluşturmuştur. Hâlbuki “kanunsuz suç olmaz” ve “kanunsuz ceza olmaz” kuralı arasında “bütünleyici parça”<sup>193</sup>ilişkisi bulunmakta ve birisinin olmadığı durumda diğersinin de bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda “kanunsuz suç olmaz” kuralının benimsenmediği bir durumda “kanunsuz ceza olmaz” ilkesi ne kadar benimsenirse benimsensin “suç ve cezada kanunilik” ilkesinin benimsendiğinden bahsedilememektedir.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> Bossis, s. 778, 785 ve dn. 40.

<sup>193</sup> Eskiden mütemmim cüz olarak adlandırılan bütünleyici parça; bir nesnenin esaslı bir unsurunu oluşturmak üzere o nesne ile birleştirilen ve bu nesne telef veya tahrip yahut niteliği değiştirilmeksizin bu nesneden ayrılması olanaklı olmayan eşyalara denilir. Bu bağlamda, örneğin bir otomobil ile motoru, ev ile çatısı arasındaki ilişki, esas eşya-bütünleyici parça ilişkisi olarak betimlenir. Bkz. Şeref Ertuş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 8.

<sup>194</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik ilkesi s. 495 ve

Üçüncü olarak,“idari usul” konusunda genel nitelikli bir kanunun bulunmaması nedeniyle de Fransa'nın örnek alınamayacağı ortadadır. Zira Fransa hariç diğer çağcıl ülkelerde (Örneğin A.B.D. ve Birleşik Krallık), idari suç ve cezalarda “kanunilik” esasının kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, idari usul konusunda genel nitelikli bir kanunun kabul edilmesi gerektiği anlayışı egemendir. Bu çerçevede nasıl ki ceza usulünün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede maddi ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, genel nitelikli idari usule ilişkin bir kanunun olmadığı<sup>195</sup> durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin velev ki katı ve sert bir şekilde olsa da benimsenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, yurttışa güvence vermesi işlevini, yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde düzenlendiği durumda yerine getirebilmektedir. Öte yandan her idari ceza az veya çok kişi özgürlüklerini sınırlandırdığı için idari usul kurallarının olmadığı, uygulanmadığı veya hatalı olarak uygulandığı durumlarda, suç ve cezada kanunilik ilkesi, hedeflediği kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlanması işlevini gerekli ölçüde yerine getirmede oldukça zorlanmaktadır.<sup>196</sup>

Yukarıda ikidurum dışında, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından Fransa'nın örnek alınamayacağı belirtilmişti. Bu iki durumdan ilkinin, mevzuatın müsait olmamasına karşın Fransız yargı organları, özellikle AK'nin halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olduğu yönünde bir eğilim taşımasıdır. Gerçekten de Fransız yargı organları,suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlanması işlevinin bilincine varmışlar ve bu ilkeyi halka yönelik idari suç ve cezalarda da uygulayarak, kanunilik ilkesi uygulanmasının kapsamını genişletmişlerdir.

Türk yargı organları ise tam aksi bir tutum takınmışlardır. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında “suç ve cezada kanunilik” ilkesi düzenlenmiş ve ceza hukuku suç ve cezaları ile idare hukuku suç ve cezaları arasında bir ayırım yapılmamış ve her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği örtük bir şekilde benimsenmiştir. Böylelikle Anayasa her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini örtük bir şekilde benimsemesine karşın, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, aralarında bütünleyici-parça ilişkisi bulunan“idari suç” ve “idari ceza”yı birbirinden parçalayarak yalnızca idari cezada kanunilik ilkesinin uygulanması yönünde eğilim taşımışlardır. Bu eğilimin anlamı, söz konusu yargı organlarının, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığı anlayışını

---

dn.1214-1215.

<sup>195</sup> Türkiye’de olduğu gibi.

<sup>196</sup> Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik İlkesi s. 482-483.

örtük olarak benimsemesidir.<sup>197</sup> Türk yargı organlarının bu tutumu sonucu kişi hak ve özgürlükleri, özellikle İdareden gelen tehditlere karşı savunmasız bir konumda kalmıştır.

İkinci olarak, AİHS'ne taraf olan Fransa, Sözleşmenin yorumunda nihai mercii olan AİHM'nin içtihatlarını dikkatle takip etmekte, gerek kanun koyucu gerekse yargı organları AİHM içtihatları doğrultusunda suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirme yönünde yoğun çaba harcamaktadırlar. Bu zamana kadar AİHM içtihatlarınca, bazı trafik suçları, vergi kaçakçılığından ötürü mali bir ceza olarak ek vergi yüklenmesi, 3-4 ay hapis cezasına yol açan askeri disiplin suçları, para cezası, ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrilebilen mütevazı para cezası, ehliyetin geri alınmasına yol açabilecek şekilde ceza puanı verilmesi, izin almaksızın inşa edilen bir binanın yıkılması, mahkemeye saygısızlıktan ötürü verilen üç günlük idari hapis cezası 6. madde kapsamında "cezai suçlamalar" olarak görülmüştür.<sup>198</sup> AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, 6. maddede belirtilen "cezai suçlama" konularına uygulanacağından, sayılan suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması kaçınılmazdır. Fransız kanun koyucusu ve yargı organları, AİHM'nin içtihatlarını dikkatle takip ederek idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmek bakımından önemli adımlar atmaktadırlar. Türkiye'nin de kişi hak ve özgürlüklerini etkin bir şekilde koruyabilmek için Fransa'dakine benzer şekilde kanun koyucu ve bütün yargı organlarının elbirliğiyle çaba göstererek AİHM içtihatları doğrultusunda asgari olarak sayılan idari suç ve ceza alanlarında kanunilik ilkesinin gereklerine uyması<sup>199</sup> faydalı olacaktır.

\*\*\*\*

---

<sup>197</sup> Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik ilkesi s. 490-496.

<sup>198</sup> Bkz. Tezcan ve diğerleri, s. 277.

<sup>199</sup> Türkiye'de ezici çoğunlukla gerek halka yönelik idari suç ve cezalarda gerekse disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik ilkesi, s. 197-380.

## KAYNAKÇA

**Akyılmaz Bahtiyar**, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

**Ancel Marc**, Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl: 29, 1938.

**Aslan Onur Ender**, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.

BacotGuillaume, 1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası (Çeviren; Süheyl Batum), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989.

**Bell John**, Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler (Çeviren; Cemil Kaya), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Yayına Hazırlayan Hakan Pekcanitez, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.

**BonichotJean-Claude**, Lessanctionsadministratives en droitfrançais et la Conventioneuropéennedesdroits de l'homme, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

**Bossis Gaëlle**, L'évolutiondurégimedisciplinairedesmilitairesentrevolontédulégislateur et contrôledujuge, RFDE, Juillet-Août 2005.

**Builly Pierre**, La Sanctionadministrative en matière de sécuritèrouitière, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial.

**Cardona Francisco**, LiabilitiesandDiscipline of CivilServants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2016).

**Casetta Elio**, Manuale di Diritto Amministrativo, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008.

**Chapus René**, Droit administratif général Tome 1, 15<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris 2001.

**Chapus René**, Droit administratif général Tome 2, 15<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris 2001.

**de Laubadère André, Jean-Claude Venezia ve Yves Gaudemet**, Traité De Droit Administratif Tome 1, 12<sup>e</sup> Édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992.

**Degoffe Michel**, L'ambiguïté de la sanction administrative, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial.

**Delmas Mireille Marty ve Teitgen Catherine Colly**, Punirsansjuger, Economica, Paris 1992.

**Dursun Hasan**, Erklar Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, 2009.

**Dursun Hasan**, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

**Ertaş Şeref**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

**Esen Bülent Nuri**, Fransa Cumhuriyeti Anayasası, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, 1948.

**Gazier Francois-Gentot, Bruno Michel-Genevois**, 1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat Kararlarına Etkisi (Çeviren Celal Erkut), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989.

**Gölcüklü Feyyaz**, <<İdari Ceza Hukuku>> Ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963.

**Guyomar Matthias**, La Comptencedupouvoirrglemen taireautonomepourretirerunecarteprofessionnelle à titre de sanction, RFDA, Septembre-October 2004.

**Güneş Gülsen**, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008.

**Güneş Turan**, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, ASBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.

**Karabulut Mustafa**, İdari Yapıtların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

**LesPouvoirs de l'administration dans le domaine dessanctions**, Conseil d'Etat, La Documentationfrançaise, Paris 1995.

**Mantovani Ferrando**, DirittoPenaleParte generale, V edizione, Casa EditriceDott. AntonioMilani, Cedam-Padova 2007.

**Memlouk Malik**, L'étatdudroit dans le domaine desinstallationsclassées, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

**Metin Yüksel**, Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinın Unsurları in Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008.

**Moderne Frank**, Sanctionsadministratives et justiceconstitutionnelle, Economica, Paris 1993.

**zman Aydoğan**, İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu, Ankara 1967.

**Öztürk Kazım Burak**, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

**Sancakdar Oğuz**, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

**Sarıca Murat**, Fransa'nın V inci Cumhuriyet Anayasası, İÜHFİM, Cilt: XXVII, Sayı: 1-4, 1962.

**SauvéJean Marc**, Lessanctionsadministratives en droitpublicfrançais, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

**Schwarze Jurgen**, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006.

**Soyaslan Doğan**, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara 1990.

**The Status of Public Officials in Europe**, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999.

**Tezcan Durmuş**, AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil yargılanma Hakkı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Matbaası, Ankara 2008.

**Tezcan Durmuş-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar-Rifat Murat Önok**, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

**Ulusoy Ali**, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

**VermeuleAdrian**, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122: 1095, 2009.

**Waline Jean**, Droitadministratif, 22<sup>e</sup>édition, ÉditionsDalloz, Paris 2008.



# HUKUKUMUZDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNİN İVEDİLİKLE GÖRÜŞÜLMESİ YASAĞI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

*Prohibition On Urgent Assembly Meetings For Discussions Regarding Constitutional Amendment Proposals Under Turkish Law*

**Dr. Seyfettin KARA<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 26.12.2016

Kabul Tarihi: 19.04.2017

## ÖZET

Anayasalar devleti kuran toplum sözleşmeleridir. Anayasaların değiştirilmesi alelade kanunlar gibi kolay olmamalıdır. Bilakis anayasa değişiklik usulü alelade kanunlardan farklı ve zor olmalıdır. Nitekim 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında anayasa değişikliği tekliflerinin ivedilikle görüşülmesi yasağı öngörülmüştür. Söz konusu yasağın 1982 Anayasasındaki görünümü anayasa değişikliği teklifinin TBMM Genel Kurulunda iki defa görüşülmesi ve iki görüşme arasındaki sürenin en az 48 olması şartıdır.

Karşılaştırmalı hukuk bağlamında ABD, Almanya ve komşumuz Azerbaycan ile Yunanistan anayasalarında da anayasanın değiştirilmesi usulü alelade kanunlardan farklı olup ivedilikle görüşülme yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Sadece iki görüşme arasında geçmesi gereken süre söz konusu ülke anayasalarında 48 saatten daha fazla öngörülmüştür.

Anayasa değişikliği tekliflerinin ivedilikle görüşülme yasağı getirilmesine rağmen tekliflerin TBMM'de öncelikle görüşülmesine ilişkin herhangi bir yasak söz konusu değildir. Zira anayasa değişikliği teklifleri ivedilikle görüşülememesine rağmen öncelikle görülebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa değişikliği, ivedilik, teklif, öncelik, görüşülme yasağı, karşılaştırmalı hukuk

## ABSTRACT

Constitutions are social contract establishing the state. Therefore, constitutional amendments must not be as easy as amending any law. Any procedure of constitutional amendments must be different and difficult. For instance, Constitutions of 1924, 1961 and 1982 respectively prohibited assembly to convene urgently to discuss constitutional amendments. Under the current constitution, 1982, the assembly is obliged to meet twice in case there is a proposal on amending any constitutional article and the period between the first and the second assembly meetings cannot be less than 48 hours.

In the context of comparative law, similar restrictions and/or prohibitions can also be found in other constitutions such as the constitutions of the USA, Germany or Azerbaijan and Greece, our neighboring states. They have longer period than 48 hours to hold the first and the second meetings.

The Turkish assembly is prohibited to convene urgently in case of a discussion on constitutional amendments, there is no restriction on giving priority to any constitutional amendment's proposal. Therefore, the proposal can have priority in the assembly's agenda.

**Key Words:** Constitutional Amendment, Urgency, Proposal, Priority, Prohibition on Discussion, Comparative Law.

<sup>1</sup> Muğla İdare Mahkemesi Başkanı, seyfettinkara@yahoo.com

## GİRİŞ

Anayasa denilince, ana ve yasa kelimelerinin birleşmesiyle oluşan, yasaların anası ve yasalara kaynaklık eden yasa akla gelir<sup>2</sup>. Anayasalar, devletin temel kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini belirleyen kurallar bütünü olarak tanımlanır<sup>3</sup>. Başka bir deyişle anayasalar, devleti kuran bir toplum sözleşmesi olarak nitelendirilir<sup>4</sup>. Günümüzde bu toplum sözleşmeleri yazılı olarak düzenlenmektedir. Gerçekten de çoğu devletlerin anayasalarının yazılı olduğu görülür. Yazılı anayasa istisnalarından en göze çarpanı da İngiltere ve İsrail'dir<sup>5</sup>.

Yazılı anayasalar, değiştirilmelerinde izlenen yöntemin sıradan kanunların değiştirilmesinde izlenen yöntemle aynı olması ve/veya onlara göre zorlaştırılmış olup olmamaları açısından yumuşak ve katı anayasa olarak iki kısımda adlandırılır<sup>6</sup>. Bu bağlamda yazılı bir anayasanın değiştirilmesinde sıradan kanunların değiştirilmesine göre hiçbir zorlaştırıcı şart söz konusu olmayan anayasalara "yumuşak anayasa"; değiştirilmesi normal kanunlardan daha sıkı koşullara bağlanmış olan anayasalara da "katı anayasa" denilir<sup>7</sup>.

Katı anayasaların değiştirilme usulleri normal kanunlardan daha zor olup, değiştirilmesi için bir takım koşullar öngörülmüştür<sup>8</sup>. En çok görülen katılık ölçütleri; anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanması, gerek değişiklik teklifinin kabulünde gerekse yasama organında sıradan kanunlara nazaran nitelikli bir yeter sayısının aranması, değişikliğin halk oylamasına sunulması, değişiklik sürecinin uzatılması ve değişiklik teklifinin alelade kanunlar gibi ivedilikle görüşülmemesi gösterilebilir.

Bir anayasanın katı anayasa sayılması için belirtmiş olduğumuz zorlaştırıcı koşulların tümünü içermesi gerekmez. Bunlardan sadece biri ya da birkaçı olması durumunda da o anayasa katı anayasa olarak nitelendirilecektir. Nitekim makalemizin konusu olan "ivedilikle görüşülme yasası" bile tek başına bir anayasada söz konusu ise bu yasak o anayasanın katı anayasa olduğunu gösterir.

---

<sup>2</sup> Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 1969, s. 7.

<sup>3</sup> Erdal Onar, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara 2003, s. 11.

<sup>4</sup> Zafer Gören-Ömer İzgi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C: II, Ankara 2002, s. 1520.

<sup>5</sup> Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1974, s. 177.

<sup>6</sup> Bülent Nuri Esen, Anayasa Hukuku Umumi Esaslar, Ankara 1970, s. 71.

<sup>7</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 59.

<sup>8</sup> Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 160.

Biz de anayasa değişiklik teklifinin ivedilikle görüşülmesi yasağının 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarımızda ne şekilde düzenlendiğini, karşılaştırmalı hukuk bağlamında çeşitli ölkelerin anayasalarında bu yasağın yer alıp almadığını, aldı ise bu düzenlemelerin ne olduğu, iki görüşme arasında geçmesi gereken sürenin ne olduğu ve de ne kadar olması gerektiği hususlarını incelemeye çalıőacaęız.

## **HUKUKUMUZDA ANAYASA DEğİŞİKLİğİ TEKLİFİNİN İVEDİLİKLE GÖRÜŞÜLMESİ YASAğI ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAğLAMINDA İNCELENMESİ**

Çeşitli ölkelerinde olduğu gibi 1982 Anayasasından önceki anayasalarımızda da ivedilikle görüşülme yasağı söz konusuydu. 1982 Anayasasındaki ivedilikle görüşülme yasağına girmeden önce ivedilikle görüşme yasağının ne anlam ifade ettiği ve neyi amaçladığı, çeşitli ölkelerinde incelenmesi suretiyle karşılaştırmalı hukuktaki görüőümünün ne olduğu hususlarını açıkladıktan sonra eski Anayasalarımızdaki ivedilikle görüşülme yasağı düzenlemelerine göz atmakta yarar görmekteyiz.

### **I. İVEDİLİKLE GÖRÜŞME YASAğININ TANIMI ve AMACI**

İvedilik kelimesi, “çabuk, hemen yapılma gerekliliği” anlamındadır<sup>9</sup>. İvedilik terimi bir kanun tasarısı veya teklifinin iki defa görüşülme yerine bir defa görüşülmesi anlamına gelir<sup>10</sup>. İvedilik teriminin Arapça “müstaceliyet” sözcüğünü karşılamakta olduğunu ve bir defa görüşülme anlamına geldiğini 1927 tarihli Dahili Nizamnamesinden de görürüz. Söz konusu ivedilik kavramının mefhumu muhalifinden ivedilikle görüşme yasağı, tekliflerin birden fazla görüşülmesi gerekliliğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında ivedilik teriminin salt iki defa yerine tek görüşme ile yetinmenin anlaşılması gerektiğini saptayarak aynı görüşü ifade etmiştir<sup>11</sup>. Yine 1982 Anayasasının 148. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin iptali istenen anayasa değişiklik tekliflerini “ivedilikle görüşülüp görüşülmediği” açısından da denetleyeceği ifade edilmiştir. İvedilikle görüşme yasağının ne anlam ifade ettiği de Anayasanın 175. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre ivedilikle görüşme yasağı, anayasa değişiklik teklifinin TBMM Genel Kurulunda “iki defa görüőülmesidir”. Zira anayasa değişiklik tekliflerinin ikiden az görüşülmesi ivedilikle görüşülme yasağının ihlali olur.

---

<sup>9</sup> Türkçe Sözlük, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 511.

<sup>10</sup> Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 255; Türk Hukuk Lügati, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 259.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi, 13.04.1971 gün, E: 1970/41, K: 1971/37, AMKD, S. 9, s. 422-426.

Buna karşılık ivedilik terimine, kanun tasarı ve tekliflerinin iki defa yerine tek görüşme yapılmasından daha geniş bir anlam verilip bunun kanun tasarı ve teklif görüşmelerindeki çabuklaştırıcı her türlü yolu içerdiğini ileri süren milletvekilleri de vardır<sup>12</sup>. Bu bağlamda ivedilikle görüşme yasağı teriminden anayasa değişiklik tekliflerinin bir defa görüşülmesi yerine iki defa görüşülmesinin gerektiği ve iki görüşme arasında da belli bir süre olması gerektiği sonucu çıkmaktadır<sup>13</sup>.

Anayasa koyucunun anayasa değişiklikleri için ivedilikle görüşülmemesinin ve dolayısıyla iki kez görüşülmesinin şart koşulmasının amacı, anayasa değişikliklerini aceleye getirmemek, daha olgunlaştırabilmek, iki görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan görüşlerini ifade etmesine olanak sağlamak ve bunun sonucu olarak da hem toplumda hem de yasama organında uzlaşmayı sağlamaktır<sup>14</sup>.

## II. YASAĞIN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Günümüzde yazılı olmayan anayasalar son derece istisnaidir. Yazılı olmayan anayasalardan en bilineni Büyük Britanya'dır. Yürürlükte olan anayasaların çoğu yazılıdır<sup>15</sup>. Yazılı olmaları sebebiyle ülkemiz anayasalarında olduğu gibi bu ülke anayasalarının değiştirilmesi de belli usullere tabidir. Burada Amerika Birleşik Devletleri, Suriye, Yunanistan ve Almanya Anayasalarının değişiklik usulünü ve bu Anayasalarda ivedilikle görüşme yasağının olup olmadığı hususlarını inceleyeceğiz.

1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının beşinci maddesi ile bu Anayasada değişiklik yapılma usulleri gösterilmiştir. Bu düzenleme uyarınca Birleşik Devletler Anayasasında değişiklik yapılabilmesi için kongrenin her iki meclisinin üçte ikisinin başvurusu ve sonrasında federe devletlerin dörtte üçünün kabulü gerekmektedir. Bu nitelikli çoğunluğun aranması anayasada değişiklik yapılmasını epey zorlaştırmıştır. Zira bugüne kadar verilen 9000'den fazla değişiklik önerisi Kongre tarafından incelenmiş, bunlardan sadece 33'ü kabul edilmiş ve federe devletlerce de 27'si onaylanıp anayasa değişikliği haline gelmiştir<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 2, C: 36, s. 429-432.

<sup>13</sup> Erdoğan Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 68, Erdal Onar, a.g.e., s. 49.

<sup>14</sup> Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 282; Erdal Onar, a.g.e., s. 50; Ergun Özbudun, a.g.e., s. 127.

<sup>15</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, s. 45.

<sup>16</sup> (<http://www.photos.state.gov>) (Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Birleşik Devletler Tanıtma Dairesi, 1987, s. 71).

ABD Anayasası, önerilen bir anayasa değişikliğini onaylamak için eyaletlere belli bir süre saptamamaktadır. Bu sebeple ivedilikle görüşülme yasağının söz konusu olmadığını söyleyebiliriz. Ancak mahkemeler anayasa değişikliklerinin makul bir süre içinde onaylanması gerektiği ve hangi sürenin makul olduğuna Kongrenin karar vereceği görüşündedirler. Nitekim 1900'lü yılların başından beri önerilmiş olan çoğu anayasa değişiklik teklifi için gerekli olan onaylamanın yedi yıl içinde sağlanması zorunluluğunu içermektedir<sup>17</sup>. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ivedilikle görüşülme yasağı, yani iki defa görüşülme şartı söz konusu olmayıp anayasa değişiklik tekliflerinin sürüncemede kalmaması için en geç yedi yıl içinde onaylanması şeklinde azami süre getirilmiştir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasına bakacak olursak; bu Anayasanın 79. maddesi anayasanın değiştirilmesini düzenlemiştir. Bu madde hükmü uyarınca, anayasanın ancak kendisinin lafzını açıkça değiştiren veya tamamlayan bir kanunla değiştirilebileceği, böyle bir kanunun Federal Millet Meclisi üyelerinin 2/3'ünün onayının ve Federal Senato'nun 2/3 oyunun gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca federal devletin federe devletlere bölünmesini, federe devletlerin yasama faaliyetlerine katılmasını veya birinci (insanlık haysiyetinin himayesi) ve 20. (anayasal prensipler-direnme hakkı) maddelerde yer alan temel ilkeleri etkileyecek değişiklik yapılamayacağını düzenlemiştir<sup>18</sup>. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere Federal Almanya Almanya Anayasası sert bir anayasa olup değiştirilmesi zor koşullara bağlanmasına rağmen katı anayasanın göstergelerinden olan ivedilikle görüşülme yasağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu anayasanın değiştirilmesinin ivedilikle yapılabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.

Komşu ülkelerimiz anayasalarında bu yasağın düzenlenip düzenlenmediğine kısaca bakacak olursak;

- Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası metninde yapılacak olan değişikliklerin yalnızca referandum yoluyla yapılabileceği 152. maddede düzenlenmiştir. Bu Anayasa metnine yapılacak ilavelerin nasıl yapılacağı hususu 156. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bu anayasaya yapılacak ilavelerin Azerbaycan Cumhuriyeti Millet Meclisinin 95 milletvekilinin oy çokluğu ile, anayasal kanunlar şeklinde kabul edileceği; ilaveler hakkındaki bu kanunların Millet Meclisinde iki kez oylanacağı ve ikinci oylamanın birinci oylamadan altı ay sonra yapılacağı şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir<sup>19</sup>. Anayasa metninden de görüleceği üzere

---

<sup>17</sup> <http://www.photos.state.gov> (Açıklamalı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, s. 41).

<sup>18</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Çeviren: Şeref Ünal, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1972, s. 35.

<sup>19</sup> Hasan Tunç, Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008, s. 162.

Azerbaycan Anayasasında ivedilikle görüşülme yasağı düzenlenmiş olup, anayasa değişiklik teklifinin Millet Meclisinde iki defa oylanacağı belirtilmiştir. Ayrıca iki görüşme arasındaki süre Anayasamızda en az 48 saat olarak düzenlenmesine rağmen Azerbaycan Anayasasında en az altı ay gibi uzun bir süre öngörülmüştür.

- 13 Mart 1973 tarihli Suriye Anayasasında; anayasa değişikliği 149. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre cumhurbaşkanı ve halk meclisi üye tam sayısının 2/3 milletvekilinin anayasa değişiklik talebinde bulunabileceği, bunun üzerine meclisin araştırma için özel bir komisyon kuracağı ve sonrasında teklifin meclis üye tam sayısının 2/3 milletvekili oyuyla kabul edileceği düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Bu Anayasaya baktığımızda da anayasa değişikliği için nitelikli çoğunluk aranmasına rağmen ivedilikle görüşülme yasağı ve iki defa görüşülmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Son olarak, 1975 tarihli Yunanistan Anayasasında; söz konusu Anayasanın 76. maddesinde her türlü kanun tasarı ve tekliflerinin bir kez görüşülüp oylanacağını, ancak daha önce görüşülmüş olan ve 42. maddeye göre meclise gönderilen kanun tasarı ve tekliflerinin meclis genel kurulunca iki defa görüşüleceği ve ilkinde maddelerin tek tek, ikincisinde ise maddelerin bir bütün olarak görüşülüp oylanacağı belirtilmiştir. Anayasanın değiştirilmesine ilişkin 110. maddede de anayasanın değiştirilmesi biraz daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna göre anayasa değişiklik teklifi meclisin en az 50 üyesinin teklifi üzerine meclis üye tam sayısının 3/5 oy çoğunluğuyla ve aralarında en az bir ay geçecek olan iki oylamayla kabul edilecek bir meclis kararı ile tespit edilecektir. Bu karar değiştirilecek hükümleri açıkça belirtecektir. Bu karar üzerine meclis, gelecek ilk oturumda üye tam sayısının salt çoğunluğuyla değiştirilecek anayasa hükümleri hakkında karar verecektir. Eğer bir anayasa değişiklik teklifi, üye tam sayısının mutlak çoğunluğunu aldığı halde 3/5 oy çoğunluğunu sağlayamazsa gelecek meclis ilk oturumunda üye tam sayısının 3/5 çoğunluğuyla değiştirilecek hükümler hakkında vereceği ve usulüne uygun oylanmış olan bu anayasa değişikliğinin meclis tarafından kabulünden itibaren 10 gün içinde Resmi Gazetede yayınlanıp özel bir parlamento kararı ile yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Yunanistan Anayasasında da ifade edildiği üzere anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşüleceği ve iki görüşme arasında bir aydan az zaman olmayacağı belirtilerek anayasa değişikliklikleri için ivedilikle görüşme yasağının söz konusu olduğu görülmektedir.

---

<sup>20</sup> Hasan Tunç, a.g.e., s. 220-221.

<sup>21</sup> Hasan Tunç, a.g.e., s. 283.

### III- 1982 ANAYASASINDAN ÖNCEKİ ANAYASALARIMIZ

Osmanlı Devletinde anayasa deyimi yerine kanun-u esasi kullanılırdı. 1876 Anayasasının (Kanun-u Esasi) 116. maddesinde, anayasanın nasıl değiştirileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre anayasa değişikliği teklifinde bulunmaya Bakanlar Kurulu, Heyeti Mebusan ve Heyeti Ayan yetkilidir. Bu anayasa değişikliği tekliflerinin her iki mecliste de 2/3 oy çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekir. Bu çoğunluk ile kabul edilen anayasa değişikliği teklifinin yürürlüğe girebilmesi Padişahın onayı ile mümkün olup, Padişah bu konuda mutlak bir veto yetkisine sahiptir<sup>22</sup>. Bu anayasa döneminde uygulanan ve gerek Heyeti Mebusan Nizamnamei Dahilisinde, gerekse Heyeti Ayan Nizamnamei Dahilisinde anayasanın değiştirilmesine dair bir hüküm bulunmamıştır<sup>23</sup>. Bu bağlamda 1876 Anayasası katı bir anayasa olmasına ve değiştirilmesi bir takım koşullara bağlanmasına rağmen ivedilikle görüşülme yasağı bu Anayasamızda söz konusu değildir.

1921 Anayasasında (Teşkilatı Esasiye Kanunu), anayasa değişikliğine ilişkin herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Anayasa değişikliğine ve dolayısıyla ivedilikle görüşülme yasağına ilişkin özel hüküm bulunmaması dolayısıyla tarihimizdeki tek yumuşak anayasadır<sup>24</sup>.

1924 Anayasasının 102. maddesinde Anayasanın değiştirilme usulü düzenlenmiştir. Değişiklik teklifinde ve değişikliklerde belli bir oy çoğunluğunun arandığı, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu, birinci madde hükmünün değiştirilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir<sup>25</sup>. Ancak ivedilikle görüşülemeyeceği yasağına yer verilmemiştir. Bu anayasa döneminde uygulanan 1927 tarihli Dahili Nizamnamesinde de anayasa değişikliğine ve dolayısıyla ivedilikle görüşülme yasağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir<sup>26</sup>.

1961 Anayasasında anayasanın nasıl değiştirileceği 155. maddede düzenlenmiştir<sup>27</sup>. 1961 Anayasası da 1876 Anayasası gibi iki meclisli parlamento sistemini kabul etmiştir. Millet Meclisinin yanında Cumhuriyet Senatosu da kabul edilerek iki meclisli sisteme geçilmiştir<sup>28</sup>. Millet Meclisi genel oyla seçilen 450 milletvekilinden oluşmakta olup Cumhuriyet Senatosu da genel

---

<sup>22</sup> Yavuz Atar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Mimoza Yayınları, Konya 2002, s. 209.

<sup>23</sup> Servet Armağan, Memleketimizde İktüzükler, İÜHF Yayınları, İstanbul 1972, s. 55 vd.

<sup>24</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 41.

<sup>25</sup> [http// \(cevrimiçi\). www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm](http://(cevrimiçi).www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm).

<sup>26</sup> Servet Armağan, a.g.e., s. 220 vd.

<sup>27</sup> [http// \(cevrimiçi\). www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm](http://(cevrimiçi).www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm).

<sup>28</sup> A. Şeref Gözübüyük, Açıklamalı Türk Anayasaları 1876, 1921, 1924, 1961, 1982 Anayasalarının Yapılışları, Özellikleri ve Yapılan Değişiklikler, 6. Bası, Ankara 2007, s. 84.



oyla seçilen 150 ve Cumhurbaşkanınca seçilen 15 üyeden oluşmaktaydı. Bütün bu üyelerin yanında bir de Cumhuriyet Senatosunun tabii üyeleri de vardı. Tabii üyeler de 13 Aralık 1960 tarih ve 157 sayılı Kanunun altında isimleri bulunan Milli Birlik Komitesi Başkan ve üyeleri ile eski cumhurbaşkanlarından oluşmaktaydı. Buna göre TBMM’de her iki Meclisin toplam parlamenter sayısı 615’in üzerindeydi. 1961 Anayasasının 155. maddesinde belirtildiği üzere anayasa değişikliğinin teklif edilebilmesi için TBMM üye tam sayısının en az 1/3’ünün oyu gerekmiştir.

1961 Anayasasının 155. maddesinde; “.....Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez.” düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeden de görüldüğü üzere Anayasal tarihimizde ilk defa ivedilikle görüşülme yasağı 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. 1961 Anayasasından önceki anayasalarımızda bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından anayasa değişikliği tekliflerinin ivedilikle görüşülme yasağı da söz konusu değildi diyebiliriz. Çünkü her ne kadar 1961 Anayasasının geçici üçüncü maddesi hükmü uyarınca 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü’nün kabulüne kadar yürürlükte kalmış olan 1927 tarihli Dahili Nizamnamenin 99. maddesinde tüm kanun tasarı ve tekliflerinin iki görüşmeye tabi olduğu şeklinde düzenlemeye yer verilmişse de aynı Tüzüğü’nün 72. maddesinde müstaceliyetine karar verilen kanun tasarı ve teklifleri için bir görüşme söz konusu olabileceği belirtilmişti. Dolayısıyla anayasa değişikliği de bir kanun tasarı şeklinde olduğundan aciliyetine karar verilen her anayasa değişikliği teklifinin bir defa görüşme ile yetinileceği görülmektedir. Kanun tasarı ve teklifleri için aciliyetine binaen bir defa görüşülme yeterli olmasına rağmen 1961 Anayasasının bu açık ve amir hükmü gereği artık anayasa değişiklik teklifleri ivedilikle görüşülemez. Bunun da anlamı yukarıda değindiğimiz üzere anayasa değişiklik teklifleri için iki defa görüşmenin söz konusu olmasıdır.

1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü ile kanun tasarı ve tekliflerinin iki defa görüşülmesi yöntemi kaldırılarak tek görüşme yöntemi benimsenmiştir. Dolayısıyla artık kanun tasarı ve teklifleri için tek görüşme yöntemi söz konusu olacağından ivedilik terimi anlamını yitirmiştir<sup>29</sup>. Ancak 1961 Anayasasındaki anayasa değişiklikleri için öngörülmüş olan ivedilikle görüşme yasağı sebebiyle yalnızca anayasa değişiklik teklifleri için iki defa görüşülme zorunluluğu söz konusu olmuştur.

1961 Anayasası Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere iki meclis sistemi öngördüğüne ve ivedilikle görüşülme yasağı da söz konusu olduğuna göre anayasa değişiklik tekliflerinin görüşülmesinde nasıl bir yol izlenmekteydi? Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasında anayasa

---

<sup>29</sup> Erdal Onar, a.g.e., s. 49.



değişiklik tekliflerinin görüşülme ve kabulünün birinci fıkradaki istisnai hükümler dışında kanunların görüşülme ve kabulü hakkında hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla anayasa değişikliği tekliflerinde Anayasanın 92. maddesinde düzenlenen kanunların yapım usulüne ilişkin sıra takip edilmelidir. Buna göre de anayasa değişikliği önce Millet Meclisinde görüşülüp sonrasında da Cumhuriyet Senatosuna gönderilecektir. Ayrıca değiştirme teklifleri her iki mecliste de ayrı ayrı görüşüldükten sonra teklifin kabulü bu meclislerin ayrı ayrı üye tam sayılarının 2/3 çoğunluğuyla mümkün olurdu. Sonrasında her iki meclisçe kabul edilen değişiklikler Genel Kurulda ivedilikle görüşme yasağı kapsamında iki defa görüşülüp kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanına gönderilirdi.

Anayasa değişikliği teklifleri ivedilikle görüşülemeyecek ve bu bağlamda iki defa görüşülecek; ancak bu iki defa görüşme arasında geçmesi gereken süre ne olacaktır? Bu konuda 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün kabulüne kadar yürürlükte kalmış olan 1927 tarihli Dahili Nizamnamede herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. 1973 tarihli İçtüzükle süre konusunda düzenleme yapılmış ve İçtüzüğü'nün 91. maddesinde ikinci görüşme ile birinci görüşme arasında en az 48 saatlik bir süre olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak burada dikkatimizi çeken husus, Anayasa metninde ivedilikle görüşülme yasağı olarak belirtilen hususun İçtüzükte iki defa görüşülme şeklinde düzenlendiğini görmekteyiz. Burada her ne kadar terim ayrılığı söz konusu olsa bile anayasa değişikliğinin aceleyle görüşülmemesi bağlamında aynı amaca hizmet ettiği anlaşılır.

İvedilikle görüşülme yasağı, 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 91. ve 92. maddeleri için müstereken düzenlenmiş olan teklif gerekçesinde de; anayasanın değiştirilmesine ilişkin kanun teklifleri ile ilgili komisyon raporlarının, bu raporlar teklifin reddine dair bile olsa iki kere görüşüleceği ifade edilmiştir<sup>30</sup>. Nitekim Anayasa Komisyonu da, anayasa değişikliği teklifine ilişkin İçtüzüğü'nün 91. ve 92. maddelerindeki düzenlemelerin gerekçesinde kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesinde iki görüşme esası kaldırıldığı halde anayasa değişikliği tekliflerinde iki görüşme esasının aynen bırakıldığını ifade etmiştir<sup>31</sup>.

1973 tarihine kadar yürürlükte olan 1927 tarihli Dahili Nizamnamesinde tüm kanun tasarı ve teklifleri için iki kere görüşülme şartı getirilmiş ve bu iki görüşme arasındaki sürenin beş gün olacağı belirtilmişti. Ancak bu süre anayasa değişikliği teklifi hususuna özgü değil, tüm kanun tasarı ve teklif değişikliği için öngörülmüştür. Zira anayasa değişikliği teklifine özgü özel bir düzenleme

---

<sup>30</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 04.12.1972, C: 29, B. 13, SS.763, s.14.

<sup>31</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 04.12.1972, C: 29, B. 13, SS.763, s. 31.

değildir. Bu bağlamda anayasa değişiklik teklifine ilişkin özel bir düzenleme olmamasına rağmen, bir kanun teklifi olan anayasa değişiklik teklifinde de aynı usul izlenmekteydi. Ancak Nizamnamenin 76. maddesi uyarınca hükumete ve ilgili komisyona beş gün geçmeden ikinci görüşmeye başlamayı isteme yetkisi veriliyordu. Dolayısıyla iki görüşme arasında geçmesi gereken süre şartına uyulmuyordu. Anayasa değişiklikleri için de bu yol işletilmiş ve bu yolun işletilmesi Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır<sup>32</sup>.

#### IV- 1982 ANAYASASI

1982 Anayasasının 175. maddesinde; Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin ivedilikle görüşülemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak Anayasanın bu maddesi 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte ivedilikle görüşülmeme, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği şeklinde düzenlenerek günümüzdeki şeklini almıştır. Böylece 1987 yılında Anayasada yapılmış olan bu değişiklik ile Anayasa ve İçtüzük kuralları arasında terim birliği de sağlanmış oldu<sup>33</sup>.

1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün ismi 16.05.1996 tarih ve 424 numaralı karar ile değiştirilerek Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ismini almıştır. İvedilikle görüşülme yasağı, anayasa değişiklik tekliflerinin genel kurulda iki defa görüşüleceği ve bu iki görüşme arasında en az 48 saatlik bir süre olacağı belirtilerek yeniden şekillenmiştir.

1982 Anayasası ile, 1961 Anayasasında öngörülmüş olan iki meclis sistemi kaldırılarak tek meclis sistemine geçilmiştir. Bu durumda anayasa değişiklik teklifleri Genel Kurulda iki defa görüşülecektir. Bu görüşmeler kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi usulüne tabi olacaktır. Şöyle ki İçtüzüğü'nün 82. maddesi uyarınca, birinci görüşmede önce anayasa değişikliği teklifinin tamamı ele alınacaktır. Bu görüşme sonrasında maddelere geçilip geçilmeyeceği kararlaştırılacaktır. Maddelere geçilmezse anayasa değişikliği teklifi reddedilmiş sayılacağından sonraki işlemlere gerek kalmayacaktır<sup>34</sup>. Maddelere geçilmesinin kabul edilmesi halinde de, sıra değişiklik teklifi maddelerinin her birinin görüşülüp onaylanmasına gelecek ve bu işlemin birer birer bütün maddeler için yapılmasıyla, değişiklik teklifinin birinci görüşmesi sona erecektir. En az 48 saat sonra başlayacak olan ikinci görüşmede tekrardan bütün maddeler için görüşme açılmayacak, yalnızca bunlar için verilmiş olan değişiklik önerileri tartışılıp oylanacaktır. İkinci görüşmede hiç değişiklik önergesi verilmemişse, o zaman sadece maddelerin oylamasıyla

---

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi, E: 1973/19, K: 1975/87, 26.02.1976 tarihli RG, No. 15511.

<sup>33</sup> Erdal Onar, a.g.e., s. 50, Erdoğan Teziç, a.g.e., s. 37.

<sup>34</sup> Erdal Onar, a.g.e., s. 50.

yetinilecektir<sup>35</sup>. En sonunda, anayasa değişiklik teklifinin tümü üzerinde yapılacak oylamayla değişiklik süreci tamamlanmış olacaktır.

1982 Anayasasının 175. maddesi ile TBMM İçtüzüğü'nün 93. maddesinde düzenlenmiş olan anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşülmesi terimi Anayasasının 148. maddesinin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliğini şekil bakımından denetleyebilme sebepleri belirtilirken ivedilikle görüşülüp görüşülmediği şartına uyulup uyulmadığından söz edilmekte olup, bu durum hem Anayasasının 175. maddesi hem de İçtüzük hükümleriyle uyumlu değildir. Bu sebeple, bu maddede de iki defa görüşülüp görüşülmediği yönünde değişiklik yapılması yerinde olurdu<sup>36</sup>.

Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliği iptaline karşı açılan davayı şekil açısından denetleyecek ve şekil açısından denetlerken onun izlemesi gereken süreçte ortaya çıkan her türlü aksaklığı dikkate alamayacak sadece teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülmeme şartlarına uyulup uyulmadığı hususları yönünden denetleyecektir. Nitekim Yüksek Mahkeme de, 1982 Anayasasının geçici dördüncü maddesini yürürlükten kaldıran, ancak bu yürürlükten kalkmanın kesinleşmesini Anayasasının o andaki düzenlemesinde yer almayan zorunlu halk oylamasına sunulma ve o halk oylamasında kabul edilme şartına bağladığı için, şekil açısından Anayasaya aykırı bir durum yaratan anayasa değişikliğine ilişkin 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunun dördüncü maddesi hakkındaki iptal istemini, söz konusu Anayasaya aykırılık iddiası Anayasasının 148. maddesinde belirtilen hususlardan olmadığından ilk inceleme aşamasında reddetmiştir<sup>37</sup>.

Anayasa değişiklik teklifleri için kanun tasarı ve tekliflerinden farklı olarak iki görüşme yapılması zorunluluğu söz konusudur. Bu bağlamda aklımıza birinci görüşmede reddedilen anayasa değişikliği teklifinin ikinci görüşmede tekrar görüşülüp görüşülmeyeceği sorusunu getirmektedir. Gerçekten ilk görüşmede reddedilen teklif madde metninden çıkarılıp ikinci görüşme için sadece kabul edilen maddeler için mi gidilecek, yoksa ilk görüşmede reddedilen maddeler de dahil olmak üzere değişiklik teklifinin tüm maddeleri ikinci görüşmeye dahil edilip kabul veya reddedildiklerine bu görüşmede mi karar verilecektir? Uygulamada ilk görüşmede reddedilen maddelerin ikinci görüşmelerinin yapılıp bu aşamada kabul edildikleri görülmektedir. Nitekim 1973 yılında sekiz maddelik bir anayasa değişikliği teklifinin ilk görüşmede reddedilen iki maddesinin ikinci görüşmede kabul edilmesi sonucu Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasında Yüksek Mahkeme, birinci görüşmede reddedilen bu

---

<sup>35</sup> Serap Hamzaoğlu, Türk Anayasalarında Anayasasının Değiştirilmesi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 62.

<sup>36</sup> Erdal Onar, a.g.e., s. 50.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi, 18.06.1987 gün, E: 1987/9, K: 1987/15, AMKD, S. 23, s. 286-294.

iki maddenin iki görüşmede ele alınıp kabul edilmesini Anayasaya aykırı bulmayarak oy çokluğuyla açılan davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde de;

“... kimi oylamaların bitirici ve kesin olmasına karşın, maddelerin birinci görüşmeleri sonunda yapılan oylama böyle bir sonuç ortaya koymaz. Yani bu oylama sonunda madde kesin olarak kabul veya reddedilmiş olmaz. Çünkü o madde ister kabul edilmiş ister kabul edilmemiş olsun mutlaka ikinci oylamadan geçecek ve bu oylamada belirecek haliyle tasarı veya teklifin tümü açık oya sunulacaktır. Başka bir deyimle ikinci oylama, birinciye nazaran bitirici bir sonuç ortaya koyar. Yani birinci ve ikinci görüşmede kabul edilmeyen yahut birinci görüşmede kabul edildiği halde ikinci görüşmede kabul edilmeyen madde teklif metninden kesin olarak düşecek ve teklifin tümü bu haliyle açık oylamaya sunulacaktır...”

demiştir<sup>38</sup>. Nitekim TBMM İçtüzüğü'nün 94. maddesinin 2. fıkrası da Yüksek Mahkeme kararını destekler mahiyettedir. Söz konusu madde uyarınca anayasa değişikliği teklifine ilişkin birinci görüşmede yeterli çoğunluğu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunluğu alamaz ise reddedilmiş olur. Bu bağlamda Kemal Gözler de söz konusu Tüzük maddesi uyarınca birinci görüşmede reddedilmiş maddeler için ikinci görüşmede oylama yapılabileceğini savunmuştur<sup>39</sup>. Öte yandan Ergun Özbudun ve Erdal Onar'a göre, anayasa değişikliği teklifine ilişkin birinci görüşmede reddedilen maddeler için anayasa değişikliği süreci kesin olarak tamamlanmıştır. Artık ikinci görüşmede reddedilen maddelerin görüşülmesi ve oylanması mümkün değildir. Sadece birinci görüşmede kabul edilen maddelerin görüşülmesi ve oylanması gerekir<sup>40</sup>. Kanımızca da Yüksek Mahkemenin bu kararına katılmak son derece güçtür. Çünkü bu durumda kanun tasarı ve tekliflerinde öngörülmemiş olup da anayasa değişikliği teklifinde açıkça anayasada ifadesini bulan iki defa görüşülmeye bu durum aykırılık teşkil eder. Zira alelade kanunlar için öngörülmemiş olan ikinci görüşme, anayasa değişikliği teklifinde reddedilen maddelerin kabul edilebilmesine imkan sağlayan bir yol değildir. Bunun aksini iddia etmek katı anayasa kavramı ile uygun düşmez. Zira böyle bir durumda da anayasayı değiştirmek sıradan kanunlara göre daha kolay hale gelir. Bu bağlamda, kanımızca ikinci görüşmenin yalnızca birinci görüşmede kabul edilen maddeler için yapılması gerekir.

İki kez görüşülme koşulu, anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmeden titizlikle ve özenle gerçekleştirilmesi ve iki görüşme arasındaki sürede kamuoyunun yansıtılabilmesini amaçlamakla<sup>41</sup> beraber bu iki görüşme arasında

---

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi, 15.04.1975 gün, E: 1973/19, K: 1975/87, AMKD, S. 13, s. 460-462.

<sup>39</sup> Kemal Gözler, a.g.e., s. 515.

<sup>40</sup> Erdal Onar, a.g.e., s. 55, Ergun Özbudun, a.g.e., s. 127, Cem Eroğul, a.g.e., s. 148.

<sup>41</sup> Ergun Özbudun, a.g.e., s. 151.

geçmesi gereken süre olan 48 saatlik bir zaman dilimi özenle değerlendirmeye ve kamuoyunun yansıtılabilmesine imkan verebilecek midir? Kanımızca anayasa değişiklikleri devletin temel kanunu olan anayasayı değiştirmeye ilişkin olduğundan bu kadar kısa bir sürenin ne kamuoyunun yansıtılabilmesine ne de milletvekillerin değişiklik teklifleri üzerinde yeterince değerlendirme yapabilmesine imkan verecek bir süre değildir. Bu sebeple sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için iki görüşme arasındaki bu 48 saatlik süreden daha uzun makul bir süre belirlenmesi gerekir. Nitekim karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelediğimiz ülke anayasalarından Yunanistan Anayasasında iki görüşme arasındaki bu süre bir ay, Azerbaycan Anayasasında da altı ay olarak öngörülmüştür. Kanımızca da yasaların anası ve toplum sözleşmesi niteliğinde olan anayasanın değiştirilmesi konusunda milletvekillerince titizlikle incelenip daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi ve de kamuoyunun yeterince yansıtılıp uzlaşmanın sağlanabilmesi için iki görüşme arasında 48 saatten daha uzun bir süre öngörülmelidir.

Burada son olarak değinmek istediğimiz husus, anayasa değişiklik tekliflerinin öncelikle görüşülmesinin ivedilikle görüşülme yasağı kapsamında olup olmadığıdır. Öncelikle görüşme, bir tasarı veya teklifin Genel Kurul gündemine alınması veya gündeme girmiş işin sıralamasının değiştirilerek kendisinden önce gündeme girmiş olan işlerden önce görüşülmesi anlamına gelir<sup>42</sup>. İttüzüğün 52. maddesinde kanun tasarı veya tekliflerinin milletvekillerine dağıtım tarihinden itibaren 48 saat geçmedikçe görüşülemeyeceği belirtilmekle beraber aynı maddenin ikinci fıkrası ile de buna istisna getirilmektedir. Buna göre belirtilen bu süre geçmeden kanun tasarı veya teklifleri hakkında hükümet ve esas komisyon tarafından öncelikli görüşme istenebileceği belirtilmektedir. Bu yetki, anayasa değişikliklerinin görüşülmesi sırasında da kullanılabilir<sup>43</sup>. Bu bağlamda TBMM İttüzüğünün 52. maddesi uyarınca hükümet ve Anayasa Komisyonu anayasa değişikliği teklifinin öncelikle görüşülmesi konusunda TBMM Genel Kurulundan talepte bulunabilir.

1982 Anayasası, anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşülmesini şart koşmuş olmakla birlikte öncelikle görüşme konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir<sup>44</sup>. Bu sebeple anayasa koyucunun ivedilikle görüşmeyi yasaklarken öncelikle görüşme konusunda bir hüküm vaz etmemiş olması, anayasa değişiklikleri bakımından öncelikle görüşmeyi mümkün kıldığı anlamına gelir<sup>45</sup>. Nitekim Yüksek Mahkeme de 1961 Anayasası döneminde

---

<sup>42</sup> Kemal Gözler, a.g.e., s. 516.

<sup>43</sup> Cem Eroğul, a.g.e., s. 147-148.

<sup>44</sup> Volkan Has, Anayasayı Değiştirme Süreci, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 49.

<sup>45</sup> Cem Eroğul, a.g.e., s. 148; Ergun Özbudun, a.g.e., s. 125; Kemal Gözler, a.g.e., s. 516.

vermiş olduğu çeşitli kararlarında, nitelikleri ve amaçları yönünden önceliğin ve ivediliğin farklı kavramlar olduğunu, Anayasa'da yasaklanan hususun ivedilikle görüşülme olduğuna işaret etmiş ve bu terimden tekliflerin görüşülmesini çabuklaştırmayı öngören tüm hükümlerin değil, salt iki defa yerine tek görüşme ile yetinmenin anlaşılması gerektiğini saptayarak, anayasa değişiklik tekliflerini öncelikle görüşmenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>46</sup>. Ancak öncelikle görüşülme ilkesinin anayasanın ivedilikle görüşülmesi yasağı kapsamına girdiğini, bu sebeple öncelikle görüşülmemesi gerektiği yönünde aksi görüşler de mevcuttur<sup>47</sup>. Kanımızca anayasa değişikliği konusunda ayrıksı hükümler öngören ve kanunların görüşülme usullerinden farklı düzenlemelere yer vermiş olan anayasa koyucunun öncelikle görüşme konusunda düzenleme yapmadığına göre anayasa değişiklik tekliflerinin öncelikle görüşülebileceği sonucu çıkmaktadır.

## SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Bu çalışmamızda anayasa değişiklik tekliflerinin ivedilikle görüşülme yasağının hukukumuz anayasalarındaki uygulamalarını ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve komşularımız olan Azerbaycan, Suriye ve Yunanistan Anayasalarında bu yasağın olup olmadığı hususlarını inceledik.

Anayasalar, yasaların anası ve devleti kuran toplum sözleşmesi olarak nitelendirildiğine göre bunların değiştirilmesi de alelade kanunlardan farklı ve zor olmalıdır. Nitekim eski anayasalarımızda -1921 Anayasası hariç- anayasa değişikliği yapılabilmesi için kanun değişikliklerinde öngörülmeleyen bir takım sıkı şartlar öngörülmüştür. Bu koşullardan biri de anayasa değişiklik tekliflerinin ivedilikle görüşülmesi yasağıdır. Bu yasak 1924, 1961 ve 1982 Anayasasının 1987 yılı değişikliğinden önceki halinde ivedilikle görüşülme şeklinde düzenlenmişken 1987 değişikliğinden sonra iki kere görüşülme şeklinde 1982 Anayasasında yer almıştır. Zira bu iki terim de aynı anlama gelmekte olup, bununla amaçlanan anayasa değişikliklik tekliflerinin mümkün olan en az hata ve eksiklik içerecek şekilde olgunlaşması ve uzlaşmanın sağlanabilmesidir. Bu bağlamda kanun tasarısı ve tekliflerinin görüşülme usulünden farklı olarak anayasa değişiklikliklerinin ivedilikle görüşülmesi yasağının olması yani iki defa görüşülmesi yerinde bir düzenlemedir.

Anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşülmesi yerinde bir düzenleme olmakla beraber iki görüşme arasında öngörülen 48 saatlik bir düşünme süresinin yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü bu süre titizlikle incelenip

---

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi, 15.04.1975 gün, E: 1973/19, K: 1975/87, AMKD, S. 13, s. 460-462; E: 1975/167, K: 1976/19, 12.08.1976 tarihli RG, No. 15675.

<sup>47</sup> Rauf Bozkurt - Şeref İba, 100 Soruda Parlamento Hukukuna Giriş, Ankara 2004, s. 119.

değerlendirme ve de kamuoyunun yansıtılması için yeterli olamayacaktır. Nitekim ivedilikle görüşülme yasağının söz konusu olduğu ülkelerden Yunanistan'da iki görüşme arasındaki bu sürenin bir ay ve Azerbaycan'da da altı ay olduğunu görülür. Bu bağlamda, kanaatimizce iki görüşme arasında 48 saatten daha uzun bir süre öngörülmesi gerekir.

Birinci görüşmede reddedilen teklifin ikinci görüşmede oylanıp oylanamayacağı hususunda değişik görüşler söz konusu olup, Yüksek Mahkeme de birinci görüşmede reddedilen teklifin ikinci görüşmede görüşüp oylanabileceği yönünde görüş belirtmiştir. Bu görüşe de katılabilmemiz mümkün değildir. Kanımızca bu durum anayasanın açık hükmüne aykırılık teşkil eder. Zira birinci görüşmede reddedilmiş olan bir anayasa değişikliği teklifinin artık ikinci görüşmesinin yapılmaması gerekir.

Anayasa değişikliği teklifinin öncelikle görüşülüp görüşülemeyeceği hususunda Anayasamızda hüküm olmamasına rağmen Yüksek Mahkeme bu konuda ivedilik ile öncelik kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirterek anayasa değişiklik tekliflerinin öncelikle görüşülebileceği yönünde karar vermiştir. Kanımızca ivedilikle görüşme yasağı konusunda ayrıksı hükümler öngören ve kanunların görüşülme usullerinden farklı düzenlemelere yer vermiş olan anayasa koyucunun öncelikle görüşme konusunda düzenleme yapmaması tekliflerin öncelikle görüşülebileceği anlamına gelir.

Karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelemiş olduğumuz çeşitli ülkelerde de anayasanın değiştirilmesi usulü alelade kanunlardan daha sıklıkla. Nitekim değişiklik teklifi ve kabul oranları ile ivedilikle görüşülme yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak burada dikkatimizi çeken husus iki görüşme arasında geçmesi gereken sürenin Anayasamızda öngörölmüş olan 48 saatlik süreden daha uzun olarak öngöröldüğüdür.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**Akinci Servet**, Memleketimizde İchtüzükler, İÜHF Yayınları, İstanbul 1972.

**Atar Yavuz**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Mimoza Yayınları, Konya 2002.

**Bozkurt Rauf/İba Şeref**, 100 Soruda Parlamento Hukukuna Giriş, Ankara 2004.

**Erdoğan Mustafa**, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara.

**Eroğul Cem**, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1974.



**Esen Bülent Nuri**, Anayasa Hukuku Umumi Esaslar, Ankara 1970.

**Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Çeviren: Şeref Ünal, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1972.

**Gören Zafer/İzgi Ömer**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C: II, Ankara 2002.

**Gözler Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

**Gözübüyük A. Şeref**, Açıklamalı Türk Anayasaları 1876, 1921, 1924, 1961, 1982 Anayasalarının Yapılışları, Özellikleri ve Yapılan Değişiklikler, 6. Bası, Ankara 2007.

**Günday Metin**, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2002.

**Hamzaoğlu Serap**, Türk Anayasalarında Anayasanın Değiştirilmesi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

**Has Volkan**, Anayasayı Değiştirme Süreci, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

**Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 2, C: 36.

**Onar Erdal**, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara 2003.

**Özbudun Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

**Soysal Mümtaz**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 1969.

**Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.

**Teziç Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

**Teziç Erdoğan**, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972.

**Tunç Hasan**, Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008.

**Türkçe Sözlük**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

**Türk Hukuk Lügatı**, 3. Baskı, Ankara 1991.

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.photos.state.gov>



# İDARİ YARGILAMA USUL HUKUKUNDA SEBEP İKAMESİ

*Substitution of Grounds In The Administrative Jurisdiction Procedure Law*

Dr. Yasin SÖYLER<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 11.04.2017

Kabul Tarihi: 17.05.2017

## ÖZET

İdari mahkemeler, idari işlemin sebep unsuru üzerinde denetim faaliyeti yürütürken, idarece işlemin tesisine dayanak olarak gösterilmiş sebebin gerçekleşmemiş olduğunu tespit etmeleri halinde iptal kararı vereceklerdir. Fakat idari mahkemeler, bu tespiti rağmen ayrıca re'sen tespit ettikleri bir başka idari işlem sebebinden dolayı, idari işlemin hukuka uygun olduğu kanaatine ulaşıp davacı-ni talebini reddedebilecekler midir?

Genelde tartışıldığının aksine, idari yargılama usulünde sebep ikamesi sadece idari işlemin sebebi üzerinde gerçekleştirilebilecek bir faaliyet midir? Davacı tarafından ortaya konulan dava sebepleri yerine, mahkemece başka maddi sebepler re'sen tespit edilerek bu sebepler üzerinden hüküm kurulabilecek midir?

Söz konusu sorulara cevap bulmaya çalışırken idari yargılama usulüne özgünlük katan bazı usul kuralları ile karşılaşacağız. Re'sen araştırma ilkesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı (idari yargılama usulündeki anlamıyla) ve idarenin yerine geçilerek karar verilememesine ilişkin usuli kurallar, sebep ikamesi tartışmasında bizleri derinlemesine muhakeme yapma noktasına götürmektedir. İdari yargılama usulünde sebep ikamesinin, çelişmeli yargılama ilkesi (adil yargılanma hakkı), kamu yararının korunması ve hukuk devleti ilkesinin geliştirilmesine olası etkileri ise çalışmamızda göz önünde bulundurduğumuz başlıca konular olmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Sebep, sebep ikamesi, dava sebebi, re'sen araştırma ilkesi, çelişme ilkesi.

## ABSTRACT

While reviewing the grounds of the administrative act, administrative courts shall issue a cancellation decision in case they determine that the grounds presented by the administration to be based on the administrative act has not been materialized. However, despite of this determination, will the administrative courts be able to reach the opinion that the administrative action is legitimate because of another grounds for the administrative act that they have found ex officio and refuse the claimant's claim?

Contrary to what is generally considered, is the substitution of grounds in the administrative jurisdiction procedure an activity that can only be carried out on the grounds of the administrative act? Instead of the grounds of the action laid down by the plaintiff, shall the court be able to render judgment based on the factual reasons that the court has found ex officio?

While trying to find answers to these questions, we will encounter some procedural rules that add originality to administrative jurisdiction procedure. The inquisitorial procedure, the prohibition of extending or amending of allegation and defense (in the meaning of administrative jurisdiction procedure), and the procedural rules regarding court's inability to making decision on behalf of the administration lead us to in-depth deliberation in the discussion on substitution of grounds. The possible effect of substitution of grounds in administrative jurisdiction procedure on the principle of contradiction (the right to fair trial), the protection of the public interest, and the principle of the rule of law have always become the major issues that are taken into consideration throughout the study.

**Keywords:** Grounds, substitution of grounds, ground of action, the inquisitorial procedure, principle of contradiction.

<sup>1</sup> Başbakanlık, ya.soyler@hotmail.com

## GİRİŞ

İdari yargılama usul hukukunda idari mahkemelerce *re'sen inceleme yetkisi* kullanılarak (*ex officio, its own motion*), idari işlem yapılırken esas alınan sebep yerine bu sebebin gerçekleşmemiş olmasından dolayı bir başka sebep gösterilerek iptal davasının reddi yoluna gidilmesi *sebep ikamesi* olarak nitelendirilir. Bu durumda idarenin işlemini tesis ederken dayandığı sebep dolayısıyla değil de mahkemece tespit edilen sebep dolayısıyla idari işlemin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmış olur. Peki idari mahkemeler böyle bir yetkiyi haiz midir? Haiz olduğu kabul ediliyorsa bunun hukuksal gerekçeleri nelerdir? Sebep ikamesinin sınırı nereye kadardır? Örneğin sebep ikamesi, davacının dilekçesinde ileri sürdüğü dava sebeplerinin de, gerçekleşmemiş olmasından dolayı idari mahkemelerce re'sen başka sebeplerle ikame edilmesi sonucunu doğurabilir mi? Yine sebep ikamesi maddi sebeplerle birlikte hukuki sebepleri de kapsamakta mıdır? Sebep ikamesi tartışmasında böyle bir ayırım yapmaya gerek var mıdır? Sebep ikamesine gidilmesi, idari yargılama usulünde kabul edilmiş olan re'sen araştırma ilkesinin bir sonucu mudur? İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile sebep ikamesi arasında nasıl bir ilişki vardır? İdari yargılama usulünde iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının varlığı kabul ediliyorsa, hangi gerekçe ile mahkemelerce doğrudan idari işlemin sebebi yerine bir başka sebep esas alınarak hüküm kurma yoluna gidilmektedir? Mahkemelerin sebep ikamesi yoluna gitmesi, idarenin yerine geçerek işlem yapma anlamına gelmemekte midir? Bu durumda idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak kararların ortaya çıkma ihtimali yok mudur? Sebep ikamesi, sonradan mahkemece yapılan yargılama neticesinde tespit edilen bir başka sebep nedeniyle davanın reddine yol açtığından, kişinin savunma hakkını olumsuz yönde etkilememekte midir? Görüldüğü üzere basit bir sebep ikamesiyle başlayan içtihadi yorum, birçok hukuksal tartışmayı beraberinde getirmekte ve idari yargılama usul hukukunun diğer ilke ve kuralları ile birlikte bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Sebep ikamesi konusu, idari yargı hâkiminin davadaki konumu ile de yakından ilgilidir. İdari yargı hâkiminin bakmakta olduğu davada aktif bir konumda bulunması isteniyorsa sebep ikamesi daha fazla savunulabilir bir hal alacak, aksi halde savunulabilirliği zorlaşacaktır. Tabi idari yargının özünde, taraflar dışında *kamu yararını (public interest)* ilgilendiren hususların da bulunması ve idari yargının nitelik itibarıyla idari işlemlerin denetimi yoluyla hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet etme gibi bir işlev taşıması nedeniyle, hâkimden medeni yargılama usulündeki gibi pasif bir konumda bulunması beklenemez. Fakat elbette, idari yargı hâkiminin medeni yargı hâkiminden farklı olarak idari davalarda üstleneceği aktif tutum, sınırsız bir boyut taşımayacaktır. Sebep ikamesine, idari yargı hâkimine bu çerçevede bir sınır çizilip çizilmediği yönünden de bakılmalıdır.

Sebeb ikamesi, idari yargılama usulünün basit ve teknik bir usul konusu olarak ele alınamaz. Belki kavramsal olarak alışıldık olmaması, oldukça sorunlu boyutlar taşıması ve doktrinde fazlaca yer bulmaması nedeniyle, sebep ikamesinin *adil yargılanma hakkı (right to a fair trial)* üzerindeki etkisi kendisini fazla gösterememektedir. Basitleştirerek ifade etmek gerekirse, (A) nedeniyle mahkemeye başvurulmuş bir davada mahkemenin, davacının davasında hiç belirtmediği (B) nedeniyle davayı kabul etmesi ya da (A) nedeniyle işlem tesis eden idarenin bu işleme karşı açılan davada, mahkemece re'sen (A) nedeniyle değil de (B) nedeniyle işlemin tesisi haklı görülüp davanın reddedilmesi, doğrudan adil bir karar arayışı üzerinde etki doğuracaktır. İdari yargılama usulünde sebep ikamesine hak verilsin ya da verilmesin, konuya daha derinlemesine yaklaşıldığı zaman karşımıza çıkan tablonun bu kadar basit olmadığı, makalenin ilerleyen bölümlerinde anlaşılacaktır.

### I. Sebeb İkamesine Konu Olan Sebeb

İdare hukukunda *sebeb (grounds, reason)* kavramı esas olarak *idari işlemin (administrative action, administrative decision)* bir unsuru ve bir *dava şartı (ground of action)* olarak iki farklı alanda karşımıza çıkar. İdari işlem teorisinde işlem, belli unsurlara ayrılmakta ve bu unsurları itibarıyla incelenmektedir. Yetki, şekil (ve usul), sebep, konu ve amaç, idari işlemin unsurlarını oluşturur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de idari işlemin idari yargı mercilerince yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden inceleneceği düzenlenerek idari işlem, iptal davasının konusu olması itibarıyla söz konusu unsurlara ayrılmış bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bu kapsamda sebep, idari işlemin bir unsurudur ve her işlemde bulunmak zorundadır. İdari işlemler mutlaka bünyelerinde bir sebep barındırır. Sebebi olmayan bir idari işlem olamaz<sup>3</sup>. İdari işlemin gerekçesinin ilgililere açıklanmaması bile bu gerçekliği değiştirmez. Gerekçenin açıklanmaması farklı bir şey, idari işlemin sebebinin bulunması hususu ise başka bir şeydir<sup>4</sup>. Hukuk sistemimizde idari işlemlerin

---

<sup>2</sup> İl Han Özay, **Günişliğinde Yönetim İl Yargısal Korunma**, XII Levha, Ekim 2010, İstanbul, s. 204. Farklı şekillerde de ifade edilse özünde idari işlem, şekil (usul) ve esasa yönelik unsurları bünyesinde taşır. Örneğin İngiliz idare hukukunda, idari işlemin yargısal denetimi esas olarak *illegality, irrationality, the principle of proportionality* ve *procedural impropriety* kavramları üzerinden yapılır. Bkz. A. W. Bradley/K. D. Ewing, **Constitutional and Administrative Law**, Fourteenth Edition, Pearson Longman, England, 2007, s. 727 vd. Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison**, Springer, Heidelberg, 2007, s. 31-32. Bununla birlikte idari işlemin unsurları itibarıyla yargısal denetiminin kapsamı, yoğunluğu ve etkinliği, ülkeden ülkeye oldukça farklılık gösterir. İngiliz ve Alman idare hukukunun bu anlamda karşılaştırılmasının yapıldığı bir çalışma için bkz. Künnecke, s. 15.

<sup>3</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, İkinci Baskı, Cilt I, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s. 894.

<sup>4</sup> Matthew Groves, "Before the High Court Reviewing Reasons for Administrative Decisions: *Wingfoot Australia Partners Pty Ltd v Kocak*", **Sydney Law Review**, Vol. 35, s. 627.

gerekçelerinin açıklanmasına ilişkin yasal düzeyde genel bir zorunluluk hükmü bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Fakat idari işlemlerin sebebi mutlaka idari yargı mercilerince sorgulanmakta<sup>6</sup>; sebebi gerçek veya yeterli olmayan, yanlış değerlendirmeyi içeren veya yanlış nitelendirilen sebeplerden dolayı idari işlemler iptal yaptırımına tabi tutulmaktadır<sup>7</sup>.

İdari işlemin bir unsuru olarak sebep, idareyi işlem yapmaya sevk eden maddi olaylar (vakıalar) olarak ele alınabilir. Bu tanımlama *maddi sebep (factual grounds)* deyimiyile ifade edilir. Bir de *hukuki sebep (legal grounds)* vardır. Hukuki sebep, idareyi işlem yapmaya sevk eden maddi olayların hukuk dilindeki karşılığıdır<sup>8</sup>. Örneğin, bir üniversite öğrencisine diploma verme işleminin maddi sebebi bu öğrencinin sınavlarını başarılı bir şekilde vererek öğrenimini tamamlamış olması, hukuki sebebi ise öğrenimini başarılı bir şekilde tamamlayan öğrencilere diploma verileceğini öngören hukuk kurallarının varlığıdır. Yine bir vergilendirme işleminin maddi sebebi *vergiyi doğuran bir faaliyette bulunmuş olması*, hukuki sebebi ise bu *faaliyetin vergilendirileceğini öngören bir hukuk kuralının bulunmasıdır*<sup>9</sup>. Aşağıda görüleceği üzere bu ayırımın yapılması, idari işlemin sebep unsuruna ilişkin tartışmalarda oldukça önem taşımaktadır.

ULER, idari işlem sebebini “*hukuksal sebep*” olarak nitelendirmekte ve bu sebebin işlemin hukuksal dayanağı anlamına geldiğini, bu dayanağın ise “*hukuksal nitelendirme*”den farklı olduğunu belirtmekte ve böylece aslında bizim burada vardığımız sonuca, farklı deyimleri kullanarak ulaşmış gözükmektedir<sup>10</sup>. Fakat diğer taraftan yazar, *maddi sebep – hukuki sebep* ayrılığı bakımından idari işlem sebebi ile dava sebebi arasında ayırım yapmakta ve *maddi sebep – hukuki sebep* ayırımının sadece dava sebebi bakımından söz konusu olabileceğini belirterek farklı bir sonuç ortaya koymaktadır<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Bununla birlikte, 29.06.2009 tarihli ve 2009/15169 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'te idari başvurular bakımından “*Başvuru sonucunun olumsuz olması durumunda ilgiliye gerekçesi bildirilir, varsa itiraz mercii ve süresi gösterilir.*” şeklinde bir hükme yer verilerek, idareye, kendisine yapılan başvurulara karşı genel bir gerekçe bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Ayrıca kanunlarda, özel nitelikli gerekçe bildirilmesine ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır.

<sup>6</sup> Aynı yönde bkz. Bradley/Ewing, s. 752.

<sup>7</sup> Gözler, s. 904 vd. Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Kasım 2004, s. 164. Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 151-152. A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 35. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2016, s. 233 vd.

<sup>8</sup> Candan, s. 150.

<sup>9</sup> *Maddi sebep – hukuki sebep* ayırımını göstermek için ortaya konulan bu örnek şu eserden alınmıştır: Candan, s. 152.

<sup>10</sup> Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 94.

<sup>11</sup> Uler, s. 93-94.

Diğer taraftan idari işlemin sebebi bazı yazarlarca daha farklı şekilde ele alınmaktadır. Doktrinde bir kısım yazar, idari işlem sebebini, idari işlem yapılmasına yol açan *maddi ve hukuki sebepler* olarak ele almakta; maddi sebebi somut olaylar, hukuki sebebi ise idarece önceden tesis edilmiş başka işlemler olarak nitelendirmektedir<sup>12</sup>. Bu nitelendirme, bizim yukarıda yapmış olduğumuz ayırmadan tamamen farklıdır. Fakat bu görüşteki ayırmadan yola çıkıldığı vakit, sebep ikamesine ilişkin birçok sorunun cevabını bulmak olanaksız olmaktadır. Bu hususa aşağıda yeri geldikçe işaret edilmiştir. Ayrıca bu görüşte, hukuki sebep olarak ifade edilen sebep de aslında somut bir olaya dayandığı için, bu sebebin de ikinci işlem bakımından maddi bir vakıya olarak ele alınması mümkündür. Örneğin CANDAN, idari işlem sebebi konusunda bizim yukarıda yapmış olduğumuz gibi *maddi sebep – hukuki sebep* ayırımı yaptıktan sonra, işlemin maddi sebebinin hukuki veya maddi bir olay olabileceğini de belirtmiştir<sup>13</sup>. Hukuki sebep, maddi vakıaların hukuk dilindeki karşılığı olduğu için, daha farklı bir anlam ifade etmektedir.

İdari yargılama usul hukukunun inceleme konusu olan dava sebebi ise idari işlem sebebinden farklıdır. Dava sebebi, davacının dava dilekçesinde ortaya koymak zorunda olduğu, dava açılmasına yol açan olay ve bunların hukuksal tavsifidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 3. maddesinde, dava sebeplerine de dava dilekçesinde yer vermenin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Aynen idari işlem sebebinde olduğu gibi dava sebebi bakımından da *maddi sebep – hukuki sebep* ayırımı yapmak mümkündür. Dava açılmasına yol açan maddi sebep, gerçekleşmiş somut vakialardır; hukuki sebep ise bu vakıaların hukuk dilindeki karşılığıdır<sup>14</sup>.

İdari işlem sebebi ile dava sebebi konusunda *maddi – hukuki sebep* ayırımı yapmanın, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, sebep ikamesinin yapılabileceği sebebin tespiti, iptal edilen bir idari işlemin yeni bir sebeple yeniden tesisi, hukuk kurallarının idari yargı hâkimince re'sen uygulanması, maddi anlamda kesin hüküm üzerine aynı sebebe dayanılarak dava açılmaması gibi konular bakımından oldukça önemi vardır. Bu konular üzerinde aşağıda durulmuştur.

---

<sup>12</sup> Gözler, s. 894. Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, s. 164. Özay, s. 205. Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 8. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Eylül 2016, s. 480-481.

<sup>13</sup> Candan, s. 149-151.

<sup>14</sup> Bazı yazarlar *dava sebebi* olarak sadece maddi vakıaları kabul etmektedirler. Bkz. Ejder Yılmaz, "İdarî Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3-4, 1983, s. 11, Dipnot no. 2.

## II. Sebep İkamesinin Anlamı

Sebep ikamesi, idari yargı içtihatlarıyla şekillendirilmiş bir hukuksal müessesedir<sup>15</sup>. Re'sen araştırma ilkesine ilişkin hükümler bir tarafa bırakılırsa doğrudan sebep ikamesine ilişkin hukuksal bir kuralın mevzuatımızda bulunmadığı söylenebilir. Danıştay'a göre idari işlemin sebebi, gerçekleşmemiş olmasından dolayı yargılama neticesinde tespit edilen bir başka sebeple ikame edilerek idari işlemin iptali talebinin reddi yoluna gidilebilir<sup>16</sup>. Sebep ikamesini, Danıştay kararlarına yansıyan yönüyle bu aşamada incelemek yararlı olacaktır. Bu çerçevede, davacının yeniden polis kadrosuna atanma talebi, *polis memuru ihtiyacının polis meslek yüksekokulları ile polis meslek eğitim merkezi müdürlüklerinden mezun olacak aday polis memurları arasından karşılandığı ve hizmetine ihtiyaç duyulmadığı* gerekçesiyle İçişleri Bakanlığı'nca reddedilmiş; idari yargı hâkimince bu gerekçe, idari işlem tesisi için yeterli görülmeyerek davacının sağlık yönünden polis olma şartlarını taşıyıp taşımadığı re'sen araştırılmış ve davacının *sağlık problemi bulunduğu* gerekçesiyle talebi reddedilmiştir<sup>17</sup>. Bir başka Danıştay kararında, davacının, Personel Dairesi Başkanlığını yürüttüğü dönem içinde yapılan bazı atama işlemlerinde *usule aykırı atamalardan sorumlu olduğu* gerekçesiyle Kültür Bakanlığı Telif Hakları ve Sinema Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınması ve Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu uzmanlığına atanmasına ilişkin işlemlere karşı açtığı davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca bu sebebin gerçekleşmemiş olması ve fakat sebep ikamesi yoluyla re'sen tespit edilen, aynı makamdaki bir başka kişinin daha önceden görevden alınması işleminin iptaline ilişkin *yargı kararının uygulanması zorunluluğu* nedeniyle davacının görevden alınabileceği kabul edilmiştir<sup>18</sup>. Sebep ikamesinin kabulüne ilişkin birçok Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararı da vardır<sup>19</sup>. Örneğin, bir kararında anılan Mahkeme, *düzenlenen olumsuz sicil nedeniyle* davacı hakkında tesis edilen sözleşmenin yenilenmemesi işlemini hukuka aykırı bulmuş, fakat

<sup>15</sup> Çalışmanın ilgili yerlerinde belirtildiği üzere, sebep ikamesine ilişkin birçok Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararı bulunmaktadır.

<sup>16</sup> Aynı yöndeki bir tanımlama için bkz. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 493.

<sup>17</sup> D5D., 22.03.2011, E. 2009/1132, K. 2011/1528, içinde: AYM, (Koray Erdoğan Başvurusu), 10.03.2016, Başvuru No: 2013/1989, Açıklama no. 11-12, 15, RG: 19.04.2016, 29689.

<sup>18</sup> DİDDGK, 03.12.1999, E. 1999/775, K. 1999/1200, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 07.02.2017). Ayrıca bu karar için bkz. Gözler, s. 927-928. Melikşah Yasin, İdari Yargılama Usulünde İspat, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, Ağustos 2015, s. 85. Gerçi kararda, davacı bakımından yargı kararının uygulanması zorunluluğuna ilişkin bir sebep bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay 5. Dairesi'nce verilen karar bozulmuştur. Fakat bu sonuç, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun dava konusu olayda, şartları gerçekleşmiş olsaydı sebep ikamesini kabul edeceği anlamına da gelmektedir.

<sup>19</sup> Bu kararlardan bazılarında ulaşmak için bkz. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 497, Dipnot no. 442.

bununla birlikte kendiliğinden yaptığı bir tespitle *davacının geçmişe yönelik almış olduğu disiplin cezalarının çokluğu, sicil geçmişinin başarısız olması, ödül ve takdirinin bulunmaması ve yapılan sınav sonucu görevinde başarısız olması* gerekçeleri ile sebep ikamesi yoluna giderek, idarenin işlemi hukuka uygun bulmuş ve davayı reddetmiştir<sup>20</sup>.

Diğer taraftan Danıştay bazı kararlarında, sebep ikamesi yöntemine başvurulmasını, aşağıda belirtildiği üzere idarenin yerine geçme şeklinde değerlendirerek kabul etmemektedir. Örneğin bir kararında Danıştay,

*“... Vergi dairelerince yapılan tarh işlemlerinde de vergiyi doğuran olaya ilişkin idarece yapılan tesbitler veya matrahın saptanmasına ilişkin hesaplamalarla ilgili her türlü inceleme ve araştırmayı talep olmasa dahi vergi mahkemeleri yapabileceklerdir. Vergiyi doğuran olayı ortaya koyan bir tesbit yoksa, mahkemelerin vergiyi doğuran olayın tesbitine ilişkin bir inceleme ve araştırmaya girmeleri söz konusu olamayacaktır.”*

şeklinde bir sonuca vararak, idari mahkemelerin re’sen sebep ikamesi yaparak vergiyi doğuran olaya ilişkin bir tespitle bulunamayacaklarına hükmetmiştir<sup>21</sup>. Yine benzer şekilde bir başka kararında Danıştay,

*“... ceza miktarında bir değişiklik olmayacağı gerekçesiyle... Mahkemelerin, suçun vasfını değiştirerek inceleme elemanınca ve vergi idaresince önerilmeyen bir cezaya hükmetmeleri, idarenin yerine geçerek işlem tesis etmeleri sonucunu doğuracağından, hukuken mümkün değildir...”*

gerekçesi ile idarenin esas almadığı bir vergi suçunun, sebep ikamesi yapılarak vergi mahkemelerince kendiliğinden tespit edilemeyeceğine hükmetmiş bulunmaktadır<sup>22</sup>. Nihayet bir diğer kararında ise davacının idarece, *ekonomik darboğaz nedeniyle personel giderlerinin azaltılması amacıyla re’sen emekliye sevk edilmiş olmasından dolayı, idare mahkemesince kendiliğinden yapılan bir tespitle sağlık nedeniyle kendisinden artık faydalanılmasının mümkün olmadığı* gerekçesiyle re’sen emekliye sevk işlemine hukuka uygunluk vasfı

---

<sup>20</sup> AYİM, 02.18.2003, E. 2002/400, K. 2003/255, karar için bkz. E. Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, 11 Mayıs 2007, s. 34, Dipnot no. 68.

<sup>21</sup> D3D, 15.12.1989, E. 1989/1325, K. 1989/2825, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.02.2017). Bu karar için ayrıca bkz. Atay, s. 43, Dipnot no. 85.

<sup>22</sup> D4D, 12.06.2000, E. 1999/5428, K. 2000/2702, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.02.2017). Bu karar için ayrıca bkz. Atay, s. 43, Dipnot no. 85.



kazandırılmayacağını belirtmiştir<sup>23</sup>. Bu kararında Danıştay'ın, re'sen emekliye sevk işleminde idarece sağlık nedeni konusunda açık bir saptama yapılmamış olmasına vurgu yapması, dikkat çekicidir.

İdari işlemler üzerinde *sebep ikamesi* doktrinde de genel kabul görmektedir. Doktrinde bir kısım yazar, sebep ikamesini, idarece tesis edilen işlemdeki sebebin hatalı olmasından dolayı bu sebebin idari mahkemelerce kendiliğinden bir başka sebeple değiştirilmesi olarak ifade etmekte ve aşağıda ayrıca belirtildiği üzere, sebep ikamesinin kapsamına dava sebebinde ikame yapılabilmesini koymamaktadır<sup>24</sup>. Diğer bazı yazarlar ise re'sen araştırma ilkesinden yola çıkarak hem davanın hem de idari işlemin maddi sebebinde ikameyi kabul etmektedirler<sup>25</sup>. Yine aşağıda ayrıca inceleneceği üzere sebep ikamesini, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde yapılamayacak bir işlem olarak değerlendiren yazarlar bulunduğu gibi<sup>26</sup>, idari işlemin sıhhatine ilişkin mahkemece kendiliğinden tespit edilen sebebin savunma hakkını kullanabilmesi için davacıya bildirilmesi şartıyla, sebep ikamesi yapılabilmesinde bir mahsur görmeyen yazarlar<sup>27</sup> da vardır. Bu görüşlere aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

Bununla birlikte doktrinde sebep ikamesine tereddütle yaklaşan yazarlar da vardır. ULUSOY, kural olarak bir idari işlemin sebep unsurunda hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde işlemin iptalinin gerektiğini, hukuka uygun olan bir başka sebebin ikame edilerek idari işlemin sıhhatini sürdürmesine imkân tanınmasının mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>28</sup>. Yazar istisnai olarak sadece, "kamu düzeni"nin korunmasının zorunlu olduğu durumlarda sebep ikamesi yapılabileceğini kabul etmekte ve kamu düzeninin gerekli kıldığı durumları ise idarenin hatalı göstermiş olduğu sebebin mahkemece kendiliğinden bir başka sebeple ikame edilememesinden dolayı, disiplin suçu ya da diğer idari bir suç işleyen kişilerin zamanaşımı nedeniyle cezasız kalmalarının önlenmesi gibi durumlara hasretmektedir<sup>29</sup>. Yazarın burada ortaya koymuş olduğu kamu düzeni ölçütü, sebep ikamesinin kabul edilmesinde en güçlü hukuksal dayanağı oluşturabilecek görüşlerden biri olarak değerlendirilebilir. CANDAN ise İYUK'un 2. maddesinde yer alan, idari yargı yerlerinin idari işlem niteliğinde kararlar veremeyeceği hükmünü esas alıp, kural olarak bu hüküm gereğince, idari mahkemeler tarafından kendiliğinden sebep ikamesi yapılamayacağını

---

<sup>23</sup> D10D, 18.12.1995, E. 1994/5036, K. 1995/6574, <https://www.kararara.com/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2017).

<sup>24</sup> Bu yazarlar için 54 numaralı dipnota bakınız.

<sup>25</sup> Bu yazarlar için 55 numaralı dipnota bakınız.

<sup>26</sup> Bu yazarlar için 85 numaralı dipnota bakınız.

<sup>27</sup> Bu yazarlar için 60 numaralı dipnota bakınız.

<sup>28</sup> Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul, Kasım 2013, s. 208-209.

<sup>29</sup> Ulusoy, s. 208, 210.



savunmaktadır<sup>30</sup>. Fakat yazar bu kurala, sonucu itibarıyla hukuka uygun olan işlemlerin sırf hatalı gösterilen sebep dolayısıyla sakat olmayacağı düşüncesiyle ve idari yargı hâkiminin re'sen araştırma ilkesinin kapsamını aşmamasını şart koşarak istisna getirmektedir<sup>31</sup>. Aşağıda ayrıca belirtildiği üzere, idari işlemin maddi sebebinde ikame yapılması hususunu re'sen araştırma ilkesi kapsamında yapılabilecek bir iş olarak değerlendirdiğimiz için, yazarın görüşünün istisnai duruma ilişkin kısmına, bu görüşü genele uygulayarak katılmaktayız.

Sebeb ikamesine ilişkin Danıştay kararları ve doktrindeki görüşlere bu şekilde yer verdikten sonra bu müessese hakkında bazı açıklamalar yapmak faydalı olacaktır. Bu çerçevede bir kere idari işlemin sebebinde ikame yapılmasını doğuran idarece esas alınmış sebep, idari yargı yerlerince hatalı bir sebep olarak değerlendirilebileceği gibi yetersiz bir sebep olarak da değerlendirilebilir<sup>32</sup>. Sebebin hatalı olarak değerlendirilmesi halinde, idari yargı hâkimince idari işlemin sebebi olarak yepyeni bir sebep esas alınır; sebebin yetersiz olarak değerlendirilmesi halinde ise idarece esas alınan sebebin yanına başka sebepler de eklenerek bütün olarak bu sebeplerle birlikte bir karara varılır. Sonuç olarak her iki halde de idarenin işlem tesis ederken esas aldığı sebep, o işlemi hukuken geçerli kılmaya elverişli değildir.

İkame terimi kavramsal olarak "*yerine koyma, yerine kullanma*" anlamına gelir<sup>33</sup>. Sebeb ikamesi ise bir sebebin yerine bir başka sebebin konulması anlamındadır. Fakat buradaki sebep, idari işlemin tesisinde idarece esas alınan sebeptir. Yani idari işlemin sebebidir. İdari yargılama usulünde hukuksal bir müessese olarak bir de *dava sebebi* vardır. Her dava bir talep, her talep de bir sebep içerir. Bu sebebin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur. Sebebi belirtilmeyen bir talep eksik içerik taşır ve sırf bu nedenden dolayı, talebi değerlendiren idari yargı mercilerinin reddi ile sonuçlanabilir. Çünkü sebebi belirtilmeyen taleplerin anlaşılabilmesi oldukça güçtür. Bu nedenle neredeyse açılan her davada ortaya konulan talep, bir sebebe ve gerekçeye dayandırılır; davanın haklılığı, gösterilen sebep ve gerekçelerle güçlendirilir<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Candan, s. 149-150.

<sup>31</sup> Candan, s. 150.

<sup>32</sup> Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 494.

<sup>33</sup> <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 06.04.2017).

<sup>34</sup> İdari davalarda da mutlaka bir sebep ortaya konulması gerekir. İdarece tesis edilen işlem veya idari eylem hangi nedenlerden dolayı davacının menfaatini veya hakkını ihlal etmiştir? İhlale neden olan maddi ve hukuki sebepler nelerdir? Bütün bu hususların ortaya konulmadığı bir idari dava dilekçesi, mahkeme önüne götürülmek istenen talebi yeterince ifade edememiş olur ve daha davanın başlangıcında yetersizliğinden dolayı redde maruz kalabilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun İdari davaların açılması başlıklı 3. maddesinde, dava dilekçelerinde gösterilmesi zorunlu hususlar belirlenirken bunlar arasında *davanın sebeplerine* de yer verilmiştir. Yani dava dilekçelerinde, davanın sebeplerinin gösterilmesi zorunlu bir husustur. Sebeplerinin gösterilmediği bir dava dilekçesi, aynı Kanunun 15.

Fakat Danıştay kararlarında sebep ikamesine esas alınan sebep, bazı aksi yönde kararlar bulunmakla birlikte buradaki dava sebebi değildir. Yani dava sebebi, Danıştay’ca sebep ikamesine konu olabilecek bir sebep olarak kabul edilmemektedir. Danıştay, sadece idari işlemin sebebini, sebep ikamesinin konusu olarak kabul etmektedir. Bu konu aşağıda ayrıca incelenmiştir.

Sebep ikamesinin yapılabileceği sebep, *hukuki sebep* ve *maddi sebepten* hangisine ilişkindir? Başlangıçta da belirttiğimiz gibi maddi sebep, hukuki sebepten farklıdır. Maddi sebep, bir idari işlemin tesisine yol açan vakıalardır. Hukuki sebep ise bu vakıaların hukuk düzenindeki karşılığıdır. Bu nedenle maddi sebep somut olaylarla, hukuki sebep ise hukuk normlarıyla ilintilidir. Maddi sebep her zaman için hukuki sebepten önce gelir. Hukuki sebebi doğuran maddi sebeplerdir. Maddi sebep ile hukuki sebep arasında birbirini takip eden zorunlu bir bağ vardır. Gerek bu bağın doğru bir şekilde kurulamaması gerekse maddi sebeplerin gerçekliğinin ortaya konulamaması veya yanlış nitelendirilmesi, idari işlemi sebep unsuru yönünden sakatlamaktadır<sup>35</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere sebep ikamesinin maddi sebep ile ilgili bir konu olması gerekir. Aslında hukuki sebebin ikame edilmesi gibi bir husustan söz edilemez. Çünkü hukuksal uyumsuzlukların çözümünde doğru hukuk kurallarının bulunup uygulanması, yargılama faaliyetinin en önemli özelliklerinden biridir. Yani yargının asıl işi zaten hukuksal uyumsuzlukların çözümünde, doğru hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Bu ise davacı veya davalı idare tarafından gösterilen hukuki sebeplerle mahkemenin bağlı olmaması anlamına gelir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun *Hukukun uygulanması* başlıklı 33. maddesinde, hâkimin, Türk hukukunu re’sen uygulayacağını açıkça düzenlenmiş olması bu gerçekliği ifade eder<sup>36</sup>. Böyle açık bir düzenlemeye İYUK’da yer verilmemiş olması, idari yargı hâkimi açısından farklı bir sonuç ortaya çıkarmaz<sup>37</sup>. Hâkim, kendiliğinden tespit edeceği doğru

---

maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre, otuz gün içinde Kanuna uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak üzere reddedilir. Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre ise bunun üzerine yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde dava reddedilir. Görüldüğü üzere bir idari dava dilekçesinde sebebin gösterilmemesi, en son aşamada davanın reddedilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

<sup>35</sup> Gözler, s. 904 vd.

<sup>36</sup> Aynı yönde hükümlere, İsviçre ve Fransız hukuk muhakemesi usul kanunlarında da yer verilmiştir. Balazs Fekete, “*Raising Points of Law on The Courts’ Own Motion*”, 21 *MJ* 4, 2014, s. 659.

<sup>37</sup> Uler, s. 94. Yücel Oğurlu, “*Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi*”, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, s. 131. Erçetin Yorgancıoğlu, “*Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi*”, *İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 232. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa, Eylül 2016, s. 398.

hukuk kurallarını önündeki hukuksal uyumsuzluğa uygulamakla görevlidir<sup>38</sup>. Şu halde idari yargı hâkimince karara mesnet tutulan hukuki sebep, davacının dilekçesinde ileri sürdüğü hukuki sebepten veya davalı idarenin savunma dilekçesinde ortaya koyduğu hukuki sebepten farklı bir sebep olabilir<sup>39</sup>. Bu durumda sebep ikamesi yapılmış olmasından bahsedilemez<sup>40</sup>.

Bununla birlikte doktrinde farklı görüşler ileri sürülebilmektedir. ULUSOY, “İdari Yaptırımların Yargısal Denetiminde Sebep İkamesi” konusunu ele alırken,

*“İdari yaptırımın yargısal denetiminde yargı mercii, yaptırımın, kararı veren idari makamın dayandığı ve uyguladığı mevzuat hükmüne uygun olmadığını, ancak mevzuatın idarenin dayanmadığı ve dikkate almadığı başka bir hükmüne uygun olduğunu belirlerse, yaptırım kararını idarenin dayandığı mevzuat hükmüne uygun olmadığı için iptal etmek yerine, ‘sebep ikamesi’ yaparak, mevzuatın diğer hükmüne uygun olduğu gerekçesiyle sonucu itibarıyla hukuka uygun kabul edebilir mi?”*

şeklinde bir soru yönelterek, idari işlemin hukuki sebebi üzerinde de sebep ikamesi yapılabileceğini ifade etmiş bulunmaktadır<sup>41</sup>. Az yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sebep ikamesi, idari işlemin hukuksal sebebi ile ilgili bir konu olmadığından bu görüşlere katılmamaktayız.

Danıştay kararına yansıyan bir olayda, polis memuru olan davacının yapılan denetimlerde kamyon sürücülerinden para aldığı tespit edilmiş ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’ne dayanılarak davacı hakkında “rüşvet” fiilinden dolayı meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Rüşvet almak fiilinden yargılandığı ceza yargılamasında ise davacı delil yetersizliğinden beraat etmiştir. Bunun üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, her ne kadar sanık hakkında ceza yargılamasında rüşvet suçundan beraatine karar verilmiş ise de davacının eyleminin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün bir diğer hükmünde yer alan ve meslekten çıkarma cezasını gerektiren, “Yetkisini veya nüfuzunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla... kötüye kullanmak” eylemi ile örtüştüğü kanaatine varmış ve bu gerekçe ile davacının meslekten çıkarma

---

<sup>38</sup> Özay, s. 293. Oğurlu, s. 123. Candan, s. 150. Yorgancıoğlu, s. 231. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 489.

<sup>39</sup> Zehreddin Aslan, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No. 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s. 56. Yorgancıoğlu, s. 231.

<sup>40</sup> Candan, s. 150. ÖZAY, bu hususu, “yasal temelin ikamesi” olarak nitelendirmektedir. Özay, s. 174, Dipnot no: 29. Aynı yönde bkz. Atay, s. 79. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 488 vd.

<sup>41</sup> Ulusoy, s. 207-208.

cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulmamıştır<sup>42</sup>. Görüldüğü üzere aslında bu karara yansıyan olayda idari işlemin maddi sebebi, *polis memurunun yapılan denetimlerde kamyon sürücüsünden para almasıdır*. İdare, davacı hakkında meslekten çıkarma kararını alırken anılan maddi sebebin hukuki nitelendirmesini “*rüşvet*” olarak yapmış, Danıştay ise idarenin yapmış olduğu hukuki nitelendirmeyi doğru bulmayıp, hukuk kurallarının mahkemece kendiliğinden uygulanması gerekliliğinin bir sonucu olarak anılan maddi sebebi, “*Yetkisini veya nüfuzunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla... kötüye kullanmak*” şeklinde nitelendirmiştir. Danıştay’ın burada yapmış olduğu faaliyet, idari işlemin maddi sebebinde ikame değil, hâkimin kendiliğinden tespit etmiş olduğu doğru hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulamasıdır<sup>43</sup>.

Benzer şekilde hâkimin bakmakta olduğu davada, davacının göstermiş olduğu hukuki sebep yerine başka bir hukuki sebebi kendiliğinden tespit ederek uyuşmazlığın çözümüne uygulaması da sebep ikamesi yapıldığı anlamına gelmez. Örneğin, idari bir eylemden zarar gören kişinin *idarenin kusurlu sorumluluğunu* gerekçe göstererek açmış olduğu davada, mahkemenin kendiliğinden yaptığı araştırma sonucunda aslında idarenin sorumluluğu bakımından kusurlu sorumluluk halinin gerçekleşmediği ve fakat bununla birlikte *kusursuz sorumluluk* hükümlerinin uygulanabileceğine kanaat getirmesi halinde, sebep ikamesi yapılmış olmamaktadır<sup>44</sup>. Doğru hukuk kurallarını tespit edip uyuşmazlığı bu kurallara göre çözmek, hâkimin birincil görevlerindedir. Burada da yapılmış olan budur.

Diğer taraftan idari işlemin maddi dayanağı olarak gösterilen sebepte ikame yapılarak bir sonuca varılması durumunda ise sebep ikamesi yapılmış olur. Maddi sebepte ikame yapılması, doğal olarak hukuki sebepte de değişikliği beraberinde getirir. Fakat bu durumda, hukuki sebepteki değişiklik doğrudan olmamıştır; maddi sebepteki ikameden dolayı hukuki sebep de değişmiştir.

İkame edilen sebebin, ilk işlem tesis edilirken mevcut olması gerekir. İlk işlem tesis edilirken mevcut olmayan ve sonradan ortaya çıkan bir sebep göz önünde bulundurularak sebep ikamesine gidilemez<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> DİDDK, 06.04.2012, E. 2007/2208, K. 2012/246, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 21.02.2017). Bu karar için ayrıca bkz. Ulusoy, s. 207-208.

<sup>43</sup> Başka örnek kararları ortaya koyarak aynı yönde ileri sürülen bir görüş için bkz. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 489-491. ULUSOY ise Danıştay’ın bu kararını, sebep ikamesine örnek bir karar olarak göstermektedir. Ulusoy, s. 208.

<sup>44</sup> Aynı anlamda bkz. Yorgancıoğlu, s. 231. Fransız adli yargı mercilerinin, süreli iş sözleşmesi iddiasını süresiz iş sözleşmesi, kişisel nedenlerden dolayı işten çıkarma iddiasını ise ekonomik nedenlerden dolayı işten çıkarma olarak nitelendirebildikleri hakkında bkz. Fekete, s. 664.

<sup>45</sup> Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 494, 498.

İdari işlem tesisinde birden çok sebebin esas alınması halinde (*sebeplerin çokluğu* halinde<sup>46</sup>) idari yargı yerlerince bu sebepler arasında bir değerlendirme yapılarak bunlardan biri üzerinden hüküm kurulması durumu, sebep ikamesi oluşturmaz. Çünkü bu durumda mahkemece göz önünde bulundurulmuş sebep, idarece işlem tesis edilirken esas alınan sebeplerden biri olmuştur. İdarenin hiç esas almadığı bir sebep, mahkemece kendiliğinden tespit edilerek bu tespiti göre hüküm kurulmuş değildir.

Sebeb ikamesi yapılmasındaki amaç, iptal davasına konu olmuş idari işlemin sonucu itibarıyla hukuka uygun olmasından dolayı sırf sebebin idarece yanlış gösterilmesinden kaynaklanabilecek bir nedenle iptaline yol açmamaktır. Yani idari işlem sonucu itibarıyla zaten hukuka uygundur. Fakat idare, sebepte bir hata yapmıştır. Bu hata idari işlemin iptaline yol açmamalıdır. Bunun sağlanması ise idari işlemin hatalı olarak gösterilen sebebinin doğru olan sebeple ikame edilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir<sup>47</sup>.

Sebeb ikamesinin amacı göz önünde bulundurulursa aslında sonucu itibarıyla hukuka uygun olan bir idari işlemin, sırf sebebinin hatalı olmasından dolayı iptal edilmesi mantıklı görünmemektedir. Ayrıca böyle bir iptal hükmünün pratik bir değeri de yok gibidir. İptal üzerine idare, daha önceki işleminin sebebindeki hatayı düzelterek doğru sebebi göz önüne alıp yeni bir idari işlem tesis edecek<sup>48</sup>, bu işlemin de dava konusu olması halinde yeni işlemin, daha önceki işlemi iptal eden mahkeme kararı gerekçesi göz önünde bulundurulması halinde iptali söz konusu olmayacak, yani dava reddedilecektir. Hâlbuki aynı sonuca ilk mahkeme kararında sebep ikamesi yapılarak kısa bir şekilde ulaşılabilirdi. Böyle yapılmayarak ilk işlemin iptal edilmesi, bunun üzerine yeni bir işlem tesisini, buna karşı açılan davanın ise bu sefer doğru sebep gözetilmesi nedeniyle reddedilmesi ile aslında sonucu itibarıyla hukuka uygun olan bir idari işlemin sıhhati gereksiz yere sürüncemede bırakılmış olmaktadır.

Ayrıca idari işlemin idarece hatalı bir sebep esas alınmasından dolayı iptali üzerine, yeni işlemin tesisinin zamanaşımı süresine tabi olması halinde, zamanaşımından dolayı idarece yeni işlem tesis edilememesi gibi bir sonuç ortaya çıkma ihtimali oldukça yüksektir. Bu neden de bazı yazarlarca sebep ikamesi yapılmasının haklılığına bir gerekçe olarak gösterilmektedir<sup>49</sup>. Sebep

---

<sup>46</sup> *Sebeplerin çokluğu* hali için bkz. Gözler, s. 924-926. Atay, s. 34, Dipnot no. 68. Gözübüyük, s. 236. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 486 vd.

<sup>47</sup> GÖZLER bu hususu, iptal kararlarının etkisizleştirilmesinin önlenmesi olarak ifade etmektedir. Gözler, s. 927. Aynı yönde bkz. Yasin, s. 85. Atay, s. 78.

<sup>48</sup> Gözler, s. 927. Yasin, s. 85. Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, s. 168. Ulusoy, s. 210, Dipnot no. 254.

<sup>49</sup> Ulusoy, s. 210, Dipnot no. 254.

ikamesine izin verilmemesi halinde gerçekten böyle olumsuz bir durumun ortaya çıkma ihtimali vardır. Örneğin, memuriyetten çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu işleyen kişi hakkında tesis edilen disiplin cezasının sebebi, idarece hatalı olarak tespit edilmiş olmakla birlikte bu sebep yerine mahkemece kendiliğinden doğru olan bir başka sebebin tespit edilmesine rağmen bu sebep esas alınarak sebep ikamesine gidilmesine izin verilmemesi durumunda, anılan disiplin işlemi sebep unsuru sakatlığından dolayı iptal edilecek; fakat belki zamanaşımı süresinin dolmasından dolayı doğru olan yeni sebebe dayanılarak idarece tekrar memuriyetten çıkarma cezası verilemeyecektir. Bu durumda ise aslında memuriyetten çıkarma cezasını hak eden kişilerin cezasız bırakılmış olması gibi olumsuz bir sonuçla karşılaşmış olunacaktır.

Fakat idari işlem sebebinde ikame yapılabilmesini haklı kılan bu gerekçe bir paradoksu da bünyesinde taşımaktadır. Şöyle ki örneğin, bir idari işlemin yetki unsuru ya da şekil unsuru yönünden hukuka aykırı olması halinde de iptali gerekmeyle birlikte, iptal üzerine iptal kararı doğrultusunda yeni işlemin yetkili olan merci tarafından ya da şekil kurallarına uygun olarak tesis edilebilmesi için de eğer varsa zamanaşımı süresinin dolmaması gerekmektedir. Örneğin, savunma alınmadan verilen disiplin cezası bu nedenle iptal edildikten sonra, bu sefer ilgilinin savunmasının alınarak disiplin cezası verilebilmesi<sup>50</sup> için zamanaşımı süresinin dolmaması gerekir. Zamanaşımı süresi dolduysa söz konusu disiplin suçuna ilişkin bir disiplin cezasının uygulanması hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak birçok yazar bu iki halde, idari işlemin yetki ya da şekil unsuru yönünden iptali halinde, yeni işlemin zamanaşımı süresine takılabileceği endişesini taşımamaktadır<sup>51</sup>. Burada göz önünde bulundurulmayan bu endişenin, idari işlemin sebep ikamesinin yapılabileceği bir sebep tespit edilmesine rağmen, sebep unsurunun hukuka aykırılığı nedeniyle iptali halinde varlık göstermesi kendi içerisinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, bir idari işlem her nasıl yetki ya da şekil unsuru yönünden iptal edildikten sonra iptal kararı doğrultusunda yeni işlem tesis edilirken zamanaşımı endişesi taşınmıyorsa, sebep unsuru yönünden idari işlemin iptal edilmesi halinde de yaşanmamalıdır.

Doktrinde bazı yazarlar, idari işlemin iptali üzerine aynı konuya ilişkin başlangıçtaki koşulları taşıyan yeni bir işlem tesis edilmesi halinde, bu işlemin yeni bir işlem olmayacağını, ilk işlemin tesis edildiği andan itibaren geçerli

---

<sup>50</sup> Bu örnek şu eserden alınmıştır: Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 538.

<sup>51</sup> Doktrinde, idari işlemin yetki ya da şekil unsurunda ortaya çıkan sakatlıklar nedeniyle iptali halinde ortaya göstermelik bir karar çıkacaksa davanın reddi yönünde karar verilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Bkz. Atay, s. 78-79. Bu görüşe, yetkinin kamu düzeninden olması, önemli şekli sakatlıkların da işlem sonucunu etkileyebilecek yönde olmaları nedeniyle katılmadığımızı belirtmeliyiz.

olacak şekilde geriye yürüyeceğini savunmaktadır<sup>52</sup>. Dolayısıyla bu görüş esas alınır, sebep ikamesi yapılmaksızın iptal edilen bir idari işlem üzerine, başlangıçta var olan ve mahkeme kararının gereğine uygun olan yeni bir sebep esas alınarak yeni bir işlem tesis edilmesi halinde, bu işlem ilk işlem tarihinden itibaren geçerli olacağı için bu ikinci işlem bakımından zamanaşımı sorunu da ortaya çıkmayacaktır. Fakat başlangıçta sakat olmadan yapılabilme koşullarını taşımasına rağmen sakat bir sebep veya usulle yapılan idari işlemin iptal edilmesi ve bunun üzerine sakat olmayan bir sebep ve usulle yeni bir işlem tesis edilmesi halinde, işlemin yürürlük tarihinin geçmişe yürütülmemesinden kaynaklanabilecek mahsurları önleme amacına hizmet etme gibi bir işlev üstlenmesine rağmen kanaatimizce bu görüş, iptal kararının gereklerini tam olarak karşılamamaktadır. İptal kararı üzerine kural olarak bir idari işlem, hiç tesis edilmemiş gibi tüm etkileri ile birlikte hukuk âleminden kaldırılmalıdır<sup>53</sup>. Bu nedenle doktrinde ileri sürülen bu görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz<sup>54</sup>.

Diğer taraftan idari işlemin maddi sebebi üzerinde ikame yapılabilmesini mümkün kılan ve hatta bunu zorlayan diğer bazı idari yargılama usul hukuku müesseselerinin varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Sebep ikamesi konusunun ilişki içerisinde olduğu başka hukuksal müesseseler de vardır ve sebep ikamesinin bunlarla birlikte ortak bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Aksi takdirde buradaki yargılar, başka idare hukuku müesseseleri üzerinde yapılan değerlendirmelerde varılan mantıklı sonuçlarla aynı çizgide birleşmeyebilmektedir.

### III. Dava Sebebinin İkame Edilememesi

Davacı tarafından dava dilekçesinde ileri sürülen sebep yerine, bu sebebin gerçekleşmemiş olmasından dolayı mahkemece kendiliğinden bir başka sebep tespit edilerek, bu sebep üzerinden hüküm kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, sebep ikamesini sadece idari işlemin sebebinde ikame olarak ele almaktadır<sup>55</sup>. Bununla birlikte dava sebebinde ikame yapılabileceğini kabul eden yazarlar da vardır<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Uler, s. 98-99. Aksi yönde bkz. Gözübüyük, s. 257.

<sup>53</sup> Atay, s. 61.

<sup>54</sup> Aynı yönde bkz. Atay, s. 66, Dipnot no. 136.

<sup>55</sup> Gözler, s. 927. Yasin, s. 84-86. Atay, s. 78-79. Anılan yazarlar eserlerinde "sebep ikamesi" kavramını tartışırken, sadece idari işlem sebebinde ikameye gönderme yapmaktadırlar. Bundan dolayı böyle bir yargıya varılmıştır.

<sup>56</sup> Bir kısım yazar, davacı ve davalı arasında ayırım yapmaksızın taraflarca ileri sürülmemiş maddi olayların araştırılmasını da re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirerek aslında, mahkemelerde re'sen dava sebebinde de ikame yapılabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Ancak anılan yazarlar, bu yöndeki görüşlerini ortaya koyarlarken davanın maddi sebebi bakımından *sebep ikamesi* yapılabilmesi hususuna hiç değinmemekte, *re'sen araştırma*



Yukarıda da belirttiğimiz gibi Danıştay ise dava sebebinin gerçekleşmediğinin tespiti üzerine bu sebebin bir başka sebeple ikame edilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Doktor olarak görev yapmakta olan bir kişinin başka bir il'de yine doktor olarak görev yapan eşinin yanına *sağlık mazereti* nedeniyle atanma talebinin Sağlık Bakanlığınca reddi yönündeki işleme karşı açılan davada, idare mahkemesince talebin sağlık mazereti şartlarını karşılamadığı sonucuna varılmış ve fakat davacının durumunun *eş durumu mazereti* yönünden de değerlendirilmeyi gerektirdiği kanaatine varılarak, bu değerlendirmenin Bakanlık tarafından yapılmamış olması nedeniyle yapılan işlemin iptaline karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, idare hukukunda sebep ikamesi ilkesinin varlığını genel olarak kabul ettikten sonra, bakmakta olduğu dava yönünden yaptığı somut değerlendirmede, davacının eş durumu mazereti nedeniyle idareye bir başvurusunun bulunmadığı, ilk derecede görülmekte olan davada da bu yönde bir iddianın ileri sürülmediği ve idareye eş mazeretine ilişkin konuyu değerlendirme ve ilk derece mahkemesinde savunma yapma fırsatının verilmediği gerekçeleriyle sebep ikamesinin yapılamayacağına karar vermiştir<sup>57</sup>.

Söz konusu olayda davacının talebi, bulunduğu il'den eşinin görev yapmakta olduğu bir diğer il'e atanma yönündedir. Bu talebin bir anlam ifade edebilmesi ve ilgili Bakanlıkça gereği gibi değerlendirilebilmesi için mutlaka bir maddi sebep ortaya konulması gerekir. Somut olayda bu sebep, *sağlık mazereti* olarak gösterilmiş ve talebin temel dayanak noktasını oluşturmuştur. Danıştay ise kararında, dava konusu talebin temel dayanak noktasını oluşturan maddi sebep yerine bir başka sebebin mahkemelerce re'sen gözetilmesinin mümkün olamayacağı sonucuna varmıştır. Danıştay'ın burada yaptığı değerlendirme kanaatimizce yerinde değildir. Söz konusu karar, zihnimizde şu şekilde bir anlamlandırmaya yol açmaktadır: Davacı madem sadece eşinin bulunduğu il'e atanma talebinin sebebi olarak sağlık mazeretini gösteriyor ve dava sürecinde de bu tutumunu devam ettiriyor, o halde mahkemelerce yapılacak

---

*ilkesini* davanın maddi sebebi bakımından *sebep ikamesi* kavramı ile ilişkili kılmamaktadırlar. Re'sen araştırma ilkesini bu kapsamda ele alan yazarlar için bkz. Çınar Can Evren, "*İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 710-711. Çağdaş Evrim Ergün, "*Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi*", **AÜHF**, C. 55, S. 2, 2006, s. 68. Oğurlu, s. 128, 133. A. Ülkü Azrak, "*İptal Davalarının Objektif Niteliği*", **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 12/16 Ocak 2000, s. 334. Uler, s. 90, 94. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 539. Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, s. 167. Aslan, s. 56. Yorgancıoğlu, s. 238. Yılmaz, s. 26. *Ultra petita (yargıcın tarafların talepleri ile bağıllığı ilkesi)*'nden yola çıkarak esasen, idari yargılama usulünde taraflarca ileri sürülmemiş *kamu düzenine* ilişkin hususların re'sen araştırma ilkesi kapsamında bulunabileceğine vurgu yapan yazarlar da vardır. Bkz. Atay, s. 76-77.

<sup>57</sup> D5D, 22.15.2015, E. 2014/4325, K. 2015/10764, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 121-124.



değerlendirmelerin de buna göre yapılmasına daha baştan rıza göstermiş olmaktadır. Bu durumda, mahkemelerin kendiliğinden bir başka sebep daha üreterek, tesis edilmiş idari işlemin sıhhatini olumsuz etkilemeleri mümkün olamamalıdır. Herkes idareye karşı ve mahkemelerde neyi, hangi maddi sebeple talep ettiğinin bilincinde olmak ve bunun sorumluluğunu taşımak zorundadır!<sup>58</sup>

Bu anlamlandırma çerçevesinde mezkûr Danıştay kararında varılan sonuca karşı ileri sürülebilecek tezlerden en güçlü ve özlü olanını YILMAZ'ın kelimelerinde bulmaktayız. Yazara göre,

*“... taraf yargılama kurallarını sırf yeterince bilememesinden veya dalgınlığından veya unutkanlığından dolayı, bütün iddia ve savunma araçlarını davanın başında ileri sürmemişse/ sürememişse, bu dalgınlık/unutkanlık veya yargılama kurallarını yeterince bilememe, onun hakkını kaybetmesi sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü yargılama kuralları, başlı başına bir amaç değildir; yargılama işlevinin amacına ulaşması için kendilerine başvuru kurallardır...”<sup>59</sup>*

Yazarın buradaki değerlendirmelerinin idari yargılama usulü hukuku bakımından önemi çok daha fazladır. İdari işlem veya eylemlerden kaynaklanan bilgi ve belgelerin genellikle idare tarafında bulunuyor olmasının doğal sonucu olarak, çoğu zaman kişilerin idari işlem sebeplerini yeterli düzeyde elde edebilmeleri mümkün olamamaktadır. İdarenin sebep gösterme gibi genel bir zorunluluk hükmü ile de bağlı olmaması, kişilerin, idari işlem veya eylemlere karşı dava açarken gerçekten yeterli sebepler ortaya koyabilmelerini çoğu zaman zorlaştırabilmektedir. İdari işlem süreci hakkında kişilerin, her zaman tam olarak bilgilendirilmedikleri gerçeğini de göz önünde bulundurursak idari işlem veya eylemlere karşı açılan davalarda, davacıardan maddi sebeplerin tam ve eksiksiz olarak ortaya konulmasını beklemek, belli bir noktadan sonra iyiniyetini kaybetmeye başlayacaktır. Örneğin, diğer bir kamu kurumundan olumlu görüş alınması gereken bir yönetmeliğe karşı ya da Danıştay incelemesinden geçirilmemiş bir tüzüğe karşı, bilinmemesinden dolayı bu sebepler hiç belirtilmeksizin başka sebepler ileri sürülerek açılan bir davada, idari yargı hâkimi kendiliğinden yönetmelik hakkında olumlu görüş alınmamış olduğunu ya da tüzüğün Danıştay incelemesinde geçirilmemiş olduğunu tespit edip buna göre iptal kararı veremeyecek midir? Yine aslında davacı tarafından

---

<sup>58</sup> Söz konusu Danıştay kararındaki, idareye eş mazeretine ilişkin konuyu değerlendirme ve ilk derece mahkemesinde savunma yapma fırsatının verilmemiş olması gerekçesine ise olduğu gibi katılmaktayız. Aşağıda ayrıca belirtildiği üzere, yeni maddi sebep hakkında idareye savunma yapma imkânının tanınmaması, çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık oluşturur.

<sup>59</sup> Yılmaz, s. 25-26.

bilinmiyor olmasından dolayı ve farklı maddi sebepler ileri sürülerek açılan bir davada, idari işlemin kişisel veya siyasi bir düşmanlık saikiyle yapıldığının yargılama sonucunda tespit edilmesi halinde, hâkim bu hususu re'sen kararında gözetemeyecek midir?

Diğer taraftan idari işlemin maddi sebebinde ikame yapılabilmesini kabul ederken davanın maddi sebebinde ikame yapılabilmesini kabul etmemenin izahatı ne olabilir? Anayasa Mahkemesi, idari işlem sebebinin ikame edilmesi durumunda yeni sebebin davacıya bildirilerek bu sebebe karşı davacının savunmasının alınmamasını, çelişmeli yargılama ilkesine, dolayısıyla *adil yargılanma hakkına* aykırı bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre,

*“İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesince karar aşamasında sebep ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkânı verilerek yeni sebebe ilişkin yeterli itirazların sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlığın sonucuna etkili iddiaların temyiz mercince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecektir”<sup>60</sup>.*

Doktrinde de birçok yazar, idari işlemin sebebinde mahkemece re'sen ikameye gidilmesi halinde, yeni sebebe göre davacıya savunma hakkının tanınmasını *adil yargılanma hakkının* önemli gereklerinden biri olarak kabul etmektedir<sup>61</sup>. İdari işlemin sebebinde ikameye gidilmesi halinde yeni sebebe göre davacıya savunma hakkının tanınmasına yönelik bu karar ve görüşler oldukça yerinde olmakla birlikte, eğer böyle bir sonuca ulaşılabiliyorsa dava sebebinin de mahkemece kendiliğinden tespit edilecek bir başka sebeple ikame edilmesi ve bu yeni sebebin de davalı idareye savunma hakkını kullanabilmesi için bildirilmesi halinde, idare yönünden de çelişmeli yargılama ilkesine uyulmuş olacak ve böylece dava sebebi bakımından da sebep ikamesinin kabul edilebileceği gibi bir sonuç karşımıza çıkacaktır.

---

<sup>60</sup> AYM, (Koray Erdoğan Başvurusu), 10.03.2016, Başvuru No: 2013/1989, Açıklama no. 40, RG: 19.04.2016, 29689.

<sup>61</sup> Yasin, s. 85-86. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 498. Fekete, s. 662-663. Aynı anlamı verecek şekilde yapılan açıklamalar için bkz. Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 243. Müslüm Akıncı, *“İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”*, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl. 1, S. 2, Temmuz 2010, s. 37. Atay, s. 79. Bradley/Ewing, s. 745.

İdari mahkemelerce re'sen idari işlemin sebebinde ikameye gidilebileceğini kabul ettikten sonra dava sebebinde ikameye gidilemeyeceğini ifade etmek, mahkemelerin yargılama usul hukuku kurallarını uygulamasında *tarafalara eşit davranma yükümlülüğü* ile *hakimin tarafsızlığı ilkesine* de ters düşer. Yukarıdaki örneklerden yararlanarak farazi bir yaklaşımla örneğin, kişinin sağlık mazereti haklı bulunmadığı için davası reddedilecekken (hâlbuki mahkemece kendiliğinden eş mazereti nedeni tespit edilebilir ve yapılan araştırma sonucunda naklen atama talebi açısından bu mazeret haklı bulunarak kişinin davası kabul edilebilirdi), aynı davada idarenin ret işleminin dayanağını oluşturan gerçekleşmemiş sağlık mazeretinin gerçekte gerçekleşmiş olduğunun ve fakat bununla birlikte yine örneğin güvenlik gibi bir başka gerekçe ile (böyle bir gerekçenin kanunda öngörüldüğünü farz edelim) işlemin sonucu itibarıyla hukuka uygun olduğunun mahkemece kendiliğinden tespit edildiği bir durumda, açılan davada idare haklı çıkarılmış olacaktır. Bu örnekte, davacının ileri sürdüğü dava sebebinde ikame yoluna gidilmezken davalı idare tarafından ileri sürülen idari işlem sebebinde ikame yoluna gidilerek, taraflara eşit davranma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, sebep ikamesi kavramı sadece idari işlemin maddi sebebine hasredilemez. Bu kavram, ancak davanın maddi sebebi ile birlikte ele alınırsa bir anlam ifade edebilir. Bir hukuksal müessese olarak sebep ikamesi kabul edilecekse hem idari işlem sebebi hem de dava sebebi bakımından kabul edilmek zorundadır. Bu nedenle aşağıda sebep ikamesinin, re'sen araştırma ilkesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ve idarenin takdir yetkisi konuları ile olan ilgisi ele alınırken bu ilgi, hem idari işlem hem de dava sebebinde mahkemelerce kendiliğinden yapılabilecek ikameler yönünden birlikte bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

#### IV. Re'sen Araştırma İlkesi ve Sebep İkamesi

Açılan her davanın bir talep kısmı ile birlikte sebebi, konusu ve iddiaları destekleyen delillere ilişkin açıklama kısmının bulunması gerekliliği oldukça anlaşılabilir bir durumdur. Madem davacı açtığı dava ile mahkemeden bir hak talebinde bulunmakta, o halde bu talebinin haklılığını da ortaya koymak ve bunu ispatlamak zorundadır. Nitekim bu esastan hareketle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesine göre, kanunda öngörülen istisnalar dışında hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. Medeni yargılama usul hukukunda *tarafarca getirilme ilkesi* (*the adversarial procedure*) olarak ifade edilen bu ilke gereğince, özel hukuk uyuşmazlıklarında hâkimin kural olarak kendiliğinden inceleme ve araştırma yapması mümkün

değildir<sup>62</sup>. Özel hukuk uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin karardan etkilenebilecek olanlar kural olarak sadece davanın tarafları olduğu için yargılama makamına bu şekilde bir işlev yüklenmektedir. Fakat bu genel kuralın her hukuksal uyuşmazlığa birebir uygulanması söz konusu olamaz. Çünkü bazı hukuksal uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kararlar sadece tarafların hukuki menfaatine hasredilemez. Ceza yargılaması ve idari yargılama sonucunda verilen kararlar bu şekildedir<sup>63</sup>. Özellikle idari mahkemelere verilen iptal kararlarının, idari işlemlerin hukukiliğinin denetimini sağlama gibi bir işlev üstlenerek hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine hizmet etmesi herkesin yararınadır<sup>64</sup>. Bu nedenle idari yargılama usul hukukunda *re'sen araştırma ilkesi (the inquisitorial principle)* benimsenmiştir<sup>65</sup>. İYUK'un 20. maddesine göre,

*“Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.”*

İYUK'un 20. maddesinde re'sen araştırma ilkesi bu şekilde düzenlenmekle birlikte bu ilkenin kapsamına hangi hususların girdiği konusu tartışmalıdır. Şöyle ki idari mahkemelerin bakmakta oldukları davalarla ilgili olarak lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hususunda bir belirsizlik yoktur<sup>66</sup>. Bu konu oldukça açıktır. İdari mahkemeler davacı ve davalı tarafından ileri sürülen iddialarla ilgili bilgi ve belgeleri, hem taraflardan hem de ilgili diğer yerlerden doğrudan isteyip maddi gerçekliğe ulaşabileceklerdir. Ayrıca idari mahkemelerin, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapabilecekleri için, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin delilleri

<sup>62</sup> Bununla birlikte, görülmekte olan adli uyuşmazlıklarda hâkimin hukuku re'sen gözetip gözetemeyeceği üzerine yapılan karşılaştırmalı bir çalışmada, İtalyan, İsviçre ve Macar medeni yargılama usulünde hâkimin pasif bir konuma yerleştirildiği, Fransız ve Alman medeni yargılama usulünde ise hâkimin aktif bir rol üstlendiği belirtilmiştir. Fekete, s. 657.

<sup>63</sup> İdari yargılama usulü bakımından aynı yönde bkz. Fekete, s. 656.

<sup>64</sup> Kaplan, s. 10. Ergün, s. 71. Ayrıca idari yargı uyuşmazlıklarında re'sen araştırma ilkesinin, idareye karşı kişiler için daha güvenceli bir sistem oluşturduğu hakkında bkz. Künnecke, s. 70.

<sup>65</sup> Bu ilke, Alman idari yargılama usul hukukunun da önemli usuli ilkelerinden biridir. Bununla birlikte İngiltere örneğinde olduğu gibi idari uyuşmazlıkların yargısal çözümünde, taraflarca getirilme ilkesini uygulayan ülkeler de vardır. Bkz. Künnecke, s. 30, 44-47.

<sup>66</sup> Gözübüyük, s. 351. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 232.

kendiliğinden araştırma ve tespit etme yetkisine de sahip oldukları konusunda herhangi bir tereddüt yoktur<sup>67</sup>. Yani taraflarca ileri sürülmesi bile uyuşmazlığın çözümüne ilişkin deliller, idari mahkemelerce kendiliğinden toplanabilecektir. Yine, idari işlemlerin kabul edilebilirlik koşulları yönünden denetiminin idari yargı mercilerince yapılması zorunluluğu İYUK'un 14. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu hususlar yönünden bir itiraz bulunmasa bile, idari yargı mercileri kendiliğinden ve davanın her aşamasında kabul edilebilirlik koşullarını gözetmek zorundadırlar<sup>68</sup>. Hatta bu hususların birçoğu kamu düzenine ilişkin kabul edildiğinden, kanunda belirtilmeseydi bile re'sen mahkemelerce gözetilmesi gerekliliği ifade edilmektedir. Son olarak, idari işlemlerin esas yönünden denetiminde de kamu düzeninden kabul edilen bazı hususlar vardır. Bu hususların kamu düzeninden olduğu içtihatlarca ortaya konulmuştur. Yetki<sup>69</sup>, yok hükmünde olan işlemlerin yokluğunun mahkemelerce re'sen tespiti, idarenin kusursuz sorumluluğu, zamanaşımı<sup>70</sup> gibi konular, maddi hukuk konuları olarak kamu düzeninden kabul edilmekte ve idari işlemlerin yargısal denetiminde bu hususların idari yargı mercilerince kendiliğinden gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>71</sup>. Haliyle bu tür durumların söz konusu olması halinde, ortada bir iddia olmasa bile mahkeme kendiliğinden bu

<sup>67</sup> Azrak, s. 334. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 232.

<sup>68</sup> Ergün, s. 76. Yorgancıoğlu, s. 224, 227.

<sup>69</sup> Azrak, s. 334. Gözübüyük, s. 209. İdari işlemlerde yetki unsurunun kamu düzenine ilişkin olduğu hususu hemen her yazar tarafından kabul edilmektedir. Danıştay içtihatlarında da yetki kamu düzenine ilişkin bir konu olarak ele alınmakta, davacı tarafından idari işlemin yetki yönünden hukuka aykırılığına yönelik bir sebep ortaya konulmasa bile idari mahkemelerin kendiliğinden ve davanın her aşamasında yetkiyi gözetmeleri gerektiği belirtilmektedir. İdari işlemlerde yetki unsurunun bu özelliği, yetkiye ilişkin konularda sebep ikamesinin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bir diğer deyişle idari mahkemeler, davanın hangi aşamasında olursa olsun idari işlemin yetki unsuruna yönelik bir hukuka aykırılık tespit ettiklerinde, bu aykırılık davacı tarafından ileri sürülmemiş olsa öncelikle idari işlemi yetki unsuru yönünden incelemek ve iptal etmek zorunda kalacaklardır. Bu zorunluluk ise doğal olarak beraberinde sebep ikamesini getirecektir. Davacı tarafından dilekçesinde ortaya konulan sebepler içerisinde yer almamasına rağmen idari mahkemelerin kendiliğinden yetki gibi bir sebebi gözetmesi ve buna göre karar vermesi, sebep ikamesi yapıldığı anlamına gelmektedir. Profesör kadrosuna yapılan bir atamanın, hazırlanan jüri raporlarının kanuna aykırılığı gerekçesiyle açılan bir iptal davasında Danıştay, bu gerekçeyi hiç değerlendirmeye almadan rektörce yapılması gereken atamanın üniversite yönetim kurulunca yapılmış olduğu gerekçesiyle, işin esasına girerek karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Danıştay bu kararda doğrudan idari işlemi yetki unsuru yönünden denetlemiş, gerek davacı tarafından ileri sürülen gerekse ilk derece mahkemesi kararında belirtilen nedenleri bu aşamada değerlendirmeye almamıştır. Bu yaklaşımı ile söz konusu kararında Danıştay kanaatimizce, idari işlemin yetki unsurunun söz konusu olduğu hadiselerde sebep ikamesinin yapılması zorunluluğunu kabul etmiş olmaktadır. D8D., 03.02.2016, E. 2015/10165, K. 2016/534, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 146-150.

<sup>70</sup> Gözübüyük, s. 452. Yorgancıoğlu, s. 230. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 256.

<sup>71</sup> Kaplan, s. 11. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 232.

hususlar bakımından idari işlemin yargısal denetime tabi tutacaktır<sup>72</sup>. Nihayet idari işlemin maddi sebep unsuru ya da davanın maddi sebebi yönünden böyle bir sonuca varılabilir mi?

İdari işlemin maddi sebep unsuru yönünden hukuka aykırılığı ile davanın maddi sebebinin re'sen araştırma ilkesinin kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Birincisi bakımından, idarece işlemine esas alınan maddi sebebin gerçekliği elbette mahkemece re'sen araştırılacaktır<sup>73</sup>. Fakat idarece işlemine esas alınan sebep dışında bir başka sebep, mahkemece re'sen tespit edilip bu tespit üzerine bir hüküm kurulabilecek midir? Yani re'sen araştırma ilkesi, bu hususu da kapsar mı? Bazı yazarlara göre bir başka sebebin de araştırılması, re'sen araştırma ilkesi kapsamına girer<sup>74</sup>. Aynı soruyu, dava sebebinin mahkemece re'sen tespit edilecek bir başka sebeple ikame edilip edilemeyeceği konusunda da sorabiliriz. Re'sen araştırma ilkesi kapsamında, davacı tarafından dava dilekçesinde maddi bir sebep olarak ileri sürülmesi bile gerçekte var olan maddi bir sebep, mahkemece kendiliğinden tespit edilip buna göre hüküm kurulabilecek midir? Görüldüğü üzere her iki soruya verilecek cevabın aynı yönde olması gerekir. Re'sen araştırma ilkesi, idari işlemin maddi sebep unsuru ile davanın maddi sebebinin de kapsar denildiği zaman o halde sebep ikamesi de her iki husus bakımından kabul edilmek zorunda kalacaktır. Bu çerçevede sebep ikamesini, re'sen araştırma ilkesi kapsamında idari işlemin sebep unsuru bakımından kabul edip dava sebebi bakımından ise kabul etmemek, mümkün olmayacaktır. Nitekim belki bu esastan hareketle doktrinde bazı yazarlar sebep ikamesini, hem idari işlemin maddi sebep unsuru hem de davanın maddi sebebi bakımından kabul etmektedir<sup>75</sup>.

Re'sen araştırma ilkesinin kapsamına idari işlemin maddi sebebi ile davanın maddi sebebinin ikamesini sokmayan görüşlerin argümanları ise şunlar olabilir: Bu hususların re'sen araştırma ilkesi kapsamına sokulması, idari yargı hâkimine gereğinden fazla yargısal bir yük yükleyeceği gibi yetki alanını da gereğinden fazla genişletir. Davanın başında bilinmeyen maddi sebeplerle davanın sonunda hükme varılması, hukuki belirsizliklere yol açar<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Söz konusu hususlar bakımından aynı yönde bkz. Ergün, s. 68. Aslan, s. 57.

<sup>73</sup> Oğurlu, s. 123.

<sup>74</sup> Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 539. Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, s. 167. Evren, s. 710-711. Ergün, s. 68. Yorgancıoğlu, s. 238.

<sup>75</sup> Bu yazarlar için 55 numaralı dipnota bakınız.

<sup>76</sup> Burada yapılan değerlendirmeyi doğrular nitelikte GÖZÜBÜYÜK, hukuka uygunluk denetiminde idari işlemin bir başka unsuru olan amaç unsurunun mahkemece kendiliğinden gözetilip gözetilemeyeceği hakkında şu şekilde bir tespitte bulunmaktadır:

*"... Amaç yönünden hukuka aykırılık, kamu düzeni ile ilgili değildir. Bunun sonucu olarak, amaç yönünden hukuka aykırılık durumunu yargıç kendiliğinden dikkate alamaz; davacı tarafından ileri sürülmesi gerekir."*

Gözübüyük, s. 241.

Ayrıca idari yargılama usulünde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kabul edilmiştir. Bu yasak, davacı ya da davalı tarafından dahi ileri sürülemeyen hususların idari yargı hakimince de kendiliğinden tespit edilemeyeceği ve buna göre hüküm kurulamayacağı anlamına gelir !

Diğer taraftan bu görüş, idari yargılama usulünde bazı hususların kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul ederek kamu düzeninden kabul edilen hususların mahkemelerce kendiliğinden gözetileceğini ifade etmiş olmakla da, dolaylı bir anlatımla kamu düzeninden kabul edilmeyen hususların (davanın bir başka maddi sebebi ile idari işlemin bir başka maddi sebebi de dahil) mahkemece kendiliğinden gözetilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.

Bu görüşlere katılmadığımızı hemen ifade etmeliyiz. İYUK'un 20. maddesi kapsamında düzenlenen re'sen araştırma ilkesi ile, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapacakları düzenlenerek aslında iddialar arasında yer almayan idari işlem sebepleri ile dava sebeplerinin de idari yargı hâkimince re'sen araştırılması öngörülmüş olmaktadır. Böyle bir yetkinin idari yargı hâkimini, yargılama faaliyetinde oldukça aktif bir konuma getireceği söylenebilir. Fakat idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin uygulanış amacının, maddi gerçekliğin tespit edilerek adaletli bir karara ulaşmak olduğu, idari uyumsuzlukların çoğu zaman özünde bulunan kamu düzeni ve kamu yararına ilişkin hususların ise ancak re'sen araştırma ilkesi sayesinde ortaya çıkarılabileceği gözden kaçırılmamalıdır. İdari yargı hâkimini yargılama sürecinde pasif bir konuma getirmenin, hukuk devletinin gelişimine katkı sağlamayacağı da güçlü bir iddia olarak ileri sürülebilir. Kaldı ki medeni yargılama usulünde bile re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, davacı veya davalı tarafından ileri sürülmeyen maddi sebepler mahkemece kendiliğinden gözetilmektedir<sup>77</sup>. Ayrıca sebep ikamesine konu olmuş yeni sebeplerin mahkemece karşı tarafa bildirilerek, bu sebepler hakkında karşı tarafın savunma yapmasına imkân tanındıktan sonra, yargılama sürecinde öngörülemeyen bir gelişimin ortaya çıkması da söz konusu olmayacaktır. Nitekim çelişmeli yargılama ilkesinin gereği olarak, bu zorunluluğun Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ısrarla vurgulandığını görmekteyiz. Nihayet sebep ikamesi bakımından, re'sen araştırma ilkesi ile iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı arasında doğrudan bir ilişki kurulması, oldukça zorlama bir yorum ortaya çıkaracaktır. Bu husus aşağıdaki başlık altında ayrıca değerlendirilmiştir.

---

<sup>77</sup> Evren, s. 706-707, Dipnot no. 9. Bu yöndeki ülke uygulamaları için bkz. Fekete, s. 660-661. Medeni yargılama usul hukukunda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyumsuzluklarda, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı da uygulanmamaktadır. Yılmaz, s. 12. Cemil Kaya/Recep Akcan, "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", İÜHFİM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 125-126.



## V. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasası ve Sebep İkamesi

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, kişinin dava açarken ve davalının savunma dilekçesini verirken bütün iddialarını tam anlamıyla ortaya koyarak, ileride hem başka iddialarla davanın sürüncemede bırakılmasını önleme hem de mahkemelerin iddia ve savunmaya daha baştan gerektiği gibi odaklanarak adil bir yargılama ortaya koyabilmelerini sağlama gibi bir amaç taşır. Ayrıca açılan davalarda kişilerden iddia ve savunmalarını, ilk başta dava ve savunma dilekçelerinde tam olarak ortaya koymaları beklenir<sup>78</sup>. Sonradan ortaya atılan iddialar genellikle, deyim yerinde ise oyunu kurallarına göre oynamama sonucunu doğurur. Bu nedenle birçok yargılama usulünde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kabul edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı" başlıklı 141. maddesinde,

*"(1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.  
(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır."*

şeklinde bir hükme yer verilerek, bu yasak medeni yargılama usul hukuku uygulamasına aktarılmıştır<sup>79</sup>. İdari yargılama usul hukukunda ise bu şekilde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte İYUK'un 16. maddesinde tarafların, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemeyecekleri hüküm altına alınarak, bir anlamda idari yargılama usulünde de iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına yer verilmiş olmaktadır<sup>80</sup>. Doktrinde bazı yazarlar, İYUK'un söz konusu maddesinde yer alan hükmün, iddia ve savunmanın

<sup>78</sup> Yılmaz, s. 13.

<sup>79</sup> Söz konusu hüküm, yazılı yargılama usulünde iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını düzenlemektedir. HMK'nın 319. maddesinde ise basit yargılama usulünde mezkûr yasak hükmüne yer verilmiştir. Bkz. Kaya/Akcan, s. 127.

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 14. Ergün, s. 85-86. Kaplan, s. 355-357. Gözübüyük, s. 453. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 258. Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir (İYUK, md. 16/4).



genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağıyla bir ilgisinin bulunmadığını ileri sürmekte ve söz konusu düzenlemenin sadece iddia ve savunmalarının zamanında yapılmasını sağlama gibi bir işlev taşıdığını savunmaktadır<sup>81</sup>. Kanaatimizce İYUK'un söz konusu 16. maddesi hükmü karşısında, yeni maddi vakıaların, dava açma ya da cevap verme süresi geçtikten sonra ileri sürülmesini iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına kapsamında değerlendirmek gerekir. 16. madde hükmünü, başka şekilde anlamak çok mümkün gözükmemektedir. Şu halde idari yargılama usulünde, dava açma veya cevap verme süresinden sonra iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı devreye girmekte<sup>82</sup> ve bu aşamadan sonra yeni maddi sebeplerin ileri sürülmesi imkânı bulunmamaktadır.

Sebeup ikamesi bakımından konuyu ele aldığımız zaman ise idari işlemin sebep unsuru ya da dava sebebi üzerinde mahkemece kendiliğinden ikame yoluna gidilmesi halinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ile ilgili bir çelişkinin ortaya çıkıp çıkmayacağı şeklinde bir sorunla karşılaşmaktayız. Şöyle ki iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının, hâkimin idari işlem ya da dava sebebi hakkında re'sen ikame yoluna gidebilmesine de engel oluşturacağı bir görüş olarak ileri sürülebilir. Çünkü bu görüşe göre, idari yargılama usulünde anılan yasak öngörülmüş olmakla aynı zamanda hâkimin de tarafların ileri süremediği iddiaları kendiliğinden tespit edebilmesine sınır çizilmiş olmaktadır. Fakat bizce, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının, idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi hâkim olduğu için, hâkimin re'sen araştırma yapmasını engelleyeceği ileri sürülemez<sup>83</sup>. Çünkü iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının muhatabı sadece taraflardır; hâkim kendiliğinden tespit edebileceği hususlar bakımından bu yasağın kapsamında değildir. Bu nedenle hâkim, idari işlem ya da dava sebebi üzerinde re'sen yapacağı tespitlerle ikame yoluna gidebileceği ve iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının buna engel oluşturmayacağı söylenebilir.

---

<sup>81</sup> Uler, s. 94-95. İdari yargılama usulünde iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği hakkında bkz. Yılmaz, s. 30. Kaya/Akcan, s. 136.

<sup>82</sup> İdari yargılama usulünde, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının dava açma süresinin geçmesiyle, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının ise cevap verme süresinin geçmesiyle başlayacağı genel kabul görmektedir. Bkz. Kaya/Akcan, s. 137. Gözübüyük, s. 454. Bununla birlikte doktrinde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının, dava ya da cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 258.

<sup>83</sup> Aynı yönde bkz. Yorgancıoğlu, s. 238, 245.

Bu arada idarenin işlem tesis ederken esas aldığı ve ilgisine tebliğ ettiği sebep ile savunma dilekçesinde ileri sürdüğü sebepler farklı olabileceği için, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı bakımından önem taşıyan sebeplerin, savunma dilekçesinde ileri sürülen sebepler olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Yani idare, işlem tesis ederken bir sebep esas almış ve bunu ilgisine tebliğ etmiş, fakat bununla birlikte bu işleme karşı açılan davada işlemin sebebi olarak başka bir sebebi göstermiş olabilir. İdari yargılama usulünde savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, dava açma ve cevap verme süresinin geçmesinden sonra devreye gireceği için, bu aşamaya kadar idarece işlem tesisinde gözetilen sebeplerden farklı sebeplerin savunma dilekçesinde ortaya konulması mümkündür. Böyle bir savunma, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının ihlali anlamına gelmez. Şu halde davalı idare, idari işlem gerekçesinden farklı bir gerekçeyi savunma dilekçesinde ortaya koyduysa dilekçe verme süresinin sonuna kadar savunmasında, dolayısıyla idari işlem tesisinde gösterdiği sebepte değişiklik yapabilir ve bu hususun mahkemece değerlendirilmesi ve davacıya da cevap hakkı verilerek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekir.

İdari mahkemelerin re'sen sebep ikamesine gidip gidemeyecekleri tartışmasının ötesinde, davacı ya da davalının dava sebebi ya da idari işlem sebebini dava açıldıktan sonra yargılama sürecinde farklı bir maddi sebebe dayandırmak istemesi, ıslah sayesinde mümkün olabilmelidir<sup>84</sup>. Fakat bu husus tamamen farklı bir konudur. İdari yargılama usul hukukunda ıslahın kabul edilmemiş olması, davacı ya da davalının bu yöndeki iddialarına sınır çizmektedir; fakat bu sınır hâkim bakımından geçerli değildir.

## **VI. İdarenin Yerine Geçip Geçilmemesi Yönünden Sebep İkamesi**

İdari işlemin sebebini mahkemece kendiliğinden bir başka sebeple ikame edilmesi hususunun, İYUK'un 2. maddesinde düzenlenen, mahkemelerce idari işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde kararlar verilemeyeceği hükmünü ihlal edip etmeyeceği ayrı bir değerlendirme konusudur. Çünkü idari işlemin sebebinde ikame yapılması, idarece belirlenmiş bir sebebin hatalı bile olsa mahkemelerce değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Gerçi sebep ikamesi yoluyla mahkemeler doğrudan bir idari işlem tesis etmemektedirler; fakat idari işlemin sebebini değiştirilmesi sonucunu doğurmaktadırlar.

İYUK'un 2. maddesinden yola çıkarak doktrinde, sebep ikamesine gidilebilmesi için idari işlemin tesisinde idarenin bağlı yetkiyi haiz olması

---

<sup>84</sup> İdari yargılama usulünde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kabul edilip ıslah müessesesinin kabul edilmemiş olmasını açık bir çelişki olarak değerlendiren bir görüş için bkz. Yılmaz, s. 31.

gerektiği ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Bir diğer deyişle idarenin takdir yetkisinin söz konusu olduğu hususlarda idari işlemin sebebinde ikame yoluna gidilerek bir karara varılmasının, mahkemelerin idare yerine geçerek işlem tesis etmesi anlamına geldiği ileri sürülmektedir<sup>86</sup>. Gerçekten idari işlemin sebep unsuru üzerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde, mahkemelerin kendiliğinden sebep ikamesine gitmesi ilk bakışta mahkemelerin idare yerine geçmiş olması gibi bir görüntü ortaya çıkarmaktadır. Hatta bir görüş olarak, sebep unsuru üzerinde idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu hallerde dahi yine mahkemelerin kendiliğinden sebep ikamesine gitmesinin farklı bir sonuç ortaya çıkarmayacağı ileri sürülebilir. Bu görüşün gerekçesi olarak ortaya şu fikirler konulabilir: Tamam, bu tür durumlarda idarenin, idari işlemin sebep unsuru üzerinde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır, ancak bu tür durumlarda idare bağlı yetkiye dahi sahip olsa bu yetkinin bizzat idare tarafından kullanılması gerekmez mi? Bağlı yetkiyi kullanan makamın o yetkiyi kullanma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması ve gerçekten yetkili olan makamın tespiti önemsiz bir konu mudur? Bir başka açıdan, idari işlemlerin yetki unsuru yönünden mahkemelerce denetiminde, bağlı yetkinin söz konusu olduğu hallerde o yetkiyi yetkili makamın kullanıp kullanmadığına bakılmamakta mıdır? Tam aksine, doktrinde hemen herkesin üzerinde hemfikir olduğu şekilde, idari işlemlerde yetki kamu düzeninden sayılmakta ve bağlı yetkiyi kullanan makamın bu yetkiyi kullanma yetkisine sahip olmaması halinde işlemin sakat olduğu kabul edilmektedir. Aynı durum burada da geçerlidir. Sebep ikamesi halinde aslında, idari işlem tesisinde bağlı yetki hali söz konusu olsa bile idari işlemin sebebinde değişikliğe gidilerek idareye ait olan bağlı yetki, mahkemelerce kullanılmış olmaktadır. Bu durumda her ne kadar idarenin takdir yetkisine müdahale hali söz konusu olmasa da idarenin yerine geçme, bir diğer deyişle idare adına işlem tesis etme yolu açılmış olmaktadır. Şu halde idari işlem tesisinde idareye ister takdir yetkisi verilsin isterse idarenin yetkisi bağlı yetki olsun, sonuçta sebep ikamesi, mahkemelerin idare yerine geçmesi anlamına gelmektedir ve bu açıdan İYUK'un 2. maddesinde yer verilen, mahkemelerce idari işlem niteliğinde kararlar verilemeyeceği hükmünü ihlal etmektedir.

CANDAN da kural olarak aynı fikirde olmakla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere bu kurala bir istisna da getirmektedir<sup>87</sup>. ATAY ise idari işlem sebebinde sebep ikamesinin yapılabileceğini kabul etmekle birlikte<sup>88</sup> "*Yargıç idarenin*

---

<sup>85</sup> Kaplan, s. 220. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 498.

<sup>86</sup> Kaplan, s. 220. İdarenin takdir yetkisinin olduğu durumlarda, idarenin mahkemeye başvurusu ile sebep ikamesine gidilebileceğini ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 498.

<sup>87</sup> Candan, s. 149-150.

<sup>88</sup> Atay, s. 79.

*yerine geçerek alacağı kararlarıyla idari işlem veya idari karar oluşturamaz.”* şeklinde yaptığı açıklamanın dipnotunda verdiği aksi yöndeki Danıştay kararları ile idari işlemin maddi sebebinde ikamenin, idari işlem niteliğinde bir karar ortaya çıkarabileceğini de bizlere göstermiş olmaktadır<sup>89</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar ise idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde dahi idari yargı yerlerinin sebep ikamesine gidebileceğine olumlu bakmaktadır. Örneğin GÖZLER, Fransız Danıştay'ının, 1942 yılından beridir idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde de sebep ikamesine gittiğini örnek göstererek bir anlamda bu uygulamayı olumlu karşılamaktadır<sup>90</sup>.

Yukarıda, idarenin yerine geçme sonucunu doğuracağı gerekçesiyle sebep ikamesi yapılabilmesine olanak vermeme yönünde bazı Danıştay kararları bulunduğunu ifade etmiştik. Fakat Danıştay'ın, idarenin bağlı ya da takdir yetkisinin bulunduğu hallerde sebep ikamesini uyguladığı kararları da mevcuttur<sup>91</sup>. Bu kararları ayrıca buraya taşımıyoruz.

Aslında bu tartışmaların ötesinde konuya farklı bir çerçeveden bakıldığı zaman kanaatimizce sorunun çözümü daha da kolaylaşacaktır. Şöyle ki idari işlemin maddi sebebinde mahkemece re'sen ikame yoluna gidilmesi, sonucu itibarıyla idarenin yerine geçilmiş olması gibi bir görüntü arz etmektedir. Fakat mahkemenin re'sen tespit ettiği işlemin maddi sebebinin, Anayasa Mahkemesi ve birçok Danıştay kararında da belirtildiği üzere yargılama sürecinde idareye bildirilerek, idarenin bu sebep hakkında savunmasını sunmasına imkân tanındıktan sonra, yerine geçme iddialarının ileri sürülmesi kanaatimizce zayıflayacaktır. Ayrıca yargı mercilerinin idarenin yerine geçecek şekilde karar verememelerini öngören hukuksal düzenlemelerin amacı, idarenin bu yetkisiz müdahale yüzünden aleyhine bir sonuç ortaya çıkmasını önlemeye yöneliktir. İdari mahkemelerin idari işlemin sebebi üzerinde ikame yapmaları ise hiçbir zaman idari işlem aleyhine bir sonuç doğurmamaktadır. Tam tersine idari işlemin maddi sebebi üzerinde sebep ikamesi yapılması, idari işlemin sıhhatinin devamına hizmet etmektedir.

## **VII. Sebep İkamesi ve Kesin Hüküm**

Davacının, davasını açarken dayandığı maddi sebeplerin yargılama sonucunda verilen hükmün sebebinin oluşturma bakımından oldukça önemi vardır. Maddi anlamda kesin hüküm, kural olarak, kesin veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı üzerine tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yeni bir davanın

---

<sup>89</sup> Atay, s. 43 ve Dipnot no. 85.

<sup>90</sup> Gözler, s. 927.

<sup>91</sup> Örneğin bkz. D2D, 27.10.2008, K. 2008/4185, DİDDK, Onama: 18.03.2013, E. 2009/723, karar için bkz. Ulusoy, s. 209 ve Dipnot no. 252.

açılmaması anlamına gelir<sup>92</sup>. Buradaki sebebin, dava açılırken gösterilen maddi sebebi oluşturduğu hususunda şüphe yoktur. Fakat dava dilekçesinde gösterilen sebep dışında mahkemece başka bir sebebin esas alınarak bu sebep üzerinden hüküm kurulması halinde, bu hüküm maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı için doğal olarak davacının, hem dava dilekçesinde belirttiği maddi dava sebebinin hem de mahkemenin kendiliğinden gözettiği sebebi esas alarak ve bu sebebe dayanarak dava açamaması gerekecektir. Örneğin, yukarıda verdiğimiz örnek bağlamında konuyu ele alırsak sağlık mazereti gerekçesiyle eşinin bulunduğu diğer bir ile naklen atanma talebinin reddi işlemine karşı açılan davada mahkeme, bu sebebin gerçekleşmediğini ve fakat bununla birlikte kendiliğinden yaptığı araştırmada eş mazereti nedeniyle atanma şartının da gerçekleşmediği sonucuna varır ve bu nedenle davayı reddederse davacının, hem sağlık hem de eş mazereti nedenini ileri sürerek yeni bir dava açması, maddi anlamda kesin hüküm kapsamında değerlendirilecektir.

Bununla birlikte maddi dava sebebi bakımından sebep ikamesinin kabul edilmemesi halinde ise yukarıdaki örnek bağlamında, davacının eş mazeretine dayanarak yeni bir dava açması mümkün olacak ve bu dava maddi anlamda kesin hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir. Çünkü ilk davanın maddi sebebinin, sağlık mazereti nedeniyle atanma talebinin reddi işleminin iptali oluşturmaktadır. İkinci davanın maddi sebebi ise eş mazereti nedeniyle atanma talebinin reddi işleminin (kişinin talebi idarece reddedilirse) iptaline dayanmaktadır. Yani ikinci davanın maddi sebebi, birinci davanın maddi sebebinden farklıdır. Bu nedenle davacının eş mazeretine dayanarak idareye başvurması önceki idari başvurudan farklı, yeni bir idari başvuru olacağı için idarenin bu talebi reddetmesi veya sessiz kalması üzerine oluşan zımni ret kararına karşı açılan dava, süre aşımı nedeniyle de reddedilemeyecektir. Bununla birlikte diğer birçok durumda, açılan yeni davalarda, dava açma süresi kaçırılmış olacaktır<sup>93</sup>.

Maddi anlamda kesin hükmün idari yargılama usulünde karşımıza çıkan ikinci bir sonucu daha vardır. O da, kural olarak idarenin mahkeme kararı ile iptal edilen işleminin aynı kişi hakkında ve aynı maddi sebep gözetilerek tekrar tesis edilemeyeceği hususudur. Çünkü idarenin daha önce aynı kişi hakkında ve aynı maddi sebeple tesis ettiği işlem, hukuka aykırı bulunmuş ve bu husus kesin hüküm halini almıştır. Mahkeme kararıyla bu şekilde hukuka aykırılığı tespit edilmiş bir işlemin aynısının, aynı kişi hakkında tekrar idarece tesis edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte bu kuralın bazı istisnaları da vardır. İdari işlemin yetki veya şekil unsuru yönünden iptal edilmesi halinde,

---

<sup>92</sup> Ramazan Çağlayan, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, s. 124-125.

<sup>93</sup> Gözübüyük, s. 251.

aynı işlemin aynı kişi hakkında yetkili olan idari merci tarafından veya şekle uygun olarak yeniden tesis edilmesi mümkündür. Benzer şekilde idare, iptal kararı üzerine dava anında mevcut başka bir maddi sebebe dayanarak aynı kişi hakkında, aynı işlemi tekrar tesis edebilir.

Bu noktada bir görüş olarak, davanın veya idari işlemin maddi sebebinde, re'sen araştırma ilkesinden yola çıkarak idari mahkemelerce re'sen sebep ikamesi yoluna gidilebileceği kabul edildiği vakit, ortaya şu şekilde bir çelişkinin çıkacağı ileri sürülebilir: Madem re'sen araştırma ilkesi, davanın veya idari işlemin maddi sebebinde mahkemelerce re'sen ikame yapılabileceği sonucunu doğuruyor, o halde davacının ilk davasını açtığı sırada mevcut, fakat ilk dilekçesinde ortaya koymadığı yeni bir maddi sebebe dayanarak yeniden dava açamaması, benzer şekilde idarenin ilk işlemini tesis ederken mevcut, fakat işlem gerekçesinde veya savunmasında ortaya koymadığı yeni bir maddi sebebe dayanarak yeniden işlem tesis edememesi gerekir. Çünkü bu maddi sebepleri, re'sen araştırma ilkesinin gereği olarak ilk dava sırasında mahkemelerin tespit etmesi gerekirdi!<sup>94</sup> Fakat kanaatimizce bu görüş, re'sen araştırma ilkesinin anlam ve sınırlarını oldukça zorlamaktadır. İdari yargı mercilerine sebep ikamesi bakımından da re'sen araştırma imkânının tanınması, taraflarca iddia edilmeyen maddi sebeplerin kesin olarak yargılama neticesinde tespiti gibi bir zorunluluk ortaya çıkaramaz. Hâkim, göstermiş olduğu çabaya rağmen davanın çözümü bakımından önem taşıyan ve iddia edilmeyen maddi sebepleri tespit edememiş olabilir. Bu durumda kesin hüküm ancak hâkimin kararına esas aldığı maddi sebepler bakımından ele almak gerekir. Tespit edilmesi gerekirken tespit edilememiş maddi sebepler ise kesin hüküm çerçevesinde değerlendirilemez. Bu şekilde yapılacak bir yorum, hem re'sen araştırma ilkesi hem de kesin hüküm mantığına daha uygundur.

## SONUÇ

Yargılama usul kurallarının, maddi gerçekliğin tespit edilerek adil kararlar verilmesine hizmet etme gibi bir amacı vardır. Yargılama süresince kişilere tanınan usuli hak ve güvenceler, hep adil bir karar arayışı içindir. Aslolan, adil karar vermektir. Adil bir karar, yargılama sürecinde kendiliğinden ortaya çıkmaz. Yargılama usul hukukuna ilişkin kurallar, adil bir karara ulaşabilmek için oluşturulmuş kurallardır. Bu kuralların idari yargılama usulünde de

---

<sup>94</sup> Aynı mantığı KAPLAN da ortaya koymakta ve bu mantıktan yola çıkarak (re'sen araştırma ilkesini göz önünde bulundurarak) ilk davanın açıldığı sırada mevcut yeni bir hukuki sebeple dava açılmayacağından bahsetmektedir (Yalnız yazar burada hukuki sebebi maddi vakialardan ayırmakta ve ispat ile ilgili bir sorun olmasından dolayı yeni maddi vakialara dayanılarak da yeni bir dava açılmayacağını; ancak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini iddia etmektedir.) Bkz. Kaplan, s. 227-228.

uygulanması, idari işlem ve eylemlerin yargılanmasında maddi gerçekliğe ulaşmayı sağlayarak, idarenin hukukla bağlılığını temin eder; kişilerin idare karşısında adil bir yargılanma ile korunmalarını mümkün kılar. Tabi böyle bir sonuca ulaşılması, idari yargılama usul kurallarının adil ve kişisel usuli güvenceleri kişilere ne kadar tanıdığı ile çok yakından ilgilidir. İdari yargılama alanında adil olmayan usul kuralları, sadece idarenin haksız iddialarının mahkeme kararları ile onanmasına hizmet eder. Zaten idari işlemin niteliği gereği hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, tek taraflı ve icrai nitelikte olması, idareyi kişiler karşısında oldukça güçlü bir konuma getirir. Bunun üzerine bir de yine, idarenin işlem veya eylemlerine hizmet eden idare lehine tek taraflı bir yargılama usulü, idare karşısında kişileri sıkıntılı bir hale düşürür; idarenin yargısal yolla denetimi imkânı zayıflayacağı için hukuk devleti ilkesi de ciddi zararlar görür.

Sebeb ikamesi konusunun, bu açıklamalarla hiç ilgisinin bulunmadığı düşünülmemelidir. Mahkemelerce re'sen sebep ikamesine gidilmesinin idari yargılama usulü bakımından ne gibi sonuçlar ortaya çıkarabileceği, çalışma boyunca ortaya konulmuştur. İdari yargılama usulünde sebep ikamesi, mahkeme kararlarının etkisiz kılınmasının önlenmesine yönelik, idari işlem sebebinde basit bir yargısal düzeltme girişimi değildir. Sebeb ikamesi, hem idari işlem hem de dava sebebi bakımından bir bütün olarak ele alınması kaydıyla, hukukun her yönüyle tam olarak uygulanmasına hizmet eder. İdari davalar sadece taraf menfaatlerini ilgilendirmedeğinden, *kamu düzeni ve kamu yararının* korunması da hâkimin bu tür davalarda aktif bir konumda bulunmasını gerektirir. İdari davalarda hâkimin pasif bir konuma yerleştirilmesinin, hukuk devleti ilkesi bakımından da olumsuz bir sonuç ortaya çıkaracağı şüphesizdir. İdari davalarda sebep ikamesinin kabulü, idari yargı hâkiminin yargılama sürecindeki konumunun aktiflik kazanmasında güç kazandırıcı bir rol üstlenecektir.

Diğer taraftan sebep ikamesi bakımından önem taşıyan en önemli hususlardan birisi, sebep ikamesinin dava sebebi bakımından da kabul edilmesi gerekliliğidir. İdari işlemin sebep unsurunda ikame yoluna gidilerek iptal davasının reddi ile davacının dilekçesinde gösterdiği dava sebebi yerine gerçekte var olan ve mahkemece tespit edilen bir başka sebep esas alınmayarak davanın reddi yoluna gidilmesi, idari işlem üzerinde yapılan idari yargı denetiminde davacı ile idare arasında haksız bir ayırım yapılması sonucu doğuracaktır. İdarenin sebebinde ikame yapılarak idari işlemin sıhhatini sürdürmesine imkân tanınırken, davacının sebebinde ikame yapılmayarak talebini olumsuz bir şekilde cevaplandırmak, mahkemelerin taraflara eşit davranma yükümlülüğünün ihlaline de neden olur. Yargılamada tarafsızlık ise adil yargılanma ilkesinin en önemli unsurlarındandır.

Yargılama usul hukukunun en önemli amaçlarından birisi, taraflar açısından açıklık ve öngörülebilirliği sağlayarak adil yargılanma hakkı güvencelerini garanti altına almasıdır. Hâkimin yargılama sürecinde re’sen tespit edeceği maddi sebepler üzerine çelişme ilkesinin (*principle of contradiction*) uygulanması aracılığıyla tarafların olası sürprizlerden korunması mümkündür. Hatta sebep ikamesi bakımından zorunluluk olarak karşımıza çıkan en önemli husus, hâkimin re’sen tespit ettiği maddi sebepler hakkında karşı tarafa savunma yapma imkânını tanımasıdır. Bu imkân tanınmadan sebep ikamesine gidilmesi mümkün olamamalıdır. Çelişme ilkesine uyulması ise sebep ikamesine karşı negatif düzeyde ileri sürülen tezlerin tamamını çürütecektir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

AKINCI, Müslüm; *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

AKINCI, Müslüm; “*İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl. 1, S. 2, Temmuz 2010, s. 33-51.

ASLAN, Zehreddin; “*Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi*”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No. 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s. 53-58.

ATAY, E. Ethem; “*İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması*”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, 11 Mayıs 2007, s. 13-95.

AZRAK, A. Ülkü; “*İptal Davalarının Objektif Niteliği*”, **Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 12/16 Ocak 2000, s. 331-346.

BRADLEY, A. W./EWING, K. D.; **Constitutional and Administrative Law**, Fourteenth Edition, Pearson Longman, England, 2007.

CANDAN, Turgut; **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargılama Hukuku*, 8. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, Eylül 2016.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Kasım 2004.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “*İdari Yargıda Kesin Hüküm*”, **A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, S. 1, s. 123-141.

ERGÜN, Çağdaş Evrim; “*Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi*”, **AÜ-HFD**, C. 55, S. 2, 2006, s. 65-89.



EVREN, Çınar Can; “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 701-723.

FEKETE, Balazs; “Raising Points of Law on The Courts’ Own Motion”, **21 MJ 4**, 2014, s. 652-675.

GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, İkinci Baskı, Cilt I, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargısı**, 35. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2016.

GROVES, Matthew; “Before the High Court Reviewing Reasons for Administrative Decisions: Wingfoot Australia Partners Pty Ltd v Kocak”, **Sydney Law Review**, Vol. 35, s. 627-654.

KAPLAN, Gürsel; İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa, Eylül 2016.

KAYA, Cemil/AKCAN, Recep; “Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı”, **İÜHF**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 123-141.

KUNNECKE, Martina; **Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison**, Springer, Heidelberg, 2007.

OĞURLU, Yücel; “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 1, s. 120-133.

ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma**, XII Levha, Ekim 2010, İstanbul.

ULER, Yıldırım; İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

ULUSOY, Ali D.; İdari Yaptırımlar, XII Levha, 1. Baskı, İstanbul, Kasım 2013.

YAŞİN, Melikşah; İdari Yargılama Usulünde İspat, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, Ağustos 2015.

YILMAZ, Ejder; “İdarî Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3-4, 1983, s. 11-34.

YORGANCIOĞLU, Erçetin; “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976, s. 218-253.

## MAHKEME KARARLARI

(Mahkeme kararlarından bazıları, metin içerisinde adı geçen yazarların eserlerinden alınmıştır.)

- 1) D2D, 27.10.2008, K. 2008/4185, DİDDK, Onama: 18.03.2013, E. 2009/723.
- 2) D3D, 15.12.1989, E. 1989/1325, K. 1989/2825, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.02.2017).
- 3) D4D, 12.06.2000, E. 1999/5428, K. 2000/2702, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.02.2017).
- 4) D5D., 22.03.2011, E. 2009/1132, K. 2011/1528, içinde: AYM, (Koray Erdoğan Başvurusu), 10.03.2016, Başvuru No: 2013/1989, Açıklama no. 11-12, 15, RG: 19.04.2016, 29689.
- 5) D5D, 22.15.2015, E. 2014/4325, K. 2015/10764, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 121-124.
- 6) D8D., 03.02.2016, E. 2015/10165, K. 2016/534, **Danıştay Dergisi**, S. 142, 2016, s. 146-150.
- 7) D10D, 18.12.1995, E. 1994/5036, K. 1995/6574, <https://www.kararara.com/danistay/dnsty17/dnstyk16079.html>, (Erişim Tarihi: 02.03.2017).
- 8) DİDDGK, 03.12.1999, E. 1999/775, K. 1999/1200, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 07.02.2017).
- 9) DİDDK, 06.04.2012, E. 2007/2208, K. 2012/246, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 21.02.2017).
- 10) AYİM, 02.18.2003, E. 2002/400, K. 2003/255.
- 11) AYM, (Koray Erdoğan Başvurusu), 10.03.2016, Başvuru No: 2013/1989, Açıklama no. 40, RG: 19.04.2016, 29689.

# ALMAN MAHKEME KARARLARINDAKİ MEHİR'İN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Bewertung der Brautgabe in den deutschen Rechtsprechungen*

**Öğr. Gör. Muhterem DİLBİRLİĞİ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 28.02.2017

Kabul Tarihi: 07.06.2017

## ÖZET

1960'lı yılların başından itibaren, başta Almanya olmak üzere Avrupa'nın çeşitli ülkelerine çalışmak için gelen Müslüman işçiler, geldikleri ülkelerde yerleşmişler ve yoğun bir Müslüman toplumun oluşmasına sebep olmuşlardır. Farklı dil ve kültürlerden Almanya'ya gelen göçmenlerin, mutat ikametgâh olarak Almanya'yı seçmeleri, -bilhassa uluslararası özel hukuk açısından- evlilik, boşanma, miras, velayet ve kişilik hallerine ilişkin durumlarda çözülmesi gereken birçok yeni hukuki meseleyi ortaya koymaktadır. İslam aile hukukundaki Mehir meselesi de bunlardan biridir. Alman mahkemeleri 1970'li yıllardan beri bu konu ile ilgilenmiş ve federal mahkeme de dâhil olmak üzere konu hakkında içtihatlar oluşturulmuştur.

Alman mahkemeleri, Mehir konusunda verdikleri ilk kararlarında uluslararası özel hukuk hükümlerine göre kararlarını verirlerken, sonraki dönemlerde sözleşme serbestisi kapsamında verdikleri kararlarla Mehir'in Alman hukuku içerisinde yer almasını sağlamışlardır.

**Anahtar Kelimeler:** Mehir, Hukuk, Almanya, Aile Hukuku, İslam, Alman Hukuku.

## ZUSAMMENFASSUNG

Seit Anfang 60'er Jahren kamen viele muslimischen Arbeiter in den vielen europäischen Ländern, insbesondere nach Deutschland. Diese Arbeiter haben sich in diesen Ländern niedergelassen und somit in diesen Ländern ist ein muslimischen Gesellschaft entstanden. Viele muslimische Menschen, die von den unterschiedlichen Kulturen und Sprachen nach Deutschland kommen, und diese wählten als Hauptwohnsitz Deutschland. Da diese Menschen als Hauptwohnsitz Deutschland wählten, mussten viele Rechtsprobleme, die insbesondere familienrechtliche Probleme, wie Heirat, Scheidung, Erbangelegenheiten, Vormundschaft und andere Probleme mit Personenrecht verbunden sind, vor die deutschen Gerichte getragen werden. Die Islamisch familienrechtliche Brautgabe ist auch so eine Angelegenheit. Die deutschen Gerichte – von der ersten Instanz bis zum Bundesgerichtshof- beschäftigten sich auch mit diesem Thema BRAUTGABE. Über dieses Thema entstanden viele Rechtsprechungen

In den ersten Entscheidungen über Brautgabe haben die deutschen Gerichten nach den Vorschriften des Internationalen Privaten Rechts Entscheidungen getroffen. Danach haben die Gerichte nach dem Vertragsfreiheitsprinzip ihre Entscheidungen getroffen. Somit etablierte Brautgabe im deutschen Rechtssystem.

**Schlüsselwörter:** Brautgabe, Morgengabe, Recht, Deutschesrecht, Familienrecht, İslam, Deutschland.

<sup>1</sup> Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, muhterem.dilbirligi@pa.edu.tr

## GİRİŞ

Günümüzde, ulaşım imkânlarının artması ve modernleşmesi, ülkeler arasında seyahat imkânlarının artması, insanların farklı ülkelere, farklı dinlerden, karşı cinslerin birbirleriyle tanışmalarına imkân tanımakta ve devamında bu kişiler evlilik müessesesi ile hayatlarını birleştirmektedir. İltica, göç, çalışma ve sair diğer sebeplerle<sup>2</sup> yabancı ülkelere seyahat, yerleşme ve ağırlıklı yaşam noktasını bilhassa Batı devletlerinde bulundurma, uluslararası özel hukukun günümüzde en çok uğraştığı meselelerden biridir.

Bilhassa 1960'lı yılların başından itibaren başta Almanya olmak üzere, Avrupa'nın çeşitli ülkelerine çalışmak için gelen Müslüman işçiler, bu ülkelerde yoğun bir Müslüman nüfusun oluşmasına sebep olmuşlardır. 2015 rakamlarıyla Almanya'da yaşayan Müslüman sayısının<sup>3</sup> 4,7 bin olduğu tahmin edilmektedir.

Günümüzde, farklı dil, din, kültürlerden Almanya'ya gelen göçmenlerin, mutad ikametgâh olarak Almanya'yı seçmeleri, -bilhassa uluslararası özel hukuk açısından- evlilik, boşanma, miras, velayet ve kişilik hallerine ilişkin durumlarda çözülmesi gereken birçok yeni meseleyi ortaya koymaktadır. Göçmen kökenlilerin, başta Almanya olmak üzere buldukları ülke vatandaşlıklarını almaları, farklı dinlerin, kültürlerin, örf ve adetlerin, Alman hukuk sistemi içerisinde<sup>4</sup> uluslararası hukuk kurallarından öte, yerel hukukla birlikte değerlendirilmelerine imkân tanımıştır.

Başta Türkiye olmak üzere, Fas, Cezayir ve eski Yugoslavya Cumhuriyetinden gelen Müslüman göçmen işçiler, bilhassa evlilik hukuku alanında, özel hukuk alanında, geleneksel bir şekilde İslam hukukuna ilişkin kuralları, inançları gereği<sup>5</sup> uygulamaktadır. Bu yeni hukuki durum, geçtiğimiz dönemdeki Almanya İslam Konferansında ele alınan noktalardan biridir.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Hatice Selin PÜRSELİM-ARNİNG, Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 33, Sayı 2, 2013, s.137

<sup>3</sup> Anja STICHS, Wie viele Muslime leben in Deutschland?, Nürnberg 2016, s.30; Ayr.bkz. Almanya'da 16,5 milyon kişi göçmen kökenli [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/11/PD14\\_402\\_122.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/11/PD14_402_122.html)

<sup>4</sup> Karş. PÜRSELİM-ARNİNG, s.137-138

<sup>5</sup> Buradaki uygulamalar, geniş bir yorum şekli ile Din ve Vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Bu açıdan Alman anayasasının din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 4.maddesi bireysel özgürlükler kapsamında, inancı gereği yaşama biçimini de korur. Karş. Mathias ROHE, Grenzen der Religionsausübung - Scharia in Deutschland?, DIK, <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/Magazin/Recht/Scharia/scharia-node.html>

<sup>6</sup> Almanya İslam Konferansında, geleneksel olarak uygulanan İslam hukuku, Şeriat (Scharia) olarak adlandırılmakta, pozitif bir mana ortaya koymaktan çok, negatif anlam yüklemektedir. Bu açıdan, Şeriat hükümlerine karşı yaşantı biçimi, anayasa ile garanti altına alınan din ve

Günümüzde, Müslümanların yoğun olarak yaşadığı ülkelerde, medeni kanunlar, İslam hukukundaki, evlenme, boşanma ve Mehir gibi kurumları da düzenlemişlerdir.<sup>7</sup> Bu tür düzenlemelerin olduğu ülkelere gelen Müslümanların, hukuki sorunları haliyle uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınacak ve değerlendirilecektir.<sup>8</sup> Bu konuda ilgili yasa ise Alman Medeni Kanunun Uygulanmasına Dair Yasa olan, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB yasasıdır.

Almanya’da bilhassa din özgürlüğü çerçevesinden baktığımızda yaşanan gelişmelerden sonra, Son 10-15 yılda bilhassa özel hukuk alanında, İslam Hukukunun uygulamasından kaynaklanan çeşitli konular, hukuki uyumsuzluklar Alman mahkemelerinin önüne gelmiş ve Alman mahkemeleri bu konuları bireylerin yaşadığı inanç ortamının kurallarına göre çözmeye çalışmıştır. Bu durum zaman zaman, yanlış yorumlar sebebiyle kamuoyunun dikkatini çekecek boyutta, skandal kararların alınmasına da yol açmıştır.<sup>9</sup>

Alman mahkemelerinde İslam Hukukuna ilişkin kavramlar hakkında alınan kararlarda, davalardaki tarafların geldikleri ülkelerin genelde Müslümanların yoğun olarak yaşadığı ülkeler olması dikkat çekmektedir. Bu ülkelerin hukuk sisteminde –bilhassa özel hukuk alanında- İslami hükümler olması sebebiyle, Alman Mahkemelerinin, İslam Hukuku müesseseleri ile ilgili verdikleri kararlarda, uluslararası özel hukuk kuralları özellikleri taşıyan kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

vicdan özgürlüğü bağlamında, sınırlı ve belirli alanlarda mümkündür. Karş. Mathias ROHE, Grenzen der Religionsausübung - Scharia in Deutschland?, DIK, <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/Magazin/Recht/Scharia/scharia-node.html>

<sup>7</sup> Vehbe ZUHAYLİ, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, çev. Ahmet Efe ve komisyon, cild:9, 1990, s.198

<sup>8</sup> *“In bestimmten Fällen ‘internationaler’ (grenzüberschreitender) Lebenssachverhalte sieht das Gesetz (vgl. Art. 3 ff. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB) vor, dass im Ausland wirksam entstandene private Rechtsverhältnisse grundsätzlich auch dann fortbestehen, wenn die Beteiligten nach Deutschland kommen”* (=Belirli olaylarda, yurt dışında gerçekleşmiş özel hukuk ilişkileri esas olarak Alman Medeni Kanununun uygulanmasına dair kanunun 3. Maddesi hükmü gereği, uluslararası özelliği olan yaşam konuları, taraflar Almanya’ya geldiklerinde Almanya’da hüküm icra edecektir.) ROHE, Grenzen der Religionsausübung, <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/Magazin/Recht/Scharia/scharia-node.html>

<sup>9</sup> 2007 yılında, Frankfurt Sulh mahkemesi hâkimi, Kur’an-ı yanlış yorumlayınca, eşinden dayak yiyen bir müslüman kadının, dayak sebebiyle boşanma talebini reddederek, bunun İslam inancına göre normal bir durum olduğunu ve kadının bunu sebep göstererek boşanamayacağını karara bağlamıştır. Karar Almanya’da büyük bir hukuki skandal olarak görülmüş ve kararı alan bayan hakim görevi bırakmak zorunda kalmıştır. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/frankfurter-scheidungsfall-richter-in-bedauert-koran-bezug-a-473385.html>

Bu çalışma ile Alman hukuk sistemi içerisinde Mehir kavramının kararlara nasıl yansıdığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Birinci bölümde, İslam Hukuku bağlamında Mehir kavramı ele alınacaktır. İkinci bölümde, Alman uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde, Mehir kavramının nasıl uygulama bulunduğu ortaya konmaya çalışılacak, üçüncü bölümde ise, elde mevcut olan bir düzine karar çerçevesinde, Alman mahkemelerinin, tamamen kendilerine yabancı olan bir hukuk kavramına yaklaşımları ele alınacaktır.

### A. İslam Aile Hukukunda Mehir Kavramı

Aile hukukunun temelini evlilik kurumu oluşturur. İslam hukuku terminolojisinde evlilik kurumunu ifade ederken, kelime olarak “nikâh” kavramı kullanılmaktadır. İslam aile hukukunda nikâh, eşler arasındaki cinsel ilişkiyi meşru kılan bir sözleşme olarak tanımlanabilmiştir.<sup>10</sup> Ancak nikâh ilişkisine sadece eşler arasındaki cinsel ilişkiyi meşru kılan bir sözleşme olarak yaklaşmak, İslam dinindeki evlilik kurumunu anlamak için yeterli değildir. Nitekim literatürde evliliğin, evlenen kadın ile erkeğin hayat arkadaşlığını sağladığı ve taraflara birbirlerinden cinsel olarak faydalanmanın da ötesinde<sup>11</sup> haklar ve sorumluluklar yüklediği şeklinde görüş beyan eden bilim insanları da vardır.<sup>12</sup>

İslam hukukunda, geçerli bir evliliğin doğurduğu sonuçlardan bahsedilirken evlilikten karı ve koca için doğacak hak ve borçlar kastedilmektedir. İslami bir evlilikte eşlerin birbirlerine karşılıklı sevgi, saygı ve sadakat borcunun olduğu tartışılmaz bir olgudur. Yine çocukların bakım ve terbiyesi de eşlerin, evlilik içinde müşterek olarak yerine getirecekleri vazifelerdendir. Bunlar dışında karı ve kocanın evlilikten doğan birtakım hakları daha vardır. İslam hukuk düzeni daha çok bu haklar üzerinde durur. Haliyle, bir taraf için hak olan şey, diğer taraf için borç hükmündedir. Bu hakların ifası gerçekleşmediğinde hukuki sorunlar ortaya çıkar.

İslam aile hukukunda nikâh akdinin hüküm ve neticelerinden biri de Mehir dir.<sup>13</sup> Erkeğin evlenirken karısına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği para veya mal cinsinden bir değer Mehir<sup>14</sup> olarak tanımlanır. Kur’ân-ı Kerim’de evlenen

<sup>10</sup> İbrahim PAÇACI, Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı:11, Yıl:2008, s.62; Halil CİN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974, s.39

<sup>11</sup> Özlem TÜZÜNER, Türk ve İslam Hukuku Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1 , s.137

<sup>12</sup> CİN, “EVLENME” s. 43; PAÇACI, s.66

<sup>13</sup> PAÇACI, s.68

<sup>14</sup> Halil CİN, İslam Hukukunda Mehr, AÜHF Dergisi, Yıl 1972, Cilt 29, sayı 1-2s.199. Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa.

erkeğin, evlendiği eşine vermek zorunda olduğu Mehir ile ilgili olarak çeşitli ayetler vardır<sup>15</sup> Tarihin başlangıcından beri, pek çok toplumda evlilik sırasında eşlerden birinin diğerine veya diğerinin, bilhassa kadının ailesine para ya da sair bir mal verme geleneği vardır.<sup>16</sup> Hıristiyanlık geleneğindeki drahomada<sup>17</sup> olduğu gibi zaman zaman kadının erkeğe verdiği bir bedel, çeyiz gibi örnekleri görülebilse de genel olarak kadın değil, erkek tarafı evleneceği kızın ailesine ve kıza bazı hediyeler vermekte ve ödemelerde bulunmaktadır.<sup>18</sup>

Eski Türker'de de bu anlamda olmak üzere kalın uygulaması vardır.<sup>19</sup> Kalın evlenecek erkeğin müstakbel karısının ailesine, evlenmeden önce yaptığı ödemeler anlamında kullanılmaktadır. Benzer uygulamaya muhtelif adlarda diğer toplumlarda, hatta İslamiyet öncesi Arap toplumlarında da rastlanmaktadır.<sup>20</sup> Haliyle, eski dönemlerde, Mehir ya da başka bir adla kadının ailesine verilen malın bu özelliğine bakılarak evlenme akdinin eski dönemlerde bir satım akdi, erkeğin yaptığı edimin de bir satış bedeli olarak kabul edilip edilmediği tartışılmıştır.<sup>21</sup>

İslâm hukukundaki Mehir uygulaması, evlilik dolayısı ile yukarıda tarif edilen türlere benzese de, yukarıdaki tarif edilen türlerle arasında önemli bir fark vardır. İslâm hukukundaki Mehir evlenecek kızın ailesine değil, evlilik akdi ile birlikte doğrudan erkeğin kadına verdiği veya doğrudan ona borçlu olduğu bir edimdir.<sup>22</sup> İslam hukukundaki Mehir, eski Türkler de uygulanan Kalın dan ve günümüzde uygulanan başlık parasından oldukça farklıdır.<sup>23</sup> İslam aile hukukunda, Mehir kadının hakkıdır, sadece ona ödenir ve bu hak kadının

---

4, s.227. Jülide AKYÜZ, Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler, AÜDTCF Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 37, Yıl 2005, s.214; PAÇACI, , s.68

<sup>15</sup> Kur'an-ı Kerim, Bakara Süresi 237. ayet, Nisa Süresi, 4, 20, 21, 24 ve 25.ayetler

<sup>16</sup> Karş. OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.224, CİN, s.199

<sup>17</sup> Uğur ÖZCAN/Murat Gökhan DALYAN, 19.yy'da Rumlarda ve Arnavutlarda Evlilik Müessesesinde Başlık Uygulamaları, History Studies Volume 3/3, 2011, s. 320 vd. Ayrç. Karş. Mahmut TEZCAN, İlk Toplumlar Başlık Parası Geleneği, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt 9, sayı 1, Yıl 1976, s.416

<sup>18</sup> Karş. CİN,“MEHR” s.199, “Avrupa hukuklarındaAvrupa hukuklarında özellikle Fransız hukukunda mevcut olan «dot» ile hiç bir ilgisi yoktur. Dot mehrin aksine, karı veya ana babası tarafından kocanın emrine tahsis edilen mal topluluğunu ifade eder.”

<sup>19</sup> Bkz. OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.227

<sup>20</sup> CİN,“MEHR”, s.200

<sup>21</sup> OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.226, CİN, MEHR, s.219 vd. ayr. Özlem TÜZÜNER, Türk ve İslam Hukuku Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1 , s.140-141

<sup>22</sup> Karş. CİN, “EVLENME”, s.210 “Mehir, İslâmiyetten önce Arabistan'da da mevcuttu. İslâm, bu eski âdeti kadının lehine değiştirerek kabul etmiştir”

<sup>23</sup> OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.228

rızası olmaksızın bir başkasına devredilemez.<sup>24</sup> Bir başka ifade ile, kadın kendi malları üzerinde nasıl tasarruf yetkisine sahipse, Mehir üzerinde de aynı kendi mallarında olduğu gibi tasarruf yetkisine sahiptir.

Peygamberimiz Hz. Muhammed'in bizzat kıydığı nikâhlarda da Mehir verilmesini tavsiye etmiş, bunun miktarının azlığına veya çokluğuna değinilmemiştir.<sup>25</sup>

Osmanlı aile hukukunda da, Mehir ile uygulamalar mevcuttur. Şeriyeye sicili kayıtlarında bunlarla ilgili verilen hükümlere rastlanmaktadır.<sup>26</sup>

Kadına verilecek Mehir'in miktarı ile ilgili olarak yapılan tavsiyelerde miktar konusunda aşırıya gidilmemesi tavsiye edilirken, verilecek Mehir konusunda üst sınır belirlenmemiştir.<sup>27</sup> İslam Hukukçuları da Mehir'in miktarına ilişkin bir üst sınır olmadığı hususunda hem fikirdirler. Bu konuya ilişkin bilinen en iyi örnek, Halife Hz. Ömer dönemine ilişkindir. Hz.Ömer, Mehir konusunda bir üst sınır konulması yönünde girişimde bulunmuş, ancak kendisine Nisa Suresinin 20. Ayeti<sup>28</sup> örnek gösterilerek, Mehir konusunda bir üst sınır koyamayacağı hususunda itirazda bulunulmuştur. Buradan hareketle, Mehir'in üst sınırı konusunda bir sınırlama getirmenin doğru olmadığını, bu miktarın toplumdan topluma farklılıklar arz edeceği, kadının toplumdaki statüsü, erkeğin maddi durumu ve gelenekten ve örften kaynaklanan hususlar, Mehir miktarında belirleyici rol oynayacaktır.<sup>29</sup>

Mehir'in üst sınırı olmayacağı konusunda hem fikir olan İslam uleması, alt sınır konusunda ihtilaf ederler. Hanefilere göre, kadına verilecek Mehir'in

<sup>24</sup> Karş. CİN, "MEHR", s.219

<sup>25</sup> İbrahim CANAN, Hadis Ansiklopedisi, Kütüb-i Sitte, 9.cilt Feza Yayıncılık, s.503 vd.

<sup>26</sup> AKYÜZ, s.215;Ali KAYA, 17. Yüzyıl Bursa Şer'iyeye Sicillerinin İslam Aile Hukuku Açısından Tahlili, UÜİFD, Cilt: 17, Sayı: 1, 2008, s.87, "Nitekim Bursa Hoca Menteş Mahallesi sakinlerinden vefat eden Mehmet b. Sevindik isimli şahsın hanımı Fatma binti Mustafa, mahkemede mehr-i müecceleden alacağı kalan 400 akçeyi davalı Mehmet b. Mehmet ve diğer varislerden alarak sulh olduklarını beyan etmiş ve bu beyanı mahkemece kayda alınmıştır" Başka bir örnekte; "Hacı Sevinç mahallesi sakinlerinden vefat eden Hacı Mehmet b. Veled'in hanımı Zâhîde binti Mehmet, kocasının vefat etmesi üzerine kayını Hacı Durmuş'un kocasının muhalefatını aldığı, fakat bundaki miras payı ile 1000 akçe değerindeki mehr-i müeccel alacağını vermediğini ve bu haklarının adı geçen kişiden alınıp tarafına teslim edilmesini mahkemeden talep etmiştir".

<sup>27</sup> OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.228; CANAN, s.501,

<sup>28</sup> Nisa Suresi 20. Ayet: Bir eşin yerine başka bir eş almak istediğiniz takdirde; öncekine yüklerle mehr vermiş olsanız bile, bir şey almayın.

<sup>29</sup> Karş. OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.228-229. Kadınların sosyal statüleri ve yaşanılan mekânlara göre kadınlara verilen mehr miktarlarına ilişkin olarak Osmanlı Şeriyeye Sicillerindeki kayıtlardan örnekler için, bkz. TABLO II, AKYÜZ, s.217. Ayr. Karş; Mehmet Ali YARGI, Günümüzde Mehir Uygulamaları ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.8, 2006, s.261



asgari miktarı en az on dirhem<sup>30</sup> gümüş olmalıdır. Malikilerde ise, Mehir'in asgari miktarı, halis altından bir dinarın dörtte biri, halis gümüşten 3 dirhem veya bunların kıymetinde mal olarak belirlenmiştir. İmam Şafii, İmam Hanbel, Sevri, Davud-u Zahiri, İbnu Ebi Leyla'ya göre Mehir'in ne alt ne üst sınır vardır. Değeri olan her mal ve şeyden az olsun, çok olsun Mehir verilebilir.<sup>31</sup>

Evlenilecek olan eşe, erkek tarafından vaad edilen Mehir, ifa zamanına göre iki türdür.<sup>32</sup>

- Mehri Muaccel
- Mehri Müeccel

**Mehri Muaccel:** Evlenme akdinin yapılması sırasında kararlaştırılan ve peşin olarak ödenen Mehir'e, Mehri Muaccel denir.<sup>33</sup> Eğer, evlenme esnasında Mehir miktarı belirlenip te, ödemenin nasıl yapılacağı konusunda taraflar anlaşmamışlarsa, bir kısım İslam âlimlerine göre, Mehir'in tamamı muaccel hale gelir, yani peşin ödenmelidir. Ancak, geleneklerde, bilhassa Hanefilerden beri oluşturulan içtihadta, Mehir'in yarısının peşin, diğer yarısının da sonradan ödenebileceği imkânı tanınmıştır.<sup>34</sup>

**Mehri Müeccel:** İslam hukukunda, Mehir'in tamamının peşin ödenmesi şart değildir. İslam hukukunda, Mehir'in ödenmesinin sonraya bırakılacağı gibi Mehir'in tamamının evliliğin sona ermesi halinde ödenmesi de kararlaştırılabilir. Belirli bir vade ve ödeme planı da yapılarak, Mehir'in ödemesi gerçekleştirilebilir. Mehir'in vadeli olarak ödenmesinin belirlendiği durumlarda, her halükarda kocanın ölümü halinde, Mehir'in vadesi gelmiş olur.<sup>35</sup>

Mehir konusunda İslam âlimleri arasındaki en büyük tartışma konusu, Mehir'in evliliğin şartı olup olmadığı konusunda çıkmıştır.<sup>36</sup> Erkek tarafından, evlendiği kadına Mehir verilmesi, Hanefi, Şafii ve Hanbeli mezhepleri âlimlerine göre, evliliğin bir sıhhat şartı değil, bilakis evlenme akdinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Hanefi, Şafii ve Hanbeli mezheplerinde, Mehir geçerli bir şekilde tesis edilen evlilik akdinin sonucu olarak görülür.<sup>38</sup> Mehir tarafların kendi iradelerinden doğabileceği gibi, kanundan da doğabilir.

---

<sup>30</sup> Dirhem, 7.yüzyıldan beri İslam ülkelerinde kullanılan ve gümüşten yapılan bir para birimi, ölçü birimidir. Bir standart Dirhem yaklaşık 3,2 gr. Gümüş tür.

<sup>31</sup> Bkz. CANAN, s.501

<sup>32</sup> Karş. CİN, "Evlenme", s.217-218. Ayr. CANAN, s.518.

<sup>33</sup> CİN, "EVLENME", s.217

<sup>34</sup> CİN, "EVLENME"s.218

<sup>35</sup> CİN, "EVLENME"s.218

<sup>36</sup> OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.229

<sup>37</sup> CİN, "EVLENME"s.213

<sup>38</sup> PAÇACI, s.68

Mehir'in, evlilik akdinin bir sonucu olarak kabul edildiği mezheplerde, Mehir'in miktarının mutlaka belirlenmesi zorunluluğu yoktur. Mehir'in miktarının belirlenmesi genel kural olarak, sonradan çıkacak olan ihtilafların önüne geçmek maksadı taşır. Mehir'in belirlenmediği durumlarda, kadına Mehr-i misil<sup>39</sup> denilen bir miktar mahkemece tespit edilebilir.<sup>40</sup>

Malikilerde ise, kocanın evlendiği eşine bir Mehir vermesi, evlilik akdinin sıhhat şartlarından biridir. Mehir belirlenmeden veya Mehir kanuna aykırı şekilde belirlenmişse, maliki âlimlere göre bu evlilik akdi geçersizdir.<sup>41</sup>

İslam hukuku açısından, kadının Mehir'in tamamına hak kazandığı durumlar olarak 3 durum sayılmıştır. Bunlar, evlenen eşlerin cinsel olarak birleşmeleri(Zifaf), cinsel birleşmenin gerçekleşebilme ihtimalinin bulunduğu bir ortamda eşlerin yalnız kalması (Halveti Sahiha) durumu ve eşlerden birinin ölümüdür. Bu üç durumda, kadın kararlaştırılan Mehir'in tamamına hak kazanır.<sup>42</sup> Bilhassa eşlerden birinin ölmesi halinde, kadının ölümü durumunda, kadının mirasçıları -eğer Mehir ödenmemişse- kocadan kararlaştırılan Mehir'i talep ederler. Erkeğin ölmesi halinde, Mehir ödenmemişse, kadın terekeden öncelikle kendi hakkı olan Mehir'in ödenmesini talep edebilir.<sup>43</sup>

Mehir konusunda günümüzle ilgili söylenebilecek son husus, modern zamanlarda yapılan evliliklerde Mehir konusunun pratik olarak nasıl ele alındığı<sup>44</sup> ve nasıl uygulama bulduğu konusudur. Bilhassa İslam hukukunun uygulanmadığı hukuk sistemlerinde, eşlerin İslam hukukundan kaynaklanan Mehir gibi hukuk müesseselerinin uygulanmasında dini kanaatlerinin ve inançlarının rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. İnanç ve dini yaşantı konusunda hassas olan eşlerin İslam hukukundaki Mehir'i tespit etmeleri ve erkeğin bunu ifa etmesi söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde inanç ve dini yaşantı konusunda hassas olmayanların, Mehir'i sadece bir ritüel olarak görmeleri ve eşlerin bunun bilincinde olmadan Mehir belirleyip, edimi yerine getirmedikleri durumlarda mevcuttur.<sup>45</sup>

Evlenme akdi ile ilgili kadının alacağı -eğer kararlaştırılmışsa- Mehir hakkının günümüz hukuk sistemlerinde de uygulanabilmesi için çözüm üreten görüşler de mevcuttur.<sup>46</sup> Günümüz hukuk sistemlerinde, İran, Afganistan,

---

<sup>39</sup> Mehri Misilin hangi durumlarda sözkonusu olduğu ve miktarının nasıl tespit edileceği konusu için bkz. CİN, "Evlenme", s.221 vd.

<sup>40</sup> CİN, "Evlenme", s.212, ayr. karış. CANAN, s.519

<sup>41</sup> CİN, "Evlenme", s.212-213. Ayr.karış. CANAN, s.522-523

<sup>42</sup> CİN, "Evlenme", s.234

<sup>43</sup> CİN, "Evlenme"s.236-237

<sup>44</sup> OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.223

<sup>45</sup> a.g.e. s.253-254

<sup>46</sup> Nihat DALGIN, İslam Hukuku Açısından Boşanmanın Sonuçlarından Maddi Tazminat Üzerine

Pakistan, Ürdün ve Fas gibi İslami gelenekten gelen ülkelerdeki Mehir ile ilgili düzenlemeleri medeni kanunlarına almışlardır.<sup>47</sup> Bu ülkelerin Mehir konusunda yasalarla düzenleme yapmaları, Mehir'in İslami bir hukuk müessesesi olarak günümüzde kabul gördüğünü, Türkiye gibi, Mehir konusunun yasalarla düzenlenmediği ülkelerde de, inancın ve dini kanaatlerin bir devamı olarak uygulandığını söylemek mümkündür.

## B. Alman Hukuk Sisteminde Bir İslam Hukuk Kurumu Olarak Mehir

Giriş bölümünde belirttiğimiz gibi, bilhassa 1960'lı yıllardan itibaren Almanya'ya ve Avrupa'ya çalışmak için gelen Müslüman işçilerle, başta Almanya olmak üzere, diğer Avrupa ülkelerinde bir Müslüman nüfus oluşmuştur. Bilhassa, Fas, Cezayir, Mısır gibi ülkelerden gelen işçiler ve diğer Müslüman ülkelerden gelen mültecilerle, başta Almanya olmak üzere, Avrupa ülkelerinin mahkemelerinde, bu ülkelerin kamu düzeni ile ilgili olmayan konularda davalar görülmeye başlamıştır. Sadece misafir işçilerin değil, mültecilerinde sayılarının artmasıyla Almanya ve Avrupa sivil hukuk sistemlerinde doğrudan etki etmiştir.<sup>48</sup> Burada diğer ülkeleri dikkate almadan çalışmamızı Alman hukuk sistemi üzerinde yoğunlaştıracamız.

Alman hukuk sistemi açısından baktığımızda, Mehir gibi Alman hukuk sistemine yabancı olan, sistem tarafından bilinmeyen hukuk konularının tasnifi ve tarifi oldukça zor olmaktadır.<sup>49</sup> Alman hukuk sisteminde, Mehir gibi, kaynağını İslam'ın temel kaynağı olan Kur'an'dan alan bir hukuk kurumunu, dini hukuk sistemi ŞERİAT(SCHARIA)<sup>50</sup>ın bir unsuru olarak görmeleri, bu tür konulardaki kanunlar ihtilafı durumunda, Alman Hukuk Sisteminin, kamu düzeni "Ordre Public"<sup>51</sup> çekincesine takılabilmektedir.<sup>52</sup> Yine aynı şekilde İslam Hukukunu -bütünüyle olmasa bile-, aile, miras vb. gibi konularda geleneksel olarak günümüzde uygulayan ülkeler de mevcuttur. Bu ülkelerden

---

Bir Değerlendirme, OMÜİFD, sayı 18-19 Yıl:2005, s.52 vd.

<sup>47</sup> a.g.e. s.54 vd.

<sup>48</sup> Mathias ROHE, Religiös gespaltenes Zivilrecht in Deutschland und Europa?, içinde: De Wall/ Germann (Hrsg.), Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 409

<sup>49</sup> Dieter HEINRICH, Internationales Familienrecht, 2.Aufl. Regensburg 2000, s.69

<sup>50</sup> Hannes UNBERATH, Die Anwendung islamischen Rechts durch deutsche Gerichte - Bemerkungen zum Verhältnis von kultureller Identität und Grundgesetz, içinde: Thomas Hartmann/ Margreth Krannich (Hrsg.) Muslime im säkularen Staat, s.83

<sup>51</sup> Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061) EGBGB nin 6.maddesi, kanunlar ihtilafı durumunda yabancı ülkenin hukuku eğer Alman Hukuk sisteminin temeli ile çatışyorsa, bu kural uygulanmaz. Eğer, yabancı hukuk kuralı, eğer Alman anayasasındaki temel haklarla çelişiyorsa, hiç bir şekilde uygulanmaz.

<sup>52</sup> Peter SCHOLZ, Grundfälle zum IPR: Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil), Zeitschrift für das Juristische Studium, 2/2010 s.185

gelen ve Almanya'da ikamet eden göçmenler, Almanya'da mahkeme önüne getirdikleri miras, boşanma gibi hukuki uyuşmazlıklarda, mahkemeler uluslararası özel hukuk kurallarına göre uygulanacak olan hukuk seçimi yapma yerine; kamu düzeni gerekçesiyle kolaylıkla iç hukuk olan Alman Hukukunu uygulayabilmektedir.<sup>53</sup> Bu noktada, bir mesele uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınabilecekken, uygulanacak kuralın kaynağının İslam hukuku olması durumunda, kamu düzeni çekincesi ile uygulanmaması söz konusu olabilmekte veya mahkeme önüne gelen bir konu, Alman kamu düzenine aykırı olduğu için reddedilebilmektedir.<sup>54</sup>

Genel olarak kamu düzeni ile ilgili bu kısa bilgilendirmeyi yaptıktan sonra asıl konumuz olan Alman Özel hukuk sisteminde Mehir kurumunun ele alınışına devam edebiliriz.

Alman Hukuk Sisteminde Mehir konusu, ilk olarak yabancı hukuk unsuru olarak, uluslararası özel hukuk muhakeme usulü çerçevesinde ele alınmaktadır. İkinci bir nokta ise, bugün Almanya'da yaşayan pek çok Alman vatandaşı Müslümanın olması ve Alman vatandaşı olan Müslümanların evliliklerinde Mehir konusunda anlaşmalar yapmaları ile bu anlaşmazlıklardan doğacak olan uyuşmazlıkların iç hukuk unsuru olarak ele alınması gerekecektir. Cümle düşük olmuş, yeniden kurulsa iyi olur. Mehir konusunun, Alman vatandaşları ile ilgili olan ve bir iç hukuk unsuru olarak ele alınması henüz mahkemelerde bir uyuşmazlık konusu olarak görülmesi de, mevcut nüfus yapısında yakın gelecekte bu mümkündür.

Bu açıdan, Mehir konusunun Alman hukuk sisteminde

— Alman Uluslararası Özel Hukuk Kuralları açısından Mehir,

— Alman İç Hukuku açısından Mehir,

olmak üzere iki konuda ele almak mümkündür.

### **a) Alman Uluslararası Özel Hukuk Kuralları açısından Mehir**

Mehir kavramı Almanca MORGENGABE ve BRAUTGABE şeklinde kullanılmaktadır. Mehir, Alman hukuk sisteminde, tamamen gelenekten kaynaklanan başlık parasından da (Brautgeld) ayrı değerlendirilmektedir.

Alman hukuk sisteminde, Mehir şimdiki kadar bir tarafı veya her iki tarafı yabancı olan hukuki uyuşmazlıklarda, uluslararası özel hukuk alanında

---

<sup>53</sup> UNBERATH, s.96

<sup>54</sup> Almanya da bu konuda verilen kararlardan yine en yenisi MEHİR konusundadır. Amtsgericht Darmstadt, 15.05.2014 tarih ve 50 F 366/13 numaralı kararıyla, iki İran vatandaşının boşanma kararında, Evlilik bütün hükümleri ile gerçekleştiği halde, kadının mehir talebini, bunun Alman kamu düzenine ve temel haklara aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

gündeme gelmiştir. Alman özel hukuk sistemi içerisinde Mehir kurumunun tasnifinde hep tartışmalar yaşanmış<sup>55</sup> mahkemeler her olayı kendi içerisinde değerlendirerek, Mehir ile ilgili konularda, Mehir'in nafaka, mal rejimi, evliliğin sonucu ve kendi başına bir sözleşme olduğundan hareketle<sup>56</sup>, farklı değerlendirmelerde bulunmuşlardır.<sup>57</sup>

Aynı şekilde literatürde Mehir konusunda çeşitli açılardan, hem genel olarak hem de uluslararası özel hukuk açısından tek tek ülkeler bazında konuyu ele alan çalışmalar yapılmış ve Alman hukuk sisteminde İslam hukukundaki Mehir'in tasnifi konusunda da çok çeşitli görüşler ortaya konmuştur.<sup>58</sup>

Bütün bu farklı değerlendirmelere rağmen, Mehir ile ilgili sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar esas olarak Alman mahkemelerinde konu edilmiş, mahkemeler Mehir konusunda Uluslararası Özel Hukuk kuralları çerçevesinde yaklaşarak<sup>59</sup> çözüme kavuşturmuşlardır.<sup>60</sup>

Alman uluslararası özel hukuk açısından Mehir kavramını ele aldığımızda, kamu düzeni ile ilgili Alman mahkemelerinin Mehir konusunda ilginç şekilde farklı yaklaştığını görmekteyiz.<sup>61</sup> Alman mahkemeleri bir kararda, milli hukuka göre belirlenmiş olan Mehir'i kabul ederek, Mehir miktarının Alman kamu düzeni açısından problem olduğundan hareketle, Mehir miktarında indirime gitmiştir.<sup>62</sup>

Yine kamu düzeni ile ilgili verdiği bir başka kararda, yezidi geleneklerine göre verilen başlık parasının Alman kamu düzenine ilişkin olarak ahlaka mugayir bir anlaşma olduğunu ve bu anlaşmanın yok hükmünde olduğuna karar vermiştir.<sup>63</sup>

---

<sup>55</sup> Wolfgang WURMNEST, Die Mär von der mahr- Zur Qualifikation von Ansprüchen aus der Brautgabevereinbarungen, RabelsZ 2007, s.527-558

<sup>56</sup> Peter SCHOLZ, Grundfälle zum IPR: Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 2, (Besonderer Teil), Zeitschrift für das Juristische Studium, 3/2010, s.325 vd.

<sup>57</sup> Alman Mahkemeleri, mehir konusunu, zaman zaman EGBGB nin 14.maddesine göre evliliğe uygulanacak olan hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirmişler, zaman zaman bunun mal rejimi modeli olduğunu düşünerek EGBGB nin 15.maddesini uygulamışlar ve hatta mehiri, nafaka konusu içerisinde tasnif ederek EGBGB nin nafakaya uygulanacak olan 18.maddesine göre değerlendirmişlerdir. Bu konuda bkz. HEINRICH, s.69-70,

<sup>58</sup> Hilmar Krüger, Ehe und Brautgabe, FamRZ 1977, 114-118. Nadjma YASSARI, Die Brautgabe nach iranischem Recht, StAZ 2003, 198-201. Wolfgang WURMNEST, Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht, FamRZ 2005, 1878-1885. Nadjma YASSARI, Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht, IPRax 2011, 63-68. Bu örnekler çoğaltılabilir.

<sup>59</sup> Nadjma YASSARI, Zwei Bemerkungen zur islamischen Brautgabe vor deutschen Gerichten, StAZ, 2/2009, s.367

<sup>60</sup> Juliana MÖRSDORF-SCHULTE, Iranisches Brautgabepversprechen als Ehevertrag, FamRBint, 2/2010, s.26-27

<sup>61</sup> D.BAETGE, Kommentar, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, Art. 6 EGBGB www.juris.de

<sup>62</sup> OLG Bamberg, 24. März 2010 tarihli ve 7 UF 275/08 numaralı karar. openJur 2012, 107152

<sup>63</sup> OLG Hamm, 13.01.2011 tarih ve I-18 U 88/10 numaralı karar.

Yukarıda örneğini verdiğimiz oldukça yeni bir kararda ise, Alman mahkemesi ilginç bir şekilde tüm içtihatlardan dönerek, Almanya'da yaşayan iki İranlı arasındaki Mehir'e ilişkin varılan anlaşmanın, yine Alman kamu düzenine aykırı ve ahlaka mugayir olduğundan bahisle yok hükmünde olduğuna karar vermiştir.<sup>64</sup> Darmstadt aile mahkemesi, tarafların İran'da yaptıkları evlilikte aralarında kararlaştırdıkları Mehir'i başlık parası (=Brautgeld)<sup>65</sup> gibi ele almış ve Alman Anayasasının 6. Maddesinde düzenlenen evlilik ve aile kurmanın devletin koruması altında olduğu hükmü gereği, Mehir sözleşmesinin Alman Anayasasının bu hükmüyle uyuşmadığı sonucuna varmıştır. Burdan hareketle, Darmstadt aile mahkemesi, Alman medeni kanununun 138. Maddesi hükmü gereği, genel örf ve kamu düzenine aykırı bularak, iki İranlının, İran'da ki evliliklerinde kararlaştırdıkları Mehir Sözleşmesini yok hükmünde saymıştır.

### **b) Alman İç Hukuku açısından Mehir**

Yukarıda birinci bölümde, Mehir ile ilgili günümüze ilişkin yaptığımız değerlendirmelerde, günümüzde insanların, bazı İslami hukuk kurallarını sağlam inançları ve kanaatleri gereği bilinçli olarak uyguladıklarından bahsetmiştik.

Aynı şekilde, Alman vatandaşı iki Müslümanın benzer şekilde davranarak, konumuz olan Mehir hususunda, evlilik akdi ile birlikte anlaşma yapmaları halinde, bu durumda uygulamanın nasıl olacağı sorusu önem arz etmektedir.<sup>66</sup>

Bugüne kadar Alman uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınan bir durumda, iki Alman vatandaşının inancı gereği hareket edip Mehir ile ilgili aralarında İslam dininin emrettiği gibi anlaşmaya varmaları nasıl değerlendirilecek? Alman medeni kanununun BGB'nin 138.maddesinin 1.fikrasından<sup>67</sup> hareketle, bu anlaşma kamu düzenine aykırı ve ahlaka mugayir bulunarak yok hükmünde mi sayılacak? Yoksa akıllı bir gerekçe ile Mehir konusunun din ile ilgili bir konu olduğu ve bu çerçevede yapılan davranışların ve hareketlerin Alman anyasının 4. Maddesine<sup>68</sup> girdiği ve korunan temel

---

<sup>64</sup> Amtsgericht Darmstadt, 15.05.2014 tarih ve 50 F 366/13 sayılı karar.

<sup>65</sup> Amtsgericht Darmstadt, 15.05.2014 tarih ve 50 F 366/13 sayılı karar paragraf 11

<sup>66</sup> "Almanya'da müslümanlar arasında yapılan evliliklerde kararlaştırılan mehir, kadının maddi açıdan garanti altına alınmasından ziyade, dini saiklerle ve geleneklere göre belirlenmektedir." Nadjma YASSARI, Die Brautgabe im Familienvermögensrecht, Tübingen 2014, s.355

<sup>67</sup> BGB Art.138 Abs.1 Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (=Genel Ahlaka ve Görgüye aykırı hukuki işlemler yok hükmündedir)

<sup>68</sup> Grundgesetz, Art. 4. Abs 1-2, Artikel 4 (1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. (=inanma, Vicdan ve Kanaat özgürlüğü ve dini ve dünyevi bir inanca sahip olma özgürlüğü dokunulmazdır.)

haklardan biri olduğu iddia edilebilecek midir?

Kanaatimce, Yassari'nin de belirttiği gibi, Mehir konusunda, artık Almanya'da yapılan evliliklerde tamamen dini saiklerle bir anlaşmaya varıldığı için, Alman anayasasındaki din ve vicdan özgürlüğü bağlamındaki temel haklar kapsamında değerlendirmek te uygun olacaktır. Esasen dini özgürlük alanında değerlendirilmeyen bir konuda, kişinin kendisini inancı gereği dini emri yerine getirme zorunda hissetmesi<sup>69</sup> ve bunun uygulanmasını talep etmesidir. Bu konuda en önemli örnek Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilen "helal kesim" kararıdır.<sup>70</sup>

Bu açıdan konuya yaklaştığımızda, evlenen Müslüman eşlerin Mehir konusunda, Allah'ın kendilerine verdiği emri yerine getirmek için aralarında anlaşmaları ve bu anlaşmalarını ileride doğabilecek olan anlaşmazlıkları önlemek için yazılı hale getirmeleri yeterli olacaktır.<sup>71</sup>

Modern hukukta Mehir'in hukuki durumu, aynı İslam hukukunda olduğu gibi, evliliğin sonucuna ilişkin neticeler doğuran bir hukuk kurumudur.<sup>72</sup> Yassari, bilhassa Alman hukukunda mal rejimi açısından, Mehir ile ilgili dikkate alınması gereken hususları şöyle sıralıyor:<sup>73</sup>

- Mehir olarak belirlenen şey evlilik esnasında erkeğin malları arasında mıydı?
- Mehir ne zaman ödenecektir?
- Malın mülkiyetinin devri nasıl olacaktır?

Yassari, Alman vatandaşı olan veya evliliğin genel hükümlerine Alman yasalarının uygulandığı durumlarda, Müslüman eşler arasında Mehir konusunda yapılan anlaşmalara, bunun bir dini vecibe gereği yapıldığının ifadesinin eklenmesinin, yapılan anlaşmanın kamu düzenine aykırı olduğu iddiasını bertaraf edeceği düşüncesindedir.

---

(2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.(=kimseye rahatsızlık vermeden ibadet etme garanti altına alınmıştır)

<sup>69</sup> Burada Allah'ın emrettiği şekliyle evlenen erkeğin kadına mehir vermesi hususunda anlaşılması.

<sup>70</sup> Alman Anayasa mahkemesinin 15 Ocak 2002 tarihli ve 1 BvR 1783/99 numaralı kararında, yüksek mahkeme helal kesim talebine ilişkin vijdani isteği Alman anayasasının 4.maddesi 1.ve 2. Fıkraları kapsamında değerlendirmiştir.

<sup>71</sup> YASSARI, "BRAUTGABE" s.354, "Alman hukukunda, evlilik sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin noterde yapılmasına gerek yoktur. Alman noterler konuya hakim olmadıkları için bu konuda, tarafları bilgilendiremeyeceklerdir"

<sup>72</sup> YASSARI, "BRAUTGABE" s.146

<sup>73</sup> YASSARI, "BRAUTGABE" s.152

### **c) Alman Mahkeme Kararlarında Mehir Kavramının Ele Alınışı**

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Alman mahkemeleri uzun zamandan beri, Mehir konusu ile meşgul olmuşlardır. Ancak gerek literatürde gerekse de mahkeme kararlarında, halen Mehir konusunda Alman hukuk sistemi açısından bir sınıflandırmaya gidememişlerdir. Son yıllarda, Müslüman hukukçuların yetişmesi ve bu konular üzerinde çalışma yapmaları ile Mehir'in Alman uluslararası özel hukuk sistemi içerisindeki tasnifinde, kargaşalı durum ortadan kalkmaya başlamıştır.

Boşanmanın sonuçları açısından, Alman hukukunun ve Alman medeni kanunun uygulanacağı durumlarda ise problem hâlâ mevcuttur. Bir problem yukarıda bahsettiğimiz, kamu düzeni açısından kendini gösterirken, diğer problem ise bilhassa farklı milletlerin vatandaşlığında olan ve Hristiyan-İslami evliliklerdeki uyumsuzluklarda uygulanacak olan ikametgah hukuku<sup>74</sup> bir taraf açısından kaçış yolunu oluştururken, diğer taraf aleyhine durum yaratılmaktadır. Ortaya çıkan uyumsuzluklarda, Mehir ödemek istemeyen erkek tarafı, kadının ihtiyaç sahibi olmadığı yönünde veya Mehir ile ilgili ödemelerin nafaka hükümleri çerçevesinde ele alınmasını talep edebilmektedir.<sup>75</sup>

Aşağıda, Alman mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar, mahkemelerin derecelerine göre ele alınacaktır. Alman Federal Mahkemesinden<sup>76</sup> başlamak üzere, her mahkemenin vermiş olduğu kararlar eski tarihli kararlardan yeni tarihli kararlara doğru olmak üzere kronolojik olarak, ele alınacaktır.

### **1) Federal Mahkeme Kararlarında Mehir Kavramının ele alınışı**

#### **a) Alman Federal Mahkemesinin 28.01.1987 tarih ve IVb ZR 10/86 sayılı kararı**

Mehir konusunda ilk verilen kararlardan biri, Alman Federal Mahkemesinin 28.01.1987 tarihinde verdiği IVb ZR 10/86 numaralı karardır.<sup>77</sup> Alman federal mahkemesi bu olayda bir Alman vatandaşı ile bir Müslüman İsrail vatandaşının evliliklerinden doğan Mehir konusunda uyumsuzluğu ele almıştır.

Olayda, taraflar Münih evlendirme memurluğunda 1976 da evlenmişler, resmi evlilikten kısa bir süre sonra da İslami usullere göre nikâh kıymışlardır. İslami usullere göre kıyılan nikâhta, taraflar Mehir ile ilgili evlilik sözleşmesi yapmışlar, erkek kadına 100bin Alman markı Mehir olarak vermeyi taahhüt etmiştir. Kadın İsrail vatandaşı ve Müslüman, erkek Alman vatandaşı ve

---

<sup>74</sup> Bu durumda Alman EGBGB kanununun 14. Maddesine göre müşterek ikametgâh hukuku devreye girmektedir.

<sup>75</sup> Ludwig, Kommentar, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, Art. 14 EGBGB Rn. 33

<sup>76</sup> Bundesgerichtshof=BGH

<sup>77</sup> NJW 1987, 2161



evlilik anında Hristiyan, akabinde Müslüman olmuştur. Evlilik 3 yıldan biraz fazla sürmüş ancak taraflar 1981 yılında Münih Sulh mahkemesi nezdinde boşanmışlardır. Bilahare, taraflar İslami usullere göre de boşanmak istemişler ve bu amaçla Münih İslam merkezinde şahitler huzurunda boşanmışlardır. Boşanmadan sonra erkek, kadına vaat ettiği Mehir'i vermeyince, kadın dava açarak Mehir konusu olan 100 bin Alman Markının erkekten alınarak kendisine verilmesini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi olarak Münih Aile mahkemesi, kadını haklı bulmuş, davalı erkeğin karara itiraz etmesi üzerine davaya bakan istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Bu karara davacı kadının itiraz etmesi üzerine, olay federal mahkeme önüne gelmiştir.

Kararda federal mahkemenin, kararı verirken oldukça zorlandığı görülmektedir.

Federal mahkeme ilk olarak uygulanacak hukuk ile meşgul olmuştur. Tarafların, farklı vatandaşlıkta olmaları, resmi evliliği Almanya'da gerçekleşmiş olmasını dikkate alan yüksek mahkeme, evliliğin genel hükümleri ve sonuçlarına ilişkin olarak, Alman hukukunun uygulanacağı hükmüne varmıştır. Federal mahkeme bu hükmeye ulaşırken, Mehir'i bir İslam hukuk kurumu olarak sorgulamış ve Alman hukuk sisteminde bunun karşılığı olmadığı sonucuna vararak, tarafların Mehir sözleşmesi yaparken neyi amaçladıklarının da açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatine varmıştır.

Federal mahkeme, Mehir ile ilgili tarafların yapmış olduğu anlaşmayı, mal rejimine ilişkin bir sözleşme addederek, bu sebeple Alman hukukunun öngördüğü noterde imzalanmış olması şartına uyulmadığını gerekçe göstererek, Mehir anlaşmasını yok hükmünde sayan istinaf mahkemesinin kararını kaldırarak, davayı istinaf mahkemesine geri göndermiştir.

Federal mahkeme, son tahlilde bu olaydaki Mehir sözleşmesini, Alman medeni kanunu 1585c maddesi<sup>78</sup> kapsamında, şekil şartına tabi olmayan, boşanmadan sonra yerine getirilmesi gereken nafaka benzeri bir edim olarak görmüştür. Bu gerekçe ile dosyayı geri göndermiştir. Federal Mahkeme, istinaf mahkemesinin, kararını verirken, İslam Hukuku kurallarını yanlış yorumladığını ve olayda mal rejimi uygulamalarından hareketle, Mehir ile ilgili tarafların anlaşmasını, Alman Mal Rejimindeki, artan değerlerin denkleştirilmesi (=Zugewinnausgleich) meselesine benzeterek yanlış karar verdiğini, oysa

---

<sup>78</sup> BGB § 1585c Vereinbarungen über den Unterhalt Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. Eine Vereinbarung, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung Nafaka ile ilgili Sözleşmeler Eşler boşanması sonrası ödenecek olan nafaka sorumluluğuna ilişkin olarak sözleşme yapabilirler. Boşanma kararının hüküm ifade etmesinden önce yapılacak olan sözleşmeler noter önünde yapılması gerekir.

tarafaların Mehir sözleşmesi ile neyi amaçladıklarının sorgulanmasının da gerektiğini ifade etmiştir.

**b) Alman Federal Mahkemesinin 14.10.1998 tarih ve XII ZR 66/97 sayılı kararı<sup>79</sup>**

Federal mahkeme, yukarıda vermiş olduğumuz 1987 tarihli karardan 10 yıl sonra yine Mehir konusunu ele almıştır.

Olayda, taraflardan biri (kadın) Alman vatandaşı, erkek evlenme tarihinde Suriye vatandaşı, boşanmadan önce Alman vatandaşlığına geçmişler.

Taraflar, yerel mahkemede boşanmışlar, davacı kadın, boşanma kararı ile birlikte, ayrıldığı eşinden, noterde yaptıkları evlilik sözleşmesine dayanarak 20 bin Alman Markı Mehir talep etmiştir. Sözleşmeye göre erkek, eşine evlilik gerçekleştikten sonra 10 bin mark ve eğer boşanma gerçekleşirse 10 bin mark olmak üzere 20 bin mark vermeyi taahhüt etmiştir. Yerel mahkeme, ilk olarak tarafların ikametgâh yerinden hareketle Alman hukukunun uygulanacağını belirterek, noterde yapılan sözleşmeyi Alman hukukuna göre soyut bir sözleşme kabul ederek, erkeği, kadına sözleşme gereği 10 bin Mark ödemeye mahkûm etmiştir. Davalı Erkek karara itiraz etmiş, ancak istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Davalı bunun üzerine temyiz yoluna başvurarak, olayı federal mahkeme önüne getirmiştir.

Federal mahkeme, istinaf mahkemesinin, Alman uluslararası özel hukuk kuralları gereği, Alman hukuku uygulanacağına dair tespitini yerinde bulmuş, ancak istinaf mahkemesinin, bir İslam hukuk kurumu olan Mehir hakkında pek kafa yormamasını doğru bulmamıştır. Ancak federal mahkeme de kararında, alt derece mahkemesi olan istinaf mahkemesine yol gösterici bir karar ortaya koyamamıştır.

Federal mahkeme, Mehir ile ilgili yapılan noter sözleşmesinde, tarafların asıl amaçlarının ne olduğunun sorgulanması ve bunun İslam hukukundaki Mehir kurumu açısından değerlendirilmesi ve ona göre karar verilmesi gerektiğini belirterek, kararı bozmuş ve tekrar istinaf mahkemesine göndermiştir.

Federal mahkeme bu kararında da, Mehir'in nafaka gibi değerlendirilmesine sıcak bakmış, boşanan kadının 3 ay sonra bir başkası ile evlenmesini, bu açıdan istinaf mahkemesinin değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Federal mahkeme, tarafların boşanma esnasında mahkeme huzurunda imzaladıkları protokolde, karşılıklı olarak birbirlerinden nafaka talep etmeyeceklerine dair beyanlarının, Mehir'in ödenmesini hukuken etkileyeceğini değerlendirmiştir. Federal mahkeme, daha önce vermiş olduğu kararlarda olduğu gibi,

---

<sup>79</sup> NJW 1999, 574

İslam Hukuku kurallarını yeterince incelemeyen, kararında Mehir'i -yanlış olarak- nafaka gibi bir edim olarak değerlendirmiş ve mahkeme huzurunda imzalanan karşılıklı olarak nafaka talebine ilişkin sözleşme kapsamında da değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.

**c) Alman Federal Mahkemesinin 9 Aralık 2009 tarihli ve XII ZR 107/08 sayılı kararı<sup>80</sup>**

Federal mahkeme, yukarıda kısa özetini vermeye çalıştığımız kararlardan farklı olarak, bu defa önüne gelen konuya daha geniş ve derin bir şekilde yaklaşmıştır. Olayda, daha önce İran vatandaşı olan, İran'da evlenmiş ve her ikisi de daha sonra İran'ı terk ederek Almanya'ya yerleşmişler ve sonradan Alman vatandaşlığını almışlardır.

Federal mahkeme, kararına, şimdiye kadar Alman hukuk sisteminde, hem literatürde hem de mahkeme kararlarında Mehir ile ilgili bir sınıflandırma yapılmadığının tespitini yaparak giriş yapmıştır.<sup>81</sup>

Federal mahkeme, önceki kararlarda olduğu gibi Mehir'in sadece bir İslam hukuk kurumu olduğunu ifade etmemiş, İslam hukukundaki Mehir kurumu ile meşgul olmuş, Mehir kurumunun arkasında yatan saikleri araştırıp ele almıştır. Kaynağını İslam hukukunun derinlerinden alan, bir hukuk kurumu olarak Mehir'in neden verildiğini, hangi amaca hizmet ettiğini ve tarihi gelişimi içerisinde, günümüzde hangi işlevi gördüğünü belirtmiştir.<sup>82</sup>

Federal mahkeme, istinaf mahkemesinin de kafa yorup, Alman uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde, Mehir'in evliliğin sonuçlarına ilişkin tesiri olan bir kurum olduğunu kabul etmişler ve Alman uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde evliliğin genel hükümlerinin uygulanacağını belirleyen EGBGB'nin 14.maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiği yönünde karar vermişlerdir.<sup>83</sup>

Federal mahkeme, karar verirken ilginç bir tespit daha yaparak, karşılaştırmalı uluslararası hukuk örneklerini incelemiş, uluslararası uygulamada da ortak ve üzerinde anlaşılmış bir Mehir uygulaması bulunmadığına önemle durmuştur. İslam hukuk sistemlerinde Mehir'in düzenlendiğini, birbirine benzer Mehir uygulamalarının olduğunu, ancak yeknesaklık olmadığını, kültürel ve geleneksel açıdan her ülkede farklı bir amaç ve tanımlama olduğuna vurgu yaparak, klasik İslam hukuku açısından, İslam hukukunda evliliklerde uygulanan mal rejimi

---

<sup>80</sup> NJW 2010, 1528

<sup>81</sup> 9 Aralık 2009 tarihli ve XII ZR 107/08 sayılı kararın 11. Paragrafı.

<sup>82</sup> Anılan kararın 12. paragrafı

<sup>83</sup> Anılan kararın 13. Ve 14.paragrafları ayrı ayrı. 19. Paragraf. Karş.YASSARI, "BEMERKUNG", s.369 federal mahkemenin mehiri mal rejimi açısından ele alması gerektiği yönündeki düşünceler.

olan mal ayrılığı rejiminin uygulandığına da vurgu yaparak, erkeğin vermek zorunda olduğu Mehir'in -dar bile olsa- evlilik sonrası nafaka hükümlerine göre de değerlendirilebileceği kararda ifade edilmiştir.<sup>84</sup>

Federal mahkeme, kararında Mehir ile ilgili sözleşme şekillerine de girmiş, ancak bunların özelliklerine ve nasıl yapılacaklarına ilişkin bir kesin hüküm vermekten kaçınmıştır.<sup>85</sup> Bu açıdan, Alman hukukunda Mehir sözleşmelerinin kendine özgü bir sözleşme türü olduğu ve şekil şartının olmadığı, şahitlerle bile ispatlanabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>86</sup> Alman hukuk sisteminde, bu karardan sonra Mehir konusunda belirsizlik ortadan kalkmış, bilhassa uluslararası özel hukuk açısından ele alınmış ve tasnif edilmiştir. Buna rağmen, problemin tam manasıyla çözüldüğü söylenemez.<sup>87</sup>

## 2) İstinaf Mahkemelerinin (Oberlandesgericht) Verdiği Karar Örnekleri

Federal mahkeme haricinde, çeşitli yerlerdeki istinaf mahkemeleri de, Mehir konusu ile meşgul olmuşlardır. İstinaf mahkemeleri, zaman zaman, hukuk tekniği açısından olmasa bile sonuca etki edici şekilde, esasla ilgili ilginç kararlara imza atmışlardır.

Hamburg istinaf mahkemesinin 21.5.2003 tarihli ve 12 UF 11/02<sup>88</sup> numaralı kararında iki İranlı Şii arasındaki boşanmaya ilişkin yargılamada, kadının talep ettiği Mehir'in yarısına hükmedileceğini karara bağlamış, taraflardan her ikisinin de boşanma için mahkemeye başvurmasını, İslam Hukukundaki "hul" ile benzeterek, İran medeni kanunundaki hükümlerin bu açıdan dikkate alınması gerektiğinin ifade etmiştir.<sup>89</sup>

İlginç bir karara Bamberg istinaf mahkemesi<sup>90</sup> imza atmıştır. İki Afganlı arasındaki boşanma davasından sonra, Mehir konusunda davaya itiraz edilmesi üzerine, olay Bamberg istinaf mahkemesinin önüne gelmiştir. Mehir borcu olan erkek, Mehir'in yüksek olduğunu ödeyemeyeceğini belirtmiş, Mehir alacaklısı kadın, kararlaştırılan 110 bin Avro tutarındaki Mehir'i talep etmiştir. Bamberg istinaf mahkemesi, Mehir'in yüksek olduğunu ve bunun

---

<sup>84</sup> Anılan kararın 12. Paragrafı.

<sup>85</sup> Federal mahkemenin kararında, mehir sözleşmelerinin şekli konusunda karşı. MÖRSDORF-SCHULTE,"İRAN" s.26

<sup>86</sup> karşı. MÖRSDORF-SCHULTE,"İRAN" s.26; aync. bkz. Mehir sözleşmesinin kendisine özgü bir yapısının olduğuna ilişkin, OLG Frankfurt am Main, 11.03.2010 - 1 UF 146/08

<sup>87</sup> YASSARİ, "BEMERKUNG", s.369, Yassari burada, Alman uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde gelecekte, mehir konusunda ayrı bir kuralın getirilmesi gerektiğinin altını çiziyor.

<sup>88</sup> FamRZ 2004, 459 ff

<sup>89</sup> OLG Hamburg, Urteil v. 21.5.2003 - 12 UF 11/02

<sup>90</sup> OLG Bamberg, 24.03.2010 - 7 UF 275/08, FamRBint 2011, s.25

makul ölçülere çekilmesi gerektiğini belirterek, ödenecek Mehir'i 14.400 Avroya indirmiş ve taksitlendirmiştir. İstinaf mahkemesi, 110 bin Avroluk Mehir'i, makul bulmamıştır.

Stuttgart istinaf mahkemesi, 29.01.2008 tarihinde verdiği 17 UF 233/07 sayılı kararda<sup>91</sup>, resmi nikâh sonrası kıyılan hoca<sup>92</sup> nikâhı esnasında, tarafların Mehir belirlediklerini tespit etmiştir. Mehir borçlusu erkek, bunu hocanın zorlamasıyla, nikâhın bir şartı olarak yapmak zorunda oldukları gerekçesiyle Mehir'i ödemeye yanaşmamış, savunmasını bu yönde yapmıştır. Mehir alacaklısı kadın, bu konudaki iradelerini gerçekçi bir şekilde ortaya koyamayıp, yaptıkları sözleşmenin mahiyetini ispatlayamayınca, istinaf mahkemesi olayı oldukça sıkı ve dar yorumlayarak, Mehir ile ilgili sözleşmenin hükümsüz olduğunu tespit ederek ve erkeğin Mehir ödemeyeceğine karar vermiştir.<sup>93</sup>

04.07.2012 tarih ve 8 UF 37/12 sayılı kararında Hamm<sup>94</sup> istinaf mahkemesi Mehir ile ilgili yabancı mahkemelerde verilen kararların Alman hukuku sistemi içerisinde de etkisi olduğunu, İran mahkemelerince verilen erkeğin Mehir ödemesine yönelik kararın, Almanya'da da geçerli olduğunu hatta bu kararın üzerinden fazlasının, sözleşmede belirlenen miktarın Mehir olarak ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Erkek savunmasında, zaten nafaka ödeyeceğini, Mehir ödemesine gerek olmadığını, miktar olarak ta bu Mehir bedelinin ödeyemeyeceğini belirtse de, mahkeme kadını haklı bulmuş ve erkeğin 213 bin Avroluk Mehir borcu bulunduğuna karar vermiştir.

Bu konuda en yeni kararlardan birine yine Hamm<sup>95</sup> istinaf mahkemesi imza atmıştır. OLG Hamm 22.04.2016 tarihinde vermiş olduğu kararda, dinen boşanmanın (Talak) olup olmadığını, gerçekleşip gerçekleşmediğinin boşanma kararı ve Mehir konusunda karar verilmesi açısından önemli olmadığını ifade ederek davacı kadının Mehir'e hak kazanabileceğine karar vermiştir<sup>96</sup>. Hamm istinaf mahkemesi, kararında uzunca Mehir konusunu tartışmış, hem İslam hukuku açısından konuyu ele almış, hem de tarafların evlendiklerindeki vatandaşlıklarını<sup>97</sup> esas alarak konuyu uluslararası hukuk özel hukuk kuralları açısından ele almıştır. Çok daha ilginç, Hamm mahkemesi, konuyu uluslararası

---

<sup>91</sup> NJW-RR 2008, 742

<sup>92</sup> İstinaf mahkemesinin ifadesi.

<sup>93</sup> Karş. Juliana MÖRSDORF-SCHULTE, Brautgabeversprechen bei Geltung deutschen Rechts, FamRBint 2008, s. 49-50. Mörsdorf-Schulte burada istinaf mahkemesinin olayı oldukça sıkı ve dar yorumladığını ifade etmektedir.

<sup>94</sup> openJur 2013, 29272

<sup>95</sup> OLG Hamm, 22.04.2016. 3 UF 262/15, [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2016/3\\_UF\\_262\\_15\\_Beschluss\\_20160422.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2016/3_UF_262_15_Beschluss_20160422.html)

<sup>96</sup> Pressemitteilung ; Geschiedener muslimischer Ehefrau steht "Abendgabe" auch ohne "talaq" zu, 06.07.2016, [www.olg-hamm.nrw.de](http://www.olg-hamm.nrw.de)

<sup>97</sup> Hamm İstinaf mahkemesinin önüne gelen olayda taraflar Lübnan vatandaşları ve resmi evlilik Lübnan'da gerçekleşmiştir.

özel hukuk açısından ele alırken, Mehr-i Muaccel (Morgengabe) ve Mehr-i Müeccel (Abendgabe) ayrımını da tartışmış ve olayda konunun bir Mehr-i Müeccel (Abendgabe) olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>98</sup>.

Hamm istinaf mahkemesi, 3 UF 262/15 ve 22.04.2016 tarihli kararında, tarafların 2005 yılında yapmış oldukları evlilikte, yazılı olarak kararlaştırmış oldukları Mehir şartının geçerli olduğunu ve boşanma halinde kadının sözleşmede yazan miktara –olayda 15 bin Amerikan Doları- hak kazanacağına karar vermiştir<sup>99</sup>.

Hamm istinaf mahkemesi anılan 22.04.2016 tarihli kararda, Mehir konusunu Sünni mezhepler açısından ele almış yazılı sözleşmenin her ne kadar İslam hukukuna göre yapılsa bile, yürürlükte olan uluslararası hukuk kuralları gereği, Alman Aile mahkemelerinin ve bu husustaki Alman Eşya Hukukunun kurallarının uygulanacağına karar vererek kendini münhasıran yetkili görmüştür<sup>100</sup>.

### **3) İlk Derece Mahkemelerinin – Aile Mahkemelerinin = Familiengericht – vermiş olduğu karar örnekleri**

Esasen, Alman Hukukunda Mehir konusunda ilk olarak önlerine gelen davalarda olaya bakmak zorunda olan mahkemeler ilk derece mahkemeleridir. Alman hukuk sistemi içerisinde, Aile mahkemesi sıfatıyla davalara bakan Amtsgericht =Sulh mahkemeleridir. Yukarıdan beri ele aldığımız davalarda Federal Mahkeme ve İstinaf Mahkemeleri içtihatları oluşturmaları sebebiyle, ilk derece mahkemelerinin kararları dikkate alınmamıştır.

Yukarıda ele aldığımız 2009 yılındaki federal mahkeme kararından sonra istinaf mahkemeleri, bilhassa Hamm istinaf mahkemesinin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda, federal mahkemenin içtihadı takip edilmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi olarak boşanmalara bakan aile mahkemelerinde zaman zaman farklı kararlar da verilmiştir. Bu açıdan, önüne gelen davalarda Mehir konusunu ele alan yeni tarihli iki ilk derece aile mahkemesi kararı oldukça dikkat çekmektedir. Karar tarihleri birbirlerine oldukça yakın olan bu kararın her ikisi de Federal mahkemenin 2009 tarihli kararından sonra verilmiştir.

Bu kararlardan ilki Bünden Aile Mahkemesinin 6 Mart 2014 tarihinde vermiş olduğu karardır<sup>101</sup>. Bu karar, federal mahkemenin vermiş olduğu 2009 yılındaki 9 Aralık 2009 tarihli ve XII ZR 107/08 sayılı kararı doğrultusunda verilmiş

---

<sup>98</sup> OLG Hamm, 22.04.2016. 3 UF 262/15, paragraf 85

<sup>99</sup> OLG Hamm, 22.04.2016. 3 UF 262/15, paragraf 85

<sup>100</sup> OLG Hamm, 22.04.2016. 3 UF 262/15, paragraf 86

<sup>101</sup> AG Bünden · Beschluss vom 6. März 2014 · Az. 53 F 963/13 RI, <https://openjur.de/u/684780.pnrt>

bir karardır. Büdingen aile mahkemesi önüne gelen olayda Mehir konusunda karar vermiş ve Mehir konusunun Alman EGBGB yasınının 14. Maddesi çerçevesinde aynı yasanın 17. Maddesi çerçevesinde değerlendirerek ele alınması gerektiğine karar vermiştir. Büdingen Aile mahkemesi, Mehir ile ilgili talepleri, boşanmayı takiben yapılan mali talepler gibi değerlendirmiş ve evliliğin genel hükümlerine göre ele alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Büdingen aile mahkemesi, Fas kanunlarına göre gerçekleşmiş bir evlilikte, boşanma sonrası ayrı bir dava olarak önüne gelen olayda, boşanmış kadının, kararlaştırılan Mehir ile ilgili talebinin, ihtiyacı olup olmadığına bakılmaksızın boşanan kadının hakkı olduğunu ve Alman hukukundaki, boşanma sonrası nafaka talebi gibi değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme, kararlaştırılan Mehir'in bir nevi düğün hediyesi gibi değerlendirilebileceğini, ancak ödemenin sonraya bırakılması durumunda (Mehr-i müeccel), mal rejimi ve miras hakkı açısından da etkileri olduğunu ifade etmiştir.<sup>102</sup>

Büdingen Aile mahkemesinin vermiş olduğu bu karardan kısa bir süre sonra Darmstadt Aile mahkemesi 15.05.2014 tarihinde vermiş olduğu kararda<sup>103</sup> evlilik akdi ile birlikte yapılan Mehir sözleşmesini Alman hukuk ve kamu düzenine aykırı bulduğu için, boşanma sırasında talep edilen Mehir miktarını kabul etmemiştir. Darmstadt Aile mahkemesi, evlilik akdi esnasında kararlaştırılan ve İran hukukuna göre gerçekleşen evlilikte Mehir ile ilgili kararlaştırılan sözleşmeyi, Alman anayasasının 6. Maddesinin 1. Fıkrası<sup>104</sup> kapsamında genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı bulmuştur.

Alt derece mahkemelerinin verdiği bu kararları çoğaltmak mümkün, Ancak görüldüğü gibi, alt derece mahkemelerinde verilen kararlar, federal mahkeme tarafından verilen kararlar tam uyuşmamakta, alt derece mahkemeleri her olayın içerisinde, halen kendilerine göre bir çözüm aramaktadırlar.

## SONUÇ

Alman yazılı hukuk sisteminde Mehir ile ilgili bir kurum bulunmamaktadır. İlk olarak literatürde, Mehir konusu ile meşgul olunmuş ve İslam hukukundaki Mehir kurumunun, doğrudan bir İslam hukuk kuralı olarak uygulanmasından ziyade, uluslararası özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Mehir konusunda verilen ilk mahkeme kararlarında da verilen kararlarda uluslararası özel hukuktan kaynaklanan özelliğine dikkat çekilmiş ve kararlar bu şekilde verilmiştir.

---

<sup>102</sup> AG Büdingen • Beschluss vom 6. März 2014 • Az. 53 F 963/13 RI, paragraf 25

<sup>103</sup> Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung, 06/2015, s.24 vd.

<sup>104</sup> Alman Anayasası madde 6, f.1: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. (= Aile ve Evlilik kurumu devlet düzeninin özel koruması altındadır)

Doktrinde, YASSARİ gibi İslam kültürü ile yetişmiş ve konuyu bilen hukukçuların meseleyi ele almalarıyla, bilhassa Almanya'da iki Müslüman arasında yapılan evlilikler açısından da konu değerlendirilmiş, meseleye sözleşme serbestisi açısından yaklaşılmaya başlanmıştır. Bu durum bilhassa Federal Mahkemenin 2009'daki kararında da kendisini bulmuş ve sonrasında Büdingen Aile Mahkemesi kararında olduğu gibi alt derece mahkemeleri tarafından da uygulanmıştır.

Uygulanacak hukuk açısından baktığımızda, Federal mahkemenin ilk kararlarında, Mehir'in bir İslam Hukuku kurumu olması sebebiyle konuya mesafeli yaklaşmış, mesele çoğunlukla Alman hukuku açısından ele alınarak çözüm üretilmeye çalışılmıştır. Federal mahkeme ilk olarak ciddi şekilde 2009 tarihli kararında konuyu derinlemesine ele alarak, Alman uluslararası özel hukuk kuralları açısından Mehir kurumunu tasnif etmiştir.

Federal mahkeme, Mehir kurumunu evliliğin bir sonucu olarak değerlendirmiş ve evliliğin genel hükümlerine uygulanacak olan hukukun belirlendiği, Evliliğin Genel Hükümleri başlığını taşıyan Alman EGBGB'nin 14.maddesinin uygulanacağı hükmüne varılmıştır. Buna göre, evliliğin genel hükümlerine hangi hukukun uygulanacağı, eşlerin tabi oldukları ortak uyruklarına, eşlerden biri sonradan uyruk değiştirmişse evlilikte birlikte tabi oldukları en son uyruğa göre belirlenecektir.

2016 Yılında verilen OLG Hamm kararında ise, hem Federal mahkemenin 2009 tarihli kararı doğrultusunda karar verilmiş, hem de Alman hukuk sisteminde konunun ele alınışını kolaylaştırmak açısından, Mehir ile ilgili eşler arasındaki anlaşmaları, evlilik sonucuna bağlı bir akit/sözleşme olması yönünde bir yaklaşım izlemiştir.

Alt derece mahkeme kararlarında ise halen belirsizlik hüküm sürmektedir. Mehir kurumunun alt derece mahkemelerinde ele alınış biçimi halen yoruma muhtaç bir şekilde kendini göstermektedir.

Alman vatandaşı Müslümanların evliliklerinde Mehirin uygulanması, gelecekte Alman iç hukuk kurallarına yansısıyla kendini gösterecektir. Bilhassa, bu anlaşmaları dini saiklerle yapan Müslümanlar açısından, Mehir konusu, din ve inanç özgürlüğü açısından yeni tartışmalar yaratacaktır. Bu konuda, Alman mahkemelerinin önüne gelecek Mehir konusu ile ilgili olaylarda, bilhassa kamu düzeni ve sözleşme serbestisi etrafında oldukça zorlanacaklarını şimdiden söylemek mümkündür.

\*\*\*\*



### KAYNAKÇA

**AKYÜZ, Jülide**, Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir” Hakkında Bazı Düşünceler, AÜDTCF Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 37, Yıl 2005

**CANAN, İbrahim**, Hadis Ansiklopedisi, Kütüb-i Sitte, 9.cilt Feza Yayıncılık

**CİN, Halil**, “Evlenme” İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974

**CİN, Halil**, “Mehir” İslam Hukukunda Mehr, AÜHF Dergisi, Yıl1972 Cilt 29 Sayı 1-2 s.199 vd.

**D.BAETGE**, Kommentar, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, Art. 6 EGBGB www.juris.de

**DALGIN, Nihat**, İslam Hukuku Açısından Boşanmanın Sonuçlarından Maddi Tazminat Üzerine Bir Değerlendirme, OMÜİFD, sayı 18-19 Yıl:2005

**EL JAZZOUZI, Hannan/ Finger Peter**, Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht: Länderbericht Marokko, FamRBint 2013, 16-26

**HEİNRİCH, Dieter**, Internationales Familienrecht, 2.Aufl. Regensburg 2000

<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/72321/umfrage/entwicklung-der-anzahl-der-muslime-in-deutschland-seit-1945/>

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/frankfurter-scheidungsfall-richter-in-bedauert-koran-bezug-a-473385.html>

[https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/11/PD14\\_402\\_122.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/11/PD14_402_122.html)

**İslamische Eheverträge**, Hrsg. Bundesverwaltungsamt, 2011

**KAYA, Ali**, 17. Yüzyıl Bursa Şer’iye Sicillerinin İslam Aile Hukuku Açısından Tahlili, UÜİFD, Cilt: 17, Sayı: 1, 2008

**KRÜGER, Hilmar**, Ehe und Brautgabe, FamRZ 1977, 114-118

**LUDWİG, Kommentar**, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014

**MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana**, Brautgabeversprechen bei Geltung deutschen Rechts, FamRBint 2008, s. 49-50.

**MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana**, “Iran” İranisches Brautgabeversprechen als Ehevertrag, FamRBint, 2/2010, s.26-27

**OKUR GÜMRÜKÜOĞLU, Saliha**, İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Tplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013

**ÖZCAN, Uğur /DALYAN, Murat Gökhan**, 19.yy’da Rumlarda ve Arnavutlarda Evlilik Müessesesinde Başlık Uygulamaları, History Studies Volume 3/3, 2011

**PAÇACI, İbrahim**, Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı:11, Yıl:2008

**PÜRSELİM-ARNİNG, Hatice Selin**, Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 33, Sayı 2, 2013, ss. 137

**ROHE, Mathias**, Grenzen der Religionsausübung - Scharia in Deutschland?, DIK, <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/Magazin/Recht/Scharia/scharia-node.html>

**ROHE, Mathias**, Religiös gespaltenes Zivilrecht in Deutschland und Europa? içinde: De Wall/Germann (Hrsg.), Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 409-429

**SCHOLZ, Peter**, Grundfälle zum IPR: Ordre public-Vorbehalt und Islamisch geprägtes Recht – Teil 1 (Allgemeiner Teil), Zeitschrift für das Juristische Studium, 2/2010

**TEZCAN, Mahmut**, İlkel Toplumlarda Başlık Parası Geleneği, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt 9, sayı 1, Yıl 1976

**TÜZÜNER, Özlem**, Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1 s.126 vd.

**UNBERATH, Hannes**, Die Anwendung İslamischen Rechts durch deutsche Gerichte - Bemerkungen zum Verhältnis von kultureller Identität und Grundgesetz, içinde: Thomas Hartmann/ Margreth Krannich (Hrsg.) Muslime im säkularen Staat, s.83-101

**WURMNEST, Wolfgang**, Die Mär von der mahr- Zur Qualifikation von Ansprüchen aus der Brautgabevereinbarungen, RabelsZ 2007

**WURMNEST, Wolfgang**, Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht, FamRZ 2005, 1878-1885

**YARGI, Mehmet Ali**, Günümüzde Mehir Uygulamaları ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.8, 2006

**YASSARI, Nadjma**, Zweibemerkungen zur İslamischen Brautgabe vor deutschen Gerichten, StAZ, 2/2009 s.365-371

**YASSARI, Nadjma**, Die İslamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht, IPRax 2011, 63-68

**YASSARI, Nadjma**, Die Brautgabe nach iranischem Recht, StAZ 2003, 198-201

**YASSARI, Nadjma**, "BRAUTGABE" Die Brautgabe im Familienvermögensrecht, Tübingen 2014

**ZUHAYLİ, Vehbe**, çev.Ahmet Efe ve komisyon, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, cild:9, 1990

# ULUSLARARASI HUKUKTA YABANCI DEVLET BAŞKANLARININ HAYSİYETİNİN KORUNMASI

*The Protection of the Dignity of Foreign Head of State in International Law*

Arş. Gör. Esra ATA<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 24.04.2017

Kabul Tarihi: 13.06.2017

## ÖZET

Uluslararası hukukta devlet başkanları yabancı bir devlette buldukları sırada uluslararası örf ve adet kuralları uyarınca bir takım dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olurlar. Devlet başkanlarının sahip olduğu bu ayrıcalıklar arasında ev sahibi devlet tarafından haysiyetinin korunması da yer almaktadır. Ancak haysiyetin korunması yükümlülüğünün sınırları açık değildir ve bu yükümlülüğü yerine getirmede devletlere geniş takdir yetkisi verilmiştir. Özellikle ifade özgürlüğü temelinde insan hakları kavramının gelişme göstermesi ile birlikte üstün bir şekilde yabancı devlet başkanlarının haysiyetinin korunması tartışmalı bir hale gelmiştir. Devletler bir yanda uluslararası örf ve adet kuralları gereğince devlet başkanlarının haysiyetini korumakla yükümlü olmakla birlikte diğer taraftan bireylerin temel haklarını da temin etmek zorundadır. Devlete yüklenen bu iki yükümlülüğün karşı karşıya gelmesi durumunda ise hangisine öncelik verileceği hususunda uluslararası hukukta bir kesinlik bulunmamaktadır. Mevcut eğilim ise, bireylerin temel hakları özellikle de ifade özgürlüğü söz konusu olduğu durumda, yabancı devlet başkanının haysiyetinin üstün bir şekilde korunmasından ziyade bu iki hakkın dengelenmesi yönünde gelişme göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Devlet Başkanı, Diplomatik Dokunulmazlık, Haysiyetin Korunması, İfade Özgürlüğü.

## ABSTRACT

In international law, when heads of state are in a foreign state, they have certain immunities and privileges in accordance with international customs. Among the privileges that the president has is the protection of dignity by receiving state. However the boundaries of the obligation to protect dignity are not clear, and the state has been given a wide margin of appreciation to fulfill this obligation. The protection of the dignity of foreign presidents has become controversial, especially as the concept of human rights has evolved on the basis of freedom of expression. States are obliged to preserve the dignity of heads of state in accordance with international custom rules, as well as to ensure the fundamental rights of the individual from the other side. In the case of confronting these two obligations imposed on the State, there is no certainty in international law as to which priority should be given. The current trend is that the basic rights of the individual, especially freedom of expression, are improving in a way that balances these two rights rather than protecting the dignity of the foreign president.

**Key Words:** International Law, Head of State, Diplomatic Immunity, Protection of Dignity, Freedom of Expression.

<sup>1</sup> Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, esra.ata@ktu.edu.tr

## GİRİŞ

Devlet başkanları hem ulusal hem de uluslararası hukukta birtakım dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahiptirler. Uluslararası hukukta devlet başkanlarına tanınan bu ayrıcalıkların temeli büyük ölçüde uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dayanmaktadır. Devlet başkanlarının yetki ve ayrıcalıklarına ilişkin doğrudan bir uluslararası andlaşma bulunmadığından kapsamı ve sınırları konusunda mevcut uluslararası hukukta birtakım belirsizlikler bulunmaktadır.

Devlet başkanları sahip olduğu kişi dokunulmazlığı temelinde yabancı bir devlette bulunması sırasında şahsının, özgürlüğünün ve onurunun her türlü saldırıdan korunması gereklidir. Bu, kabul eden devlet için uluslararası bir yükümlülüktür. Ancak haysiyetin korunması kavramına yönelik olarak devletler tarafından oluşturulmuş bir örnek kurallar yoktur. Günümüzde özel kişiler tarafından devlet başkanının haysiyetine yönelik saldırılar gerçekleştirilmesi durumunda devletlerin atacağı uygun adımlar kavramı net bir şekilde belirlenmemiştir. Haysiyetin korunmasına yönelik olarak alınacak tedbirler büyük ölçüde devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Takdir yetkisinin devletlere bırakılmış olması ise farklı uygulamalara ve haysiyetin korunması hususunda bazı anlaşmazlıkların doğmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle son yıllarda insan hakları kavramının gelişmesi ile birlikte yabancı devlet başkanlarının haysiyetinin korunması kavramı tartışılır hale gelmiştir.

Bu çalışmada ilk olarak uluslararası hukukta devlet başkanlarına tanınan ayrıcalıkların temelleri incelenmiş olup, devamında yabancı devlet başkanlarının haysiyetinin korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemeler önemli mahkeme kararları ışığında değerlendirilmektedir. Son olarak ise yabancı devlet başkanlarının haysiyetini korumaya yönelik ulusal düzenlemeler ve bu husustaki yeni eğilim irdelenmiştir.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET BAŞKANLARINA TANINAN AYRICALIKLARIN TEMELLERİ

Bir devleti ulusal ve uluslararası ilişkilerinde en üst düzey organ olarak temsil eden devlet başkanı<sup>2</sup> tarihsel olarak hem ulusal hem de uluslararası hukukta çeşitli ayrıcalıklara sahip olmuştur. Devlet başkanlarının sahip olduğu bu ayrıcalıkların içinde haysiyetinin korunması hakkı da vardır ve temelleri de devlet başkanlarının sahip olduğu bağışıklıkları açıklayan görüşlerde bulunmaktadır.

---

<sup>2</sup> L. **OPPENHEIM**: Oppenheim's International Law, Volume 1, Robert JENNINGS/Arthur WATTS (ed.), Ninth Edition, London-New York, Longman, 1996, s. 1033; Alina **KACZOROWSKA**: Public International Law, Fourth Edition, London-New York, Routledge, 2010, s. 395.

Tarihsel olarak, devlet başkanını başı olduğu devletin konumuna eşit tutma eğilimi vardı<sup>3</sup>. Bu bağlamda da devlet başkanlarının sahip olduğu ayrıcalıklar, modern uluslararası hukukun erken dönemlerinde *par in parem non habet jurisdictionem* ilkesi ile açıklanmıştır<sup>4</sup>. Bunun nedeni hükümdarın toplumun ruhu olması ve devletle tek vücut olarak kabul edilmesidir<sup>5</sup>. Devlet başkanı, devletin egemen varlığını benliğinde kişileştirmektedir<sup>6</sup> ve üstünlüğünden ötürü dokunulmazdı ve yabancı bir devletin yargı yetkisine tabi tutulamazdı<sup>7</sup>. Mutlak monarşilerde ise devlet başkanı dünya üzerinde Tanrı'nın temsilcisi olarak görüldüğünden onuruna yapılan hareketler dine küfre benzemekte ve aynı kuvvetle bastırılmak zorundaydı<sup>8</sup>. Devletlerin sahip olduğu yargı dokunulmazlığı bile bir ölçüde, başka bir egemen devletin mahkemelerinin yargı yetkisine tabi tutulmaları gerektiği düşünüldüğünde, onurunun zedelenmesine atfedilmiştir<sup>9</sup>.

Günümüzde de devlet ve onun başındaki kişinin aynı şey olarak görülmesi düşüncesinin tamamen terk edildiğini söylemek güçtür<sup>10</sup>. Modern devlet anlayışının yapısında da devlet başkanı devletin en üst ve evrensel düzeydeki

---

<sup>3</sup> Chanaka **WICKREMASINGHE**: “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”, in Malcolm EVANS (ed.), International Law, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 392; Devlet başkanının sahip olduğu dokunulmazlığı devlet dokunulmazlığının bir uzantısı olarak kabul eden görüş için bkz: Dapo **AKANDE**: “Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson”, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-to-jens-iverson/> ( 09. 02. 2017)

<sup>4</sup> Hüseyin **PAZARCI**: Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 70; Seha L. **MERAY**: Devletler Hukukuna Giriş, Cilt II, 4. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1975, s. 7-8.

<sup>5</sup> Bilge **ERSON ASAR**: “Diplomatik İlişkileri Yürüten Devlet Görevlileri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, Temmuz 2013, s. 68.

<sup>6</sup> Pedretti’ye göre; *tarihsel olarak devlet başkanlarının dokunulmazlığı, devlet ile hükümdar arasındaki ilişkide kök salmıştır*. Ramona **PEDRETTI**: Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, , 2015, s. 13.

<sup>7</sup> Malcolm N. **SHAW**: International Law, Sixth Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 698.

<sup>8</sup> Veroniko **BILKOVA**: “Thou shalt not Insult the(Foreign) Head of State”, <http://www.ejiltalk.org/thou-shalt-not-insult-the-foreign-head-of-state/> ( 31. 01. 2017)

<sup>9</sup> *Schooner Exchange v McFaddon (1812) 11 U. S. 116 at 137.*

<sup>10</sup> Bilge **ERSON ASAR**: Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 63; Bu yaklaşım, 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Devletlerin ve Malların Yargı Bağışıklığı Andlaşması’ nın 2. maddesindeki devlet tanımına devlet başkanı dahil edilerek benimsenmiştir. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49), 2005; Sözleşme metni için bkz: Aslan **GÜNDÜZ**: Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 567-576.

temsilcisi olarak devletin haysiyetini simgeler kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Devlet başkanı devleti temsil ettiği için, prensip olarak onun haysiyetine yapılan bir hakaret, devletin onuruna yapılan hakaret olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Modern uluslararası hukuk, devlet başkanlarının sahip olduğu ayrıcalıkları, onların doğuştan getirdikleri özelliklerinden ziyade, devletlerinin en üst düzey temsilcileri olmaları ve görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri dolayısıyla kendilerine atfedildiği düşüncesine eğilim göstermektedir<sup>13</sup>. Devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlığı açıklayan bu görüşe göre, devlet başkanlarının dokunulmazlıkları, devletin en üst düzey görevlisi olma sıfatından kaynaklanmaktadır<sup>14</sup>. Bu doğrultuda, bir devlet başkanının haysiyetine olan saygı o makamı elinde bulunduran şahsın kişiliğine olan saygıdan ziyade sahip olduğu devlet başkanlığı statüsüne dayanmaktadır<sup>15</sup>.

Günümüzde uygulanan uluslararası hukukta devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin evrensel nitelikte bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Devlet başkanlarına tanınan bu dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin kurallar uluslararası örf ve adet kuralı niteliğindedir<sup>17</sup>. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği kararlarla da bu dokunulmazlığın kapsamına ilişkin etkili yorumlar getirilmektedir<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> **ERSON ASAR**, Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, s. 63.

<sup>12</sup> Arthur **WATTS**: Heads of State, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008, online edition, para. 13.

<sup>13</sup> Ernest **SATOW**: Satow's Diplomatic Practice, Ivor **ROBERTS** (ed.) , Sixth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 176; Michael A. **TUNKS**: "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head- of -State Immunity", Duke Law Journal, Vol. 52, 2002, s. 654; Fox' a göre, sahip olunan bu ayrıcalıkların, sahip olan kişiye özel mi, yoksa yalnızca devlet bağışıklığı veya diplomatik dokunulmazlığın bir yönü olup olmadığı konusunda farklılıklar vardır. Hazel **FOX**: The Law of State Immunity, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 686; Uluslararası Adalet Divanı dokunulmazlığın temelini işlevsel bir mantıkla açıklamıştır. "Uluslararası örf ve adet hukukunda, dışişleri bakanlarına verilen dokunulmazlıklar, kişisel çıkarları için verilmez, ancak kendi devletleri adına işlevlerinin etkin bir şekilde yerine getirilmesini sağlaması için verilirler." Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para 55.

<sup>14</sup> **ERSON ASAR**, Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, s. 64; **PEDRETTI**, s. 13.

<sup>15</sup> Joanne **FOAKES**: The Position of Head of State and Senior Officials in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 63.

<sup>16</sup> Son yıllarda diploması temsilcilerine, konsoloslara ve devlet bağışıklığına ilişkin uluslararası düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen devlet başkanlarının dokunulmazlığına ilişkin doğrudan düzenlemelerin bulunmaması ise büyük bir eksikliktir.

<sup>17</sup> Ernest **SATOW**: Satow' s Guide to Diplomatic Practice, Lord **GORE-BOOTH** ( ed.), Fifth Edition, London and New York, Longman, 1979, s. 9-10.

<sup>18</sup> Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002; Case Concerning Certain Questions Of Mutual Assistance In Criminal

Devlet başkanlarına tanınan ayrıcalıklara ilişkin kurallar, günümüzde, devlet başkanının yabancı devlet ülkelerinde kişi dokunulmazlığı, yargı, vergi ve gümrük bağışıklıklarından yararlanması şeklinde, uluslararası örf ve adet kuralı haline gelmiştir<sup>19</sup>. Yabancı bir ülkede bulunan devlet başkanı hiçbir şekilde tutuklanamaz, gözaltına alınamaz ve yargılanamaz<sup>20</sup>. Yabancı bir devlet ülkesinde bulunan devlet başkanlarının kişi dokunulmazlığı kapsamında şahsının ve onurunun özel olarak korunması ve güvenliğinin sağlanması, bulunduğu devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir uluslararası hukuk yükümlülüğüdür<sup>21</sup>.

## II. ULUSLARARASI HUKUKTA YABANCI DEVLET BAŞKANLARININ HAYSİYETİNİN KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

Haysiyet, genellikle egemen devletlerin özünde var olduğu kabul edilen, diğer devletlerin saygı göstermekle yükümlü olduğu bir özelliktir. Devletlerin bu saygınlığı, özellikle yabancı devlet başkanının diğer devletler tarafından haysiyetinin ve kişiliğinin özel olarak korunmasında kendini göstermiştir<sup>22</sup>. Bununla birlikte, yasal koruma hak eden bir nitelik olarak haysiyet tanımlanması zor bir kavramdır<sup>23</sup>. Her ne kadar haysiyetin korunmasına ilişkin sınırlarda bir belirsizlik bulunsa da günümüzde yabancı devlet başkanlarının kişiliğinin ve onurunun korunması yükümlülüğü bazı uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Devlet başkanlarının sahip olduğu kişisel dokunulmazlık bu kapsamda da onurunun korunması, ulusal düzenlemelerin yanında uluslararası hukuk tarafından da bir takım andlaşmalar ile koruma altına alınmıştır. Örneğin 14.12.1973 tarihli Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası

---

*Matters( Djibouti v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2008*

<sup>19</sup> Sevin **TOLUNER**: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, , 1984, s. 358.

<sup>20</sup> Kamuran **REÇBER**: Diploması ve Konsolosluk Hukuku, Bursa, Dora Basım ve Yayın, 2011, s. 16; Uluslararası Adalet Divanı diplomatik temsilciler ve konsoloslar gibi, devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları gibi üst düzey devlet görevlilerinin de bir başka devlette hem cezai hem de medeni konularda yargı bağışıklığından yararlanmalarının uluslararası hukukta yerleşik bir kural olduğunu belirtmiştir. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, para. 51.

<sup>21</sup> F. Edip **ÇELİK**: Milletlerarası Hukuk, Cilt I, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 498; **MERAY**, s. 7; Salvotere **ZAPPALA**: "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crime? The Ghaddafi Case Before The French Cour de Cassation", EJIL, Vol. 12, No. 3, 2001, s. 599.

<sup>22</sup> **FOAKES**, s. 61-62.

<sup>23</sup> **WATTS**, para. 13; Bazı yazarlar ise yabancı devlet başkanlarının itibarını korumakla görevli devletler kavramının uluslararası hukukta eskimiş bir kavram olduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz: W. Michael **REISMAN**: "Sovereignty and Human Rights Law in Contemporary International Law", AJIL, Vol. 84, 1990, s. 866.



Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi<sup>24</sup>, yabancı devlet başkanlarına karşı işlenen suçları kesin olarak cezalandırılmasına yönelik bir düzenleme getirmesinin yanı sıra bu suçları adi suç olarak kabul etmektedir. Ayrıca bu Sözleşme'ye taraf devletler, devlet başkanının kişisel güvenliğini sağlamanın yanında onların onuruna karşı girişilecek diğer saldırıları da önleme yükümlülüğündedirler. Bu Sözleşme'nin 2/3. maddesine göre, taraf devletler bütün gerekli önlemleri alarak uluslararası korunan kimselerin kişiliklerine, özgürlüklerine veya onurlarına karşı gerçekleştirilecek saldırıları önlemekle yükümlüdürler. Bu düzenlenmeden devlet başkanına yönelik yapılan bir hareketin, devletin kendisine yapılmış olması ve böylece devletin onurunun zedeleneceği düşüncesi çıkarımı yapılabilmektedir<sup>25</sup>.

Bazı andlaşmalar, üst düzey devlet yetkililerinin, koruma ve dokunulmazlık gibi diğer muafiyetler ve imtiyazlar da dâhil olmak üzere özel muameleye hak kazanmalarını kabul etmekle birlikte uygun seviyedeki muameleyi spesifik olarak tanımlamamıştır<sup>26</sup>. Örneğin uluslararası kuruluşlara katılan devlet temsilcilerinin hukuki statüsünü belirleyen 08.12.1969 tarihli Özel Misyonlar Konusundaki Sözleşmesi'nin 21/1. maddesine göre, özel görevle giden heyetin başında devlet başkanının bulunması durumunda, uluslararası hukuk tarafından tanınan bütün kolaylık, dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanacağını belirtmektedir<sup>27</sup>. Ancak bu sözleşmede, devlet başkanlarına tanınacak kolaylık, dokunulmazlık ve ayrıcalıkların içeriği tanımlanmamıştır.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2001 tarihli "Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı Yetkisinden ve İnfazdan Bağışıklığı" konulu *Vancouver Önergesi* ile devlet başkanlarının kişi dokunulmazlığına sahip olduğuna ve bu kapsamda da onurunun korunması gerektiğine değinmiştir<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents (1973), UNTS 1035, s. 167. Sözleşme 20 Şubat 1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_4\\_1973.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_4_1973.pdf) ( 09. 02. 2017)

<sup>25</sup> **ERSON ASAR**, Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, s. 64.

<sup>26</sup> Arthur **WATTS**: "Heads of Government and Other Senior Officials", The Max Plank Encyclopedia of Public, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1417?prd=OPIL> (01. 02. 2017)

<sup>27</sup> Convention on Special Missions (1969), 1400 UNTS, s. 231. Sözleşme 21 Haziran 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_3\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf) (09. 02. 2017)

<sup>28</sup> Önerge metni için bkz: [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2001\\_van\\_02\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF) ( 07. 02. 2017) ; Buradaki hükümler, görev yapan ve eski devlet başkanlarının kişisel dokunulmazlığına ilişkin kuralların kapsamına ilişkin yararlı bir hatırlatma sağlar ancak devlet pratiklerini kesin olarak yansıtacak şekilde kabul edilemez. Hazel **FOX** and Phillippa



Bu önerenin 1. maddesine göre; “Yabancı bir ülkenin topraklarında devlet başkanının şahsı dokunulmazdır. Yabancı bir ülkedeyken hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Devlet başkanına yetkili makamlar tarafından saygılı davranılacak ve onun şahsının, özgürlüğünün ve onurunun ihlal edilmesini önlemek için makul tüm önlemler alınacaktır.”.

1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi<sup>29</sup> devlet başkanlarının veya diğer üst düzey devlet görevlilerinin kişisel dokunulmazlık ve ayrıcalıklarına ilişkin değildir; ancak devlet başkanları söz konusu olduğu durumda hükümleri asgari standart olarak ele alınmalıdır<sup>30</sup>. Bu kapsamda diplomasi temsilcilerinin dokunulmazlık ve ayrıcalıklarını düzenleyen 1961 Viyana Sözleşmesi’nin kişi dokunulmazlığını temin eden 29. maddesi devlet başkanları için de uygulanabilir<sup>31</sup>. Uluslararası Adalet Divanı 2008 tarihli *Djibouti v. France* kararında, 1961 Viyana Sözleşmesi’nin 29. maddesine yansıtılan geleneksel uluslararası hukuk kuralının, diplomatik temsilcilere hitaben yazılmış olsa da, devlet başkanları için de mutlaka uygulanabilir olduğunu belirtmiştir<sup>32</sup>. Böylelikle, diplomatik temsilcilere tanınacak kişi dokunulmazlığı güvencesinin yabancı devlet başkanları için de tanınmış olduğu bir uluslararası mahkeme tarafından teyit edilmiştir. Ancak görevli bir devlet başkanının durumu, diplomatların aksine itimatnamesinin değişimine bağlı değildir. Kendisine saygı ile davranılması ve kişiliğine, özgürlüğüne veya onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önleme yükümlülüğü, ülke topraklarında mevcudiyetinin fark edilmesi üzerine ortaya çıkar<sup>33</sup>. Ayrıca devlet başkanları ve diplomasi

---

**WEBB:** The Law of State Immunity, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 545.

<sup>29</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), 500 UNTS, s. 95. Sözleşme 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf) (10. 02. 2017); Bu Sözleşme, çalışmamızın devamında 1961 Viyana Sözleşmesi olarak anılacaktır.

<sup>30</sup> **SATOW**, Satow’ s Diplomatic Practice, s. 175; Kanada Dışişleri Bakanı’nın, misafir devlet başkanın elçiden daha üst konumda olması sebebiyle daha fazla saygı hak ettiğine dair yaptığı açıklama için bkz: Memorandum of the Canadian Minister of Foreign Affairs, 31 January 1981; Aynı yönde Fox’ a göre, devlet başkanı kendi devletin dışındayken bir diplomatın sahip olduğu kişi dokunulmazlığı ile eşit veya bundan daha fazla hakka sahiptir. **FOX**, s. 688.

<sup>31</sup> Kimi devletler devlet başkanının sahip olduğu dokunulmazlığı açıklığa kavuşturmak için ulusal yasalarında bazı düzenlemelere yer vermiştir. Örneğin İngiltere, 1978 Devlet Bağımsızlığı Yasası’nda devlet başkanına diplomatik misyon başkanının sahip olduğu bağımsızlıkların tanınması yönünde bir düzenleme kabul ederek durumu ulusal mevzuatında açıklığa kavuşturmuştur. Böylelikle 1961 Viyana Sözleşmesi devlet başkanı söz konusu olduğunda da uygulama alanı bulabilecektir. **SATOW**, Satow’s Diplomatic Practice, s. 177; 1978 Devlet Bağımsızlığı Yasası için bkz: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33/pdfs/ukpga\\_19780033\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33/pdfs/ukpga_19780033_en.pdf) (09. 02. 2017)

<sup>32</sup> *Djibouti v. France*, para 174.

<sup>33</sup> **FOX**, s. 689.

temsilcileri arasındaki statü farkı düşünülürken devlet başkanlarına, diploması temsilcilerine tanınan korumadan daha üst düzeyde bir koruma sağlanacağı şüphesizdir. Bu kapsamda bir devlet başkanının medyanın ilgisine ve buna bağlı bazı iddialara maruz kalması durumunda, devletin diplomatik temsilcilerine kıyasla daha kapsamlı korunması haklı kılınabilir<sup>34</sup>.

Anlaşıldığı üzere birtakım uluslararası sözleşmelerle ve uluslararası mahkeme kararları ile devlet başkanının yabancı ülkede bulunması, onunun korunması kabul eden devlet için bir yükümlülüktür. Ancak devletin, devlet başkanının haysiyetini koruma yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları, bu sözleşmelerde düzenlenmemiş olması bağlamında bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Mesela haysiyeti koruma yükümlülüğü devlet başkanı yabancı devlet ülkesi dışında olduğunda da devam edecek midir? Ya da haysiyete yönelik davranış devlet organları değil de özel kişiler tarafından gerçekleştirildiğinde de devlet bu davranışları önlemek zorunda kalacak mıdır?

Devlet başkanı yabancı bir ülke sınırları içinde bulunmasa da haysiyetine yönelik herhangi bir saldırıdan korunma hakkına sahip olabilmektedir. Prensip olarak yabancı bir devlet başkanının haysiyetinin ihlali, devlet başkanının haksız fiilin doğduğu devlet topraklarında bulunmasa bile gerçekleşebilir. Koruma yükümlülüğü ise devlet başkanının saldırının gerçekleştiği ülkede bulunup bulunmamasına bakılmaksızın mevcuttur<sup>35</sup>. Çünkü bir devletin başı olarak pozisyonu her daim *erga omnes* olarak bulunmaktadır<sup>36</sup>. Yani devlet başkanı dünyanın dört bir yanında onuruna yönelik olarak yapılan saldırılardan korunma hakkına sahiptir<sup>37</sup>. Ancak devlet başkanının yabancı devlet topraklarında kişisel olarak bulunup bulunmaması ona sağlanacak korumanın derecesinde farklılıklara neden olabilmektedir. Şöyle ki, yabancı devlet başkanının başka bir devletin topraklarında bulunması görevin daha yakından izlenmesini gerektirebilir. Dolayısıyla vatandaşın yerel basında ifade özgürlüğü hakkı, ziyaret eden yabancı devlet başkanına yapılan küfür/ korkunç bir saldırıda kovuşturmayaya savunma sağlamayacaktır<sup>38</sup>. Ancak devlet

---

<sup>34</sup> Rosanne **VAN ALEBEEK**: The Immunity of States and Their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, E. M. Meijers Instituut, 2006, s. 236-237.

<sup>35</sup> **FOX**, s. 689. ; Uluslararası Adalet Divanı, Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi' ye karşı hazırlanan 11 Nisan 2000 tarihli tutuklama müzekkeresinin düzenlenmesi ve uluslararası dolaşımının, Belçika'nın, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı görev başındaki dışişleri bakanının uluslararası hukuk tarafından sağlanan cezai bağışıklık ve dokunulmazlığına saygı gösterme hukuki yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, para 71.

<sup>36</sup> **FOAKES**, s. 63.

<sup>37</sup> Alexis **HALLER**: "Does "The Interview" Violate International Law? May Be." <https://fsialaw.com/category/head-of-state-immunity/> (03. 02. 2017)

<sup>38</sup> **SATOW**, Satow's Diplomatic Practice, s. 181.

başkanı yabancı devlette kişisel olarak bulunmadığı zaman bir saygısızlık davası olduğu iddia edildiğinde daha az talepkâr olabilir<sup>39</sup>.

Devlet başkanının haysiyetine yönelik olarak yapılan saldırıları önleme yükümlülüğü, saldırgan davranışın devletin bir resmi temsilcisi veya özel bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi bakımından farklılık teşkil etmektedir<sup>40</sup>. Birinci kategori olarak bakıldığında, devletlerin başka bir dost devlete karşı saldırıdan kaçınması konusunda uluslararası hukuk çerçevesinde görevleri olduğu açıktır. Buradaki tek sorun fiilin devlet başkanının haysiyetine yönelik saldırı teşkil edip etmediğidir.

Öncelikli olarak devletin kendi makamları tarafından gerçekleştirilen eylemlere ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır. Devlet başkanına yönelik bir tutuklama kararının veya yasal bir sürecin tebliğ edilmesi dahi bu konudaki yükümlülüğünü ihlal edebilecek niteliktedir<sup>41</sup>. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Arrest Warrant* kararında açıkça hükme bağladığı gibi, ulusal bir mahkemenin görev başındaki bir devlet başkanı hakkında tutuklama kararı veya başka bir zorlayıcı tedbir niteliğinde ara karar alması ve bunu uluslararası dolaşıma sunması kişi dokunulmazlığının ihlalini oluşturmaktadır<sup>42</sup>. Bu örnekteki gibi haysiyete yönelik saldırının doğrudan devlet organları ya da temsilcileri tarafından yapılması durumunda ikincisinin şikâyet ve uygun tazminat talebinde bulunma hakkı vardır<sup>43</sup>.

Ancak devlet başkanının haysiyetine yönelik davranışın, özel şahıslar ya da basın gibi bağımsız üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda; söz konusu fiillerin haysiyete yönelik bir saldırı eylemi olup olmadığının tespiti yanında, sorumlu devletin bu saldırıyı önlemek için tüm uygun adımları atıp atmadığının da belirlenmesi gerekmektedir<sup>44</sup>. Devletin, bir

---

<sup>39</sup> “Yabancı bir devlet başkanına özel koruma seviyesi, özel seyahat sırasında daha az olabilir; ancak tutuklama ve gözaltı bu durumda da hariç tutulmalıdır” *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, Joint Separate Opinion 88, Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal*.

<sup>40</sup> **SATOW**, *Satow's Diplomatic Practice*, s. 181; Aynı yönde bkz: Fox' a göre de başka bir devletten veya onun resmi görevlilerinden ve özel kişilerden kaynaklanan fiiller ve ifadeler arasında bir ayırım yapılmalıdır. **FOX**, s. 689.

<sup>41</sup> Örneğin Falung Gong Uygulayıcıları, ABD ziyareti sırasında Çin Cumhurbaşkanı Jiang Zemin hakkında Çin'de soykırım ve işkence yaptığı iddiasıyla dava açtılar. Dışişleri Bakanlığı, devlet başkanına davanın tebliği edilmesini hem yabancı devlete hem de devletin liderinin haysiyetine yönelik bir hakaret olduğunu ileri sürdü. Mahkeme ziyarette bulunan Çin Cumhurbaşkanı'nın bağımsızlığına sahip olduğunu ve görevli devlet başkanına gönderilen tebliği geçersiz olduğunu belirtmiştir. *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F 3d 620 (3rd Cir. 2004) Karar metni için bkz: <http://openjurist.org/383/f3d/620/ye-v-zemin> (17. 02. 2017)

<sup>42</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, para. 71.

<sup>43</sup> **FOAKES**, s. 64.

<sup>44</sup> **FOAKES**, s. 64.

yabancı devlet başkanının haysiyetine ilişkin herhangi bir saldırıyı önlemek için tüm uygun adımları atma yükümlülüğünün kesin anlamıyla ilgili modern devlet uygulaması çok azdır; ancak kesin olan şey ise belirli bir olayda neyin uygun adım olabileceğinin belirlenmesinde devletlere geniş takdir yetkisi verildiğidir<sup>45</sup>. Bu konuda faydalı bir benzeşim 1961 Viyana Sözleşmesi'nin kişi dokunulmazlığını düzenleyen 29. maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 22/2. maddesinde yer almaktadır.

1961 Viyana Sözleşmesi'nin 22/2. maddesi, kabul eden devlete misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulmasını veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel görevini yüklemiştir. Bahsi geçen özel görev özellikle ifade ve toplantı özgürlüklerinin titizlikle korunduğu gelişmiş demokratik ülkeler için zorluklar taşımaktadır. Bu hakları, devletlerin 1961 Viyana Sözleşmesi kapsamındaki görevi ile dengelemek her zaman kolay değildir; ancak görüşleri özgürce ve barışçıl biçimde ifade etmekten bir misyon izole etmeye çalışılamaz<sup>46</sup>. Aynı şekilde devlet başkanlarının da sahip olduğu haysiyete ilişkin korumanın bireylerin sahip olduğu ifade özgürlüğü hakkında izole edilmesi mümkün değildir ve bu koruma zorunluluğu ile ifade ve toplanma geleneksel özgürlükleri arasında bir denge kurmak gerekmektedir<sup>47</sup>.

Kabul eden devlet, diplomatik temsilciliklerin itibarını korumakla görevli olmasının yanında, diplomasi temsilcilerinin de itibarını korumakla yükümlüdür. 1961 Viyana Sözleşmesi'nin kişi dokunulmazlığını düzenleyen 29. maddesine göre, *kabul eden devlet diplomatik ajana gereken saygıyı göstermeli ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm önlemleri almalıdır.* 29. madde kapsamında alınacak

<sup>45</sup> FOAKES, s. 71.

<sup>46</sup> Anthony AUST: Handbook of International Law, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 118; Gardiner' e göre, bu husus diplomatların konumundaki değişimi yansıtır. Bireylerin bir devlete yönelik uluslararası eleştirilerini ortaya koymasını kısıtlamayı haklı kılmak artık daha zordur. Bunun diplomatik işlevin korunması ihtiyacına karşı dengelenmesi gerekmektedir. Bu dengeleme artık, uluslararası insan hakları hususunu hesaba katmak zorundadır. Richard K. GARDINAR: International Law, England, Pearson/ Longman, 2003, s. 355.

<sup>47</sup> Örneğin 1990 yılında, İngiltere polisi, Çin Devlet Başkanı Jiang Zemin'in devlet ziyaretinde bulunması sırasında Özgür Tibet protestocularının bayrak ve pankartlarını topladı. Ayrıca başkanın, Buckingham Sarayı ve Çin Büyükelçiliği ziyareti sırasında, göstericileri görmesini engellemek için polis minibüsleri kullandılar. İngiltere Yüksek Mahkemesi *R v Commissioner of Police for the Metropolis* davasında polis memurlarının yalnızca Çin Hükümeti politikasına karşı protesto yapan kişilerin afiş ve pankartlarını kaldırmasının hukuka aykırı olduğuna ve özgür konuşmayı bastırmak için polis minibüslerinin göstericilerin önüne yerleştirilmesinin yasal olmadığı yönünde karar vermiştir. Eileen DENZA: Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Third Edition Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 174.

uygun önlemler<sup>48</sup> ise spesifik olarak belirtilmemiştir, yani devletleri sınırlayıcı bir tutum sergilenmemiştir.

29. madde uyarınca alınacak uygun önlemlerin belirlenmesinde fiziksel saldırılarla onura yönelik saldırılar arasında bir ayırım yapılmamıştır. 29. madde tarafından sağlanan koruma haysiyete saldırı kavramını yalnızca fiziksel bir saldırı olgusuyla sınırlı tutmamıştır; sözlü, taciz edici ve aşağılayıcı materyallerin yayınlanması da bu kapsamda değerlendirilir. Bu bağlamda, *Jams v Public Prosecutor* davasında Hollanda Yüksek Mahkemesi, yerel bir basında yabancı bir devlet başkanına yönelik aşağılayıcı bir saldırının böyle bir kişinin haysiyetine yapılan saldırıları önleme yükümlülüğünü ihlal ettiği kararını almıştır<sup>49</sup>.

Bir diplomasi temsilcisinin onuru ve kişiliğinin ihlaliyle sonuçlanan özel kişilerin davranışları bakımından, kabul eden devlet suçluları adalete teslim etmek için makul tüm adımları atmalıdır<sup>50</sup>. Bu bağlamda diplomasi temsilcilerine ve misyon binalarına bir saldırı düzenlenmesinin ardından kabul eden devlet suçluları yakalayıp cezalandırmak için gerekli adımları atmalıdır; aksi durumda devletin uluslararası sorumluluğu doğacağı genellikle kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Aynı doğrultuda, yabancı bir devlet başkanına yönelik saldırgan davranışın, devletin yasasında cezai kovuşturma için şartları karşıladığı durumlarda devletin ilgili kişilere karşı cezai kovuşturma başlatmak ile devlet başkanının onuruna saygı göstermek için uluslararası bir yükümlülük altına girdiği muhtemeldir<sup>52</sup>.

1961 Viyana Sözleşmesi'nin 22. ve 29 maddeleri, diplomasi temsilciliklerinin itibarının ve diplomasi temsilcilerinin onurunun korunması yükümlülüğünün kapsamının belirlemesi bakımından benzeşim yoluyla devlet başkanları için de önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Her ne kadar bu düzenlemeler önemli birer kaynak oluştursa da devlet başkanının haysiyetinin korunmasına ilişkin devlet uygulamalarının ne yönde olduğunun tespit edilmesi mevcut durumun analiz edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

---

<sup>48</sup> 1961 Viyana Diplomasi İlişkileri Sözleşmesi müzakerecileri, kabul eden devletin yükümlülüklerine sınır getirmesi gerektiğini netleştirmek için kasıtlı olarak alınması gerek tedbirlere "uygun" sözcüğünü eklemişlerdir. **SATOW**, *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, s. 121.

<sup>49</sup> *Jam v Public Prosecutor*(1970) YBIL 222, (1970) 73 ILR 387, *Netherlands Supreme Court 21 January 1969*

<sup>50</sup> Biswanath **SEN**: *A Diplomat's Handbook of International Law And Practice*, The Hague, London and Boston, Martinus Nijhoff, 1965, s. 91; Michael **HARDY**: *Modern Diplomatic Law*, Manchester, Manchester University Press, 1968, s. 48.

<sup>51</sup> G. E. do Nascimento e **SILVA**: *Diplomacy in International Law*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, s. 91; **HARDY**, s. 48; **PAZARCI**, s. 98.

<sup>52</sup> Arthur **WATTS**: *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, *Recueil Des Cours V. 247*, 1994, s. 46.

Eskiden yabancı bir devlet başkanı hakkında saldırgan materyallerin yayınlanması ya da yabancı bir devlet başkanına yönelik hakaret içeren davranış, onun itibarının ihlali ve böylece uluslararası bir hata olarak ele alınmaktaydı. Fakat devlet uygulamaları böyle davranışlara daha toleranslı hale gelmiştir ve soyut düşünceyi haysiyete saldırı olarak daha az dikkate almaktadır. Ayrıca, bir devlet başkanının haysiyetiyle tutarsız davranış biçiminin, ifade özgürlüğü hakkına karşı dengelenmesi gerektiği fikri benimsenmiştir<sup>53</sup>. Yakın bir tarihte, ifade ve düşünce özgürlüğü gibi temel sivil hakları korumanın önemi, bir devlet başkanının itibarını şartsız koşulsuz koruyan geleneksel düşüncelerden sapmalara sebebiyet vermiştir<sup>54</sup>. Watts' a göre bu değişikliğin nedenleri; devletlerin basın ve ifade özgürlüğüne verdiği önemin artması; demokratik fikirlerin gelişmesi ve devlet başkanının onurunun özel korunmasını eleştiren kamuoyunun oluşması ve devlet başkanlarının meşru eleştirilerden muaf tutulmaması gerektiği fikrine dayanmaktadır<sup>55</sup>.

Her ne kadar uluslararası hukuk devletlere yabancı devlet başkanının onurunun korunması yükümlülüğünü getirirse de, ifade özgürlüğü hakkının devreye girdiği koşullarda, aşırı derecede kişisel saldırı veya hakaret edilme durumlarının dışında, bu uluslararası hukuk yükümlülüğü mutlak olarak uygulanmamaktadır<sup>56</sup>. Devlet başkanının dış politikadan sorumlu olduğu göz önüne alındığında, yurtdışında yapılan eleştirileri belli bir dereceye kadar tolere etmesi beklenmektedir; ancak yine de bu, eleştiride aşığılayıcı ve hakaret dolu bir dilin kullanılmasını meşru kılmaz<sup>57</sup>.

### III.Yabancı Devlet Başkanının Haysiyetinin Korunmasına Yönelik Önemli Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

Devlet başkanının haysiyetinin korunmasına ilişkin olarak devlet uygulamaları belirsiz bir nitelik taşıdığından konunun somutlaştırılması için ele alındığı mahkeme kararlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### A. Uluslararası Adalet Divanı *Djibouti v France* Kararının Değerlendirilmesi

Yabancı devlet başkanının haysiyetine yönelik saldırıları önleme yükümlülüğüne ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın ele aldığı çok sayıda

---

<sup>53</sup> WATTS, Heads of State, para. 13.

<sup>54</sup> Samantha R. WALKER, "The Interview and Protecting the Dignity of Heads of State", <http://blogs.law.unc.edu/ncilj/2015/01/21/the-interview-and-protecting-the-dignity-of-heads-of-state/> (06. 02. 2017)

<sup>55</sup> WATTS, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, s. 45.

<sup>56</sup> WATTS, Heads of State, para. 13.

<sup>57</sup> *Aziz v Aziz & Sultan of Brunei*, Lord Justice Lawrance Collins, para. 90.

dava yoktur. Bu davalardan şüphesiz ki yabancı devlet başkanının onurunun korunmasına yönelik önemli değerlendirmelerin yapıldığı *Djibouti v. France*<sup>58</sup> davasının ele alınması gerekmektedir.

Dava konusu olaya ilişkin anlaşmazlık, Cibuti Devlet Başkanı'na, Fransız soruşturma yargıcı tarafından, Bernard Borrel davasına ilişkin olarak iki adet tanıklık davetiyesi gönderilmesi ile başlamıştır. Cibuti, Fransız soruşturma yargıcı tarafından Cibuti Devlet Başkanı'na gönderilen bu iki tanıklık davetiyesinin<sup>59</sup>, uluslararası koruma altındaki bir kişinin haysiyetine yönelik saldırı teşkil ettiğini iddia etmiştir. Cibuti, ayrıca bu çağrıların devlet başkanlığının dokunulmazlığını ve yargı dokunulmazlığını ihlal eden kısıtlamalar oluşturduğunu da ileri sürmüştür. Cibuti bu iddialarını 1973 tarihli Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne ve 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 29. maddesine dayandırmıştır.

Divan, bu davada 1973 Sözleşmesi'nin olgulara uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Divan'a göre, 1973 Sözleşmesi'nin amacı uluslararası alanda korunan kişilere yönelik ciddi suçları önlemek ve bu suçların faillerinin cezai kovuşturmasını sağlamaktır. Bu sebeple bir ceza soruşturması ile bağlantılı olarak gönderilen tanıklık davetiyesi bu kapsamda değerlendirilmez ve bu bakımdan mahkeme bu sözleşmeyi dikkate alamaz<sup>60</sup>.

Divan, 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 29. maddesinin devlet başkanları için de uygulanabilir olduğuna ve bu kapsamda bu hükmün, kabul eden devlet için kendi makamlarının faaliyetleri ve bireylerin olası davranışları konusunda önleme yükümlülükleri açısından pozitif yükümlülükler getirdiğini belirtmiştir. Özellikle bu hüküm kabul eden devleti, dokunulmazlıklarıyla bağlantılı olarak,

---

<sup>58</sup> *Case Concerning Certain Questions Of Mutual Assistance In Criminal Matters( Djibouti v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2008*; Fransa ve Cibuti arasındaki işbirliği anlaşmaları kapsamında geçici görevde bulunan bir yargıç olan Bernard Borrel 19 Ekim 1995 tarihinde Cibuti şehriden 80 km uzaklıkta ölü olarak bulundu. Cibuti, 28 Şubat 1996' da Fransız yargıcın ölüm nedeni hakkında adli soruşturma başlattı ve yapılan soruşturmada, bazı yönleri açıklanamasa da, yargıcın intihar ettiği sonucuna varıldı. Fransa'da Bernard Borrel' in ölüm nedeninin belirlenmesine yönelik 7 Aralık 1995' te adli soruşturma açıldı ve yargıcın dul eşi intihar bulgusuna itiraz ederek müdahil taraf olarak davaya katıldı. Davalar devam ederken tanık ifadelerinden, içlerinde üst düzey devlet görevlilerinin de bulunduğu, Cibuti vatandaşlarının Borrel' in ölümüne karıştığına dair iddialar ileri sürüldü. Bu gelişmeleri takiben Cibuti Devlet Başkanı'na Borrel davası ile ilgili tanıklık yapması için iki adet tanıklık davetiyesi gönderildi. *Djibouti v. France*, para. 20-32.

<sup>59</sup> Cibuti Devlet Başkanı'na gönderilen tanıklık davetiyelerinden ilki Fransız usul kurallarına uygun olmadan faks ile 17 Mayıs 2005' te, Fransa'ya resmi bir ziyarette bulunduğu sırada gönderildi; normal prosedürlere uygun olan ikinci tanıklık davetiyesi ise 14 Şubat 2007 tarihinde, Cibuti Devlet Başkanı bir konferans için Fransa'da bulunduğu sırada gönderildi. *Djibouti v. France*, para. 32.

<sup>60</sup> *Djibouti v. France*, para. 159.



devlet başkanlarının onur ve haysiyetlerini koruma yükümlülüğünü kabul etmeye zorlamaktadır<sup>61</sup>.

Divan, gönderilen tanıklık davetiyelerinin, devlet başkanına serbestçe kabul veya ret imkânı tanıdığı; bu kapsamda devlet başkanının, davanın soruşturulmasıyla ilgili herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığından cezai yargı dokunulmazlığına herhangi bir ihlal yapılmadığı kanaatine varmıştır<sup>62</sup>. Ancak Divan'a göre, Fransız yargıcın, devlet başkanı ile istişare etmeden, davanın hakim makamında görülmesinden son derece kısa bir süre önce, faks göndererek, devlet başkanını tanıklık yapmaya davet etmesi, yabancı devlet başkanlarına nezaket kurallarına uygun davranılması gereğini ihlal etmektedir<sup>63</sup>. Divan, nezaket kurallarına aykırılık olduğunu belirtmesine rağmen bu durumun Fransa'nın devlet başkanının onurunu koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair bir karar vermemiştir.

Divan, Cibuti tarafından iddia edildiği gibi, Fransız adli makamlarının soruşturmaya ilgili gizli bilgileri Fransız medyasına sızdırdıkları ispatlansaydı, resmi ziyaret kapsamındaki Cibuti Devlet Başkanı'na yönelik böyle bir hareketin, Fransa Devleti'nin yalnızca Fransız yasalarını ihlal etmekle kalmayıp uluslararası yükümlülüklerinin ihlalini de oluşturacağını belirtmiştir. Ancak Divan, Fransız adli makamlarının söz konusu bilgilerin sızdırılmasının ardındaki kaynağı oluşturduğuna dair herhangi bir kanıtı sahip olmadığını kabul etmiştir<sup>64</sup>. Böylelikle Divan, yabancı devlet başkanına ait gizli bilgilerin adli makamlarca basına sızdırılmasının devletin, itibarın koruma yükümlülüğünün ihlali manasına gelebileceğini tespit etmiştir.

Bu kararla, Uluslararası Adalet Divanı, yabancı devlet başkanına başka bir devlet mahkemeleri tarafından tanıklık çağrısı gönderilmesini eğer bu çağrı usulüne uygun yapılmışsa ve devlet başkanına yönelik herhangi bir kısıtlama tedbiri içermiyorsa, devlet başkanının yargı dokunulmazlığının ve onurunun korunmasının ihlalini oluşturmayacağı görüşünü benimsemiş oldu. Ayrıca Divan, devlet başkanlarının onurunun korunması ile ilgili olarak 1961 Viyana Sözleşmesi'ndeki güvencenin devlet başkanlarına da tanınabileceğini ve bu kapsamda kabul eden devletin, dokunulmazlıklarıyla bağlantılı olarak, devlet başkanlarının onur ve haysiyetlerini koruma yükümlülüğü bulunduğu

<sup>61</sup> *Djibouti v. France*, para 174.

<sup>62</sup> *Djibouti v. France*, para. 171; "... Devlet başkanları, görevlerini yerine getirirken başka bir devlet makamının herhangi bir müdahalesine karşı onu koruyan tam cezai yargı bağımsızlığı ve kişi dokunulmazlığına sahiptir. Ayrıca, Devlet başkanının dokunulmazlığına bir saldırı olup olmadığının değerlendirilmesinde belirleyici faktör, bu yetkiyi sınırlayıcı bir otorite işlemine tabi kılmaştır..." *Djibouti v. France*, para. 170.

<sup>63</sup> *Djibouti v. France*, para. 172.

<sup>64</sup> *Djibouti v. France*, para. 175; İkinci tanıklık davetiyesi ile ilgili olarak Cibuti, adli makamların davaya ilişkin bilgileri Fransız medyasına sızdırdığını iddia etmiştir. *Djibouti v. France*, para. 32.



tespitini yapmıştır. Bu tespit uluslararası hukukta yabancı devlet başkanlarının onurunun korunması sınırlarıyla ilgili olarak yol gösterici bir niteliktedir.

### **B.İngiltere Temyiz Mahkemesi Aziz v. Aziz and The Sultan of Brunei Kararının Değerlendirilmesi**

*Aziz v. Aziz and The Sultan of Brunei* kararı, yabancı devlet başkanının onurunun korunmasının sınırlarıyla ilgili olarak son yıllarda verilmiş önemli bir yüksek mahkeme karardır. Bu dava, Brunei Sultanı tarafından eski eşyle ilgili bir davada adının geçmemesi talebine dayanılarak açılmıştır. Sultan, bu davada anılmanın bir devlet başkanı olarak haysiyetine leke düşüreceğini öne sürmüştür. Sultan iddialarını uluslararası hukuktaki haklarına ve İngiliz yasalarında düzenlenen devlet başkanının onuruna saygı duyulması ve korunması hakkına dayandırmıştır<sup>65</sup>. Bir saygı eylemi olarak davanın detaylarının kamuoyuna açıklanmamasını talep etmiştir. Ancak mahkeme bu talebi reddetmiştir. Yargıç Lawrance Collins LC'e göre; devlet uygulamalarının detaylı bir şekilde incelenmesinden sonra, devletlerin bireylerin yurtdışındaki devlet başkanlarına hakaret etmelerini önlemek için adımlar atmalarını gerektiren bir uluslararası hukuk kuralının varlığını destekleyecek yeterli materyal bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Mahkeme, Sultan'ın haysiyetine herhangi bir saldırı bulunmadığını ve üçüncü taraf olarak katıldığı davalarda, kararın açıklanmasında sade vatandaşlara verilenden daha fazla bir koruma verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir<sup>67</sup>.

Böylece, bir ceza soruşturmasında kanıt toplanması veya davanın düzgün yürütülmesi gibi yerleşmiş yasal prosedürler söz konusu olduğunda, yabancı bir devlet başkanı kişi ve yargı dokunulmazlığından taviz verilmemesi koşuluyla sade vatandaşlardan daha fazla koruma hakkına sahip olamayacaktır. Foakes'e göre bu tür prosedürler bir devlet başkanını rahatsız edebilir ve bazı eleştirilere ve olumsuz propagandalara neden olabilir; ancak sebepsiz veya kasıtlı olarak aşağılayıcı bir davranışın unsuru söz konusu olmadığı sürece devlet başkanının haysiyetine yönelik bir saldırı teşkil etmeyecektir<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sultan, 1978 tarihli Devlet Bağımsızlığı Yasası'nın 20. maddesine göre bir devlet başkanının bir elçiyle benzer dokunulmazlığa sahip olduğu hükmüne ve 1961 Viyana Sözleşmesi'nin kişi dokunulmazlığı bağlamında haysiyetin korunmasını düzenleyen 29. maddesine dayandı. *Aziz v Aziz and Sultan of Brunei* (2007) EWCA Civ 712 (11 July 2007), para. 6. Resmi olmayan karar metni için bkz: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/712.html> (08. 02. 2017)

<sup>66</sup> *Aziz v Aziz and Sultan of Brunei*, para 93.

<sup>67</sup> Denza' ya göre bu karar tüm ayrıcalıkları ve dokunulmazlıkları, uluslararası ilişkilerin verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak için gerekli olanla sınırlamak ve bunlar, başkanlarının temel haklarına aykırılık teşkil ettiğinde bunları özel bir dikkat göstererek sınırlandırma modern eğilimi ile uyumludur. DENZA, s. 264.

<sup>68</sup> FOAKES, s. 69.

### **C.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Colombani ve Diğerleri/Fransa Kararının Değerlendirilmesi**

Yabancı devlet başkanına hakaret hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne *Colombani ve Diğerleri/Fransa* davasında getirilmiştir<sup>69</sup>. Anılan davada, *Le Monde* için çalışan gazeteci başvuranlar, gizli bir rapora dayanarak, Fas makamlarının ve özellikle Fas Kralı'nın, ülkelerinde uyuşturucu madde kaçakçılığı ile mücadelesini sorgulayan bir yazı yayımlamaları üzerine Fas Kralı'na hakaret ettiği gerekçesiyle 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası'nın 36. maddesi uyarınca cezalandırılmıştı. Yasa'nın 36. maddesi yabancı devlet başkanlarını görevleri ve konumları nedeniyle korumaktadır.

Mahkeme, yabancı devlet başkanlarına yönelik hakaret fiilleri bakımından, ayrı bir düzenleme yapılmasını ve bu fiiller bakımından daha ağır ceza belirlenmesini, Sözleşme'ye aykırı bulmuştur<sup>70</sup>. Ayrıca, Mahkeme, yabancı bir devlet başkanının hakaretine ilişkin Fransız yasaının ilgili maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 10'un ihlal ettiğini tespit etmiştir<sup>71</sup>. Mahkeme'ye göre, yabancı bir devlet başkanı hakarete uğradığını iddia ediyorsa, herkes için olağan başvuru yollarını kullanabilir, ama bunun için ayrıcalıklı korumadan yararlanamaz. Mahkeme söz konusu kararında, devlet başkanına tanınan dokunulmazlık ile ilgili şunu belirtmiştir : “29 Temmuz 1881 tarihli Yasa'nın 36. maddesi uyarınca yabancı devlet başkanlarına eleştiri yapıp yapılmadığına bakılmaksızın sadece sahip olduğu fonksiyon veya statülerinden dolayı eleştirilerden korunmak için özel bir yasal statü verilmektedir. Bu, yabancı devlet başkanlarına, modern uygulamalar ve siyasi konseptlerle uzlaştırılmayacak kadar özel bir imtiyaz verir. Diğer devletlerin liderleriyle güvene dayalı dostane ilişkileri sürdürmek için her devletin sahip olduğu açık çıkar ne olursa olsun, böyle bir ayrıcalık bu hedefe ulaşmak için gerekli olanın üzerine çıkmaktadır.”<sup>72</sup>.

AİHM vermiş olduğu bu kararda da davanın konusu olan kişinin kimliğinin siyasi bir nitelik taşıması dolayısıyla kabul edilebilir eleştiri sınırının geniş tutulması gerektiğini vurgulamıştır<sup>73</sup>. AİHM, kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyasetçiler için daha geniş olduğunu birçok

<sup>69</sup> *Case of Colombani and Others v. France*, Appl. No. 51279/99, 25. 06. 2002, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60532>, (11. 04. 2017)

<sup>70</sup> *Colombani and Others v. France*, para. 67.

<sup>71</sup> *Colombani and Others v. France*, para. 70.

<sup>72</sup> *Colombani and Others v. France*, para 68; AİHM' in vermiş olduğu bu karardan sonra Fransa, 2004 yılında, karara konu olayda uygulanan yasa hükmünü yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>73</sup> *Colombani and Others v. France*, para. 56.

kez kabul etmiştir ve bu durum günümüzde yerleşik bir ilke haline gelmiştir<sup>74</sup>. AİHM, *Lingens/Avusturya* kararında, siyasi liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin aktarılması olgusunun kamuoyunun şekillenmesini sağlayan en önemli araçlardan birisi olduğunu, demokratik bir toplumun temel niteliği olan siyasi tartışmanın Sözleşme tarafından korunan hakların başında geldiğini, politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini, özel kişilerden farklı olarak politikacıların her söz ve davranışını bilerek ve isteyerek basın ve kamuoyunun görüş ve eleştirisine açtığı tespitlerini yapmıştır<sup>75</sup>.

İfade özgürlüğü sadece olumlu olarak alınan veya zararsız ya da bir tarafsızlık sorunu olarak görülen bilgi ya da fikirler için değil, itici, şok edici ya da rahatsız edici olanlara da uygulanır<sup>76</sup>. Ancak ifade özgürlüğü sınırsız değildir. Bu bağlamda müstehcen, saldırgan, şeref kırıcı söz ve yazılarla, hakaret, küfür ve iftira hukukun himaye etmediği ve ifade özgürlüğü kapsamına girmeyen beyanlardır<sup>77</sup>. Bununla birlikte müstehcen ile sanat yapıtının, sövme ya da hakaret ile mizah ve eleştirinin ayırt edilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır<sup>78</sup>. Ayırım zor olsa bile resmi sıfatı bulunan kişilerin, şeref ve haysiyete zarar verici, hakaret ve sövme niteliği arz eden eleştiriler karşısında tamamen korumasız bırakılmaları düşünülemez.

Mahkeme, *Colombani ve Diğerleri /Fransa* kararında da önceden benimsemiş olduğu siyasi kimliğe sahip olan kişilerin kabul edilebilir eleştiri sınırının daha geniş olduğunu yinelemiştir. Ayrıca, özel olarak yabancı devlet başkanlarına hakaret hükümlerinin mevcudiyetinin ifade özgürlüğüne ve

<sup>74</sup> AİHM benzer şekilde *Eon / Fransa* davasında “Bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirinin sınırlarından daha geniştir: ikincisinin aksine birincisi zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaktadır; dolayısıyla [siyasetçinin] daha fazla hoşgörülü olması gerekmektedir.” kararını vermiştir. *Case of Eon v. France*, Appl. No. 26118/10, 14. 03. 2013, para. 59, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117742>, (11.04.2017)

<sup>75</sup> *Case of Lingens v. Austria*, Appl. No. 9815/82, 08. 07. 1986, para. 42, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57523>, (11. 04. 2017) ; Bu kararın ve diğer önemli AİHM kararlarının Türkçe metni için bkz: Vahit **BIÇAK**: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002

<sup>76</sup> *Case of Otegi Monragon v. Spain*, Appl. No. 2034/07, 15.03.2011, para. 48, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-103951>, (11. 04. 2017) ; *Case of Handyside v. U. K.* , Appl. No. 5493/72, 07. 12. 1976, para. 49, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57499>, (11. 04. 2017)

<sup>77</sup> Reyhan **SUNAY**: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 10-11; Yusuf Şevki **HAKYEMEZ**: “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, s. 28;

<sup>78</sup> Tekin **AKILLIOĞLU**: “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, Mesut GÜLMEZ (Haz.), İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, , Ankara, TODAİE Yay. , 1992, s. 26.

modern konseptlere aykırı nitelikte olduğunu tespit etmiştir. *Colombani ve Diğerleri /Fransa* kararında, yabancı devlet başkanlarının sahip olduğu uluslararası hukuktan kaynaklanan haysiyetin korunması ilkesine yer verilmemiştir. Mahkemeyi bu uluslararası yükümlülüğü değerlendirmeye zorlayan bir neden olmasa da bu yükümlülüğün kapsamına hiç değinmemiş olması, insan hakları ile yabancı devlet başkanlarının haysiyetine saygı yükümlülüğünün karşılaştırılması bakımından eksiklik teşkil etmektedir.

#### D. Böhmermann Davası

Yabancı devlet başkanına hakaret suçunun işletildiği en güncel örneklerden bir tanesi de Böhmermann davasıdır. *Böhmermann Afair* olarak medyada geniş yer bulmuş bu olay ifade özgürlüğü ve yabancı devlet başkanın haysiyetin korunması haklarını karşı karşıya getirmiş ve kamuoyunda büyük tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır. Alman komedyen Jan Böhmermann, devlet televizyonu NDR kanalının “Extra 3” adlı programında, Türkiye Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan üzerine “Erdowie, Erdowo, Erdogan” adında eleştirel bir video klip yayınladı. Bunun üzerine Türkiye, Almanya’nın Ankara büyükelçisini Dış İşleri’ne çağırdı. Bu olaya tepki olarak, Böhmermann 31 Mart 2016 tarihinde Alman 2. televizyon kanalı ZDF’ de yayınlanan “Neo Magazin Royale” adlı şovunda Cumhurbaşkanı Erdoğan hakkında küfür ve hakaretler içeren bir şiir okudu<sup>79</sup>.

Bu gelişmenin üzerine Türkiye, 31 Mart 2016’da Alman 2. televizyon kanalı ZDF’ deki programında Cumhurbaşkanı Erdoğan’a hakaret içeren şiiri nedeniyle Böhmermann’ ın yargılanması için Almanya Dışişleri Bakanlığı’na sözlü nota verdi<sup>80</sup> . Bu sözlü notanın üzerine Almanya’da, Böhmermann’ın yabancı devlet başkanına hakareten yargılanmasına izin verilip verilmeyeceği yönünde tartışmalar başladı; çünkü sadece talep soruşturmanın başlaması için yeterli değildi. Bu kapsamda öncelikle Alman Ceza Kanunu’nun yabancı devlet başkanına hakareti suç olarak düzenleyen hükmünün ve bu suçun işletilebilmesinin şartlarının yerine getirilmesi gerekiyordu. Alman Ceza Kanunu’nda yabancı devlet başkanlarına yapılan hakaret suçu ile ilgili müstakil olarak bir suç düzenlenmiş ve bu kapsamda yabancı devlet başkanlarına özel bir koruma sağlanmıştır. Alman Ceza Kanunu’nun 103. maddesi uyarınca yabancı devlet başkanlarına hakaret dolayısıyla soruşturma yürütülebilir. Bu düzenlemeye göre; “*Her kim, yabancı devletlerden birinin başkanına*

<sup>79</sup> Böhmermann, şiirini Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın küçük çerçeveli bir portresinin bulunduğu Türk bayrağı önünde okumuş ve şiir diğer şeylerin yanı sıra “azınlıkları bastırmak, Kürtleri tekmelemek ve Hristiyanlara tokat indirmek” suçlamalarını içermektedir. Ayrıca şiir çok yoğun bir şekilde cinsel içerikli referanslar da barındırmaktadır. <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/15/angela-merkel-agrees-prosecution-comedian-erdogan-poem> (21. 02. 2017)

<sup>80</sup> [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160412\\_merkel\\_bohmerman](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160412_merkel_bohmerman) (21. 02. 2017)

*veya resmî bir sıfatla yurt içinde bulunan yabancı bir hükümetin bir üyesine, görevi dolayısıyla veya yabancı bir diplomatik temsilciliğin Almanya Federal Cumhuriyeti'nde akredite olan yöneticisine hakaret ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası, bilerek gerçek dışı olgu isnat ederek kötöleme suçu niteliğindeki hakaret halinde ise üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Alman Ceza Kanunu madde 103 kapsamında yabancı devlet başkanına karşı hakaret suçunun işletilebilmesi için ise bazı ek koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu'nun 104/a maddesine göre, bu suçlamanın kovuşturulması için: *"Almanya Federal Cumhuriyeti'nin, söz konusu olan devlet ile diplomatik ilişkisinin bulunması, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması ve ayrıca, suçun işlendiği sırada, bu garantinin mevcut bulunması, yabancı hükümet tarafından verilmiş bir talebin mevcudiyeti ve Almanya Federal Hükümeti'nin ceza soruşturma veya kovuşturması açısından izin vermiş olması şarttır."*

Böhmermann davasını ele aldığımızda ise bu dört şartın yerine getirilmiş olduğunu görmekteyiz. Almanya, Türkiye ile diplomatik ilişkilerini sürdürmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin<sup>81</sup> ve bir yabancı devletin başkanına karşı işlenen suçları düzenleyen 340. maddesinin<sup>82</sup> birleşimi, Türkiye'de Almanya Devlet Başkanı'na hakaret eden kişilerin cezai kovuşturmasına izin vermektedir. Türkiye, bu kapsamda yabancı devlet başkanına hakaret suçundan Böhmermann'ın yargılanmasını talep etmiştir. 15 Nisan 2016 tarihinde Almanya Başbakanı Angela Merkel ise Böhmermann hakkında soruşturma açılmasına izin verildiğini açıklamıştır<sup>83</sup>. Ayrıca Almanya Başbakanı Angela Merkel, şiiir metninin "kasıtlı olarak kırıcı bir biçimde" kaleme alındığını da belirtmiştir<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> "MADDE 125-(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilât ederek işlenmesi gerekir"

<sup>82</sup> "MADDE 340 - (1) Yabancı devletlerden birinin başkanına karşı bir suç işleyen kişiye verilecek ceza, sekizde biri oranında artırılır. Suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.  
(2) Fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikâyetine bağlıdır."

<sup>83</sup> Merkel soruşturma iznini verdikten sonra yaptığı açıklamada bu konudan bağımsız olarak, yabancı devlet başkanına hakareti cezalandıran hükmün gereksiz ve eskimiş olduğunu ve önümüzdeki iki yıl içinde ceza kanunundan çıkarmak için yasal adımların atılacağını belirtti. <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/15/angela-merkel-agrees-prosecution-comedian-erdogan-poem> (21. 02. 2017)

<sup>84</sup> <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/15/angela-merkel-agrees-prosecution-comedian-erdogan-poem> (08. 03. 2017)

Alman Hükümeti'nin onayının ardından Mainz Savcılığı 2016 yılının ekim ayı başında dava talebini “yabancı devlet yöneticilerine hakaret” yönünden inceleyerek soruşturmada takipsizlik kararı vermiştir. Savcılık, ifade özgürlüğünün sınırının aşıldığını ancak cezayı gerektirecek bir durumun kuşku götürmeyecek şekilde kanıtlanmamış olduğu gerekçesiyle Böhmermann hakkında devam eden soruşturmayı durduğunu açıklamıştır<sup>85</sup>. Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın avukatının takipsizlik kararına itirazı da reddedildi<sup>86</sup>.

Cumhurbaşkanı Erdoğan, şiirin başka yerde tekrarlanmasının önüne geçmesi amacıyla şiirin yasaklanması talebiyle Hamburg Eyalet Mahkemesi'nde dava açtı. Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın avukatı Böhmermann'ın okuduğu şiirin “içerikten yoksun” ve “insan onurunu aşağılayıcı” bir karalama olduğunu ve sanat kisvesi altında en ağır hakaretin yapıldığını ileri sürdü. Böhmermann'ın avukatı ise şiirin, Almanya'da ifade özgürlüğünü koruyan sanatsal bir katkı olduğunu savundu<sup>87</sup>.

Hamburg Eyalet Mahkemesi, 17 Mayıs 2016 tarihindeki geçici kararında şiirin 24 satırından 18' inin “sövgü dolu” ve “karalayıcı” olduğuna hükmetmiş ve şiirin kısmen yasaklanması kararını almıştır. Mahkeme, sanatsal özgürlük ve ifade özgürlüğü ile Erdoğan'ın kişilik hakları arasında denge kurmak gerektiğini ve şiirin “ırkçı önyargıya ve dini iftiralara olduğu kadar cinsel içeriklere de atıfta bulunduğu için şiirin söz konusu kısımlarının tahammül edilebilecek sınırın ötesine geçtiğine” karar vermiştir<sup>88</sup>.

Mahkeme kararında, AİHM tarafından da benimsenmiş olan<sup>89</sup>, AİHS 10. madde ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile 8. madde tarafından korunan

<sup>85</sup> <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/recep-tayyip-erdogan-poem-insulting-jan-boehmermann-affair-court-prosecutors-criminal-case-dropped-a7344791.html> (21. 02. 2017)

<sup>86</sup> Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın Koblenz Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde itirazda bulunma hakkı bulunuyordu. Ancak Rheinland-Pfalz eyaletinde geçerli medya yasasına göre ekim ayı sonu itibarıyla o tarihe kadar işlenmiş olan tüm hakaret suçları zamanaşımına uğramış olduğundan herhangi bir itiraz davası açma hakkı mümkün olmamıştır. <http://www.dw.com/tr/b%C3%B6hmermann-davas%C4%B1na-zaman-a%C5%9F%C4%B1m%C4%B1/a-36250934> (20. 02. 2017)

<sup>87</sup> <http://www.dw.com/tr/b%C3%B6hmermann%C4%B1n-erdo%C4%9Fan-%C5%9Fiirine-k%C4%B1smi-yasak/a-37491792>, (20. 02. 2017)

<sup>88</sup> <http://www.dw.com/en/court-grants-erdogan-injunction-against-comedian-jan-b%C3%B6hmermann/a-19264350> ( 21. 02. 2017) ; <http://www.bbc.com/news/world-europe-36317006> (21. 02. 2017)

<sup>89</sup> AİHM içtihadına göre, devletler, Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri bağlamında, özel yaşamın bir unsuru olan bireyin itibarının korunması hakkı ile diğer tarafın Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurmalıdır. Bu doğrultuda, AİHM, *Chauvy and Others v. France* kararında, yayımlanan bir kitap nedeniyle kişinin etkilenen itibarının özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde 8. maddeyle korunduğunu ve ifade özgürlüğüyle dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir. *Case of Chauvy and Others v. France*, Appl. No. 64915/01, 29. 06. 2004, para. 70, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61861>, (11. 04. 2017)

genel kişilik hakları arasında bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, şiirin hiciv olduğunu; hicvin sanat olarak değerlendirilebileceğini ancak sınırsız olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, hiciv biçiminde dile getirilen görüşler ve üçüncü kişilerin davranışlarına yönelik eleştirilerin, açıkça aşağılama ve biçimsel hakaretin ya da insan onurunun zedelenmesinin söz konusu olduğu alanla sınırlı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, şiirdeki ifadelerin kuşkusuz hakaret teşkil ettiğini ve onur kırıcı olduğunu; neredeyse tüm satırlarda cinselliğe gönderme yapıldığını; söz konusu olan satırların çoğu kez Türklere karşı mevcut olan ve normal olarak ırkçı olarak değerlendirilebilecek ön yargıları kullanmakta olduğunu tespit etmiştir. Ve bu sebeplerle de söz konusu satırların davacıdan beklenecek tahammül sınırını aştığına karar vermiştir<sup>90</sup>.

Mahkeme, şiirin tamamının yasaklanmasını “ifade özgürlüğünün çok önemli olduğu” gerekçesiyle reddetmiştir. Şiirin yasaklanmayan bölümlerinde davacının politikası sert bir dille eleştirildiğinden davacının tahammül edemeyeceği bir aşağılama değil; olayların keskin bir dille eleştirisi söz konusu olduğu belirtilmiştir. Mahkeme şiirin, kitap ya da filmde olduğu gibi bölünemez bir bütünlük olarak düşünemeyeceğinden, yayın yasağının tüm şiir için değil, hukuka aykırı olarak yayınlanmış olan bölümleri için geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>91</sup>. Böylelikle ifade özgürlüğü kapsamında şiirin altı satırı yasal olarak kabul edilebilir sınırlar dâhilinde bulunmuştur. Ancak Cumhurbaşkanı Erdoğan, Böhmermann’ın okuduğu şiirin tamamen yasaklanmasını talep etmişti.

Hamburg Eyalet Mahkemesi, 10 Şubat 2017 tarihinde verdiği nihai kararda, Böhmermann’ın okuduğu şiirin hakaret içeren bazı bölümlerinin yasaklı kalmasına hükmetti. Mahkeme böylelikle vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararını da onamış oldu. Davanın ana noktasının sanatsal özgürlük hakkıyla Erdoğan’ın kişisel hakları üzerinde yoğunlaştığını açıklayan mahkeme, davacının “hakaret ve sövgüleri kabul etmek zorunda olmadığını” belirtti. Ayrıca mahkeme, “sanatsal özgürlüğün koşulsuz ancak sınırsız olmadığına ve sanatsal özgürlük altında korunan mizahın kişisel özgürlük alanının merkezine dokunduğunda yasaklanabileceğini” ifade etti<sup>92</sup>.

Hamburg Eyalet Mahkemesi, daha üst seviyede eleştiriye katlanmakla yükümlü olan devlet başkanlarının kişisel hakları söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği yönünde kararlar vermiştir. Şiir her ne kadar hiciv olarak kabul edilse de doğrudan hakaret içermesi, onur kırıcı olması, ırksal önyargıya sebebiyet vermesi, dini iftiralara yönelik olması ve cinsel

---

<sup>90</sup> Hamburg Eyalet Mahkemesi Kararı/ Dosya No: 324 O 255/16, [https://www.spiritlegal.com/files/userdata\\_global/downloads/Urteil%20LG%20Hamburg%20Boehmermann%20-%20Tuerkisch.pdf](https://www.spiritlegal.com/files/userdata_global/downloads/Urteil%20LG%20Hamburg%20Boehmermann%20-%20Tuerkisch.pdf) (20. 02. 2017)

<sup>91</sup> Hamburg Eyalet Mahkemesi Kararı/ Dosya No: 324 O 255/16.

<sup>92</sup> <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-38930340> (20. 02. 2017).



referansları barındırması sebebiyle tahammül edilebilecek sınırlar dâhilinde değildir.

İfade özgürlüğü günümüzde sıkı bir şekilde koruma alanı bulsa da sınırsız değildir; özellikle başkalarının şöhretinin korunması söz konusu olduğu durumlarda kısıtlanabilmektedir. Bu kapsamda da özellikle nesnel olarak kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, onur kırıcı söz ve yazı ile hakaret, sövme, kötöleme, iftira, sırf ar ve hayâ duygularını incitmeyi amaçlayan düşünce açıklamaları hukukun koruma alanı dışında kalmaktadırlar<sup>93</sup>. Böhmermann'ın okuduğu şiir de tam olarak hukukun koruma kapsamı dışında kalan bu alan içindedir. Her ne kadar hiciv olarak kabul edilip ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilse de şiir sırf hakaret, iftira ve onur kırmaya yönelik olmasının yanında ayrıca cinsel referanslar ve ırkçı ifadeler de barındırmaktadır. Bu şiirin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi, hem devlet başkanının haysiyetinin korunması yükümlülüğü ile bağdaşmaz hem de ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında kalan ifadelerin koruma altına alınması manasına gelir ki bu da kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Sonuç olarak, sanat kisvesi altında hukukun koruma alanı dışında kalan ifadelerin korunması ve bir devlet başkanının haysiyetinin ihlal edilmesi hem ulusal hem de uluslararası hukuk sisteminde müdafaa edilemez.

#### **IV.YABANCI DEVLET BAŞKANLARININ HAYSİYETİNE YÖNELİK SALDIRILARIN CEZALANDIRILMASINI ÖNGÖREN ULUSAL DÜZENLEMELER**

Kabul eden devlet, ülkesinde bulunan yabancı devlet başkanını korumakla yükümlüdür ve bu kapsamda her çeşit saldırıya karşı tüm önlemleri almalıdır. Devletlerin yabancı devlet başkanlarını fiziksel saldırıdan korunmasına ilişkin geleneksel uluslararası hukuk kuralları, onuruna ilişkin olanlardan daha açıktır; çünkü fiziksel koruma kavramı zaman içerisinde değişmez ve farklı yorum yapılmasına daha az yatkındır<sup>94</sup>. Bu doğrultuda, devlet başkanlarının özel olarak korunmasına ilişkin ulusal düzenlemeler özellikle fiziksel saldırı eylemlerini içermektedir. Bunun yanında kişi haklarına saldırı ve basın yoluyla saldırı ve hakaret suçları da saldırı kapsamına sokulmaktadır<sup>95</sup>. Yani saldırı kavramı geniş nitelikte olup, sadece fiziksel saldırıları içermemekte kişinin onuruna yönelik olan saldırıları da kapsamaktadır<sup>96</sup>.

Devlet başkanlarının onuruna saygı geleneksel olarak ceza hukuku hükümlerine tercüme edilerek devlet başkanlarına yönelik hakaret yasaklanır. Birçok ülkede, Avrupa Konseyi Bölgesi içinde dahi olsa, devlet başkanlarına

<sup>93</sup> Bülent **TANÖR**: Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul, Öncü Kitabevi, 1969, s. 17-18.

<sup>94</sup> **FOAKES**, s. 74.

<sup>95</sup> **PAZARCI**, s. 73.

<sup>96</sup> Melda **SUR**, Uluslararası Hukukun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yay., 2015, s. 231.



hakaret özel bir suç olarak düzenlenmiş durumdadır. Bu durum sadece Türkiye’de değil, aynı zamanda Almanya, Belçika, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz veya İspanya’da da geçerlidir<sup>97</sup>. Bu suç genellikle ulusal devlet başkanlarını ilgilendirir, ancak bazen yabancı devlet başkanlarına kadar uzanmaktadır. Hollanda, Türkiye ve Almanya’da olduğu gibi bazı devletlerde, yabancı devlet başkanlarına yönelik saldırgan davranışları yasaklayan hükümler ceza kanunlarında yer almaktadır<sup>98</sup>.

Devletler, yabancı devlet başkanının kişiliğine, özgürlüğüne veya onuruna yönelik saldırıları önleme yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla ulusal yasalarına buna ilişkin birtakım hükümler koymaktadır. Ancak, uluslararası hukuk, özel şahısların yabancı devlet başkanlarına karşı saldırgan davranışlarına yönelik olarak devletleri özel suç veya ceza uygulamak zorunda bırakmamıştır<sup>99</sup>. Yani bir devlet, yabancı devlet başkanına yönelik saldırılar için ayrı bir düzenleme getirmemişse uluslararası hukuk yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacaktır. İngiltere de dâhil olmak üzere bazı ülkelerde bu konuda özel suçlar bulunmamaktadır ve genel olarak saldırgan yorumlar sadece müstehcen veya cezai bir hakaret içeriyorsa cezalandırılmaktadır<sup>100</sup>.

Ulusal yasalarda yabancı devlet başkanlarına hakaret veya aşağılama suçunu cezalandıran ülkeler olmasına rağmen bu husus Avrupa ülkelerinde azalma eğilimi göstermektedir. Örneğin, Fransa 2004 yılında, Belçika ise 2005 yılında yabancı devlet başkanlarına hakaret suçunu yasalarından çıkarmıştır. Nitekim Almanya da 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde yabancı devlet başkanına hakareti düzenleyen hükmünü kaldıracağını açıklamıştır<sup>101</sup>. Benzer şekilde Hollanda da dost ülkelerin liderine hakareti suç sayan yasanın iptali için harekete geçmiştir<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> Kayıhan İÇEL, Yener ÜNVER ve Hakan HAKERİ: Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Yay. , 2014, s. 265.

<sup>98</sup> Hollanda Ceza Kanunu’nun 118. maddesi uyarınca; *Hollanda’da bir resmi görevi sırasında bir devletin başkanı veya üyesine yönelik kasıtlı hakaret, iki yıldan fazla olmayan bir hapis cezasıyla veya dördüncü kategorideki para cezası ile cezalandırılır*. Kanunun İngilizce metni için bkz: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28> (15. 02. 2017)

<sup>99</sup> Ernest SATOW: *Satow’s Diplomatic Practice*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 1979, para 15. 4.

<sup>100</sup> FOAKES, s. 69.

<sup>101</sup> Almanya’da Bakanlar Kurulu, 25 Ocak 2016 tarihinde, yabancı devlet başkanına hakaret suçunu düzenleyen 103. maddenin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yasadan çıkarılmasına yönelik düzenlemeye onay verdi. Adalet Bakanı, “devlet başkanlarına hakaretin suç teşkil etmeye devam edeceğini, ancak başka insanlardan farklı olarak az ya da çok ceza gerektirecek bir suç sayılmayacağını” vurguladı. <http://www.dw.com/en/berlin-abolishing-slander-law-on-insulting-foreign-leaders/a-37268893> ( 27. 02. 2017)

<sup>102</sup> Hollanda’da yabancı devlet başkanına hakareti suç sayan yasa sıklıkla kullanılmamaktadır. Hollanda’da, dost ülke liderlerine hakareti suç sayan yasa en son 1968 yılında işletildi. O

## SONUÇ

Devlet başkanının yabancı bir devlet ülkesindeyken sahip olduğu kişi dokunulmazlığı ve yargı bağımsızlığı uluslararası örf ve adet hukuku kaynaklıdır. Devlet başkanının kişi dokunulmazlığı kapsamında hem fiziksel saldırılardan hem de onuruna yönelik saldırılardan korunma hakkı vardır. Bu doğrultuda bazı sözleşmelerde ve önergelerde yabancı bir devlet ülkesinde bulunan devlet başkanlarının onurunun korunması yükümlülüğü düzenlenmiş bulunmaktadır. 1973 tarihli Diplomatik Temsilciler de Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 1969 tarihli Özel Heyetler Hakkındaki Sözleşme ve 2001 tarihli *Vancouver Önergesi* devletlere, yabancı devlet başkanlarının onurunun korunması yükümlülüğü getirmektedir. Ancak bu düzenlemelerde spesifik olarak koruma yükümlülüğünün içeriği tanımlanmamıştır.

Devlet başkanlarının haysiyetinin korunmasına ilişkin ise devletler, ülkelerinde bulunan yabancı devlet başkanlarının kişi dokunulmazlığını temin etmekle ve bu kapsamda devlet başkanlarının şahsına, özgürlüğüne ve onuruna karşı gelebilecek saldırıları önlemekle yükümlüdürler. Bu bağlamda, devlet başkanları sadece fiziksel saldırılardan değil ayrıca onuruna yönelik saldırılardan da yabancı bir devlet ülkesindeyken veya saldırının gerçekleştiği ülkede değilken korunma hakkına sahiptir. Fiziksel saldırı kavramına yönelik korumaya ilişkin kurallar belirgin nitelikte iken haysiyete ilişkin korumayı sağlama yükümlülüğünün içeriği ve sınırları net değildir. Çünkü yasal bir koruma hak eden haysiyet tanımlanması ve sınırlarının çizilmesi güç bir kavramdır.

Devletler, kendi organları olarak hareket eden birimlerinin, yabancı devlet başkanlarının haysiyetine yönelik bir ihlali söz konusu olduğunda doğrudan bunu telafi etmek için önlemler almaktadır. Fakat özel şahısların yabancı devlet başkanının haysiyetine aykırı bir davranışta bulunması durumunda devletlerin daha zor bir analiz yapılmasını gerektiren uygun önlemleri alıp almadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Uygun önlemlerin alınmasının tespitinde ise 1961 Viyana Sözleşmesi'nin misyonun ve diplomasi temsilcilerinin onurunun korunması yükümlülüklerinin düzenlendiği hükümler yararlı bir kaynak oluşturmaktadır. Bu kapsamda da özel şahısların ihlallerini önlemeye ilişkin devletlere geniş takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Bu husus ise bir örnek uygulamaların oluşmasını engellemekte ve korumanın kapsamına ilişkin belirsizlikleri ortaya çıkarmaktadır.

---

zamanlar üniversite öğrencisi olan gazeteci - yazar Geert Mak, "ABD Başkanı Jonson savaş suçlusudur" yazılı pankart nedeniyle para cezasına çarptırılmıştı. [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160416\\_hollanda\\_yabanci\\_lider](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/04/160416_hollanda_yabanci_lider) (20. 02. 2017)

Uluslararası Adalet Divanı, yabancı devlet başkanının onurunun korunmasına ilişkin olarak 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 29. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığının devlet başkanları için de geçerli olduğunu belirterek onurun korunmasını kabul eden devlet için bir yükümlülük olduğunu teyit etmiştir. Ancak, AIHM yabancı devlet başkanlarına onurunun korunması konusunda özel bir statü verilmesinin modern konseptlerle bağdaşmadığı ve bu ayrıcalığın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca hem İngiliz Yüksek Mahkemesi hem de Uluslararası Adalet Divanı, devlet başkanının şahsı ile ilgili olmayan davalarda yasal prosedürler gereği davanın düzgün işlemesi için gönderilen herhangi bir kısıtlama tedbiri içermeyen tanıklık davetiyelerinin doğrudan devlet başkanının bağımsızlığını bu kapsamda da onurunun korunmasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Son olarak yabancı devlet başkanına hakaretin gündeme geldiği Böhmermann olayında ise Mainz savcılığı, yabancı devlet başkanına hakarettten takipsizlik kararı verse de; Hamburg Eyalet Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a yönelik okunmuş olan hakaret ve küfürler içeren şiirin bir kısmının ifade özgürlüğü kapsamında olmayacağına karar vermiştir. Böylelikle, devlet başkanının siyasi bir kimlik taşımasından dolayı makul eleştiri sınırının geniş olduğu kabul edilse de hukukun koruma alanı dışında kalan ifadeler söz konusu olduğunda devlet başkanının bunlara tahammül etmek zorunda olmadığı teyit edilmiştir.

Günümüzde uygulanan devlet uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda ve bahsi geçen davalardaki değerlendirmelerden varılan sonuca göre devlet başkanlarının haysiyetini mutlak koruyan düşünceden uzaklaşmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Mevcut ulusal ve uluslararası hukukta ifade özgürlüğü hakkının sıkı bir şekilde korunması eğilimi vardır. Bu durum da devlet başkanlarının haysiyetinin üstün bir şekilde korunmasını tartışılır hale getirmiştir.

Modern uluslararası hukukta devletlerin, yabancı devlet başkanının haysiyetini koruması yükümlülüğü, bireylerin temel hakları özellikle de ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda kesin bir şekilde birincisine üstünlük sağlamamaktadır. Bu bakımdan devletlere ve mahkemelere bu iki hakkın dengelenmesi konusunda büyük bir yük düşmektedir. Yabancı devlet başkanının haysiyetinin korunması yükümlülüğü ve bireylerin temel hakları birbirini tamamen dışlayıcı bir şekilde ele alınamaz bu bağlamda iki hakkın birbirini dengeler şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

**AKANDE** Dapo: “*Head of State Immunity is a Part of State Immunity: A Response to Jens Iverson*”, <http://www.ejiltalk.org/head-of-state-immunity-is-a-part-of-state-immunity-a-response-to-jens-iverson/> (09. 02. 2017)

**AKILLIOĞLU** Tekin: “*Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri*”, Haz. Mesut GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, TODAİE Yayınları, Ankara, 1992

**AUST** Anthony: Handbook of International Law, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, , 2010

**BILKOVA** Veroniko: “*Thou shalt not Insult the(Foreign) Head of State*”, <http://www.ejiltalk.org/thou-shalt-not-insult-the-foreign-head-of-state/> (31. 01. 2017)

ÇELİK F. Edip: Milletlerarası Hukuk, Cilt I, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980

**DENZA** Eileen: Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008

**ERSON ASAR** Bilge: “*Diplomatik İlişkileri Yürüten Devlet Görevlileri*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, Temmuz 2013, s. 63-89.

**ERSON ASAR** Bilge: Yabancı Devlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016

**FOAKES** Joanne: The Position of Head of State and Senior Officials in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014

**FOX** Hazel: The Law of State Immunity, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008

**FOX** Hazel and **WEBB** Phillippa: The Law of State Immunity, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, , 2013

**GARDINAR** Richard K. : International Law, England: Pearson/Longman, 2003

**GÜNDÜZ** Aslan: Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014

**HAKYEMEZ** Yusuf Şevki: “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, s. 17-40.

**HALLER** Alexis: “Does “*The Interview*” Violate International Law? May Be.”  
<https://fsialaw.com/category/head-of-state-immunity/> (03. 02. 2017)

**HARDY** Michael: Modern Diplomatic Law, Manchester, Manchester University Press, 1968

İÇEL Kayıhan- ÜNVER Yener – **HAKERİ** Hakan: Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014

**KACZOROWSKA** Alina: Public International Law, Fourth Edition, London-New York: Routledge, 2010

**MERAY** Seha L. : Devletler Hukukuna Giriş, Cilt 2, 4. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1975

**OPPENHEIM** L. : Oppenheim’ s International Law, Volume 1, Robert JENNINGS /Arthur WATTS (ed. ), Ninth Edition, London-New York, Longman, 1996

**PAZARCI** Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015

**PEDRETTI** Ramona: Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, , 2015

**REÇBER** Kamuran: Diploması ve Konsolosluk Hukuku, Bursa, Dora Basım ve Yayın, 2011

**REISMAN** Michael: “Sovereignty and Human Rights Law in Contemporary International Law”, AJIL, Vol. 84, 1990, s. 866-876.

**SATOW** Ernest: Satow’ s Guide to Diplomatic Practice, Lord GORE-BOOTH (ed.), Fifth Edition, London and New York: Longman, , 1979

**SATOW** Ernest: Satow’s Diplomatic Practice, Ivor ROBERTS (ed.) , Sixth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009

**SATOW** Ernest: Satow’s Diplomatic Practice, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 1979

**SEN** Biswanath: A Diplomat’s Handbook of International Law And Practice, The Hague, London and Boston, Martinus Nijhoff, 1965

**SHAW** Malcolm N. : International Law, Sixth Edition, Cambridge: Cambridge University Press, , 2008

**SILVA** G. E. Nascimento: Diplomacy in International Law, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972

**SUNAY** Reyhan: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001

**SUR** Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2015.

**TANÖR** Bülent: Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul, Öncü Kitabevi, 1969.

**TOLUNER** Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.

**TUNKS** Michael A. : *“Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”*, Duke Law Journal, Vol. 52: 651, 2002 s. 651-682.

**VAN ALEBEEK** Rosanne: The Immunity of States and Their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, E. M. Meijers Instituut, , 2006.

**WALKER** Samantha R. : *“The Interview and Protecting the Dignity of Heads of State”*, <http://blogs.law.unc.edu/ncilj/2015/01/21/the-interview-and-protecting-the-dignity-of-heads-of-state/> ( 06. 02. 2017).

**WATTS** Arthur: Heads of State, in Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008, online edition.

**WATTS** Arthur: *“Heads of Government and Other Senior Officials”*, The Max Plank Encyclopedia of Public, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1417?prd=OPIL> ( 01. 02. 2017).

**WATTS** Arthur: The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, Recueil Des Cours V. 247, 1994.

**WICKREMasinghe** Chanaka: *“Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”*, Malcolm Evans (ed.), International Law, Third Edition , Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 380-410.

**ZAPPALA** Salvotere: *“Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crime? The Ghaddafi Case Before The French Cour de Cassation”*, EJIL, Vol. 12, No. 3, 2001, s. 595-612.

# 6750 SAYILI TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHİNİ KANUNU'NA İCRA-İFLÂS HUKUKU AÇISINDAN GENEL BİR BAKIŞ

*Ein Überblick auf dem Gesetz über den Pfand an beweglichen Sachen bei den Handelsgeschäften mit der Nummer 6750 in Hinsicht auf Vollstreckungs- und Konkursrecht*

**Arş. Gör. Hikmet BİLGİN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 10.04.2017

Kabul Tarihi: 29.05.2017

## ÖZET

İşletmelerin, finansman ihtiyacını karşılamakta teminat olarak kullanabilecekleri ve alternatif finansman kaynakları yaratmak amacıyla yararlanabilecekleri taşınır varlıkların rehin konusu yapılabilmesinin önünü açan, bunun hukukî altyapısını oluşturan ve olağandışı bir yöntem konumundaki teslimsiz taşınır rehinine yeni bir sistem öngören 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre borçlu, borcunu vadesinde ödemeyip temerrüde düştüğü takdirde, rehinli alacaklı, mütemerrit borçluya karşı birtakım haklara sahip olacak ve bu hakların kullanımına yönelik takip hukukunda yer alan mekanizmalardan yararlanacaktır.

Bu çalışmada, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan "Ticari İşlemlerde Rehni Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik"te öngörüldüğü üzere, borçlunun borcunu vadesinde ödemeyip temerrüde düşmesi hâlinde, rehinli alacaklının mütemerrit borçluya karşı sahip olduğu haklar, hâlihazırda yürürlükte olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde irdelenmiş ve mevcut cebri icra sistemimiz doğrultusunda, bu hakların icra takibine konu ediliş biçimi ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar üzerine değerlendirmelerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Ticari işlem, tescilli taşınır rehni, rehinli taşınır sicili, taşınır teslimi, lex commissoria yasağı, taşınır rehininin paraya çevrilmesi.

## ZUSAMMENFASSUNG

Nach dem Gesetz über den Pfand an beweglichen Sachen bei den Handelsgeschäften mit der Nummer 6750, welches den Unternehmen den Weg eröffnet, die beweglichen Sachen zum Pfandgegenstand zu machen, wovon sie zur Sicherung bei der Deckung ihrer Finanzierungsbedürfnisse sowie zur Schaffung alternativer Finanzmittel profitieren können, und dessen rechtliche Grundlage bildet und dem Pfandrecht an beweglichen Sachen ohne Übergabe ein neues System beschert, soll der Pfandgläubiger einige Rechte gegenüber dem Schuldner bekommen und von den bei der Ausübung dieser Rechte im Betreibungsrecht verfügbaren Mechanismen Gebrauch machen, wenn der Schuldner in Verzug gerät, indem er seine Leistung termingerecht nicht erbringt.

In der vorliegenden Arbeit werden die Rechte des Gläubigers gegenüber dem in Verzug geratenen Schuldner im Rahmen des bereits geltenden Vollstreckungs- und Konkursrecht mit der Nummer 2004 behandelt und im Zusammenhang des vorhandenen Zwangsvollstreckungssystems auf die Durchsetzungsweise dieser Rechte und auf die bei der Praxis aufzutretenden Probleme eingegangen, wie im Gesetz über den Pfand an beweglichen Sachen bei den Handelsgeschäften mit der Nummer 6750 und in der in Anlehnung an dieses Gesetz verabschiedeten „Verordnung über die Bestellung des Pfandrechts bei den Handelsgeschäften und die Ausübung der aus dem Verzug folgenden Rechte“ vorschrieben wird.

**Schlüsselwörter:** Handelsgeschäft, Verpfändung der eingetragenen beweglichen Sachen, verpfändete bewegliche Sache, Übergabe der beweglichen Sache, lex commissoria-Verbot, Pfandverkauf der beweglichen Sachen.

<sup>1</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, hbilgin@ankara.edu.tr

## GİRİŞ

Küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansman kaynaklarına ulaşmasını ve piyasadaki rekabet güçlerinin artırılmasını amaçlayan 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu<sup>2</sup> (TRK), 1 Ocak 2017 itibariyle yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun ile, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu da yürürlükten kaldırılmış ve böylelikle teslimsiz taşınır rehnine yeni bir sistem getirilerek hukukî altyapı oluşturulmuştur. Teslimsiz taşınır rehnine getirilen yeni sistem ile rehin haklarının Rehinli Taşınır Sicili'nde tescil edilerek kurulması; bu sayede taşınır rehninin üçüncü kişilere karşı geçerliliği sağlanarak alacaklıların öncelik hakkının belirlenmesi ve taşınır rehninde aleniyetin temini öngörülmüştür<sup>3</sup>. Ayrıca taşınırlar üzerindeki rehin hakkının tesisinde, taşınmaz rehninde uygulanan sisteme benzer şekilde, derece sistemi getirilmiş olup, kurulan rehin hakları arasındaki önceliği belirleyecek bu sisteme göre rehin veren, rehin alacaklısına serbest dereceye ilerleme hakkı da verebilecektir. Bunun yanı sıra, ancak üst derecedeki alacaklının alacağı tamamen ödendikten sonra alt derecedeki alacaklıya ödeme yapılabilecek ve şayet rehinli alacaklının alacağı süresinde ödenmezse, alacaklı birtakım hukukî yollara başvurabilecektir. Rehinli alacaklının, alacağını tahsilde ve rehinin paraya çevrilmesi sürecinde alternatif seçeneklerden yararlanarak zamandan tasarruf edebilmesi için öngörülen bu hukukî yollar, çalışmada ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olup, TRK'nun 14. maddesi ile Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin<sup>4</sup> 29. vd. maddelerinde düzenlendiği şekliyle, kısaca şöyle sıralanabilir:

Rehinli alacaklı,

- birinci dereceden alacaklı konumunda ise, İİK'nun 24. maddesindeki taşınırlara ilişkin ilâmların icrasına dair hükme göre rehinli taşınır malın mülkiyetinin kendisine devrini talep edebilir.
- alacağını, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir.
- zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını doğrudan kendisi kullanabilir veya üçüncü kişilere kullandırabilir.

---

<sup>2</sup> RG. 28.10.2016, Sa. 29871.

<sup>3</sup> Rehin sözleşmelerinin tescil, değişiklik ve terkin, rehinli taşınır varlık ile rehin hakkının devri ve boşalan dereceye geçme hakkının tescili ile tescil edilen hususların sorgulanması ve belge oluşturulması işlemlerinin gerçekleştirildiği, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı denetimi ve gözetimi altında Türkiye Noterler Birliği bünyesinde kurulan Taşınır Rehin Sicil Sistemi (TARES) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği (RG. 31.12.2016, Sa. 29935 - 3.Mükerrer)

<sup>4</sup> RG. 31.12.2016, Sa. 29935 (3.Mükerrer). Metin içinde bundan sonra yalnızca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.



- burada zikredilen seçenekleri kullanmak suretiyle dahi alacağını tahsil edemediği takdirde ise, alacağı için genel hükümler dairesinde takip yollarına başvurabilir.

## **I. Rehinli Taşınır Malın Mülkiyetinin Alacaklıya Devredilmesi**

### **A. Genel Olarak**

6750 sayılı TRK ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik kapsamındaki taşınır varlıkların rehniyle güvence altına alınmış borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde rehin alacaklısı<sup>5</sup>, anılan Yönetmelik'te öngörülen usulî prosedürün tamamlanması üzerine, İİK'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrasındaki taşınır teslimine dair ilâmların icrasını düzenleyen hüküm doğrultusunda, icra müdürlüğü marifetiyle rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir (TRK m.14/I-a; Yön. m.29). Kanun koyucu burada rehin alacaklısının, alacağını haciz veya iflâs yoluna ilişkin genel hükümlere göre takip edebilmesi için işlerlik kazandırması gereken, bir tür takip şartı mahiyetindeki üç opsiyondan birini düzenlemiştir. Rehin alacaklısı, rehinli taşınırın mülkiyetini devralmak suretiyle dahi alacağını tahsil edemezse veya eksik tahsil ederse ya da taşınır mülkiyeti özel bir sicile kayıtlı olduğundan zilyetliğin naklen teslimi yoluyla devredilebilecek nitelikte değilse, ancak bu durumda diğer iki opsiyonu<sup>6</sup> denemek durumundadır. Bütün bunlara rağmen rehinli alacağın tahsilinde başarılı olunamadığı takdirde ise, alacaklı, genel hükümler çerçevesinde borçlunun diğer malvarlığına yönelik olarak haciz veya iflâs yoluna gidebilecektir<sup>7</sup> (TRK m.14/II; Yön. m.41/III).

### **B. Devir Talebinin Hukukî Anlamı**

#### **1. Genel Olarak**

Burada, TRK'nun 14. maddesi anlamında taşınır mülkiyetinin kazanılmasından maksat, devren kazanmadır. Bilindiği üzere, taşınır mülkiyetinin devren kazanılması için, her şeyden önce hukukî sebep olarak

---

<sup>5</sup> Rehne konu varlığın mülkiyetini devralma, alacağını 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine veya uygun gördüğü başka bir üçüncü kişiye devretme, rehinli taşınır varlıkları kiralama ve lisans haklarını kullanabilme, rehinli taşınır varlığı denetleme, değerini tespit ettirme veya genel hükümler çerçevesinde paraya çevirme yetkisi ile bunlarla sınırlı olmaksızın Kanun ve genel hükümlerde belirtilen hak ve yetkilere sahip alacaklıyı ve haleflerini ifade eder (Yön. m.4/I-j).

<sup>6</sup> Alacağın varlık yönetim şirketlerinden birine devredilmesi veya rehinli taşınır varlık üzerindeki kiralama/lisans hakkının kullanılması; bkz. aşa. II. ve III. başlıklar.

<sup>7</sup> Alacaklı tarafından genel hükümlere göre takip yapılabilmesi için, anılan opsiyonların (takip şartı niteliğinde olması sebebiyle) tüketilmesi gerektiği hususu hakkında ayrıntılı açıklamalara son bölümde yer verilecektir, bkz. IV. B.

bir borçlandırıcı işlemin bulunması gerekir<sup>8</sup>. Esasen taşınır teslimine dair ilâmlı icra takibinde taşınır malın mülkiyetinin kazanılmasına dayanak teşkil eden hukukî sebep, yani borçlandırıcı işlem mahkemenin hükmüdür (ilâmdır). Fakat TRK'na göre yapılacak takipte, mütemerrit borçluya karşı alacaklının sahip olduğu, taşınır mülkiyetinin kendisine devredilmesine ilişkin talep hakkı herhangi bir mahkeme kararını gerektirmediğinden, burada taşınır mülkiyetinin devren kazanılmasının hukukî sebebi olarak, başlı başına TRK'nun 14. maddesinin kendisi gösterilebilir. Zira, borçluya ait rehinli taşınır malın mülkiyetinin rehin alacaklısına devri bağlamında TRK, borçlunun borcunu ödemekte temerrüde uğramasından başka hiçbir koşul öngörmemiştir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, hukukumuzda "*lex commissoria yasağı*" adı verilen ve borçlu borcunu ödemediği takdirde rehinli malın, satılmaksızın, mülkiyetinin doğrudan alacaklıya intikal etmesini öngören taraflar arasındaki anlaşmaların hükümsüz olması şeklindeki ilke çerçevesinde borçlandırıcı işlem mahiyetinde bir sözleşmenin varlığından da bahsedilemez. Dolayısıyla, taşınır malın mülkiyetinin devren kazanılmasının hukukî sebebi olan borçlandırıcı işlemin, bizatihi Kanun'dan kaynaklandığı söylenebilir.

Öte yandan, herhangi bir sicile kaydı öngörülme-yen taşınır varlığın mülkiyetinin devren kazanılması için gereken bir diğer işlem (tasarruf işlemi) ise zilyetliğin devridir. Taşınırın hâlihazırdaki maliki, zilyetliği devretmediği sürece, mülkiyetin devri de gerçekleşmeyeceği için, rehin alacaklısı, rehinli taşınırın mülkiyetini, ancak zilyetliğin (teslimli) devren kazanımı sonucunda elde edebilir<sup>9</sup>. Şu hâlde, rehin alacaklısı, rehinli taşınır malın mülkiyetini kazanabilmek için zilyetliği elde etmek zorunda olduğundan, borçlu, taşınır üzerindeki fiilî hâkimiyetine (zilyetliğe) kendi rızasıyla son vermediği takdirde, alacaklı, İİK 24/III hükmüne göre icra müdürlüğüne bir takip talebiyle başvurarak taşınırın borçludan zorla alınıp kendisine verilmesini isteyebilir (TRK m.14/I-a; Yön. m.29/I). Burada Kanun koyucunun maksadının, borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli taşınır varlığın borçlunun fiilî ve hukukî egemenlik alanından çıkartılıp alacaklının hâkimiyeti altına alınmasının temini olduğu anlaşılmaktadır.

## 2. Devir Talebinin, Lex Commissoria Yasağı Karşısında Hukukî Anlamı

6570 sayılı TRK ile yürürlükten kaldırılan mülga 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan '*lex commissoria yasağı*'na göre, borç ödenmediği takdirde rehinli malın alacaklıya

<sup>8</sup> Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, 2. B., Ankara 2012, s.488.

<sup>9</sup> Zilyetliğin teslimli devren kazanılmasından maksat, devir konusu eşya üzerindeki fiilî hâkimiyette gözle görülebilen bir değişikliğin gerçekleşmiş olması; eşyanın madde itibarıyla, yani aynı ile karşı tarafa teslim edilmesidir, bkz. Ünal, M./ Başpınar, V.: Şekilî Eşya Hukuku, 6. B., Ankara 2012, s.172-173 ve s.176 vd.

devredileceğine ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz idi; yani, rehin sözleşmesi akdedilirken, borçlunun borcunu vadesinde ödememesi hâlinde alacaklının rehinli malın mülkiyetini temellük etme hakkını kazanacağına ilişkin şart geçerli değildi<sup>10</sup>. Mülga TİRK'nun 14. maddesiyle rehin hakkı sahibi alacaklıya, borcun muaccel olmasından önce rehin konusu işletmenin (ya da onun bir unsurunun) mülkiyetini sahiplenmek hakkını veren bütün sözleşmelerin batıl olduğu düzenlenmişti. Böylece borç ödenmediği takdirde alacaklı, rehnedilen şeyin tümüyle kendisine kalması avantajından da mahrum olurdu<sup>11</sup>. Dolayısıyla, mülga TİRK'nda yer alan lex commissoria yasağının temel amacının, sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi prensibini zedelememenin yanı sıra, rehin sözleşmesinin kuvvetli tarafının (rehin alanın) zayıf tarafa (rehin verene) karşı bazı sözleşme şartlarını dikte etmesinin önlenmesi, zayıf tarafın gabine ve suistimallere karşı korunması olduğu söylenebilir<sup>12</sup>. Bir başka ifadeyle, lex commissoria yasağı ile hedeflenen husus, rehinle teminat altına alınan borcun vade tarihine kadar olan zaman diliminde, borçlunun mülkiyetinde bulunan malın değerinde borç miktarını aşacak ölçüde bir artış yaşanması ihtimaline karşı borçluyu korumak ve vade tarihinden önce öngörülemeyen, alacak miktarını aşan bu değer artışından alacaklının haksız ve sebepsiz kazancına engel olmaktır<sup>13</sup>. Fakat mülga TİRK'nun 14. maddesinde yer alan lex commissoria yasağına ilişkin kuralın bir benzeri TRK'nda yer almamaktadır.

Her şeyden önce lex commissoria yasağı, rehin kurulurken borcun muacceliyetinden önceki dönemde, borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçişini öngören sözleşmeleri hükümsüz kıldığı için, rehin veren ile rehin alacaklısı, ancak borç muaccel olduktan “sonra” rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya devredileceğini kararlaştırabilirler ve buna ilişkin sözleşme yapabilirler<sup>14</sup>. Oysa TRK, genel ve götürü bir biçimde böyle

<sup>10</sup> **Oğuzman, K./ Seliçi, Ö./ Oktay-Özdemir, S.:** Eşya Hukuku, 19. B., İstanbul 2016, s.954, p.3369.

<sup>11</sup> **Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A.:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.358.

<sup>12</sup> **Erten, A.:** “Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar” (Bankacılar Dergisi, 2000/32, s.81-90), s.86; **Kurt, F.:** “Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı -Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi-” (İBD, C.82, S.2008/1, s.129-154), s.135-136.

<sup>13</sup> **Helvacı, İ.:** Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s.74 vd.; **Kuntalp, E.:** “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı” (İnan Kıraç’a Armağan, İstanbul 1994, s.151-162), s.153-154; **Dereli, Z.:** Lex Commissoria Yasağı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.33; **Kurt, F.:** s.136-137. Lex commissoria yasağının sadece borçlu ile alacaklı arasında kurulan rehin ilişkilerine uygulanması, başkasının borcunu temin için kurulan rehin ilişkilerini kapsamaması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Utku, D.:** Sınai Hakların Rehni, Ankara 2009, s.349-350.

<sup>14</sup> **Kurt, F.:** s.144-145; Rehinli malın, alacaklı tarafından cebrî icraya başvurulmadan, özel olarak paraya çevrilmesine ilişkin anlaşmaların lex commissoria yasağı kapsamına girip girmediği hakkında ayrıca bkz. **Budak, A.C.:** İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 3. B., İstanbul 2010, s.57-62; **Utku, D.:** s.342-344, 353; **Kurt, F.:** s.146-147.

bir imkânı muacceliyetten önce rehin alacaklısına vermiş ve borçlunun borcu ödememesi durumunda işlerlik kazanacak özel bir takip yolu öngörmüştür. Bu sonuçtan hareketle, kanımızca, borç vadesinde ödenmediği takdirde TRK kapsamındaki rehinli taşınırın rehin alacaklısına devrini mümkün kılan sözleşmelerin, borcun muacceliyetinden önceki dönemde de yapılmasının önündeki hukukî engelin kaldırıldığı kabul edilerek, TİRK'nun 14. maddesinde yer alan lex commissoria yasağına ilişkin kurala TRK'nda yer verilmemiş olmasını Kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirmek gerekir. Her ne kadar Kanun koyucunun bu tercihi rehin hukukunun genel ilkeleriyle örtüşmese de, mevcut TRK'nda bilinçli bir boşluğun söz konusu olduğu inkâr edilemez. Kaldı ki, borç ödenmediği takdirde rehinli taşınırın cebrî icra yoluyla rehin alacaklısına devrini düzenleyen Kanun koyucunun, cebrî icra ile mümkün hâle getirilen bir hususu, tarafların aralarında sözleşmeyle kararlaştırmalarına da cevaz verdiği elbette düşünülebilir.

Bu değerlendirmeler ışığında, özetle, TRK uyarınca borcun muacceliyetinden önceki dönemde yapılan rehin sözleşmesinde öngörülmemiş olsa bile, borcun vadesinde ödenmemesi ihtimaline binaen, rehinli taşınırın mülkiyetinin özel bir cebrî icra yöntemiyle rehin hakkı sahibi alacaklıya devredilmesi mümkün hâle getirilmiştir. Bu yönüyle, TRK'nun 14/1-a hükmü, rehin hukukunun genel ilkelerinden biri olan lex commissoria yasağına aykırı bir düzenleme görünümünde olup, bu yasağın işlevini hukukî açıdan etkisiz kılmaya yöneliktir<sup>15</sup>. Zira hammadde, stok gibi döner varlıklar üzerinde kurulabilecek rehinlerle, finansmana erişmek için farklı mekanizmaları denemek zorunda kalan işletmelerin aynı işletme sermayesinin ve varlıklarının zaman içinde erimesine ve dolaylı da olsa ekonomik açıdan mahvına yol açılabilir. Bu noktada farklı bir görüşe göre<sup>16</sup> ise, Kanun koyucu, bu yasağa açık bir biçimde istisna getirdiği için, özel hükmün genel hükme önceliği söz konusu olur ve menfaatler dengesi bakımından göz önüne alındığında da, anılan istisnai düzenlemenin, borçlunun sömürülmesine yol açan bir nitelik taşıdığı söylenemez. Sonuç olarak, kanımızca, her ne kadar rehin alacaklısı rehinli taşınır varlığının mülkiyetini ekspertiz raporuyla tespit edilen objektif değeri üzerinden devralacak olsa da, anılan düzenlemenin lex commissoria yasağının borçluyu korumaya yönelik nihai amacını doğrudan zedeleyici sonuçlar doğuracağı ya da doğurmayacağı şeklinde genelleme yapıp her koşulda geçerli kesin bir yargıya varmak son derece güçtür.

---

<sup>15</sup> **Şit İmamoğlu, B.:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s.40-41; **Köroğlu Ölmez, B.:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni" (TBBD, S.2017/129, s.261-286), s.278-279; ayrıca bkz. **Antalya, G./ Acar, F.:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017, s.143-144.

<sup>16</sup> **Antalya/Acar, s.144.**

### 3. Devir Talebinin, Hâlihazırdaki Cebri İcra Sistemi Karşısında Hukukî Anlamı

#### a. Genel Olarak

Cebri icra hukukunda, konusu para veya teminat alacağından başka bir şey olan alacaklar, ancak ilâmlı icra takibi ile elde edilebilir<sup>17</sup>. Yani alacaklı, para veya teminat alacağı dışındaki bir alacak için icra müdürlüğüne başvurmadan önce, konusuna göre ilgili yargı yerinde dava açıp mutlaka lehine ilâm elde etmeli; ardından, elindeki bu ilâm ile birlikte, ilâmın icrası talebiyle cebri icra yoluna gitmelidir<sup>18</sup>. Bu itibarla, ilâmlı icrada esas olan, maddî hukuktan doğan talebin mahkeme kararıyla hüküm altına alınmasından sonra, ifası emrolunan talebin yerine getirilmesini sağlamaktır<sup>19</sup>. Halbuki yalnızca para ve teminat alacaklarının ifasına yönelik talepleri içeren ilâmsız icrada ise, mahkemece hüküm altına alınmasına gerek olmaksızın her türlü para ve teminat alacağı için cebri icra organları harekete geçirilebilir. Yani, para ve teminat alacağına ilişkin taleplerle ilgili olarak alacaklı, elinde alacağının varlığını gösteren hiçbir senet bulunmasa dahi, doğrudan cebri icra organına başvurarak yaptırım uygulanması talebinde bulunabilir<sup>20</sup>. Dolayısıyla ilâmsız icra, mahkemenin herhangi bir hükmüne dayanmayan para ve teminat alacağına yönelik taleplerin yerine getirilmesine hizmet eder. Yine, ilâmlı icrada alacaklının talebi mahkeme kararıyla haklı görüldüğünden, talebin maddî hukuka ve gerçeğe uygun olup olmadığı, cebri icra aşamasında ayrı bir incelemeye tâbi tutulmaz; ilâmsız icrada ise, alacaklının talebinin haklılığı konusunda ilk etapta belirsizlik mevcut olduğundan, takibe itiraz hâlinde ortaya çıkan uyuşmazlığın hâlli için mahkeme devreye girer. Bundan dolayı, kural olarak para ve teminat alacakları dışındaki taleplerin icrası bağlamında cebri icra sisteminin işleyebilmesi için mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulur.

Esasen İİK'nun 24. maddesi, Kanun'un sistematığıne bakıldığında, ilâmların icrası başlıklı ikinci bapta yer almakta olup, bir taşınırın teslimine dair olan ilâmın gereğini hiç ya da eksiksiz yerine getirmeyen borçluya karşı, Devletin icra organları vasıtasıyla zor kullanılarak ilâma konu taşınırın borçlunun elinden alınıp alacaklıya verilmesini düzenler. Fakat rehin borçlusunun, borcunu ödemedede temerrüde düşmesi hâlinde, rehinli taşınır varlıkların mülkiyetinin (ve dolayısıyla zilyetliğinin) alacaklıya devri için, rehin alacaklısına bahşedilen hak ve yetkilerle ilgili TRK'nda öngörülen yeni sistemde, İİK'nun ilâmlı icra takibini düzenleyen 24. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükme yollamada

---

<sup>17</sup> Arslan, R./ Yılmaz, E./ Taşpınar Ayvaz, S.: İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., Ankara 2016, s.393.

<sup>18</sup> Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Sungurtekin Özkan, M./ Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2016, s.323-324.

<sup>19</sup> Karslı, A.: İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., İstanbul 2014, s.37.

<sup>20</sup> Postacıoğlu, İ.E./ Altay, S.: İcra Hukuku Esasları, 5. B., İstanbul 2010, s.7-8.

bulunulması ve bu doğrultuda işlem yapılacağına belirlenmiş olması, İİK'ndaki ilâmsız takip - ilâmlı takip ayrımının temel mantığı ile çelişmekte olup, konusu para veya teminat alacağı olmayan taleplerin yerine getirilmesi bağlamında önemli ve radikal farklılıklara yol açılmıştır. Ayrıca, ileride de değinileceği üzere, TRK'ndaki bu yeni ve özel takip yolunun aşamalarıyla ilgili Yönetmelik'le öngörülen bazı hükümlerin de İİK ve TRK ile örtüşmediği, TRK'nun kapsamını zorlayan, hatta TRK'na aykırı birtakım içerik taşıdığı söylenebilir.

### **b. Rehin Hakkının İlâma Ya Da İlâm Niteliğinde Belgeye Bağlanmış Olup Olmamasının Doğuracağı Etki**

İcra ve İflâs Kanunu'yla düzenlenen ilâmlı icra sistemine göre, taşınır teslimine ilişkin bir edim yükümlülüğünün icra organları vasıtasıyla zor kullanılarak yerine getirilebilmesi için alacaklının elinde bir ilâm bulunması gerekir. Fakat, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devri bağlamında TRK'nda öngörülen yeni sisteme göre, rehinli malın borçludan zorla alınıp alacaklıya teslim edilebilmesi için, yani taşınırın tesliminde uygulanacak hukukî ve fiilî bütün prosedürler için rehin alacaklısının elinde bir ilâm bulunması gerekmediği gibi, ilâm niteliğinde sayılan belgelerden herhangi birinin bulunması da şart değildir. Şu durumda, acaba birinci derece rehin alacaklısının, rehinli taşınır üzerinde ilâm niteliğinde belge ile tevsik edilmiş bir rehin hakkına sahip olduğunu mu kabul etmek gerekir?

Kanımızca Kanun koyucunun, TRK kapsamında rehin alacaklısının sahip olduğu rehin hakkını gösteren rehin senedine otomatikman ilâm niteliğinde belge hüviyeti kazandırmak istemiş olabileceği söylenemez. Zira ilâm niteliğinde belgeler, genel olarak İİK'nun 38. maddesinde açıkça ve tahdidî bir şekilde düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Ayrıca Yönetmeliğin 29. maddesinin ikinci fıkrasında, rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış olması hâlinde İİK'nun 24. maddesinin kıyasen uygulanacağı hususuna ayrıca yer verilmiş olmakla beraber, burada esasen, İİK'nun 38. maddesinde zikredilen düzenleme biçimindeki noter senetlerinin ilâm niteliğinde belge hüviyetini taşıması için gereken koşulların göz ardı edildiği görülmektedir. Zira iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme noterlikçe düzenlenmiş olsa bile, ilâm niteliğinde belge sayılamaz ve bu tür sözleşmelerden doğan hakların

---

<sup>21</sup> İİK'nun 38. maddesinde yer almamakla birlikte, bazı özel kanun hükümleriyle öngörülmuş ilâm niteliğinde belgelerin de bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir. Örneğin: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun m. 35/A hükmü uyarınca düzenlenen uzlaşma tutanağı; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 70/II hükmü uyarınca tüketici hakem heyeti kararları; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun m. 18/II hükmü uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde icra edilebilirlik şerhi verilen anlaşma belgesi.

yerine getirilmesi için ilâmlı icraya başvurulamaz<sup>22</sup>. Keza karşılıklı taahhütleri içeren rehin sözleşmesi gibi hukukî işlemlerde tarafların ifa etmekle yükümlü buldukları edimler arasında sıkı bir bağlılık bulunması ve bu edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturması sebebiyle, tek başına bir rehin sözleşmesinin noterlikçe düzenlenmiş olması o sözleşmeye ilâm niteliği kazandırmaz<sup>23</sup>. İİK'nun 38. maddesi bağlamında ilâm niteliğinde bir belgeye bağlanmış rehin hakkının varlığından söz edilebilmesi için, rehnin anapara ipoteği şeklinde kurulmuş olması ve akit tablosunda da kayıtsız şartsız tek taraflı bir para borcu ikrarının bulunması gerekir<sup>24</sup>. Kaldı ki, üst sınır (limit) ipoteği, niteliği gereği kayıtsız şartsız borç ikrarına müsait olmadığından, bu ipotek türünde tabiatıyla borç ikrarından bahsedilemez<sup>25</sup>. Hâlbuki TRK kapsamındaki taşınır rehninde, rehin hakkının, taşınmaz rehninin türleri olan anapara ipoteği şeklinde mi yoksa üst sınır (limit) ipoteği şeklinde mi kurulacağı hususunda Kanun'da ve Yönetmelik'te açık bir hüküm sevk edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu itibarla, birinci derece rehin alacaklısının, rehinli taşınır üzerinde ilâm niteliğinde belge ile tevsik edilmiş bir rehin hakkına sahip olduğu söylenemez.

Ayrıca, yine Yönetmelik'te, rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış olması veya olmaması şeklinde iki ihtimali de öngören bu şekilde bir düzenleme yapılmasının, rehinli taşınırın mülkiyetinin devri bağlamında ne gibi farklılıklar yaratacağı da muğlâktır. Yönetmeliğe göre, rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış olup olmaması, taşınır mülkiyetinin devri bakımından uygulanacak prosedürde herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır. Çünkü her iki ihtimalde de rehinli taşınır, borçlunun elinden icra müdürlüğü marifetiyle zorla alınıp alacaklıya teslim edilecektir. Burada rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış olması, yalnızca mülkiyetin devrine ilişkin yapılacak takipte izlenecek usul bakımından bir farklılık ortaya çıkarabilir. Örneğin, ilâm niteliğinde belgeye bağlı bir rehin hakkı mevcutsa, Yönetmeliğin 35. maddesine göre, borcunu ödemeyen borçluya öncelikle bir ödeme emri

---

<sup>22</sup> **Tanriver, S.:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s.118; **Yılmaz, E.:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s.207; **Kuru, B.:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s.896.

<sup>23</sup> **Yılmaz- Şerh,** s.217; *"...Rehin sözleşmesi niteliği itibarıyla kesin borç ikrarını içermediğinden İİK'nun 38. maddesinde yazılı ilâm niteliğindeki belgelerden değildir."* (Y. 12. HD. 04.07.2006, 11792/14643; Legalbank, E.T. 03.03.2017)

<sup>24</sup> Anapara ipoteği, doğrudan doğruya borçlunun kayıtsız şartsız borç ikrarını yansıttığından ve tapu sicilinde de resmî senet olarak düzenlenen akit tablosuna geçirildiğinden, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip prosedürüne göre işlem yapılması gerekir; bkz. **Postacioğlu/Altay,** s.706 ve 703; yine aynı yönde bkz. **Kuru-** El Kitabı, s.1009-1010. *"Takip kesin borç ipoteğine dayalı olduğundan borçluya İİK'nun 149. maddesi gereğince icra emri çıkarılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır."* (Y. 12. HD. 14.06.2010, 2776/15027; Legalbank, E.T. 03.03.2017)

<sup>25</sup> **Postacioğlu/Altay,** s.704.



değil; doğrudan icra emri gönderilmesi söz konusu olacaktır. Bu ihtimalde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takibe ilişkin İİK hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Ancak Yönetmelik'te, kural olarak rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde belgeye bağlanmadığı hâller göz önüne alınıp düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

### **c. Devir Talebine İlişkin Takipte Kıyasen Uygulanacak Olan İİK Hükümleri**

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan hükme ilişkin usul ve esasların düzenlendiği Yönetmelik'te rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin alacaklıya devrine yönelik takip için öngörülen sistem, İİK'ndaki taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibe oldukça benzer yönler taşımaktadır. Nitekim Yönetmeliğin 41. maddesinin dördüncü fıkrasında, TRK'ndan doğan temerrüt sonrası hakların kullanımıyla ilgili olarak hakkında hüküm bulunmayan hâllerde İİK'nun ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Hatta Yönetmeliğin 42. maddesinde<sup>26</sup> ise TRK'nda ve bu Yönetmelik'te hüküm bulunmayan hâllerde İİK'nun ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanacağına da açıkça yer verilmek suretiyle, burada rehinin paraya çevrilmesi yoluyla (ilâmsız) takibe ilişkin İİK hükümlerinin referans alındığı ortaya konulmuştur. Örneğin, Yönetmeliğin 31. ve 35. maddelerinde düzenlenen "takip talebi" ve "ödeme emri" başlıklı hükümler, büyük ölçüde İİK'nun 145. ve 146. maddeleriyle birlikte 148. ve 149/b maddelerindeki hükümlerle örtüşmektedir. Bu bağlamda, Yönetmeliğin "ödeme emrine itiraz" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve "ödeme emrine itiraz" hakkında İİK'nun 148 ila 150/d maddesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını öngören düzenleme de bunu ortaya koymaktadır. İleride "ödeme emri ve ödeme emrine itiraz" ile "icra emri" başlıkları altında ayrıntılı şekilde değinileceği üzere<sup>27</sup>, Yönetmeliğin 35. ve 36. maddeleri TRK'nun öngördüğü özel takip usulünün temel mantığına aykırı olup Yönetmelik metninden çıkarılmalıdır. Rehinli taşınırın teslimini amaçlayan özel takip yolunda ilâmsız icra yolunu anımsatan ve sırf para borcunun tahsilini hedefleyen ödeme emri ve ödeme emrine itiraz ile ilgili düzenlemelerin TRK'ndaki yeni sistem ile çelişen yönleri bulunduğunu belirtmek gerekir.

---

<sup>26</sup> Yönetmeliğin bu maddesi, TRK m.18'de öngörülen kıyasen uygulamaya ilişkin düzenlemenin kapsamını genişletmekte ve Kanun koyucunun yollama yaptığı hükümlerden başka, ayrıca TMK'ndaki taşınmaz rehni ve İİK'ndaki ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili çeşitli hükümleri de kapsayacak biçimde kıyasen uygulanacak yasal düzenlemeleri belirlemektedir. Bu durum, Yönetmeliğin Kanun'a aykırılığını dahi ortaya çıkarabilecek nitelikte ciddi bir hukukî soruna vücut vermektedir.

<sup>27</sup> Bkz. aşa. C. 3 ve 4 no.lu başlıklar.

Dolayısıyla, her ne kadar TRK'nun 14. maddesiyle örtüşmeyen ve amacı aşan özellikler taşısa da, Yönetmeliğin 29 ila 37. madde hükümleri çerçevesinde borçluya ait rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin alacaklıya devri için, alacaklı tarafından yapılacak takibin, büyük ölçüde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibin paraya çevirme (satış) aşamasına kadar olan hükümleri doğrultusunda yürütüleceği söylenebilir. Bunun yanı sıra, İİK'nda öngörülen rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte haciz aşaması bulunmadığı için, takibin kesinleşmesi hâlinde, talep üzerine, icra müdürlüğü rehinli malın doğrudan paraya çevrilmesine yönelik işlemleri başlatır. Fakat TRK'na göre, mülkiyetin devri bağlamında yapılacak özel takip yolunda alacaklının ulaşmak istediği sonuç, para ile tatmin edilmekten ziyade rehinli taşınırın mülkiyetini devralmak olduğundan, burada ileri sürülen talep, rehinli taşınırın paraya çevrilmesi değil, bilakis aynen teslimidir ve burada paraya çevirme (satış) aşamasının yerine, İİK'nun 24/III hükmüne göre işletilecek aynen teslim aşamasından söz edilir. Bu noktada, aynen teslimeye yönelik ifanın, borçlunun rızasıyla yerine getirilmemesi hâlinde icra müdürlüğüne zorla gerçekleştirilecek olması, konusu para olmayan alacakların, ancak bir ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeye istinaden ilâmlı icra yoluyla yerine getirilebileceği şeklindeki ilkeye önemli bir istisna olarak göze çarpmaktadır.

Öte yandan, borçlunun iflâsı ve iflâsının ertelenmesi hâllerinde, TRK kapsamında devam eden ve temerrüt sonrası hakların kullanımını konu alan takibin bundan nasıl etkileneceği hususuna değinmekte yarar vardır. Bilindiği gibi, borçlunun iflâsı hâlinde, konusu para olmayan iflâs alacakları ona eşit bir kıymette para alacağına çevrilerek iflâs masasına kaydedilir. Burada TRK'na göre yapılan takipte ise, rehin alacaklısının talep ettiği şey, doğrudan para alacağının ödenmesi değil, rehinli taşınırın mülkiyetini devralmak olduğu için, borçlunun iflâsı açıldıktan sonraki dönemde artık bu talebin masaya karşı devam ettirilmesi mümkün olmaz. Bu durumda rehin alacaklısının alacağı, esasında zaten bir miktar para alacağından ibaret olduğundan, TRK'na göre yapılan takibe, İİK'nda yer alan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip şeklinde genel hükümlere göre devam edilmesi gerekir. Nitekim alacaklının alacağı TRK'na göre kurulan taşınır rehniyle teminat altına alındığı için, rehinli taşınırın mülkiyetinin devri talebini içeren takipte kıyasen uygulanacak İİK hükümleri, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibe ilişkin hükümlerdir (Yön. m.41/IV). İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipler, iflâsın açılmasıyla duracak olan takipler (İİK m.193) arasında yer almayıp, aksine iflâs açıldıktan sonra da devam eder; hatta iflâstan sonra ortaya çıkan yeni takip yapma yasağı, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipler bakımından geçerli olmaz. Alacaklı masaya karşı takibe devam edebilir ve rehinli taşınırın satış bedelinden alacaklının alacağı ödenir. Fakat borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilmişse, bu durumda TRK'na göre yapılan takibe devam

edilemez. Çünkü rehin alacaklısının TRK'na göre yaptığı takibin konusu rehinli taşınırın kendisine teslim edilmesidir. Kaldı ki, iflâsı ertelenen borçlunun malî durumunu iyileştirebilmesi ve ticarî faaliyetlerine devam edebilmesi için malvarlığının korunması gerekir. Rehlinli alacaklar için getirilen takip yapabilmek imkânı, borçlunun malvarlığının korunması amacıyla kısıtlanmış olduğundan, erteleme süresi içinde borçluya karşı genel hükümlere göre yapılan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde olduğu gibi, rehinli taşınır varlıklar üzerinde muhafaza tedbiri alınamaz; bu varlıkların satışı gerçekleştirilemez<sup>28</sup>.

### C. Devir Talebine İlişkin Takip Bakımından Öngörülen Özel Prosedür

#### 1. Takip Talebi

##### a) Genel Olarak

Taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrasında olduğu gibi, TRK'na göre rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrine yönelik takip de, alacaklının icra müdürlüğüne bir takip talebi ile başvurusuyla yapılır (Yön. m.30/I). Takip talebi, borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesini takip eden yedi gün içinde ileri sürülmelidir (Yön. m.30/II). Bu sürenin hak düşürücü nitelikte sayılıp sayılmayacağı sorusuna ise, kanımızca olumsuz yanıt verilmelidir. Çünkü TRK ile getirilen özel takip prosedürünün amacı rehinli taşınırın mülkiyetinin rehin alacaklısına devri olduğu için, bu takibin uygulanmasıyla ilgili atf yapılan İİK 24/III hükmünün ilâmlı icra kapsamında düzenlenmesi karşısında, ilâmlı icraya ilişkin kurallara göre hareket edilmesi gerekir. Bu itibarla, ilâmlı icraya ilişkin takip talebi için İİK'nda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmediğinden dolayı, Yönetmeliğin 30/II hükmünde yer alan sürenin de hak düşürücü nitelikte olmadığı söylenebilir. Kaldı ki, burada öngörülen sürenin hak düşürücü olduğu kabul edildiği takdirde, rehin alacaklısının TRK'na göre özel takip prosedürüne başvurma hakkını yitireceği sonucuna varılmak gerekir ki, böyle bir yaptırımın Yönetmelik ile öngörülmesi durumunda Kanun'un amacı ve kapsamının dışına çıkılacağı barizdir.

Ayrıca rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri, söz konusu varlığın o anda bulunduğu yerdeki veya rehin alacaklısının yerleşim yerindeki icra müdürlüğünden talep edilir (Yön. m.31/II). Görüldüğü üzere, rehinli taşınırın teslimine ilişkin TRK'na göre yapılacak takip bakımından Yönetmelik'te ayrı bir yetki düzenlemesine yer verilmiştir. Fakat ilâmsız icrada icra müdürlüklerinin

---

<sup>28</sup> Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s.461; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.471; Karabel, s.100-101; "İİK'nun 179/b maddesinin ikinci fıkrasına göre erteleme sırasında taşınır taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış takiplere devam edilebilir. Ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Mahkemece yasa hükmüne rağmen rehinli takiplerin durdurulmasına karar verilmesi usul ve yasaaya aykırıdır." (Y. 19. HD. 08.07.2004, 3011/8154; Legalbank, E.T. 03.03.2017).

yetkisi kesin yetki niteliği taşımayıp kamu düzenine ilişkin de olmadığından, TRK'na ve Yönetmeliğe göre yapılan takip bakımından da rehin alacaklısı yetkisiz bir icra müdürlüğüne takip talebinde bulursa dahi, icra müdürlüğü, anılan takip bakımından yetkisizliğini re'sen gözetemez. Borçlunun icra müdürlüğünün yetkisiz olduğu hususunu, ödeme emrine itiraz yoluyla ileri sürmesi gereklidir. Bundan başka, takip talebi, sözlü veya yazılı olarak ya da elektronik ortamda yapılabilir (Yön. m.31/III).

Takip talebinde bulunurken alacaklıdan peşin harç alınıp alınmayacağı hususunda Yönetmelik'te açık bir hüküm yer almamakla birlikte, kanımızca TRK'na göre rehinli taşınırın mülkiyetinin devri maksadıyla yapılan takip bir ilâma dayalı olmadığı müddetçe (ilâm niteliğinde bir belge olsa dahi) peşin harca tâbi tutulmalı ve takip talebinde bulunan alacaklıdan icra müdürlüğüne peşin harç tahsil edilmelidir<sup>29</sup>. Kaldı ki, Yönetmeliğin 41. maddesinin dördüncü fıkrasında, temerrüt sonrası hakların kullanımına ilişkin takipler hakkında açık düzenleme bulunmayan durumlarda, İİK'nun ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiş ve peşin harç konusunda herhangi bir tereddüde mahal bırakılmamıştır.

### **b) Takip Talebinde Bulunmaya Yetkili Kişiler**

Borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi hâlinde, rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrini talep etmeye yetkili kişiler şunlardır (Yön. m.31/I):

- Rehın sözleşmesinde ilerleme sisteminin belirlenmiş olması hâlinde, tescil anına göre belirlenen ilk rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi.
- Rehın sözleşmesinde sabit derece sisteminin belirlenmiş olması hâlinde ise, derece ve sıra olarak en önde bulunan rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi.

Öte yandan, rehin sözleşmesinde öngörülen sisteme göre öncelik hakkına sahip olan rehin alacaklısı, bir hafta içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmazsa, sonraki sırada bulunan rehin alacaklıları, sırasıyla, Yönetmelik'te belirtilen usule göre, icra müdürlüğünden mülkiyetin devri talebinde bulunabilir (Yön. m.40).

### **c) Takip Talebinin İçeriği**

Esasen rehın paraya çevrilmesi yoluyla takip talebinin içeriği İİK'nun 145 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, İİK'nun 58. maddesine göre, haciz yoluyla takiptekine benzer biçimde hazırladığı takip talebinde hangi takip yolunu seçtiğini de belirterek icra müdürlüğüne başvurur. Fakat

---

<sup>29</sup> Ayrıca bkz. Budak, s.146-147, dn.22.

TRK'na göre kurulan taşınır rehinde borçlu borcunu ödemediği takdirde alacaklının yapacağı takip, ilk etapta rehinli taşınırın devrine ilişkin talepten ibaret olduğundan, bu takip bağlamında farklı bir hüküm getirilerek, takip talebinde şu hususlara yer verileceği öngörülmüştür (Yön. m.31/IV):

- (i) Rehin alacaklısının;
  - tacir olması hâlinde ticaret unvanı, MERSİS numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcisinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası
  - kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşlar olması hâlinde kurum adı, adresi ve yetkili kişinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası
  - esnaf olması hâlinde ise, kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcisinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası
- (ii) Taşınır varlığı rehnedен borçlunun kendisi ise, borçlunun;
  - Tacir olması hâlinde ticaret unvanı, MERSİS numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası
  - Esnaf olması hâlinde, kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası
  - Çiftçi olması hâlinde kimlik numarası, Çiftçi Kayıt Sistemi numarası, adı, soyadı, imzası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası
  - Serbest meslek erbabı olması hâlinde kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası
  - Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yer alan üretici örgütü belgesine sahip üretici örgütü olması hâlinde üretici örgütü belge numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası
- (iii) Rehinin güvence oluşturduğu borç bilgileri (örneğin, güvence altına alınan alacağın miktarı belirli ise, borcun ve güvencenin miktarı ile rehinin hangi para birimi üzerinden kurulduğu gibi)

Ayrıca takip talebinin ekinde, Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>30</sup> uyarınca düzenlenen ekspertiz/değerleme raporuna da yer verilecek olup (Yön. m.31/V); rehin sözleşmesinin aslının veya

---

<sup>30</sup> RG. 31.12.2016, Sa.29935 (3.Mükerrer)

borçlu sayısından bir fazla olacak şekilde rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi tarafından onaylanmış örneğinin de, takip talebinin ekinde icra müdürlüğüne ibrazı zorunlu hâle getirilmiştir (Yön. m.31/VI). Son olarak, rehin verene, rehinli taşınırın hâlihazırdaki zilyedine, takip talebinde bulunmuş olan rehinli alacaklıdan sonraki sırada yer alan diğer rehin alacaklılarına ve rehinli taşınır varlığa ait bilgileri gösteren, Rehinli Taşınır Sicili'nden alınmış bir belgenin de, takip talebinin ekinde icra müdürlüğüne ibrazı gerekir (Yön. m.31/VII). Bu noktada, rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmişse, bu üçüncü kişiye ait bilgilere de takip talebinde yer verilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir.

## 2. Rehin Alacaklılarının Öncelik Sırasının Tespiti

### a) Sıra Cetveli

Takep talebini alan ilgili icra müdürlüğü, ilk olarak, ekspertiz/değerleme raporunda belirlenen rehinli taşınır varlığın değerini esas almak üzere, rehin alacaklılarının öncelik sırasını ve alacak miktarlarını gösteren bir sıra cetveli hazırlar ve cetvelin bir örneğini ilgililere tebliğ eder (Yön. m.32/I, II). Esasen ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte İİK'nun 206/II ve 206/III hükümlerine göre düzenlenen sıra cetveli, rehinli malın satışından elde edilen paranın, o mal üzerinde rehin hakkı bulunan birden çok muaccel rehin alacaklısı arasında nasıl ve hangi sıraya göre paylaşılacağını göstermeye yarar<sup>31</sup>. Dolayısıyla, rehin alacaklısının TRK'na göre yaptığı takibin konusunu oluşturan rehinli taşınır varlığın üzerinde başka herhangi bir rehin hakkı mevcut değilse, sıra cetveli düzenlenmesine gerek kalmadan, doğrudan ödeme emri düzenlenmesi aşamasına geçilir. Fakat aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulmuş olması hâlinde, icra müdürlüğüne TRK ve Yönetmelik hükümlerine göre rehin alacaklıları arasındaki öncelik (rüçhan) sırasının tespiti için bir sıra cetveli düzenlenmesi gerekir.

Yönetmelik'te, aynı taşınır varlık üzerinde TRK'na göre kurulan birden fazla rehin hakkı bulunması hâlinde icra müdürlüğüne düzenleneceği belirtilen "sıra cetveli" yerine "mükellefiyetler (yükümlülükler) listesi" ibaresinin kullanılması daha isabetli bir tercih olurdu. Zira ipoteğe benzer şekilde kurulan sicilli taşınır rehniyle güvence altına alınan her bir alacak, taşınır varlık üzerinde birer yükümlülük niteliğinde olup, muaccel olanların yanı sıra müeccel yükümlülüklerin de yer aldığı mükellefiyetler listesi, sıra cetvelini ikâme edici etki doğurur<sup>32</sup>. Her ne kadar mükellefiyetler listesi, paraya çevirme aşamasının hazırlık safhasında yer alan bir icra takip işlemi olarak nitelendirilse de, muaccel ve müeccel bütün yükleri göstermesi bakımından rehinli taşınır hakkında sıra cetveline nazaran daha kapsamlı ve aydınlatıcı bilgileri içerir. Ayrıca sıra

---

<sup>31</sup> Meriç, N.: Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015, s.116-117.

<sup>32</sup> Meriç, s.117.

cetveli, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli malın satışından elde edilen paranın paylaşılmasına ilişkin bir işlevi haiz iken, TRK'na göre yapılan ve rehinli taşınırın öncelik hakkına sahip rehin alacaklısına aynen teslimini konu alan takipte ise satış ve paylaşırma aşamalarından söz edilmez; burada rehinli taşınır, takip sonunda rehin alacaklısına aynen teslim edilmek suretiyle alacaklının tatmin edilmesi amaçlanır. Dolayısıyla, herhangi bir paylaşırmanın yapılmadığı bu özel takip prosedüründe sıra cetvelinden ziyade, rehinli alacağın varlığı ve rehnin geçerliliği hususlarında kesinlik oluşturan ve de sıra cetveline göre zamansal önceliği bulunan<sup>33</sup> mükellefiyetler listesinin esas alınması ve bu listede TRK'na göre yürütülen özel takip prosedüründen etkilenen rehin alacaklıları arasındaki rüçhan ilişkisinin tespiti yönünde bir düzenleme yapılması daha yerinde olurdu.

### b) Derece Sistemi ve Öncelik Hakkı

Esas itibariyle rehnin alacaklıya sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlı olup; rehin hakkı, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla, ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir (TRK m.10/I). Ayrıca rehin sözleşmesiyle, sonraki sırada yer alan rehin alacaklılarına boşalan dereceye geçme hakkı da verilebilir (TRK m.10/II).

Aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde alacaklıların öncelik hakkı, rehnin kurulma anına göre belirlenecek olup, derece belirtilmesi hâlinde ise derece sırası esas alınır (TRK m.11/I). Yani, aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulmuş olması hâlinde öncelik hakkı, derece belirtilmeksizin kurulmuş rehinlerde rehnin kuruluş anına göre<sup>34</sup>, sabit derece sistemine göre kurulmuş rehinlerde ise derecenin sırasına göre belirlenir (Yön. m.33/I)

İlerleme sisteminde sicile tescil anı dikkate alınacak olup, ilk tescil anına göre alacaklılar birinci sıradan başlamak üzere sıralanır<sup>35</sup> (Yön. m.25/I-II). Buna göre, önceki sırada yer alan rehin alacaklısının rehin hakkının sona ererek sicilden terkin edilmesiyle, sonraki sırada yer alan rehin alacaklıları sırayla boşalan dereceye ilerler (Yön. m.25/V). Sonraki sırada yer alan alacaklıya rehin sözleşmesi ile boşalan dereceye ilerleme hakkı tanınması halinde ise, önceki sırada bulunan diğer rehin alacaklılarının muvafakatinin alınmış olması gerekir. Bu durumda, yeni rehin alacaklısı boşalan derecenin öncelik sırasına sahip olur (Yön. m.25/VI).

---

<sup>33</sup> Meriç, s.117.

<sup>34</sup> Akçura Karaman, T.: Gemi ve Hava Aracı İpotegi ve Motorlu Taşıtlı Rehni (Taşınır İpotegi), İstanbul 2015, s.200 vd.

<sup>35</sup> İlerleme sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akçura Karaman, s.202-203; Olgaç, F.: İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme, Ankara 2014, s.25 vd.



Sabit derece sisteminde ise, rehin veren tarafından taşınır varlığın değerinin itibarî değerlere bölünüp derecelendirilmesiyle taraflar, taşınır üzerinde sabit derece sistemi ile rehin kurabilir<sup>36</sup> (Yön. m.26/I). Bu sistemde öncelik hakkı rehin hakkının derece ve sırasına göre belirlenecek olup, sırada kendisinden önce gelecek olanların dereceleri, sıraları ve itibarî değer tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de rehin kurulabilir (Yön. m.26/II, III). İlerleme sisteminden farklı olarak, sabit derece sisteminde, farklı sıralarda kurulmuş bulunan rehin haklarından birinin terkin edilmiş olması, sonraki sırada yer alan rehin alacaklısına boşalan dereceye doğrudan geçme hakkı vermemekle birlikte, terkin edilen rehin hakkının yerine yeni bir rehin hakkı kurulması mümkündür (Yön. m.26/IV, V).

Rehin sözleşmesinde birden fazla rehin alacaklısı arasındaki sıra ilişkisi bağlamında boşalan dereceye ilerleme esası benimsenmişse, ilerleme sisteminde sonraki sırada yer alan rehin alacaklısına diğer alacaklıların muvafakati ile verilen boşalan dereceye geçme hakkı, diğer alacaklılara göre öncelik hakkına da muvafakat edildiği anlamına gelir ve bu durumda önceki sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz. Sabit derece sisteminde ise, boşalan dereceye geçme hakkı verilen sonraki derecede bir rehin alacaklısına, o derecenin sağladığı güvence kadar ödeme yapılır (Yön. m.33/II).

Öte yandan, TRK'na göre üzerinde taşınır rehni kurulması mümkün olan varlıklar, rehinden önceki dönemde borçlunun diğer alacaklıları tarafından haczedilir ve fakat muhafaza tedbiri uygulanmayıp borçlunun elinde bırakılır ise<sup>37</sup>, taşınır varlığın hacizden sonraki dönemde TRK'na göre rehn edilmesi de söz konusu olabilir. Bu ihtimalde kanımızca, hacizden sonraki dönemde TRK kapsamında kurulan (teslimsiz) taşınır rehindeki rehin alacaklısının öncelik hakkı (rüşhanı) bulunmayıp, hacizli taşınırın satışından elde edilen para, haciz alacaklısına alacağı oranında ödendikten sonra geriye kalan meblağ taşınır rehni alacaklısına kalır<sup>38</sup>. Böylelikle TRK'nun 14. maddesine göre taşınır malın rehin alacaklısına teslimine ilişkin takipten sonuç alınması da mümkün olamaz.

---

<sup>36</sup> Sabit derece sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akçura Karaman**, s.204-205; **Olgaç**, s.39 vd.

<sup>37</sup> Sicilli taşınırın haczi bakımından, taşınmazlarda olduğu gibi, haciz şerhinin ilgili sicile işlenmesi yeterlidir; taşınır üzerinde ayrıca muhafaza tedbiri uygulanmasına genellikle ihtiyaç duyulmaz.

<sup>38</sup> *"...Somut olayda, şikayet edenin ipotek alacağı, haciz tarihinden sonra olduğundan rüşhanlı alacak olarak kabul edilemez. Dolayısıyla ihale bedelinin hacizden sonra konulan ipoteği karşılması zorunlu değildir. Bu nedenle takip yapan alacaklının alacağına rüşhanlı bir alacak bulunmadığından ihale bedelinin rüşhanlı alacağı karşılama ilkesinin tartışılmasına gerek bulunmadığı gibi, satış ilanının da ipotek alacaklısına usulüne uygun olarak tebliğ edildiği anlaşılmıştır..."* (Y. 12. HD. 22.04.2014, 9056/11887; Legalbank, E.T. 03.03.2017)

Ayrıca bir taşınırın diğer bir taşınırıyla bütünleyici parçası olacak şekilde karışması hâlinde öncelik hakkı, o taşınır varlığın tamamı üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik hükümleri gereği yapılan değerlendirme<sup>39</sup> sonucunda tespit edilen değer yeni varlığın değerine oranı üzerinden<sup>40</sup> rehnin kuruluş anı veya sabit derece sisteminde derecenin sırasına göre belirlenir (Yön. m.33/III). Bir taşınırın misli olan diğer bir taşınırıyla bütünleyici parça olmayacak şekilde karışması hâlinde<sup>41</sup>, karışma oranı kadar yeni varlığın değeri üzerindeki öncelik hakkı, ilerleme sisteminde, rehnin kuruluş anına göre; sabit derece sisteminde ise, derece ve sırasının sahip olduğu öncelik sırasına göre belirlenir (Yön. m.33/IV).

Bir taşınırın başka bir taşınırıyla birleşmesi durumunda rehinli taşınırın değeri diğer taşınırın değerinden daha fazla ise, rehin alacaklısı, kendisiyle birleşilen taşınır varlığın bedelini ödeyerek o varlığın mülkiyetini edindiği takdirde, rehnin kuruluş anı veya derecenin tesis edilme tarihine göre ödenen bedel kadar öncelik hakkına sahip olur (Yön. m.33/V).

Son olarak TRK ve Yönetmelik hükümlerine göre Rehlinli Taşınır Sicili'ne tescil edilerek kurulan rehin hakları, sonraki tarihlerde başka kanunlara göre kurulan rehinlere göre öncelik hakkına sahiptir (Yön. m.33/VIII). Bu durum, rehnin kuruluşunda benimsenen sisteminin ilerleme ya da sabit derece sistemi olmasından bağımsız bir şekilde, sınırlı aynî hakların kurulma anına göre öncelik sırasına sahip olması ilkesine de uygundur.

### **c) Sıra Cetveline İtiraz ve Şikâyet**

#### **aa. Genel Olarak**

Her rehin alacaklısı, sıra cetveli örneğinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde, rehinli taşınır varlığın bulunduğu yer veya rehin alacaklısının yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde ilgililer aleyhine dava açarak cetvel içeriğine itiraz edebilir (Yön.m.34/I; karş. İİK m.142/I). Fakat ileri sürülen itiraz, alacağın esasına ve miktarına ilişkin değil de, yalnızca sıraya ilişkin ise icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidilebilir (Yön. m.34/II; karş. İİK m.142/III).

---

<sup>39</sup> Rehlinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında, alacaklının talebi üzerine, rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince taşınırın değeri, ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Bu değer tespitine itiraz edilmesi hâlinde, mahkemece üç gün içerisinde ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere yeni bir değer tespiti yaptırılır. İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesin olup, bu tespit yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez (TRK m.13/II).

<sup>40</sup> Rehin hakkı, o taşınır varlığın tamamı üzerinde yapılan değerlendirme sonucunda tespit edilen değer yeni varlığın değerine oranı üzerinden paylı rehin olarak devam eder (Yön. m.15/III).

<sup>41</sup> Bir rehinli taşınırın misli olan diğer bir taşınırıyla bütünleyici parça olmayacak şekilde karışması halinde karışma oranı kadar yeni varlığın değeri üzerinde paylı rehne sahip olur (Yön. m.15/IV).

Görüldüğü üzere, Yönetmeliğin, sıra cetveline karşı başvuru yollarını düzenleyen 34. maddesi, İİK'nun 142. maddesiyle hemen hemen aynıdır. Buna göre, sıra cetveline itiraz, sıra cetvelinin maddî gerçekliklerle örtüşmediği, maddî hukuka uygun olmadığı iddiasının genel mahkemede dava formatında ileri sürülmesi olduğu hâlde; sıra cetveline şikâyet, şeklî eksiklikler sebebiyle cetvelin takip hukuku normlarına aykırı olduğu iddiasının icra mahkemesi önünde takip hukukuna özgü bir hukukî başvuru yoluyla ileri sürülmesidir<sup>42</sup>.

### **bb. Sıra Cetveline İtiraz Davası**

Sıra cetveline itiraz davasında, TRK'na göre aynı taşınır varlık üzerinde kurulmuş birden çok rehin hakkının söz konusu olduğu hâllerde, davacı rehin alacaklısı ile davalı bir başka rehin alacaklısı arasında, davalı alacaklının rehin hakkının mevcudiyetine, derecesine ya da rehinli alacağın miktarına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlık maddî hukuk kurallarına göre karara bağlanır ve davada verilen nihaî karar, kesinleştiğinde maddî anlamda kesin hüküm gücünü kazanır. Dolayısıyla, davanın sebebi, rehin alacaklıları ile rehin borçlusunu arasındaki hukukî ilişkiden doğan, maddî hukuk menşei bir soruna dayanmakta olup; ispata ilişkin olarak ise, davada ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu hakkında herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri esas alınarak yapılan değerlendirmeye göre davalı alacaklı, alacağının varlığını ve miktarını ispat etmekle mükelleftir; yani, davalı alacaklı, davacı tarafından inkâr edilen alacağına yönelik ispat faaliyetini genel hükümlere göre yürütmek durumundadır<sup>43</sup>. Bu noktada ikrar, sıra cetveline itiraz davası bakımından da geçerli ve bağlayıcı olup, ikrara bağlanan hukukî sonuçlar bu davada da ortaya çıkar.

Ayrıca basit yargılama usulüne göre görülüp karara bağlanan sıra cetveline itiraz davasında verilen hüküm kesinleşmeden, birinci derecedeki rehin alacaklısına, rehinli taşınırın teslimi gerçekleştirilmez (karş. İİK m.142/a). Yine, TRK çerçevesinde yapılan rehin sözleşmesinin tarafları (rehin borçlusunu ile rehin alacaklısı) arasında daha önceden görülen ve karara bağlanan bir davada, rehin alacaklısının alacaklı olduğu kesin hükümle tespit edilmiş olsa bile, bir başka rehin alacaklısının, bu alacaklıya karşı sıra cetveline itiraz davası açması mümkündür. Zira kesin hüküm, tarafları aynı olan davalarda söz konusu olup, üçüncü bir kişinin taraf olduğu gelecekteki bir dava bakımından etki doğurmaz<sup>44</sup>. Davanın kabulü hâlinde mahkemenin, rehin alacaklılarının sıra cetvelindeki derece ve sıralarını yeniden belirleyip, buna göre değişiklik yapılmasına karar vermesi; bunun üzerine de icra müdürlüğünün, verilen hükme göre sıra cetvelini düzeltmesi gerekir. İcra müdürlüğü, karara göre

---

<sup>42</sup> Meriç, s.242-243.

<sup>43</sup> Meriç, s.222-223.

<sup>44</sup> Meriç, s.196; ayrıca bkz. s.240.

gerekli düzeltmeleri yapmaz ya da karara uygun olmayan düzeltmeler yaparsa, davanın tarafları şikâyet yoluna başvurabilirler.

### cc. Sıra Cetveline Karşı Şikâyet Yolu

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre yapılan özel takip prosedüründe, şikâyet nedenleri bakımından İİK'nun 16. maddesi kıyasen uygulanır. Fakat, TRK'na göre yürütülen özel takip prosedürü çerçevesinde hazırlanan sıra cetveli, haciz yoluyla takipteki sıra cetveliyle bire bir aynı özellikleri taşımadığından (örneğin, haciz yoluyla takipte hacze iştirak eden haciz alacaklıları arasındaki derece ilişkileri, TRK'na göre yürütülen takipteki sıra cetvelinde söz konusu olmadığından), burada şikâyet sebeplerinin, genel takip yollarına nazaran oldukça sınırlı ölçüde kalacağı söylenebilir.

Öte yandan, sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvuruda varlığı aranan menfaat ihlâlinin gerçekleştiğinin kabulü için, talepte bulunanın hukukî durumunun icra müdürlüğü tarafından doğrudan etkilenmiş olması ve aynı zamanda ihlâl edilen menfaatin güncel, hukukî ve takip hukuku boyutunun da bulunması gerekir<sup>45</sup>. Bu itibarla, birden çok rehin alacaklısının hukukî yararının bulunduğu hâllerde, her bir rehin alacaklısının sıra cetveline karşı ayrı ayrı şikâyet yoluna başvurması da mümkündür. Ayrıca güncel hukukî durumu doğrudan etkilendiği takdirde hukukî yararının bulunduğu kabul edilen rehin borçlusunun da şikâyet yoluna başvurması mümkündür. Şikâyet yoluna başvuran, şikâyete konu sıra cetveline ilişkin somut bilgilerin yanı sıra, şikâyet talebinin dayanağını oluşturan maddî vakıa iddiasını (yani hukuka aykırılığın somutlaştığı olguyu) da belirtmek zorundadır<sup>46</sup>.

Sıra cetveline yönelik şikâyet yoluna gidilmesi, genel hükümlerde olduğu gibi, TRK'na göre yürütülen özel takip prosedürü bakımından da takibi durdurucu bir etki taşımaz. Fakat sıra cetveli kesinleşmeden, birinci derecede yer alan rehin alacaklısına rehinli taşınırın teslimi gerçekleşmez. Zira şikâyet incelemesi sonucunda sıra cetvelinin tamamen değişmesi olasılığı bulunduğundan, şikâyete başvuranın talebine ya da icra mahkemesinin kararına bağlı olmaksızın Yönetmelik'te öngörülen icra emri aşamasına geçilmemesi uygun olur (karş. İİK m.142/a).

Sıra cetveline yönelik şikâyet incelemesi basit yargılama usulüne tâbi olup, icra mahkemesi tarafından duruşmalı olarak veya dosya üzerinden yapılabilir. Bu bağlamda, şikâyet incelemesinin sonucundan etkilenmesi muhtemel kişiler bulunduğu takdirde, taraflarla birlikte bu kişilerin de dinlenilmesi mahkemece gerekli görülürse, duruşma açılarak yargılamaya devam olunabilir. Ancak

---

<sup>45</sup> Meriç, s.250-251.

<sup>46</sup> Meriç, s.260.

böyle bir gereksinimin bulunmaması hâlinde, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmesi daha uygun olur. Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmayı uygun gördüğü takdirde, en geç on gün içinde bu incelemenin tamamlanıp karara bağlanması gerekir (karş. İİK m.18). Şikâyet incelemesi sonucunda, mahkeme, sıra cetvelindeki usulî bir eksiklik veya yanlışlığın giderilmesine karar verirse, bu karar sadece şikâyete başvuran rehin alacaklısını değil, sıra cetvelindeki bütün ilgilileri etkileyebilir<sup>47</sup>. Bu durumda, mahkeme, sıra cetvelindeki usulî eksiklik veya yanlışlıktan etkilenen bütün ilgililer bakımından sıra cetvelinin iptaline karar verirse, icra müdürlüğü yeniden sıra cetveli hazırlar ve bu şekilde hazırlanan yeni sıra cetveline karşı da tekrar şikâyet yoluna başvurulabilir. Fakat bu durumda şikâyetin kapsamı, sadece yapılan değişikliklerle sınırlı olur<sup>48</sup>.

### 3. Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtiraz

İcra müdürlüğü, sıra cetveline itiraz edilmemesi hâlinde yahut itiraz veya şikâyetin reddedilmesi üzerine, mevcut durumu, rehinli taşınır varlık üzerindeki sonra gelen rehin hakkı sahiplerine bir ihbarname ile bildirir ve borçlu ile rehin veren üçüncü kişi ise taşınır varlığın maliki üçüncü kişiye birer ödeme emri gönderir (Yön. m.35/I). Ödeme emrinde, borcu ödeme süresinin 15 gün olduğu; ödeme emrine yedi gün içinde itiraz olunmaz ve ödeme süresi olan 15 gün içinde de borç ödenmezse, rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği hususları, rehin veren borçluya bildirilir (Yön. m.35/II).

Ödeme emrinin Yönetmelik'te kaleme alınış biçimine bakıldığında, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibe ilişkin İİK'nun 146. maddesinin esas alındığı söylenebilir. Zaten ödeme emrine itiraz hakkında da, İİK'nun 148 ila 150/d maddesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hususuna yer verildiği görülmektedir (Yön. m.36/I). Dolayısıyla, TRK'na göre yürütülen özel takip prosedürünün kısmen taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibe benzetilmek istendiği sonucuna varılabilir. Fakat kanımızca Yönetmeliğin bu hükmü TRK'nun öngördüğü sisteme aykırıdır. Çünkü TRK'nun öngördüğü özel takip prosedüründe para alacağının tahsilinden ziyade rehinli taşınırın mülkiyetinin devri amaçlandığından, yalnızca para alacağının tahsiline yönelik bir kavram olan "ödeme emri"ne yer verilmiş olması TRK'nu aşan nitelikte bir düzenlemedir. Yine, ödeme emrine itiraz başlığı altında, sırf rehin hakkına yönelik itirazın söz konusu olması hâlinde<sup>49</sup>, itiraz karara bağlanıncaya kadar mülkiyetin alacaklıya devredilmeyeceği; bu aşamada

---

<sup>47</sup> Meriç, s.267-268.

<sup>48</sup> Ayrıca bkz. Meriç, s.270.

<sup>49</sup> "Rehlin geçersizliğine ilişkin itirazların İİK.nun 146 ve 147. maddeleri gereğince icra dairesine yapılması gerekir." (Y. 12. HD. 26.06.2012, 4742/22586; Legalbank, E.T. 03.03.2017)

rehin hakkına itiraz edilmediği takdirde, bundan sonra yapılacak itirazların da dinlenmeyeceği düzenlenmiştir (Yön. m.36/II). Kanımızca bu hüküm de TRK'na aykırı olup, bu noktada Kanun'da hiç bahsedilmeyen ve yer verilmeyen bambaşka bir prosedürün getirilmiş olması son derece vahimdir. Zira cebrî icra hukuku kapsamındaki bütün takip yollarının kanunla düzenlenmesi gerektiği, kanunla düzenlenmeyen takip yollarının yönetmelikle getirilemeyeceği hususu en temel takip hukuku ilkelerinden birisi konumunda olup; TRK ile getirilen özel takip prosedürünün aşamaları ile ilgili Yönetmelik'te yer verilen detaylı hususların TRK ile düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur.

Öte yandan, TRK'ya göre yapılan ve rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrini konu alan takipte, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin kredi kurumlarıyla ilgili bir düzenlemeyi ihtiva eden İİK m.150/ı hükmünün saklı olduğu hususuna da, Yönetmelik'te ayrıca yer verilmiştir (Yön. m.35/III). Esasen bankaların alacaklı konumunda bulunduğu ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından işlerlik kazanan İİK'nun 150/ı maddesinin, bankalar dışındaki alacaklılar tarafından (örneğin, cari hesap şeklinde işleyen banka kredileri dışındaki finansal kiralama veya acentelik sözleşmelerinden doğan ticarî alacaklar bakımından) yapılan takiplerde uygulama alanı bulunmadığı göz önüne alınacak olursa<sup>50</sup>, İİK'nun anılan hükmünün, Kanun koyucu tarafından, TRK kapsamında yürütülen özel takip prosedüründen ayrıksı tutulma ihtiyacı duyulmuş olmasının gerekçesi anlaşılmamaktadır. Kaldı ki, TRK'na göre kurulan rehin sözleşmelerinin konusunu taşınır varlıklar üzerindeki rehinler oluşturduğuna göre, taşınmazlar üzerindeki ipoteklerle ilgili bir düzenleme olan İİK'nun 150/ı maddesinin, tabiatıyla TRK'ndan etkilenmeyeceği söylenebilir.

#### 4. İcra Emri

Ödeme emrine itiraz edilmediği yahut itirazın kaldırıldığına dair icra mahkemesinden veya itirazın iptal edildiğine dair asliye hukuk mahkemesinden alınmış ilâm icra müdürlüğüne verildiği takdirde, icra memuru, bir icra emri tebliğ etmek suretiyle, borçluya veya taşınır varlığın zilyetliğini elinde bulunduran üçüncü kişiye, yedi gün içinde o varlığın alacaklıya teslimini emreder (Yön. m.37/I).

İcra emrinde; rehin alacaklısına ve rehin borçlusuna ait takip talebindeki bilgilerden başka; ayrıca rehinli taşınır varlık üçüncü kişinin zilyetliğinde ise,

---

<sup>50</sup> Bkz. **Budak**, s.166-167 ve oradaki dn.42; "İİK'nun 150/ı ve buna bağlı olarak uygulanacak olan 68/b maddesi bankalar lehine düzenlemeleri içermekte olup, bankalar dışındaki diğer gerçek ya da tüzel kişiler yönünden uygulanma imkanı yoktur." (Y. 12. HD. 13.11.2014, 27116/ 27086; Legalbank, E.T. 03.03.2017); aksi yönde bkz. **Yılmaz, E.:** "Kredi Kuruluşlarının İİK m.68/B ve İİK m.150/ı Hükümlerinden Yararlanması" (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.II, Ankara 2015, s.1867-1885), s.1884-1885.

yani üçüncü kişi kendisine ait taşınır varlığı borçlu lehine rehin göstermiş ise, bu üçüncü kişinin adı, soyadı, kimlik numarası, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcisinin adı, soyadı, kimlik numarası, imzası ve teslim konu varlığın neden ibaret olduğu ile taşınır varlığın kendisinden zorla teslim alınacağı hususu yazılır (Yön. m.37/II).

Borçlu veya rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişi ödeme emrinin gereğini yapmaz ise veya eksik yapar ve rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurmaya devam ederse rehinli taşınır varlık elinden zorla alınıp rehin alacaklısına verilir ve bu husus Sicile bildirilir (Yön. m.37/III).

Esasen, Yönetmelik'te geçen "icra emri" ifadesinden maksat, rehinli taşınırın rehin alacaklısına teslim edilmesi yönünde, icra müdürlüğünce verilen muhtradan ibarettir. Burada teknik anlamda bir icra emrinden söz edilmesi mümkün değildir. İcra emri, ancak ilâmlı icrada işlevi olan bir icra takip işlemidir. Halbuki burada ilâm ya da ilâm niteliğinde bir belgenin varlığından söz edilemez. Yönetmelik'te bu kavramın kullanılmış olması, ilâmlı icra ile ilgili bir prosedürü çağrıştırıyor gibi görünse bile, aslında ilâmlı icraya ilişkin İİK'nun 24/III hükmünün kıyasen uygulanmasından başka bir amaca hizmet etmez. Dolayısıyla, ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra icra müdürlüğünce tebliğ edilmesi öngörülen icra emrini, bir tür muhtıra olarak düşünmek gerekir. Bu bağlamda, kavram kargaşasının önüne geçmek adına, Yönetmelik'te değişiklik yapılması uygun olur.

Öte yandan, icra müdürü tarafından borçluya veya taşınır varlığın zilyetliğini elinde bulunduran üçüncü kişiye "icra emri" tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin Yönetmeliğin 37/I hükmü de, TRK ile örtüşmeyen başka bir noktadır. Zira Yönetmeliğe göre icra emrinin gönderilmesi, ödeme emrinin kesinleşmesinden sonraki bir aşama olarak öngörülmüş olup, TRK'nda ödeme emri ve ödeme emrinin kesinleşmesi gibi kavramlarla ilgili hiçbir ipucuna dahi yer verilmediği düşünülecek olursa, icra emri tebliği için ödeme emrinin kesinleşmiş olması şartı getirilmesinin yasal bir dayanağının olmadığı da ortadadır. Ayrıca Kanun koyucunun TRK ile özel bir takip yolu öngörmesindeki maksat, zaten ilâmsız icrayı aşmak ve Anglosakson hukuk sistemlerinde görüldüğü gibi doğrudan rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini gerçekleştirmek olabilir. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesini, Yönetmelik hükümleriyle bertaraf etmek yahut etkisiz kılmak isabetli bir tercih olarak düşünülemez. Kaldı ki, icra emri gönderilmesinden önce, bu şekilde ödeme emri ve ödeme emrine itiraz kavramları kullanılarak ilâmsız icraya dair bir sistematiki anımsatan takip prosedürünün getirilmesiyle, TRK'nda tasarlanan özel takip yolunun amacından saptırılıp işlevsiz bırakılmasına dahi yol açılabileceği göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, borcunu vadesinde ödemeyen rehin borçlusuna icra emri tebliğinden önce ödeme emri gönderilmesi ve ödeme emrinin kesinleşmesi aşamalarının kaldırılarak, borçlunun doğrudan icra emri



ile muhatap alınmasını sağlamak için 35. ve 36. maddelerin Yönetmelik'ten çıkarılıp, 37. maddenin ise yeniden kaleme alınmasında yarar görülmektedir.

### 5. Rehin Açığı Belgesi

TRK'na göre rehinli taşınırın mülkiyetinin talep edildiği takip devam ederken, rehinli taşınırın objektif değerinin, takip talebinin ekindeki ekspertiz/ değerlendirme raporunda öngörülen değer altına düşmesi sebebiyle rehinli alacağın tam olarak karşılanamayacağı anlaşılmaya üzerine, talep üzerine icra müdürlüğüne rehin alacaklısına "geçici rehin açığı belgesi" verilebilir<sup>51</sup>. Rehin alacaklısı, TRK'na göre yürütülen, mülkiyetin devrine ilişkin özel takip devam ederken, diğer yandan da ayrı bir takip yaparak geçici rehin açığı belgesiyle birlikte genel hükümlere göre haciz ya da iflâs yoluna başvurabilir<sup>52</sup>. Zira, geçici rehin açığı belgesinin düzenleniş amacı, alacaklının bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini talep edebilmesi ve hacze iştirak kuralları çerçevesinde diğer alacaklıların haczine iştirak edebilmesinin sağlanmasıdır. Böylece alacaklı, TRK'na göre yürüttüğü mülkiyetin devri talepli özel takip prosedürü sürerken, mülkiyetini devraldığı taşınırdaki yaşanması muhtemel değer düşüşünden dolayı tahsil edilemeyeceği anlaşılan bakiye alacağını, borçlunun haczi kabil diğer malvarlığından rüçhansız şekilde tahsil edebilir<sup>53</sup>.

Diğer yandan, TRK'na göre yapılan mülkiyetin devri talepli özel takip sonucunda mülkiyeti devralınan rehinli taşınırın değeri rehin alacaklısının alacağını karşılamaya yetmediği takdirde, icra müdürlüğüne, alacaklıya, alacağının fark tutarını gösteren "kesin rehin açığı belgesi" verilir (Yön. m.38/I). Bu çerçevede verilen rehin açığı belgesi, İİK'nda düzenlenen rehin açığı belgesi ile aynı hukukî sonuçları doğurur (Yön. m.38/III). Alacaklı da, bu belgeyle birlikte, alacağının karşılanmayan kısmı için, TRK'na göre yapılan takip sonrasında, genel hükümlere göre haciz ya da iflâs yoluyla takibe başvurabilir.

---

<sup>51</sup> **Antalya/Acar**, s.142.

<sup>52</sup> Bu noktada, rehin alacaklısının, TRK'na göre yürütülen ve rehinli taşınırın mülkiyetinin devrine ilişkin özel takip dosyası üzerinden haciz veya iflâs talep edemeyeceğini; ayrı bir takip dosyası üzerinden genel hükümler çerçevesinde yeni bir takip başlatması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü TRK'na göre yapılan özel takip yolunun amacı ve konusu, sırf belli bir miktar para alacağının tahsili olmayıp, bizatihi rehinli taşınırın kendisidir. Bunun yanı sıra, TRK ve Yönetmelik'te genel hükümlere göre takip yollarının ayrıca düzenlenmiş olması, özel takip yolunun münhasıran rehinli taşınırla ilgili olduğunu; borçlunun diğer malvarlığının ise, ancak başka bir takibin konusunu teşkil edebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla, haciz ya da iflâs yolundan farklı olarak, bu özel takip yolunda nihai sonuç, rehinli malın devri olduğu için, geçici rehin açığı belgesiyle birlikte alacaklının tercihine göre haciz veya iflâs talepli yeni bir takip dosyası açması daha isabetli görülmektedir.

<sup>53</sup> **Kuru, B.:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s.447.

## II. Rehinli Alacağın Varlık Yönetim Şirketine Devredilmesi

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda ve Yönetmelik'te, borçluya ait rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralma yetkisi bulunan birinci derece alacaklının, bu yetkisini kullanmak yerine, rehinli alacağını, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine veya üçüncü kişilere devredebileceği; alacağı devralan bu kişilerin ise, böylelikle alacaklının halefi sıfatını taşıyacaklarından, TRK ve Yönetmelik uyarınca alacaklıya verilmiş olan bütün yetkilerle birlikte alacaklının, rehinin kurulma anına göre elde ettiği rehin sırasına da hak kazanacakları düzenlenmiştir (TRK m.14/I-b; Yön. m.41/I).

Her şeyden önce, varlık yönetim şirketleri, bankaların, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ve diğer malî kurumlarla kredi sigortası hizmeti veren sigorta şirketlerinin alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması veya üçüncü kişilere satışı gibi faaliyetlerde bulunmak ya da bu konularda aracılık, destek ve danışmanlık hizmeti vermek amacıyla kurulabilen, kuruluş ve faaliyet esasları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenen şirketlerdir (Bankacılık Kanunu m.143/I)<sup>54</sup>. Buradan hareketle, varlık yönetim şirketlerinin, kural olarak yalnızca banka, TMSF gibi malî kurumların alacaklarının tahsili amacıyla faaliyet gösterebileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan, taşınır varlıklara ilişkin rehin sözleşmesinin taraflarının kimlerden oluşabileceği ise TRK m.3'te açıkça düzenlenmiş olup, kredi kuruluşlarının yanı sıra, alelade tacirler ve esnaf da rehin sözleşmesinin alacaklısı ya da borçlusu konumunda bulunabilirler. Bu itibarla, varlık yönetim şirketlerinin, alelade tacir ya da esnaf sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilere ait alacakları devralma ve tahsil etme yetkileri münhasıran 6570 sayılı TRK'na dayandığından dolayı, bu Kanun kapsamında kurulan rehin sözleşmesinin alacaklısı konumundaki tacir veya esnafın da, rehinli alacağını varlık yönetim şirketlerine devretmesi kanunen mümkün hâle getirilmiştir.

Fakat, TRK'nun 14/I-b hükmüne göre, muaccel borcunu ödemedede temerrüde düşen borçlu karşısında rehin alacaklısının sahip olduğu, rehinli alacağın devrini öngören bu yetki, yalnızca varlık yönetim şirketlerine yönelik kullanılabilirdiğinden dolayı, rehinli alacağın varlık yönetim şirketleri dışındaki üçüncü kişilere devri, TRK 14. madde bağlamında mümkün kılınmamıştır<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Ayrıca bkz. Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik m.11.

<sup>55</sup> Esasen, rehin alacaklısının, müeccel veya muaccel bir alacağını herhangi bir üçüncü kişiye devretmesinde hukuken engel yoktur; dolayısıyla rehin hakkı bir fer'i hak olması sebebiyle, devralan yeni alacaklıya geçer. Fakat rehin alacaklısının, özel hükümler öngören TRK kapsamında taşınır rehniyle teminat altına alınmış alacağını tahsil edebilmek için yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden dolayı, alacağın tahsili aşamasında artık rehinli alacağı varlık yönetim şirketleri dışındaki üçüncü kişilere devredemeyecektir.

Zira anılan düzenlemede yalnızca varlık yönetim şirketlerine devirden söz edilmiştir. Kanun koyucunun, alacağın devri bakımından hangi gerekçeyle bu şekilde bir sınırlandırmaya gereksinim duyduğu ise anlaşılmamaktadır. Hatta bu sınırlandırmanın, irade serbestisi prensibine uygunluğu dahi tartışmaya açıktır. Dolayısıyla, rehin alacaklısı, temerrüde düşmüş borçluya karşı genel hükümler dairesinde takip yollarına başvurabilmek için, rehinli alacağını devralmayı taahhüt eden bir varlık yönetim şirketi bulamadığı takdirde, TRK'nda öngörülen diğer yetkileri<sup>56</sup> devreye sokmak zorunda kalacaktır. Bu noktada, TRK 14. maddede zikredilen yasal seçeneklerin her biri ayrı ayrı yerine getirilmesi gereken takip şartlarından sayılmakla beraber, rehin alacaklısı, ancak bunlardan her birini denemesine rağmen alacağını tahsil edemezse, genel hükümlere göre takip yollarına gidebilecektir. Bir başka ifadeyle, anılan düzenlemede yer alan takip şartlarının her biri dürüst, makul, objektif ve iyiniyetli bir rehin alacaklısı tarafından yerine getirildiği hâlde alacağın tahsilinde başarıya ulaşılamazsa, genel hükümlere göre takip yollarına müracaat yolu açık hâlde gelecektir. Aksi takdirde, TRK 14. maddede sayılan yasal seçenekler devreye sokulmadan, doğrudan genel hükümlere göre takibe başvurulursa, borçlu, takip şartı noksanlığına ilişkin bu hususu, ödeme emrine itirazında ileri sürdüğü takdirde, takibi akamete uğratabilecektir.

### **III. Rehinli Taşınır Malın Kiralama ve Lisans Hakkının Kullanılması**

#### **A. Zilyetliğin Devrine Konu Olmayan Taşınır ve Taşınmaz Varlıklar Üzerindeki Kiralama Hakkının Kullanılması**

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14/I-c hükmünde zikredilen kiralama hakkından maksat, borçluya ait olup zilyetliği devredilemeyen taşınır malların (örneğin, ticarî plakalar ve ticarî hatlar) kiralama hakkının doğrudan rehinli alacaklı tarafından kullanılması yahut üçüncü kişilere kullandırılmasıdır. Nitekim Yönetmeliğin 41. maddesinin ikinci fıkrasında, TRK'na göre rehne konu edilebilecek olan taşınır varlıklardan mülkiyeti veya zilyetliği devredilemeyenlerin kiralama hakkının, borçlu borcunu süresi içinde ödeyemeyip temerrüde düştüğü takdirde, doğrudan rehinli alacaklı tarafından kullanılabilmesi veya üçüncü kişilere kullandırılıp, buradan elde edilecek kira geliriyle rehinli alacağın tahsil edilebileceği düzenlenmiştir.

Öte yandan, mülkiyeti üçüncü kişilerde bulunan taşınmaz varlıklar üzerindeki borçluya ait kiracılık hakkı da, TRK'nun 5/I hükmüne göre taşınır rehnine konu edilebilir. Bu bağlamda Kanun koyucu, TRK'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında, üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıklar arasında kiracılık hakkını da saymıştır (TRK m.5/I-ğ). Bu itibarla, TRK'na göre yapılan

---

<sup>56</sup> Rehinli taşınırın mülkiyetinin devri talebi veya kiralama/lisans hakkının kullanımı.

rehin sözleşmesinin konusu, zilyetliğin devrine konu olmayan bir taşınır varlığa (örneğin, ticarî taksi plakası veya şehir içi toplu taşıma hattı) ya da üçüncü kişinin mülkiyetindeki bir taşınmaz mala ilişkin borçluya verilen kiracılık hakkı (örneğin, ürün kirası) olduğu takdirde, borçlunun borcunu ödemediği takdirde düşmesiyle, bu kiracılık hakkı rehinli alacaklıya geçebilecektir<sup>57</sup>. Ayrıca, ticarî, sınai veya zirai bir işletme üzerinde kurulan ürün kirası sözleşmesinde borçluya tanınan kiracılık hakkının yanı sıra, pastane, restoran, otel ve hatta tüm tesisleriyle bir fabrikanın kiralanması dahi ürün kirası niteliğinde sayıldığından<sup>58</sup>, anılan işletmeler üzerinde ürün kirası bağlamındaki kiracılık hakkının da TRK'na göre taşınır rehnine konu edilmesi hâlinde, rehinli alacaklı, borçluya ait bu kiracılık hakkını doğrudan kendisi kullanabilecek yahut üçüncü kişilere kullandırıp, bir nev'i alt kiraya vererek buradan elde edeceği kira geliriyle de rehinli alacağını tahsil edebilecektir.

Keza, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu<sup>59</sup>nun 19. maddesinde, fikrî ve sınai haklar haricinde kalan ve bütünleyici parça veya eklenti niteliklerine bakılmaksızın bütün taşınır ve taşınmaz malların, tek başına finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği hususuna yer verilmiştir. Bu itibarla, 6361 sayılı FKFK'nun 26. maddesi uyarınca, finansal kiralama sözleşmesinde kiracı konumundaki taraf (yani, TRK'na göre kurulan taşınır rehninde borçlu taraf), zilyetliği devredilemeyen bir varlık üzerindeki kiracılık sıfatını veya finansal kiralamadan doğan haklarını, kiralayandan izin almak kaydıyla devredebilir. Dikkat edilirse, burada, borçlu tarafından finansal kiralama konusu malın mülkiyeti veya zilyetliği değil; mala ilişkin kiracılık hakkı devredilebildiği için, kiracının finansal kiralama sözleşmesinden doğan bu kiracılık hakkını da TRK'na göre taşınır rehnine konu edebilmesi mümkündür. Zira TRK'nun 5/1-ğ hükmünde belirtilen kiracılık hakkı ibaresinin kapsamına, zilyetliğin devredilemeyen bir varlık (örneğin, bir bilgisayar yazılımının elektronik ortamda çoğaltılmış nüshaları<sup>60</sup>) ile ilgili finansal kiralama sözleşmesinden doğan kiracılık hakkının da dahil edilmemesi için yasal herhangi bir gerekçe yoktur<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Şit İmamoğlu, s.44. Fakat kiracılık hakkının devri bakımından kiraya verenin rızası arandığı için, kiracılık hakkı üzerinde TRK'na göre rehin kurulabilmesi için de, Kanun'da aksi yönde bir düzenleme sevk edilmediğinden, kiraya verenin rızası gerekir.

<sup>58</sup> Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.453.

<sup>59</sup> RG. 13.12.2012, Sa. 28496.

<sup>60</sup> Bkz. 6361 sayılı FKFK m.19/1.

<sup>61</sup> Öte yandan 6361 sayılı FKFK'nun 27. maddesinde, finansal kiralama sözleşmesinin kiralayana tarafının (yani kiracının), finansal kiralama konusu malın mülkiyetini üçüncü kişiye devredemeyeceği; taraflar arasındaki sözleşmede böyle bir yetkinin tanınması hâlinde ise, devrin ancak başka bir kiralayana yapılabileceği öngörüldüğünden, finansal kiralamaya konu taşınır varlıkların TRK kapsamındaki taşınır rehnine konu edilemeyeceğini ve Yönetmeliğin 2. maddesinde düzenlenen ve TRK'nun uygulama alanı dışında bırakılan

Dolayısıyla, TRK'na göre kurulan rehin sözleşmesinde borçlu taraf, borcunu süresinde ifa etmediği takdirde, rehinli alacaklı, zilyetliğin devrine konu edilemeyen borçlunun mülkiyetinde bulunan rehne konu taşınır varlıkları doğrudan kendisi kiralayabilir, kullanabilir, işletebilir yahut alt kiraya vererek üçüncü kişilere kullandırabilir veyahut mülkiyeti üçüncü kişilerde bulunan taşınmaz varlıklar üzerindeki borçluya ait kiralama hakkını doğrudan kendisi kullanmak isteyebilir ve bu kiralama hakkını, TRK ve Yönetmelik uyarınca kira konusu varlığın malikine yöneltebilir.

Kural olarak, Medenî Kanun, kiracılık hakkı gibi, devredilmeye elverişli ve parayla ölçülebilen bir değeri bulunan haklar üzerinde de rehin hakkı kurulmasına cevaz vermektedir (TMK m.954/I). Gerçi, rehni kabil haklar üzerinde rehin kurulmasıyla, bu hakkın rehinli alacaklıya geçmesi sonucu doğmaz; hak sahibi hakkın özünü, yani hakkın bizatihi kendisini kaybetmez; fakat rehinli alacaklı, üzerinde rehin kurulan hakkın kendisini değil, salt rehin konusu hakkın cebri icra organları aracılığıyla paraya çevrilmesiyle, alacağını tahsil etme yetkisini elde eder<sup>62</sup>. Buradan hareketle (borçluya ait kiracılık hakkı da, TRK'na göre rehnedilebildiğine göre), borçlu borcunu süresinde ifa edemezse, rehinli alacaklının, borçluya ait kiracılık hakkını İİK'nun 145 vd. hükümleri doğrultusunda taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibine konu edip, rehinli taşınır varlık olan kiracılık hakkının İİK'nun 106 ila 112. vd. maddelerine göre icra dairesince satışından elde edilecek parayla alacağını tahsil etmesi gerekir diyebilirdik. Fakat, kiracılık hakkı gibi, devri kabil ve parasal değeri bulunan haklar üzerinde kurulan rehin hakkı<sup>63</sup>, esasen konusunu oluşturan hak ile özdeş nitelikte olduğundan<sup>64</sup>; bir başka ifadeyle, gerçek anlamda tüm boyutları itibariyle bir aynı hak niteliği taşımadığından<sup>65</sup>, konuyu hak üzerindeki intifa hakkı gibi değerlendirmek ve TRK'na göre rehnedilen kiracılık hakkının da, rehin hakkı sahibi alacaklı tarafından İİK'nun 112 vd. hükümlerine göre paraya çevrilerek değil; İİK 31. maddede yer alan, bir irtifak hakkının yüklenmesine ilişkin ilâmlı icra takibi hakkındaki hüküm kıyasen uygulanmak suretiyle kullanılmasının sağlanması düşünülmelidir. Aksi

---

sözleşme türleri arasında kabul etmek gerektiğini belirtmekte yarar vardır. Nitekim finansal kiralama sözleşmesinin kiracısı aleyhine icra takibi yapılması hâlinde de, finansal kiralama konusu malların icra müdürü tarafından ayrılarak takibin dışında tutulacağı da Kanun'da belirtilmektedir (FKFK m.28/II).

<sup>62</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.1051-1052, p.3796; **Akipek, J./ Akıntürk, T.**: Eşya Hukuku, 1. B., İstanbul 2009, s.871.

<sup>63</sup> Hak ve alacaklar üzerinde kurulan rehin hakkının hukukî niteliği ile ilgili doktrinde yer alan görüş ve tartışmalar için bkz. **Şensöz, E./ Özbilen, A.B./ Savaş, B.**: "Alacak Rehininin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehni Yükü Bakımından Kapsamı" (İTÜSBD, S-8, Güz 2005/2, s.233-252), s.235-237.

<sup>64</sup> **Serozan**, s.362, p.1552.

<sup>65</sup> **Serozan**, s.362, p.1552; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.361-362; **Tekinay-** Menkul, s.146.

takdirde, Kanun koyucunun TRK ile yerleştirmek istediği sistem işlemez hâle gelecektir.

## **B. Zilyetliğin Devrine Konu Olmayan Fikrî ve Sınai Mülkiyete Tâbi Varlıklar Üzerindeki Lisans Hakkının Kullanılması**

### **1) Genel Olarak**

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14/I-c hükmünde zikredilen lisans hakkından maksat, bir firmanın geliştirdiği veya üretim hakkına sahip olduğu, maddî ya da gayrimaddî bir mala ilişkin, bir başka firma ya da firmalara üretme, teknolojisini kullanma ya da dağıtım kolaylıklarından yararlanma hakkı veren, inhisarî veya inhisarî olmayan nitelikte hak ve yetkiler sağlayan izindir. Bu bağlamda, TRK'nun 5. maddesinde sayılanlar arasında lisans sözleşmesine konu edilebilen taşınır varlıklar (örneğin, sınai mülkiyete konu haklar) da mevcuttur ve bunlar üzerinde de TRK uyarınca rehin kurulması mümkündür. Dolayısıyla, borçluya ait olup da, zilyetliği devredilemeyen ve fakat herhangi bir lisans sözleşmesine konu olabilecek nitelikteki (örneğin, marka/patent/faydalı model/endüstriyel tasarım gibi) taşınır varlıklara ilişkin lisans hakkı, borçlunun borcunu ödemedede temerrüde düşmesi durumunda, TRK'nun 14/I-c ve Yönetmeliğin 41/II hükümleri uyarınca doğrudan rehinli alacaklı tarafından kullanılabilir yahut üçüncü kişilere kullandırılabilir.

Her ne kadar TRK'nun 8. maddesinin üçüncü fıkrasında, bir sicile tescili zorunlu taşınırlar üzerinde TRK kapsamında tutulan Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil edilmek suretiyle rehin kurulamayacağı düzenlenmiş ise de; anılan düzenlemeyi marka, patent, tasarım gibi haklar üzerinde TRK'na tâbi olacak şekilde hiçbir surette rehin kurulamayacağı şeklinde yorumlamak isabetli olmayıp, Kanun koyucunun güttüğü amaca da uygun düşmez<sup>66</sup>. Zira, TRK'nun 5/II hükmünde, aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan taşınır varlıkların rehni, şayet diğer kanunlarca tutulan bir sicile tescili gerektiriyorsa, bu rehlin, ilgili sicillere bildirileceği ve anılan sicillerde önceden tesis edilmiş başka rehinler olması hâlinde ise, TRK'na göre kurulan ve ilgili sicile bildirilen rehlin, diğer rehinden sonraki sırada yer alacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla Kanun koyucu, marka/patent/faydalı model/endüstriyel tasarım gibi hakların yanı sıra da, ticaret unvanı/işletme adı gibi varlıkların da TRK'na göre taşınır rehinine konu edilebileceğini; ancak bu hakların, TRK dışında diğer kanunlar<sup>67</sup> gereğince tutulan diğer sicillere<sup>68</sup> tescili gerekiyorsa, TRK'na göre kurulan taşınır rehнинin,

---

<sup>66</sup> Aksi yöndeki görüş için, bkz. Şit İmamoğlu, s.27.

<sup>67</sup> Örneğin, marka/patent/endüstriyel tasarım için 6769 sayılı SMK yahut ticaret unvanı/işletme adı için 6102 sayılı TTK.

<sup>68</sup> Örneğin, sınai mülkiyet haklarına ilişkin bilgilerin yer aldığı kayıt ortamına yahut ticaret siciline.

ilgili sicile bildirilmesiyle işlemin tamamlanacağını öngörmüştür. Eğer Kanun koyucunun amacı, marka/patent ya da ticaret unvanı/işletme adı gibi, TRK dışındaki diğer kanunlar uyarınca tutulan sicillere tescil edilerek üzerinde rehin kurulması mümkün olan hakları TRK'nun kapsamı haricinde bırakmak olsaydı, hem TRK 5/I hükmünde bu taşınır varlıkları tek tek zikretmez hem de TRK 5/II hükmündeki ilgili sicile bildirim hususundan hiç bahsetmez idi. Kaldı ki, Yönetmeliğin 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan düzenlemelere bakıldığında, bu Yönetmeliğin, rehne konu taşınır varlığı rehin alacaklısına teslim etmeksizin özel siciline tescil edilmek suretiyle kurulan rehinlere uygulanacağı; bununla birlikte teslim şartlı taşınır rehni, sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehinlerle mevduat rehni, motorlu taşıt rehni, hava aracı ipoteği, gemi ipoteği, maden hakkı ve cevher rehni ile ilgili sözleşmelerde TRK'nun ve Yönetmeliğin uygulanmayacağı hususuna yer verilmek suretiyle taşınır rehni uygulamasının kapsamı açıkça belirlenmiştir.

Sonuç olarak, zilyetliği devredilemeyen ve fakat TRK'na göre taşınır rehinine konu olabilen varlıklara<sup>69</sup> ilişkin mütemerrit borçluya ait lisans hakkının veya kullanma ruhsatının, rehinli alacaklının bizathî kendisi tarafından kullanılabilmesi yahut üçüncü kişilere kullandırılıp, elde edilen lisanslama yahut kullandırma gelirinden alacağın tahsil edilebileceği söylenebilir. Öte yandan, TRK'nun 14/I-c hükmünde zikredilen lisans hakkının niteliğinden anlaşılması gereken şeyin ne olduğu, düzenlemenin metninden açıkça anlaşılmadığı için, konuyu inhisarî olmayan (basit) lisans ve inhisarî lisans bakımından ayrı incelemek gerekir.

## **2) İnhisarî Olmayan (Basit) Lisansa Konu Varlıklar Üzerindeki Lisans Hakkının Kullanılması**

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 24/II, 75/II ve 125/II gibi hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, marka/patent/faydalı model/endüstriyel tasarım gibi sınai mülkiyete konu varlıklara ilişkin lisans, taraflar arasındaki sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, inhisarî değildir. İnhisarî olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren, markayı, patenti, tasarımı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. Dolayısıyla, inhisarî lisansa tâbi olmayan varlıklar, lisans veren tarafından TRK'na göre rehnedildiğinde, bu rehinli varlıklar üzerindeki lisans hakkının rehin alacaklısı tarafından bizzat kullanılması ya da üçüncü kişilere kullandırılıp, bu kullandırmadan elde edilen gelirle rehinli alacağın tahsili mümkün olabilir. Fakat lisans sözleşmelerinde

---

<sup>69</sup> Örneğin, "know-how" olarak anılan, endüstriyel alandaki tecrübelere dayalı teknik bilgi ve formüller.



tarafarla aksi kararlaştırılmadığı sürece, kendilerine lisans verilen lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyip alt lisans da veremeyeceğinden (SMK m.24/III; 75/III, 125/III), sınaî mülkiyet hakkının kendisinin değil de, ona ilişkin lisans hakkının rehnedilmesi hâlinde, rehinli lisans hakkının TRK'na göre rehin alacaklısı tarafından kullanılabilmesi için, lisans sözleşmesinde buna cevaz veren hükümlerin bulunması gerekir. Aksi takdirde, lisans verenin rızası olmaksızın, lisans alan, elinde bulunan lisansı üçüncü kişilere rehnedemez ve kullandıramaz.

### **3) İnhisarî Lisansa Konu Varlıklar Üzerindeki Lisans Hakkının Kullanılması**

Sınai mülkiyete konu varlıklara ilişkin lisans, taraflar arasında inhisarî şekilde de kararlaştırılabilir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 24/II, 75/II ve 125/II gibi hükümlerinde de belirtildiği üzere, inhisarî lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadığı sürece kendisi dahi lisans konusu varlığı kullanamaz. Dolayısıyla, inhisarî lisansa tâbi varlıklar rehnedildiği takdirde, bu rehinli varlıklar üzerindeki lisans hakkının, lisans verenin rehin alacaklısı tarafından bizzat kullanılması ya da üçüncü kişilere kullandırılıp, bu kullandırmadan elde edilen gelirle rehinli alacağın tahsili mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, inhisarî lisansa tâbi bir sınai mülkiyet hakkının, lisans veren tarafından TRK çerçevesinde rehnedilmesi durumunda, inhisarî lisans verenin mülkiyetindeki sınai mülkiyet konusu varlığın üzerindeki lisans hakkının, rehin alacaklısı tarafından bizzat kullanılarak yahut üçüncü kişilere kullandırılarak elde edilen gelirle rehinli alacağın tahsili mümkün değildir. Bu durumda rehin alacaklısı, rehinli sınai mülkiyet konusu varlığın yalnızca mülkiyet hakkının kendisine devrini isteyebilir.

### **4) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Malî Hakların Kullanılması**

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eser sahibi, eserden kaynaklanan malî haklarını kullanım, devir veya ruhsat sözleşmeleriyle üçüncü kişilere devredebileceği gibi, bu hakları ayrı ayrı tasarruf konusu edebilir ve süre ya da kapsam itibarıyla sınırlandırarak sözleşme konusu yapabilir<sup>70</sup>. Bu çerçevede eser sahibinin malî hakları, eseri çoğaltma hakkı, yayma hakkı, işleme hakkı, kiralama ve ödünç verme hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı, pay ve takip hakkı şeklinde sıralanabilecek olup, genellikle çoğaltma ve yayma hakkı şeklinde somutlaşan telif hakkı başta olmak üzere, fikir ve sanat eserleriyle bu eserler üzerindeki malî hakların TRK kapsamında taşınır rehnine konu edilmesi de mümkündür (TRK m.5/I-c). Bu itibarla, FSEK'nda, fikir ve sanat

---

<sup>70</sup> Güneş, İ.: "Fikri Eserleri Yayma Hakkı ve Yeni Mecralar, Yeni Yöntemler" (Yargıtay Dergisi, C.41, S.4, Ekim 2015, s.207-240), s.214.

eserleri üzerindeki malî hakların ticarî amaçlarla üçüncü kişilere devredilmesi veya ruhsat verilerek kullanılması öngörüldüğüne göre, TRK çerçevesinde rehnedilmesinin de mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin eser sahibi tarafından, eserin çoğaltılmış nüshalarını yayma hakkı bağlamında kendisine ruhsat verilmiş olan bir kişi, yayma ruhsatı üzerinde TRK'na göre taşınır rehni kurabilir. Eğer borçlu borcunu ödemezse, rehin alacaklısı bu ruhsatın kendisine devredilmesini isteyebilir. Yine, maddî/fizikî varlığı olmayan eser nüshalarının doğrudan veya internet üzerinden umuma satışına yahut dağıtılmasına ilişkin malî haklar rehnedilirse, rehin alacaklısı bu hakları doğrudan kendisi kullanıp elde edeceği gelirle alacağının tahsilatını sağlayabilir<sup>71</sup>. Bunun dışında, işleme hakkı kullanılarak ortaya çıkarılan bir işleme eser (örneğin yabancı dildeki bir tiyatro eserinin Türkçe'ye tercümesi) üzerindeki malî hakların sözleşmeyle devri mümkün olduğuna göre, TRK'na göre rehni de mümkün olmalıdır. Hatta yayma hakkı kapsamında sayılan, bir eseri kiralama ve ödünç verme hakkı dahi (bkz. FSEK m.23/III) TRK'na göre rehnedilebilir nitelikte sayılmalıdır. Zira, bir eserin kiralınması ve ödünç verilmesi hakkı da eser sahibine ait olup, daha önce değinilen<sup>72</sup> TRK'nun 5/I-ğ hükmündeki kiracılık hakkı kapsamında değerlendirilebilir ve borçlunun temerrüdü hâlinde rehin alacaklısı tarafından kullanılabilir (TRK m.14/I-c). Örneğin, bir sinema eserinin kiralınması hakkını eser sahibinden almış olan kişi, TRK kapsamında yapmış olduğu taşınır rehni sözleşmesiyle bu hakkını kendisine kredi sağlayan alacaklıya rehnedirse, daha sonra borcunu ödemekte temerrüde uğraması hâlinde, borçluya ait sinema eserini kiralama hakkının rehin alacaklısı tarafından kullanılması ve bu kullanmadan elde edilen kira geliriyle rehinli alacağın tahsil edilmesi düşünülebilir.

Öte yandan, İİK'nun 24. ve 30. maddeleri saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan *henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları, sinema eserleri hariç olmak üzere bu eserler üzerindeki malî haklar ve eser sahibinin, malî haklarla ilgili hukuki işlemlerinden doğan paradan başka alacakları*, yasal veya sözleşmesel bir rehin hakkının, cebrî icranın veya hapis hakkının konusunu teşkil edemez (FSEK m.61/I). Dolayısıyla FSEK'na göre, henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları ile bu eserler<sup>73</sup> üzerindeki malî hakların ve bu malî haklarla ilgili hukukî

---

<sup>71</sup> Eser sahibinin, eserin orijinalini veya nüshalarını, kendisiyle kişisel ilişkiler içinde bulunmayan halk topluluğuna yönelik satış, dağıtım, pazarlama gibi, umuma arz şeklinde somutlaşan ticarî nitelikteki faaliyetlere konu etmesi, eser üzerindeki bu türden malî hakları ticarete koyduğu anlamına geleceğinden (bkz. **Bozbel, S.**: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s.112), eser sahibinin, anılan malî haklarını TRK'na göre taşınır rehnine konu etmesi de mümkün olabilecektir.

<sup>72</sup> Bkz. yuk. III. A.

<sup>73</sup> Sinema eserleri hariç.

işlemlerden kaynaklanan para dışındaki alacakların, TRK çerçevesinde taşınır rehnine konu edilemeyeceği söylenebilir. Gerçi anılan düzenlemenin başında “İİK’nun 24. ve 30. maddeleri saklı kalmak kaydıyla” ibaresine yer verildiği göze çarpsa da; TRK kapsamında kurulan taşınır rehni akdî nitelikte bir rehin türüdür ve borçlunun borcunu ödememesi hâlinde işlerlik kazanacak olan “rehinli malın mülkiyetinin devri” talepli cebrî icra işlemlerinin İİK 24. maddeye göre yürütülecek olması, taşınır rehninin sözleşmesel niteliğinde bir farklılık yaratmaz. Bu sebeple, kanunda ayrıksı olarak belirtilen eserlerin ve bunlara ilişkin malî hakların TRK kapsamında taşınır rehnine konu edilemeyeceğini ayrıca belirtmekte yarar vardır.

Ancak alenileşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı, yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları, eser sahibinin korunmaya layık manevî menfaatlerini ihlâl etmemek şartıyla alenileşmiş bir eser üzerindeki malî hakları, eser sahibinin malî haklara dair hukukî işlemlerinden doğan para alacakları, yasal veya sözleşmesel bir rehin hakkının, cebrî icranın yahut hapis hakkının konusunu teşkil edebilir (FSEK m.62/1). Bu sebeple, yukarıda anılan ayrıksı düzenleme haricindeki fikir ve sanat eserleri ile bu eserler üzerindeki malî haklar, genel olarak TRK kapsamındaki taşınır rehnine konu edilebilir; borçlunun temerrüdü hâlinde rehin alacaklısına devredilebilir yahut sayılan eserler üzerindeki kiralama/lisans hakları rehin alacaklısı tarafından kullanılabilir.

#### **IV. Rehinli Alacak İçin Genel Hükümler Çerçevesinde Takip Yapılması**

##### **A. Genel Olarak**

Rehin alacaklısı, TRK’nun 14/1-a hükmü çerçevesinde rehinli taşınırın mülkiyetinin devrine ilişkin özel takip prosedürüne göre mülkiyeti devralmasına rağmen alacağını tam olarak tahsil edemezse yahut taşınır mülkiyeti özel bir sicile kayıtlı olup zilyetliğin naklen teslimi yoluyla devredilebilecek nitelikte bulunmadığından, TRK’nun 14/1-b ve 14/1-c hükümlerine göre diğer iki seçimlik yetkiyi kullanmayı tercih ettiği hâlde, yine de alacağın tahsilinde başarılı olamazsa, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca genel hükümlere göre takip yapabilir. Bu noktada genel hükümlere göre yapılması öngörülen takipten maksat, haciz ya da iflâs yoluyla takiptir; rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip değildir. Zira rehin alacaklısının TRK kapsamında yaptığı ve rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini talep ettiği özel prosedürlü takip neticesinde taşınır mülkiyetini kazanmakla beraber hâlen daha tahsil edemediği alacak tutarı bulunduğu takdirde genel hükümlere göre takip yollarına başvurabileceği öngörülmüş olup, bundan sonra alacaklının genel hükümlere göre yapacağı takip, ancak haciz ya da iflâs yoluyla ilişkilendirilebilir. Zaten, rehin alacaklısının TRK’na göre rehinli taşınırın mülkiyetini edindikten sonra aynı taşınıra ilişkin rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması eşyanın doğasına aykırıdır. Kaldı

ki, TRK'nda ve Yönetmelik'te rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya devrine ilişkin öngörülen özel takip prosedürünün aşamaları ve bu takipte yapılacak icra takip işlemleri, paraya çevirme süreci dışında büyük ölçüde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip göz önüne alınarak düzenlenmiş olduğundan<sup>74</sup>, bu takipten sonra bir kere daha aynı takip yolunun izlenmesi takip ekonomisine de aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla genel hükümler ibaresiyle Kanun koyucunun maksudunun, rehinli alacağın tahsil edilemeyen bakiye tutarı bakımından borçlunun diğer malvarlığı unsurlarına yönelik yapılacak haciz ya da iflâs yoluyla takip olduğu söylenebilir.

## B. Mülkiyetin Devri Talebinin Bir Takip Şartı Olup Olmadığı Hususu

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre kurulmuş bir taşınır rehni borçlunun borcu ödemediği temerrüde düşmesi üzerine, rehin alacaklısına tanınan ve rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devredilmesini öngören talep hakkının kullanılması, genel hükümlere göre haciz ya da iflâs yoluyla takip yapılması bakımından bir nevi "*takip şartı*" olarak düşünülmelidir. Zira TRK'nun 14/II hükmünün kaleme alınış biçimine bakıldığında, "Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır" ifadesiyle Kanun koyucunun, rehin alacaklısı için zorunlu bir yol ihdas etmiş olduğu ve öncelikle rehinli taşınırın mülkiyetinin talep edilmesini arzuladığı anlaşılmaktadır.

Eğer rehin alacaklısı, TRK ve Yönetmelik hükümleri çerçevesinde özel takip yoluna başvurmadan, doğrudan genel hükümlere göre haciz veya iflâs yoluyla takibe başvurursa, icra müdürü bu hususu kendiliğinden dikkate almalı mıdır? Bu hususun icra müdürü tarafından fark edilmesi ihtimâli oldukça zayıf gözükse de, kanımızca, İİK'nun 45/1 hükmünde yer alan "öncelikle rehne başvurma zorunluluğu"na ilişkin kural<sup>75</sup> göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu itibarla, anılan kural kıyasen uygulanarak, alacağın TRK'na göre kurulmuş taşınır rehniyle teminat altında olduğu hususu icra müdürü tarafından kendiliğinden dikkate alınmalı ve rehin alacaklısının, TRK ve Yönetmelik çerçevesinde özel takip yolunu bertaraf etmeye yönelik talebi reddedilmelidir<sup>76</sup>. İcra müdürünün bu hususu kendiliğinden fark edememesi durumunda ise, borçlunun, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı süresiz olarak şikâyet yoluna başvurabileceği kabul edilmelidir. Çünkü genel hükümlere

<sup>74</sup> Bkz. Yön. m.31 (takip talebi), m.32 (sıra cetveli), m.35 (ödeme emri), m.36 (ödeme emrine itiraz) gibi.

<sup>75</sup> Bu kuralın emredici nitelikte olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. **Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.**:İcra ve İflâs Hukuku, 6. B., İstanbul 2015, s.278-279.

<sup>76</sup> Karş. **Arslan/Yılmaz/Taşınır Ayyaz**, s.404; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.345.

göre takip yollarına başvuru için adeta bir takip şartı olarak öngörölmüş olan bu hususun, tıpkı İİK 45/1 hükmündeki gibi kamu düzenine ilişkin olup süresiz şikâyet sebebi teşkil ettiği söylenebilir<sup>77</sup>. Hatta rehin sözleşmesinin tarafları bakımından, bu kuralı bertaraf etmeye yönelik anlaşmaların dahi geçersiz olduğu; alacaklının ilk önce TRK'na göre özel takip yoluna gitmeksizin doğrudan genel hükümlere göre takip yollarına başvurabileceği hususunun taraflarca kararlaştırılamayacağı da düşünölebilir<sup>78</sup>.

Öte yandan, mülkiyeti talep eden rehin alacaklısının, rehinli taşınırın objektif değeriyle karşılanamayan bakiye alacağı ve bu bakiye alacağı için genel takip yollarına başvuru hakkı her halükarda varlığını koruduğundan, rehinli taşınırın mülkiyetini devralan alacaklının bu haktan feragat ettiği de söylenemez<sup>79</sup>. Bunun dışında, uygulamada gerçekleştirilen icra kanalıyla satışlarda satışa konu mallar genellikle değerinin altında fiyatlara satılarak alacaklıların mağduriyetine yol açıldığı için, TRK ile benimsenen yeni sistem ile, icra yoluyla satış yerine, rehinli taşınırın mülkiyetinin objektif değeri üzerinden alacaklıya devri mümkün hâle getirilerek, borçluya, borcunu ödemesi bakımından ciddi bir fırsat yaratılmak istenmiş olup; böylelikle rehin alacaklısına da, hem icra yoluyla satışa bağlı düşük satış bedeli yerine daha yüksek bir değerde taşınıra sahip olmak hem de taşınırın temerrüt sonrası değerinin esas alınmasıyla rehinden sonraki değer azalma riskinden kurtulmak imkanı getirilmiştir<sup>80</sup>. Her ne kadar yukarıda<sup>81</sup> da belirtildiği üzere, hukukî açıdan rehin alacaklısına tanınan bu imkân *lex commissoria* yasağını zedeleyici nitelikte görölse dahi, TRK ile getirilen bu seçeneğin, borçlunun sömürölmesine ve ekonomik olarak iflâsına yol açan sonuçları her halükarda doğrudan meydana getirmeyebileceği, bilakis kimi olaylarda borçlunun hukukî durumunu kolaylaştırıcı ve rahatlatıcı etkiler doğurabileceği ve böylece alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatler dengesinin korunmasında yeni bir açılım yaratılabileceği hususlarının da göz ardı edilmemesi gerekir. Bu noktada TRK'nun yürürlüğe girmesinden itibaren uygulamada elde edilecek verilere ve piyasa bileşenlerinden alınacak geri bildirimlere göre belirli bir süre boyunca yapılacak gözlemlerden hareketle değerlendirme yapılmasında yarar vardır.

---

<sup>77</sup> Bkz. **Kuru-** El Kitabı, s.985-986.

<sup>78</sup> **Kuru, B.:** İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., III. Cilt, İstanbul 1993, s.2391-2393.

<sup>79</sup> **Antalya/Acar,** s.143.

<sup>80</sup> **Antalya/Acar,** s.140-141.

<sup>81</sup> Bkz. yuk. I. B. 2.

## SONUÇ

Sonuç olarak, 2017 yılının başından itibaren yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile tacirler, ticarî işletmenin bütünüyle rehnini öngören 1447 sayılı (mülga) Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun aksine, kredi ve finansman temininde kullanmak üzere, ticari işletme kapsamına giren münferit taşınır varlıkları tek tek rehnedebilme imkânına kavuşmuştur. Fakat TRK ile getirilen yeniliklerin birçoğu, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda çerçevesi çizilen cebrî icra hukukunun sınırlarını bir hayli zorlamakta ve temel sistematîğe zarar verecek ölçüde radikal düzenlemeler sevk etmektedir. Özellikle rehin borçlusunun borcunu ödemedede temerrüde düşmesi hâlinde, rehinli taşınır varlıkların mülkiyetinin aynen rehin alacaklısına devri imkânının getirilmiş olması, lex commissoria yasağının hukukî açıdan zedelenmesine yol açmakta ve rehin alacaklısına bahşedilen hak ve yetkilerle ilgili TRK'nda öngörülen bu yeni sistemde, İİK'nun ilâmlı icra ve rehinin paraya çevrilmesi yolunu düzenleyen bazı hükümlerine yollamada bulunulması ve buna göre işlem yapılacağı belirlenmiş olması da, yine İİK'ndaki ilâmsız takip - ilâmlı takip ayrımının temel mantığı ile çelişmekte; konusu para olmayan alacakların takibi bağlamında önemli ve radikal farklılıklara yol açmaktadır. Ayrıca TRK'na göre yapılması öngörülen özel takip prosedüründeki aşamaların bir Yönetmelik ile düzenlenmiş olması da oldukça sakıncalıdır. Anılan özel takip prosedüründe ödeme emri-icra emri gibi takip hukuku kavramlarının eksik ve yanlış anlamlarda kullanıldığı da görülmektedir. Bu sebeple, TRK'nun baştan sona yeniden ele alınarak revizyona tâbi tutulması; özellikle icra ve iflâs hukuku çerçevesinde yapılan düzenlemelerin gözden geçirilerek cebrî icranın temel sistematîği ile taban tabana zıtlık taşıyan yönlerinin düzeltilmesi ve İİK ile uyumlu hâle getirilmesinde büyük yarar olduğu düşünülmektedir.

\*\*\*\*

## KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba:** Gemi ve Hava Aracı İpotegi ve Motorlu Taşıtlar Rehni (Taşınır İpotegi), İstanbul 2015.
- Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Antalya, Gökhan/ Acar, Faruk:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema:** İcra ve İflâs Hukuku, 2. B., Ankara 2016.
- Bozbel, Savaş:** Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.
- Budak, Ali Cem:** İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 3. B., İstanbul 2010.
- Dereli, Zeliha:** Lex Commissoria Yasağı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Eren, Fikret:** Mülkiyet Hukuku, 2. B., Ankara 2012.
- Erten, Ali:** “Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar” (Bankacılar Dergisi, 2000/32, s.81-90).
- Güneş, İlhami:** “Fikri Eserleri Yayma Hakkı ve Yeni Mecralar, Yeni Yöntemler” (Yargıtay Dergisi, C.41, S.4, Ekim 2015, s.207-240).
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Helvacı, İlhan:** Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997.
- Karabel, E. Gökçe:** Ticari İşletme Rehninin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2011.
- Karslı, Abdurrahim:** İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., İstanbul 2014.
- Köroğlu Ölmez, Beril:** “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni” (TBBD, S.2017/129, s.261-286).
- Kuntalp, Erden:** “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı” (İnan Kıraç’a Armağan, Ankara 1994, s.151-162).
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (Kuru- El Kitabı)
- Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, III. Cilt, 3. B., İstanbul 1993.
- Kurt, Fatma:** “Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı -Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi-” (İBD, C.82, S.2008/1, s.129-154).



**Meriç, Nedim:** Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015.

**Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 19. B., İstanbul 2016.

**Olgaç, Furkan:** İpotekte Sıra Sistemi ve Boş Dereceye İlerleme, Ankara 2014.

**Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2016.

**Serozan, Rona:** Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2014.

**Şensöz, Ebru/ Özbilen, Arif Barış/ Savaş, Burcu:** "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı" (İTÜSBD, S-8, Güz 2005/2, s.233-252).

**Şit İmamoğlu, Başak:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.

**Tanriver, Süha:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.

**Tekinay, Selâhattin Sulhi:** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994. (Tekinay- Menkul)

**Tekinay, Selâhattin Sulhi:** Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988. (Tekinay- Taşınmaz)

**Utku, Doruk:** Sınai Hakların Rehni, Ankara 2009.

**Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel:** Şekîl Eşya Hukuku, 6. B., Ankara 2012.

**Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis:** İcra ve İflâs Hukuku, 6. B., İstanbul 2015.

**Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016. (Yılmaz- Şerh)Yılmaz, Ejder: "Kredi Kuruluşlarının İİK m.68/B ve İİK m.150/ı Hükümlerinden Yararlanması" (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.II, Ankara 2015, s.1867-1885).

### KISALTMALAR CETVELİ

- aşa.** : aşağıda  
**B.** : Bası  
**bkz.** : bakınız  
**C.** : Cilt  
**dn.** : dipnot  
**E.T.** : Erişim tarihi  
**FKFK** : Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu  
**FSEK** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu  
**HD.** : Hukuk Dairesi  
**İİK** : İcra ve İflâs Kanunu  
**İTÜSBD** : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi  
**karş.** : karşılaştırınız  
**m.** : madde  
**p.** : paragraf  
**RG.** : Resmî Gazete  
**s.** : sayfa  
**S.** : Sayı  
**SMK** : Sınai Mülkiyet Kanunu  
**TBBD** : Türkiye Barolar Birliği Dergisi  
**TİRK** : Ticari İşletme Rehni Kanunu  
**TMK** : Türk Medeni Kanunu  
**TRK** : Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu  
**TTK** : Türk Ticaret Kanunu  
**vd.** : ve devamı  
**vs.** : ve sair  
**Y.** : Yargıtay  
**yuk.** : yukarıda  
**Yön.** : Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik



# KOMPETENZ-KOMPETENZ PRENSİBİ

## *Kompetenz-Kompetenz Principle*

Arş. Gör. Recep ÇAKRAK<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 02.02.2017

Kabul Tarihi: 21.03.2017

### ÖZET

21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yeri olarak Türkiye belirlenen uyuşmazlıklar bakımından HMK'daki tahkime ilişkin hükümler uygulanacaktır. İç tahkim'de Kompetenz-Kompetenz prensibi bakımından HMK m.422'deki hükümler önem arz etmektedir. Ayrıca Kompetenz-Kompetenz prensibinin mukayeseli hukuktaki örneklerinin irdelenmesi ulusal hukuk düzenlemelerine katkı sağlayacaktır.

### ABSTRACT

Provisions relating to arbitration in the Civil Procedure Law shall apply in respect of the disputes set forth by Turkey as an arbitration place and not having foreign elements in the meaning defined by the International Arbitration Law No.4686. The provisions in art.422 of the Civil Procedure Law are important in terms of the "Kompetenz-Kompetenz" principle in Turkish arbitration. In addition, the examination of comparative examples of the "Kompetenz-Kompetenz" principle will contribute to national arrangements.

**Anahtar Kelimeler:** Kompetenz-Kompetenz Prensibi, HMK m.422, İç Tahkim, Hakem Mahkemesini Yetkisi

**Key Words:** Kompetenz-Kompetenz Principle, HMK art.422, Internal Arbitration, Jurisdiction of the Judge's Court.

### GİRİŞ

Tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların genel mahkemeler yerine taraflarca belirlenen hakemler eliyle nihai olarak karara bağlanmasını ifade eder. Ayrıca, çoğunluğun görüşüne göre tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması, usul ekonomisi prensibinin yapı taşlarından seri ve basit bir yargılama yapılması amacı ile paralellik gösterir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar vermesi manasında kullanılan *Kompetenz-Kompetenz* prensibi tahkim hukukunun en önemli prensiplerinden kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Zira, Kompetenz-Kompetenz prensibinin amacı, tahkim yargılamasının genel amacına uygun düşmektedir. Bahsi geçen Kompetenz-Kompetenz prensibi, mahkemelerde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi suretiyle tahkim yargılamasının engellenmesinin

<sup>1</sup> Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi / recepca Krak@hotmail.com

<sup>2</sup> ALANGOYA, H. Yavuz, YILDIRIM, M. Kamil, DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Eylül 2011, s.609; ESEN, Emre, "Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz- Kompetenz Prensibi", Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR'a Armağan, s. 357.

önlenmesidir<sup>3</sup>. Aksi yönde, tahkim yargılaması engellenirse, medeni usul hukukunun amacı<sup>4</sup> olan maddi gerçeğe ulaşma<sup>5</sup> faaliyetinin; süresi uzayacak, yargılama masrafları artacak ve daha basit bir şekilde karara bağlanabilecek olan uyuşmazlık sonuçlandırılmayacaktır. Bu durum ise, usul ekonomisi prensibine aykırılık teşkil edecektir.

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 422. maddesinde bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hüküm, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Tahkime ilişkin getirilen yeni düzenlemeler, HMK ile Milletlerarası Tahkim Kanunu arasındaki uyumu sağlamıştır. Bu ise, UNCITRAL Model Kanunu ile uyumu beraberinde getirmiştir.

HMK'daki tahkime ilişkin, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi hususundaki düzenlemeler, 1086 sayılı HUMK'daki düzenlemeler ve mukayeseli hukuktaki durum belirtilerek irdelenecektir.

### I. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki Durum

Bir uyuşmazlığın karara bağlanması açısından, mahkeme ile hakem mahkemesi arasında görev ve yetkiye ilişkin bir takım sorunlar ortaya çıkabilir. Söz konusu uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği sorunu ile ilgili, eski tarihli 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 519. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede, *“Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur.”* denilmek suretiyle yerel mahkemenin yetkili olduğu hususu dile getirilmiştir. Bu bağlamda;

- bir davanın belli bir tahkim sözleşmesi ile ilgili olup olmadığı,
- tahkim sözleşmesinin geçersiz veya sahte olup olmadığı,
- uyuşmazlık konusu hakkında tahkim yolunun caiz olup olmadığı

hususlarında karar merciinin neresi olduğuna ilişkin açıklık getirildiği sonucuna varılabilir. O halde saydığımız hususlarda yerel mahkeme tarafından

<sup>3</sup> ALANGOYA, YILDIRIM, DEREN-YILDIRIM, s.609; ESEN, Kompetenz-Kompetenz, s. 359; GAILLARD, Emmanuel, *“L'Effet Négatif de la Compétence-Compétence”*, Etudes de Procédure et d'Arbitrage en l'Honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, s. 388.

<sup>4</sup> TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara 2016, s.379. Medeni usul hukukunun amacı hakkında doktrinde birden fazla görüş mevcuttur. Bu konuda bkz. TAŞPINAR, Sema, *“Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”*, Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 759-787; YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 1 vd; KONURALP, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 5 vd.

<sup>5</sup> ERMENEK, İbrahim, *“Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, s.1-2, Haziran-Aralık 2000, s.166-167.

karar verileceği konusu hüküm altına alınmıştır.

Hakem mahkemesinde açılmış bir davada, davalı tarafça yerel mahkemenin görevli olduğu hususunda itiraz ileri sürülmesi durumunda, söz konusu davanın hakem mahkemesinde görülüp görülemeyeceğine ilişkin kararı, yerel mahkeme vermektedir. Hakem yargılamasında, davalı tarafça ileri sürülen “*davanın mahkemede açılması gerektiğine ilişkin itirazın*” hakem mahkemesinde incelenmesi mümkün değildir. Bu durumda hakem mahkemesi, söz konusu itirazı yapan davalıya, mahkemede tespit davası açması için bir süre vermektedir. Söz konusu süre zarfında ise, hakem mahkemesince, yerel mahkemenin kararı bekletici sorun yapılmaktadır. Eğer verilen süre içinde davalı yerel mahkemeye başvurmazsa, hakemler, (kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar hariç olmak üzere) söz konusu uyuşmazlığı çözebilmektedir. Buna karşılık kamu düzenini ilgilendiren bir konuda taraflar süresi içinde mahkemeye başvurmasa bile hakemler görevli hale gelmemektedir.

HUMK’a göre; eğer davalı taraf uyuşmazlığın mahkemede görülmesine ilişkin bir itiraz ileri sürmezse, hakemler uyuşmazlığın kendileri tarafından çözümünün mümkün olup olmadığı hususunda, taraflara, mahkemeden karar getirmeleri için re’sen süre tanıyamamaktadır.

Kural olarak usul hukuku hükümleri, maddi hukuktan farklı olarak emredici niteliktedir. Usul hukukunda, sözleşme serbestisinin açıkça tanındığına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum, usul hukukunun kamu hukuku yönünün ve fonksiyonel yapısının bir gereğidir<sup>6</sup>. Buradan hareketle, usul hukukunda hakemlere mahkemeler için bağlayıcı sonuç doğuracak şekilde hüküm verme yetkisinin tanınamayacağı, taraflarca bu tür bir yetkiye ilişkin konulacak kaydın, kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur<sup>7</sup>.

Uyuşmazlığın hakemlerde çözülüp çözülemeyeceği hususundaki ihtilafların mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiğini içeren HUMK m.519, mahkemenin denetim fonksiyonunu düzenlemektedir. Bir görüşe göre, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında mahkemeyi de bağlayıcı sonuç doğuracak şekilde hüküm verme yetkisi ve bu yetkinin kararlaştırılarak hakemlerin yetkili kılınmalarının kabulü, mahkemenin bu denetim fonksiyonunu ortadan

---

<sup>6</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s.198.

<sup>7</sup> ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.151; ALANGOYA, Yavuz, Uncitral Tahkim Yönetmeliği Hakkında (İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990), s.19; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 6.Bası, İstanbul 1997, s.930; KALPSÜZ, Turgut, Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli, Ankara 1989, s.10. Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında verdiği kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ve hakem kararının butlanı sonucunu doğurduğu hakkında bkz. DAYINLARLI, Kemal, Milli, Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s.61. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama, s.948, 951; TANRIVER, Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Ali Bozer Armağanından Ayrı Bası (Kasım 1998), s.573.

kaldırmaktadır. Bu durumun ise kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur<sup>8</sup>.

Aksi bir görüş, HUMK m.519'un emredici bir hüküm olmasına karşın, kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olmadığını ve her emredici hükme aykırılığın aynı zamanda kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda, hakemlerin kendi yetkileri hakkında hüküm vermeleri, HUMK m.519'un emredici hükmüne aykırılık teşkil etmekle birlikte, mahkemenin yetkisini tamamen ortadan kaldıran bir yetki sözleşmesi olmadığı için kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür<sup>9</sup>.

## II. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Durum

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 422. maddesi ile hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi hususunda bir yenilik getirilmiştir. Düzenlemeye göre; hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir (HMK m.422/1). Böylece, HUMK'da mahkemelere verilen bu yetki, mahkemelerin elinden alınarak hakem veya hakem kuruluna verilmiştir.

Davalı, hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itirazı en geç cevap dilekçesinde yapabilir (HMK m.422/1). Ancak davalının itirazı süresinde yapmaması, haklı bir sebebe dayanıyorsa, hakem veya hakem kurulu bu durumu değerlendirecek ve itirazı kabul edebilecektir (HMK m.422/4; ZPO § 1040/2). Tarafların hakem veya hakem kurulunu seçmiş olmaları durumu, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz edememeleri sonucunu doğurmayacaktır (HMK m.422/2).

Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aşması durumunda, itiraz, taraflarca derhal ileri sürülmelidir (HMK m.422/3). Eğer itiraz süresinde yapılmazsa, hakem veya hakem kurulu ancak haklı bir sebebin varlığı halinde, bu itirazı kabul edebilir (HMK m.422/4).

Hakem veya hakem kurulu yetkisizlik itirazını ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar. Hakem veya hakem kurulu yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasına devam eder ve yargılamayı karara bağlar (HMK m.422/5).

---

<sup>8</sup> Sözleşme serbestisinin kullanılabilmesi için tarafların amaçlarının usul kanununun genel amacı ile ters düşmemesi gerektiği, ayrıca usul kanununun doğrudan hakime tanıdığı görev ve fonksiyonları ortadan kaldıracak nitelikte olmaması ve nihayet kamu yararının korunmasına yönelik usul normunun varlığı durumunda bu alanda bir usul sözleşmesi yapılmasına imkan olmadığı da ifade edilmiştir. (TULUAY, Metin; Delil Anlaşmaları, Basılmamış Doktora Tezi (Tarihsiz), s.24).

<sup>9</sup> TAŞKIN, Alim, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:46, Sayı:1-4, 1997, s. 181.



Hakem veya hakem kurulu verdiği karar sonucunda kendisinin uyuşmazlığı karara bağlama hususunda yetkili olduğu sonucuna varır ise, sözleşmedeki tahkim şartını değerlendirirken, sözleşmenin diğer esaslarından tamamen bağımsız olarak hareket etmelidir (HMK m.; ZPO § 1040/1). Zira, hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüz olmasına yol açmayacaktır.

Hakem veya hakem kurulu yetkisiz olduğuna karar verirse, dava dilekçesinin reddine karar verir ve dosyadan elini çeker. Verilen bu karar yetkisizlik kararıdır ve hukuki niteliği itibarıyla usule ilişkin nihai bir karardır. Davalı bu kararın kesinleşmesi üzerine iki hafta içinde mahkemede dava açarsa, mahkemede açılan bu dava hakem mahkemesinde açılmış olan ilk davanın devamı sayılır. Eğer davacı dava dilekçesinin reddi kararının kesinleşmesi üzerine iki hafta içinde mahkemede dava açmazsa, hakemde açmış olduğu dava açılmamış sayılır (HMK m.20/1).

Günümüz hukuk sistemlerinin birçoğunda artık hakemlerin yetkisini tayin etme hususu, devletin tekelinden alınmakta ve bu yetki hakem mahkemesine verilmektedir<sup>10</sup>. Söz konusu hususta HMK'daki düzenlemenin yerindeliğini sağlamlaştırmak için diğer devletlerdeki uygulamalara örnek kabilinden değinmek yerinde olacaktır:

Alman hukukunda; Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1040. maddesi uyarınca hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında, devlet mahkemelerini bağlayıcı bir karar verebilmektedir<sup>11</sup>. Alman hukukunda hakem mahkemesinin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme yetkisinin kapsamına, "tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığına karar vermek" ile "yasalar gereği ortaya çıkabilecek diğer sorunları çözüme kavuşturmak" girmektedir<sup>12</sup> (ZPO § 1040). Yasalar gereği ortaya çıkabilecek sorunlara örnek olarak; hakem mahkemesinin oluşturulması hakkında karar verme, tarafların itirazları hakkında karar verme, uyuşmazlığın tahkim kapsamına girip girmediğine karar vermeyi verebiliriz.

Alman hukukunda, hakem mahkemesini kendisinin yetkili olup olmadığı hususunun, yine hakem mahkemesinde incelenebilmesi için hakem mahkemesinin yetkili olmadığı hususunda bir *itirazda* bulunulmalıdır.

---

<sup>10</sup> KESER-BERBER, Leyla, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.131-132.

<sup>11</sup> TAŞKIN, s. 176; KESER-BERBER, s.127.

<sup>12</sup> Bkz. Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO), <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo> (Erişim Tarihi, 05.11.2015). Alman hukukundaki (Vom 22 December 1997) yasal düzenleme "Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts [Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz (SchiedsVfG)] (Tahkim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun)" hakkında bkz. Bundesgesetzblatt Jahrgang 1997 Teil I Nr. 88, ausgegeben zu Bonn. am 30 Dezember 1997, s. 3224vd., <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl> (Erişim Tarihi, 05.11.2015).

Hakemlerin karar verme yetkisine yönelik itirazların, hakem yargılamasında *müzakere edilebilecek bir zamanda ileri sürülmesi* gerekir. Eğer itiraz süresinde yapılmazsa, hakem mahkemesi gecikmede makul bir sebebe dayanan itirazları da kabul edebilir<sup>13</sup>. Hakem mahkemesi, yetkiye ilişkin yapılan itirazı ret ederek, kendisinin yetkili olduğuna karar verirse, bunu bir ara karar ile hükme bağlar<sup>14</sup>.

İsviçre hukukunda; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun (IPRG) 186/1. maddesine göre, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilmektedir. Yetkisizlik itirazının, esas hakkındaki savunmanın yapılmasından önce ileri sürülmesi gerekmektedir<sup>15</sup> (IPRG art.186/2). Aksi takdirde, hakem mahkemesi yetkisizlik halinin var olup olmadığını re'sen gözetmeyecektir. Hakem mahkemesi alacağı bir ara karar ile kendisinin yetkili olduğu sonucuna varabilir (IPRG art.186/3). Aksi yönde, hakem mahkemesi kendisinin yetkili olmadığı sonucuna varır ise, vereceği karar nihai bir kararın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ayrıca verilen kararın, şekli anlamda kesin hüküm oluşturacağından bahisle, iptal prosedürü uygulama alanı bulabilecektir (IPRG art.190 Abs. 2b ve 3). Bu durumda, Federal Mahkeme uyuşmazlığın çözümünün hakem mahkemesinin yetkisine girip girmediği hususunda inceleme yapacaktır<sup>16</sup>.

Fransız hukukunda; hakem mahkemelerinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi kabul edilmiştir. Bu yetki, ulusal hakem yargılamaları bakımından NCPC m.1466'da açıkça düzenlenmişken, uluslararası hakem yargılamaları NCPC m.1056'nın m.1466'ya yaptığı yollama uyarınca düzenlenmiştir<sup>17</sup>. Tahkim

<sup>13</sup> KESER-BERBER, s. 127.

<sup>14</sup> Konuyla bağlantılı Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararı: "...ZPO m. 1040 f. 3 c. 3 gereğince yargılamaya devam edip etmeme kararı hakem Mahkemesi'ne bırakılmıştır (MUNCH KOMM, Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Auflage, § 1040 Rn. 49.). Tahkim yargılamasının, yerel mahkemelere kötü niyetle başvurmak suretiyle geciktirilmesini engellemek için, Alman kanun koyucusu, hakem kararlarının daha baskın olması riskini ("dieGefahrüberholenderSchiedssprüche") göze almıştır (BT-Drs. 13/5274, s. 44.)..." (BGH-Hinweisbeschlussvom 19.09.2013 - Az. III ZB 37/12; Bu kararla ilgili inceleme için Bkz. Das Problem "überholender" Schiedssprüche, Kommentar zum BGH-Hinweisbeschlussvom 19.09.2013 - Az. III ZB 37/12, Prof. Dr. Holger PERES, Disputeresolution- Das Online Magazine, 2013.)

<sup>15</sup> Ayrıca bkz. WALTER, Gerhard/BOSCH, Wolfgang/BRÖNNIMANN, Jürgen, InternationaleSchiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, KommentarzuKapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, s. 93 (Aktaran: TAŞKIN, s.174).

<sup>16</sup> WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, s.180 (Aktaran: KESER-BERBER, s.128).

<sup>17</sup> BERGER, Klaus P.,InternationaleWirtschaftsschiedsgerichts-barkeit, Berlin/Newyork 1992, s. 246; De BOÏSSESON, Son, La ConstitutionduTribunal dans l'arbitrageinstitutionel, Rev. Arb. 1990, s. 488; CRAIG, W. Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, Newyork 1984, s.18; REINER, s.191 (Aktaran: KESER-BERBER, s. 129, dp. 27). Söz konusu hususta Fransız Mahkemesi kararları da mevcuttur:Paris, 4.3.1986, Cosiac c/ConsortsLuchetti et autre, Rev. Arb. 1987, s. 167, mit Anm. Jarosson; TGI Paris, 28.1.1987, Republique de Guinne c/ChambreArbitrale de Paris et autres, Rev. Arb. 1987, s. 371, 383 vd.;Cass., 6.12.1988, SocieteNavimpexCentrala Navala c/SocieteWikingTrading,

yargılaması sırasında, taraflar hakem mahkemesinin yetkisi hususunda ihtilafa düşerlerse, hakem mahkemesinin ya yetkili olduğu yönünde bir ara karar verir ya da yetkili olmadığı yönünde nihai bir karar verir. Hakem mahkemesi vereceği nihai karar ile birlikte dosyadan elini çeker<sup>18</sup>. Yine Türk hukukuna benzer şekilde, uyuşmazlık taraflarından biri, devlet mahkemesinde dava açmışsa, davalı tarafın tahkim itirazında bulunma hakkı vardır<sup>19</sup>. Söz konusu hususta Fransız mahkemeleri yetkisizliği re'sen dikkate almamaktadır<sup>20</sup>.

Amerikan hukukunda, mahkeme içtihatlarına göre kural olarak, tarafların anlaşması sonucunda, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesine ilişkin bir uzlaşma sağlanabilir. İstisna olarak, hakem mahkemeleri, tahkim sözleşmesinin geçerliliği hususunda karar veremezler. Çünkü Amerikan mahkeme içtihatları, bu duruma izin vermemektedir<sup>21</sup>.

Uncitral Model Kanun art.16'ya göre; hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği hususunda karar verebilmektedir. Hakem mahkemesi, söz konusu hususlarda re'sen hareket etmekte ve tarafların hiçbir talebi olmaksızın kararını vermektedir (UNCITRAL Model Kanun art.16 abs.1). Verilen kararların kontrolü iptal, tanıma ve tenfiz aşamalarında yapılmaktadır<sup>22</sup>.

---

Rev. Arb. 1989, s.641, mit Anm. Goldmann; Paris, 4.5.1988, RepubliqueGuinne c./ChambreArbitrale de Paris et autre, Rev. Arb. 1988, s. 657, mit Anm. Fouchard.

<sup>18</sup> De BOÏSSESON, Son, La ConstitutionduTribunal dans l'arbitrageinstitutionel, Rev. Arb. 1990, s.712; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 16vd

<sup>19</sup> Türk hukukunda MTK m. 5'de: "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder" şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>20</sup> AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 96.

<sup>21</sup> HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 45. Bu konuda bakınız First Options of Chicago, İnc. V. Kaplan davası hakkındaki karar: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES No. 94-560: First Options Of Chicago, Inc. Petitioner v. Manuel Kaplan et uxandMk. InvestmentsInc., <https://www.law.cornell.edu/> (Erişim Tarihi: 15.10.2016). First Options of Chicago, İnc v. Kaplan davasında, temyiz mahkemesine başvuran Kaplan, sözleşmeyi bizzat imzalamamasına karşın hakemlerin davayı görmeye devam edip karar verdiklerini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, tahkim şartının sözleşmeyi imzalamayanları bağlayıp bağlamadığına mahkemenin karar vermesi gerektiğini, eğer hakemlere bu konuda açık ve kesin bir yetki verilmedi ise hakemin kendi yetkisini belirlemeye yetkili olmadığına ve tahkime elverişlilik iddiasının tahkime elverişli bir iddia olmadığına karar vermiştir(DRAHOZAL, Cristopher R., "International ArbitrationLawInThe United States", International Commercial Arbitration A ComparativeSurvey, ICOG Publication, 2007/45, s. 70.). Yine Yüksek Mahkeme First Options davasında tahkim anlaşmaları ile tarafların hakem heyetinin yetkisini de tahkime tabi tuttuğu anlaşmalar arasında ayırım yapmıştır (DRAHOZAL, s. 71.).

<sup>22</sup> ZERBE,Götz, Die Reform des deutschenSchiedsverfahrens-rechtsauf der rundlage des UNCITRAL Modelgesetzes über die internationale Handeisschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1995, s.188.

ICC tahkim tüzüğünde, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi hususu düzenleme altına alınmıştır (ICC-SchdO art.6 abs.2).

Türk hukukunda kamu düzeninden sayılan haller; ZPO, IPRG ve NCPC gibi kanunlarda hakem kuruluşlarının tahkim düzenlemeleri kamu düzeninden sayılmamaktadır. Bu bağlamda hakem mahkemelerinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi, söz konusu kanunlarda düzenlendiği gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'da da kabul edilmiştir<sup>23</sup>.

## SONUÇ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi düzenlemesinin bir takım olumlu ve olumsuz sonuçları vardır.

### Olumlu sonuçları:

- 1) Tarafların, hakem mahkemesinin kendi yetkisine karar vermesi hususunda anlaşması ile birlikte, hakem mahkemesi aracılığı ile uyuşmazlıkları hakkında verilecek nihai karara *"hızlı bir şekilde"* ulaşabilmelerinin önü açılmıştır. Zira, davayı sürüncemede bırakmak isteyen kötü niyetli tarafın, hakem mahkemesinin yetkisine itiraz ederek, devlet mahkemesi yolunu açma olanağı kalmamıştır. Bu durum, usul ekonomisi ilkesine de uygundur.
- 2) Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi hususunda tarafların anlaşması ile *"masraflar"* azalacaktır. Zira, devlet mahkemelerinin hakem mahkemesinin yetkisi hakkında karar vermesi ile bağlantılı olan gecikme dolayısıyla, nihai kararın verilmesi uzamaktadır. Bununla bağlantılı olarak, hem yargılama giderleri hem de avukatlık ücreti ikiye katlanmaktadır. Dolayısıyla, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi usul ekonomisine uygundur.
- 3) Tarafların uyuşmazlık konusunun *"gizliliği"* itibarıyla, menfaatleri daha iyi sağlanmaktadır. Zira, uyuşmazlık devlet mahkemelerinin önünden alınıp, tarafların serbest iradelerinin bir teşekkülü olan, hakem mahkemesinin önüne getirilmektedir.

### Olumsuz sonuçları:

- 1) Hakem mahkemesi tarafından *"yanlış karar verilebilme tehlikesi"* olabilir. Ancak bu genel rizikoyu taraflar, hakem mahkemesini tayin etmeden önce göz önünde bulundurmaktadır. Niteliksel olarak hakem mahkemesinin yanlış karar verme tehlikesi doğal olarak mevcuttur. Bu genel rizikoya, tahkimin yararları adına katlanılabilir.

---

<sup>23</sup> TAŞKIN, s. 182.

- 2) Hakem mahkemesince, dava konusunun “*objektif tahkim edilebilirliğinin gözetilmemiş olması*” sorun oluşturabilir. Hakem mahkemesinin, kamu yararı nedeniyle kendisinin karara bağlaması mümkün olmayan bir uyuşmazlığı kendi önüne alması durumunda, hakem mahkemesince emredici normları dolanmanın yolu açılmış olur.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine ilişkin düzenlemesi ZPO, IPRG, NCPC, UNCITRAL Model Kanun ve ICC Tahkim Tüzüğü’ne benzer şekilde düzenlenmiştir. Bunun sonucunda hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine ilişkin düzenleme, günümüz hukuk anlayışına en uygun düzenlemelerdendir.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- ALANGOYA, H. Yavuz**: Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- ALANGOYA, H. Yavuz**: “Uncitral Tahkim Yönetmeliği Hakkında”, İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990.
- ALANGOYA, H. Yavuz, YILDIRIM, M. Kamil, DEREN-YILDIRIM, Nevhis**: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Eylül 2011.
- BERGER, Klaus P.**: InternationaleWirtschaftsschiedsgerichts-barkeit, Berlin/ Newyork 1992.
- CRAIG, W. Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan**: International Chamber of Commerce Arbitration, Newyork 1984.
- DAYINLARLI, Kemal**: Milli, Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994.
- De BOÏSSESON, Son** : La ConstitutionduTribunal dans l’arbitrageinstitutionel, Rev. Arb. 1990.
- DRAHOZAL, Cristopher R.**: “International ArbitrationLawInThe United States”, International Commercial Arbitration A ComparativeSurvey, ICOG Publication, 2007/45.
- ERMENEK, İbrahim**: “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, s.1-2, Haziran-Aralık 2000.

**GAILLARD, Emmanuel:** “L ’EffetNegatif de la Competence-Competence ”, Etudes de Procedure et d’Arbitrage en l’Honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999.

**KALPSÜZ, Turgut:** Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli, Ankara 1989.

**KESER-BERBER, Leyla:** “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

**KONURALP, Halûk:** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.

**MUNCH KOMM:** Zivilprozessordnung (ZPO), 4. Auflage.

**PERES, Holger:** Das Problem “überholender” Schiedssprüche, Kommentar zum BGH- Hinweisbeschlussvom 19.09.2013 - Az. III ZB 37/12, Prof. Dr. HolgerPeres, Disputeresolution- Das Online Magazine, 2013.

**REİNER, Andreas:** Handbuch der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 1989 SAENGER, Zivilprozessordnung (ZPO), 5. Auflage.

**TANRIVER, Süha:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi”, Ali Bozer Armağanından Ayrı Bası, Kasım 1998.

**TANRIVER, Süha:** Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara 2016.

**TAŞKIN, Alim:** “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:46, Sayı:1-4, 1997.

**TAŞPINAR, Sema:** “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999.

**TULUAY, Metin:** Delil Anlaşmaları, Basılmamış Doktora Tezi (Tarihsiz).

**ÜSTÜNDAĞ, Saim:** İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.

**ÜSTÜNDAĞ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 6.Bası, İstanbul 1997.

**WALTER, Gerhard/BOSCH, Wolfgang/BRÖNNIMANN, Jürgen:** Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, KommentarzuKapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991.

**YILMAZ, Ejder:** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982.

**ZERBE,Götz:** Die Reform desdeutschen Schiedsverfahrens - rechtsauf der rundlagedes UNCITRAL Modelgesetzes über die internationale Handeisschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1995, s.188.

# 6769 SAYILI SINAÎ MÜLKİYET KANUNU İLE TÜRK TASARIM HUKUKUNDA YENİ DÖNEM

*A New Era In Turkish Design Law With Industrial Property Law Numbered 6769*

**Arş. Gör. Şeyma YURDUSEVEN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 30.03.2017

Kabul Tarihi: 21.04.2017

## ÖZET

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu; marka, tasarım, patent ve faydalı model, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının korunmalarına ilişkin olarak daha önce farklı kanun hükmünde kararname ile yapılmış olan düzenlemeleri tek çatı altında toplamakta ve bu KHK'ları yürürlükten kaldırmaktadır. Düzenlediği bütün alanlarda önemli değişiklikler getirmiş olan kanun; Türk Tasarım Hukukunda yeni bir dönem başlatmıştır. Tasarım hukukunun bir çok alanında köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler büyük ölçüde AB mevzuatı ile uyumludur ve 554 sayılı KHK döneminde uygulamada karşılaşılan bir çok sorunu çözmüştür.

Tescilsiz tasarım koruması, başvuru sırasında re'sen yenilik incelemesinin yapılması, kısmî hükümsüzlüğün düzenlenmesi, kötüniyetin bir hükümsüzlük sebebi olarak belirtilmesi ve eşdeğer parça korumasının düzenlenmesi bu değişikliklerden bazılarıdır.

Bu çalışmada, 6769 sayılı Kanun ile getirilen yenilikler ışığında Türk Tasarım Hukukunun yeni dönemi değerlendirilmektedir. İzlenen sistematik, konunun teorik altyapısının kurulması, eski sistemle yeni sistemin hem mevzuat hem de doktrindeki görüşlere göre karşılaştırılması ve uygulamada önceden karşılaşılanlar ile şimdiden sonra karşılaşılabilecek sorunlara değinilmesi şeklinde olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sınai Mülkiyet Kanunu, Tasarım, Tescilsiz Tasarım Koruması, Yenilik, Ayırt Edicilik, Tasarımın Hükümsüzlüğü

## ABSTRACT

Industrial Property Law numbered 6769; gathers regulations made with different decree laws regarding the protection of trademarks, designs, patents, utility models, geographical signs and traditional specialties under the same roof and abolishes those decrees. This law, which brought about big changes in all areas it regulates, commenced a new era in Turkish Design Law. Fundamental changes have been made in a lot of areas of the design law. These changes mostly conform to EU regulations and they solve a lot of the problems that was being encountered within the era of the decree law numbered 554.

Unregistered design protection, the fact that a novelty inspection will be done ex officio within the process of application, partial invalidity being regulated, bad faith being indicated as a reason for invalidity and equivalent piece protection being regulated are some of those changes.

In this study, the new era in Turkish design law that has been brought upon by Industrial Property Law numbered 6769 is being evaluated. The pursued systematic is establishing the theoretical background of the subject, comparing the new and the old systems in relation with both legislations and remarks in doctrine and evaluating the problems that has been encountered until the new law and the problems that can be encountered after its effectiveness.

**Key Words:** Industrial Property Law, Design, Unregistered Design Protection, Novelty, Individual Character, Invalidity of Design.

<sup>1</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Medenî Hukuk ABD. seymayurduseven88@gmail.com.

## GİRİŞ

Türk Hukukunda tasarımlar, 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile koruma altındaydılar. Fikri sinaî haklar hukukunun bir çok alanı gibi, bu alan da kanun hükmünde kararnameler ile yürütölmekteydi. Uzun süredir çıkması beklenen 6769 sayılı Sinaî Mülkiyet Kanununun, 10 Ocak 2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle marka, patent, tasarım ve coğrafi işaretlerin tescil ve korunmasına ilişkin hükümler tek kanun altında toplanmış ve fikrî sinaî haklar hukukunda kanun hükmünde kararnameler dönemine son verilmiştir.

6769 sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu tasarımlar açısından büyük değişiklikler getirmiş, tasarım hukukunu yeniden şekillendirmiş, öncesinde karşılaşılan bir çok sorunu çözmüştür. 554 sayılı KHK kapsamında sadece tescilli tasarımlar koruma altına alınmıştı. Tescilsiz tasarımlar için özel bir koruma bulunmamaktaydı ve bunların korunması için haksız rekabet hükümleri ve FSEK hükümlerinden faydalanılıyordu. Oysa her gün yeni bir ürünün geliştirildiği piyasa ortamında tescil için gerekli usullerin her bir ürün için uygulanması, bu işlemler için gerekli süreler, emek ve masraflar özel bir korumayı şart kılmaktaydı. 6769 sayılı Kanun bunu sağlamıştır.

Yenilik kriteri her ne kadar tasarım korumasının esaslı bir şartı ise de, bu başvuru sırasında re’sen incelenmediği için önemli sorunlar oluşuyordu. Şimdi başvuru sırasında yenilik kriteri bakımından re’sen inceleme şartı getirilmiştir. Birleşik ürünlerin parçalarının da normal kullanım esnasında görünür olması ve münferiden yenilik ve ayırt edicilik şartlarını sağlaması kaydıyla tasarım korumasından faydalanabilmesi öngörülmüştür. Eşdeğer parçaların onarım amaçlı kullanımı konusu düzenlenmiştir. Önceden KHK kapsamında olmamasına rağmen doktrinde ve içtihatlarda kabul edilen hükümsüzlük sebebi olarak, “kötüniyet” 6769 sayılı Kanunla düzenlenmiş ve boşluk doldurulmuştur.

## I. Tasarım Kavramı

### A. Tasarım

Tasarım (design) sözcüğü, biçim vermek, temsil etmek anlamına gelen Latince *designare* sözcüğünden türemiştir<sup>2</sup>. Tasarım, tasarımcının iç dünyasının dışa yansıması, yani onun yaratıcılığının sonucunun dış dünyadaki görünümüdür<sup>3</sup>. Ancak tanımdan, tasarımın yalnızca estetik bir ihtiyacı

---

<sup>2</sup> Tunalı, İsmail, Tasarım Felsefesine Giriş. İstanbul 2002, s. 12.

<sup>3</sup> Güneş, İlhami. Endüstriyel Tasarım Tescilinin Sağladığı Hukuksal ve Cezai Koruma ile Uygulama Sorunları. FMR C. 7 S. 3. 2007. s. 13.



karşıladığı çıkarılmamalıdır<sup>4</sup>. Bunun aksine tasarım işlevsellik ve verimlilik açısından oldukça önemlidir. Çünkü tasarımın, ürünün geliştirilmesi ve pazarlanmasında çok büyük rolü vardır<sup>5</sup>.

6769 sayılı Kanununun 55. maddesinde tanımlandığı şekliyle tasarım; *“..ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür.”* 554 sayılı KHKda ise tasarım; *“bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütün”* şeklinde tanımlanmaktaydı. Bu iki tanım temelinde aynı olmakla birlikte, değişen kısım önceden “insan duyuları ile algılanma” kriteri aranırken şimdi bunun yerine “görünüm” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bu durumda görme duyusu dışındaki insan duyularının tasarımın algılanması hususunda etkin olmayacağı açığa kavuşturulmuştur. Öncesinde de doktrinde bunun görme duyusu olarak algılanması gerektiği kabul edilmekte ve birçok tasarım tanımında görünüm ifadesi kullanılmaktaydı<sup>6</sup>. 6769 sayılı Kanunla bu konu açıklığa kavuşmuştur.

1883 tarihli Paris Sözleşmesi, tasarım kavramından “design and models” (tasarım ve model); 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ve Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi “work of applied art” (uygulamalı sanat eseri) olarak söz etmektedir. Sonrasında 1994 yılında imzalanan TRIPS Sözleşmesinde “industrial design” (endüstriyel tasarım) terimi kullanılmıştır. 6/2002 sayılı AB tüzüğünde<sup>7</sup> ise “community design” (topluluk tasarımı) ifadesi kullanılmıştır. 554 sayılı KHK’nın isminde her ne kadar “endüstriyel” ifadesi geçse de, içerik bu şekilde değildir. Tanımların bulunduğu 3. maddenin a bendinde “tasarım”

---

<sup>4</sup> Türk hukukunda tasarımın estetik olması, göze hoş gelmesi, süsleme amaçlı olması gerekli değildir. Sadece işlevsel, estetikliği amaçlamayan tasarımlar da söz konusu olabilir. Amerikan hukukuna tasarım patentinin verilebilmesi için bu tasarımın “ornamental” yani süsleyici, dekoratif olması şartı bulunmaktadır. estetik olmanın yanında işlevsel de olabilir, bunun için bir engel yoktur. Du Mont, Jason J.; Janis, Mark D., “Functionality in Design Protection Systems” 19 J. Intell. Prop. L. 261 2011-2012, s. 264.

<sup>5</sup> Fryer, W.T. “Optimizing Economic Benefits by Encouraging Use of Design Registrations and Patent Protection” Journal of the Patent and Trademark Office Society, October 2003, s.784.

<sup>6</sup> Suluk, Cahit. Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s.19. Kılıçoğlu, Ahmet. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar. Ankara 2013, s 9. Karahan, Sami; Suluk, Cahit; Saraç, Tahir; Nal, Temel. Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları. Ankara 2012, s. 265. Tekil, Müge. 554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları. İHFM C. LV S.4 1997, s. 237. Tekinalp Ünal. Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul 2002. s, 15.

<sup>7</sup> 6/2002 sayı ve 12 Aralık 2001 tarihli Topluluk Tasarımlarına İlişkin Konsey Yönetmeliği (EC) OJ L 3, 5.1.2002, s.1.

ifadesi yalnız kullanılmakla birlikte ayrıca b bendinde ürünün tanımı yapılırken “endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesne” ifadesi kullanılarak sadece endüstriyel olduğu kabul edilen değil, bütün tasarımların korunmasının mümkün olacağı belirtilmiştir<sup>8</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre endüstriyel ifadesinin tasarımın başına eklenmesinin sebebi estetik tasarımların dışlanması, onların koruma kapsamı dışında bırakılması değil, tasarımın sadece sanatın değil, endüstrinin de bir parçası olduğunu vurgulamaktır<sup>9</sup>. Ancak endüstriyel olmayan tasarımların da koruma kapsamında olması doktrin ve içtihatlar tarafından KHK’nın 3. maddesinin bu şekilde yorumlanması ile kabul ediliyor olsa da bu, KHK’nın ismi ile içeriği arasında tezata sebep olmuştur<sup>10</sup>. 6769 sayılı Kanunda endüstriyel ifadesi hiç kullanılmayarak bu tezat ortadan kaldırılmıştır. Bu da AB mevzuatına uyumluluğu artırmıştır.

Endüstriyel tasarım/tasarım karışıklığından ve tasarımın sadece estetik mi yoksa estetik olmakla birlikte işlevsel de mi olduğu tartışmalarından da anlaşılabilceği gibi tasarım, yanlış anlaşılmalara açık bir fikrî hak olmuştur. Tasarımın hangi hükümlere göre düzenleneceği de, hukukî düzenlemelerle açıklığa kavuşmuş olmakla birlikte, bu karışıklıklardan biridir. Bir görüşe göre; tasarımın iki tür değeri vardır. Bunlardan birincisi tasarımcının yaratıcılığının sonucu olan görsel fikri ürün, ikincisi ise bu yaratıcılığın, ürünün market değerine eklediği katkıdır<sup>11</sup>. Bu durumda, ilk bahsedilen kısım, yani yaratıcılık ürünü olan görsel fikir ve sanat eseri sayılarak, telif hakkı kapsamında korunmalı, ikinci kısım ise patente yakın bir tescil sistemi ile korunmalıdır<sup>12</sup>. Başka bir görüşe göre ise tasarımlar açık bir şekilde fikir ve sanat eserlerine girerler ve buna göre, tamamen telif hakkı olarak korunmalıdırlar<sup>13</sup>. Sonuç olarak, 6/2002 sayılı AB tüzüğü ile tasarımlar telif hakları ve patentlerden bağımsız bir yaklaşım ile düzenlenmiştir. *Telif yaklaşımı* ya da *patent yaklaşımı* reddedilerek *tasarım yaklaşımı* kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Türk hukukunda da hem KHK döneminde hem de 6769 sayılı Kanun döneminde telif hakları ve patentlerden ayrı, bağımsız bir yaklaşımla tasarım hukukunun düzenlenmiş olduğunu kabul edebiliriz.

<sup>8</sup> Tekil, s. 237.

<sup>9</sup> Tekinalp, s. 564.

<sup>10</sup> Tekil, s. 237.

<sup>11</sup> Saez V.M. “The Unregistered Community Design” E.I.P.R. 2002, 24(12), s. 585.

<sup>12</sup> Saez, The Unregistered Community Design, s. 585. Miniotas, Mikas, Novelty and Individual Character in the Community Design Law, Unpublished Master’s Thesis, 2005, s. 7.

<sup>13</sup> Jehoram H.C. “The EC Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design: Half Way Down the Right Track – A View from the Benelux” E.I.P.R. 14(3), 1992, s.76.

<sup>14</sup> Kur A. “The Green Paper’s “Design Approach” – What’s wrong with it” E.I.P.R. 15(10) 1993, s. 376.

## B. Ürün

554 sayılı KHKda ürün kavramı 3. maddede şu şekilde tanımlanmaktaydı: *“Ürün, bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanısıra bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçaları, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere, birden çok nesnenin veya sunuşun birarada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleri...ifade eder.”* Bu tanımın içeriğinde birleşik ürünün tanımı yoktu ve yarı iletken topografyalar hariç tutulmuştu.

6769 sayılı Kanunda ise ürün kavramının tanımı 55. maddede şu şekildedir: *“(2) Ürün, bilgisayar programları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçaları, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarını, grafik semboller ve tipografik karakterleri ifade eder. (3) Birleşik ürün, sökülüp takılma yoluyla değiştirilebilen veya yenilenebilen parçalardan oluşan üründür.”* Yeni kanunda görüldüğü gibi hem birleşik ürün için bir tanımlama getirilmiş hem de yarı iletken topografyaları ürün tanımından hariç tutulmayarak koruma kapsamına alınmıştır.

## II. Koruma Şartları

Tasarım korumasının şartları yenilik ve ayırt edicilik ile kamuya sunmadır. 554 sayılı KHKda koruma şartları, **“Koruma Şartları”** adlı başlıkta, koruma dışı hallerle birlikte incelenmiştir. 6769 sayılı kanunda ise **“Tasarım Hakkı ve Kapsamı”** üst başlığında ve **“Yenilik ve Ayırt Edicilik”** ile **“Kamuya sunma”** alt başlıkları ile düzenlenmiştir.

### A. Yenilik

Türk tasarım hukukunda tasarımların korunmasında mutlak yenilik kriteri benimsenmiştir<sup>15</sup>. Mutlak yenilik ifadesinden anlaşılması gereken, söz konusu tasarımın dünya çapında daha önce kamuya sunulmamış olmasıdır. AB hukukunda da dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olan eski tarihli bir başka tasarımın varlığı yenilik kriterinin ortadan kaldırır. Ancak eğer bu dünyanın başka yerinde kamuya sunulmuş olan tasarımdan, AB topluluğu içerisindeki o tasarımın uygulandığı sektörle ilgili kişilerin haberinin olma

---

<sup>15</sup> Şehirli, Feyzan Hayal, “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar” Sempozyum 2004, <http://cv.ankara.edu.tr/duzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf>, s. 4; Yalçın, Dilek, Tasarım Hakkı ve Tasarım Hakkının Hükümsüzlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 101; Tekil, s. 243; Bilgin, A. Aslı, Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları, İstanbul 2006, s. 30.

imkanı yoksa bu yenilik kriterine hanel getirmez<sup>16</sup>. Bu farklılık sebebiyle Türk hukukunda aranan yenilik derecesinin oldukça yüksek olduğu doktrinde kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

554 sayılı KHKda yenilik 6. maddede; *“Bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorlarsa aynı kabul edilir. Kamuya sunma, sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Üçüncü şahıslara yapılan ve açıkça veya zımnen gizlilik niteliği taşıdığı anlaşılan açıklamalar kamuya sunmanın kapsamı dışındadır.”* hükmü yer almıştır. 6769 sayılı kanunun 56. maddesinde yenilik şu şekilde düzenlenmiştir: *“(4) Bir tasarımın aynısı; a) Tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce, b) Tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce, dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorsa aynı kabul edilir.”* Tasarımda yenilik kavramının tanımı değişmemiştir. Ancak tescilsiz tasarımlar için de bir düzenleme yapılarak yeni kanunla düzenleme genişletilmiştir. Buna göre tescilli tasarımlarda başvuru ve rüçhan tarihi göz önünde bulundurulurken, tescilsiz tasarım için kamuya sunma tarihi önemlidir.

Yenilik konusunda yeni kanunda öngörülen en önemli değişiklik, artık yenilik incelemesinin tescil başvurusu yapıldığı sırada Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından re’sen yapılacak olmasıdır. Her ne kadar yenilik ve ayırt edicilik unsurları tasarımı oluşturan temel şartlarından olsa da KHK döneminde başvurular bu unsurlar incelenmeksizin yayımlanmaktaydı. KHK kapsamında yenilik sadece üçüncü kişilerin itirazları üzerine değerlendirilmekteyken yeni kanunun yürürlüğe girmesi ile tasarımlarda kurum tarafından yenilik incelemesi uygulaması başlamıştır.

## B. Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik KHK 7. maddede; *“Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması anlamındadır. Herhangi bir tasarımın ayırt edici nitelik açısından kıyaslandığı diğer bir tasarımın, a) Başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de veya dünyada herhangi bir yerde*

<sup>16</sup> Conea, Alina Mihela, “The Requirements for Protection of the Community Design”, 18 Lex ET Scientia Int’l J. 129 2011, s. 132. Bulling, Alexander; Langöhrig, Angelika; Hellwig, Tillmann, “The Community Design: A New Right of Design Protection for the European Community” 86 J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 111 2004, s. 115.

<sup>17</sup> Şehirli, Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar, s. 4.

*piyasaya sunulmuş olması; veya b) Enstitü tarafından tescilli bir tasarım olarak yayınlanmış ve ayırt edici nitelik açısından değerlendirilen tasarımın başvuru veya rüçhan tarihinde henüz koruma süresini doldurmamış olması, gerekir. Ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır.” şeklinde düzenlenmiştir. KHK'ya göre ayırt ediciliğin belirlenmesindeki kriterler şunlardır: Bilgilenmiş kullanıcıya göre genel izlenimde belirgin farklılık, farklılıklardan çok ortak özelliklere önem verilmesi, tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğü ve tasarımın uygulandığı ürün ya da alan<sup>18</sup>.*

6769 sayılı Kanunda yenilik ve ayırt edicilik ayrı ayrı maddelerde değil, tek maddede birlikte ele alınmıştır. 56. maddeye göre ayırt edicilik şu şekilde düzenlenmiştir: *“5) Bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim;a) Tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce,b) Tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce,kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı ise bu tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir.(6) Ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğünün derecesi dikkate alınır.”* Bu düzenleme ile bilgilenmiş kullanıcı<sup>19</sup> üzerinde iki tasarımın bıraktığı genel izlenimin “belirgin” bir şekilde farklı olması gerekliliği ortadan kalkmış, sadece farklı olması yeterli görülmüştür. Bu yeni düzenleme 6/2002 sayılı AB Tüzüğü ile uyumludur<sup>20</sup>. Bilgilenmiş kullanıcı ifadesinde<sup>21</sup>, tasarımcının tasarımı geliştirmekteki özgürlüğünün ayırt ediciliğin belirlenmesine yapacağı etkide ve tasarımın uygulandığı ürün veya alan kriterinde bir değişiklik yapılmamıştır.

Ayırt edicilik konusunda yeni kanun ile kıyaslanan tasarımların kamuya sunulmuş olması veya tescil edilmiş olması hususundaki farklılık ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilmesi kuralı da kaldırılmıştır.

<sup>18</sup> Suluk, Cahit, “Tasarım Hukukunda ‘Bilgilenmiş Kullanıcı’ ve Uygulamada Bazı Sorunlar” Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul, 2003, s. 388.

<sup>19</sup> Bilgilenmiş kullanıcı, tasarımın uygulandığı ürün hakkında normal bir kullanıcıya göre daha fazla bilgisi olan, bu konudaki katalogları incelemiş ancak bir uzmandan beklenebilecek teknik bilgiye sahip olmayan kişidir. Saez, Victor M., “Applying for Protection Under the Community Design System” 10 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 93 2001-2002, s. 97.

<sup>20</sup> AB mevzuatında bilgilenmiş kullanıcı üzerinde tasarımların bıraktığı izlenimin sadece farklı olmasının yeterli sayılması, belirgin bir farklılığın aranmaması eleştiri konusu olmuştur. Conea, s. 134.

<sup>21</sup> ‘Bilgilenmiş kullanıcı’ yerine ‘ilgili kullanıcı’ ifadesinin kullanılmasının gerektiğine yönelik bir eleştiri için bkz. Suluk, Tasarım Hukukunda ‘Bilgilenmiş Kullanıcı’ ve Bazı Sorunlar, s. 393.

### C. Kamuya Sunma

Hakkında koruma talep edilen tasarımın korunabilmesi için bu tasarımın kamuya sunulmuş olması gerekir. Kamuya sunma, gizli tutma şartıyla bir gruba sunmayı kapsamaz. Yenilik kriteri düzenlenirken de 554 sayılı KHK'da dünyanın herhangi bir yerinde daha önceden kamuya sunulmamış olmadan bahsedilmiş ve kamuya sunma ifadesi 6. maddede *“Kamuya sunma, sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar.”* şeklinde ifade edilmiştir. 6769 sayılı Kanunda kamuya sunma ayrı bir maddede ele alınmıştır. 57. maddede kamuya sunma şu şekilde ifade edilmiştir: *“(1) Kamuya sunma; sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım, tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Tasarımın gizlilik şartıyla üçüncü bir kişiye açıklanması kamuya sunma sayılmaz. (2) Koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden veya rüçhan talebi varsa rüçhan tarihinden önceki on iki ay içinde tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından veya tasarımcı ya da halefleri ile olan ilişkinin kötüye kullanımı sonucu kamuya sunulması hâlinde bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez.”*

### III. Koruma Şekli

#### A. Tescilli Tasarım Koruması

Tescilli tasarım koruması tasarım hukukunda kuraldır. Esas olan tescilli tasarım korumasıdır. Tescil ile resmi olarak ürüne koruma sağlanmış olur. Tescil tasarımcıya sağlanan mutlak hakkın menfi ve müspet yönleri ile işlev görür hale gelmesini sağlar<sup>22</sup>. Tescilli tasarımlar, tasarım sahibine inhisari nitelikte yetkiler verir, bir mutlak hak sağlar, tasarım hakkının hukuki işlemlere konu olabildiğini sağlar, ülkeseldir ve süreye bağlıdır<sup>23</sup>.

Tasarım tescilinin olumlu ve olumsuz etkisi vardır. Olumlu etkisine göre, tasarım tescili hak sahibine tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünü üretme, piyasaya sunma, satma, sözleşme yapmak için icapta bulunma, ithal etme ve bu amaçlarla elde bulundurma, kullanma haklarını verir. Olumsuz yöne göre ise tasarım sahibinden başkalarının yukarıda sayılan eylem ve işlemleri yapmasına engel olur<sup>24</sup>.

Tescilli tasarımın tescilsiz tasarıma göre en önemli farkı, tescilsiz tasarımda sadece kopyalamaya karşı korumanın sağlanmış olması, tescilli tasarımın daha geniş bir koruma sağlamasıdır. Tescilli tasarımda üçüncü kişiler aynı veya ayırt

---

<sup>22</sup> Şelli Dilek, Çiğdem, “Genel Olarak Tasarım Tescili ve Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Sorunu” FMR C.8, S. 2. 2008. s. 158.

<sup>23</sup> Suluk, Cahit, “Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme” Erzurumluoğlu Armağanı, 2012, s. 729.

<sup>24</sup> Suluk, Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik bir Değerlendirme, s. 729.

edilemeyecek kadar benzer olan tasarımı, tescilli olandan tamamen bağımsız ve habersiz olarak meydana getirmiş dahi olsalar tescilli tasarım korunur<sup>25</sup>. Bu durum 6769 sayılı Kanun öncesinde tescilsiz tasarımlar FSEK hükümlerine göre korunurken de bu şekildeydi, yeni kanun ile de değişmemiştir.

Tescilli tasarım korumasının sağladığı inhisari hak herkese karşı ileri sürülebilir olduğundan, hem bu hakka tecavüz ederek ürünü satana, hem de söz konusu ürünü elinde bulundurana karşı ileri sürebilecektir<sup>26</sup>.

6769 sayılı Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi tasarım tescil başvurularında Türk Patent ve Marka Kurumu'nun re'sen yenilik incelemesi yapacak olmasıdır. Kanununun 64(6) maddesinde açıkça kurum yeni olmadığı tespit edilen başvuruları reddeder demiştir.

Türkiye'de 1995 yılında sadece 2.914 tasarım başvurusu yapılmışken, 2013 yılında 43.673 olmuştur ve her sene artmaktadır<sup>27</sup>. Belirtilen sayı, dünya çapında oldukça büyük bir sayıdır ve bu haliyle Türkiye dünyada 4. sırada yer almaktadır<sup>28</sup>. Ancak ne yazık ki, tescil edilmiş olan bu tasarımların %90'ının yeni olmadığı, yani tasarım olmanın esaslı şartını sağlamadığı düşünülmektedir<sup>29</sup>. KHK döneminde 6 ay olan itiraz süresinde, ilgili kişilerin durumdan haberdar olup itiraz etmemesi halinde yeni olmayan bu tasarımların tescili kesinleşmekte ve esas hak sahiplerine karşı, kötü niyetle kullanılmaktaydı<sup>30</sup>. Bu sebeple yenilik incelemesinin re'sen, başvuru sırasında yapılacak olması yerinde bir değişiklik olmuştur<sup>31</sup>.

6769 sayılı Kanun ile tasarım tesciline itiraz süresi 6 aydan 3 aya indirilmiştir. Bu da tescilin korumasının etkisini artırır. Zaten artık yenilik incelemesi, tescil başvurusu sırasında re'sen yapılacağından ve itiraza bağlı olmadığından, itiraz süresinin uzun olmasına gerek kalmaması anlaşılabilir bir durumdur.

---

<sup>25</sup> Suluk, Türkiye'de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme, s. 730.

<sup>26</sup> Suluk, Türkiye'de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme, s. 730

<sup>27</sup> Türk Tasarım Danışma Konseyi, Tasarım Strateji Belgesi ve Eylem Planı, 2014-2016. <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/086903F7-EB69-4606-88F2-88937BE73458.pdf> Erişim Tarihi: 29.03.2017.

<sup>28</sup> Türk Tasarım Danışma Konseyi, Tasarım Strateji Belgesi ve Eylem Planı, 2014-2016. <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/086903F7-EB69-4606-88F2-88937BE73458.pdf> Erişim Tarihi: 29.03.2017.

<sup>29</sup> Suluk, Türkiye'de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme, s. 732.

<sup>30</sup> Hasdoğan, Gülay, "Türkiye'de Endüstriyel Tasarımların Korunmasında Uygulamaya Yönelik Sorunlar: Ayırt Edici Nitelik Değerlendirmesi İçin Kavramsal Bir Model Önerisi", Legal FSHD, C. I, S. 2/2005, s. 344.

<sup>31</sup> Re'sen incelemenin nasıl yapılıyor olduğuna dair, TürkPatent Kurumu Tasarımlar Dairesi Başkanı Fatih Karahan, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Enstitüsü tarafından yapılan "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu" sempozyumundaki sözlü bildirisinde, görevliler tarafından "Google Images" araması yapıldığını belirtmiştir.



## B. Tescilsiz Tasarım Koruması

Tescilsiz tasarımların tasarım hukukuna göre korunması 6769 sayılı Kanun ile ilk defa mümkün olmuştur. 55. maddenin 4. bendinde açık şekilde tescilsiz tasarımların da tasarım korumasına sahip olduğu şu şekilde belirtilmiştir: *“Tasarım; bu Kanun hükümleri uyarınca tescil edilmiş olması hâlinde tescilli tasarım, ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması hâlinde ise tescilsiz tasarım olarak korunur.”*<sup>554</sup> sayılı KHK döneminde tescilsiz tasarımların korunması genel hükümlere bırakılmaktaydı. Eser kapsamı içine giren tasarımlar FSEK hükümlerine göre, girmeyenler ise haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktaydı<sup>32</sup>. Bu da bir çok soruna sebep olmaktaydı. 6769 sayılı Kanun ile, tescilsiz tasarımların genel hükümlere tâbi olduğu hükmü kaldırılmış olsa da, 58. maddenin 3. bendinde şu ifade bulunmaktadır: *“Bu Kanun kapsamında sağlanan tasarım koruması, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan şartları taşıması hâlinde söz konusu Kanunla öngörülen korumaya hâlel getirmez.”*Bu durumda eğer, bir tescilsiz tasarım FSEK kapsamında eser olarak kabul ediliyorsa, FSEK hükümlerine göre korunmaya devam edebilecektir.

Tescilsiz tasarım koruması, tescilli tasarım koruması anlatılırken de değinildiği gibi, tescilli tasarım koruması kadar geniş bir koruma değildir. Yalnızca kopyalamaya karşı tasarım sahibini korur<sup>33</sup>. Bu korumanın süresi de tescilli tasarım korumasına göre daha az olup, üç yıldır<sup>34</sup>. Tescilsiz tasarım korumasının tescilli korumaya göre daha az kazançlı olması anlaşılabilir bir durumdur, çünkü tescilsiz tasarım korumasının tescilli tasarım korumasını gereksiz hale getirmesi yanlış olur.

Tescilsiz tasarım koruması, kamuya sunma eylemi ile, başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden başlar. Bu koruma ile özellikle de moda, tekstil ve ambalaj gibi tasarım sayısının çok fazla olduğu sektörlerde tasarım koruması için kolay bir yol getirilmiştir. Tasarım hakkı sahibi isterse kamuya sunduktan sonra bir sene içinde tescil için başvurarak bu korumayı tescilli hale getirebilir.

6/2002 sayılı AB Tüzüğünde tescilsiz tasarım koruması düzenlenmiş olduğundan, yeni kanun ile Türk hukukunda da bu sistemin düzenlenmesi

---

<sup>32</sup> Tescilsiz fikri ürünlerin rekabet hukuku hükümlerine göre korunmasına dair karşılaştırmalı hukuk bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Suluk Cahit, “A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law” International Review of Intellectual Property Law Vol. 43 7/2012 s. 825-846.

<sup>33</sup> Buna telif stili koruma da denmektedir. Bkz. Suluk, Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik bir Değerlendirme, s. 730.

<sup>34</sup> Tescilsiz tasarım koruması daha çok moda sektörü gibi hızlı gelişen, hızlı üreten ama hızlı da tükenen sektörlerde kullanılacağından, 3 yıl yeterli bir süre olarak görülebilir. Saez, Applying for Protection Under the Community Design System s. 95.



yerinde olmuştur. AB hukukuna tescilsiz tasarım korumasının kazandırılması<sup>35</sup> Max Planck Enstitüsü'nün 1972 yılında yaptığı çok geniş kapsamlı saha araştırması sonucunda bu kuruma çok büyük oranda ihtiyaç duyulduğunun tespit edilmesiyle olmuştur<sup>36</sup>. Zaten 6769 sayılı Kanun öncesinde de farklı düzenlemelerle, gerek FSEK gerek marka gerek haksız rekabet hükümleriyle korunmaya çalışıldığı düşünüldüğünde bunun gerçek bir ihtiyaç olduğu daha da açık hale gelir.

#### IV. Koruma Kapsamı ve Koruma Dışı Haller

##### A. Koruma Kapsamı

Tasarım hakkının sağladığı korumanın kapsamı ürünün görünüm özellikleriyle sınırlıdır<sup>37</sup>. 554 sayılı KHK'da tasarım hakkının kapsamının nasıl belirleneceği şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bir tasarımın koruma kapsamı belirlenirken buna, 7 nci maddeye uygun olarak o tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimle bariz bir benzerlik gösteren bütün tasarımlar dikkate alınır. Koruma kapsamının belirlenmesinde, kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarlama açısından seçenek özgürlüğüne sahip olduğu dikkate alınır.”* Bu durumda söz konusu tasarımla benzerlik gösteren ürünler de bu korumanın kapsamına girecektir ve benzerlik belirlenirken de farklılıklardan çok ortak yönler ağırlık verilerek değerlendirme yapılacaktır.

Bu çalışmanın konusu bakımından 554 sayılı KHK'nın bu maddesinin önemli olan ilk kısmı *“farklılıklardan çok ortak özelliklere ağırlık verilir”* ifadesidir. Bu ifade yeni kanunda bulunmamaktadır. Ayrıca *“bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimle bariz bir benzerlik gösteren bütün tasarımlar”* ifadesi de önemlidir. Tasarım hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 48. maddede de aynı ifade bulunmaktadır: *“a) Tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynısını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akdi için icabda bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçlarla depolama, elde bulundurmak”*. Bu ifadelerden anlaşılacağı gibi KHK döneminde bir ürünün aynısı ya da bariz şekilde benzeri ürünler tasarım hakkını ihlal etmekteydi. Bu durum yeni kanun ile değişmiştir. 6769 madde 81'de tecavüz fiili tanımlanırken; *“a) Tasarım sahibinin izni olmaksızın bu Kanun hükümlerine göre koruma kapsamındaki bir tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı ürünün aynısını veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerini üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme*

---

<sup>35</sup> Burada İngiliz hukukunu ayrı tutmak gerekir. Çünkü bu düzenlemenin öncesinde de İngiliz hukkunda tescilsiz tasarım koruması vardı. Bulling; Langöhrig; Hellwig, s. 112.

<sup>36</sup> Miniotas, s. 8.

<sup>37</sup> Karahanlı, Suluk, vd., 285.

*yapmak için öneride bulunmak, ticari amaçla kullanmak veya bu amaçlarla bulundurmamak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak.”* fiilleri tecavüz kapsamında sayılmıştır. Buradaki **“ürünün aynı veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzeri”** ifadesiyeni kriterin bu olduğunu gösterir. 6/2002 sayılı AB Tüzüğü madde 6(1)’de ise ayırt edicilik kriteri olarak **“iki tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimlerin birbirinden farklı olması”** kabul edilmiştir.

Hem eski hem de yeni düzenlemeye göre tasarım korumasının kapsamı yenilik ve ayırt edicilik kriterlerine göre belirlenmektedir. Her iki durumda da aralarında küçük farklar bulunan iki tasarım ayırt edici sayılmayacak ve önceden tescil edilmiş olan veya önceden kamuya sunulduğu için tescilsiz korumadan yararlanan tasarım korunacaktır.

### **B. Koruma Süresi**

Tescilli tasarımlar bakımından koruma süresinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Hem 554 sayılı KHK hem de 6769 sayılı Kanuna göre tescilli tasarımların koruma süresi 5 yıldır ve bu 5 yıllık süre, yine 5 yıllık dönemler halinde 25 yıla kadar uzatılabilir.

Koruma süresi bakımından değişiklik, tescilsiz tasarım koruması konusunda olmuştur. Daha önce de bahsedildiği gibi 554 sayılı KHK döneminde tescilsiz tasarım koruması bu KHK ile düzenlenmemiş ve genel hükümlere bırakılmıştı. 6769 sayılı Kanunla tescilsiz tasarım düzenlenmiş olduğu için bunun süresi de düzenlenmiştir. Bu kanunun 69. maddesinin 2. bendine göre tescilsiz tasarımların koruma süresi, kamuya sunulduğu tarihten itibaren 3 yıldır. Ancak 58. maddenin 3. bendine göre eğer bir tescilsiz tasarım FSEK hükümlerine göre eser olarak kabul ediliyorsa, 6769 sayılı kanun hükümleri, FSEK’in korumasına halel getiremeyeceğinden, bu kapsamdaki tasarımlarda 3 yıllık süre değil, FSEK’te öngörülen süreler geçerli olacaktır.

### **C. Koruma Dışı Haller**

554 sayılı KHK’ya göre tasarım korumasının kapsamı dışında kalan haller; kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık ile teknik fonksiyonun tasarımı şekillendirmesi halleridir. 6769 sayılı Kanun ile koruma dışı hallere bir durum daha eklenmiştir. 58. maddenin 4. bendine göre **“Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamında yer alan hükümlerle uyumlu olmayan işaretleme işaretlerinin, armaların, nişanların veya adlandırmaların uygunsuz kullanımını içeren tasarımlar”** da koruma dışı hallerdendir. Bu ekleme ile AB mevzuatına uyum sağlanmıştır.

#### **D. Korumanın Sınırları**

Tasarımdan doğan haklar münhasıran bu hakkın sahibine aittir. Bu durumda tasarım hakkı sahibi dışındaki kişiler, tasarım sahibinin izni olmadan, koruma kapsamındaki tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünü üretmez, piyasaya sunamaz, satamaz, ithal edemez, ticari amaçlı kullanamaz veya bu amaçlarla elde bulunduramaz yahut bu tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunamaz.

Tescilsiz tasarım koruması, tescilli tasarıma göre daha yüzeysel bir koruma sağlar. Bu tür bir koruma, hak sahibine birinci hakkını ihlal eden fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verir. Oysa tescilli korumanın kapsamı o tasarıma benzer bütün ürünleri içine alacak kadar geniştir. Madde 59(2)de *“Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.”* denilerek, bu sınırlı korumaya bir de istisna getirilmiş ve iyiniyetli, kendi tasarımlarını bağımsız olarak yapmış ve diğer tasarımın varlığından haberdar olmayan, haberdar olacak durumda da olmayan kişiler korunmuştur.

Kişisel amaçla sınırlı kalan ve ticari amaç taşımayan fiiller, deneme amaçlı fiiller, eğitim veya referans amaçlı çoğaltmalar, uluslararası trafik serbestisi, ön kullanım hakkı, hakkın tükenmesi, onarım amaçlı kullanım ve sessiz kalma nedeniyle hak kaybı tasarım korumasının sınırlarının dışında kalır<sup>38</sup>. Bu konularda önemli bir değişiklik yapılmadığından, aşağıda daha özellikli olan ve önemli değişikliklere konu olmuş olan birleşik ürün parçaları ve çoklu başvuru, korumanın sınırları bakımından incelenmiştir.

#### **1) Bileşik Ürün Parçaları**

##### **a) Normal Kullanımda Görünmeyen Parçalar**

Tasarımın tanımında “görünüm” ifadesi kullanılmaktadır; ancak tasarımın sadece görünümle ilgili olduğunu söylemek yanlış olur<sup>39</sup>. Tasarımların görme duyusu dışında duyuyla algılanabilecek, sertlik, esneklik, terletici olup olmama gibi farklı özellikleri de vardır<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Karahan, Suluk, vd., s. 286.

<sup>39</sup> Görünmeyen tasarımlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Suluk, Cahit, “Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar” İÜHFM, C. LX, S. 1-2/2002, s. 205-214.

<sup>40</sup> Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Enstitüsü tarafından düzenlenen 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumunda Prof. Dr. Feyzan Hayal Şehirli Çelik’e bir dinleyici tarafından, artık tasarım başvurusunda tarifname vermek gerekmediğine göre, tasarımın

Eski KHK'nın aksine yeni kanunda bileşik ürün parçalarının olağan kullanımda görünmeyen kısımlarının korunmayacağı, ayırt edici olmadıkları gerekçesiyle açıkça düzenlenmiştir.

### **b) Onarım Amaçlı Kullanım**

Hem KHK'ya hem de yeni kanuna göre bileşik ürünün görünümüne bağımlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra kullanılması tasarım hakkının ihlali sayılmaz. Onarım amaçlı kullanım tasarım hakkının istisnasını oluşturur. Bu konuda Türk hukukunun AB ile uyumlu olması bilhassa gereklidir. Çünkü onarım amaçlı kullanım en çok otomotiv piyasasında söz konusudur ve bu piyasa yoğun olarak ithal ürünlerle yürümektedir<sup>41</sup>.

6769 sayılı Kanun bu istisnanın kapsamını eşdeğer parça koruması ile genişletmiştir. 6769 sayılı Kanun madde 59'a göre: *"(5) Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yayımlanan eşdeğer parçaların dördüncü fıkra kapsamında ve tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl içinde kullanımı tasarım hakkının ihlali sayılmaz."* Hazine Müsteşarlığı'nın 2015/2 sayılı 13.01.2015 sayılı genelgesinde eşdeğer parça şu şekilde tanımlanmıştır: *"Eşdeğer (muadil) parça, bir motorlu aracın montajında kullanılan esas-orijinal parçaların değiştirilmesi amacıyla üretilen, ilgili yasal mevzuat (yönetmelik, standart, teknik düzenleme) çerçevesinde belirlenen deney, muayene metotlarına göre orijinal parçayla (kütle, boyut, malzeme ve işlevsellik vb.) kıyaslanarak tespit edilen kriterlere uygunluğu, akredite bir kuruluş tarafından belgelendirilmiş parçadır"*<sup>42</sup>.

### **c) Teknik Açıdan Belirli Şekilde Olması Gereken Parçalar**

Teknik açıdan belirli şekilde olması gereken ürünlerin tasarımları ayırt edicilik kriterini taşımayacaklarından tasarım korumasından yararlanamazlar<sup>43</sup>. Aynı şekilde teknik açıdan belirli şekilde olması gereken parçalar da tasarım korumasından yararlanamayacaklardır.

---

gözle görülmeyen yalnızca tarifnamede tarif edilen özelliklerinin nasıl anlaşılacağı sorulmuş, kendisi, tarifname zaten bağlayıcı bir belge olmadığı için tasarımın niteliğinin belirlenmesi açısından bir etkisi olmadığını, bu gibi özelliklerin kurum tarafından tarifname olmadan da anlaşılabilceği cevabını vermiştir.

<sup>41</sup> Pınar, Hamdi, "Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye'nin Ekonomi Politik Tercih Sorunu" İÜHFD Özel Sayı C. 2 2015, s. 739.

<sup>42</sup> Hazine Müsteşarlığı 2015/2 sayılı 13.01.2015 tarihli genelgesi.

<sup>43</sup> Tasarımcıya seçenek bırakmayan tasarımların hukukî durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Suluk, Cahit, "Tasarımcıya Seçenek Bırakmayan Tasarımların Hukuki Durumu", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta, İstanbul 2002, s. 645-670.

#### **d) Ürünün Görünümüne Bağlı Parçalar**

6769 sayılı Kanununun 59.maddesine göre birleşik ürünün görünümüne bağlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra kullanılması tasarım hakkının ihlali sayılmaz.

#### **e) Normal Kullanımda Görülebilen, Teknik veya Görsel Zorunluluk Arz Etmeyen, Yeni ve Ayırt Edici Olan Parçalar**

6769 sayılı Kanunla birleşik ürünlere parça koruması getirilmiştir. 56. maddeye göre: *“(2) Birleşik ürünün parçasının tasarımı, aşağıdaki şartları taşıyorsa yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir: a) Parça birleşik ürüne takıldığında, birleşik ürünün normal kullanımında görünür durumda olmalıdır. b) Parçanın görünür durumda olan özellikleri, yenilik ve ayırt edici nitelik şartlarını karşılamalıdır. (3) Bu maddede yer alan normal kullanım; bakım, servis veya onarım işleri hariç olmak üzere, son kullanıcı tarafından kullanımı ifade eder.”* Bu maddeye göre normal kullanımda görülebilen, yeni ve ayırt edici olan parçalar tasarım korumasının kapsamı içinde olacaktır. Bu maddenin KHK’da karşılığı bulunmamaktaydı.

#### **2) Çoklu Başvuru**

Çoklu başvuru KHK’da şu şekilde düzenlenmişti: *“Birden çok tasarımın başvurusu, tek başvuru ile yapılabilir. Süslemeler hariç olmak üzere, bu olanaktan yararlanmak ancak tek başvuru altında gösterilen her bir tasarımın, tasarlanan ürünlerin aynı altsınıfa veya aynı set/takıma ait olmaları veya bileşik bir ürünün parçaları olmaları veya birden çok nesnenin yada sunuşun bir arada algılanabilen bir birleşimini oluşturmaları durumunda mümkündür. Çoklu başvuru, 26 ncı madde hükümlerinde yer alan ücretlere ek olarak, Yönetmelikte öngörülen ek başvuru ücretine tabidir.”* KHK, çoklu başvuruya bunların birbiri ile kararnamede belirtilen ilişkilerinin olması şartıyla izin vermektedir. Bunun için de bir ek ücret alınmaktaydı. 6769 sayılı Kanunda çoklu başvuru şu şekilde düzenlenmiştir: *“Birden çok tasarımın tescil talebi, ek başvuru ücretinin ödenmesi şartıyla çoklu başvuru altında yapılabilir. Çoklu başvurularda, süslemeler hariç olmak üzere, tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı her bir ürünün, aynı sınıfa dâhil olması gerekir. Çoklu başvuru veya çoklu tescili oluşturan tasarımlar bu Kanunun uygulanmasında ayrı ayrı değerlendirilir. Çoklu başvuruda, yedinci fıkrada belirtilen şartlara uymayan tasarımlar için tescil talebinde bulunmuş veya tasarım sayısı belirlenen sayıyı aşmışsa Kurum bu tasarımlar için bölünmüş başvuru yapılmasını ister. Bölünmüş her başvuru için başvuru tarihi, ilk başvuru tarihidir. İlk*

*başvuruda rüçhan hakkı talep edilmişse bu hak bölünmüş her başvuruya da tanınır. Tasarımcı, isminin başvuruda belirtilmemesi hâlinde, tasarımcı olarak belirtilmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak, tasarımcı isminin gizli tutulmasını da talep edebilir. Başvuru sahibi tasarımcı değilse veya tasarımcılardan sadece biri veya birkaçıysa, başvuru sahibinin tasarımcı veya tasarımcılardan tasarım başvurusu yapma hakkını ne şekilde elde ettiği başvuruda açıklanır. Tasarım başvurusunda yer alan imla hataları ve açık maddi hatalar, tasarım örneğini değişikliğe uğratmaması şartıyla başvuru sahibinin talebi üzerine düzeltilir. Çoklu başvuruda yer alabilecek tasarım sayısı ve başvuruya ilişkin diğer usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.”* Yeni kanunla çoklu başvuru için çok daha ayrıntılı bir düzenleme yapıldığını, KHK’daki çoklu başvuru şartlarının korunarak, bir de çoklu başvuruda kullanılacak tasarım sayısının sınırlandırıldığını, kurumun bu başvurunun bölünmesini talep hakkının sağlandığını söyleyebiliriz.

Ayrıca tasarımcıya ismini belirtme veya gizli tutma hakkı da verilmiştir. Başvuru konusu olan tasarımların tamamı veya bir kısmı için tasarımcı, başvuru sahibinin kendisi değilse, başvuru sahibinin tescil için başvurma yetkisini nasıl elde ettiğini ispatlaması gerekecektir.

## V. Hükümsüzlük

Hükümsüzlük, bir üst kavram olarak kullanılan ve geçersizliğin kastedildiği temel bir borçlar hukuku yaptırımıdır<sup>44</sup>. Tasarım hukukunda hükümsüzlük ise; tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir tasarımın, kanunda belirtilen durumların varlığı halinde dava yoluyla iptal edilmek suretiyle son bulması demektir<sup>45</sup>.

6769 sayılı Kanun ile hükümsüzlük bakımından bazı değişiklikler olmuştur. Bunlar; yeni hükümsüzlük nedenlerinin getirilmesi, hükümsüzlük talebinde bulunabilecek kişilerde değişiklik ve kısmî hükümsüzlüğün daha farklı bir şekilde düzenlenmesidir. Hükümsüzlüğün etkileri bakımından bir değişiklik yapılmamıştır<sup>46</sup>.

## A. Hükümsüzlük Nedenleri

6769 sayılı Kanun ile KHK’da olmayan yeni bazı hükümsüzlük nedenleri getirilmiştir. Bunların ilki kötünüyettir. 77. maddeye göre tasarım tescil başvurusunun kötü niyetle yapıldığı tespit edilirse, bu bir hükümsüzlük nedeni

<sup>44</sup> Can, Ozan, “Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük”, FMR C. 8 S. 2. 2008. s. 79.

<sup>45</sup> Can, s. 80.

<sup>46</sup> Hükümsüzlüğün sınai mülkiyet hukukundaki etkileri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Suluk, Cahit, “Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi”, FMHD, S. 3 2006. s. 37-73.

olacaktır. KHK döneminde bu düzenlenmemiştir; ancak yargı kararları ile kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Bu eksiklik yeni kanunla giderilmiştir.

Yeni kanunla öngörülen bir diğer hükümsüzlük nedeni, tasarımın bir fikri mülkiyet hakkının yetkisiz kullanımını içermesidir. Örneğin; Mickey Mouse karakteri telif hakkı ile korunmaktadır. Bu karakterin, mesela bir kalem ürününün tasarımında kullanılması yenilik ve ayırt edicilik bakımından geçerli bir tasarım oluşturabilir. Ancak bu tasarım Mickey Mouse karakterinin telif hakkı sahibinin izni olmadan yapılmışsa, bu tasarım bir fikri mülkiyet hakkının yetkisiz kullanımını içereceğinden hükümsüzlüğüne karar verilir.

## B. Hükümsüzlük Talebi

Hükümsüzlük talebine bulunabilecek kişiler KHK madde 44'te şu şekilde belirtilmekteydi: *“Tasarımın hükümsüzlüğü, ikinci fıkrada sayılan ayırık haller dışında herkes tarafından istenebilir. Tasarımın hükümsüzlüğü, 43 üncü maddenin (c) bendine göre sadece önceki hak sahibi; 13, 14, 15 ve 16 ncı maddelere göre ise, ancak tasarım hakkına sahip kişiler tarafından ileri sürülür.”*Bu hüküm uyarınca tescilli bir tasarımın, sonradan kamuya açıklanan aynı veya benzer nitelikteki diğer tasarımın başvuru tarihi kendisinden önce ise sadece önceki hak sahibi hükümsüzlüğünü talep edebilir. Tasarım hakkının sahibi başka bir kişi ise, bu kişi hükümsüzlüğü iddia edebilir. Diğer bütün durumlarda da herkes hükümsüzlük için mahkemeye başvurabilir. 6769 sayılı Kanununun 78. maddesinde ise yine önceki hak sahibinin ve gerçek hak sahibinin dava açma hakkının olduğu durumlar aynı tutulmuş, diğer bütün durumlarda herkesin değil ancak menfaati olanların dava açabileceği düzenlenmiştir.

## C. Kısmî Hükümsüzlük

KHK'nın hükümsüzlük halleri başlığını taşıyan 43. maddesinin son fıkrasında kısmî hükümsüzlük *“Hükümsüzlük nedenleri tasarım başvurusu veya tescilin sadece bir bölümüne ilişkin bulunuyorsa, sadece o bölümü etkileyen ürün veya ürünler için iptal suretiyle, kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Kısmi hükümsüzlük sonucu, iptal edilmeyen ürün veya ürünlerle ilgili kısım için koruma geçerliliğini sürdürür.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki ifade çoklu tasarım korumasını hatırlatmaktaydı ve AB mevzuatından yapılan hatalı bir çevirinin sonucu<sup>48</sup>. Kalan kısımların geçerliliklerini koruması için herhangi bir şarttan

---

<sup>47</sup> Her ne kadar yargı kararları ile kötüniyetli tescilin hükümsüzlüğüne karar veriliyor olsa da, hükümsüzlüğe karar verilene kadar geçen süredeki kullanım haklı kabul ediliyor ve bu kullanıma yönelik tazminat vb. talepler reddediliyordu. Şehirli Çelik, Feyzan Hayal, “Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar Yeni Bir Ufuk” FMR C. 12. 2011 s. 57.

<sup>48</sup> Suluk, Cahit “Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü” Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2009. s. 321.



da söz edilmemektedir. Türk Patent Kurumu bir yönetmelikle bu konuda yeni bir düzenleme getirerek durumu düzeltmeye çalışsa da, bu kez de hukuk kuralları arasındaki hiyerarşi bozulduğundan sorunlar çıkmıştır<sup>49</sup>. 6769 sayılı Kanun ile bu kurumun yeniden düzenlenmesi isabetli olmuştur. 6769 sayılı Kanunun 77. maddesine göre; “64 üncü maddenin altıncı fıkrasının (b) ve (ç) bentleri ile fikri mülkiyet haklarının yetkisiz kullanımı gerekçesiyle tasarımın bir kısmına ilişkin hükümsüzlük talebinin kabul edilmesi hâlinde, o kısmın tescilli hükümsüz kılınır. Kısmi hükümsüzlük sonucunda tescilin devamı için, kalan kısmın koruma şartlarını sağlaması ve tasarım kimliğini muhafaza etmesi şarttır.” Bu şekliyle yeni düzenleme AB mevzuatı ile de uyumludur<sup>50</sup>. Tasarımın kimliğinin değişmemesi için kalan kısmın tasarımının niteliğinin değişmemesi ve adının aynı kalabilmesi gereklidir.

Kısmi hükümsüzlüğün mümkün olabilmesi için, kalan kısmın koruma şartlarını sağlıyor olması şartı doğaldır. Ancak ikinci şart, yani kalan kısmın tasarım kimliğini muhafaza etmesi şartı, bunun uygulamada çoğu zaman mümkün olmadığı ileri sürülerek eleştirilmektedir<sup>51</sup>. Türk Patent ve Marka Kurumu, 6769 sayılı Kanun öncesindeki kararlarında 554 sayılı KHK’da herhangi bir şart aranmadığı için, bunlardan kalan kısmın tasarım kimliğini muhafaza etmesi şartına bağlı kalmaksızın kısmî hükümsüzlük kararları vermektedir<sup>52</sup>. Ancak kısmî hükümsüzlük zaten başlı başına tasarım hukukundaki “genel izlenim” ilkesine aykırıdır<sup>53</sup>. Eğer kısmî hükümsüzlük sonucunda kalan kısmın ilk baştaki niteliği koruması şartı da olmazsa, kısmî hükümsüzlük sonucunda tasarımın kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim artık tamamen değişecek, bu durumda da tasarım bambaşka bir fikri ürüne dönüşecek demektir. Bu yüzden de kısmî hükümsüzlük için kalan kısmın niteliğinin değişmemesi şartının aranmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.

---

<sup>49</sup> Suluk, Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü, s. 322.

<sup>50</sup> 6/2002/AB Tüzüğü madde 25/6.

<sup>51</sup> Suluk, Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü, s. 324.

<sup>52</sup> Suluk, Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü, s. 326.

<sup>53</sup> Tasarımın en önemli niteliği olan ayırt ediciliği, tasarımın bilinenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenimle belirlendiğinden, genel izlenim tasarımın temelini oluşturur diyebiliriz.

<sup>54</sup> Suluk, Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü, s. 328.



## SONUÇ

Tasarımlar 1995 yılında düzenlenirken AB mevzuatındaki taslaklar göz önünde bulundurulmuştur, çünkü AB mevzuatı ile uyumluluk hedeflenmiştir. Ancak hem KHK'nın hazırlanması sırasında göz önünde bulundurulmuş taslaklar değişerek yasalastığı için hem de dikkat edilmemiş başka farklılıklardan dolayı her ne kadar AB mevzuatı ile uyum amaçlanmış olsa da iki koruma sistemi arasında büyük farklar ortaya çıkmıştır. 6769 sayılı Kanun tasarımların korunması hususunda bir çok açıdan hem AB ile uyum sağlamış hem de uygulamada karşılaşılan sorunları çözmeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Tescilsiz tasarım koruması, KHK'nın en büyük eksikliklerinden biriydi. Bu eksiklik FSEK ile telif koruması sağlanarak veya haksız rekabet hükümlerine göre çözülmeye çalışılıyordu. Bu eksikliğin giderilmesi yerinde olmuştur. Kısmi hükümsüzlük konusunda uygulamada KHK'nın öngöremediği büyük sorunlar yaşanmaktaydı ve bu da AB müktesebatı ile uyum sağlanarak çözülmeye çalışılmıştır. Eşdeğer parça istisnası ile önemli sektörlerin ihtiyaçlarına cevap verilmiştir.

İncelemesiz tescil sistemi yüzünden Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tescil edilmiş tasarımların neredeyse %90'ı tasarım korumasının en önemli kriterlerinden olan yenilik kriterini karşılamamaktaydı. Bu da hem itirazların ve hükümsüzlük davalarının yığılmasına hem de farkedilmeyen ama aslında yeni olmayan tasarım sahiplerinin haksız kazançlar elde etmelerine, gerçek hak sahiplerinin mağdur olmasına sebep oluyordu. Şimdi her ne kadar Türk Patent ve Marka Kurumunun bu incelemeleri nasıl yapacağı, yeterli titizlikle yapılıp yapılamayacağı ve bu konuda gelecekte bizi ne gibi sorunların beklediği belli olmasa da, en azından bir inceleme yapılacağı için sorun büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.

6769 sayılı Kanun genel hatlarıyla AB mevzuatı ile uyumludur ama bazı yönlerden hâlâ iki hukuk sistemi arasında farklılıklar bulunmaktadır. Mesela, yenilik bakımından mutlak yenilik kriterinde bir değişiklik yapılmayarak olan durum korunmuştur.

Bu çalışmada, 6769 sayılı Kanun ile getirilen yenilikler ışığında Türk Tasarım Hukukunun yeni dönemi değerlendirilmiştir. Sonuç olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun bir çok soruna çözüm olacağı düşünülmektedir.

\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

- Bilgin, A. Aslı**, Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları, İstanbul 2006.
- Bulling, Alexander**; Langöhrig, Angelika; Hellwig, Tillmann, “The Community Design: A New Right of Design Protection for the European Community” 86 J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 111 2004.
- Can, Ozan**, “Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük”, FMR C. 8 S. 2. 2008. s. 77-94.
- Du Mont, Jason J.; Janis, Mark D.**, “Functionality in Design Protection Systems” 19 J. Intell. Prop. L. 261 2011-2012.
- Fryer, W.T.** “Optimizing Economic Benefits by Encouraging Use of Design Registrations and Patent Protection” Journal of the Patent and Trademark Office Society, October 2003.
- Güneş, İlhami**, “Endüstriyel Tasarım Tescilinin Sağladığı Hukuksal ve Cezai Koruma ile Uygulama Sorunları” FMR C. 7 S. 3. 2007. s. 11-42.
- Hasdoğan, Gülay**, “Türkiye’de Endüstriyel Tasarımların Korunmasında Uygulamaya Yönelik Sorunlar: Ayırt Edici Nitelik Değerlendirmesi İçin Kavramsal Bir Model Önerisi”, Legal FSHD, C. I, S. 2/2005, s. 341-353.
- Jehoram, H.C.**, “The EC Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design: Half Way Down the Right Track – A View from the Benelux” E.I.P.R. 14(3), 1992.
- Karahan, Sami**; Suluk, Cahit; Saraç, Tahir; Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları. Ankara 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet**. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar. Ankara 2013.
- Kur, A.**, “The Green Paper’s “Design Approach” – What’s wrong with it” E.I.P.R. 15(10), 1993.
- Miniotas, Mikas**, Novelty and Individual Character in the Community Design Law, Unpublished Master’s Thesis, 2005.
- Pınar, Hamdi**, “Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye’nin Ekonomi Politik Tercih Sorunu” İÜHFD Özel Sayı C. 2 2015, s. 739-774.
- Saez, Victor M.**, “Applying for Protection Under the Community Design System” 10 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 93 2001-2002.
- Saez, Victor M.**, “The Unregistered Community Design” E.I.P.R. 24(12), 2002.
- Suluk, Cahit**, “A Comperative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law” International Review of Intellectual Property Law Vol. 43 7/2012. s. 825-846.

**Suluk, Cahit**, “Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi”, FMHD, S. 3 2006, s. 37-73.

**Suluk, Cahit**, “Tasarım Hukukunda ‘Bilgilenmiş Kullanıcı’ ve Uygulamada Bazı Sorunlar” Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul, 2003, s. 387-395.

**Suluk, Cahit**, “Tasarımcıya Seçenek Bırakmayan Tasarımların Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta, İstanbul 2002, s. 645-670.

**Suluk, Cahit**, “Tasarımların Kısmî Hükümsüzlüğü” Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2009.

**Suluk, Cahit**, “Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar” İÜHF, C. LX, S. 1-2/2002, s. 205-219.

**Suluk, Cahit**, “Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme” Erzurumluoğlu Armağanı, 2012, s. 719-737.

**Suluk, Cahit**. Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000.

**Şehirli Çelik, Feyzan Hayal**, “Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar Yeni Bir Ufuk” FMR C. 12. 2011, s. 39-69.

**Şehirli, Feyzan Hayal**, “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar” Sempozyum 2004, <http://cv.ankara.edu.tr/duzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf> Erişim Tarihi: 28.03.2017.

**Şelli Dilek, Çiğdem**, “Genel Olarak Tasarım Tescili ve Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Sorunu” FMR C.8, S. 2. 2008.

**Tekil, Müge**, “554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları” İHF C. LV S.4 1997.

**Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul 2002.

**Tunalı, İsmail**, Tasarım Felsefesine Giriş. İstanbul 2002.

**Türk Tasarım Danışma Konseyi, Tasarım Strateji Belgesi ve Eylem Planı**, 2014-2016. <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/086903F7-EB69-4606-88F2-88937BE73458.pdf> Erişim Tarihi: 28.03.2017.

**Yalçın, Dilek**, Tasarım Hakkı ve Tasarım Hakkının Hükümsüzlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.



# GÜNEY KORE'DE UYGULANAN HÜKÜMET SİSTEMİ ÜZERİNE İNCELEMELER

*Examinations on the Government System of South Korean*

**Arş. Gör. Yasin AYDOĞDU<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 19.02.2017

Kabul Tarihi: 05.06.2017

## ÖZET

Hükümet sistemleri, kuvvetler ayrılığı teorisine göre tasnif edilmektedir. Bu tasnif temelde ikiye ayrılmaktadır: Kuvvetlerin ayrılığına dayanan hükümet sistemleri ve kuvvetlerin birliğine dayanan hükümet sistemleri. Kuvvetlerin birliğine dayanıp da demokratik bir yönetime imkân tanıyan sadece meclis hükümeti sistemidir. Demokratik devletlerin hemen hepsi hükümet sistemini kuvvetlerin ayrılığına dayandırmaktadır. Kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri ise temelde parlamenter sistem ve başkanlık sistemi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Demokratik devletler hükümet sistemi tercihlerini bu iki sistemden birini seçerek yahut ikisinin bazı özelliklerini alıp kendilerine özgü yeni bir sistem geliştirerek yapmaktadırlar. Örneğin Fransa parlamenter sistemle yönetilirken, Anayasasında yaptığı değişiklikle başkanlık sisteminin bazı özelliklerini sisteme eklemiştir. Nihayetinde sistem yarı-başkanlık sistemi olarak adlandırılmaktadır. Kore Savaşının ardından kurulan Güney Kore Devleti de ihtiyaçları doğrultusunda bir hükümet sistemi tercih etmiştir. Güney Kore'de uygulanan hükümet sistemi temelde başkanlık sistemi olsa da, bazı uygulama farklılıkları ile klasik başkanlık sisteminden ayrılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kuvvetler Ayrılığı Teorisi, Hükümet Sistemleri, Parlamenter Sistem, Başkanlık Sistemi, Güney Kore, Başkan, Ulusal Meclis.

## ABSTRACT

Government systems are classified according to the theory of separation of powers. This classification basically cleaves: Government systems based on separation of powers and Government systems based on unity of powers. It is only the parliamentary government system that allows for a democratic rule based on unity of powers. Almost all democratic states base the government system on separation of powers. Government systems based on separation of powers are basically divided into parliamentary system and presidential system. Democratic states make their choice of the government system by choosing one of these two systems or take some of the features of both and develop a new system that is unique to them. For instance, while France is being governed by a parliamentary system, it has added some features of the presidential system to the system with the change in its Constitution. Ultimately, the system is called semi-presidential system. South Korea, which was established after the Korean War, also preferred a government system in line with its necessities. Although the government system in South Korea is basically presidential system, it differs from the classical presidential system by some application differences.

**Key Words:** The Theory of Separation of Powers, Government Systems, Parliamentary System, Presidential System, South Korea, The President, The National Assembly. .

<sup>1</sup> Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, aydogdu@kku.edu.tr.

## GİRİŞ

Tarihsel olarak devletin üç ayrı organ ve fonksiyondan oluştuğu düşüncesi, teorik olarak eskiye dayansa da, uygulamada karşılığını bulması nispeten yenidir. Mutlak monarşiler döneminde devlet denilince akla tek bir şey gelirdi: Hükümdar. Kanunları hükümdar koyar, hükümdar uygular, davalarda nihai kararı hükümdar verirdi. Böyle bir sistemde de kuvvetlerin ayrılığından bahsetmek mümkün değildi<sup>2</sup>.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet niteliği taşıyan her siyasi toplulukta birbirinden farklı kuvvetler bulunduğu ve bu kuvvetlerin yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılabilceği, özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için, bu kuvvetlerin bağımsız ve farklı ellerde bulunması gerektiği görüşüne dayanmaktadır<sup>3</sup>.

Günümüzde demokratik devletler hükümet sistemlerini kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanarak belirlemektedirler. Bu çerçevede kuvvetler ayrılığı ilkesine göre hükümet sistemleri temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sistemi ve kuvvetlerin yumuşak ayrılığına (kuvvetlerin işbirliğine) dayanan parlamenter sistemdir. Bu iki modelin arasında bir de Fransa’nın hukuk literatürüne kazandırdığı bir hükümet modeli daha vardır: “Yarı-başkanlık sistemi” veya “partili cumhurbaşkanı modeli”.

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmayan ya da kuvvetlerin birliğine dayalı hükümet sistemleri ise farklı yapılanma ve görünümle karşımıza çıkabilmektedir. Devleti oluşturan kuvvetlerden yasama, yürütme ve yargılama yetkileri tek bir kişide birleşebildiği gibi yürütme ve yasama yetkileri yasama organında da birleşebilmektedir. İlk tür hükümet sistemleri monarşi veya diktatörlük rejimleri olarak adlandırılmaktadır ve bu yönetim şekilleri anti-demokratik olmaktadır<sup>4</sup>. Peki, kuvvetlerin birliğine dayandığı halde demokratik olabilecek hükümet sistemi yok mudur? Bu sorunun tek istisnai cevabı; günümüzde sadece İsviçre’de uygulanan meclis hükümeti sistemidir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Kemal GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 189.

<sup>3</sup> Zafer GÖREN, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006, s. 142.

<sup>4</sup> Her iki sistemin ortak özelliği, yürütme organının seçim dışı yollarla iktidara gelmesi ve yürütme ve yasama yetkilerinin tek elde toplanmasıdır. Diktatörlük rejimlerinde zaman zaman seçimlerle iktidara gelindiği görünse de, yapılan bu seçimler demokratik seçim olma kriterlerini taşımadığı için sadece sembolik olarak kalmaktadır. Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 473-474.

<sup>5</sup> Meclis hükümeti sisteminde, yasama ve yürütme kuvvetleri hem hukuken hem de fiilen yasama organındadır. Yürütme, yasamanın emir ve buyruklarını yerine getirir. Yasama organı ne istiyorsa yürütme onu yapmak zorundadır. Şükrü KARATEPE, “Hükümet Sistemleri ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Dergisi Başkanlık Sistemi*, S. 51 (Özel Sayı), 2013, s. 225.

Bu çalışmanın amacı hükümet sistemi tartışmaları bağlamında Güney Kore'nin yönetim şekli ve yapısı üzerinde incelemelerde bulunmaktır. Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde hükümet sistemleri konusunu kısaca açıklayacağız. Bu kapsamda öncelikle hükümet kavramını ele alıp; ardından hükümet sistemleri tasnifinin dayanağını oluşturan kuvvetler ayrılığı teorisini, günümüze ulaşana kadar geçirdiği evreleri de ele alarak, açıklayacağız. Ardından genel olarak hükümet sistemleri üzerinde duracağız. Burada, en yaygın iki model olan: Başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin, özellikle yürütme organları, üzerinde duracağız. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, Güney Kore devleti üzerine incelemelerde bulunacağız. Öncelikle Güney Kore'nin tarihçesini ana hatlarıyla açıklayacağız. Ardından siyasi yapılanmasını ve hükümet sistemi özelliklerini inceleyeceğiz. Çalışmanın bu kısmında özellikle yasama ve yürütme organlarının yapısı, işleyişi, görev ve yetkileri ile sorumluluğu üzerinde duracağız.

Gerek ilk bölümde ele alacağımız hükümet sistemlerinde, gerekse de ikinci bölümde inceleyeceğimiz Güney Kore devlet yapılanmasında “yargı” organına değinmeyeceğiz. Zira demokratik yönetim şekillerinde esas olan yargı organının tam bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Hükümet sistemleri tasnifi yasama ve yürütme organlarının birbirleriyle ilişkisi üzerinden yapılmaktadır.

## I. GENEL OLARAK HÜKÜMET SİSTEMLERİ

### A. HÜKÜMET KAVRAMI

Belli bir ülke üzerinde siyasi yönden örgütlenmiş bağımsız ve kendi egemenliğine sahip insan topluluğunun oluşturduğu bir manevi tüzel kişilik olan devlet, egemenlik alanına giren hak ve yetkilerini organları aracılığıyla kullanır<sup>6</sup>. Bunlardan biri de yürütme organıdır. Yürütme, esasen birbirinden farklı anlamlarda olan ancak genellikle bu kuvveti anlatmak için kullanılan şu kavramlarla anılmaktadır: “Siyasi iktidar”, “bakanlar kurulu”, “kabine”, “idare” ve çoğu zaman “hükümet”<sup>7</sup>.

Hükümetin geniş ve dar anlamda olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Geniş anlamı ile kastedilen hükümet; siyasi otoriteyi kullanan bütün devlet organları ya da siyasi kurumlardır. Örneğin; parlamento, devlet başkanı, bakanlar kurulu geniş anlamda hükümet kavramına dâhildir. Yani bir ülkenin geniş anlamıyla hükümetinden kastedilen, bir devletin bütün siyasi kurumlardır. Dar anlamıyla hükümet ise, yürütme kuvvetini elinde bulunduranların tamamını anlatmaktadır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> İsmet GİRİTLİ/Jale SARMAŞIK, *Anayasa Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 1998, s. 57.

<sup>7</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 420.

<sup>8</sup> İbid, s. 420.

Terimsel olarak hükümet ve siyasi iktidar kavramları arasındaki farka da değinmek gerektiği kanaatindeyiz. İktidar, sözlük anlamıyla “*devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet yetkisini kullanma yetkisi*” anlamına gelmektedir<sup>9</sup>. Siyasi iktidar denilince yönetme gücünü elinde bulunduranlar yani yönetenler anlaşılır. Türk Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, egemenlik ve iktidar kavramlarını birbirinden ayırarak, o tarihte yürürlükteki biçimiyle Anayasanın 14’üncü maddesi ile halen yürürlükteki Siyasi Partiler Kanunu’nun 78’inci ve Türk Ceza Kanunu’nun eski 141’inci maddelerini birlikte yorumlayarak, Türkiye’de “*sosyal sınıf esasına dayalı parti kurulmasını engelleyen bir kuralın bulunmadığı*” sonucuna varmıştır<sup>10</sup>.

## B. GENEL OLARAK HÜKÜMET SİSTEMLERİ

Hükümet sistemlerinin tasnifinde “Kuvvetler Ayrılığı Teorisi”nin temel alınması Anayasa Teorisi’nde yerleşik bir gelenek olmuştur<sup>11</sup>. Öyle ki bu teori zamanla evrensel bir ilke haline gelip; günümüzde daha çok kuvvetler ayrılığı ilkesi olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple hükümet sistemlerinin tasnifini yapmadan önce kuvvetler ayrılığı teorisi hakkında bilgi vermemizin daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz.

### 1. Kuvvetler Ayrılığı Teorisi

Hükümet sistemi tartışmalarının temelini oluşturan kuvvetler (erker, güçler) ayrılığı teorisi aynı zamanda devletin hukuki ve siyasi fonksiyonlarını da belirleyen bir ilkedir. Teori, günümüzde sıklıkla hükümet sistemlerinin tasnifinde veya yargı bağımsızlığı üzerine yapılan çalışmalarda kullanılmaktadır. Ancak, teorinin tarihsel gelişimi incelendiğinde günümüz modern anlamda kullanımına ulaşınca kadar, teoriye birçok farklı düşünür tarafından farklı anlamlar yüklediği görülmektedir.

Kuvvetler ayrılığı denilince her ne kadar akla ilk gelen düşünür Montesquieu olsa da, teoriyi sosyal bilimler yöntemlerinden uzak ve kuramsal bir bütünlük olmaksızın ele alan ilk düşünür Aristo’dur<sup>12</sup>. Aristo’ya göre her devlette üç ayrı kuvvet bulunmaktadır: Müzakerelerde bulunan kuvvet, kumanda makamı ve adaleti temin eden kuvvet<sup>13</sup>. Bunlar günümüz anlamındaki yasama, yürütme ve yargı kuvvetleridir. Daha sonraları Hugo Grotius (1583-1645), Christian Wolff

<sup>9</sup> Büyük Türkçe Sözlük, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56f7bb77407774.10668192](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56f7bb77407774.10668192) (E.T. 12.02.2017).

<sup>10</sup> AYM: E. 1988/2, K. 1988/1, K.T. 8.12.1988 (RG. 16.5.1989, S. 20167, s. 49-50).

<sup>11</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s.14.

<sup>12</sup> Aristo (M.Ö. 384-322) hakkında daha fazla bilgi için bkz. Alev ALATLI, *Batı’ya Yön Veren Metinler I, Kökler/Orta Çağlar (∞-1350)*, Melisa Yayınları, Nevşehir Kapadokya, 2010, s. 90.

<sup>13</sup> İlhan AKİPEK, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Âmil Olan Fikirler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 9, S. 1, Ankara, 1952, s. 168-169.



(1679-1754) ve Samuel von Puffendorf (1632-1694) gibi Tabii Hukuk Okulu düşünürleri de tüm devlet kuvvetlerini “*partes potentiale summi imperii*” (en üstün emretme gücünün bölümleri) adıyla birden çok alana bölerek bunları incelemişlerdir<sup>14</sup>. Fakat bu dönemde düşünürlerin genel kanaati devletin güçlü ve düzenli olabilmesi için bütün kuvvetlerin tek elde, yani monarkta (kral, hükümdar) toplanması gerekliliği yönündedir<sup>15</sup>. Bu dönemde benzer şekilde düşünmeyen Jean Bodin (1530-1596) ve Charles Loyseau (1566-1627) gibi düşünürler de vardır. Bunlar da devletin güçlü ve düzenli olabilmesi için bütün kuvvetleri bünyesinde toplaması gerekliliğini savunmakla beraber, her şeye rağmen yargının siyasi güce karşı bağımsız olması gerekliliğini de belirtmektedirler<sup>16</sup>.

Kuvvetler ayrılığı teorisini modern anayasacılık yöntemleriyle ele alan ilk kişi 17’nci yüzyıl siyasal düşünürlerinden John Locke’dur (1632-1704)<sup>17</sup>. Locke, “Hükümet Üzerine İki Deneme (*Essay on Civil Government*)” adlı eserinde (1690) devlet yönetiminde yasama, yürütme ve konfederatif olmak üzere üç ayrı kuvvet olduğunu söyler<sup>18</sup>. Düşünür, yasama ve yürütme kuvvetlerinin katıyen ayrı kişilerin elinde olmaları gerekliliğini savunmaktadır. Zira kanunları hazırlayan ve uygulanan kişilerin aynı olması onları kötü yola teşvikten başka bir şey olamaz<sup>19</sup>. O’na göre kanun koyucular işleri bittikten sonra dağılmalı ve herkes gibi onlar da kanunlara riayet etmelidir<sup>20</sup>. Düşünür, bu görüşleriyle o dönemim mutlak monarşi sistemine de karşı çıkmaktadır<sup>21</sup>. Kuvvetlerden bir diğerini oluşturan konfederatif organ ise daha çok devletin dış işlerinden sorumlu olup savaşa ve barışa karar verme gibi konularla ilgilenmektedir. Bu bakımdan konfederatif organın yürütmeden çok bağımsız olmadığı ve her iki kuvvetin de bir anlamda yaşamaya bağımlı olarak (onun koyduğu kurallara uygun olarak) çalıştığı söylenebilir<sup>22</sup>. Locke, teorisinde yargıyı ayrı bir kuvvet olarak ele almamıştır. Yargıyı yasamaya bağlı bir faaliyet olarak kabul etmektedir<sup>23</sup>.

---

<sup>14</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 467’den naklen A. ESMEİN, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Sirey, Paris, 1928, s. 493-494.

<sup>15</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 467.

<sup>16</sup> Turhan FEYZİOĞLU, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 2, S. 1-2, Ankara, 1947, s. 50.

<sup>17</sup> ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 74. John Locke hakkında daha fazla bilgiye ulaşmak için bkz. Müzeyyen EROĞLU, “John Locke’un Devlet Teorisi”, *Akademik Bakış Dergisi*, S. 21, 2010 s. 1-15.

<sup>18</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 467.

<sup>19</sup> AKİPEK, *Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Âmil Olan Fikirler*, s. 180.

<sup>20</sup> FEYZİOĞLU, *Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi*, s. 51.

<sup>21</sup> ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 74.

<sup>22</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 467.

<sup>23</sup> EROĞLU, *John Locke’un Devlet Teorisi*, s. 12.

Locke’un görüşleri kuvvetler ayrılığı teorisinin günümüz anlamında temellerini oluşturmuş olsa da, O’nun görüşlerini zenginleştirerek ve bir adım daha ileriye taşıyarak teoriyi günümüzde kabul edilen anlamıyla ele alan düşünür Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu (1689-1755) olmuştur. Montesquie, Locke’dan farklı olarak yasama ve yürütmenin yanında üçüncü bir kuvvet olarak yargıyı ele almaktadır. Düşünür, Kanunların Ruhu (*De L’Esprit des Lois*<sup>24</sup>) adlı eserinin “İngiliz Anayasası Üzerine” başlıklı 11’inci kitabının 6’ıncı bölümünde<sup>25</sup> Kuvvetler Ayrılığı Teorisini ele almıştır<sup>26</sup>. O’na göre her devlette var olan kuvvetler şöyledir: Yasama ile hükümdar veya bu işe memur edilmiş kimse, ya bir süre için ya da her zaman için yürürlükte olacak yasalar yapar veya yapılmış yasaları düzeltir ya da kaldırır. Yürütme kuvveti ile savaş veya barış durumuna karar verilir; büyükelçiler gönderilir veya kabul edilir; ülkede güvenlik sağlanır ve istilalar önlenir. Yargı kuvveti ile de suçlular cezalandırılır ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıklar çözüme kavuşturulur<sup>27</sup>. Montesquieu’ya göre bu üç kuvvet tek elde toplanmamalıdır, aksi halde istibdat yönetimleri ortaya çıkabilir<sup>28</sup>.

Montesquieu, yargıyı diğer iki kuvvetten ayrı ve daha üstün bir yere koymaktadır<sup>29</sup>. Günümüzde, modern anlamda kuvvetler ayrılığında da yargı, yasama ve yürütmenin üzerinde ve ayrı bir organ olarak kabul edilmektedir. Örneğin kuvvetler birliğine dayalı hükümet sistemi olarak gösterilen meclis hükümeti sisteminde dahi (İsviçre) yargı, ayrı ve üstün bir erk olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Eserin Türkçe çevirisi için bkz. Charles Louis de Secondat Baron de MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)*, (çev.) Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2014.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)*, s. 170-179. Montesquieu’nun bu çalışmasına ayrıca şuradan da ulaşılabilir: Charles Louis de Secondat Baron de MONTESQUIEU, “İngiltere’nin Esas Teşkilatı”, (çev.) Mukbil Özyörük, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 3, S. 1-2, Ankara, 1947, s. 75-83.

<sup>26</sup> Ancak Montesquieu çalışmasında “kuvvetler ayrılığı” tabirini hiç kullanmamaktadır.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)*, s. 170; MONTESQUIEU, *İngiltere’nin Esas Teşkilatı*, s. 75.

<sup>28</sup> Montesquieu, Osmanlı Devleti ülkesinde korkunç bir istibdat yönetimi olduğunu iddia etmekte; Avrupa’daki krallıkların çoğunda ise yönetim şeklinin daha ılımlı olduğunu belirtmektedir. MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)*, s. 171; MONTESQUIEU, *İngiltere’nin Esas Teşkilatı*, s. 76. Ancak Montesquieu’nun hayatını incelediğimizde, yaşamı boyunca Osmanlı Devleti’nde hiçbir dönem bulunmadığını görmekteyiz. Dönemin koşullarını göz önüne aldığımızda Montesquieu’nun bu görüşlerinin tamamen önyargılı, tarafgir ve temelsiz olduğunu belirtmek zorundayız.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)*, s. 172; MONTESQUIEU, *İngiltere’nin Esas Teşkilatı*, s. 77.

<sup>30</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 78.

Yasama ve yürütme organları arasındaki ilişki de kuvvetler ayrılığı teorisi bağlamında günümüzde daha farklı bir anlam kazanmıştır. Özellikle parlamenter sistemlerde yürütme organının yasama üzerinde daha aktif bir role sahip olduğu ve inisiyatif büyük ölçüde ele aldığı görülmektedir<sup>31</sup>.

Parlamenter hükümet sistemiyle yönetilen ülkelerde siyasi iktidarların bazı dönemlerde yasamanın çoğunluğunu elinde bulundurması potansiyel bir tehlike olarak algılanabilmektedir. Ancak parlamenter sistemlerde her ne kadar kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmiş olsa da, sistemin mahiyeti gereği yasama ve yürütme organları arasında sıkı bir ilişki ve işbirliği vardır (ve olmalıdır da). Klasik anlamda kuvvetlerin tam anlamıyla ayrıldığı hükümet sistemi olarak başkanlık modeli gösterilebilir. Parlamenter sistemler kuvvetler ayrılığından daha çok, kuvvetlerin işbirliğine dayalı sistemlerdir.

Montesquieu'nun görüşleri 1789 yılında imzalanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne de yansımıştır. Beyanname'de hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda anayasa olmayacağı belirtilmektedir (m. 16)<sup>32</sup>. Günümüzde ise gerek uluslararası yasal metinlerde ve sözleşmelerde, gerekse de demokratik anayasaların tamamında kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmektedir<sup>33</sup>. Bunun yanında Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisinin de birçok hukukçu tarafından pek çok yönüyle eleştirildiği görülmektedir<sup>34</sup>.

Kuvvetler ayrılığı teorisi günümüzde siyasal, hukuksal ve hatta mantıksal olarak farklı bir anlam taşımaktadır. Bu görüşün çıkış noktası ise devletle birlikte ele alınan ve incelenen "egemenlik" kavramı ile ters düşmesidir<sup>35</sup>. Gerçekten de, egemenlik tek ve bölünmez bir üstün güç ise onun böyle çeşitli unsurlara bölünmesi, her parçasının ayrı bir organa verilmesi ve her organın kendi iktidar alanında egemen olması milli egemenlik ve kuvvetler ayrılığı teorisi arasında

---

<sup>31</sup> Münci KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 287.

<sup>32</sup> 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 17 maddelik tam metnine ulaşmak için bkz.  
<http://www.dusuncetarihi.com/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789> (E.T. 24.3.2016).

<sup>33</sup> Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında "*Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*;" belirtilmektedir (f. 4).

<sup>34</sup> FEYZİOĞLU, *Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi*, s. 50-60; TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 471-473.

<sup>35</sup> Egemenlik, kısaca ülkedeki en üstün emretme (buyurma) gücü olarak tanımlanmaktadır. Egemenlik üzerine daha detaylı açıklamalar için bkz. Adnan KÜÇÜK, "Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6, Ankara, 2015, s. 311-361; Mehmet TURHAN, *Anayasal Devlet*, 3. Baskı, Naturel Yayınları, Ankara, 2004, s. 35 vd.

bir tezatlık oluşturmaktadır<sup>36</sup>. Devlet yönetimi, devletin farklı organları arasında işbirliği ve karşılıklı bir uyum gerektirmektedir. Ancak devlet kudreti (egemenlik) tektir. Birden fazla olan; devletin organları ve fonksiyonlarıdır<sup>37</sup>. Devletin organları arasındaki görev ve yetki paylaşımı ile bunların anayasal sınırları, o devletin hükümet sistemini belirler. Yani hükümet sistemlerinin tasnifinde, devleti oluşturan kuvvetler (organlar) arasındaki ilişkiler temel ölçütümüzdür.

## 2. Hükümet Sistemleri Tasnifi

Kuvvetler ayrılığına göre yapılan hükümet sistemlerinin tasnifinde genellikle yasama ve yürütme organının konumu ile birbirleri arasındaki ilişki dikkate alınmaktadır. Bu durumda, yargılamanın ayrı bir kuvvet olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu soruya iki gerekçe ile cevap verebiliriz. Birincisi, yargılamanın özü bakımından siyasi bir konu (yasama ve yürütmenin aksine) olmayıp; daha çok hukuki ve teknik bir konu olmasıdır. İkinci nedeni ise, yargılamanın niteliği gereği bağımsız ve tarafsız olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını göz önünde bulundurursak, günümüz anayasal demokrasilerinde devlet içinde kuvvetlerin dağılımı ve düzenlenişi bakımından (kuvvetler ayrılığına dayanan) başlıca üç tür hükümet sistemi uygulanmaktadır<sup>38</sup>. Bunlar: Kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan (ya da kuvvetlerin işbirliğine dayalı) parlamenter sistem, kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sistemi ve bu iki sistemin bazı özelliklerini bünyesinde barındıran yarı-başkanlık ya da yarı-parlamenter sistem. Yarı-başkanlık sistemi, Fransa’da 5’inci Cumhuriyet Dönemi’nde, 1958 tarihli Fransız Anayasa’sında 1962 yılında yapılan değişiklikle saf parlamenter sistemden türetilmiş; cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine dayalı bir hükümet modelidir.

Çalışmamızın bu bölümünde kuvvetler ayrılığına dayanan iki temel hükümet sistemi olan başkanlık ve parlamenter sistem üzerinde duracağız<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 186.

<sup>37</sup> *İbid.*, s. 187.

<sup>38</sup> Kuvvetlerin birliğine dayalı olarak işlediği halde demokratik diyebileceğimiz sistemler de vardır. Bunlardan en bilineni İsviçre’de uygulanan meclis hükümeti sistemidir. Bu istisna dışında genel olarak anti-demokratik hükümet sistemleri hakkında bkz. Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, *Anayasa Hukukunda Antidemokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2010. Meclis hükümeti sistemi ve Türkiye’de 1921 Anayasası ile kurulan sistem hakkında ayrıca bkz. HEKİMOĞLU, *Anayasa Hukukunda Antidemokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye*, s. 103 vd.

<sup>39</sup> Yarı-başkanlık sistemi hakkında ayrıca bkz. Firdes YÜZBAŞI, *Bir Demokratik Hükümet Sistemi Olarak Yarı-Başkanlık Sistemi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015; Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 62-107.

### 3. Kuvvetlerin Sert Ayrılığı: Başkanlık Sistemi

#### a) Genel Olarak

Başkanlık sistemi esasen ABD'nin kurucu babalarının (*Washington, Jaferson, Madison ve Hamilton*) kurguladıkları ve o topraklara özgü bir sistemdir<sup>40</sup>. Bu sistem, günümüzde başta ABD olmak üzere Latin Amerika ülkelerinin çoğunda ve bazı Afrika ve Aska kıtası ülkelerinde uygulanmaktadır. En bilinen örneği, ABD'de uygulanan hükümet sistemi olan başkanlık sisteminin temel ilkesi kuvvetlerin sert bir şekilde birbirinden ayrılmasıdır.

Amerikan sisteminin kurucularının temel kaygılarından biri aşırı güçlü bir merkezi devletin yaratılmaması idi. Amerikalılar bu kaygı ile devlet organlarını (kuvvetlerini) birbirinden tamamen ayırarak federal bir devlet yapılanması kurmuşlardır<sup>41</sup>. Ancak federal yapı başkanlık sisteminin “olmazsa olmaz” koşullarından değildir. Başkanlık sistemi, üniter devlet yapısında da uygulanabilir<sup>42</sup>.

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları hem işlevsel hem de organik açıdan birbirinden ayrılmışlardır. Bu ayrışma şu anlama gelmektedir: Yasama ve yürütme organlarının görevleri ile bu organların seçilmeleri birbirinden tamamen bağımsızdır. Teziç'e göre; başkanlık sisteminde kuvvetler arasında hukuki anlamda bir eşitlik olsa da, siyasal olarak yürütmenin yasamaya karşı üstünlüğü bulunmaktadır. İşte bu üstünlük sebebiyle, rejim “başkanlık” olarak adlandırılmaktadır<sup>43</sup>. Yine benzer bir açıklama da doktrinde Kuzu tarafından yapılmaktadır. Kuzu, başkanlık sisteminde kuvvetlerin birbirine kontrol ettirilmekle beraber adından da anlaşılacağı gibi yürütmenin üstünlüğünü sağlayan temsili bir hükümet sistemi olduğunu ifade etmektedir<sup>44</sup>.

#### b) Başkanlık Sisteminin Genel Özellikleri

Başkanlık sistemi üzerine yapılan açıklamaların sadece ABD'de uygulanan sistem üzerinden yapmanın yanlış olduğunu savunan Uluşahin, genel bir başkanlık sistemi tarifinde bulunabilmek için sistemin şu özellikleri taşıması gerektiğini ifade etmektedir<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Bünyamin BEZCİ, “Demokrasi ve Başkanlık Sistemi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, c. 3, S. 2, 2005, s. 78.

<sup>41</sup> ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 19.

<sup>42</sup> Faruk Bilir, *100 Soruda Hükümet ve Başkanlık Sistemi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 88-91.

<sup>43</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 504.

<sup>44</sup> Burhan KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi*, 2. Baskı, Babiali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2011, s. 20.

<sup>45</sup> Nur ULUŞAHİN, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 30-51.

- Başkanın doğrudan doğruya veya benzeri bir şekilde halkın oylarıyla seçilmesi.
- Belirli bir dönem için göreve gelen başkanın (yürütmenin), yasamanın güvenine dayanmaması.
- Yürütme organının tek kişiden oluşması.

### (i) Yürütme Organı

Başkanlık sistemlerinde yürütme organı tek kişiden oluşur. O da başkandır. Başkanın dışında sembolik de olsa bir devlet başkanı yoktur<sup>46</sup>. Başkan aynı zamanda devlet başkanıdır ve bütün yürütme yetkisi başkanda toplanmıştır.

Başkanlık sisteminde, biraz sonra ele alacağımız üzere, parlamenter sistemdeki gibi “*kabine*” ya da “*kolektif*” bir yürütme organı mevcut değildir. Bütün yürütme yetkisinin tek sahibi başkandır. Yürütme birimlerinin başı durumunda olan kişilere “*sekreter*” denilmektedir, bunlar başkanın yardımcıları konumundadırlar. Bunlar, başkanın emir ve talimatlarından dışarı çıkamazlar<sup>47</sup>.

Bu sistemde, başkan doğrudan halkın oylarıyla göreve gelir. ABD’den örnek verecek olursak, aslında başkanın seçimi üç aşamada gerçekleşir. İlk her parti kendi başkan ve sekreter adaylarını belirler. İkinci olarak, her federe devlet genel oyla başkan seçecek delegeleri belirler. Her federe devletin delege sayısı devletin Temsilciler Meclisi üyeleri ile Senatörlerin toplamı kadardır. Üçüncü aşamada, bu delegeler başkan seçerler. Delegeler partili oldukları için kendilerini seçtiren partinin başkan adayına oy verirler. Kısaca halk doğrudan başkan seçmiş olur<sup>48</sup>. Seçimler görünüşte iki dereceli gözükse de; gerçekte tek dereceli bir seçim uygulanmaktadır. Zira halk ile başkan seçen delegeler arasında emredici vekâlet vardır<sup>49</sup>.

Başkanlık sisteminde, başkan halk tarafından belli bir süreliğine (örneğin ABD’de dört yıllığına) seçildikten sonra, görev süresi boyunca görevde kalır. Yasama organı, başkanın siyasi sorumluluğuna giderek, onun görevinden

---

<sup>46</sup> GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 243.

<sup>47</sup> Çok bilinen bir olay: ABD eski başkanlarından Abraham Lincoln’un kabinesiyle yaptığı toplantıda söyledikleridir. Lincoln bir toplantıda sekreterlerinin (bakanların) önüne bir öneri getirir. Bu öneriyi savunan bir tek kendisidir. Sekreterler, Lincoln ile farklı düşünmektedir. Lincoln toplantının sonunda: “*Ve sonunda yedi hayır’a karşılık bir evet kazandı*” diyerek kabine toplantısını bitirir. Mehmet TURHAN, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:9, Diyarbakır, 1989, s. 42.

<sup>48</sup> İbid., s. 34.

<sup>49</sup> Emredici vekâlet ve temsili vekâlet anlayışları hakkında başka bir çalışmamızda yaptığımız açıklamalar ve örneklemeler için ayrıca bkz. Yasin AYDOĞDU, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 10-14.

çekilmesini sağlayamamaktadır. Başkanın sadece belirli durumlarda cezai sorumluluğu vardır<sup>50</sup>. Kısaca, başkanlık sisteminde yürütmeyi temsilen başkanın yasama organı karşısında mutlak bir bağımsızlığı vardır.

## (ii) Yasama Organı

Başkanlık sisteminde yasama organı yapısal olarak tek meclisten oluşabileceği gibi; çift meclisli de olabilir. Sistemin uygulandığı ülkelerden akla ilk gelen ABD’de yasama organı çift meclisli bir yapıdan oluşmaktadır. Bunlar Temsilciler Meclisi ve Senato’dur. Temsilciler Meclisi 438 üyeden; Senato 100 üyeden oluşmaktadır. Senato üyelerinin seçiminde nüfusuna bakılmaksızın her federe devletten 2 üye seçilmektedir. Temsilciler Meclisi üyelerinin seçiminde ise her federe devletin nüfusuna göre üye seçilmektedir. Seçimler genel oy esasına bağlı olarak tek isimli tek turlu çoğunluk sistemine göre yapılmaktadır.

Temsilciler Meclisi ve Senato, Kongre olarak adlandırılır. Kongre’nin dışında her bir federe devletin de kendi anayasasına göre yasama organları vardır. Kongre, kişilerin ve federe devletlerin anayasa ile tanınmış hak ve yetkilerine dokunmamak kaydıyla, yine ABD Anayasa’nın kendisine verdiği yasama yetkisini serbestçe kullanabilmektedir<sup>51</sup>.

Yasama yetkisi denilince muhakkak akla ilk gelen “kanun yapma”dır. Ancak ABD’de kanun yapma işi tahmin edildiğinden daha uzun ve karışık bir süreç gerektirmektedir. Zira Senato ve Temsilciler Meclisi’nde uzmanlaşmış ortak komisyonlar vardır. Önerinin bu komisyonlardan geçip kanunlaşması hayli meşakkatlidir. Bir de Başkanın veto hakkını göz önünde bulundurulursa, sürecin hayli uzun ancak sağlıklı bir süreç olduğu söylenmektedir<sup>52</sup>.

## 4. Kuvvetlerin İşbirliği: Parlamenter Sistem

### a) Genel Olarak

Parlamenter sistem, İngiltere’de Kral ile parlamento arasında yüzyıllar boyu süren iktidar mücadelesinin bir ürünüdür. Kral’ın vergi ile ilgili düzenlemelerini parlamentonun onayına bağlı kılan 1215 yılında imzalanan Magna Charta Libertatum’dan beri parlamentonun Kral karşısında giderek güç kazanmasıyla ortaya çıkan bu sistem<sup>53</sup> günümüze dek birçok devlet tarafından

---

<sup>50</sup> Buna: “*impeachment*” denir. Başkanın yüksek ihanet (vatana ihanet), zimmete para geçirmek, ya da ağır suçları nedeniyle cezai sorumluluğunun bulunması anlamına gelmektedir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 508-509.

<sup>51</sup> Murat YANIK, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 70.

<sup>52</sup> KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi*, s. 33.

<sup>53</sup> HEKİMOĞLU, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve*



benimsenmiş, uygulanmış ve farklı görünümlemlerle geliştirilmeye çalışılmıştır. Günümüzde Avrupa kıtasındaki ülkelerin hemen hepsinde, ülkelerin ihtiyaçları doğrultusunda farklılıklar barındırmakla beraber, parlamenter sistem uygulanmaktadır.

Parlamenter sistemde, yasama ve yürütme organları arasındaki işbirliği işlevsel ve organik olarak iki açıdan değerlendirilebilir. İşlevsel açıdan, kanunların hazırlanmasında kendini gösterir. Kanunlar genellikle tasarı şeklinde hükümet (yürütme organı) tarafından parlamento (yasama organına) sunulur ve buradaki görüşmeler neticesinde kabul edilir. Organik açıdan işbirliği ise, yürütmenin oluşmasında ortaya çıkar. Yürütmenin sorumsuz kanadı olan devlet başkanı (cumhurbaşkanı) parlamento tarafından seçilebileceği gibi<sup>54</sup>; sorumlu kanadı olan hükümet de, parlamento içerisindeki çoğunluktan çıkmaktadır.

### **b) Parlamenter Sistemin Genel Özellikleri**

Parlamenter sistem de başkanlık sistemi gibi kuvvetlerin ayrılığına dayanmaktadır. Ancak bu kuvvetler ayrılığı sert olmayıp, ılımlıdır. Yani kuvvetlerin işbirliğine dayanan bir hükümet sistemi de denilebilir<sup>55</sup>. Parlamenter sistemin genel özellikleri şunlardır<sup>56</sup>:

- Çift başlı yürütme organı: Bir tarafta kral veya cumhurbaşkanı, diğer tarafta kabine (hükümet, bakanlar kurulu).
- Devlet başkanının siyasal sorumsuzluğu.
- Bakanlar Kurulunun sorumluluğu.
- Yürütmenin yasamayı fesih yetkisi.

### **(i) Yürütme Organı**

Parlamenter sistemin en temel özelliklerinden biri olan çift başlı yürütme, İngiliz parlamenter monarşisinin tarihsel süreç içinde pragmatik bir yöntemle

---

*Türkiye*, s. 108.

<sup>54</sup> Türkiye’de 2007 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilmekteydi. 2007 yılında yapılan değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Nitekim 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan seçimde oyların %52’sini alarak seçilen 12’inci Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan halkın oylarıyla göreve gelmiştir. Seçim sonuçları için ayrıca bkz.

[http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/HaberDosya/2014CB-Kesin-416\\_d\\_Genel.pdf](http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/HaberDosya/2014CB-Kesin-416_d_Genel.pdf) (E.T. 2.2.2017).

<sup>55</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 479.

<sup>56</sup> İ. Halil ASİLBAY, “Parlamenter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, Ankara, 2013, s. 253-257.



ürettiği oluşumun ürünüdür<sup>57</sup>. Bu sistemde yürütme organında, bir yanda “devlet başkanı”, diğer yanda da “bakanlar kurulu” bulunmaktadır. Bakanlar kurulu da kendi içinde ikili bir yapıdadır. Bir tarafta “başbakan”<sup>58</sup> diğer tarafta da “bakanlar” bulunur.

Parlamentar sistemde devlet başkanının siyasi sorumsuzluğu bulunmaktadır. Bunun temelinde ise, yürütme organının devamlılığını ve istikrarını sağlama amacı vardır. Yürütmenin eylem ve işlemlerinden başbakan ve bakanlar sorumlu olup; devlet başkanı sorumlu değildir. Türkiye’de, devlet başkanı konumunda olan Cumhurbaşkanı sadece vatana ihanetten dolayı yargılanabilmektedir (1982 AY m. 105/3)<sup>59</sup>.

Bu sistemde Bakanlar Kurulu, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden kolektif olarak, yani birlikte sorumludur. Kolektif sorumluluğun sonucu olarak, genel siyasetinden ötürü güvensizlik oyu alan bir hükümetin toptekün çekilmesi gerekir. Bakanların ayrıca, kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de doğan sorumlulukları vardır. Bu sebeple, bir bakanın da tek başına gensoru önergesiyle görevinden düşürülmesi mümkündür.

Başkanlık sisteminde ise, yasama ve yürütme organları arasında sert ve kalın çizgiler vardır. Bu sistemde, yasama organı yürütme organını düşüremediği gibi; yürütme organının da yasama organını fesih yetkisi yoktur<sup>60</sup>

Parlamentar sistemde devlet başkanı, başbakanın talebi ve imzası olmadan parlamentoyu feshetmesi mümkündür. Devlet başkanı fesih hakkını münhasıran kullanabilir. Bu sistemde yine devlet başkanı, fesih yetkisini başbakanın istemi üzerine kullanabiliyor ya da bu istemi geri çeviremiyorsa, bu takdirde hükümet tarafından yasama organının feshi söz konusu olabilir<sup>61</sup>. Türkiye’de, 1961 Anayasası döneminde yasama organı (TBMM) Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi olmak üzere çift kanatlıydı. Millet Meclisi üyelerinin tamamı doğrudan halkın oylarıyla göreve gelmekteydi ve hükümet (yürütme organı) bu Meclisten çıkmaktaydı. Millet Meclisi seçimleri başbakanın girişimi ile de yenilenebilirdi ve bunun da ortak imzalı olarak Cumhurbaşkanı kararnamesi ile Resmi Gazetede yayımlanması gerekirdi (1961 AY m. 108)<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 316.

<sup>58</sup> Bu sistemde başbakana ülkelere göre farklı isimler verilebilir (*Şansölye, prime ministre, premier ministre* gibi). Türkiye’de de tarihsel süreç içerisinde farklı isimler verilmiştir. Örneğin; başvekil, sadrazam gibi. GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s.246.

<sup>59</sup> “Vatan hainliği” kavramının yabancı hukuktaki karşılığı *haute trahison* (yüksek ihanet) olup, kanaatimizce de doğru ifadesi budur. Çünkü vatana ihanet deyimi, yabancı devletlerle işbirliği yapma, ya da ülkesi aleyhine çalışmalarda bulunma çağrışımı yapmaktadır.

<sup>60</sup> KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi*, s. 21.

<sup>61</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 501-502.

<sup>62</sup> 1961 Anayasasının 108’inci maddesi şöyledir: “Anayasa’nın 89’uncu ve 104’üncü maddeleri

## (ii) Yasama Organı

Parlamente sistemde yasama organı tek meclisli bir yapıdan oluşabileceği gibi; çift meclisli bir yapıdan da oluşabilir. Yasama seçimlerinden sonra oluşan parlamentonun siyasi yapısı yürütmenin de kaderini belirler. Şöyle ki; parlamentonun çoğunluğunu herhangi bir parti tek başına oluşturuyorsa, o parti hükümeti de tek başına kurabilir. Yasama işlemlerini de büyük ölçüde tek başına gerçekleştirebilir. Niteliği itibarıyla, özel çoğunluk gerektirmeyen işlemleri rahatlıkla gerçekleştirebilir. Böyle bir tabloda gerek yasamanın, gerekse de yürütmenin çalışmaları oldukça istikrarlı olabilir. Ancak farklı bir durumda, yani hükümeti tek başına kurabilecek çoğunluğu elde eden hiçbir partinin olmaması durumunda farklı ihtimaller söz konusu olacaktır. Bunlardan akla ilk geleni koalisyon hükümetidir. Bu hükümet şeklinde, birden fazla partinin veya bağımsız adayların bir araya gelerek hükümeti birlikte kurması ve yürütmesi söz konusudur. Koalisyon hükümetlerinde uzlaşma kültürü oldukça önemlidir. Nitekim bu kültürün yerleştiği Almanya, Belçika, Hollanda gibi Avrupa ülkelerinde koalisyon hükümetlerinin başarısından söz edilebilir. Ancak koalisyon hükümetlerinde uzlaşma kültürü gelişmediği sürece de uyumlu bir çalışma ortamı ve bununla bağlantılı olarak istikrar söz konusu olamaz. Türkiye koalisyon hükümetiyle ilk defa 1961 Anayasası döneminde yapılan ilk seçimlerde tanışmıştır. Türkiye’de koalisyon hükümetlerinin başarı ya da başarısız oldukları yönünde doktrinde farklı görüşler vardır<sup>63</sup>. Kanaatimizce Türkiye’nin şimdiye kadarki koalisyon hükümetleri karnesi oldukça zayıftır<sup>64</sup>.

---

uyarınca verilen güvensizlik oyu sebebiyle, on sekiz aylık bir süre içinde, Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu verilmiş olursa, Başbakan, Cumhurbaşkanından, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini isteyebilir. Bu istek üzerine, Cumhurbaşkanı, Meclislerin Başkanlarına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yenilenme kararı Resmî Gazete’de yayınlanır ve hemen seçime gidilir.”

<sup>63</sup> Koalisyon hükümetlerinin başarısızlıkları yönünde görüşler için bkz. KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi*, s. 164-168; YANIK, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, s. 129-130. Aksi görüşler, yani koalisyon hükümetlerinin olumlu edimlerini yönünde görüşler için bkz. Ersin KALAYCIOĞLU, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınırı”, (Yay. Haz.) Teoman Ergül, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 77, Ankara, 2005, s. 22; Bertil Emrah ODER, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, (Yay. Haz.) Teoman Ergül, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 77, Ankara, 2005, s. 52.

<sup>64</sup> Bu konudaki görüşümüzün gerekçeleri ve sayısal verilerle açıklamalarımız için ayrıca bkz. AYDOĞDU, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, s. 190-191.

## II. GÜNEY KORE DEVLETİ<sup>65</sup> HÜKÜMET SİSTEMİ ÜZERİNE İNCELEMELER

### A. GÜNEY KORE DEVLETİ TARİHÇESİ

Kore Yarımadası ve çevre bölgelerinde 700.000 yıl öncesine ait yaşam belirtileri olduğu söylenmektedir<sup>66</sup>. Kore tarihinin ise Kore kuruluş mitolojisine göre efsanevi Joseon (Çason) halkı lideri Dangun tarafından M.Ö. 2333 yılında kurulmasıyla başladığı söylenir<sup>67</sup>.

20'inci yüzyıl başlarına kadar farklı hanedanlıklar tarafından parçalı bir yapıda yönetilen Kore toprakları 1910 yılında Japonya'nın işgaline maruz kalmıştır. Bu durum İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar böyle devam etmiştir. Savaşın sonunda Japonya'nın mağlup olmasıyla 1948 yılında yapılan seçimlerin ardından Kore'de ABD'nin desteğiyle Kore Cumhuriyeti kurulmuştur. Kore Yarımadasında aynı tarihlerde, 38'inci paralelin kuzeyinde ise SSCB'nin desteğiyle Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti ilan edilmiştir. Kuzey Kore'nin 25 Haziran 1950'de Güney Kore'ye saldırmasıyla Kore Savaşı başlamış, SSCB'nin desteğinin yanı sıra Çin de Kuzey Kore'nin yanında yer almıştır. Diğer taraftan aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 16 devlet BM kararları doğrultusunda Güney Kore'nin yanında yer almıştır. 3 yıl süren savaş 1953'de Panmunjom'da<sup>68</sup> imzalanan ateşkes anlaşmasıyla sona ermiştir. Söz konusu ateşkes anlaşması halen yürürlüktedir. Ancak barış anlaşması imzalanmadığından, Kore Savaşı teknik olarak devam etmektedir. Savaşta 3 milyon Koreli hayatını kaybetmiştir<sup>69</sup>.

Savaşın ardından Güney Kore, Kuzey'e göre ekonomik ve endüstriyel gelişimini çok daha hızlı bir şekilde tamamlamıştır. Güney Kore, 1960 yılında başlattığı Ekonomi Kalkınma Politikası'nı günümüze değin çok iyi bir şekilde uygulayarak ekonomisini sağlam temellere oturtmuştur<sup>70</sup>. Güney Kore'nin

<sup>65</sup> Çalışmamızda kullandığımız ve yaygın kullanımdaki şekliyle Güney Kore (*Southern Korea*) olarak adlandırılan bu devletin resmi adı Kore Cumhuriyeti'dir. <http://www.korea.net> (E.T. 13.2.2017).

<sup>66</sup> Kore Kültür ve Enformasyon Ajansı, *Kore Gerçeği*, (çev.) Nana Lee, Kore, Kültür, Spor ve Turizm Bakanlığı, Seul, 2011, s. 176.

<sup>67</sup> TETSİAD (Türkiye Ev Tekstili Sanayicileri ve İşadamları Derneği), *Güney Kore Ülke Raporu*, 2015, s. 7. [http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi\\_bankasi/ulke\\_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf](http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi_bankasi/ulke_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf) (E.T. 28.3.2016).

<sup>68</sup> Panmunjom, Kuzey Hwanghae eyaletinde bulunan, Kore Savaşı'nı duraklatan, 1953 Kore Ateşkes Anlaşmasının imzalandığı Kuzey ve Güney Kore arasındaki fiili sınır köyüdür. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Panmunjom> (E.T. 18.2.2017).

<sup>69</sup> <http://www.seul.be.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=200822> (E.T. 28.3.2016).

Kore Savaşı hakkında farklı bir kaynaktan daha detaylı bilgi almak için ayrıca bkz. Soner ALPER/Erdal ARAP/Burcu DEĞİRMENCİOĞLU, "Unutulan Savaş Kore Savaşı", *Hukuk Gündemi Dergisi*, S. 1, 2014, Ankara, s. 75-83.

<sup>70</sup> <http://www.kotuba.org/sayfa.aspx?m=4&id=21> (E.T. 28.3.2016).

1960’lardan itibaren göstermiş olduğu büyüme odaklı, ihracatın başı çektiği ekonomik gelişimi oldukça dikkat çekici olmuştur. Bu sebeple Güney Kore için o dönemler “*Hangang Nehri Üzerindeki Mucize*” denilmiştir<sup>71</sup>. Güney Kore Devleti, günümüzde gerek ekonomik ve endüstriyel kalkınma modeliyle gerekse de okur-yazarlık oranı ve eğitimdeki başarısıyla rol model bir ülke durumundadır. Güney Kore’nin günümüzde tam ve modern demokrasiyi yaşadığı da söylenmektedir<sup>72</sup>.

17 Temmuz 1948 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasası, 7 Temmuz 1952’de tekrar ele alınarak Güney Kore Devleti’nin Anayasası olarak yürürlükte kalmıştır. Bu Anayasa, 1952’den sonra da toplamda sekiz defa değişikliğe uğramıştır. Son değişiklik 29 Ekim 1987 tarihinde yapılmıştır ve Anayasa o haliyle halen yürürlüktedir<sup>73</sup>. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında, Güney Kore Anayasası’nın 1987’den beri uygulanan mevcut hali üzerinden hareket edeceğiz.

## B. GÜNEY KORE DEVLETİNİN SİYASİ YAPISI

Çalışmanın ilk bölümünde ele aldığımız kuvvetler ayrılığı teorisi uyarınca demokratik bir cumhuriyet olan Güney Kore devleti de yasama, yürütme ve yargı organlarından oluşmaktadır. Yargının, özelliği gereği siyasi bir organ olmadığı için devletin hükümet sistemi üzerinde belirleyici bir durumu yoktur.

Güney Kore devletinin hükümet sistemi üzerine yaptığımız bu araştırmada Güney Kore devletinin yasama ve yürütme organlarının yapısı, işleyişi ve ayırt edici özellikleri üzerinde durmakla yetineceğiz.

### 1. Yasama Organı

#### a) Yapısı ve Üyelerin Seçimi

Kore Cumhuriyeti Anayasası’na göre yasama yetkisi tek bölümden oluşan Ulusal Meclis’e aittir<sup>74</sup>. Ulusal Meclis (*Daehan-min-guk Gukhoe*) dört yıllığına seçilen<sup>75</sup> 299 üyeden oluşmaktadır<sup>76</sup>. Anayasa’da Meclis üye sayısının 200’den

---

<sup>71</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 186-187.

<sup>72</sup> Rana Özen KUTANIS/Tülin TUNÇ, “Güney Kore Örgüt Kültürü: Konfüçyanizm’in Etkileri Açısından Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 35, Kayseri, 2010, s. 56.

<sup>73</sup> Güney Kore Anayasası’nın İngilizce metni için bkz. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/legaldocument/wcms\\_117333.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_117333.pdf) (E.T. 28.3.2016).

<sup>74</sup> Güney Kore Anayasası 40.

<sup>75</sup> Güney Kore Anayasası 42.

<sup>76</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 197.

az olamayacağı belirtilmektedir<sup>77</sup>. Milletvekili seçimleri serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır<sup>78</sup>. Milletvekili seçilebilme yaşı 25'tir<sup>79</sup>. Ulusal Meclis seçimlerinde uygulanan seçim sistemi çoğunluk ve nispi temsil sisteminin birlikte uygulanmasından oluşan, karma bir seçim sistemidir. 299 üyenin 245'i dar bölge çoğunluk sistemine göre; 54'ü ulusal düzeyde uygulanan nispi temsil sistemine göre seçilmektedir<sup>80</sup>. Bu tür seçim sistemleri farklı ülkelerde de uygulanmaktadır<sup>81</sup>. Ancak Güney Kore'de uygulanan sistemin temelde farklılık arz eden yönü her seçmenin iki değil, tek oy hakkına sahip olmasıdır. Yani, seçmenler oylarını kullanırken iradelerini dar bölgelerden seçilecek 245 üye için gösterirken; bu aşamada ortaya çıkan sonuç üzerinden 54 üye daha belirlenmektedir<sup>82</sup>. 54 üyenin belirlendiği aşamada, seçimlerde ulusal düzeyde oyların %3'ünden fazlasını alan partiler veya 245 dar seçim çevresinin en az 5'inden temsilci çıkaran partiler değerlendirmeye tabi tutulmaktadır<sup>83</sup>. Uygulanan bu sistem Türkiye'de 1987 ve 1991 yıllarında yapılan TBMM Milletvekili Genel Seçimleri'nde uygulanan kontenjan barajlı d'Hondt sistemine benzer bir yapıdadır. Güney Kore Ulusal Meclisi'nde yerel çıkarlardan çok, ulusal çıkarları korumak amacıyla böyle bir sistemin uygulanmasının amaçlandığı söylenmektedir<sup>84</sup>.

Ulusal Meclis, iki yıllığına bir Meclis Başkanı ve iki Meclis Başkan Yardımcısı seçer. Başkan, Meclisin tüm üyelerinin katıldığı toplantılara başkanlık eder. Başkanın olmadığı zamanlarda yardımcıları ona vekâlet eder<sup>85</sup>.

## b) Görev ve Yetkileri

Güney Kore Ulusal Meclis'inin görev ve yetkileri demokratik devletlerin yasama organlarının sahip olduğu görev ve yetkilerle hemen hemen aynıdır.

---

<sup>77</sup> Güney Kore Anayasası 41/2.

<sup>78</sup> Güney Kore Anayasası 41/1.

<sup>79</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 197.

<sup>80</sup> Wan Sik HONG, "Electoral Systems and Constitutional Principles in Korea", s. 2. <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/1/35.pdf> (E.T. 12.4.2016).

<sup>81</sup> Örneğin Almanya, Rusya, İtalya, Japonya, Ukrayna ve Litvanya'da çoğunluk ve nispi temsil sistemlerinin bir araya gelmesiyle geliştirilen karma seçim sistemleri uygulanmaktadır. AYDOĞDU, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, s. 201-202.

<sup>82</sup> Nam-Young LEE/Hyung-Joon KIM/Young-Tae KIM/Wook KIM, "The Political Effects of the Introduction of "Two-Ballot Votes" System in Korea: Comparison with Japan, New Zealand, and Germany", s. 2. <http://www.ipsas.sinica.edu.tw/image/ipsas/1/77.pdf> (E.T. 12.4.2016).

<sup>83</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 197.

<sup>84</sup> Sistemin avantaj ve dez-avantajları için ayrıca bkz. Aurel CROISSANT, "Electoral Politics in South Korea", *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, (ed. A. Croissant, G. Bruns and M. John), Singapore, 2002, s. 246.

<sup>85</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 199.

Yasama organlarının en asli yetkisi olan kanun yapmanın dışında bütçeyi görüşmek ve kabul etmek<sup>86</sup>, uluslararası antlaşmaları onaylamak<sup>87</sup>, savaş ilan etmek ve askeri kuvvetlerin yabancı devletlere gönderilmesine karar vermek<sup>88</sup> gibi yetkiler Güney Kore Ulusal Meclisi'nde de vardır. Bunların dışında başbakan dâhil kabine üyelerinin görevden uzaklaştırılmasını sağlamak<sup>89</sup>, başkan hakkında vatana ihanet suçundan soruşturma açılmasını sağlamak<sup>90</sup> gibi devlet yönetimini ilgilendiren birçok görev ve yetkisi bulunmaktadır.

Yine başkan, Meclise yasa teklifinde bulunabilir. Ayrıca, Meclisten gelen yasaları veto edebilir. Ancak bu, mutlak bir veto değildir. Bu, geciktirici veto niteliğindedir. Meclis, üye sayısının yarısından fazlasının katılımı ve üçte iki çoğunluğun oylarıyla bu vetoyu geri çevirebilir. Başkanın Meclisi feshetme yetkisi yoktur. Bu karara Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Cumhuriyetlerdeki otoriter yönetim tecrübeleri sonucunda varılmıştır<sup>91</sup>.

### c) Milletvekillerinin Sorumluluğu

Ulusal Meclis üyelerinin cezai olarak yasama dokunulmazlıkları ve kürsü sorumsuzlukları vardır. Yasama dönemi boyunca, suçüstü durumları hariç olmak üzere, tutuklanamazlar ve gözaltına alınamazlar<sup>92</sup>. Ayrıca Mecliste söylediği sözler, belirttiği düşünceleri ve kullandıkları oylar hakkında hiçbir zaman sorumlu olmayacaklardır<sup>93</sup>. Demokratik ülkelerin hemen hepsinde, yasama çalışmalarının tüm etkilerden uzak, sağlıklı bir şekilde işlemesi amacıyla uygulanan yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu kuralı bu ülkede de uygulanmaktadır.

Milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılabilmesi için Meclis üye tamsayısının en az üçte bir çoğunluğunun talebi gereklidir. Karar yeter sayısı ise üye tamsayısının mutlak çoğunluğudur<sup>94</sup>. Milletvekillerinin kürsü

<sup>86</sup> Güney Kore Anayasası 54/1.

<sup>87</sup> Güney Kore Anayasası 60/1.

<sup>88</sup> Güney Kore Anayasası 60/2.

<sup>89</sup> Böyle bir talep için Meclis üye tamsayısının üçte birinin oyu gerekirken; bu talebin kabul edilebilmesi için de Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun bu yönde irade sunması gerekmektedir (Güney Kore Anayasası 63/2). Meclisin, başbakan ve bakanları görevden alabilmesi klasik başkanlık sisteminde yer almayan bir uygulamadır. Yani, bu uygulama Güney Kore hükümet sistemine özgü bir durumdur.

<sup>90</sup> Başkan hakkında böyle bir soruşturma açılabilmesi için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun talebi ve üye tamsayısının üçte ikisinin onayı gerekmektedir (Güney Kore Anayasası 65/2).

<sup>91</sup> SETA (Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı), *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, Seta Yayınları, No: 51, Ankara, 2015, s. 55.

<sup>92</sup> Güney Kore Anayasası 44.

<sup>93</sup> Güney Kore Anayasası 45.

<sup>94</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 199.

sorumsuzlukları ise mutlakdır. Milletvekillerinin, yasama faaliyetleri ile ilgili konularda düşüncelerini rahat bir şekilde belirtebilmeleri için bu kural şarttır.

Anayasada milletvekillerinin hukuki olarak sorumsuzluklarıyla ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Milletvekilleri, normal vatandaşlar gibi hukuki olarak eylem ve işlemlerinden dolayı sorumludurlar.

Milletvekillerinin siyasi sorumluluğu bakımından işletilebilecek bir mekanizma yoktur. Yürütme (başkan), yasamayı feshedememektedir. Milletvekilleri doğrudan halkın oylarıyla göreve geldikleri için siyasi olarak halka karşı sorumludurlar. Bunun yanında parti disiplini bakımından mensubu oldukları siyasi partinin genel başkanına karşı da parti içi sorumlulukları vardır.

## 2. Yürütme Organı

Güney Kore’de uygulanan hükümet sistemini, diğer ülkelerden farklı kılan esasen yürütme organının yapısıdır. Çünkü bu Ülkenin yürütme organı klasik hükümet sistemleri tasnifinde yer alan sistemlere doğrudan uymamaktadır.

Güney Kore’de yürütme organı Devlet Konseyi olarak adlandırılır. Konsey; başkan, başbakan, başbakan yardımcısı (Strateji ve Finans Bakanı konumundadır) ve 17 farklı bakanlıktan oluşmaktadır. Konsey’in seçimle iş başına gelen tek üyesi başkandır<sup>95</sup>. Konsey’i başkan temsil etmektedir<sup>96</sup>.

Güney Kore’de başkan yardımcılığı makamı 1960 yılında kaldırılmıştır. Mevcut sistemde başkan yardımcılığı makamı bulunmamaktadır<sup>97</sup>.

### a) Başkan

Başkan, devlet başkanı konumundadır ve Güney Kore’yi yabancı devletlere karşı temsil eder<sup>98</sup>.

### i) Seçimi

Başkan, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip 40 yaşını doldurmuş vatandaşlar arasından seçilmektedir<sup>99</sup>. Başkan bir defaya mahsus olmak üzere ve beş yıllığına seçilir<sup>100</sup>. Başkanın tek bir dönem için seçilmesi, tek kişinin yürütme organının gücünü uzun süre elinde tutmamasına yönelik bir güvence olarak düşünülmüştür<sup>101</sup>.

---

<sup>95</sup> SETA, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, s. 43.

<sup>96</sup> Güney Kore Anayasası 66/4.

<sup>97</sup> SETA, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, s. 36.

<sup>98</sup> Güney Kore Anayasası 66/1.

<sup>99</sup> Güney Kore Anayasası 67/4.

<sup>100</sup> Güney Kore Anayasası 70.

<sup>101</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 193.



Dünyada, demokratik ülkelerin çoğunda uygulanan devlet başkanının iki dönem üst üste seçilememesi kuralının, Güney Kore’de daha katı bir şekilde uygulandığını görmekteyiz. Anlaşılan Güney Kore’de, devlet politikasının tüm şahısların önünde tutulması gerekliliği en sert şekilde savunulmaktadır. Ayrıca devlet başkanlığı makamının sahiplenilmemesi için tek bir dönem yeterli görülmüştür.

Başkanlık seçimleri serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır<sup>102</sup>. Seçim sistemi tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi kategorisinde değerlendirilebilir<sup>103</sup>. “Önde bitiren yarışı kazanır” ya da “En önde gelen yarışı kazanır” anlamlarına gelen “*First-past-the post*” deyiimi, Güney Kore’de başkanlık seçimlerinde uygulanan sistemi tasvir etmede de kullanılmaktadır<sup>104</sup>. Anayasa’ya göre seçimlerde iki veya daha fazla aday eşit oranda oy alırlarsa, seçimler Mecliste milletvekillerinin çoğunluğunun katılımıyla yenilenir. Bu seçimde en fazla oy alan aday başkan seçilir (m. 67/2). Başkanlık için tek bir adayın seçime girmesi söz konusu olursa, adayın seçilebilmesi için geçerli oyların en az üçte birini alması gerekmektedir (m. 67/3).

Son Cumhurbaşkanlığı seçimleri 9 Mayıs 2017 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Seçimleri % 39.65 oy oranıyla Demokrat Partinin adayı Moon Jae-in kazanmıştır<sup>105</sup>.

## ii) Görev ve Yetkileri

Başkanın yürütmeye ilişkin yetkileri arasında diplomasi, milli güvenlik, toprak bütünlüğü (Kore yarımadasının barış içinde birleştirilmesi hedefiyle politikalar geliştirmek<sup>106</sup>), önemli gördüğü konularda referanduma gitmek yer almaktadır<sup>107</sup>. Başkanın diğer önemli yetkileri arasında; uluslararası anlaşmaları onaylamak, savaşa ve barışa karar vermek, diğer devletlerin büyükelçilerini kabul etmek ve Güney Kore’nin diğer devletlerdeki büyükelçilerini atamak ve yetkilendirmek yer almaktadır<sup>108</sup>. Başkanın, Anayasa ve yasalarla kendine tanınmış yetkiler dışında fiili olarak Güney Koreliler üzerinde birleştirici ve yapıcı bir etkisi bulunmaktadır. Başkan, halkın mutluluğu, refahı ve güvenliğini sağlamak için tüm gücüyle çalışır.

---

<sup>102</sup> Güney Kore Anayasası 67/1.

<sup>103</sup> Seçim sistemleri hakkında çalışmamıza ve özellikle tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi hakkında ayrıca bkz. AYDOĞDU, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, s. 54-56.

<sup>104</sup> CROISSANT, *Electoral Politics in South Korea*, s. 244.

<sup>105</sup> <http://www.trthaber.com/haber/dunya/guney-korede-devlet-baskanligi-secimlerinin-galibi-belli-oldu-313565.html> (E.T. 2.6.2017).

<sup>106</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 194.

<sup>107</sup> Güney Kore Anayasası 72.

<sup>108</sup> Güney Kore Anayasası 73.



Başkan aynı zamanda başkomutandır. Silahlı kuvvetlerin Anayasa ve yasalara uygun olarak hazır bulunmalarını sağlar<sup>109</sup>.

Başkan, kanunların yürürlüğüne ilişkin önemli ve gerekli gördüğü konularda kararname hazırlama yetkisine de haizdir<sup>110</sup>. Başkanlık kararnameleri, Ulusal Meclis tarafından yapılan kanunlardan daha üstün değildir. Aksine kanunlara aykırı olmamak zorundadır. Bu durum kuvvetler ayrılığının da bir gerekliliğidir. Ayrıca, toplumsal kargaşa çıkması, dışarıdan tehditlere maruz kalınması, doğal afet veya ağır ekonomik kriz gibi olağanüstü durumlarda Başkan, milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması için gerekli acil önlemleri alma yetkisine de haizdir<sup>111</sup>. Bunlara ilaveten durum daha da ağır bir hal aldığında Başkan'ın Anayasa'da belirtilen şartlara uygun olarak sıkıyönetim ilan etme yetkisi de vardır<sup>112</sup>. Başkan, başkomutan unvanını kullanarak her türlü askeri harekât üzerinde, savaş ilan etmek de dâhil olmak üzere, oldukça geniş yetkilere sahiptir<sup>113</sup>.

Yürütmenin başı konumunda olan başkan, üst düzey bürokratları ve kamu görevlilerini Anayasa ve kanunlarda belirlenen şartlar altında atama ve dilediği zaman görevden alma yetkisine sahiptir<sup>114</sup>.

Başkan'ın genel af ilan etme yetkisi de bulunmaktadır. Ancak başkan, bu yetkisini Meclisin onayıyla kullanabilmektedir<sup>115</sup>. Suçların affedilmesi, hafifletilmesi ya da kaybedilmiş hakların iade edilmesi başkan'ın bu konuda diğer yetkileridir<sup>116</sup>.

Yine başkan, Meclise yasa teklifinde bulunabilir. Ayrıca, Meclisten gelen yasaları veto edebilir. Ancak bu, mutlak bir veto değildir. Bu, geciktirici veto niteliğindedir. Meclis, üye sayısının yarısından fazlasının katılımı ve üçte iki çoğunluğun oylarıyla bu vetoyu geri çevirebilir<sup>117</sup>. Başkanın Meclisi feshetme yetkisi yoktur. Bu karara Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Cumhuriyetlerdeki otoriter yönetim tecrübeleri sonucunda varılmıştır<sup>118</sup>.

---

<sup>109</sup> Güney Kore Anayasası 74.

<sup>110</sup> Güney Kore Anayasası 75.

<sup>111</sup> Güney Kore Anayasası 76/1.

<sup>112</sup> Güney Kore Anayasası 77/1.

<sup>113</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 194.

<sup>114</sup> Güney Kore Anayasası 78.

<sup>115</sup> Güney Kore Anayasası 79/2.

<sup>116</sup> Güney Kore Anayasası 79/1,3.

<sup>117</sup> SETA, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, s. 55.

<sup>118</sup> İbid, s. 55.

### iii) Sorumluluğu

Başkanın, görev süresince halk ayaklanması (*insurrection*) ve vatana ihanet (*treason*) dışında cezai sorumluluğu yoktur<sup>119</sup>.

Anayasaya göre Başkan, Başbakan, Danıştay üyeleri, İcra Bakanlıkları, Anayasa Mahkemesi üyeleri, Ulusal Seçim Komisyonu üyeleri, Kurul Başkanı ve üyeleri Denetim ve Muayene ve Kanunla tayin edilen diğer kamu görevlileri resmi görevleri yerine getirirken Anayasa’yı veya diğer kanunları ihlal ettiyse, Ulusal Meclis adı geçen kişiler hakkında cezai soruşturma açılmasına ilişkin öneriler verebilir<sup>120</sup>. Başkan’ın yargılanabilmesi için Ulusal Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun talebi ve en az üçte iki çoğunluğunun kararı gereklidir<sup>121</sup>.

Başkan, Ulusal Meclisi feshedemez ancak Meclis onu Anayasaya karşı sorumlu tutup hakkında soruşturma açmaya karar verebilir. Meclisin soruşturma yetkisi, başkanın cezai sorumluluğuna ilişkindir. Yani başkan siyasal olarak Meclise karşı sorumlu değildir. Bu durum, Güney Kore’de uygulanan hükümet sistemini parlamenter sistemden çıkarıp; başkanlık sistemine dâhil etmektedir. Başkanlık sisteminde başkanın yasama organı karşısında siyasal sorumluluğu yoktur. Bunun temelinde başkanlık sisteminin kendine özgü bir mantığı yatmaktadır. Bu, sistemin temelinde yatan sert kuvvetler ayrılığı düşüncesidir. Bu sebeple başkanın görevine yasama organı tarafından son verilemez. Bu sistemde başkanın halka karşı siyasi sorumluluğu vardır. Dolayısıyla siyasi sebeplerle, başkanın görev süresi dolmadan görevden alınması mümkün değildir<sup>122</sup>.

### b) Kabine

Güney Kore’de yürütme organı klasik başkanlık sistemlerindeki gibi başkan ve onun tarafından atanan sekreterlerinden (bakanlar) oluşmamaktadır. Klasik başkanlık sistemlerinden farklı olarak başkanın kabinesinde bir de başbakan vardır.

### i) Yapısı

Kabinenin başı başkandır, başbakan ise başkanın yardımcısı konumundadır. Başbakan, Meclisin onayı ile başkan tarafından atanır<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Güney Kore Anayasası 84.

<sup>120</sup> Güney Kore Anayasası 65/1.

<sup>121</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 199.

<sup>122</sup> Kemal GÖZLER, *Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s. 23-24.

<sup>123</sup> Güney Kore Anayasası 86/1.

Başbakanın rolü daha çok parlamento ile başkan arasında köprü görevinden ibarettir<sup>124</sup>. Başbakan aynı zamanda, başkanın emri altında olan kabinedeki diğer bakanları yönlendirir<sup>125</sup>.

Mevcut düzende kabine Başbakan, 2 Başbakan Yardımcısı ve 17 bakandan oluşmaktadır<sup>126</sup>. Anayasa'ya göre bakanlıkların sayısı 15'den az, 30'dan fazla olamaz<sup>127</sup>. Bakanlar, başbakanın önerisiyle başkan tarafından atanır<sup>128</sup>. Bakanlar siyasi yönlerinden daha ziyade, teknokrat özelliği gösterirler<sup>129</sup>.

Ordu mensupları emekliye ayrılmadıkları sürece kabinede yer alamazlar<sup>130</sup>. Kanaatimizce bu kural, geçmiş yıllarında askeri cunta yönetimine maruz kalan Kore'nin o günleri tekrar yaşamamak için getirdiği bir önlemdir. Ayrıca halen savaş halinde oldukları Kuzey Kore'deki<sup>131</sup> mevcut askeri cunta yönetimine karşı bir tepki olduğu kanaatindeyiz.

## ii) Görev ve Yetkileri

Devlet Konseyi'nin (kabine) görev ve yetkileri Güney Kore Anayasası'nın 89'uncu maddesinde sayılmaktadır. Bunlar:

Genel politika ve devlet işlerini yürütmek,

Savaş ve barış kararlarını duyurmak,

Uluslararası politikayı takip etmek,

Kanun taslağı, Anayasa değişikliği önerisi ve referandum önerisinde bulunmak,

Başkanlık kararnameleeri çıkarmak<sup>132</sup>,

Bütçe, kesin hesap ve finansal konuları düzenlemek,

Acil ve önemli askeri meselelerde meclisi toplantıya çağırarak,

---

<sup>124</sup> TETSİAD, *Güney Kore Ülke Raporu*, s. 9.

<sup>125</sup> Güney Kore Anayasası 86/2.

<sup>126</sup> Mevcut Kabine'nin oluşumu ve Başbakan ile tüm bakanlar hakkında bilgilere ulaşmak için bkz. <http://www.korea.net/Government/Administration/Cabinet> (E.T. 13.4.2016).

<sup>127</sup> Güney Kore Anayasası 88/2.

<sup>128</sup> Güney Kore Anayasası 88/1. Başbakan, Başkandan bakan ya da bakanların görevden alınmalarını da talep edebilir (m. 87/3).

<sup>129</sup> SETA, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, s. 43.

<sup>130</sup> Güney Kore Anayasası 87/3.

<sup>131</sup> Yaygın kullanımda Kuzey Kore olarak adlandırılan devletin resmi adı Kuzey Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'dir. <http://www.korea-dpr.com/> (E.T. 13.4.2016). Resmi internet sitelerinin <http://naenara.com.kp/en/> (E.T. 13.4.2016) veya <http://www.korea-dpr.com/> (E.T. 18.2.2017) olduğu kanaatindeyiz.

<sup>132</sup> Başkanlık kararnameleeri, başkan tarafından hazırlanır ancak başbakan ve bakanların da imzaları bulunur (Güney Kore Anayasası 82).

Yüksek yargıç ve savcı atamalarını gerçekleştirmek,  
Önemli üst düzey görevlilerin (Genelkurmay başkanı gibi) atama kararlarına müşterek imza atmak,  
Başkan tarafından verilen yürütmeye dair diğer işleri yerine getirmek.

### iii) Sorumluluğu

Başbakan ve bakanlar, gerek bireysel olarak gerekse de kolektif olarak başkana karşı sorumludurlar<sup>133</sup>. Bunun dışında Ulusal Meclis'in başbakan veya kabine üyelerini görevden alabilme yetkisi vardır. Ulusal Meclis üye tamsayısının üçte birinin önerisi ve salt çoğunluğunun kararıyla başbakan veya bakanlardan biri (yahut birkaçı) görevden alınabilir<sup>134</sup>. Bu durum klasik başkanlık sistemlerinde görülmeyen bir uygulamadır. Örneğin ABD'de uygulanan başkanlık sisteminde, bakanlar (sekreterler) başkan tarafından Senato'nun<sup>135</sup> onayıyla atanır ancak Kongre ne başkanı ne de bakanlarını görevden alamaz<sup>136</sup>.

### c) Diğer Organlar

Güney Kore'de devlet başkanına bağlı bağımsız devlet organları bulunmaktadır. Bu organlar, Denetleme ve İnceleme Kurulu (üyeleri Meclisin onayıyla Başkan tarafından atanır ve hükümeti denetler), Milli İstihbarat Teşkilatı, Kore Telekomünikasyon Komisyonu'dur. Ayrıca, başkana bağlı olan diğer organlar arasında, Milli Güvenlik Kurulu, Demokratik ve Barışçıl Birleşme Danışma Kurulu, Milli Ekonomi Danışma Kurulu, Bilim ve Teknoloji Danışma Kurulu ve Akil Adamlar Danışma Kurulu bulunmaktadır<sup>137</sup>.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Günümüzde BM'e üye 193 devlet bulunmaktadır<sup>138</sup>. Bu devletlerin dışında, üye olmayan devletleri de göz önünde bulundurursak bu sayı 200'ü aşmaktadır. Bu devletlerden hiçbirinin yönetim şekli, bir diğerininkiyle tıpa tıpa aynı olamaz. Muhakkak birbirine benzer yönetim şekline sahip devletler

---

<sup>133</sup> KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 195.

<sup>134</sup> Güney Kore Anayasası 63.

<sup>135</sup> ABD'de yasama organı çift meclisli bir yapıdadır. Temsilciler Meclisi ve Senato'dan oluşan yasama organına Kongre denilmektedir.

<sup>136</sup> YANIK, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, s. 59.

<sup>137</sup> SETA, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları*, s. 43. Bu organlardan bazıları hakkında daha detaylı bilgi almak için ayrıca bkz. KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI, *Kore Gerçeği*, s. 200-202.

<sup>138</sup> Bu ülkeler için bkz. <http://www.un.org/en/member-states/> (E.T. 13.4.2016).

vardır. Ancak toplumların farklı karakteristik özellikleri ve ihtiyaçlarından dolayı yönetim şekilleri de, yani hükümet sistemleri de farklılık arz etmektedir.

Hükümet sistemleri, kuvvetler ayrılığı teorisine göre tasnif edilmektedir. Bu tasnif temelde ikiye ayrılmaktadır: Kuvvetlerin ayrılığına dayanan hükümet sistemleri ve kuvvetlerin birliğine dayanan hükümet sistemleri. Kuvvetlerin birliğine dayanıp da demokratik bir yönetime sahip olan devlet olarak sadece İsviçre gösterilebilir. İsviçre'deki yönetim şekli de, kendine has özellikleri olan yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasama organında birleştiği meclis hükümeti sistemidir. Bu sisteme benzer bir yönetim, Türkiye'de 1921 Anayasası (Teşkilât-ı Esasîye Kanunu) döneminde uygulanmıştır.

Günümüzde demokratik devletlerin hemen hepsi hükümet sistemini kuvvetlerin ayrılığına dayandırmaktadır. Kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemleri ise temelde parlamenter sistem ve başkanlık sistemi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu iki sistem dışında Fransa'da uygulanan yarı-başkanlık (ya da yarı-parlamenter sistem), Rusya'da uygulanan süper başkanlık sistemi gibi ülkelerin kendilerine özel geliştirdikleri karma sistemler de mevcuttur.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından 1948 yılında yeni bir Anayasa ile Kore Cumhuriyeti olarak kurulan Devlet, gerek Kuzey ile Güney arasında süren savaş, gerekse de Güney Kore'nin kendi iç sorunları nedeniyle sonuncusu 29 Ekim 1987'de olmak üzere toplamda 9 kez Anayasa değişikliğine gitmiştir. Mevcut Anayasa hükümleri üzerine yaptığımız analizler, Güney Kore'nin resmi internet sitelerine ait bilgiler, Güney Kore devleti destekli hazırlanan yazılı eserler ve doktrinden ulaşabildiğimiz Türkçe ve İngilizce kaynaklar ile hazırladığımız bu çalışmada Güney Kore'nin hükümet sistemini inceledik. Güney Kore'de uygulanan hükümet sistemi görünüşte parlamenter sistem gibi gözükse de, uygulamada başkanlık sisteminin özelliklerine haizdir. Sistemin parlamenter sistem gibi gözükmesinin sebebi, yürütmede devlet başkanının yanı sıra başbakan ve bakanların da bulunmasıdır. Ancak başbakan ve bakanların yürütmedeki konumu başkanın memurları olmaktan öte geçmemektedir. Zira gerek başbakan gerekse de bakanlar, başkan tarafından atanmaktadır. Yürütme organının yapısı dışında, yasama ile yürütme arasındaki ilişkiler de sistemin başkanlık sistemlerine dâhil edilebileceğini göstermektedir. Ancak Güney Kore'de uygulanan sistemle adı başkanlık sistemiyle özdeşleşen ABD'deki sistemin farklılık arz eden birçok yönü vardır. Çalışmada yeri geldikçe bu konulara değindik. Bir ülkede uygulanan hükümet sisteminin başka bir ülkede hiçbir farklılık olmadan uygulanması oldukça zordur. Zira ülkelerin gerek coğrafi ve ekonomik olarak, gerekse de sosyal, kültürel ve siyasal olarak birbirlerinden pek çok konuda farklılıkları vardır. Bu durum devletlerin yönetim şekillerini ele alan hükümet sistemlerine de tezahür etmektedir. Güney Kore devleti de yönetim şekli olarak başkanlık sistemini tercih etmiş

ancak gelenekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda sistemi kendilerine özgü bir hale getirmişler.

Güney Kore’nin özellikle son 50 yılda, ekonomik ve teknolojik alanlarda gösterdiği atılımların arkasında ülkede uygulanan hükümet sisteminin etkisi tartışılmaz. Sistem hızlı karar alma ihtiyacına oldukça güzel bir şekilde karşılık vermektedir. Başkanın gerekli gördüğü konularda kararname çıkarma yetkisi, herhangi bir olası sorunu en hızlı ve etkili şekilde çözecek bir yöntemdir. Bunun dışında beş yıllığına yapılan başkanlık seçimlerinin ardından, başkanın görev süresi doluncaya kadar ülkede hükümet istikrarsızlığı yaşanmamaktadır. Bir başkanın, ikinci kez seçilememesi de başkanı, o beş yıl içerisinde milli kalkınma planına riayet etmeye zorlamakta ve ülke ekonomisine müthiş bir istikrar sağlamaktadır. Yani Güney Kore’de yürütme organında kimin olduğundan ziyade, milli kalkınma planı öne çıkmaktadır.

Güney Kore’de uygulanan hükümet sisteminin, Türkiye’de uygulanıp uygulanamayacağı meselesi yaptığımız bu çalışma sonucunda varılabilecek bir çıkarım olamaz. Zira bunun sosyolojik alt yapısından tutalım da, ekonominin ihtiyaçları, halkın eğitim seviyesi gibi birçok farklı etkeni de bulunmaktadır. Yani, Güney Kore’de uygulanan hükümet sistemi, ülkenin başarısında yer alan tek etmen değildir. Halkın eğitim seviyesi, başarı azmi, sabrı gibi birçok etmenin yanında sistemi tıkamayan (aksine olası sorunları hızlı bir şekilde çözebilecek) bir hükümet sisteminin varlığı kolektif olarak başarıyı getirmektedir.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**AKİPEK İlhan**, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Âmil Olan Fikirler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 9, S. 1, Ankara, 1952, s. 167-182.

**ALATLI Alev**, **Batı’ya Yön Veren Metinler I, Kökler/Orta Çağlar (∞-1350)**, Melisa Yayınları, Nevşehir Kapadokya, 2010.

**ALPER Soner/ARAP Erdal/DEĞİRMENCİOĞLU Burcu**. “Unutulan Savaş Kore Savaşı”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S. 1, 2014, Ankara, s. 75-83.

**ASİLBAY İ. Halil**, “Parlamentar Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 104, Ankara, 2013, s. 247-264.

**AYDOĞDU Yasin**, **Seçim Sistemleri ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

**BEZCİ Bünyamin**, “Demokrasi ve Başkanlık Sistemi”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, c. 3, S. 2, 2005, s. 77-91.

- BİLİR Faruk**, **100 Soruda Hükümet ve Başkanlık Sistemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ERDOĞAN Mustafa**, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2011.
- EROĞLU Müzeyyen**, “John Locke’un Devlet Teorisi”, **Akademik Bakış Dergisi**, S. 21, 2010 s. 1-15.
- CROISSANT Aurel**. “Electoral Politics in South Korea”, **Electoral Politics in Southeast and East Asia**, (ed. A. Croissant, G. Bruns and M. John), Singapore, 2002, s. 233-276.
- ESMEİN A.**, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Sirey, Paris, 1928.
- FEYZİOĞLU Turhan**, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 2, S. 1-2, Ankara, 1947, s. 50-69.
- GİRİTLİ İsmet/SARMAŞIK Jale**, **Anayasa Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 1998.
- GÖREN Zafer**, **Anayasa Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2006.
- GÖZLER Kemal**, **Devletin Genel Teorisi**, Ekin, 3. Baskı, Bursa, 2011.
- GÖZLER Kemal**, **Devlet Başkanları Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref**, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2013.
- HEKİMOĞLU Mehmet Merdan**, **Anayasa Hukukunda Antidemokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2010.
- HEKİMOĞLU Mehmet Merdan**, **Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009.
- HONG Wan Sik**. “Electoral Systems and Constitutional Principles in Korea”, s. 1-19.
- KALAYCIOĞLU Ersin**, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınanı”, Yay. Haz. Teoman Ergül, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 77, Ankara, 2005, s. 13-29.
- KAPANİ Münci**, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.
- KARATEPE Şükrü**, “Hükümet Sistemleri ve Türkiye”, **Yeni Türkiye Dergisi Başkanlık Sistemi**, S. 51 (Özel Sayı), 2013, s. 223-235.
- KORE KÜLTÜR VE ENFORMASYON AJANSI**, **Kore Gerçeği**, çev. Nana Lee, Kore, Kültür, Spor ve Turizm Bakanlığı, Seul, 2011.

**KUTANİS Rana Özen/TUNÇ Tülin**, “Güney Kore Örgüt Kültürü: Konfüçyanizm’in Etkileri Açısından Bir Değerlendirme”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 35, Kayseri, 2010, s. 55-75.

**KUZU Burhan**, **Her Yönü İle Başkanlık Sistemi**, Babıalı Kültür Yayıncılığı, 2. Baskı, İstanbul, 2011.

**KÜÇÜK Adnan**, “Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 6, Ankara, 2015, s. 311-361.

**LEE Nam-Young/KIM Hyung-Joon/KIM Young-Tae/KIM Wook**, “The Political Effects of the Introduction of “Two-Ballot Votes” System in Korea: Comparison with Japan, New Zealand, and Germany”, s. 1-17.

**MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de**, **Kanunların Ruhu Üzerine (De L’Esprit des Lois)**, çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2014.

**MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat Baron de**, “İngiltere’nin Esas Teşkilatı”, çev.: Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, c. 3, S.1-2, Ankara, 1947, s. 75-83.

**ODER Bertil Emrah**, “Türkiye’de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”, Yay. Haz. Teoman Ergül, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 77, Ankara, 2005, s. 31-69.

**ÖZBUDUN Ergun**, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2013.

**SETA (Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı)**, **Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları**, Seta Yayınları, No: 51, Ankara, 2015.

**TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 12. Baskı, İstanbul, 2012.

**TETSİAD (Türkiye Ev Tekstili Sanayicileri ve İşadamları Derneği)**, **Güney Kore Ülke Raporu**, 2015.

**TEZİÇ Erdoğan**, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul, 2013.

**TURHAN Mehmet**, **Anayasal Devlet**, Naturel Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2004.

**TURHAN Mehmet**, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:9, Diyarbakır, 1989.

**ULUŞAHİN Nur**, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.



**YANIK Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.

**YÜZBAŞI Firdes, Bir Demokratik Hükümet Sistemi Olarak Yarı-Başkanlık Sistemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

### **Elektronik Kaynakça**

<http://www.dusuncetarihi.com>

<http://english1.president.go.kr>

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.korea.net>

<http://www.korea-dpr.com>

<http://www.ilo.org>

<http://www.ipsas.sinica.edu.tw>

<http://www.korea-dpr.com>

<http://www.kotuba.org/>

<http://www.mfa.gov.tr>

<http://naenara.com.kp/en>

<http://www.seul.be.mfa.gov.tr>

<http://tdk.gov.tr>

<http://www.tetsiad.org>

<https://tr.wikipedia.org>

<http://www.trthaber.com>

<http://www.un.org>

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

E.N. 1988/2, K.N. 1988/1, K.T. 8.12.1988.

### KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
c.	: Cilt
E.	: Esas
ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
No	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SETA	: Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TETSİAD	: Türkiye Ev Tekstili Sanayicileri ve İşadamları Derneği
vd.	: Ve Devamı

# AVRUPA BİRLİĞİ CEZA HUKUKUNDA ORGANİZE SUÇLULUKLA MÜCADELE

*Fight Against Organized Crime in the European Union Criminal Law*

Arş. Gör. Yeşim YILMAZ<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 09.12.2016 Kabul Tarihi: 14.03.2017

## ÖZET

Küreselleşme ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak organize suçluluk gittikçe yaygınlaşmakta ve faaliyetlerini arttırmaktadır. Avrupa, hukuk devleti ve insan hakları açısından önemli bir tehdit teşkil eden organize suçluluğun başlıca faaliyet alanlarından birini oluşturmaktadır. Avrupa Birliği bünyesinde oluşturulan Schengen Alanı özgürlük ve serbest dolaşım imkânı sağlamakla birlikte, önemli bir güvenlik sorunu oluşturan organize suçluluğun gelişimini ve uluslararası boyuta ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratmak isteyen Avrupa Birliği açısından organize suçlulukla mücadele öncelikli alanlar arasında yer almaktadır. Organize suçluluğun sınıraşan özelliği dikkate alındığında bu suçluluk ile mücadelede başarılı olabilmek için ceza alanında ortak bir tutum sergilenmeli ve uluslararası iş birliği gerçekleştirilmelidir. Bu çerçevede Avrupa Birliği organize suçlulukla etkin mücadeleye yönelik çeşitli girişimlerde bulunmuş, bu konuda çok sayıda karar ve önlem almıştır. Bu çalışmada AB bünyesinde cezai konularda polisiye ve adli iş birliğinin çerçevesi belirlenmeye çalışılmış, iş birliği kapsamında oluşturulan kurumlardan Europol ve Eurojust üzerinde durulmuştur. Devamında özgürlük, güvenlik ve adalet alanında organize suçlulukla mücadele konusunda iş birliğini desteklemek ve güçlendirmek amacıyla gerçekleştirilen önemli düzenlemeler incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Organize Suçluluk, Avrupa Birliği, Organize Suçlulukla Mücadele, Cezai Konularda Polisiye ve Adli İş Birliği, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı.

## ABSTRACT

Organized crime is becoming more widespread and increasing its activities due to globalization and technological advancements. Europe constitutes one of the primary areas of organized crime which is a significant threat to the rule of law and human rights. While the Schengen Area, created within the European Union, provides freedom and free movement opportunities, it also facilitates the development and the attainment of an international dimension of organized crime which is a significant security issue. The fight against organized crime is a priority of the European Union for it wants to create an area of freedom, security and justice. Due to organized crime being a transnational issue, in order to become successful in the fight against it, common position should be acted and there should be international cooperation on all sides. Within this framework, the European Union took steps towards fighting efficiently against organized crime, and also has made a number of decisions and took measures regarding this issue. This study was aimed at determining the framework of the police and the judicial cooperation in criminal matters within the EU. The study focused on Europol and Eurojust which are the institutions established under the cooperation of the union's members. Subsequently, significant regulations were examined which are regulated in order to support and strengthen the cooperation in combating organized crime in the area of freedom, security and justice.

**Key Words:** Organized Crime, European Union, Fight Against Organised Crime, Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters, The Area of Freedom, Security and Justice.

<sup>1</sup> Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr

## GİRİŞ

Organize suçluluk çok failli bir örgütlenme biçimi olup yalnızca hukuki bir kavram değil, aynı zamanda sosyal, siyasal, ekonomik ve kriminolojik bir olgudur.<sup>2</sup> Tanımı konusunda uzlaşma ve organize suçluluk için kabul edilmiş evrensel bir tanım bulunmamakla birlikte, organize suçluluğun tüm dünyada kabul edilen ortak birtakım karakteristik özellikleri bulunmaktadır.<sup>3</sup> Organize suçluluktan bahsedebilmek için bulunması gereken özellikler ise, genel olarak, kamu düzenini bozan suçları işleme ve haksız mali çıkar sağlama amacı, üç veya daha fazla kişinin söz konusu olması, belirli bir devamlılık ve işbölümüne dayalı hiyerarşik bir yapıdır.<sup>4</sup> İfade etmek gerekir ki, kavram hakkında kısmen bir uzlaşmaya varılması ve kavramın meşru bir zemine oturtulabilmesi, büyük oranda son yıllardaki tartışmaların ürünüdür.

<sup>2</sup> Bkz. Ümit Kocasakal, "Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, C:1, 2002, s. 130 vd.; Füsün Sokullu-Akıncı, "Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye'deki Boyutları", in: Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli, 5 Ekim 2001, s. 11 vd., Abdullah Dinçkol, Türkiye'de Organize Suçluluk ve Sosyo-Ekonomik Yapı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, S.1, Mayıs 2002, s. 101; İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 11. Wright, uluslararası organize suçluluğu büyük ölçüde kriminolojik bir kavram olarak nitelendirmiştir. Alan Wright, Organised Crime, Willan Publishing, 2006, s. 23.

<sup>3</sup> Tanım ve terim konusunda doktrinde bir birlik olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda örgütlü suçluluk terimi de sıkça ve yaygın olarak kullanılmaktadır. Özgenç, s.11. Ayrıca bkz. Cihan Kavlak, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 19 vd. Bununla birlikte, organize suçluluğun kolektif bir bilinç ve iş birliği içinde incelenen bir dizi suç faaliyetinin nedenleri, amaçları, işleniş biçimi, çevresel ve siyasal faktörler yönünden değerlendirilmesini ifade etmesi (Kocasakal, Organize..., s. 130.) ve ayrıca birçok dilde yerleşmiş, standart bir terim olması gerekçeleriyle (Vesile Sonay Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 6.) organize suçluluk teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Wright, organize suçluluğu tanımlama probleminin hem anlamsal hem de deneysel olduğunu ifade etmiştir. Wright, s. 203. Organize suçluluğun genel kabul görmüş bir tanımı bulunmasa da bu konuda birtakım ortak karakter özellikleri ortaya konulmaktadır. Bu konudaki tespitler için bkz. Çetin Özek, "Organize Suç", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 197; Kocasakal, Organize..., s. 131 vd.; Evik, s. 21 vd.; Sokullu-Akıncı, Organize Suçların Kriminolojik Yapısı, s. 13 vd.; Francesco Calderoni, Organized Crime Legislation in the European Union: harmonization and approximation of Criminal Law, national legislations and the EU Framework Decision on the fight against Organized Crime, Springer, 2010, s. 42; Timur Demirbaş, Kriminoloji, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 344-345. Ayrıca organize suçluluğun ortaya çıkış biçimlerinden biri olan mafyanın ortaya çıkışı, gelişimi ve yapısal unsurları için bkz. Adem Sözüer, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye'deki Boyutları", Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli, 5 Ekim 2001, s. 25 vd.; Evik, s. 25 vd.

<sup>4</sup> Abadinsky'ye göre, organize suç örgütleri ideolojik değildir, hiyerarşiktir, süreklilik arz eder, iş bölümüne ve fonksiyonel uzlaşmaya dayanır, belirli kural ve usullerle yönetilir, şiddete başvurur ve monopol oluşturmayı amaçlar. Bkz. Howard Abadinsky, Organized Crime, 11. Baskı, Cengage Learning, 2016, s. 2 vd. Ayrıca bkz. Kocasakal, Organize..., s. 142; Evik, s. 25; Kayıhan İçel, Sunuş Konuşması, Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli, 5 Ekim 2001, s. 7; Kavlak, s. 57 vd.

Organize suçluluk yüzlerce ve hatta farklı toplumlarda binlerce yıldır devam eden tarihi bir olgu olup benzer faaliyetlere tarihin çok eski dönemlerinde de rastlanılmıştır.<sup>5</sup> Bununla birlikte, bu terimin kullanılmaya başlanması ABD’de 1920’lerde getirilen içki yasağına ilişkin polis raporlarına dayanmaktadır.<sup>6</sup> Her toplumda yasa dışı ürünler ve hizmetlere karşı sürekli ve güçlü bir talep bulunmakta ve bu durum, inanılmaz boyutlarda kâr etmek için bir fırsat doğurmaktadır. Çünkü talep edilen ürünler veya hizmetlerin genellikle masrafları oldukça düşük olmakla birlikte, hukuka karşı gelerek bu ürün ve hizmetleri sağlayanlarca satış fiyatları üst seviyelerde belirlenmektedir. Bu durum ise organize suçluluğun gelişip yayılmasına olanak sağlamaktadır.<sup>7</sup> Organize suçluluğun büyük bir sektöre dönüşmesi ve bu çerçevede organize suçlulukla mücadele bağlamında yapılan uluslararası girişimler 20. yüzyılın ürünüdür.<sup>8</sup> Organize suçluluk kavramı, 21. yüzyılın başından itibaren Avrupa’da yasal bir düzleme kavuşmuş ve birçok Avrupalı devlet ile uluslararası örgütün yasal düzenleme ve sözleşmesine konu olmuştur.<sup>9</sup>

Organize suçluluğun toplumsal barış, huzur ve toplumda yaşam hakkı gibi konularda bireyler için büyük bir tehdit oluşturduğu kabul edilmektedir. Zira organize suçluluk bireysel haklara doğrudan zarar vermese de toplumda yaşam koşullarına zarar vermekte ve böylece kamu düzenini ihlal etmektedir.<sup>10</sup> Günümüzde siyasi amaçlardan ziyade çıkar ve güç kazanmaya yönelik organize suçluluğun yapısı itibariyle yerel nitelik taşıyabileceği gibi çoğunlukla uluslararası bir nitelik taşıdığı ve birçok devleti ilgilendiren bir tehdit halini aldığı görülmektedir.<sup>11</sup> Teknoloji, iletişim, ulaşım ve ekonomi alanlarında

---

<sup>5</sup> Organize suçluluğun dünya çapındaki kronolojisine ilişkin olarak bkz. Michael Newton, *Chronology of Organized Crime Worldwide: 6000 B.C.E to 2010*, North Carolina: Mc Farland & Company Inc, 2011, s. 3 vd.

<sup>6</sup> Kocasakal, *Organize...*, s. 130, 136; Evik, s. 7.

<sup>7</sup> Füsün Sokullu-Akinci, “Organized Crime”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004, s. 4.

<sup>8</sup> Organize suçluluğun tarihsel yönü, çok sayıda araştırmaya konu edilmemiş olup tarihsel açıdan yapılan çalışmalar azınlıkta kalmıştır. Tarihsel örnekler üzerine bir çalışma için bkz. Letizia Paoli / Cyrille Fijnaut, “Introduction to Part I: The History of the Concept”, *Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Ed. Cyrille Fijnaut / Letizia Paoli, The Netherlands, Springer, 2004, s. 21.

<sup>9</sup> 20. yüzyılın sonlarında ve 21. yüzyılın başlarında organize suçlulukla mücadele amacıyla Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği bünyesinde uluslararası çalışmalar yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Evik, s. 63 vd. Bu kapsamda devletleri ortak bir tanımda birleşmeye götüren ve devletlerin organize suçluluk konusunda alması gereken önleyici tedbirleri ve politikaları gösteren Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kabul edilmiş ve Türkiye de Sözleşme’yi 13.12.2000 tarihinde imzalayarak 30.1.2003 tarihinde 4800 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile onaylamıştır.

<sup>10</sup> Özek, s. 195.

<sup>11</sup> Günümüzde organize suçluluğun küresel bir olgu haline geldiği hakkında bkz. Wright, s. 206. Ayrıca bkz. Thomas Renard, *Partners in crime? The EU, its strategic partners and international organised crime*, ESPO Working Paper 5, European Strategic Partnerships Observatory (ESPO), 2014.

yaşanan hızlı gelişim ve değişmeler organize suç örgütlerinin faaliyetlerinde de değişim ve gelişimi doğurmakta; bu gelişmeler çerçevesinde gizlenmiş suç örgütlerini tespit etmek oldukça güçleşmektedir. Küreselleşme süreci ile birlikte, organize suç örgütleri büyüklük, uzmanlık ve faaliyetler ile iş birliği anlamında uluslararası bir nitelik kazanmış olup özellikle iş dünyasının uluslararası çalışmasını sağlayan endüstriyel avantajlar, organize suç örgütlerinin faaliyetlerine de büyük ölçüde katkı sağlamaktadır.<sup>12</sup> Organize suçluluk çerçevesinde işlenen suçların toplum ve özellikle ekonomik alan üzerinde önemli derecede olumsuz etkileri bulunmaktadır.<sup>13</sup> Bu kapsamda organize suçlulukla mücadele bakımından alınacak önlemler son derece önem teşkil etmekte olup organize suç örgütlerinin sınıraşan özelliği bu alandaki mücadeleyi daha etkin hale getirmek için özel bazı tedbirlerin alınması gerekliliğini doğurmaktadır.<sup>14</sup> Organize suçlulukla mücadele, ulusal seviyede ve uluslararası seviyede organize suçluluğa karşı iş birliği şeklinde iki aşamada gerçekleştirilmelidir. Organize suçlulukla mücadele ederken önleyici<sup>15</sup> ve

<sup>12</sup> CarrieLyn Donigan Guymon, "International Legal Mechanism for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention", Berkeley Journal Of International Law, Vol: 18, No: 53, 2000, s. 53, 54.

<sup>13</sup> Organize suçluluğun özellikle mafyanın, yolsuzluğun ve hukukun üstünlüğünün ulusal refah üzerindeki etkileri konusunda istatistiksel bir analiz için bkz. Jan Van Dijk, "Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies", Trends in Organised Crime, Vol: 10, Issue 4, 2007, s. 39-56.

<sup>14</sup> Organize suçluluğun önlenmesi konusundaki geniş tartışmalar hakkında bkz. Michael Levi / Mike Maguire, "Reducing and Preventing Organised Crime: An Evidence-Based Critique, Crime", Law and Social Change, 41 (5), 2004, s. 397-469.

<sup>15</sup> Farklı ülkeler, suç faaliyetleri için olanakları azaltmak amacıyla farklı yöntemler kullanmaktadır. Örneğin, yasadışı mallar ve hizmetlere olan talebi azaltmak veya daha önce suçlular tarafından tekel altına alınan bu mal ve hizmetleri yasal olarak ulaşılabılır hale getirmek. Son zamanlarda dünya çapında uyuşturucuya olan talebi azaltmak için uygulanan politikalar, eğitim ve tedavidir. Suça karşı geleneksel önleyici önlemler ise ahlak ve hukukiliği güçlendirmektir. Daha iyi bir eğitime yönlendirilen politikalar da organize suçlulukla mücadelede önemli sonuçlar üretmiştir. Bir diğer önleyici tedbir yasal endüstrilerin organize suç gruplarının sızmasına karşı zafiyetini azaltmaktır. Yasal ekonomik sistemin şeffaflılığının artırılması, organize suç gruplarının yasal ekonomiye sızmasını azaltacaktır. Bir başka yöntem ise banka işlemlerinin düzenlenmesidir. Bkz. Sokullu-Akıncı, "Organized Crime...", s. 10 vd. Suçun ve suçluluğun önlenmesine ilişkin olarak durumsal suç önleme teorisi (situational crime prevention) yeni yollar sağlamaktadır. Durumsal suç önleme, bir suçlunun kişisel tasarrufları yerine durumları değiştirerek suçluluğun etkin bir şekilde azaltılabileceği fikrine dayanmaktadır. Organize suçlulukla mücadelede durumsal yöntemlerin incelendiği bilimsel çalışmalar için bkz. Henk van de Bunt / Cathelijne van der Schoot, Prevention of Organised Crime: A situational approach, The Hague: WODC, 2003; Karen Bullock / R. V. G. Clarke / Nick Tilley (Editörler), Situational Prevention of Organised Crimes, Routledge, 2012; Klaus von Lampe, "The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to 'Organized Crime'", Criminology & Criminal Justice, Vol: 11, No: 2, 2011, s. 145-163. Edward R. Kleemans / Melvin R. J. Soudijn / Anton W. Weenink, "Organized crime, situational crime prevention and routine activity theory", in: Trends in Organized Crime, 2012, Vol: 15, No: 2-3, s. 87-92.

kontrol edici<sup>16</sup> yöntemler uygulanmakta olup bu hususta genel olarak bir suçun oluşmasını engellemenin, suçun oluşmasından sonra mücadele etmekten daha iyi olduğu gözden uzak tutulmalıdır.<sup>17</sup>

Elde edilecek gelirin oldukça yüksek olması ve yasadışı mal ve hizmetler bakımından önemli bir merkez olması nedeniyle Avrupa organize suç örgütlerinin başlıca faaliyet alanlarından birini teşkil etmektedir. Avrupa Birliği (AB) bünyesinde oluşturulan Schengen Alanı özgürlük ve serbest dolaşım imkânı sağlamakla birlikte, özellikle organize suç örgütleri tarafından kendi çıkarları doğrultusunda kullanılmaktadır. İnsan ticareti, yolsuzluk<sup>18</sup>, silah ve tütün kaçakçılığı gibi suçlardan elde edilen gelir kaynaklarına sahip olan organize suç örgütleri, suçtan elde ettikleri değerleri aklamak için ise yasal ekonomik faaliyetlerde bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bugün AB’de organize suçlardan elde

<sup>16</sup> Organize suçlulukla mücadelede en etkin yöntemlerden biri, yürürlükte olan ceza kanunlarında değişiklik yaparak organize suçluluğa karşı mevzuatı güçlendirmektir. Örneğin, uyuşturucu ticareti, parada sahtecilik, hırsızlık, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, şantaj, suç gelirlerinin aklanması, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmiştir. Yasa dışı ateşli silah bulundurma ile ilgili özel bir kanun (6136 sayılı Kanun) bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nda rüşvet ceza gerektiren bir suçtur ve rüşvet ve yolsuzluğa karşı detaylı hükümler yer almaktadır. Ayrıca, bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması veya resmi görevleri haricinde hareketlerde bulunması da kanunda suç olarak yer almaktadır. Bkz. Sokullu-Akıncı, “Organized Crime...”, s. 12. Organize suçluluğa karşı yasaların uygulaması organize suçluluğu azaltma stratejilerinin bir parçası olarak planlanmıştır. Bu konuda odak noktası genellikle tutuklama ve suçluların mahkumiyeti ile yasadışı ve yasal vergisi ödenmemiş malların ve kişilerin yasaklanması şeklindedir. Levi / Maguire, s. 451.

<sup>17</sup> Sokullu-Akıncı, “Organized Crime...”, s. 9; Demirbaş, s. 375. Organize suçluluğu önlemede etkin ve sürdürülebilir bir program için atılması gereken adımlar hakkında bkz. David C. Hicks, “Thinking about Organized Crime Prevention”, Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol: 14, No: 4, November 1998, s. 325-350.

<sup>18</sup> Organize suçluluğun faaliyetlerini durdurucu veya eylemlerden caydırıcı etki yapabilecek yaptırımların yolsuzluğa da engel olabileceği düşüncesi için bkz. Sulhi Dönmezer, “Organize Suçlulukla Mücadele” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, C:1, 2002, s. 8.

<sup>19</sup> Söz konusu suçların failleri, yasa dışı faaliyetlerini, toplum dışında kalarak değil, aksine yasal bir görüntünün korunmasında hatta bazen toplumun bir kısım tabakalarının desteğiyle sürdürmektedirler. Dinçkol, s. 102. Yine özelleştirme faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülkelerde organize suçluluğun kendine çok geniş ve kazançlı bir alan bulduğu görülmektedir. Dinçkol, s. 102. Birçok Avrupa ülkesinde organize suç failleri, yasa dışı faaliyetlerine olanak sağlamak amacıyla ulaşım, finans, gayrimenkul, otel ve gece hayatı gibi çeşitli meşru sektörlerde yatırım yapmaktadır. Bkz. Nacer Lalam, “How Organised Is Organised Crime in France?”, in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 357-385; Alejandra Gómez-Céspedes / Per Stangeland, “Spain: The Flourishing Illegal Drug Haven in Europe.” in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 387-412; E. Kleemans, “Crossing Borders: Organised Crime in the Netherlands”, in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 303-331.

edilen ekonomik değerlerin ve AB bünyesinde organize suçlulukla mücadele maliyetinin oldukça yüksek olduğu tahmin edilmektedir.<sup>20</sup>

İş sınırların kalkmasıyla birlikte Avrupa için tehdit oluşturan organize suç örgütleri ile mücadele son derece önem kazanmakta ve bu anlamda adli ve polisiye iş birliği<sup>21</sup> zorunlu hale gelmektedir. AB kurumları ve üye devletler de organize suçluluk ile mücadelede başarılı olabilmenin yolunun kurulacak iş birliği olduğunu anlamışlar ve bunun bir sonucu olarak da organize suçlulukla mücadelenin bütünleştirilmesi ve bu alanda sıkı ve sürekli bir iş birliğinin tesis edilmesi düşüncesinin hayata geçirilmesi konusunda çalışmalar başlatmışlardır. Avrupa'daki polisiye iş birliği çalışmaları aynı zamanda geleceğin Avrupa Devleti'nin bir unsuru olarak görülmektedir.<sup>22</sup>

Bu çalışmada organize suçluluğa karşı uluslararası mücadele yöntemleri kapsamında AB bünyesinde organize suçlulukla mücadelede atılacak adımlar, mücadele yöntemleri, bu kapsamda yapılan düzenlemeler, alınan karar ve önlemler ele alınacaktır. Bu çerçevede öncelikle cezai konularda adli ve polisiye iş birliği kapsamında hükümetlerarası ceza hukukunun alanı belirlenmeye çalışılmış, daha sonra AB bünyesinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanının yaratılması ve geliştirilmesi bakımından büyük bir öneme sahip olan organize suçlulukla mücadelede alınan önlem, karar ve raporlara değinilmiştir.

## I. Cezai Konularda Polisiye ve Adli İş Birliği

### A. Genel olarak

Küreselleşmenin etkisiyle ortaya atılan Avrupa Birliği düşüncesinin gerçekleşebilmesi için Avrupa sınırları içinde insanların, sermayenin, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması, bunun için de ulusal sınırların ortadan kaldırılması öngörülmüştür. Böylece AB sınırları içinde

<sup>20</sup> Organize suçluluk kapsamında elde edilen ekonomik değerlerin şu şekilde olduğu tahmin edilmektedir: İnsan Ticareti- €30 milyar; AB'ye karşı dolandırıcılık (sigara kaçakçılığı) - €11.3 milyar; AB'ye karşı dolandırıcılık (KDV-Topluluk içi ticari kayıp) - €20 milyar; AB'ye karşı dolandırıcılık (tarımsal ve yapısal fonlar) - €3 milyar; AB bireylerine karşı dolandırıcılık - €97 milyar. AB bünyesinde mücadele maliyetinin ulusal örgütlerin bütçeleri hariç olmak üzere 210 milyon EURO'yu bulduğu; bununla birlikte, örneğin, Birleşik Krallık'ta Ciddi ve Organize Suç Ajansı'nın 2013/2014 bütçesinin 498 milyon Euro'yu bulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Michael Levi / Martin Innes / Peter Reuter / Rajeev V. Gundur, *The Economic, Financial & Social Impacts of Organised Crime in the EU*, Special Committee On Organised Crime, Corruption And Money Laundering, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, Brussels, 2013, s. 10 vd. Ayrıca organize suç örgütlerinin ekonomik hayattaki etkinliğinin, devletin ve sağlıklı bir ekonomik yapının oluşturulması için çaba gösteren IMF gibi uluslararası mali kuruluşların gücünü azalttığı görüşü için bkz. Guymon, s. 65-66.

<sup>21</sup> Bkz. Matti Joutsen, *The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance*, HEUNI Paper No: 25, Helsinki, 2006.

<sup>22</sup> Hartmut Aden, "Convergence of Policing Policies and Transnational Policing in Europe", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(2), Netherlands, Kluwer Law International, 2001, s. 99.



Avrupalıların gerek iş gerekse kişisel nedenlerle daha özgür ve serbest olarak dolaşabilmesi amaçlanmıştır. İlk olarak Birlik üyesi ülkelerden Almanya, Fransa, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda arasında 1985 yılında imzalanan Schengen Antlaşması ile bu devletler arasındaki sınır kontrolleri kaldırılarak kişilerin serbest dolaşımı mümkün kılınmış (Schengen Alanı), bunun yanında çeşitli suçlara karşı polis ve adli iş birliği sağlanması da zorunlu hale gelmiştir. İlerleyen yıllarda İtalya, Portekiz, İspanya, Yunanistan ve Avusturya gibi Birlik üyesi diğer devletler de anlaşmaya katılmışlardır.<sup>23</sup> 1990 yılında imzalanan ve 1995 yılında yürürlüğe giren Schengen Uygulama Sözleşmesi ile polis iş birliği alanında önemli gelişmeler sağlanmış; özellikle sıcak takip ve yabancı ülkelerin gözlemlenebilmesini içerecek şekilde sınır bölgelerinde polise iş birliğini sağlayan yasal bir çerçeve ortaya koyulmuştur.<sup>24</sup> Bu kapsamda özgürlük ve güvenlik alanı yaratmak amacıyla oluşturulan dolaşım özgürlüğü ile birlikte birtakım önlemler getirilmiş; böylelikle iç güvenliği korumak ve özellikle organize suçlulukla mücadele etmek amacıyla polis ve adli makamlar arasında iş birliği ve koordinasyon geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu düşünce ile kişilere ve mallara ilişkin bilgilerin Schengen üyesi ülkeler arasında paylaşılmasına imkân sağlayan ve gelişmiş bir veritabanı olan Schengen Bilgi Sistemi kurulmuştur.<sup>25</sup> Ulusal veri tabanlarına girilen herhangi bir bilginin diğer üye devletlerin ulusal veri tabanına kısa bir sürede kopyalanabilmesine imkân sağlayan Schengen Bilgi Sistemi, sınır kontrollerinin kaldırılmasının olumsuz sonuçlarının giderilmesi, dış sınırlarda kontrollerin kolaylaştırılması ve aranan kişilerin yakalanması için polis iş birliğinin artırılması amacıyla getirilmiş olup; böylece üye devletlerdeki polis teşkilatlarına; aranan kişilere, istenmeyen yabancılara, sığınmacılara vb. ilişkin bilgilere anında ulaşma imkânı sağlamıştır.<sup>26</sup> Bununla birlikte; üye devletler, Sözleşme'nin uygulamaya konulmasının ardından getirilen önlemleri tamamlayabilmek amacıyla çok sayıda ikili anlaşmaya da imza atmışlardır.<sup>27</sup>

Schengen Antlaşması ve Uygulama Sözleşmesi ile oluşturulan Schengen Alanı serbest seyahat bölgesi teşkil etmesi bakımından Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarına önemli kolaylık getirmekle birlikte, suçlular ve suç örgütleri tarafından kendi çıkarları doğrultusunda kullanılmaya başlanmıştır.<sup>28</sup> Dolayısıyla

---

<sup>23</sup> Guymon, s. 76.

<sup>24</sup> Aden, s. 103.

<sup>25</sup> Schengen Alanı ve iş birliğine ilişkin olarak bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:I33020> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>26</sup> John Benyon, "Policing the European Union: The Changing Basis of Cooperation on Law Enforcement", *International Affairs*, Vol.: 70, No: 3, 1994, s. 506.

<sup>27</sup> Örneğin, 1990'ların sonunda Almanya ve Fransa arasında Polis ve Gümrükler İş Birliği Merkezi'nin kurulmasını sağlayan bir anlaşma imzalanmıştır. Aden, s. 103. Yine üye devletler iş birliğinin meşruiyetinin sağlanması amacıyla da çok sayıda iki taraflı ve çok taraflı anlaşma yapmışlardır. Aden, s. 106-107.

<sup>28</sup> Sabrina Adamoli / Andrea Di Nicola / Ernesto U. Savona / Paola Zoffi, *Organised Crime*

AB bünyesinde oluşturulan iç pazarda sadece mallar, hizmetler, sermaye ve işçiler değil, aynı zamanda suç ve karapara da serbestçe dolaşmakta olup iç sınırların kalkmasıyla birlikte uyuşturucu kaçakçılığı, hırsızlık, soygun, oto hırsızlığı ve dolandırıcılık gibi suçlarda önemli artışlar yaşanmıştır.<sup>29</sup> Özellikle Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrası ortaya çıkan otorite boşluğunda bu ülkelerdeki mafya tipi yapılanmaların Avrupa için bir tehdit oluşturması, ulusal polis makamlarının sınıraşan suçlarda etkin olamaması gibi sebepler bölgesel anlamda polisiye ve adli iş birliğini zorunlu hale getirmiştir. Bu kapsamda AB'ye üye devletler de adalet ve içişlerinde iş birliği yapmak adına çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Polisiye iş birliğinin üç aşamada düşünülmesi gerektiği; bunların, uluslararası düzeyde mevzuatların ve düzenlemelerin uyumlaştırılması, polis ve diğer kolluk birimleri arasında iş birliği ile bilgi değişimine gidilmesi ve suçların soruşturulması, kontrol edilebilmesi ve önlenmesi olduğu ifade edilmiştir.<sup>30</sup>

Bu çerçeveden bakıldığında, AB'de zaman içerisinde ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından "Ceza/Ceza Muhakemesinin Avrupalılaşması" yani bütünleşmiş bir "Avrupa Ceza Hukuku" söz konusu olamasa bile bir uyumlaştırma yapılması zorunluluğu doğmuştur.<sup>31</sup> Ceza konularında iş birliği, gerektiğinde ceza hukuku kurallarının birbirine yakınlaştırılması suretiyle suçluluk ile mücadele ve böylece vatandaşların güvenliğinin sağlanması hükümetlerarası ceza hukuku<sup>32</sup> adı da verilen polisiye ve adli iş birliğine dayalı alanın baskın özellikleridir.<sup>33</sup> İfade etmek gerekir ki, ceza konularında iş birliği, ortak hareket, özellikle mevzuatların yakınlaştırılmasına yönelik düzenleme ve girişimler, ekonomik bütünleşmeden oldukça sonra ve nispeten yeni bir

---

Around The World, Heuni Helsinki, 1998, s. 106; Suçun, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımından da yararlanarak giderek daha organize bir hal alması ve sınıraşan bir nitelik kazanmasına ilişkin bkz. Frank Gregory, "Policing Transition in Europe: The Role of Europol and the Problem of Organized Crime", Innovation: The European Journal of Social Science Research, Vol: 11, No: 3, 1998, s. 290.

<sup>29</sup> Organize suç örgütlerinin faaliyet alanlarına ilişkin bkz. Levi / Innes / Reuter / Gundur, s. 19 vd.

<sup>30</sup> Benyon, s. 502-503.

<sup>31</sup> Üye devletlerin ulusal egemenlik çekincesinin aşılması, ceza hukukunun toplumların gelenek ve değer yargılarıyla yakından ilişkili olması, ceza verme yetkisinin zorunlu koşulu olarak AB'nin devlet olmaması ve demokratik meşruluk sorununun aşılması bütünleşmiş bir Avrupa Ceza Hukuku'nun gerçekleşmesinin önündeki güçlükler olarak görülmektedir. Mustafa Ruhan Erdem, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 227 vd.

<sup>32</sup> Hükümetlerarası ceza hukuku, üçüncü sütunda düzenlenen ceza alanında polisiye ve adli iş birliğini ifade etmektedir. Ümit Kocasakal, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 60. Lizbon Antlaşması ile sütun yapısı ortadan kalksa da özgürlük, güvenlik ve adalet alanının hükümetlerarası karakteri sürmektedir.

<sup>33</sup> Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 61.

gelişme olarak ortaya çıkmıştır.<sup>34</sup> Ceza alanındaki bu gecikmenin sebebi ise ceza alanının geleneksel olarak devletlerin egemenliğinin sert çekirdeğini oluşturması olarak görülmektedir.<sup>35</sup> Bu noktada ifade etmek gerekir ki, AB'nin uluslararası suçlulukla mücadele konusunda gösterdiği çok taraflı yaklaşım, diğer ülkeler veya bölgelere örnek olabilecek nitelikte görülmektedir.<sup>36</sup>

AB'nin cezai konularda polisiye ve adli iş birliği kapsamındaki yetkilerinin gelişimini geniş anlamda dörde ayırarak inceleyebiliriz. Bunlar: Maastricht Antlaşması öncesi dönem, Maastricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması ve Lizbon Antlaşması.

## B. Gelişim Süreci

### 1) Maastricht Antlaşması Öncesi Dönem

Avrupa'da yaşanan terör olayları nedeniyle, terörizmle mücadele odaklı bir girişim olan TREVI Grubu (Terörizm, Radikalizm, Ekstremizm, Şiddet) oluşturulmuştur. AB'nin polisiye ve adli iş birliği çabaları da 1975 yılında kurulan TREVI Grubu'na dayanmaktadır.<sup>37</sup> Bu grup bünyesinde oluşturulan çalışma grupları ve Göç Geçici Çalışma Grubu, Cezai Konularda Adli Yardım Çalışma Grubu, Uluslararası Organize Suç Geçici Çalışma Grubu ve EUROPOL Geçici Çalışma Grubu gibi geçici gruplar farklı konular üzerinde faaliyetler yürütmüş ve böylece ülkeler arasında iş birliğinin geliştirilmesi hedeflenmiştir.<sup>38</sup> 1993 yılında Maastricht Antlaşması ile sütun sisteminin ortaya çıkmasıyla birlikte TREVI Grubu da ortadan kalkmıştır.

### 2) Maastricht Antlaşması

Yapısal anlamda pek çok değişiklik içeren ve 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanarak 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması<sup>39</sup> (Avrupa Birliği Antlaşması) ile Avrupa Toplulukları, Avrupa Birliği adını almış ve

---

<sup>34</sup> AB'nin doğrudan uygulanabilir ulusüstü nitelikte ceza normu koyma konusunda yetkisizliği esastır. Bu kuralın öğretide dayandırıldığı gerekçeler için bkz. Erdem, 87 vd. 1990'lı yılların başından itibaren ise Topluluk hukuku, üye devletlerin ulusal ceza ve ceza muhakemesi hukuku üzerinde çok yönlü etkiye sahip olmuştur. Bu çerçevede, ulusal ceza hukuku normlarının Birliğe ait yararları içerecek biçimde uygulama alanının genişlemesine yönelik eğilim ortaya çıkmış, üye devletleri ceza normu koyma yükümlülüğü altına koyan Birlik işlemleri önem kazanmış, ulusal ceza hukukunun Topluluk hukukuna aykırı normlarının uygulanamaması ve ulusal ceza normlarının yorumunda Topluluk hukukunun göz önünde bulundurulması esası benimsenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, s. 103 vd.

<sup>35</sup> Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 61.

<sup>36</sup> Guymon, s. 81.

<sup>37</sup> Benyon, s. 499; Evik, s. 83; Erdem, s. 375 vd.

<sup>38</sup> Benyon, s. 507 vd.

<sup>39</sup> Maastricht Antlaşması'nın tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1477605867923&uri=CELEX:11992M/TXT> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

üçlü bir sütun yapısı oluşturulmuştur. Söz konusu sütun yapısında, birinci sütun, üç adet Topluluğa tekabül etmektedir. Bunlar sırasıyla; Avrupa Topluluğu; Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'dur. İkinci sütun "Ortak Dışışleri ve Güvenlik Politikası"na tahsis edilmiştir. Üçüncü sütun ise "Polis ve Ceza İşlerinde Adli İş Birliği" başlığı altındaki konulara ayrılmış iş birliği alanıdır. Ayrıca Avrupa Birliği bünyesinde organize suçlulukla mücadele konusundaki düzenlemeler de üçüncü sütun kapsamındadır. Bu üçlü sütun yapısı ile adeta AB'nin yetkileri farklı sınıflandırılmalara tabi tutulmuştur.

Üçüncü sütunda adalet ve içişleri ile birlikte sivil, ceza, gümrük ile ilgili ve polisiye iş birliğini kapsayacak alanlarda hükümetlerarası özel bir karar alma süreci yaratılmış olup, kararlar oybirliği ile alınmaya devam edilmiş; üye devletler bu alanlarda kendi egemenliklerini AB'ye tamamen teslim etmemiştir. Böylece resmi olmayan iş birliği kurumsallaşmış bir sisteme dönüşmüştür.<sup>40</sup> Genel olarak AB uluslarüstü bir yapı iken üçüncü sütunun kapsamına giren konularda yapılan düzenlemeler uluslararası nitelik taşımaktadır.

Organize suçluluğun yükselişe geçmesi tüm ülkelerin ortak sorunu olarak görülmüş ve AB'nin de konu hakkındaki endişelerini Maastricht Anlaşması ile somut biçimde ortaya koyduğu ifade edilmiştir.<sup>41</sup> Maastricht Antlaşması ile özellikle iltica ve göç politikası, uluslararası sahtecilik, terörizm<sup>42</sup>, uyuşturucu madde ticareti ve uluslararası organize suçluluğun diğer şekilleri ile mücadele kapsamında bağlayıcı düzenlemeler getirilerek sıkı iş birliği hedeflenmiştir. İş birliği kapsamında ise suçluların iadesi, arama, el koyma, müsadere kararlarının üye devletlerde yerine getirilmesi, şüpheli mali işlemler ile ilgili gerektiğinde bilgi alışverişinin sağlanması gibi durumlar öngörülmüştür.<sup>43</sup> Ancak üçüncü sütun kapsamındaki konular devletlerin egemenliği ile yakından ilgili olduğundan bu durum adalet ve içişleri alanında gerekli düzenlemelerin yapılabilmesini güçleştirmiştir.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Adamoli / Di Nicola / Savona / Zoffi, s. 107.

<sup>41</sup> Gregory, s. 289.

<sup>42</sup> 1995 yılında Madrid Zirvesi Sonuç Bildirgesi'nde yayınlanan La Gomera Deklarasyonu ile terörizmin uluslararasılaştığı, terörizmin iş birliği geliştirilmesi gereken ayrı bir alan ve organize suçluluk ve kara para aklama gibi suçlarla bağlantılı olduğ kabul edilmiştir. Bkz. Mehmet Özcan / Serkan Yardımcı, "Avrupa Birliği ve Küresel Terörizmle Mücadele", TERÖRİZM, Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler, Derleyen: İhsan Bal, USAK Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2006, s. 206 vd.

<sup>43</sup> Evik, s. 70.

<sup>44</sup> Maastricht Anlaşması'nın K maddesi, suçla mücadele ve polisiye iş birliği uygulamalarına ilişkin olmakla birlikte, suçla ilgili düzenlemelerin ulusal mevzuatlara bırakılması neticesinde üye devletlerin getirilen düzenlemeleri uygulamaya koymakta isteksiz davrandığı, sözleşmelere ülkelerin çekince koymasının ve sözleşmelerin yoruma açık olmasının AB bünyesinde sağlanacak uyumu tehlikeye attığı ifade edilmiştir. Guymon, s. 75-76.

### 3) Amsterdam Antlaşması

1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması<sup>45</sup>, Maastricht Antlaşması ile öngörülen adli ve polise iş birliğinde iyileştirmeler yaparak ceza alanındaki iş birliğine yeni amaçlar getirmiş, bu alandaki kurumsal yapıyı ve araçları belirginleştirmiştir.<sup>46</sup> Antlaşma ile “Güvenlik ve Adalet Alanında İş Birliği” adı verilen üçüncü sütun kapsamında AB’nin hedefleri genişletilmiş, organize suçluluk ve terörizm ile mücadele edilmesi ve üye devletler arasında cezai konularda adli ve polis iş birliğinin de ötesinde özgürlük, güvenlik ve adalet ortak alanı oluşturulması hedeflenmiştir.

Amsterdam Antlaşması’nda, Maastricht Antlaşması ile oluşturulan ve adalet ve içişlerine ilişkin hususların yer aldığı üçüncü sütun önemli ölçüde değiştirilmiştir. Göç, sığınma, vize ve sınır denetimlerine ilişkin hükümler üçüncü sütundan çıkarılarak birinci sütuna dahil edilmiş ve böylelikle bu konular hükümetlerarası sütundan Topluluklar sütununa aktararak karar alma süreçleri kolaylaştırılmıştır. Bununla birlikte, polise ve adli iş birliği konuları ise topluluk hukukunun yetki alanına aktarılmayarak hükümetlerarası karar alma sürecinin uygulandığı üçüncü sütunda bırakılmıştır. Böylece üçüncü sütun, münhasıran ceza hukuku ile ilgili hükümleri içeren bir bölüm haline gelmiştir.<sup>47</sup> Ayrıca Europol’ün yetkileri genişletilmiş ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanının oluşturulmasında üye devletler arasında sağlanacak adli ve polis iş birliğinin önemine vurgu yapılarak bu konuda çeşitli hükümler getirilmiştir. Bu kapsamda organize suçlulukla mücadele konusunda gerekli düzenlemelerin yapılması ve iş birliğinin güçlendirilmesi istenmiş; ancak, üye devletler, polise ve adli iş birliğinde, karar alma sürecinde oybirliğinden vazgeçmeyerek bu alanlarda sıkı denetimlerini bırakmak istememişlerdir. Bununla birlikte, Amsterdam Antlaşması ceza alanında, üçüncü sütunda önemli değişiklikler yapmış olup bu açıdan Birlik düzeyinde ortak bir ceza hukuku yaratılmasında önemli bir aşama olarak görülmüştür.<sup>48</sup>

Burada kısaca 2001 yılında yürürlüğe giren Nice Antlaşması’ndan<sup>49</sup> da bahsetmek gerekir. Söz konusu antlaşma var olan antlaşmalarda birtakım

---

<sup>45</sup> Amsterdam Antlaşması’nın tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400703113704&uri=CELEX:11997D/TXT> (Erişim Tarihi: 28.10.2016). Amsterdam Antlaşması’na ilişkin bir değerlendirme için bkz. Andrew Moravcsik / Kalypso Nicolaidis, “Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence”, *Institutions, Journal of Common Market Studies*, 1999, Vol: 37, No: 1, s. 59-85. Jean-Claude Piris / Giorgio Maganza, “The Amsterdam Treaty: Overview and Institutional Aspects”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 22, Issue: 6, Article 3, 1998, s. 32-47.

<sup>46</sup> Kocasakal, *Avrupa Birliği...*, s. 63.

<sup>47</sup> Kocasakal, *Avrupa Birliği...*, s. 65.

<sup>48</sup> Kocasakal, *Avrupa Birliği ...*, s. 66.

<sup>49</sup> Nice Antlaşması’nın tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400745794092&uri=CELEX:12001C/TXT> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

değişiklikler yapmış, ancak ceza konularında önemli değişiklikler getirmemiştir. Bu Antlaşma bakımından iş birliği konusunda önemli görülebilecek hususlar ise Europol ile birlikte Avrupa Adli Birimi Eurojust'ı da özgürlük, güvenlik ve adalet alanını gerçekleştirmenin yollarını ve polisiye ve ceza alanında adli iş birliğini düzenleyen Antlaşma hükümlerine dâhil etmesi ve aynı zamanda güçlendirilmiş iş birliği ile ilgili hükümlerde yeni bir düzenleme getirmesidir.<sup>50</sup>

#### 4. Lizbon Antlaşması

Maastricht Antlaşması ile ortaya çıkmış olan AB'nin üç sütunlu yapısı 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması<sup>51</sup> ile sona ermiştir. AB'de köklü değişiklikler getiren Lizbon Antlaşması ile AB tüzel kişilik kazanmış, üçlü sütun yapısı ortadan kalkmış, kurumların yapısı ve yetkilerine ve Birliğin karar alma sürecine yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır. Her ne kadar Lizbon Antlaşması ile Birliğin üç sütunlu yapısı ortadan kalkmış görünse de, dış politika alanının hükümetlerarası karakterinin sürdürüldüğü ifade edilmektedir.<sup>52</sup>

Lizbon Antlaşması'na göre Birlik üç çeşit yetki kullanmakta olup bunlar münhasır, paylaşılan ve destekleyici yetki şeklinde sınıflandırılmaktadır.<sup>53</sup> Antlaşma'nın Birliğin yetki alanlarının düzenlendiği bölümünde yer alan m. 2 C/j'ye göre; AB'nin cezai yetkisinin dahil olduğu özgürlük, güvenlik ve adalet alanı paylaşılan yetki alanı içerisindedir. Dolayısıyla cezai konularda AB'nin münhasır yetkisi bulunmamakta olup bu konuların paylaşılan yetki kapsamında olması ise yetkilerin eşit paylaşıldığı anlamına gelmemektedir. Zira paylaşılan yetki kapsamındaki konularda AB ve üye devletler yasa yapabilmekte ve yasal olarak bağlayıcı düzenlemeleri kabul edebilmektedir. Üye devletler AB'nin yetkisini kullanmadığı yerlerde ise kendi yetkisini kullanabilir ya da bu yetkisini kullanmamaya karar verebilir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Lizbon Antlaşması'ndan sonra özgürlük, güvenlik ve adalete ilişkin konularda Konsey'in karar alma nisabı antlaşmalarda aksi öngörülmediği sürece nitelikli çoğunluk olarak belirlenmiştir.<sup>54</sup> Antlaşmanın 61D maddesi uyarınca, iç güvenliğe ilişkin

<sup>50</sup> Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 70.

<sup>51</sup> Metnin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400703806511&uri=CELEX:12007L/TXT> (Erişim Tarihi:28.10.2016). Lizbon Antlaşması hakkında bilgilendirici bir kılavuz için bkz. Andrew Duff, "True Guide to the Treaty of Lisbon" <http://www.alde.eu/fileadmin/files/Download/True-Guide-NEW.pdf> (Erişim Tarihi:28.10.2016).

<sup>52</sup> Bahadır Yakut, "Lizbon Sonrası Avrupa Birliği'nin Cezai Meselelerde Yetkisinin Kapsamı", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.9, No: 2, Y: 2010, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, s. 173.

<sup>53</sup> AB bünyesinde yetki ayrılığı konusunda bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3Aai0020> (Erişim Tarihi:28.10.2016).

<sup>54</sup> Lizbon Antlaşması'nda yapılan ve 1 Kasım 2014'den itibaren geçerli olan nitelikli çoğunluk tanımını için bkz. Antlaşma'nın 9 C maddesi

operasyonel iş birliğinin sağlanması ve güçlendirilmesi amacıyla Konsey bünyesinde daimi bir komite kurulması öngörülmüş ve böylelikle organize suçlarla mücadele bakımından son derece önemli olan cezai konularda adli ve polis iş birliğinin geliştirilmesi yolunda önemli adımlar atılmıştır.

Antlaşma'nın 69A-69E maddeleri arasında adli iş birliğine ve 69F-69H maddeleri arasında polis iş birliğine ilişkin önemli düzenlemeler yer almaktadır. Antlaşma'nın 69A maddesinde cezai işlerde adli iş birliğinin sağlanması amacıyla üye devletler arasında mahkeme kararlarının karşılıklı tanınmasını kolaylaştırmak için minimum standartları belirleyen direktiflerin<sup>55</sup> kabul edilebileceği ve adli iş birliğinin ceza hukuku mevzuatlarının uyumlaştırılmasını da içerdiği hüküm altına alınmıştır. Antlaşma'nın 69B maddesi uyarınca da direktif kabul edilmesi yoluyla sınır ötesi boyuta sahip terörizm, insan ticareti ve kadınların ve çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu ticareti, suç gelirlerinin aklanması, yolsuzluk, para sahtecilik, siber suçlar ile organize suçluluğa ve bu suçlara uygulanacak cezalara ilişkin minimum standartların belirlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca Eurojust'ın yetkileri genişletilmiş, polis iş birliği kapsamında Europol'ün desteklenmesi ve güçlendirilmesi amaçlanmıştır.

Açıklanan hususlar ışığında özgürlük, güvenlik ve adalet alanı sağlama konusunda başlıca yükümlülük üye ülkelere ait olmakla birlikte, Lizbon Antlaşması sonrası dönemde AB'nin organize suçlulukla mücadele konusunda düzenleme yapma yetkisinin genişlediği sonucuna varmak mümkündür. Sonuç olarak, Lizbon Antlaşması'nın, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratmayı hedefleyen AB için polise ve adli iş birliği gerektiren terörizm ve organize suçlulukla mücadele açısından önemli bir yere sahip olduğunu ifade etmek gerekir.

### **C. Polisiye İş Birliği Kapsamında Oluşturulan Bir Kurum: Europol**

Maastricht Antlaşması'nda üye devletler arasında polis iş birliğinin sağlanması amacıyla Europol'ün (Avrupa Polis Teşkilatı) kurulmasına yer verilmiştir. Europol 3 Ocak 1994'de Avrupa Uyuşturucu Ofisi (Europol Drugs Unit-EDU) olarak sınırlı operasyonlara başlamıştır.<sup>56</sup> 1995 yılında Europol'ün kurulmasına ilişkin Sözleşme imzalanmış, ancak aktif anlamda çalışmalara

---

<sup>55</sup> Direktifler, sonuçları ve yöneldiği ülkeler bakımından bağlayıcıdır. Ancak bu sonuca ulaşmak için uygulanacak şekil ve yöntemler konusunda üye ülkelere serbesti tanınmaktadır. Direktifler tarafından belirlenen süre içerisinde, direktiflerin öngördüğü kuralların iç hukukta uygulanabilmesi için yetkili ulusal makamlarca önlemlerin alınması devletler için bir yükümlülüktür. Bkz. Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 35; İlke Göçmen, Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 38.

<sup>56</sup> Gregory, s. 288.



başlayabilmesi için, üye ülkelerin Sözleşmeyi kabul edip uygulamaya koymaları gerektiğinden Sözleşme, 1998 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>57</sup> Bir dizi yasal işlemin yerine getirilmesinin ardından Europol, 1 Temmuz 1999 tarihinde tam olarak faaliyetlerine başlamıştır.<sup>58</sup>

Europol kurucu Antlaşması, 01.01.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6 Nisan 2009 tarihli ve 2009/371/JHA sayılı Europol'ün Kuruluşuna Dair AB Konsey Kararı<sup>59</sup> ile yürürlükten kalkmıştır. Bu karar ile terörizm, organize suçluluk ve diğer ağır suçlarla mücadele ve bu suçların önlenmesinde üye ülkeler arasında iş birliğini desteklemek ve güçlendirmek için Europol yeniden kurulmuştur. Böylece merkezi Hollanda, Lahey'de bulunan Europol, AB kuruluşu niteliği kazanmış ve bütçesi AB'nin genel bütçesinden karşılanmaya başlamıştır. İki veya daha fazla üye ülkenin organize suçluluk, terörizm ve diğer ağır suçlarla mücadelede ortak bir yaklaşıma ihtiyaç duyduğu durumlarda Europol'ün yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede her üye ülkenin, Europol ve kendi ülkesindeki kurumlar arasında aracılık görevi görecektir ulusal bir birim oluşturması kararlaştırılmıştır.

Europol'ün görev alanına en az iki üye ülkeyi ilgilendiren, büyüklük, önem ve sonuçları itibariyle üye devletlerin ortak yaklaşımına ihtiyaç duyan yasa dışı uyuşturucu ticareti, yasadışı göç örgütlerinin katıldığı suçlar, yasadışı motorlu taşıt ticareti, çocuk pornografisi, her türlü insan ticareti, para ve diğer ödeme araçları ile ilgili kalpazanlık, radyoaktif ve nükleer maddelerin yasa dışı ticareti, terörizm suçları ile bu suç türleri ile bağlantılı suç gelirlerinin aklanması faaliyetlerinin önlenmesi ve bunlarla mücadele edilmesi girmektedir.<sup>60</sup> Temel görevleri şunlardır: bilgi toplamak, depolamak, işlemek, bu bilgiyi analiz ve takas etmek; üye ülkeleri, kendilerini ilgilendiren suç bağlantıları konusunda uyarmak; üye ülkelere soruşturmalarda yardımcı olmak ve istihbarat ve analitik destek sağlamak; üye ülkelerden, spesifik davalar için soruşturma başlatmasını, yürütmesini ve koordine etmesini talep etmek ve ortak soruşturma takımları oluşturmayı önermek<sup>61</sup>; tehdit değerlendirmeleri ve diğer raporları oluşturmak.

<sup>57</sup> Guymon, s. 74.

<sup>58</sup> Enver Bozkurt / Mehmet Özcan / Arif Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 320; Europol'ün 2000 yılına kadar organizasyon ve servis anlamında aktif olarak gelişme gösterememesinin sebepleri için bkz. Gregory, s. 289.

<sup>59</sup> Metnin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009D0371> (Erişim Tarihi:28.10.2016).

<sup>60</sup> Europol Resmi İnternet Sitesi: <https://www.europol.europa.eu/content/page/about-us> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>61</sup> Europol'ün yetkisi bulunan durumlarda, çalışanları ortak soruşturma takımlarına katılabilir. Ancak, bu çalışanlar yalnızca destek olacak şekilde hareket etmeli ve zorlayıcı eylemlerde bulunmamalıdır. Çalışanlar, Europol tarafından işlenmiş verileri ortak soruşturma takımlarına doğrudan sağlayabilirler.



Europol, görevlerini yerine getirmek amacı ile kişisel bilgiler dahil olmak üzere bilgi ve istihbaratları işleyebilmektedir. Bu amaçla, bir Europol Bilgi Sistemi ve analiz çalışma dosyaları oluşturulmuştur. Sisteme girilen veriler, daha önce suç işlemiş veya suç işlemeyi planladığından şüphelenilen kişileri ilgilendiren bilgiler ile ilgili olabilmekte; bir kişi ile doğrudan bağlantılı (isim, vatandaşlık, sosyal güvenlik numarası vs.) ve işlenmiş suça ilişkin verilerden oluşabilmektedir. Ulusal birimler, aracı memurlar ve Europol çalışanları doğrudan sisteme bilgi koyabilmekte veya sistemden bilgi alabilmektedir.<sup>62</sup> Üye ülkelerin görevlendirilmiş otoriteleri sistemde yalnızca, talep ettikleri verinin sistemde olup olmadığını görmek için arama yapabilmektedirler. Cezai soruşturmalara yardımcı olması amacı ile verilerin toplanması, işlenmesi ve kullanımı için analiz çalışma dosyaları ancak Europol tarafından açılabilir. Suç işlemiş veya işleneceğinden şüphelenilen kişilerin verilerine ek olarak, söz konusu dosyalarda, tanıklar ve mağdurların olduğu kadar suçlunun ilişkide olduğu kişilerin de verileri yer alabilmektedir.

Europol'den edinilen tüm kişisel veriler, üye ülkelerin otoritelerince yalnızca suçla mücadele amacı ile kullanılabilir. Yine Europol kişisel verileri yalnızca faaliyetlerini gerçekleştirmek için kullanabilir. Bir üye ülke veya üçüncü bir ülke veya taraf, kendisinin ilettiği verilerin kullanım şekline dönük kısıtlamalar da getirebilir. Europol görevlerini yerine getirirken özellikle Eurojust, Avrupa Sahtecilikle Mücadele Ofisi (OLAF), Avrupa Polis Koleji (CEPOL), Avrupa Merkez Bankası (ECB) ve Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi (EMCDDA) gibi diğer AB veya Topluluk kurumları, kuruluşları, ofisleri veya ajansları ile ve Konsey tarafından belirlendiği şekilde Uluslararası Polis Teşkilatı (Interpol) gibi üçüncü ülkeler ve organizasyonları ile iş birliği kurabilir.

Son olarak Europol ile Türkiye ilişkisine de bir parantez açmak gerekir. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin doğal üyesi olduğu Europol teşkilatıyla Türkiye Cumhuriyeti arasında teknik ve stratejik düzeyde iş birliğine imkân sağlayan Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Polis Teşkilatı Arasında İş Birliğine İlişkin Anlaşma imzalanmıştır. Söz konusu Antlaşma, 15.07.2004 tarih ve 25523 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 28 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>63</sup> Bu kapsamda Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde Interpol-Europol Dairesi Başkanlığı faaliyet göstermektedir. Kimliği belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi ile ilgili herhangi bir bilgi anlamına gelen kişisel verilerin<sup>64</sup> değişimini içeren

---

<sup>62</sup> Üye devletlerden Europol'e aktarılan bilgilerin kalitesi ve güvenilirliği, Europol'ün başarısını doğrudan etkileyen bir faktör olarak değerlendirilmelidir. Gregory, s. 294.

<sup>63</sup> Antlaşmanın tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040715.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040715.htm> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>64</sup> 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı Hakkında Direktif m.2/a; AB üyesi ülkeler arasında bir bütünlük sağlamak

operasyonel düzeyde iş birliğinin başlayabilmesi için Europol Sözleşmesi'nde belirtilen kriterlere uygun kişisel verilerin korunması ile ilgili bir mevzuatın yürürlükte bulunması gerekmektedir. Türkiye, 1981 tarihli "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması ile İlgili Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ni imzalamasına rağmen, uzun süre onaylamamış ve bu çerçevede Europol Sözleşmesi'nin kişisel verilerin korunması ile ilgili maddelerine paralel olarak kabul edilmiş hukuki bir düzenleme bulunmaması sebebiyle Türkiye ile Europol arasındaki iş birliğinin operasyonel düzeye taşınması mümkün olamamıştır.<sup>65</sup> Bununla birlikte, Sözleşme, 30 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen 6669 sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile onaylanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>66</sup> 21 Mart 2016'da Europol ile Emniyet Genel Müdürlüğü arasında operasyonel iş birliği sürecine katkıda bulunma amacıyla iş birliğinin artırılmasına ve Europol merkezinde görev yapmak üzere irtibat görevlisi atanmasına ilişkin Antlaşma imzalanmıştır.<sup>67</sup> Nihayet 24 Mart 2016 tarihinde 6698 sayılı "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu"<sup>68</sup> TBMM tarafından kabul edilmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak, İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı tarafından operasyonel iş birliği anlaşması çalışmalarını başlatmak amacıyla Europol nezdinde gerekli girişimlerde bulunulmuştur.<sup>69</sup>

amacıyla kabul edilen AB Direktifi'nin tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Erişim Tarihi: 28.10.2016). Konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Murat Uygun, Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

<sup>65</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı genel gerekçesinde de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanuni bir düzenleme olmaması sebebiyle, polis birimleri arasında etkin bir iş birliğini hayata geçiren Europol ile ülkemiz güvenlik birimleri arasında operasyonel iş birliği anlaşması yapılamamakta ve elektronik bilgi değişimi gerçekleştirilememektedir. Benzer şekilde, sınıraşan suçlarla ilgili değişik ülkelerin yargı mercilerinin ortak operasyonlar yapabilmesi amacıyla oluşturulan Eurojust ile çok sayıda sınıraşan suçun işlendiği geçiş güzergahında bulunan ülkemiz arasında bu suçlarla mücadeleyle yönelik iş birliği yapılamamaktadır." Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>66</sup> R.G. No: 29628, R. G. Tarihi: 18.02.2016.

<sup>67</sup> Europol'un resmi internet sitesinde bu konuda yapılan açıklamada şu ifadelere yer verilmiştir: "Bu anlaşma ilişkilerimiz açısından önemli bir adım. Türkiye'nin görevlendireceği bir irtibat görevlisi 40 ülkeden gelen diğer irtibat görevlilerinin oluşturduğu geniş ağın bir parçası olmaktan ve Europol uzmanlığına erişimden yararlanacak. Antlaşma ve Türkiye'den bir görevlinin yakın gelecekte Europol bürosunda geçici atanması, organize suçluluk ve terörizme karşı savaşında her iki tarafın yararına olacaktır." [https://www.europol.europa.eu/latest\\_news/turkey-and-europol-sign-liaison-agreement](https://www.europol.europa.eu/latest_news/turkey-and-europol-sign-liaison-agreement) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>68</sup> R.G. No: 29677, R. G. Tarihi: 07.04.2016; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile ilgili genel bir değerlendirme için bkz. İbrahim Korkmaz, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, s. 81-152.

<sup>69</sup> <http://www.interpol.pol.tr/Sayfalar/turkeuropoliliski.aspx> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

#### D. Adli İş Birliği Kapsamında Oluşturulan Bir Kurum: Eurojust

AB bünyesinde iş birliği alanında bir diğer önemli gelişme Eurojust'ın kurulmasıdır. Eurojust<sup>70</sup>, ağır suçlarla mücadeleyi güçlendirmek amacıyla 2002/187/JHA sayılı ve 28 Şubat 2002 tarihli "Ağır Suçlarla Mücadelenin Güçlendirilmesi Amacıyla Eurojust'ın Kurulmasına Dair Konsey Kararı"<sup>71</sup> ile tüzel kişiliği haiz bir AB organı olarak oluşturulmuştur. Eurojust'ın iş birliği için olan potansiyelini geliştirmesi ve organize suçluluk ve terörizmle mücadelede kendisini daha etkin bir şekilde geliştirmesi amacı ile Konsey kararında bazı değişiklikler yapılmıştır.<sup>72</sup> Böylece Eurojust'ın operasyonel yetenekleri güçlendirilmiş, bilgilerin iletimi ile değişimi alanında iyileştirmeler yapılmış; Eurojust ile Avrupa Adli Yargı Ağ'ının bağlantı noktaları ile ulusal yetkililer arasındaki iş birliği ve kurumun üçüncü ülkelerle olan ilişkileri artırılmıştır.<sup>73</sup> Eurojust'ın temel amaçları; sınıraşan suçlar ve organize suçluluğun araştırılması ve soruşturulmasında iş birliğini geliştirmek, teşvik etmek, koordine etmek, üye devlet ve Konsey'e gerekli uzmanlık bilgisini temin etmektir. Eurojust'ın yetkili olduğu alanlar ise; bilişim suçları, Avrupa Topluluğu'nun mali çıkarlarına zarar veren sahtecilik, rüşvet vb. her türlü suç, suç gelirlerinin aklanması, çevreye karşı suçlar, suç örgütüne üye olmak ve Europol'ün Kuruluşuna Dair AB Konsey Kararı'na yapılan atıf uyarınca, kararda ve kararın ekinde belirtilen yasadışı uyuşturucu ticareti, insan ticareti, radyoaktif madde ticareti, motorlu taşıtlarla ilgili suçlar ile yolsuzluk, dolandırıcılık gibi Europol'ün diğer yetkili olduğu suçlardır. (2009/426/JHA sayılı ve 16 Aralık 2008 tarihli Konsey Kararı ile değişik m. 4) Eurojust üyeleri aracılığıyla ve kurul olarak hareket edebilme yeteneğine sahip olup, görevleri Konsey Kararı'nın 6. ve 7. maddelerinde düzenlenmektedir. Kararın 9. maddesi üyeler tarafından gerçekleştirilen Eurojust faaliyetlerini ve 2008 sayılı Konsey Kararı ile getirilen yeni 9a, 9b, 9c, 9d, 9e ve 9f hükümleri de üyeler bakımından uyumlaştırma fikrini ve üyelere asgari ortak gücün verilmesini düzenlemektedir.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Eurojust'ın kuruluşu ve gelişimine ilişkin değerlendirmeler içeren bir çalışma için bkz. Annika Suominen, "The Past, Present and the Future of Eurojust", Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol: 15, No: 2, 2008, s. 217-234.; Michèle Coninx / José Luis Lopes da Mota, "The International Role of Eurojust in Fighting Organized Crime and Terrorism", European Foreign Affairs Review, Vol: 14 No: 2, 2009, s. 165-169.

<sup>71</sup> Metnin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002D0187> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>72</sup> İlgili Konsey Kararı 2003 ve 2008 tarihlerinde iki kez değişikliğe uğramıştır. 2003/659/JHA sayılı ve 18 Haziran 2003 tarihli Konsey kararı bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003D0659> 2009/426/JHA sayılı ve 16 Aralık 2008 tarihli Konsey Kararı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009D0426> (Kararlara Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>73</sup> Agnieszka Serzysko, "Eurojust and the European Judicial Network on a new legal basis, ERA Forum", Journal of the Academy of European Law, Vol: 11, Issue 4, 2011, s. 586.

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Serzysko, s. 589 vd.

Burada Eurojust'ın Avrupa Adli Yargı Ağı (EJN)<sup>75</sup> ve Europol ile ilişkisine de değinmek gerekmektedir, zira bu kurumlar birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir.<sup>76</sup> Özellikle ağır suçluluğun belirli türleri için adli yardımlaşmayı geliştirmek ve hızlandırmak amacıyla Avrupa Adli Yargı Ağını kuran Ortak Eylem<sup>77</sup>, Schengen Sözleşmesi çerçevesinde cezaî iş birliğinin doğrudan doğruya ülke temsilcileri aracılığıyla geliştirilmesi fikrine dayanmaktadır. Söz konusu Ortak Eylem, Avrupa Adli Yargı Ağı'nın yetkilerini genişleterek Ağ ve Eurojust arasındaki iş birliğinin geliştirilmesini amaçlayan ve Ağ'ın yasal statüsünü güçlendiren 2008/976/JHA sayılı ve 16 Aralık 2008 tarihli Konsey Kararı<sup>78</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Avrupa Adli Yargı Ağı, üye ülkeler arasında, özellikle Avrupa'daki hukuk sistemleri üzerine olan internet sitesi üzerinden yargısal iş birliğine olanak sağlamaktadır. Ağ, adli yardım taleplerini karşılamak üzere her bir üye devletteki bir veya birden fazla bağlantı noktasından oluşmakta olup Avrupa Yargı Ağı bağlantı noktasını oluşturacak ulusal bir bildirimci ile birlikte bilgileri güncellemek ile görevli bildirimci atanması öngörülmekle, ayrıca irtibat yargıçları aracılığıyla da ülkeler arasındaki yargısal iş birliğinin gerçekleştirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Eurojust ve Europol arasındaki bağlantılar ise giderek daha da güçlenmiştir.<sup>79</sup> Güvenli iletişim ağı, kendisi ve Europol'ün çalışma dosyaları arasındaki bilgi paylaşımına olanak sağlamıştır. Daha etkin bir iş birliği için iletişim ofisleri arasındaki bağlantıların güçlendirilmesi ve ofisler arasındaki paylaşımların geliştirilmesi önem arz etmektedir.

<sup>75</sup> Avrupa Adli Yargı Ağı her üye devlette bulunmakla birlikte tüzel kişiliğe sahip değildir. Serzysko, s. 598 vd.

<sup>76</sup> AB kurumları ve ağır sınır ötesi suçlarla mücadelede Europol ve Eurojust ile Eurojust ve Avrupa Yargı Ağı gibi aktif kuruluşlar arasındaki iş birliğini analiz eden bir çalışma için bkz. Anne Weyembergh / Inés Armada / Chloé Brière, "Competition or cooperation? State of play and future perspectives on the relations between Europol, Eurojust and the European Judicial network", New Journal of European Criminal Law, Vol: 6, Issue 2, 2015, s. 258 – 299. "Uygulayıcılar için Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Yardımı" isimli çalışmada da Avrupa Adli Yargı Ağı ve Eurojust'ın rolü açıklanmıştır. Bkz. [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/eurojust-framework/ejrelationswithpartners/ejneurojust%20paper%20on%20judicial%20cooperation%20in%20criminal%20matters%20%28may%202014%29/ejn-ej-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters\\_2014-05\\_en.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/eurojust-framework/ejrelationswithpartners/ejneurojust%20paper%20on%20judicial%20cooperation%20in%20criminal%20matters%20%28may%202014%29/ejn-ej-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters_2014-05_en.pdf) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>77</sup> 98/428/JHA sayılı ve 29 Haziran 1998 tarihli metnin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31998F0428> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>78</sup> Metnin tamamı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008D0976> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>79</sup> Eurojust ve Europol arasında bilgi alışverişinin dayandığı temel ilkeler için bkz. Serzysko, s. 596-597.

## II. Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı: Organize Suçlulukla Mücadele

### A. Genel Olarak

Organize suçluluk, ulusal sınırların kalkmasından itibaren AB'nin iç güvenliği açısından önemli ortak bir tehlike ve tehdit teşkil etmektedir.<sup>80</sup> Bu çerçevede özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile amaçlanan husus vatandaşlara koruma sağlayarak Birliğin iç güvenliğini oluşturmaktır. Bu kapsamda Amsterdam Antlaşması ile üye devletler arasında cezai konularda adli ve polisiye iş birliğini sağlayarak özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturulması hedeflenmiş ve özellikle terörizm ile insan ticareti, yasadışı uyuşturucu ticareti, silah kaçakçılığı, yolsuzluk ve dolandırıcılık gibi suçlarla mücadele edilmesi ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanının oluşturulmasında üye devletler arasında sağlanacak adli ve polisiye iş birliğinin önemi üzerinde durulmuştur. 1999 yılında yayınlanan Amsterdam Antlaşması'nın Özgürlük, Güvenlik ve Adaletle İlişkin Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Eylem Planı<sup>81</sup> ile de AB bünyesinde organize suçluluğu önlemekten, bastırmaya ve soruşturmaya kadar her süreçte bütüncül bir yaklaşımın öngörülmesi ve üye devletlerce ortak politikaların belirlenmesi gibi organize suçlulukla mücadelede atılması gereken adımlar gösterilerek adli iş birliğinin ve dolayısıyla Europol'ün rolünün artırılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine aynı yıl gerçekleştirilen Tampere Zirvesi'nde de AB bünyesinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratılması amacıyla atılacak adımlar açıklanmıştır. Bu ve benzeri gelişmeler ile birlikte AB bünyesinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratma amacıyla çeşitli yasal düzenlemeler getirilmiştir.<sup>82</sup>

İfade etmek gerekir ki, AB bünyesindeki yasal düzenlemeler ulusal düzeyde ceza hukuku hükümlerinin uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Avrupa ülkelerindeki organize suçluluk modelleri ve kontrol politikalarına ilişkin çok yönlü bir çalışma için bkz. Cyrille Fijnaut /Letizia. Paoli (Editörler), *Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond*, 2004; Letizia Paoli / Cyrille Fijnaut, "Organised crime and its control policies", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol: 14(3), 2006, s. 307-327.

<sup>81</sup> Metnin tamamı için bkz. Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123(01)) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>82</sup> Avrupa Birliği bünyesindeki yasal düzenlemelerin yer aldığı bir çalışma için bkz. Gert Vermeulen (Editör), *Essential Texts on International and European Criminal Law*, 8th Edition, Maklu, 2015.

<sup>83</sup> Organize suçluluğa karşı üye ülkeler arasındaki uyumlaştırma düzeyinin tespiti kapsamında çeşitli ülkelerdeki yasal düzenlemeler için bkz. Calderoni, s. 117-121. Uyumlaştırma çalışmaları bakımından bir örnek olarak bkz. Asser Institute, *Prevention of fraud, corruption and bribery committed through legal entities for the purpose of financial and economic gain* (Project HOME/2010/ISEC/AG/081), Brussels: European Commission, 2012, s. 19 vd. Bu çalışma, özel hukuk tüzel kişileri tarafından işlenen yolsuzluk, rüşvet ve organize suçlulukla

Zira uyumlaştırılmış bir ceza hukukunun organize suçluluğa Birlik düzeyinde yanıt verilebilmesi için ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir.<sup>84</sup> Bu kapsamda AB düzeyindeki ceza hukukunun yakınlaştırılmasına yönelik girişimlerin alanı giderek genişlemiş; Birlik, organize suçlulukla mücadele kapsamında bağlayıcı nitelikte Konsey kararları, gruplandırılmamış işlemler arasında yer alan ve bağlayıcı olmayan eylem planları gibi pek çok önlem ve karar almıştır. Bununla birlikte, üye devletler arasında yasal olarak birtakım farklılıklar kaldığı, bazı durumlarda ise AB hükümlerinin henüz uygulamaya konulmadığı görülmektedir.<sup>85</sup> Organize suçlulukla mücadelede daha etkili olabilmek ve üye devletler arasında ikili veya çoklu anlaşmazlıklara ve uyuşmazlıklara düşülmemesini sağlamak adına devletlerin gerçekleştirecekleri bu düzenlemelerin ve alacakları önlemlerin gereklilik arz ettiğini ifade etmek gerekir.<sup>86</sup>

Burada AB kriterlerini yakalayabilmek için Türkiye tarafından gerçekleştirilen çalışmalara da bir parantez açmak gerekir. Bu çerçevede organize suçlulukla mücadele kapsamında getirilen düzenlemeler uyarınca Türkiye, AB uyum çalışmaları bağlamında mevzuatında birtakım değişiklikler yapmış ve Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gibi yasal düzenlemelerin kabulü ile birlikte birçok anlaşma da imzalamıştır. İş birliği ve organize suçlulukla mücadelenin de dahil olduğu özgürlük, güvenlik ve adalet alanında Türkiye'nin müktesebata uyum çalışmaları ve eksiklikleri 1998-2015 yıllarında Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye Düzenli İlerleme Raporları<sup>87</sup> ile Türkiye tarafından hazırlanan 2012<sup>88</sup> ve 2013<sup>89</sup> yıllarına ait ilerleme raporlarında değerlendirilmiştir.<sup>90</sup>

---

mücadele alanında üye devletler tarafından alınan yasal ve politik önlemlere ilişkin genel bir bakış sunmaktadır.

<sup>84</sup> Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 210.

<sup>85</sup> Asser Institute, s. 111; Calderoni, üye ülkelerin uyumlaştırma düzeyini incelerken genel bir organize suçluluk kavramının bulunmamasının eksiklik olduğunu ve ülkelerin yasal sistemleri arasında önemli tutarsızlıklar bulunduğunu tespit etmiştir. Calderoni, s. 120.

<sup>86</sup> Kavlak, s. 220.

<sup>87</sup> Raporların tamamı için bkz. <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>88</sup> Raporun tamamı için bkz. [http://www.ab.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_02\\_01\\_13\\_fotomat\\_version.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>89</sup> Raporun tamamı için bkz. [http://www.ab.gov.tr/files/2013TR%20IR/tthir\\_tr\\_14\\_01\\_2013.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/2013TR%20IR/tthir_tr_14_01_2013.pdf) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>90</sup> "2010-2015 yıllarını kapsayan Organize Suçlarla Mücadele Ulusal Strateji Belgesi ile 2010-2012 yıllarını kapsayan Organize Suçlarla Mücadele Eylem Planı Temmuz 2010 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. 2010-2012 yıllarını kapsayan Eylem Planında yer alan faaliyetlerin tamamlanmasını takiben 2013-2015 yıllarını kapsayan ikinci Eylem Planı hazırlık çalışmaları tamamlanmış ve 2013 yılı Eylül ayı itibariyle yürürlüğe girmiştir." Bkz. 2013 yılına ait Türkiye

## **B. Avrupa’da Organize Suçluluk**

### **1) AB Bünyesinde Organize Suçlulukla Mücadele Çalışmaları**

#### **a) 1997 tarihli Organize Suçlulukla Mücadele Eylem Planı**

1997 yılında Avrupa Konseyi tarafından Organize Suçlulukla Mücadele Eylem Planı<sup>91</sup> kabul edilmiştir. Söz konusu plan organize suçlulukla mücadele konusunda adli ve polisiye iş birliği, yolsuzlukla mücadele ve suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi gibi alanlarda genel ilkeleri ortaya koymaktadır.

Plan’da organize suç örgütlerinin asıl amaçlarının ekonomik çıkar sağlamak olduğu, yolsuzluk, sahtecilik, vergi kaçırma gibi kanuna aykırı fiiller sonucu elde ettikleri paraya ise kara para aklama yöntemiyle hukuka uygun bir görünüm kazandırdıkları belirtilmiştir. Bunun yanında, örgütlerin AB sınırları içinde mal, sermaye, hizmet ve kişilerin serbest dolaşımından yararlandıkları da belirtilmiştir. Plan’a göre organize suçlulukla mücadele edebilmek için örgütlerin zayıf ve tehlikeli yönlerinin üye ülkelerce saptanması gerekmekte olup bu durum “düşmanı tanımak” şeklinde ifade edilmiştir. Bu aşamada üye devletlerin birbirleriyle ve Europol ile bilgi alışverişinde bulunmalarının önemi de vurgulanmıştır.

Aynı zamanda üye ülkeler suç örgütüne üyelik ve üyelerin cezai takibatına ilişkin ortak eylem planı kabul etmeye davet edilmiş, üye ülkeler arasında suçluların geri verilmesini kolaylaştıran düzenlemeler yapılması ve uygulanması önerilmiştir. Organize suçlulukla mücadele konusunda hukuksal alanda iş birliğini sağlamak amacıyla birimler kurulması ve ulusal mercilerin yardımlaşması gerektiği belirtilmiştir.

Eylem Planı’nda organize suçluluk ve suç gelirlerinin aklanması arasındaki ilişkiye dikkat çekilmiş ve bu anlamda özel öneme sahip konular belirlenmiştir. Buna göre; suç ürünü değerlerin izlenmesi, müsadere edilmesi ve bunlara el konulması için özel usullerin ihdası; özel veya tüzel kişilerin fazla miktarda nakit ödeme ve nakit para bozdurma işlemlerinin, bu değerlerin başka malvarlığı değerlerine dönüştürülmesine hizmet etmesinin engellenmesi; kara paranın aklanması hakkındaki belirlemelerin kapsamının, her türlü ağır suçtan kaynaklanan değerleri içine alacak şekilde genişletilmesi ve şüpheli finansal aktarımların bildirilmemesinin caydırıcı cezalarla karşılanması gibi bu konuda atılması gereken adımlar gösterilmiştir.

---

Düzenli İlerleme Raporu, s. 159. “2016-2018 yıllarına ait Organize Suçlarla Mücadele Eylem Planı ise 2016 yılı Mart ayı itibarıyla yürürlüğe girmiştir.” <http://www.kihbi.gov.tr/organize-suçlarla-mucadele-eylem-planı-toplantısı-gerçekleştirildi> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>91</sup> Metnin tamamı için bkz. Action Plan to Combat Organized Crime <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997XG0815> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).



Üye devletlerin egemenlik alanında bulunan finans kuruluşlarının organize suç örgütleri tarafından istismarının önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve kamu idaresi tarafından yapılan ihalelerde ve iş dünyasında şeffaflığın sağlanmasının gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca Avrupa Sosyal Fonu programı ile özellikle büyükşehirlerde yer alan suça yönelebilecek zayıf kişilere önem verilmesi ve ileri teknolojinin suça alet edilmesinin önlenmesi için de önlemlerin alınmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Avrupa Konseyi 7421/97-C4-0199/97 sayılı Organize Suçluluğa Karşı Eylem Planı Hakkında Kararı'nda<sup>92</sup> ise organize suçluluğun özelliklerinin AB seviyesinde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Organize suçluluğun özellikleri ise "birden fazla suç işleyen kişinin katıldığı planlı, paylaştırılmış ve uzunca süreli faaliyet, önemli mali zararlar ile çıkar sağlama amacı ve elde edilen hukuka aykırı kazançların ekonominin meşru alanlarına aktarılmasının önceden tasarlanmış olması" şeklinde belirlenmiştir.<sup>93</sup> Karar çerçevesinde organize suçluluğun artmasına neden olan işsizlik, fakirlik gibi etkenlerle de mücadele edilmesi gerektiği ifade edilmiş; ayrıca gerekli ve haklı sebebin varlığı halinde ve kötüye kullanılmaması kaydıyla gizli görevli kullanılması, tanığın korunması gibi özel soruşturma tedbirlerine başvurulması yolu da öngörülmüştür.

#### **b) Organize Suçlulukla Mücadeleden Kaynaklanan Uluslararası Yükümlülüklerin Üye Devletler Tarafından Yerine Getirilmesi ve Uygulanmasının Değerlendirilmesine İlişkin Mekanizma Yaratılması Hakkında Ortak Eylem**

AB'nin organize suçlulukla mücadelede kullandığı gözlemeleme mekanizmalarından biri olan ve Konsey tarafından Avrupa Birliği Anlaşması'nın K.3 maddesi uyarınca benimsenen 5 Aralık 1997 tarihli ve 97/827/JHA sayılı Ortak Eylem<sup>94</sup>, organize suçlulukla mücadelede uluslararası yükümlülüklerin ulusal seviyede yerine getirilmesi ve uygulanmasının değerlendirilmesine ilişkin bir mekanizma ortaya koymuştur.<sup>95</sup> Diğer bir ifadeyle, söz konusu Ortak Eylem, organize suçlulukla mücadele önlemlerine ilişkin AB üye devletlerinin hukuki sistem performanslarının eş değerlendirmesine olanak

---

<sup>92</sup> Metnin tamamı için bkz. Resolution on The Action Plan to Combat Organized Crime, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997IP0333> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>93</sup> Bkz. Evik, s. 75.

<sup>94</sup> Metnin tamamı için bkz. 97/827/JHA: Joint Action of 5 December 1997 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, establishing a mechanism for evaluating the application and implementation at national level of international undertakings in the fight against organized crime <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31997F0827> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>95</sup> Bkz. Patrycja Szarek-Mason, "The European Union's Fight Against Corruption: The evolving policy towards Member States and candidate countries", Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge University Press, 2010, s. 127.



sağlayan bir mekanizma sunmuştur. Öngörülen mekanizma ise şu şekildedir: değerlendirmenin, Konsey Başkanlığı tarafından Konsey Genel Sekreterliği ve Avrupa Komisyonu ile birlikte çalışarak hazırlanacağı; her üye devletin, değerlendirme yapılacak konularda bir ila üç arası uzman belirleyeceği (örneğin polis, gümrük, yargı konularında) ve isimlerini Konsey Başkanlığı'na sunacağı; Konsey Başkanlığı'nın bundan sonra isim havuzundan üç uzman seçerek bir üye devletin değerlendirmesini gerçekleştireceği; bunu yaparken ise bu üç uzmanın değerlendirme altındaki ülkenin vatandaşı olmadığından emin olacağı ifade edilmiştir.

Her değerlendirme ayağında üye ülkelerde uzlaşılan spesifik bir başlığa odaklanılacağı vurgulanmıştır. Ayrıca değerlendirme ekibinin her bir AB ülkesini ziyaret etmesine ilişkin olarak ziyaretlerin sırasına ve sorulacak sorulara karar verileceği; amacın, değerlendirmenin gerçekleştirilmesi için gerekli tüm bilgilerin toplanması olduğu; soruların tamamlanmasına müteakip, değerlendirme ekibinin söz konusu AB ülkesini ziyaret ederek ilgili birimler ile toplantı yapacağı (örneğin politik, idari, polisiye, gümrük ve yargısal otoriteler) öngörülmüştür. Aynı zamanda her üye devletin, otoritelerinin, bu ortak eylem altında kurulan değerlendirme ekibi ile tam bir iş birliği kuracağına güvence vereceği belirtilmiştir. Taslak raporun, ziyaret edilen AB ülkesine ziyaretten sonraki en geç bir ay içinde fikirlerinin sorulması amacı ile iletileceğine; herhangi bir değişiklik kabul edilip yapıldıktan sonra, Konsey Başkanlığı'nın taslak raporu ilgili Konsey çalışma grubu üyelerine değerlendirmeleri ve kabul etmeleri için iletileceğine değinilmiştir.

### **c) AB'ye Üye Devletlerde Bir Suç Örgütüne Katılmanın Cezalandırılması Hakkında 98/733/JHA Sayılı Konsey Ortak Eylemi**

Organize suçlulukla mücadelede ortak bir yaklaşım geliştirilmesi amacıyla 98/733/JHA sayılı Konsey Ortak Eylemi<sup>96</sup> 1998 yılında kabul edilmiştir. Söz konusu belgenin 1. maddesinin 1. fıkrasında suç örgütünün tanımı yapılmıştır. Buna göre; “kendi içinde bir amaç oluşturmak veya maddi çıkar elde etmek ve gerektiğinde kamusal makamların işleyişini hukuka aykırı yoldan etkilemek için bir araç olarak, en az dört yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbiri ile yaptırım altına alınan suçları işlemek amacıyla anlaşılan ikiden fazla kişinin uzunca süreli olarak oluşturduğu organize yapıdır.” Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, 1. fıkra anlamında suç teşkil eden eylemlere Europol Sözleşmesi'nin 2. maddesinde ve ekinde yer alan ve en az dört yıllık hürriyeti bağlayıcı cezalar

---

<sup>96</sup> Metnin tamamı için bkz. 98/733/JHA: Joint action of 21 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member States of the European Union <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998F0733> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

ile cezalandırılan eylemlerin de dahil olduğu belirtilmiştir. Bunlara; yasadışı uyuşturucu ticareti, kara para aklama, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, kasten öldürme, yasadışı organ ve doku ticareti, yağma, adam kaldırma, rehin alma, zenofobi, malvarlığı aleyhine işlenen suçlar, dolandırıcılık, haraç kesme, ürün sahteciliği ve korsan satış, bilişim suçluluğu, rüşvet gibi suçlar örnek verilebilir.<sup>97</sup>

Ortak Eylem'in 2. maddesi ise üye devletleri (a) ve (b) bentlerinde tanımlanan suç kategorilerinden birini veya ikisini etkili, orantılı ve caydırıcı şekilde cezalandırmakla görevlendirmiştir:

a) Bir kişinin, kasten ve ilgili suç örgütünün nihai hedefinden ve genel olarak cezalandırılabilen faaliyetinden veya ilgili suçları işlemek yönündeki amacından haberdar olarak,

- örgütün 1. maddede yer alan cezalandırılabilen faaliyetlerine, suç oluşturan eylemlerin icrasına kişisel olarak katılmasa ve üye devletin ceza hukuku ilkeleri saklı kalmak kaydıyla, bu eylemler icra edilmiş olmasa dahi,
- örgütün diğer faaliyetlerine, örgütün 1. maddede yer alan faaliyetlerine katkıda bulunduğunun bilincinde olarak,

aktif olarak katılması

b) Bir kişinin, bir veya daha çok kişiyle, uygulanması 1. maddede gösterilen suça denk gelecek bir faaliyet üzerine, bu faaliyetin icrasına kişisel olarak katılmasa dahi anlaşması.

Söz konusu Ortak Eylem'de, ayrıca üye devletlerin, tüzel kişileri 2. maddede yer alan suçlardan dolayı cezai veya başka şekilde sorumlu tutmaları da öngörülmüştür. Aynı zamanda yukarıda ifade edilen suçlar birden çok üye ülkede gerçekleşmişse üye ülkelerin anlaşması ve gerekli koordinasyonu sağlamaları gerektiği de ifade edilmiştir. Son olarak ifade etmek gerekir ki, 5. maddede üye ülkelerin bu kararda tanımlanandan daha geniş bir suç örgütü tanımı yapabilecekleri açıkça belirtilmiştir.

#### **d) Amsterdam Antlaşması'nın Adalet, Özgürlük ve Güvenliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Eylem Planı**

AB'nin organize suçlulukla mücadeledeki kararlılığını gösteren ve kapsamlı bir strateji sunan bir diğer belge 1999 yılında hazırlanan Amsterdam Antlaşması'nın Özgürlük, Güvenlik ve Adalete İlişkin Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Eylem Planı<sup>98</sup>'dir. Söz konusu eylem planı ile AB bünyesinde

---

<sup>97</sup> Europol Sözleşmesi'ne yapılan atıf uyarınca organize suçluluk kapsamında kalan suçlar için bkz. Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 211; Evik, s. 77-78 dn. 18.

<sup>98</sup> Metnin tamamı için bkz. Action Plan of the Council and the Commission on

organize suçluluğun önemine ve tehlikesine dikkat çekilerek organize suçluluk ile mücadele çalışmalarının güçlendirilmesi ve her evrede bütünleşmiş bir yaklaşımın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Organize suçluluğun uluslararası boyutu dikkate alınarak hazırlanan Eylem Planı'nda, organize suçluluğun önlenmesi, suçluların yakalanması ve yargılanması aşamalarında polis ve adli merciler arasındaki iş birliğinin önemine değinilmiş ve bu kapsamda Europol bünyesinde veri tabanının oluşturulması, üye devletlerin yargı mekanizmaları arasında iş birliğini geliştirmek amacıyla kurulmuş Avrupa Yargı Ağı'nın daha verimli kullanılması, üye devletler arasında suçluların iadesinin sağlanması, kara para aklama ile mücadelenin geliştirilmesi gibi atılması gereken adımlar gösterilmiştir.

### e) Tampere Zirvesi

Avrupa Konseyi, 15-16 Ekim 1999 tarihlerinde Finlandiya'nın Tampere kentinde AB bünyesinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratılmasına yönelik olarak özel bir toplantı gerçekleştirmiştir.<sup>99</sup> Bu toplantıda suç ve organize suçluluğu kapsayan genel ve çok boyutlu bir suç önleme stratejisi uygulanması gerektiği ortaya koyulmuştur. Bu çerçevede suçluluğu önlemeye çocukların cinsel istismarı, insan ticareti ve mali suçlar gibi özel başlıklar altında yaklaşılmış; Avrupa ve uluslararası seviyede kazanılmış tecrübeleri suçla mücadeledeki genel stratejinin parçası olarak işleme koymak önerilmiştir.

Bu toplantıda oluşturulan Avrupa stratejisinin karakteristikleri, önleyici tedbirlerin yürütmeye destek olması ve multidisipliner bir yaklaşım geliştirilmesi olarak ifade edilmiştir. AB tarafından yapılan eylemler, tamamlama ilkesi üzerine kurulmuş olup ulusal, bölgesel veya yerel girişimlerin yerine geçmesi planlanmamıştır. Ayrıca temel hukuk ve toplum özgürlüklerine daha fazla dikkat edilmesi ve suçun önlenmesinin yeni bir Birlik politikası olması görüşüne istinaden, öncelikli olarak yapılacak eylemlerin listesinin hazırlanması üzerinde durulmuştur. Genel suça ilişkin olarak, öncelikler Tampere Avrupa Konseyince; kentsel, çocuk ve uyuşturucu bağlantılı suçlar şeklinde belirlenmiştir. Organize suçluluğa istinaden, önceliğin insan ticareti, çocuk istismarı ve Euro sahteciliğine verilmesi öngörülmüştür. Komisyon bildirgesinde Avrupa suç önleme tedbirlerine destek amacı ile yeni bir finansal enstrümanın benimsenmesi önerilmiştir.

---

how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401018943217&uri=CELEX:31999Y0123\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401018943217&uri=CELEX:31999Y0123(01)) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>99</sup> Metnin tamamı için bkz. Resolution on the extraordinary European Council meeting on the area of freedom, security and justice (Tampere, 15-16 October 1999), [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

Önceki belgelere paralel olarak, üye devletlerin ilgili makamları arasında iş birliğinin geliştirilmesi ve suç gelirlerinin aklanması ile mücadeleye dikkat çekilmiştir. Bu kapsamda iş birliğinin sadece önleme ile sınırlı kalmaması, suçların araştırılmasında da ortak çalışmalar yapılması ve Europol temsilcilerinin de katılımıyla ortak soruşturma timlerinin oluşturulması gerekliliği dile getirilmiştir. Ayrıca ulusal yargı mekanizmalarının iş birliğine yönelik olarak Eurojust adı verilen ve üye devletlerden savcıların, hakimlerin ve kolluk mensuplarının çalışacağı bir birim kurulmasına da karar verilmiştir.

#### **f) Milenyum Strateji Planı**

AB bünyesinde 2000 yılına kadar organize suçlulukla mücadeledeki aşamaları özetleyen bir belge niteliği taşıyan “Organize Suçluluğun Önlenmesi ve Denetlenmesi: Yeni Milenyum için Avrupa Strateji Planı”nda<sup>100</sup> organize suçluluk ile mücadele konusunda otuz dokuz adet ayrıntılı tavsiye yer almıştır.<sup>101</sup> Bu düzenlemenin amacı Avrupa seviyesinde organize suçluluğun önlenmesi ve kontrol edilmesi için uygulanacak çeşitli eylemlerin, hedef tarih detayları, öncelik sıralaması ve uygulamada sorumluluk üstlenecek kurumları da içerecek şekilde tek bir belge altında toplanmasıdır.

Haziran 1997’de yayınladığı organize suçlulukla mücadele eylem planı üzerine, Viyana Avrupa Konseyi, Aralık 1998’de toplanarak, Amsterdam Anlaşması’ndan doğan yeni olasılıkların ışığında organize suçluluğu karşı AB hareket planının güçlendirilmesi çağrısında bulunmuştur. Bu hedef, Avrupa Konseyi tarafından Ekim 1999’daki Tampere’deki toplantıda tekrar ifade edilmiştir. Organize suçluluğun önlenmesi ve kontrol edilmesi stratejisini benimseyen Konsey, önlem alma ihtiyacına cevap vermiştir. Bu belge, organize suçlulukla mücadele için Avrupa seviyesinde yapılması gereken eylemleri ifade ederek, önceliklerin detaylarını, uygulamada sorumlu kurumları ve hedef tarihleri belirtmiştir.

Stratejiyi oluşturan politik hükümler ve otuz dokuz detaylı öneri, on bir hedefi yansıtmaktadır: organize suçlulukla ilgili veri toplanması ve analizini güçlendirmek; organize suçluluğun topluma ve yasal özel sektöre sızmasını engellemek; organize suçluluğun önlenmesini ve ceza hukuk sistemi ile sivil toplum arasındaki iş birliğini güçlendirmek; ulusal ve Avrupa Birliği seviyesinde mevzuatı ve kontrol ve düzenleyici politikaları inceleyerek iyileştirmek; organize suç soruşturmalarını güçlendirmek; Europol’ü güçlendirmek;

---

<sup>100</sup> Metnin tamamı için bkz. The prevention and control of organised crime: a European Union strategy for the beginning of the new millennium <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000F0503> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>101</sup> Gruplandırılmamış işlemler arasında yer alan ve bir tür hareket planı olan söz konusu planın bağlayıcı olmasa da organize suçlulukla mücadelede önemli bir belge niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Kocasakal, Avrupa Birliği..., s. 215.

suçluların kazançlarını izlemek, dondurmak, el koymak ve müsadere etmek; kolluk güçleri ve hukuki otoriteler arasındaki iş birliğini ulusal olarak ve Avrupa Birliği içerisinde güçlendirmek; aday ülkeler arasındaki iş birliğini güçlendirmek; üçüncü ülkeler ve diğer uluslararası organizasyonlar ile iş birliğini güçlendirmek; Avrupa Birliği içerisinde organize suçluluğa karşı alınan önleyici ve kontrol edici önlemlerin uygulanmasının güçlendirilmesini takip etmek.

Her hedef için, ilgili alanda yapılan girişimlere ait detaylar da verilmiştir. İleride yapılacak eylemlerin geliştirilmesinin spesifik yetkileri üzerinde yapılan değerlendirmeler ise 1997 tarihli Eylem Planı, Aralık 1998 tarihli özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturmak için Eylem Planı, organize suçluluğun önlenmesine karşı 21 Aralık 1998 Konsey Önergesi ve Tampere Avrupa Konseyi'nin sonuç bildirgesinden çıkartılabilecektir. Organize Suç Multidisipliner Grubu'nun, düzenli aralar ile stratejinin uygulanması konusunda Avrupa Konseyi'ne rapor sunması ve Konsey'in gerekli önlemleri alması, Komisyon'un organize suçlulukla mücadele için AB stratejisinin uygulanmasına yönelik genel bir rapor sunması ve alınacak daha ileri önlemler için prensipleri belirlemesi öngörülmüştür.

### **g) Avrupa Güvenlik Stratejisi**

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 12 Aralık 2003 tarihinde "Daha İyi Bir Dünyada Güvenli Avrupa: Avrupa Güvenlik Stratejisi"<sup>102</sup> kabul edilmiştir. Söz konusu belgede organize suçlulukla mücadelede atılması gereken adımlar doğrudan yer almamakta ancak belgede yer alan hususlar organize suçluluğun uluslararası boyutu dikkate alındığında son derece önem teşkil etmektedir. Bu belgede Avrupa Birliği, güvenlik stratejisini açıklığa kavuşturmuştur. Bu stratejinin hedefi, daha iyi bir dünyada güvenli bir Avrupa yaratmak, Birliğin yüzleştiği tehditleri tespit etmek, Avrupa için stratejik hedeflerini tanımlamak ve Avrupa için politik uygulamalarını belirlemektir.

Avrupa Güvenlik Stratejisi, AB'nin Yüksek Temsilcisi Javier Solana'nın otoritesi altında Ortak Yabancı ve Güvenlik Politikası için oluşturulmuş ve Brüksel Avrupa Konseyi tarafından 12 ve 13 Aralık 2003'te benimsenmiştir. Belge, Birliğin güvenliğine yönelik küresel sorunlar ve anahtar tehditleri tespit etmiş ve AB'nin çevresinde güvenlik oluşturmak ve etkili çok ulusluluk bazında uluslararası bir hiyerarşiyi desteklemek gibi bunlarla mücadeledeki stratejik hedeflerini açıklamıştır. Ayrıca Avrupa için bu hedeflerle ilgili politik etkiler de değerlendirilmiştir. Güvenlik stratejisi, Avrupa'nın yüzleştiği üç önemli tehlike olan terörizm, bölgesel çatışmalar ve kitle imha silahlarının yayılmasına dikkat çekmiştir.

---

<sup>102</sup> Metnin tamamı için bkz. A secure Europe in a better world - European security strategy <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

Avrupa Güvenlik Stratejisi'nde, Avrupa, organize suçluluk için önemli dış boyutu olan, uyuşturucu, kadın, çocuk ve silah ticaretlerini içeren ve Birliğin sınırlarını da aşan temel bir hedef olarak görölmüştür. Bu suç eylemleri genellikle zayıf veya çöküşteki ülkeler ile ilişkilendirilmiştir. Örneğin, uyuşturucudan elde edilen kazançlar, birçok uyuşturucu üreten ülkedeki devlet yapılanmasını bozmaya yardımcı olmuştur. Organize suçluluğun terör ile bağlantıları olabileceğine ve olağan dışı durumlarda, devlete egemen olmayı bile başarabileceğine dikkat çekilmiştir.

#### **h) Hague Programı ve Programa İlişkin Eylem Planı**

4 ve 5 Kasım 2004 tarihlerinde Avrupa Konseyince benimsenen Hague Programı<sup>103</sup>, özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarını önümüzdeki beş yıl içerisinde güçlendirmek üzerine Birlik için on önceliği belirlemiştir. Programın bir ekinde, bunların benimsenmesi için özel önlemler ve uygulama takvimi belirtilmiştir.

Komisyon, çabaların on öncelik üzerinde yoğunlaşması gerektiğini belirlemiştir: temel haklar ve vatandaşlığın güçlendirilmesi; anti-terör önlemleri almak; göçe yönelik dengeli bir yaklaşımı tanımlamak; göç akımlarının doğru yönetimini sağlamak (üçüncü ülkeler ile her alanda [mültecilerin kabulü ve iadesi de dahil] daha iyi iş birliği kurulmasını da içermektedir.); Birliğin dış sınırlarının entegre yönetimini geliştirmek; ortak bir iltica prosedürü oluşturmak; göçün pozitif etkilerini en üst seviyeye çıkartmak; bilgi paylaşımı yaparken gizlilik ve güvenlik arasında doğru bir denge yakalamak; organize suçluluk ile mücadelede stratejik bir konsept geliştirmek (Bu kapsamda üye ülkelerin kolluk güçleri arasında, organize suçluluğa karşı mücadelede iş birliğinin [polis veya gümrük gibi] iyileştirilmesi öngörülmüştür.); özgün bir Avrupa adalet alanı yaratmak.

Öte yandan Komisyon, medeni ve ticari konulardaki yargılamalar için ortak tanıma programını tamamlamaya odaklanmıştır. Ceza hukuku açısından, eğer üye ülkeler arasındaki ortak güven güçlendirilecek ise, mevzuatların birbirine yaklaştırılması ve minimum yasal prosedür standartlarının belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Cezai konulardaki hukuki iş birliğinde Eurojust anahtar bir oyuncu olarak görölmüştür. Özgün bir Avrupa adalet alanının korunması için alınan operasyonel önlemler içerisinde; hukuki organizasyonlar ile birlikte kurum ağlarını, hukuk uygulayıcıları arasında iş birliğini ve AB'de hukuki eğitim üzerine iletişimi desteklemek bulunmaktadır.

---

<sup>103</sup> Metnin tamamı için bkz. The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security And Justice in The European Union [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401029597631&uri=CELEX:52005XG0303\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401029597631&uri=CELEX:52005XG0303(01)) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

Ayrıca Konsey tarafından Hague Programına ilişkin bir Eylem Planı<sup>104</sup> kabul edilmiştir. Bu Eylem planı, Konsey ve Komisyon'un 2004-2009 arasındaki çalışmalarına bir referans çerçevesi olarak hizmet etmek amacı taşımış olup Hague Programı'nın (AB'de özgürlük, güvenlik ve adalet alanını güçlendirme) öncelik ve hedeflerinin uygulamaya konması için tasarlanmış eylemlerin benimsenmesi ve uygulanmasına yönelik bir takvim içermiştir. Bu önlemler -hukuki öneriler, danışma dokümanları ve raporlar- Hague Programı'na etkin bir biçimde uygulanabilir bir görünüm vermek için tasarlanmıştır. Komisyon, Hague Programı'nın hem AB hem de üye ülkeler seviyesinde etkilerinin değerlendirmelerini olduğu kadar, bir sonraki çok yıllık programı (Stockholm Programı) içerisindeki gelecek eylemleri oluşturacak konuları da sunmuştur. Genel olarak, Hague Programı'nda ifade edilen özel önlemlerin birçoğu benimsenmiş olsa da birçoğunun tam etkisi daha uzun vadede ortaya çıkmıştır.

İfade etmek gerekir ki, bu aşamada, birinci sütun altında yer alan alanlarda önemli ilerlemeler kaydedilmiş olsa da organize suçlulukla mücadele ve suçluluğun önlenmesi bakımından, polis ve gümrük iş birliği ve cezai konulardaki hukuki iş birliği gibi konuların dahil olduğu özgürlük, güvenlik ve adalet alanının gelişimi yetersiz görünmektedir. Zira, üçüncü sütun altındaki karar verme oldukça yavaş ve bazı zamanlarda istenen sonuçların almasını kısıtlamaktadır. Ayrıca, üye ülkeler tarafından yasal düzenlemelerin iç hukuka aktarılması üçüncü sütun altına düşmektedir ve sıklıkla gecikmektedir, aynı zamanda yasal ihlal prosedürleri için başvuru mekanizması bulunmamaktadır. Bu çerçevede, Lizbon Anlaşması yürürlüğe girdiğinde karar verme sürecinin hızlandırılması ve gelecek eylemler için mevzuattaki hukuki çerçevenin güçlendirilmesi ve pekiştirilmesine odaklanması önemlidir.

Eylem Planı'nda cezai istihbaratın öncelik olduğu bir Avrupa modeli için çalışmak ve organize suçluluk ile mücadele amacıyla çıkarılması öngörülen 'Organize Suçlulukla Mücadelede Stratejik Konsept Geliştirilmesine İlişkin Tebliğ'<sup>105</sup> de Haziran 2005 tarihinde yayımlanmıştır. Tebliğ'de; kolluk kuvvetleri, adli makamlar ve üçüncü ülkeler ve kuruluşlar arasında bilgi ve istihbarat toplanması, önlenmesi ve iş birliği gibi öncelikli hedefler için organize suçlulukla mücadele amacıyla stratejiye odaklanılmıştır. Önerilen takvime uygun olarak, bu konseptin uygulanması Avrupa özgürlük, güvenlik ve adalet alanının gelişimine önemli ölçüde katkıda bulunmuştur. Tebliğ'de organize suç örgütlerinin yasal sızma yöntemlerinden olan yolsuzlukla mücadele

---

<sup>104</sup> Metnin tamamı için bkz. Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005XG0812\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005XG0812(01)) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>105</sup> Metnin tamamı için bkz. Developing a strategic concept on tackling organised crime <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52005DC0232> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).



politikalarının geliştirilerek uygulanması, farklı alanlardan uzmanların bir araya geldiği özel soruşturma birimlerinin oluşturulmasının benimsenmesi, ortak soruşturma timlerinin soruşturmalarda kullanılması, suç gelirlerinin aklanmasının engellenerek organize suçluluğun önlenmesi, suç gelirlerinin tespit ve takibi için yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi, kolluk güçleri arasında bilgi değişiminin sağlanması, kurumlar arası iş birliğinin geliştirilmesi, AB standartlarının üçüncü ülkelerde de teşvik edilmesi gibi önlemlere işaret edilmiştir.

### ı) 2008/841/JHA Sayılı Konsey Kararı

Yukarıda yer verilen çoğu belgede organize suçlulukla mücadelede alınması gereken önlemler ve yapılması gerekenler düzenlenmiş iken, 2008/841/JHA Sayılı Konsey Kararı<sup>106</sup> diğer belgelerden farklı olarak organize suç örgütü tanımına ve suç işleyen ya da eylemlerin planlanmasından sorumlu olan gerçek veya tüzel kişilere uygulanacak ilgili cezalara ilişkin düzenlemeler getirmiştir.<sup>107</sup>

Bu çerçeve kararının amacı, organize suç örgütlerine ilişkin suçların tanımlanmasında üye ülkeler arasında bir uyum oluşturmak ve bu suçlar için ilgili cezaları ortaya koymaktır. Üye ülkelerin en az birini suç olarak kabul etmesi gereken iki tip eylem vardır: örgütün suç eylemlerine, örgütün amacı ve suç işleme kastını bilerek aktif katılım ve işlenmesine aktif olarak katılma da suç işleme konusunda anlaşma.

Konsey Kararı ile getirilen ve aynı zamanda Avrupa Birliği mevzuatında kabul gören organize suç örgütü tanımı şu şekildedir: “doğrudan veya dolaylı olarak maddi çıkar elde etmek amacıyla en az iki kişinin en az 4 yıl veya daha fazla ağır hapis cezası gerektiren suçları işlemek için oluşturdukları ve belirli bir süreden beri var olan yapılanmalar”<sup>108</sup>. Bu tanıma göre; ikiden fazla kişinin bir araya gelmesi, uzunca veya belirsiz bir süre için faaliyet gösterilmesi, ağır suçlar işlenmesi, maddi çıkar veya güç sağlamak amacıyla faaliyet gösterilmesi organize suç örgütlerinin öne çıkan özellikleridir.

---

<sup>106</sup> Metnin tamamı için bkz. Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008F0841> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>107</sup> Bu belgenin, içeriği ve uygulanabilirliği açısından 98/733/JHA Sayılı Konsey Ortak Eylemi ile karşılaştırıldığında, önemli bir gelişme sağlamadığı ve Konsey Kararı'nın belirsizliğinin AB üyesi devletlerin ceza mevzuatlarının yakınlaştırılmasında önemli gelişmeleri önlediği görüşü için bkz. Calderoni, s. 171.

<sup>108</sup> Bu tanım 98/733/JHA Sayılı Konsey Ortak Eylemi ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (Palermo Sözleşmesi) yer alan tanımların harmanlanması olarak nitelendirilmiştir. Calderoni, s. 36.



Kararda, üye ülkelerin yukarıdaki suçları cezalandırmak için adımlar atması gerekliliği üzerinde durulmuş ve bu cezaların, minimum iki yıldan beş yıla olmak üzere mümkün olan en uzun süreli hapis cezası ve tekrarlanması durumunda planlanan eylemlerin cezalarına denk olan maksimum süreli hapis olarak belirlenmesi gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Eğer suçlu, suç eylemlerinden vazgeçer ve otoritelere başka şekillerde elde edilemeyen ilgili suça ve diğer suçlulara yönelik bilgiler sağlarsa, üye ülkelerin bu gibi durumlarda cezada indirimine gidebileceği veya bağışıklık sağlayabileceği ifade edilmiştir.

Ayrıca tüzel kişilikte merkezi rolü bulunan kişilerin tüzel kişi adına suç işlemleri durumunda üye ülkelerin tüzel kişileri de sorumlu tutması gerektiği öngörülmüştür. Keza bir kişinin otoritesi altında suç işleyen kimsenin, suçunun denetim eksikliğinden kaynaklanması durumunda da ilgili suçun tüzel kişiye yüklenebileceği ifade edilmiştir.

Suç işlediği sabit görülen tüzel kişilerin etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar ile cezalandırılması, bu yaptırımların cezai ve cezai olmayan para cezalarını içermesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda yaptırımların aşağıdakileri de içerebileceği öngörülmüştür: kamu yardımı haklarının sonlandırılması; ticari faaliyetlerin geçici veya sürekli olarak yasaklanması; hukuki denetleme altına alınması; hukuki yollarla tasfiyesi; suçta kullanılan tesislerin geçici veya sürekli olarak kapatılması.

Bir üye ülkenin yetki alanının, tam veya kısmi olarak, kendi vatandaşınca veya sınırları içerisinde kurulmuş tüzel kişiler adına, sınırları içerisinde işlenen suçları kapsamı gerektiği üzerinde durulmuştur. Eğer suç birçok üye ülkenin yetki alanı içerisine düşüyorsa, hangi ülkenin yargılayacağına karar vermek için, örneğin Eurojust aracılığı ile iş birliği kurmaları gerektiği ve böylece işlemlerin merkezileştirilebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda uluslararası iş birliğine vurgu yapılarak Eurojust'ın sürece dahil edilmesi üzerinde durulmuştur.

### **i) Stockholm Programı ve Programa İlişkin Eylem Planı**

2010 yılında temel hakları güvence altına alarak, AB bünyesinde 2010-2014 yılları arasında adalet ve içişleri kapsamında özgürlük, güvenlik ve adalet alanında öncelikleri ve atılacak adımları belirlemek amacıyla Stockholm Programı<sup>109</sup> hazırlanmıştır. Program kendisinden önce gelen Tampere ve Hague programlarının kazanımları üzerine inşa edilerek, gelecekteki zorluklarla yüzleşmek ve özgürlük, güvenlik ve adalet alanının daha da güçlendirilmesini, yurttaşların çıkarları ve ihtiyaçlarını gözeten eylemlere odaklanarak amaçlamıştır. Stockholm Programı, temel haklar ve

---

<sup>109</sup> Metnin tamamı için bkz. The Stockholm Programme, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504(01)) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

özgürlüklere saygı gösterilen güvenli bir Avrupa'ya ulaşmak için şu önceliklere odaklanmıştır: vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunması, adalete erişim ve iş birliğinin güçlendirilmesi, AB iç güvenlik sisteminin geliştirilmesi (özellikle insan ticareti, bilişim suçları, cinsel suçlar, uyuşturucu ticareti vs.), sınır kontrollerinin güçlendirilmesi, göçmen politikası, üçüncü ülkeler ile iş birliğinin gerçekleştirilmesi.

Program AB için, yurttaşların korunması ve organize suçluluk ve terörle mücadelenin iyileştirilmesi görüşüne sahip bir iç güvenlik stratejisi geliştirilmesini önermiştir. Stratejinin, cezai konularda polisiye ve adli iş birliğini güçlendirmeyi olduğu kadar, sınır yönetimi, sivil savunma ve afet yönetiminde de iş birliğini hedeflemesi gerektiği belirtilmiştir. İç güvenlik stratejisinin, AB ve ülkeleri arasında kesin bir şekilde ayrılmış görevler ile pro-aktif, yatay ve dikey kesen bir yaklaşımdan oluşması ve ayrıca örneğin; insan ticareti, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı ve çocuk pornosu; siber suçlar; ekonomik suçlar, yolsuzluk, sahtecilik ve korsanlık; uyuşturucu gibi sınır ötesi suçluluk ile mücadeleye odaklanması gerektiği ifade edilmiştir. Sınır ötesi suçlulukla mücadelede, iç güvenliğin dış güvenlik ile bağlantılı olduğu üzerinde durulmuş, bu sebeple, AB'nin dış güvenlik stratejisinin de hesaba katılması ve AB dışı ülkeler ile iş birliğinin güçlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Ayrıca Konsey tarafından Stockholm Programına ilişkin bir Eylem Planı<sup>110</sup> kabul edilmiştir. Bu eylem planı ile özgürlük, güvenlik ve adalet alanı için Stockholm Programı içerisinde yer alan önceliklerinin uygulanmasına yönelik yol haritası belirlenmiştir. AB'nin özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarının 2010-2014 periyodu için geliştirilmesinin öncelikleri Stockholm Programında ortaya konulmuş olup eylem planı bu öncelikleri belirlemekle birlikte Avrupa ve küresel seviyede gelecek sorunlara karşı hazırlanmayı da amaçlamıştır. Eylem planı, temel hakların korunmasının sağlanması için alınacak önlemleri ortaya koymuştur. Bunların, yeni geniş hukuki bir ağ aracılığı ile veri korunmasını güçlendirmek olduğu kadar veri korunmasını tüm AB politikalarına, kolluk kuvvetlerine, suç önleme ve uluslararası ilişkilere entegre etmeyi de içermesi gerektiği öngörülmüştür. Eylemler ayrıca her tür ayrımcılık, ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve homofobiye karşı mücadeleyi de amaçlamıştır. Çocuklar ve savunmasız grupların (suç ve terör mağdurları dahil) haklarının korunmasına da özel bir dikkat göstermiştir.

Cezai davalardaki bireylerin hakları ve gözaltı ile ilgili eylemlere ilişkin mevzuat önerilerinde bulunulmuştur. Buna ek olarak, eylem planı Avrupa vatandaşlarını özellikle serbest dolaşım, AB dışı ülkelerde koruma ve

---

<sup>110</sup> Metnin tamamı için bkz. Action plan on the Stockholm Programme, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0171> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

vatandaşlık katılımı konularında güçlendiren önlemler ortaya koymuştur. Stockholm Programı tarafından oluşturulmuş politik öncelikleri, sağlam eylemlere ve sonuçlara dönüştürmek için, eylem planı şu hususlarda önlemler içermiştir: özgürlük, güvenlik ve adalet politikaları ve mekanizmalarının değerlendirilmesi; adli ve kolluk kuvvetleri gibi profesyonellerin eğitimi; toplumsal farkındalık oluşturma faaliyetleri; sivil toplum ile diyalog; yeni finansal programlar.

### **j) Avrupa İç Güvenlik Stratejisi**

Avrupa İç Güvenlik Stratejisi<sup>111</sup> ile organize suçluluk, terörizm, bilişim suçları, sınır güvenliği ve afetlere dikkat çekilerek 2011-2014 yılları için Avrupa İç Güvenlik Stratejisinin eyleme koyulması amaçlanmıştır. Bu kapsamda daha güvenli bir Avrupa için beş stratejik amaç ifade edilmiştir.

Avrupa Konseyi, AB İç Güvenlik Stratejisini, 25-26 Mart 2010'daki toplantısında desteklemiştir. Strateji, organize suçluluk, terörizm ve doğal veya insan nedenli afetler ile ilgili güvenlik tehditleri ile ilgili sorunları, prensipleri ve ilkeleri ortaya koymuştur. AB'yi daha güvenli hale getirmek için, acil zorlukların üstesinden gelinmesinde her bir hedef için spesifik eylemi içeren beş stratejik hedef benimsenmiştir. Bu hedeflerden ilki, uluslararası suç ağlarını engellemek olarak belirlenmiştir. Suçla ilgili ağların dağıtılması ve bu ağların suç işlemesi için sebep oluşturan finansal hedeflerin ortadan kaldırılması suçlulukla mücadelede önemli görülmüştür. Bu hedefe ulaşmak için önerilen eylemler ise, suçla ilgili ağları tespit etmek ve dağıtmak, suçla ilgili sızmalara karşı ekonomiyi korumak, suçla ait varlıklara el koymak olarak ifade edilmiştir.

Bir diğer hedef, terörizmi önlemek ile radikalleşme ve örgüte eleman alma hususlarını üzerine gitmek olarak tespit edilmiştir. Terör tehdidi sürekli evrim geçirdiği için, Avrupa'nın terörle mücadele çabalarının da tehdidin önüne geçmek için evrim göstermesi gerektiği belirtilmiş ve bu amaçla, bütünleşmiş bir Avrupa yaklaşımı ve önleyici eylemlere ihtiyaç görülmüştür. Bunlar; radikalleşmeye ve örgüte eleman almaya karşı toplumların güçlendirilmesi, teröristlerin maddi kaynaklara ve varlıklara ulaşımının kesilmesi; örgütlerin para hareketlerinin takip edilmesi ve taşımalarının korunması şeklinde ifade edilebilir.

---

<sup>111</sup> Metnin tamamı için bkz. Communication From The Commission To The European Parliament And The Council The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0673> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

Bir başka hedef, siber dünyada vatandaşlar ve iş yerleri için güvenlik seviyesini artırmaktır. Hızla büyüyen bilgi teknolojileri yeni tip tehditler oluşturmakta olup siber suçlulukla mücadele için, AB ülkelerinin AB seviyesinde iş birliği kurarak kolluk kuvvetleri ve yargıda kapasite artırımı, endüstri ile birlikte çalışarak vatandaşların korunması ve güçlendirilmesi, siber saldırılara karşı koyabilmek için yeteneklerin geliştirilmesi gibi daha fazla önlem alması gerektiği ifade edilmiştir. Bir diğer hedef ise sınır yönetiminde güvenliğin güçlendirilmesidir.

Dolaşım özgürlüğü ile ilgili olarak AB, göç yönetimi ile suçlulukla mücadeleyi, entegre sınır yönetimi stratejisinin ikiz hedefleri olarak görmüştür. Malların dolaşımı ile ilgili güvenliği artıran enstrümanlar da tamamlayıcı görev görmekte ve bunların giderek daha sofistikeleşen suç örgütleri ile mücadelede sürekli geliştirilmekte olduğu ifade edilmiştir. Buna paralel olarak, önerilen eylemler ise; Eurosur'un (Avrupa Sınır Gözetim Sistemi) tüm potansiyelinden faydalanmak, dış sınırlarda Frontex'in katkısını güçlendirmek, malların dış sınırlar boyunca dolaşımı için ortak risk yönetimi geliştirmek, ulusal seviyede kuruluşlar arası iş birliğini güçlendirmek olarak belirlenmiştir. Son hedef ise Avrupa'nın krizlere ve afetlere karşı direncini artırmak olarak tespit edilmiştir.

#### **k) Organize Suçluluk, Yolsuzluk ve Suç Gelirlerinin Aklanması Hakkında Avrupa Parlamentosu Kararı**

23 Ekim 2013 tarihli Organize Suçluluk, Yolsuzluk ve Suç Gelirlerinin Aklanması Hakkında Avrupa Parlamentosu Kararı: Eylemlere İlişkin Öneriler ve Alınacak Önlemler (Nihai Rapor)<sup>112</sup> ile organize suçluluk, yolsuzluk ve suç gelirlerinin aklanması hakkında alınması gereken önlemlere ilişkin öneriler getirilmiş ve atılacak adımlar belirlenmiştir. Söz konusu belgede; organize suçluluk, yolsuzluk ve suç gelirlerinin aklanması konularının sınıraşan boyutuna ve oluşturduğu tehditlere dikkat çekilerek bazı hususlar ön plana çıkarılmıştır. Mağdurlara koruma ve destek konusunda uyumlaştırılmış genel düzenleyici bir alan yaratılması, örgütlerin elde ettiği gelir ve malvarlığına dikkat çekerek organize suçluluğun durdurulması, verimli ve yolsuzluğa karşı dirençli kamu yönetiminin desteklenmesi, muhasebe kayıtlarına kaydı gereken işlemlerin çoğaltılmasının desteklenmesi, daha güvenilir bir ceza adaleti sisteminin desteklenmesi, dürüst ticari faaliyet uygulamalarının desteklenmesi, bankacılık sistemlerinde şeffaflığın artırılması ve profesyonelleşmenin desteklenmesi, organize suçlulukla mücadelede yeni teknolojilerin kullanılması gibi öneriler getirilerek organize suçluluk, yolsuzluk ve suç gelirlerinin aklanması ile

---

<sup>112</sup> Metnin tamamı için bkz. European Parliament resolution of 23 October 2013 on organised crime, corruption and money laundering: recommendations on action and initiatives to be taken <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0444&language=EN> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

mücadelede atılması gereken adımlar belirlenmiştir. Bu kapsamda önceki belgelere de paralel olarak, üye devletlerin ilgili makamları arasında iş birliğinin geliştirilmesi üzerinde durulmuştur.

### **l) Avrupa Birliği'nde Suç Araçlarının ve Suç Gelirlerinin Dondurulması ve Müsaderesine İlişkin 2014/42/EU Sayılı Direktif**

3 Nisan 2014 tarihli ve 2014/42/EU sayılı Direktif<sup>113</sup>, ulusal otoriteler için AB'deki suçtan elde edilen gelirler ve suçta kullanılan araçlara el konulmasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Sınır ötesi organize suçluluğun ana motivasyonunun, mafya tipi suç örgütlerinde de olduğu gibi finansal gelir elde etmek olduğu ve bunun bir sonucu olarak da yetkili mercilere suç gelirlerini takip edecek, donduracak, yönetecek ve el koyacak yetkiler verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, organize suçlulukla etkin mücadelenin ve organize suçluluğu önlemenin, suç gelirlerinin etkisizleştirilmesi ve suçtan elde edilmiş varlıkların müsadere edilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir. Organize suç örgütlerinin sınırları gözetmeden faaliyetlerini gerçekleştirdikleri ve kendi buldukları ülke dışındaki üye ülkelerde ve üçüncü ülkelerde giderek daha fazla varlık elde ettikleri, malvarlığı geri alımı ve karşılıklı adli yardımlaşma konularında etkili uluslararası iş birliğine giderek artan bir ihtiyaç bulunduğu dile getirilmiştir. Organize suçlulukla mücadeledeki en etkin yöntemlerden biri, suç işleyenlere karşı ağır cezalar uygulanması ve suç ile elde edilen gelirlerin ve suçta kullanılan araçların etkin tespiti, dondurulması ve bunlara el koyulması olarak görülmüştür.

Söz konusu Direktif, suç gelirlerinin ve suçta kullanılan araçların dondurulması ve devamında bunlara el konulması için gerekli minimum kuralları ortaya koymuştur. Bahsi geçen suçlar, Direktifin 3. maddesinde listelenen çeşitli AB yasalarında geçen suçlardır. Direktif, 19 Mayıs 2014 tarihinde uygulamaya alınmış olup AB ülkelerinin, bunu kendi yasalarına 4 Ekim 2016 tarihine kadar eklemeleri gerektiği ifade edilmiştir.

### **m) Avrupa Güvenlik Ajandası**

Komasyon, terör, organize suçluluk ve siber suçlarla mücadelede, üye ülkelerin daha iyi iş birliği yapmasını destekleyecek 2015-2020 Avrupa Güvenlik Ajandasını<sup>114</sup> benimsemiştir. Ajanda, AB'nin 2015-2020 İç Güvenlik Stratejisinin

---

<sup>113</sup> Metnin tamamı için bkz. Directive 2014/42/Eu Of The European Parliament And Of The Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0042> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>114</sup> Metnin tamamı için bkz. Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee Of The Regions, The European Agenda on Security <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

temelini oluşturan anahtar metinlerden biridir. Göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, silah, uyuşturucu veya sigara kaçakçılığından çevresel, finansal ve ekonomik suçlara kadar organize suçluluğun çok büyük insani, sosyal ve ekonomik bedeli olduğu, organize suç örgütlerinin her zaman sınır ötesi uygulamadaki açıklardan faydalanmaya çalıştığı, organize suç ağlarının terör eylemlerini de besleyip finanse ettiği, bu durumun sorunun ele alınmasındaki aciliyeti daha da açık bir şekilde ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Ajanda, güvenlik tehditlerine etkili cevap verebilmek için AB eyleminin prensiplerini belirlemek ve bunları uygulamak için Avrupa Komisyonu ana adımlarını göstermiştir. Ayrıca AB'nin güvenlik sorumluluğunu paylaşmakta olan hem ulusal hükümetler hem de AB kuruluşları tarafından acil eylem gerektiren üç önceliği belirlemiştir.

Ajandanın beş anahtar prensibi şunlardır: insanların temel hakları ile tam uyumluluk, şeffaf ve hesap verilebilir güvenlik politikaları oluşturma (kamu güvenini sağlamak için), halihazırda bulunan AB önlemlerinin daha iyi uygulanması - bilgiyi daha çok paylaşarak, operasyonel seviyede daha çok birlikte çalışarak ve yeni maddi destek ve eğitim programları ile güvenlik alanında çalışan AB ajanslarının çalışmalarını daha etkin bir biçimde koordine etmek, iç ve dış güvenliğe birlikte odaklanmak (zira tehditler ulusal sınırlarda durmamaktadır.)

Acil eylem için üç öncelikli alan ise şu şekilde belirlenmiştir: İlki terörizm ve radikalleşmedir. Ajanda Europol içerisinde, geniş bir alanda uzmanlığı, terör finansmanının takibi ve aşırılığın temel sebeplerini ortaya koymayı bir araya getirecek şekilde, yeni bir Avrupa Anti-Terör Merkezi kurulmasını önermiştir. Bir diğer alan ise uluslararası organize suçluluktur. AB'ye komşu ülkelerin, operasyonel faaliyetlere daha yakından dahil olması ve suç finansmanı ile mücadele ve varlıklara el konulması ve göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretini önlemeye karşı daha büyük çaba harcanması gerektiği ifade edilmiştir. Son olarak belirlenen öncelikli alan siber suçlardır. Bu alanın kapsamı; bilgi sistemleri ve çevrim içi çocuk cinsel istismarı ile savaşmak için yürürlükte olan mevzuatın AB hükümetleri tarafından harfiyen uygulanması, yeni oluşan suç tiplerine ve siber suça yönelik yargılamaların önündeki engelleri kaldırmak için kanunların modernleştirilmesi, özel sektör ile de yakın çalışarak Europol'ün Avrupa Siber Suç Merkezi ile uzmanlık eğitim olanaklarının geliştirilmesi ve yabancı ortak ülkeler için siber güvenlik konularında eğitim verilmesi olarak belirlenmiştir. Son olarak ifade etmek gerekir ki, bu metin AB'nin göçmen ajandası<sup>115</sup> ile birlikte değerlendirilmelidir.

---

TXT/?uri=celex:52015DC0185 (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>115</sup> Metnin tamamı için bkz. Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The

## 2) SOCTA/OCTA/IOCTA (Organize Suç Tehdit Değerlendirme) Raporları

Elde edilecek gelirin oldukça yüksek olması ve yasadışı mal ve hizmetler bakımından önemli bir talep merkezi olması nedeniyle Avrupa, organize suç örgütlerinin başlıca faaliyet alanlarından birini teşkil etmektedir. SOCTA/OCTA raporları Europol tarafından yürütülen istihbarat çalışmalarının sonucu oluşturulan ve mevcut ve beklenen organize suç tiplerinin tehdit değerlendirmesi yapma amacı taşıyan raporlardır. Raporlar erişilebilen bilgiler ve raportörlerinin uzmanlıkları üzerine inşa edilmiştir ve politika belirleyicilerin öngörülebilir tehditlere karşı uygun tedbirler almasını sağlamaya yöneliktir. Raporlarda genel olarak organize suç örgütlerinin AB'ye oluşturduğu potansiyel tehdidin ölçülmesi hedeflenmiş olup AB'de organize suçlulukla mücadele bakımından bürokrat ve politika belirleyicilerin sahada aktif rol oynayan uygulayıcı ve icrai makamlarla bağlantılı hale getirilerek gerekli önlemlerin alınması beklenmektedir. 2004<sup>116</sup> ve 2005<sup>117</sup> yıllarında Europol tarafından hazırlanan organize suç raporları, bundan sonra ise 2006<sup>118</sup>, 2007<sup>119</sup>, 2008<sup>120</sup>, 2009<sup>121</sup>, 2011<sup>122</sup>, 2013<sup>123</sup> tarihli organize suç değerlendirme raporları yayımlanmıştır. Söz konusu raporlarda organize suç örgütlerinin, uluslararası boyutu, yapısı, kullandıkları yöntemler, ilgi alanları ile organize suç örgütlerine karşı alınacak tedbirler göz önüne alınarak değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca organize suç gruplarının işledikleri suçları desteklemek için

---

Regions, A European Agenda on Migration <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0240> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>116</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/european-union-organised-crime-report-2004-1497> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>117</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/european-union-organised-crime-report-2005-1499> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>118</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2006-eu-organised-crime-threat-assessment-1457> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>119</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2007-eu-organised-crime-threat-assessment-1459> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>120</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2008-eu-organised-crime-threat-assessment-1461> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>121</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2009-eu-organised-crime-threat-assessment-1463> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>122</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2011-eu-organised-crime-threat-assesment-1465> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>123</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/eu-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).



bilişim suçları<sup>124</sup> alanına girmeleri sebebiyle 2014<sup>125</sup>, 2015<sup>126</sup> ve 2016<sup>127</sup> tarihli İnternet Organize Suç Tehdit Değerlendirme Raporları da yayınlanmıştır. Örneğin, 2016 tarihli son raporda, teknolojik gelişmeleri benimseyerek kötüye kullanan organize suç örgütlerinin faaliyet gösterdiğine ilişkin belirtilerin bulunduğu ve bilişim suçluluğu ile bağlantılı üç ana suç alanı belirlenmiş ve bilişim suçluluğu ile mücadelede öncelikli alanlar tespit edilmiştir. Bunlar; siber saldırılar, çocukların cinsel istismarı ve ödeme sahteciliğidir.

İlki 2006 yılında yayınlanan raporların sonucusu olan 2013 yılı Avrupa Ciddi ve Organize Suç Tehdit Değerlendirmesi Raporu'na göre Avrupa'da güvenliği tehdit eden organize suç faaliyetleri genel olarak; uyuşturucu kaçakçılığı, insan ticareti<sup>128</sup> (fuhuş ve zorla çalıştırma amacıyla özellikle kadınların ve çocukların ticareti), göçmen kaçakçılığı, malvarlığına karşı suçlar, karapara aklama, silah kaçakçılığı, dolandırıcılık ve sahtecilik, sahte resmi evrak düzenlenmesi, Avro'nun sahteciliği ve korsan ürün üretimi, bilişim suçları ve çevre kirliliği olarak belirlenmiştir.<sup>129</sup> SOCTA 2013 Raporu uyarınca, Avrupa'da faaliyet gösteren 3600 aktif organize suç örgütü tespit edilmiştir. Söz konusu örgütlerin organize şekilde çalıştıkları ifade edilmiştir. Rapora göre, söz konusu organize suç örgütlerinin %70'i çok uluslu örgütler olup bunların %25'i bir ulusun baskın olduğu, %20'si iki ana uluslu, %25'i heterojen olarak ikiden fazla uluslu gruplardır. %30'dan fazlası ise birden fazla suç alanında faaliyet gösteren gruplardır. Organize suç örgütlerinin gittikçe iş hayatında yasal olarak da girişimci olarak faaliyet gösterdikleri tespit edilmiş ve buna ilişkin önlemler gösterilmiştir.

<sup>124</sup> Özellikle son dönemde artış gösteren bilişim suçlarının verdiği zararın değerlendirilmesine ilişkin bir çalışma için bkz. Ross Anderson / Chris Barton / Rainer Böhme / Richard Clayton / Michael van Eeten / Michael Levi / Tyler Moore / Stefan Savage, *Measuring the Cost of Cybercrime, Workshop on the Economics of Information Security*, 2012.

<sup>125</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assesment-iocta> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>126</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2015> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>127</sup> Raporun tamamı için bkz. <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2016> (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>128</sup> AB ve üye devletler, organize suçlulukla mücadelede öncelikli alanlarından biri olarak insan ticaretini görmektedir. AB düzeyinde insan ticareti ile ilgili 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ait istatistiksel verileri içeren bir çalışma için bkz. Gert Bogers / Athina Karvounaraki / Steve Clarke / Cynthia Tavares, *Trafficking in human beings, Eurostat Methodologies and Working papers*, Luxembourg, 2013.

<sup>129</sup> Ancak organize suç örgütlerinin faaliyet alanları burada sayılanlarla sınırlı değildir. Örneğin; günümüzde birçok alanda faaliyet gösteren suç örgütlerinin kamu ihaleleri üzerindeki etkilerine ilişkin karşılaştırma bir inceleme için bkz. Jens Christopher Andvig, *Public procurement and organized crime— illustrated with examples from Bulgaria, Italy and Norway*, Norwegian Institute of International Affairs, Oslo, 2012.



İfade etmek gerekir ki İtalya, coğrafi konumu ve oldukça güçlü olan ve uluslararası bağlantılara sahip organize suç örgütleri nedeniyle organize suçluluk bakımından Avrupa'nın en önemli merkezlerinden birini teşkil etmektedir. Bu durumu dikkate alan Europol tarafından 2013 yılında İtalyan organize suç örgütlerine ilişkin Tehdit Değerlendirmesi Raporu<sup>130</sup> yayımlanmıştır. Söz konusu raporda güçlü, suç trafiğini yönlendiren ve uluslararası bağlantılara sahip olması nedeniyle birçok ülkede faaliyet gösteren mafya tipi<sup>131</sup> dört büyük İtalyan organize suç örgütünün ortak ve karakteristik özellikleri ortaya konulmuş ve söz konusu örgütlerle mücadele bakımından dikkat edilmesi gereken noktalara vurgu yapılmıştır. Raporda yer verilen dört büyük İtalyan örgütü ise şunlardır: Cosa Nostra, Ndrangheta, Camorra ve Apulian.<sup>132</sup>

## SONUÇ

Avrupa'nın karşılaştığı önemli güvenlik sorunlarından biri özellikle iç sınırların kaldırılmasıyla artan organize suçluluktur. Avrupa'nın yasadışı mal ve hizmetler bakımından önemli bir talep merkezi olması aynı zamanda küreselleşme süreci ve teknoloji ve iletişim olanaklarının gelişmesi ile birlikte organize suç örgütleri Avrupa suç piyasasında önemli bir konum elde etmişlerdir. Bu durum ise AB'nin organize suçlulukla mücadelede kapsamlı stratejiler geliştirmesine ve uyuşturucu ve insan ticareti başta olmak üzere sınıraşan suçlara karşı üye ülkeler ile birlikte aday ülkeler ve komşu üçüncü ülkeler ile iş birliğine gitmesine yol açmıştır. AB bünyesinde organize suçlulukla mücadele terörizm ile birlikte öncelikli alan olarak ele alınmıştır. Sınıraşan organize suçlulukla mücadele, birden çok ülkeyi içine alan bir yapılanma ve yasal düzenleme ihtiyacı doğurmuş; bu kapsamda, antlaşma metinlerinde organize suçlulukla mücadeleye ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve organize suçlulukla mücadeleye ilişkin olarak kararlar, programlar, eylem planları gibi birçok düzenleme yapılmıştır.

Organize suçlulukla mücadele kapsamında ele alınan birçok belgede polisiye ve adli konularda güçlendirilmiş iş birliği vurgusu yapılmış, aynı zamanda organize suçluluğun suç gelirlerinin aklanması ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.

---

<sup>130</sup> Raporun tamamı için bkz. [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/italian\\_organised\\_crime\\_threat\\_assessment\\_0.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/italian_organised_crime_threat_assessment_0.pdf) (Erişim Tarihi: 28.10.2016).

<sup>131</sup> Mafya kavramının ortaya çıktığı yer ve süreci ile etimolojik yapısı ve özellikleri hakkında bkz. Murat Çulcu, *Dünyamızı Saran Mafya*, C. I, Kastaş Yayınları, İstanbul, 1992, s. 151, 152. Organize suçluluk kavramı ile mafya kavramlarının birleşmesinin 1950 ve 1960'lı yıllara tekabül ettiği belirtilir. 1963 yılında Cosa Nostra'nın düşük rütbeli bir üyesi olan Joe Valachi'nin deneyimlerini itiraf etmesiyle bu tehditkâr suç örgütüne yeni bir isim verilmiştir. Böylelikle mafya merkezli organize suç kavramı, 1950 ve 1960'lı yıllar boyunca giderek sağlamlaşmıştır. Paoli / Fijnaut, s. 26.

<sup>132</sup> Mafyanın İtalya'daki görünümü olan söz konusu örgütlere ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Abadinsky, s. 63 vd. Ayrıca bkz Evik, s. 35 vd.

Bu bağlamda güçlü iş birliği ve suç gelirlerinin aklanması ile mücadele organize suçluluk ile mücadele bakımından öne çıkan alanlar olmuştur. Söz konusu düzenlemeler AB'nin organize suçlulukla mücadeleye özel bir önem atfettiğini ve suçlulukla mücadeledeki kararlılığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerde eksikliklerin, belirsizliklerin bulunduğu, yine uyumlaştırma ve mevzuatların yakınlaştırılması kapsamında üye ülkelerin mevzuatları arasında halen bazı farkların kaldığı gözden kaçırılmamalıdır. Kendisini belirli kurallara bağlamış ve hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde sistem içerisinde entegre olmuş ve iyi donatılmış organize suç örgütleri ile mücadele etmenin oldukça güç olduğunu ifade etmek gerekir. Zira organize suç örgütleri her türlü yöntem ve tekniği uygularken, suçları soruşturmakla görevli makam ve merciler hukuka uygun araçları kullanmalı, hukuk devleti ilkesi ve insan hakları ile bağlı olmalıdır. Bu noktada organize suçlulukla mücadelede uluslararası iş birliği uygulanabilir hale getirilerek konunun ülkeler nezdindeki meşruiyetinin sağlanması gerekmektedir.

Küreselleşme ile birlikte sınıraşan bir boyuta sahip olan organize suçlulukla etkin mücadele, özgürlük, güvenlik ve adalet alanında sağlanacak olan bütünleşme ve mevzuatların yakınlaştırılması yönündeki eğilimlerin ve çabaların başarılı bir şekilde hayata geçirilmesi ile sağlanabilecektir. Bu noktada üye devletlerin egemenlik çekinceleri ile birlikte ceza hukuku sistemleri arasındaki önemli farklılıklar, uluslara göre farklılık gösteren tarihsel, kültürel ve siyasal gelenekler nedeniyle Avrupa Birliği bünyesinde ortak bir "Avrupa Birliği Ceza Kanunu" yaratılması imkanının bulunmaması, sınıraşan birtakım ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku tedbirlerinin hayata geçirilmesi suretiyle suçlulukla mücadeleyi geciktirmekte ve zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar Avrupa Birliği'ne üye tüm devletlerde geçerli ortak bir ceza kanununun benimsenmesi şu an için mümkün görünmese de organize suçlulukla mücadelede karşılaşılan zorlukların aşılması, devletlerin ulusal egemenlik tabularını yıkarak egemenliğine dâhil ceza ve ceza muhakemesi alanındaki en azından birtakım yetkilerinin üye devletlerden AB'ye aktarılması yoluyla mümkün olacaktır.

\*\*\*\*

## KAYNAKÇA

### KİTAP VE MAKALELER

**ABADINSKY Howard**, Organized Crime, 11. Baskı, Cengage Learning, 2016.

**ADAMOLI Sabrina / DI NICOLA Andrea / SAVONA Ernesto U. / ZOFFI Paola**, Organised Crime Around The World, Heuni Helsinki, 1998.

**ADEN Hartmut**, “Convergence of Policing Policies and Transnational Policing in Europe”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 9(2), Netherlands, Kluwer Law International, 2001, s. 99-112.

**ANDERSON Ross / BARTON Chris / BÖHME Rainer / CLAYTON Richard / VAN EETEN Michael / LEVI Michael / MOORE Tyler / SAVAGE Stefan**, Measuring the Cost of Cybercrime, Workshop on the Economics of Information Security, 2012.

**ANDVIG Jens Christopher**, Public procurement and organized crime—illustrated with examples from Bulgaria, Italy and Norway, Norwegian Institute of International Affairs, Oslo, 2012.

**ASSER INSTITUTE**, Prevention of fraud, corruption and bribery committed through legal entities for the purpose of financial and economic gain (Project HOME/2010/ISEC/AG/081). Brussels: European Commission, 2012.

**BENYON John**, “Policing the European Union: The Changing Basis of Cooperation on Law Enforcement”, International Affairs, Vol: 70, No: 3, 1994, s. 497-517.

**BOGERS Gert / KARVOUNARAKI Athina / CLARKE Steve / TAVARES Cynthia**, Trafficking in human beings, Eurostat Methodologies and Working papers, Luxembourg, 2013.

**BOZKURT Enver / ÖZCAN Mehmet / KÖKTAŞ Arif**, Avrupa Birliği Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

**BULLOCK Karen / CLARKE R. V. G. / TILLEY Nick (Editörler)**, Situational Prevention of Organised Crimes, Routledge, 2012.

**CALDERONI Francesco**, Organized Crime Legislation in the European Union: harmonization and approximation of Criminal Law, national legislations and the EU Framework Decision on the fight against Organized Crime, Springer, 2010.

**CONINSX Michèle / DA MOTA José Luis Lopes**, “The International Role of Eurojust in Fighting Organized Crime and Terrorism”, European Foreign Affairs Review, Vol: 14 No: 2, 2009, s. 165-169.

**ÇULCU Murat**, Dünyamızı Saran Mafia, C. I, Kastaş Yayınları, İstanbul, 1992.

**DEMİRBAŞ Timur**, Kriminoloji, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

**DİNÇKOL Abdullah**, Türkiye’de Organize Suçluluk ve Sosyo-Ekonomik Yapı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, S.1, Mayıs 2002.

**DÖNMEZER Sulhi**, “Organize Suçlulukla Mücadele” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, C:1, 2002.

**ERDEM Mustafa Ruhan**, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

**EVİK Vesile Sonay**, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

**FIJNAUT Cyrille / PAOLI Letizia (Editörler)**, Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004.

**GÓMEZ-CÉSPEDEZ Alejandra / STANGELAND Per**, “Spain: The Flourishing Illegal Drug Haven in Europe.” in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 387-412.

**GÖÇMEN İlke**, Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

**GREGORY Frank**, “Policing Transition in Europe: The Role of Europol and the Problem of Organized Crime”, Innovation: The European Journal of Social Science Research, Vol: 11, No: 3, 1998, s. 287-305.

**GUYMON CarrieLyn Donigan**, “International Legal Mechanism for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention”, Berkeley Journal Of International Law, Vol: 18, No: 53, 2000, s. 53-101.

**HICKS David C.**, “Thinking about Organized Crime Prevention”, Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol: 14, No: 4, November 1998, s. 325-350.

**İÇEL Kayıhan**, Sunuş Konuşması, Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli, 5 Ekim 2001.

**JOUTSEN Matti**, The European Union and Cooperation in Criminal Matters: the Search for Balance, HEUNI Paper No: 25, Helsinki, 2006.

**KAVLAK Cihan**, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

**KLEEMANS E.**, “Crossing Borders: Organised Crime in the Netherlands”, in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 303-331.

**KLEEMANS Edward R. / SOUDIYN Melvin R. J. / WEENINK Anton W.**, “Organized crime, situational crime prevention and routine activity theory”, in: Trends in Organized Crime, 2012, Vol: 15, No: 2-3, s. 87-92.

**KOCASAKAL Ümit**, “Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, C:1, 2002.

**KOCASAKAL Ümit**, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2004.

**KORKMAZ İbrahim**, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, s. 81-152.

**LALAM Nacer**, “How Organised Is Organised Crime in France?”, in: C. Fijnaut and L. Paoli (Editörler), Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond, 2004, s. 357-385.

**LEVI Michael / MAGUIRE Mike**, “Reducing and Preventing Organised Crime: An Evidence-Based Critique”, Crime, Law and Social Change, 41 (5), 2004, s. 397-469.

**LEVI Michael / INNES Martin / REUTER Peter / GUNDUR Rajeev V.**, The Economic, Financial & Social Impacts of Organised Crime in the European Union, Special Committee On Organised Crime, Corruption And Money Laundering, Policy Department C: Citizens’ Rights And Constitutional Affairs, Brussels, 2013.

**MORAVCSIK Andrew / NICOLAÏDIS Kalypso**, “Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence, Institutions”, Journal of Common Market Studies, Vol: 37, No: 1, 1999, s. 59-85.

**NEWTON Michael**, Chronology of Organized Crime Worldwide: 6000 B.C.E to 2010, North Carolina: Mc Farland & Company Inc, 2011.

**ÖZCAN Mehmet / YARDIMCI Serkan**, “Avrupa Birliği ve Küresel Terörizmle Mücadele”, TERÖRİZM, Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler, Derleyen: İhsan Bal, USAK Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2006.

**ÖZEK Çetin**, “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998.

**ÖZGENÇ İzzet**, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013.

**PAOLI Letizia / FIJNAUT Cyrille**, “Organised crime and its control policies”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol: 14(3), 2006, s. 307-327.

**PAOLI Letizia / FIJNAUT Cyrille**, “Introduction to Part I: The History of the Concept”, *Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Ed. Cyrille Fijnaut / Letizia Paoli, The Netherlands: Springer, 2004.

**PIRIS Jean-Claude / MAGANZA Giorgio**, “The Amsterdam Treaty: Overview and Institutional Aspects”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 22, Issue: 6, Article 3, 1998, S32.

**RENARD Thomas**, *Partners in crime? The EU, its strategic partners and international organised crime*, ESPO Working Paper 5, European Strategic Partnerships Observatory (ESPO), 2014.

**SERZYSKO Agnieszka**, “Eurojust and the European Judicial Network on a new legal basis, ERA Forum”, *Journal of the Academy of European Law*, Vol: 11, Issue 4, 2011, s. 585–600.

**SOKULLU-AKINCI Füsün**, “Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye’deki Boyutları”, in: *Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli*, 5 Ekim 2001.

**SOKULLU-AKINCI Füsün**, “Organized Crime”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağani, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004.

**SÖZÜER Adem**, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye’deki Boyutları”, *Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli*, 5 Ekim 2001.

**SUOMINEN Annika**, “The Past, Present and the Future of Eurojust”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol: 15, No: 2, 2008, s. 217-234.

**SZAREK-MASON Patrycja**, *The European Union’s Fight Against Corruption: The evolving policy towards Member States and candidate countries*, Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge University Press, 2010.

**UYGUN, Murat**, *Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

**VAN DE BUNT Henk**, *Cathelijne van der Schoot, Prevention of Organised Crime: A situational approach*, The Hague: WODC, 2003.

**VAN DIJK Jan**, “Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies”, *Trends in Organised Crime*, Vol: 10, Issue 4, 2007, s. 39-56.

**VERMEULEN Gert (Editör)**, *Essential Texts on International and European Criminal Law*, 8th Edition, Maklu, 2015.

**VON LAMPE Klaus**, “The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to ‘Organized Crime’ ”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol: 11, No: 2, 2011, s. 145-163.

**WEYEMBERGH Anne / ARMADA Inés / BRIÈRE Chloé**, “Competition or cooperation? State of play and future perspectives on the relations between Europol, Eurojust and the European Judicial network”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol: 6, Issue 2, 2015, s. 258 – 299.

**WRIGHT Alan**, *Organised Crime*, Willan Publishing, 2006.

**YAKUT Bahadır**, “Lizbon Sonrası Avrupa Birliği’nin Cezai Meselelerde Yetkisinin Kapsamı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C: 9, No: 2, Y: 2010, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, s.169-207.

### İNTERNET KAYNAKLARI<sup>133</sup>

#### **Avrupa Birliği Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi**

[http://www.ab.gov.tr/files/2012\\_ilerleme\\_raporu\\_02\\_01\\_13\\_fotomat\\_version.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_02_01_13_fotomat_version.pdf)

[http://www.ab.gov.tr/files/2013TR%20IR/tthir\\_tr\\_14\\_01\\_2013.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/2013TR%20IR/tthir_tr_14_01_2013.pdf)

<http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224>

#### **Avrupa Birliği Konseyi Resmi İnternet Sitesi**

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>

#### **Avrupa Birliği Müktesebatı İçin Avrupa Birliği Hukuk Portalı**

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000F0503>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008F0841>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0171>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010DC0673>

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504(01))

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1476955426137&uri=CELEX:12002M/TXT>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

---

<sup>133</sup> Tüm internet kaynakları kontrol edilmiş olup tamamının 28.10.2016 tarihi itibarıyla erişilebilir durumda olduğu tespit edilmiştir.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1400703113704&uri=CELEX:11997D/TXT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400703113704&uri=CELEX:11997D/TXT)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1400703806511&uri=CELEX:12007L/TXT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400703806511&uri=CELEX:12007L/TXT)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1400745794092&uri=CELEX:12001C/TXT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400745794092&uri=CELEX:12001C/TXT)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997XG0815](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997XG0815)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997IP0333](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1400938722325&uri=CELEX:51997IP0333)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1401018943217&uri=CELEX:31999Y0123\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401018943217&uri=CELEX:31999Y0123(01))

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?qid=1401029597631&uri=CELEX:52005XG0303\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1401029597631&uri=CELEX:52005XG0303(01))

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123(01))

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31997F0827>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31998F0428>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998F0733>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002D0187>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003D0659>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008D0976>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009D0371>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009D0426>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0042>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52005DC0232>

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/  
TXT/?uri=CELEX:52005XG0812\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005XG0812(01))

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0185>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33020>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3Aai0020>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0240>

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.  
do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML)



### **Avrupa Parlamentosu Resmi İnternet Sitesi**

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0444&language=EN>

[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm)

DUFF Andrew, "True Guide to the Treaty of Lizbon" <http://www.alde.eu/fileadmin/files/Download/True-Guide-NEW.pdf>

### **Emniyet Genel Müdürlüğü Interpol Europol Dairesi Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi**

<http://www.interpol.pol.tr/Sayfalar/turkeuropoliliski.aspx>

### **Europol Resmi İnternet Sitesi**

<https://www.europol.europa.eu/content/page/about-us>

<https://www.europol.europa.eu/content/eu-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta>

<https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assesment-iocta>

<https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2015>

<https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2016>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/european-union-organised-crime-report-2004-1497>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/european-union-organised-crime-report-2005-1499>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2006-eu-organised-crime-threat-assessment-1457>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2007-eu-organised-crime-threat-assessment-1459>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2008-eu-organised-crime-threat-assessment-1461>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2009-eu-organised-crime-threat-assessment-1463>

<https://www.europol.europa.eu/content/publication/octa-2011-eu-organised-crime-threat-assesment-1465>

[https://www.europol.europa.eu/latest\\_news/turkey-and-europol-sign-liaison-agreement](https://www.europol.europa.eu/latest_news/turkey-and-europol-sign-liaison-agreement)

[https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/italian\\_organised\\_crime\\_threat\\_assessment\\_0.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/italian_organised_crime_threat_assessment_0.pdf)

### **Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi**

<http://www.kihbi.gov.tr/organize-suclarla-mucadele-eylem-plani-toplantisi-gerceklestirildi>

### **Resmi Gazete**

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040715.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040715.htm>

### **Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi İnternet Sitesi**

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>

### **Uygulayıcılar için Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Yardımı**

[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/eurojust-framework/ejrelationswithpartners/ejn-eurojust%20paper%20on%20judicial%20cooperation%20in%20criminal%20matters%20%28may%202014%29/ejn-ej-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters\\_2014-05\\_en.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/eurojust-framework/ejrelationswithpartners/ejn-eurojust%20paper%20on%20judicial%20cooperation%20in%20criminal%20matters%20%28may%202014%29/ejn-ej-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters_2014-05_en.pdf)

# TÜRK İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

*Noncompetition Contract In Turkish Labour Law*

**Nuray KOVANCI<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 13.12.2017

Kabul Tarihi: 12.04.2017

## ÖZET

İş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun bir gereği olan rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin bitimi ile sona erer. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde işçiye karşı rekabet etmeme borcunun ileri sürülebilmesi için ise, rekabet yasağının iş sözleşmesinde ayrıca öngörülmesi veya iş sözleşmesinden ayrı ve özel bir rekabet yasağı sözleşmesiyle düzenlenmiş olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ila 447. maddelerinde yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İş sözleşmesi, Rekabet Etmeme Borcu, Rekabet Yasağı, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu.

## ABSTRACT

Non – competition obligation, as an integral part of the duty of fidelity residing in the employment contracts, dose not extend after termination of the contract of employment. Assertion of the non – competition obligation to the employee after the termination of the employment contract requires either a non – competition clause, which is stipulated on the contract of employment; or a separate and single noncompetition contract. Relevant regulations regarding to non – compete agreements can be found between the articles 444- 447 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098.

**Key Words:** Employment Contract, Non – Competition Obligation, Prohibition of Competition, Noncompetition Contract, Turkish Code of Obligations.

## GİRİŞ

Rekabet, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma ya da bazı menfaatleri aralarında eşit olarak paylaşmak yerine, diğerlerine nazaran en büyük payı elde etmek isteyen kişilerin karşılıklı durumu şeklinde tanımlanabilir.<sup>2</sup> Rekabet, günümüzde ekonomik ve ticari hayatta önemli bir yer edinmiştir. Ekonomik ve ticari hayatın en önemli aktörlerinden biri de, işçilerdir. Nitekim işçilerin, iş ilişkisi sırasında işverenin işyerine, faaliyet alanına, müşteri çevresine ilişkin özel ve önemli bilgileri elde etmesi mümkündür. İşte bu bilgilerin iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki süreçte işçi tarafından kullanılmak suretiyle işverenle rekabet edilmesinin ortaya çıkarabileceği riskleri ortadan kaldırmak amacıyla “rekabet yasağı” kavramı öngörülmüştür.

<sup>1</sup> Diyarbakır Hâkimi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi, nuraykovanci@hotmail.com.

<sup>2</sup> Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s.41.

Hukukumuzda, kural olarak, iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde işçinin işvereni ile rekabet etmeme borcu vardır. İş ilişkisinin devam ettiği bu süreçteki rekabet etmeme borcu, geniş anlamda sadakat borcu içinde yer alır. Bu nedenle iş sözleşmesinde rekabet yasağının açıkça kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde işçiye karşı rekabet etmeme borcunun ileri sürülebilmesi için ise, rekabet yasağının iş sözleşmesinde ayrıca öngörülmesi veya iş sözleşmesinden ayrı ve özel bir rekabet yasağı sözleşmesiyle düzenlenmiş olması gerekir.

## I. REKABET ETMEME BORCU

### A.Genel Olarak

İşçinin rekabet etmeme borcu, kural olarak, iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde var olduğu gibi sözleşmenin sona ermesinden sonra da işçiye borç olarak yüklenmiş olabilir.<sup>3</sup>

İş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde işçinin işverenle rekabet etmemesi, geniş anlamda sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülük<sup>4</sup> olup işçinin işverene karşı sadakat borcunun olumsuz anlamdaki yönünü ifade eder.<sup>5</sup> Bu kapsamda iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin, sadakat borcu gereği, işvereni ile rekabet oluşturacak davranışlardan kaçınması gerekir.<sup>6</sup>

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 396/3. maddesi uyarınca da, "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete giripemez." Aynı maddenin 4. fıkrasında belirtildiği üzere, "İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet

<sup>3</sup> Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.207.

<sup>4</sup> Narmanlıoğlu, s.207; Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), İstanbul 2013, s.350. Aynı yönde bkz. Erdemoğlu, Deniz, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 21, Yıl: 2009, s. 142.

<sup>5</sup> Savaş, Fatma Burcu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 13, Yıl: 2007, s. 105.

<sup>6</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, İş Hukuku (Genel Kavramlar – Bireysel İş İlişkileri), Ankara 2014, s.608. Aynı yönde bkz. Alpagut, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, s. 943; Demir, Fevzi; Demir, Gönenc, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulanması", Kamu-İş Dergisi, Cilt:11, Sayı:1, 2009, s.20; Keser, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Yıl:6, Sayı:24, s. 88; Uşan, M. Fatih, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, Yıl:6, Sayı:21, s. 116.

<sup>7</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

ilişkinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz.”

Esasen sadakat borcunun kaynağı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu <sup>8</sup>’nda düzenlenen dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2).<sup>9</sup> 6098 sayılı TBK’nın yürürlük tarihine kadar, hukukumuzda, iş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat borcuna aykırı ve özellikle rekabet oluşturacak tarzda üçüncü bir kişinin yanında çalışmasını yasaklayan tamamlayıcı bir hukuk kuralı bulunmamakta idi. Ancak işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun bu tarz davranışları yasakladığı belirtilmekteydi.<sup>10</sup>

İş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde rekabet etmeme borcunun söz konusu olabilmesi için, iş sözleşmesinde rekabeti yasaklayan bir hükmün açıkça yer alması gerekmez. İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin, işverene karşı rekabet etmeme borcu, tarafların ayrıca kararlaştırdıkları rekabet yasağı şartından değil, doğrudan doğruya iş sözleşmesinden kaynaklanmakta ve sadakat borcu bağlamında ortaya çıkmaktadır.<sup>11</sup> Sadakat borcu da açıkça kararlaştırılmasa bile her iş sözleşmesinde vardır.<sup>12,13</sup> 6098 sayılı TBK’da, iş sözleşmesinin devamı süresince rekabet etmeme borcu ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 396/3). Rekabet yasağına ilişkin TBK m. 396/3 hükmü, benzer bir düzenlemenin İş Kanununda yer almaması karşısında, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından da göz önünde bulundurulacaktır.<sup>14</sup>

İş sözleşmesi süresince işçiye rekabet etmeme borcu yüklenmesinin amacı, işverenin işletmeyle ilgili çıkarlarının işçinin girişimi ile bozulmasını ve işçinin işverenin sırlarını da kullanarak rekabet edici davranışlarda bulunmasını önlemektir. Böyle bir sınırlama, işçinin girişim özgürlüğü ve çalışma özgürlüğüne

---

<sup>8</sup> RG. 08.12.2001, 24607.

<sup>9</sup> Demir, Fevzi; Demir, Gönenç, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş Dergisi, Cilt:11, Sayı:1, 2009, s.2; Savaş, s.105; Tuncay, A. Can, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 2001, s.1046.

<sup>10</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.609.

<sup>11</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.610. Rekabet etmeme borcunun kanundan doğan bir yapmama borcu niteliğinde olduğu öğreti görüşü için bkz. Uşan, İş Sırrının Korunması, s.138.

<sup>12</sup> Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s.180.

<sup>13</sup> Belirtmek gerekir ki; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun’da “Gazeteci işvereninle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir.” hükmü öngörülmüştür (m.13/1). Buna göre; gazeteciler için iş sözleşmesinde rekabet yasağını öngören bir hüküm var ise, rekabet etmeme borcu doğar. Arslan Ertürk, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, s.327; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.611.

<sup>14</sup> Centel, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Yıl: 6, Sayı: 22, s.8.

(1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 48 - 49) aykırı bulunmamaktadır. İşçi, iş sözleşmesi yapmakla sözleşme gereği üstlendiği işi yapması gerektiği süre içinde başka bir işte çalışamayacağı gibi, işçinin iş saatleri içinde veya dışında işverenin yanında çalışırken öğrendiği sırları ve bilgileri kullanması ve işverenle aynı işi haksız olarak yapması ve ticari kazanç elde etmesi sadakat borcuna aykırılık teşkil eder ve dürüstlük kuralları ile de bağdaşmaz. İşçinin işverenle rekabet etme girişimi işvereni doğrudan doğruya zarara uğratmasa da, böyle bir zararın ortaya çıkma olasılığının bulunması hâli de rekabet etmeme borcunun ihlalinden söz edebilmek için yeterlidir.<sup>15</sup>

İşçinin sadakat borcu gereği işvereni ile rekabet etmeme borcu, işvereni ile rekabet oluşturacak bir işi kendi adına yapmamak, işin özelliğinin gerekli kıldığı istisnalar hariç çalışma saatleri dışında işverene rakip başka bir işverenin yanında çalışmamak, işverene rakip bir kuruluşta ortak olmamak veya başka bir sıfatla böyle bir kuruluşla ilgisi bulunmamak gibi yükümlülükler içerir.<sup>16</sup> İşçinin bu yükümlülüklerle aykırı davranışı yanında, işverene, işe ve işyerine ilişkin saklanması gereken bilgileri kendisi için kullanması da rekabet etmeme borcuna aykırılık oluşturur.<sup>17</sup>

İş sözleşmesi devam ederken işçi tarafından rekabet etmeme borcunun ihlal edilmesi hâlinde, işveren iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu<sup>18</sup>'nin 25/2,e maddesi uyarınca haklı nedenle feshedebilir. İşverenin ayrıca tazminat talep hakkı saklıdır (m. 26/2; TBK m. 400/1).<sup>19</sup>

İşçinin, iş süresince sadakat borcunun bir sonucu olarak işverenle rekabet etmemesi açıkça kararlaştırılmasa bile asıl iken, işçinin iş ilişkisi sona erdikten sonra hukuken böyle bir yükümlülüğü yoktur.<sup>20</sup> Bu durumda işçinin iş ilişkisi kapsamında edindiği bilgileri iş sözleşmesinden sonra kullanıp kullanamayacağı konusunun ele alınması gerekir.

İşçi, iş ilişkisi kapsamında edindiği mesleki bilgileri, iş sözleşmesinden sonra da kullanmakta, kural olarak, serbesttir.<sup>21</sup> TBK'nın 396/4. maddesi uyarınca; "İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla

<sup>15</sup> Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.109.

<sup>16</sup> Narmanlıoğlu, s.207.

<sup>17</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.610 vd.

<sup>18</sup> RG. 10.06.2003, S. 25134.

<sup>19</sup> Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s.147; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.178.

<sup>20</sup> Eyrenci/Taşkent/ULucan, s.109.

<sup>21</sup> Taşkent, Savaş; Kabakçı, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Yıl:4, Sayı:16, s.22.

yükümlüdür.” Dolayısıyla işçinin, iş gördüğü sırada edindiği mesleki bilgileri iş ilişkisinin bitiminden sonra madde hükmünde belirtilen şartlar çerçevesinde kullanmasına izin verildiği belirtilmektedir.<sup>22</sup>

İş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun bir gereği olan rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin bitimi ile sona erer.<sup>23</sup> Ancak işçi ve işveren, iş ilişkisi devam ederken iş sözleşmesinin bitiminden sonra işçinin işverene rekabet edemeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasını, ki bu hâlde rekabet yasağı kaydı söz konusudur,<sup>24</sup> veya bu konuda ayrı bir sözleşme niteliğinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını kararlaştırabilirler.<sup>25</sup>

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444. ve devamı maddelerinde rekabet yasağı borcuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. TBK’nın 444/1. maddesine göre; “Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.”

Rekabet yasağı sözleşmesinin kurulmasında amaç, işverenin, işçinin iş sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği bilgileri kullanmasını engelleme ve bu suretle bir zarara uğrama tehlikesini ortadan kaldırmaktır.<sup>26</sup>

Türk Borçlar Kanununda düzenlenen rekabet etmeme borcu, ancak iş sözleşmesi taraflarının bunu açıkça kararlaştırmış olmaları hâlinde ortaya çıkmakta ve bu borcun ifası iş sözleşmesinden sonraki süre içinde beklenmektedir.<sup>27</sup> İş sözleşmesi sonrası rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin sona ermesini takiben geçerli olmak üzere, iş sözleşmesine koyulan bir rekabet yasağı şartından veya ayrıca yapılan rekabet yasağı sözleşmesinden doğmaktadır.<sup>28</sup> Bu nedenle işçinin sadakat borcundan kaynaklanan bir borç olmayıp, bağımsız<sup>29</sup> ve akdi<sup>30</sup> bir borç niteliğindedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi, işverene karşı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle

---

<sup>22</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.611.

<sup>23</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.611.

<sup>24</sup> Altay, Sabah, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi İle İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı:3, s.178.

<sup>25</sup> Keser, s.89; Süzek, s.350; Tuncay, s.1065.

<sup>26</sup> Erdemoğlu, s.144; Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s.9 vd.

<sup>27</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.180.

<sup>28</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.611; Narmanlıoğlu, s.208.

<sup>29</sup> Arslan Ertürk, s.323.

<sup>30</sup> Altay, s.177.

kendi namına işverenle rekabet edecek bir iş yapmamayı, rakip bir işletmede çalışmamayı veya bunların dışında böyle bir müessesede ortak veya diğer bir sıfatla yer almak suretiyle menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı üstlenebilir.<sup>31</sup> Bu kapsamda, rekabet yasağı, bir yapmama borcu, yani olumsuz edim niteliğindedir.<sup>32</sup> Rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme şahsi nitelikte olduğundan, rekabet etmeme borcu miras yoluyla intikal etmez ya da bir başkasına devredilemez.<sup>33</sup>

Kanunda herhangi bir kısıtlama olmadığından iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın rekabet yasağı kararlaştırılabilir.<sup>34</sup>

Rekabet yasağı, iş sözleşmesi kurulurken kararlaştırılabileceği gibi, iş sözleşmesi kurulduktan sonra ve devam ederken de kararlaştırılabilir.<sup>35</sup> Rekabet yasağına ilişkin sözleşme en erken iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte yapılabilir. Buna karşılık, TBK m. 444 kapsamında, iş sözleşmesi yapılmadan önceki veya bittikten sonraki bir tarihte yapılamaz.<sup>36</sup>

Rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin haklı menfaatlerini korumak açısından önemli olmakla birlikte, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne doğrudan müdahale edebilecek niteliktedir. 1982 Anayasasının 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, bireyin hayatını kazanması yanında anayasada öngörülmuş olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla (m. 5; 17) da bağlantılıdır. İşverenin korunması gereken haklı menfaati ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü arasında dengeyi kurabilmek ve özellikle işçiyi korumak adına rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği kanunda sınırlayıcı hükümlere tabi kılınmıştır. Belirtelim ki, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere yer verilmişti (m. 348-352). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için birtakım koşullar getirilmiştir (m. 444-447).<sup>37</sup> Bu kapsamda rekabet yasağı sözleşmesi işçinin çalışma özgürlüğünü, sözleşme özgürlüğünü ve girişim özgürlüğünü tümü ile ortadan kaldıramaz.<sup>38</sup> Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu koşullar olmaksızın yapılan sözleşme butlan yaptırımına tabi olup,

---

<sup>31</sup> Çelik, s.147; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.110.

<sup>32</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.180; Köseoğlu, Haluk, "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1968, Sayı:6, s. 982; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.49.

<sup>33</sup> Altay, s.181; Keser, s.53.

<sup>34</sup> Çelik, s.148, dn. 49a; Keser, s.91; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.56.

<sup>35</sup> Savaş, s.106 vd.

<sup>36</sup> Altay, s.182; Keser, s.91.

<sup>37</sup> Süzek, s.351.

<sup>38</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.110.



geçersizdir.<sup>39</sup> Bununla birlikte, rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler, nispi emredici nitelikte olup işçi lehine aksi kararlaştırılabilir.<sup>40</sup>

İşçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün anayasal hak niteliği taşıması nedeniyle, bu hakkı sınırlayan kanun hükümleriyle rekabet yasağına ilişkin hükümlerin şüphe hâlinde işçi lehine dar yorumlanması gerekir.<sup>41</sup>

## II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, genel olarak, işçinin işverenle rekabet etmekten kaçınmasıdır.<sup>42</sup> İş ilişkisi sona eren işveren aleyhine rekabet oluşturabilecek ve rekabet yasağı sözleşmesine konu olabilecek faaliyetler, TBK'nın 444. maddesinde belirtilmiştir. Şöyle ki; söz konusu hüküm uyarınca; "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir." (TBK m. 444/1).

Buna göre rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, kendi adına işvereni ile rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir kuruluştaki çalışmaması, rakip bir kuruluşa ortak olmaması ve ortaklıktan başka bir sıfatla dahi rakip bir kuruluşla ilgisinin olmamasıdır.<sup>43</sup> Kanunda yasaklanabileceği öngörülen faaliyetler birbirinden bağımsızdır.<sup>44</sup> Öğretide, işçinin kanuna karşı hile oluşturacak bir biçimde kendi adına değil, ancak anlaşılabilir olarak bir yakını adına bir işletme açması da rekabet yasağı kapsamına dahil edilmektedir.<sup>45</sup>

Rekabet yasağı, rakip bir kuruluştaki çalışma ve böyle bir kuruluşa katılma yasağını içerir. Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş, rakip kuruluş olarak kabul edilir. Buna karşın aynı maddeyi değişik mal veya hizmet üretmek için kullanan kuruluşlar, rakip kuruluş olarak kabul edilmez.

---

<sup>39</sup> Altay, s.189; Başkan, Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2012, s.118.

<sup>40</sup> Altay, s. 184; Özdemir, Erdem "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, 2005, s.99.

<sup>41</sup> Soyer, s.43; Süzek, s.351; Taşkent/Kabakçı, s.23.

<sup>42</sup> Altay, s.192.

<sup>43</sup> Manav, Eda, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:87, 2010, s.324.

<sup>44</sup> Altay, s.193; Taşkent/Kabakçı, s.24.

<sup>45</sup> Keser, s.97.

Taraflar, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere, işçinin rekabet teşkil etmeyen bir işi yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme yapamazlar ya da iş sözleşmesine bu hususta bir hüküm koyamazlar.<sup>46</sup>

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, örneğin, şarap firmasında satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka bir işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmasının yasaklanması olabilir.<sup>47</sup>

### III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

#### A. Ehliyet ve Şekle İlişkin Şartlar

##### 1. Ehliyet

TBK'nın 444/1. maddesine göre, "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir."

Söz konusu hükme göre, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmeyi yapan işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan; bir diğer ifadeyle tam ehliyetli olan işçi sözleşme ehliyetine sahiptir (TMK m. 9 vd.). Fiil ehliyetine sahip olma koşulu, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı ana göre değerlendirilmelidir.<sup>48</sup> Sözleşmenin yapıldığı sırada işçi fiil ehliyetine sahip değilse rekabet yasağı düzenlemesi geçersizdir.<sup>49</sup>

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda sözleşmenin geçerli olabilmesi için sözleşme yapıldığı sırada işçinin reşit olması öngörülmüştü. Ancak yürürlükteki Borçlar Kanununda mülga kanundan farklı olarak fiil ehliyetine sahip olan işçilerin sözleşme yapabileceği öngörülmüştür. Bu durumda evlenme veya mahkeme kararıyla ergin olmak suretiyle tam fiil ehliyetine sahip olan işçi TBK hükümlerine göre rekabet yasağı sözleşmesi yapma ehliyetine sahiptir.<sup>50</sup> Öte yandan sınırlı ehliyetsiz, yani ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı işçi kendi başına sözleşme yapamayacağı gibi kanuni temsilcisinin rızası veya onayı

---

<sup>46</sup> Manav, s.325.

<sup>47</sup> Y 9. HD, 29.5.1997, 1997/6252, 1997/10506, Manav, s.325.

<sup>48</sup> Baskan, s.118; Soyer, s.44.

<sup>49</sup> Süzek, s.351.

<sup>50</sup> Alpogut, s. 945; Çayan, Gökhan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununa Etkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 39, Yıl: 2013, s.95.

ile de yapamaz.<sup>51</sup> Aksi halde sözleşme geçersiz olmaktadır. Aynı durum tam ehliyetsiz işçiler için de söz konusudur.<sup>52</sup>

## 2. Şekil

TBK'nın 444/1. maddesine göre; rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekir. Kanunda, yazılı şekil bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olup yazılı olarak yapılmayan sözleşme geçersizdir.<sup>53</sup> Rekabet yasağı ister iş sözleşmesinde yer alan bir kayıt niteliğinde olsun, isterse iş sözleşmesinin devamı süresince yapılmış ayrı bir sözleşmenin konusu olsun, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.<sup>54</sup> Kanuni yazılı şekil şartının amacı, işçinin yasağın kapsamı konusunda bilgi sahibi olması ve korunmasıdır.<sup>55</sup>

Rekabet yasağı sözleşmesinin tabii olduğu yazılı şekil, adi yazılı şekildir.<sup>56</sup> TBK m. 14 uyarınca; sözleşmenin sadece işçiye borç yüklediği hâllerde işçinin imzası gerekli ve yeterli iken, işverenin rekabet yasağına karşılık olarak bir borç yüklenmesi hâlinde sözleşmede işverenin imzası da bulunmalıdır.<sup>57</sup>

Rekabet yasağı iş sözleşmesinde bir kayıt olarak öngörülebileceği gibi iş sözleşmesinden ayrı olarak yapılan bir sözleşmeye de konu olabilir. Öğretide, rekabet yasağının iş sözleşmesinin eki niteliğinde olan personel yönetmeliği veya iç yönetmelik gibi işverence tek taraflı olarak düzenlenen belgelerde yer alması durumunda rekabet yasağının bu belgelere atıfta bulunmak suretiyle geçerli bir biçimde kararlaştırılmış sayılmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim iç yönetmelikte öngörülecek olan rekabet yasağı kaydı, işyerindeki tüm işçileri kapsayan genel bir niteliğe sahiptir. Rekabet yasağı sözleşmesinin şartları ise her işçi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>58</sup> Ayrıca, işverenin iş sözleşmesinde, sözleşmesinin sona ermesinde işçiye rekabet yasağı getirme hakkını saklı tutması mümkün değildir.<sup>59</sup>

TBK m.13 uyarınca, sözleşmede sonradan yapılan değişikliklerin yazılı biçimde yapılması gerekir. Öğretide, işçinin korunması amacıyla şekil şartı öngörülmüş olduğundan sözleşmenin şekil şartı aranmaksızın sona erdirilebileceği belirtilmektedir.<sup>60</sup>

<sup>51</sup> Alpagut, s.945, Süzek, s.351.

<sup>52</sup> Atlan Kazan, Hülya, "İş İlişkisinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 36, Yıl: 2012, s.161.

<sup>53</sup> Atlan Kazan, s.161; Erdemoğlu, s.146; Soyer, s.44; Çayan, s.95.

<sup>54</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.616.

<sup>55</sup> Soyer, s.42; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.59.

<sup>56</sup> Soyer, s.42; Keser, s. 92; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.59.

<sup>57</sup> Alpagut, s.946; Baskan, s. 118; Erdemoğlu, s.145.

<sup>58</sup> Atlan Kazan, s.162; Süzek, s.351.

<sup>59</sup> Süzek, s.351.

<sup>60</sup> Atlan Kazan, s.162. Aynı yönde bkz. Y 9. HD, 28.03.2013, 2010/25792, 2013/10539, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

## B. Maddi Şartlar

### 1. İşverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin varlığı

#### a. Genel olarak

TBK'nın 444/2. maddesine göre; rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

Rekabet yasağı, iş ilişkisinin sona erdiği işverenin korunmasını amaçladığından, işçiye rekabet yasağı getirilmesinde işverenin korunmaya değer gerçek bir yararının bulunması şarttır.<sup>61</sup>

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulmasında işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin söz konusu olabilmesi için, işçinin işverenin üretim sırları, yaptığı işler ve müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağının bulunması ve bunun sonucunda işvereni önemli bir zarara uğratma ihtimalinin olması gerekir.<sup>62</sup>

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, öncelikle işçinin işverenin müşteri çevresini veya ticari nitelikteki iş sırlarını öğrenebilecek durumda olması gerekir.<sup>63</sup> Bununla birlikte bu bilgilerin iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanılmasının işverene önemli derecede zarar verebilecek nitelikte olması da gerekir. Nitekim söz konusu hükümde, aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla söz konusu hususların birlikte var olması aranmaktadır. Bu anlamda işçi, üretim sırları, işverenin işleri veya müşteri çevresi hakkında bilgiye, ki bunlardan bir tanesine vakıf olunması yeterlidir, sahip olmakla birlikte bunların kullanılması sonucu işveren açısından önemli bir zarar doğma ihtimali yoksa, rekabet yasağı geçersiz olacaktır.<sup>64</sup>

İşçinin işverenin iş sırlarına veya müşteri çevresine hakim olup olmadığı değerlendirilirken, yasağın kararlaştırıldığı tarihteki değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki koşullar dikkate alınacaktır.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Narmanlıoğlu, s.208.

<sup>62</sup> Süzek, Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:72, Sayı:2, 2014, s.458; Taşkent/Kabakçı, s.25 vd.

<sup>63</sup> Atlan Kazan, s.163; Taşkent/Kabakçı, s.25.

<sup>64</sup> Keser, s.93.

<sup>65</sup> Taşkent/Kabakçı, s.25.

## **b. Üretim sırları, işverenin işleri veya müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağı**

Rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, işçinin çalıştığı süre zarfında işyerinde öğrendiği üretim sırlarını veya işverenin işleri veya müşteri çevresi hakkındaki bilgisini iş ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek tarzda kullanmasının önüne geçmektir.<sup>66</sup> İşçinin işyeri organizasyonuna dahil olduktan sonra iş sırrı niteliği taşıyan veya taşımayan birçok bilgiye vakıf olması mümkündür. Ancak her türlü bilginin rekabet amacıyla kullanılması söz konusu olamayacağı için kanunda bilginin niteliğine ilişkin olarak sınırlama getirilmiştir. Bu bağlamda müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında edinilen bilgiler rekabete elverişli bilgiler olarak kabul edilmiştir. Söz konusu bilgilerden biri veya hepsine vakıf olmak, rekabet yasağının öngörülmesi bakımından gereklidir.<sup>67</sup> Bunun için de öncelikli olarak iş ilişkisi, işçinin, işverenin ticari ve teknik iş sırları ile ticari ilişkiler içerisinde bulunduğu müşteri çevresine hakim olabilmesine imkan tanıyan bir niteliğe sahip olmalıdır.<sup>68</sup> İşçinin bu bilgileri fiilen öğrenmiş olması zorunlu olmayıp objektif koşullarda öğrenebilecek konumda olması yeterlidir. Rekabet yasağı sözleşmesine konu olacak üretim sırları ve işle ilgili bilgilerin mahrem bilgi ve sır niteliği taşıması gerekir.<sup>69</sup> İşçinin işyerindeki pozisyonu, üstlendiği yetki ve sorumluluklar özel öneme sahip olup, bu anlamda vasıfsız ve alt kademedeki çalışan bir işçi ile kurulan iş ilişkisinde, işçinin rekabete konu olabilecek bilgileri edinmesi mümkün olmayacağından rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olmayacaktır.<sup>70</sup> Bu doğrultuda rekabet yasağının, işverene ait işyerinde çalışan her işçi için uygulama alanı bulabilecek bir borç niteliğinde olmadığı belirtilmektedir.<sup>71</sup> Yargıtay, hemşire olarak çalışan bir işçinin iş sırlarına nüfuz etmek olanağına sahip bulunmaması nedeniyle rekabet yasağı kaydıyla bağlı tutulamayacağına hükmetmiştir.<sup>72</sup> Satış temsilcisi olarak çalışan işçinin ise iş sırrına vakıf olduğunu kabul etmiştir.<sup>73</sup>

Yargıtay, davacı şirkette evde bakım hemşiresi olarak çalışan davalı işçinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra evde bakım hizmetleri faaliyetini yürüten şirketin kurucusu ve hissedarı olduğu somut bir olayda, işçinin yaptığı görevi itibarıyla davacı işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek gibi Borçlar Kanununun 348. maddesinde belirtilen bir

---

<sup>66</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.458.

<sup>67</sup> Alpagut, s.947.

<sup>68</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.612.

<sup>69</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.459.

<sup>70</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.612; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.459.

<sup>71</sup> Arslan Ertürk, s.331.

<sup>72</sup> Y 9. HD, 10.3.2008, 11865/3993, Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.459.

<sup>73</sup> Y 9. HD, 25.01.2010, 2008/14902, 2010/1271, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

konumda bulunduğu ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olduğu kanıtlanmadığı için cezai şart talebinin reddi gerektiğini belirtmiştir.<sup>74</sup>

Bir başka kararında, işverene ait işyerinde proje mühendisi olarak çalışan işçinin, yaptığı görev itibarıyla işyeri sınırlarını bilebilecek durumda olduğunu kabul etmiştir.<sup>75</sup>

Üretim sırları<sup>76</sup> kavramı, işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular olarak tanımlanabilir. Üretim sırları ve işverenin yaptığı işle ilgili bilgiler ticari, teknik veya personele ilişkin olabilir. Örneğin, üretim teknolojisi, özel üretim biçimleri, üretim süreci, özel bir ürünün içeriği, işletmenin herkes tarafından bilinmeyen organizasyon yapısı, bilgisayar programları, fiyat seviyeleri, pazar planları, tüketici alanları, hammadde kaynakları, kredi olanakları, yatırım, bilanço hesaplama plan ve teknikleri, işletmenin envanter ve muhasebe kayıtları, işverene ait işçi buluşları, personel planlaması gibi konular her olayın özelliği göz önünde tutularak üretim sırları ve işverenin işine ilişkin bilgiler arasında sayılabilir.<sup>77</sup>

Rekabet yasağının geçerli olarak kurulabilmesi için işçinin konumu itibarıyla işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip olması gerekir. Müşteri, bir işyeri ile az veya çok bir süre ile ilişki kurarak, orada üretilen mal ve hizmetleri muntazam bir biçimde almakta olan gerçek veya tüzel kişilerdir.<sup>78</sup> İşverenden sadece bir kere mal veya hizmet alan kişiler ile müstakbel alıcılar, rekabet yasağı açısından müşteri kavramına dahil edilemezler.<sup>79</sup> İşçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip olması, onlarla az veya çok bir kişisel ilişki içinde bulunmasını, müşterilerin kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilebilecek<sup>80</sup> ve bu bilgileri kendi adına ekonomik bir değer olarak kullanabilecek durumda olmasını gerektirir. Bununla beraber müşteri çevresinin işçinin ehliyeti, kişisel niteliği, yeteneği ve bilgisi sayesinde sağlanmış olduğu hâllerde; örneğin, avukatlar, doktorlar, kuaförler; bunlarla yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli değildir. Zira bu durumlarda işverenin muhtemel zararı, işçinin müşterileri tanımalarının değil, kişisel ehliyetinin ve becerisinin bir sonucudur.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> Y 9. HD, 18.02.2011, 2009/1286, 2011/3918, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>75</sup> Y 9. HD, 19.2.2007, 2006/19491, 2007/4131, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>76</sup> "İş sırrı" kavramının aynı yönde tanımı için bkz. Uşan, M. Fatih, "Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, Yıl:1, Sayı:1, s.53 vd.

<sup>77</sup> Soyer, s.53 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.459.

<sup>78</sup> Taşkent/Kabakçı, s.27.

<sup>79</sup> Erdemoğlu, s.146 vd.; Soyer, s.50.

<sup>80</sup> Taşkent/Kabakçı, s.26.

<sup>81</sup> Soyer, s.52 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.459.

İşçinin üretim sırları, işverenin işleri veya müşteri çevresine ait bilgilere nüfuz etme imkânı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.<sup>82</sup> Dolayısıyla, esas olarak işçinin mesleki tecrübesi ile kişisel yetenek ve becerilerinden kaynaklanan, müşteri çevresi veya üretim sırlarına nüfuz etmeden ileri gelmeyen zararlar açısından neden-sonuç ilişkisi var olmadığından rekabet yasağı söz konusu olamaz.<sup>83</sup> Yargıtay'a göre de; işverenin zarara uğraması, işçinin kişisel ehliyet ve deneyimleri dolayısıyla ihtimal dahilinde görülüyorsa, böyle bir neden-sonuç ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir; işçi, ehliyet ve deneyimlerini her zaman kullanma imkânına sahiptir.<sup>84</sup>

### c. İşverenin önemli bir zarara uğrama ihtimali

İş ilişkisinin işçiye işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olmasına imkan verebilecek olması rekabet yasağı öngörülebilmesi için gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Nitekim rekabet yasağının geçerliliği için işçi tarafından hakim olunan bu bilgilerin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçi tarafından kullanılmasının işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olması gerekir.<sup>85</sup> TBK'nın 444/2. maddesinde, müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında edinilen bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması durumunda rekabet yasağı kaydının geçerli olacağı öngörülmüştür.

Yargıtay kararlarında, yukarıda bahsi geçen hususların araştırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bir kararında, işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının müşterileri tanıma, işin sırrına vakıf olma ve en nihayet işverenin hiss olunabilecek bir zararına neden olabilmesi yönlerinden gerekli inceleme yapılmaması nedeniyle kararı bozmuş ve konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>86</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre de; davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının ne tür bir ticari sır vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>87</sup>

İşverenin uğrayacağı önemli ölçüdeki zarar, işçinin iş ilişkisinde işverene ait ticari ve teknik bilgileri ve müşteri çevresini tanimasından kaynaklanmalıdır.

<sup>82</sup> Y 11. HD, 27.04.1998, 1998/1240, 1998/2802, Erdemoğlu, s.147, dn. 29.

<sup>83</sup> Erdemoğlu, s.147; Soyer, s.57; Taşkent/Kabakçı, s.28; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.234.

<sup>84</sup> Y 9. HD, 28.03.2013, 2010/25792, 2013/10539, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>85</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.613; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>86</sup> Y 9. HD, 6.6.2007, 2006/31990, 2007/18182; Y 9. HD, 28.12.2011, 2009/37429, 2011/50111, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>87</sup> Y HGK, 22.9.2008, 9-517/566, Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

Yoksa alanında uzmanlığa, mesleki donanımına ve iyi düzeyde pazarlama yeteneğine sahip bir işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra sahip olduğu kişisel nitelikleri başka bir işveren için veya kendi adına kullanarak, rekabet koşullarında işverenin ekonomik durumunda kötüleşme yaratması bu kapsamda değerlendirilemez.<sup>88</sup>

Sözleşme sonrası rekabet yasağının geçerliliği için önemli olan somut bir zarar değil, önemli bir zarar olasılığıdır.<sup>89</sup> Bu bağlamda zararın fiilen ortaya çıkması zorunlu olmayıp yaşamın olağan akışına göre önemli bir zarar doğma ihtimalinin varlığı yeterlidir.<sup>90</sup> İşverenin ekonomik veya rekabet koşullarındaki her türlü kötüleşme değil, kanunda ifade edildiği üzere önemli ölçüdeki bir kötüleşme “önemli bir zarar” olarak değerlendirilebilir. Buna göre işyerinin kazancında veya siparişlerinde ciddi düşüşler doğuran, işverenin iş yapma olanaklarını önemli ölçüde sınırlandıran<sup>91</sup>, ilgili piyasada rekabet gücünde geriye gidiş yaratan, zararın kolayca telafi edilemeyeceği sonucunu doğuran hallerde önemli bir zararın varlığından bahsedilebilir.<sup>92</sup>

## 2. İşçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi

### a. Genel olarak

TBK'nın 445/1. maddesine göre; “Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.”

Söz konusu hüküm uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, rekabet yasağının; işçinin ekonomik geleceğini ölçsüz ve hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde süre, yer ve konu bakımından sınırlandırılmış olması gerekir. Rekabet etmeme taahhüdü işçinin hayatını kazanması ya da devam ettirmesi imkânlarını makûl olmayan bir biçimde sınırlamamalıdır. Aksi halde herhangi bir iş için belirli olmayan yer ve zaman için öngörülmüş bir rekabet yasağı sözleşme hükmü niteliğinde olsa dahi rekabet yasağı hükümsüzdür ve işçi için bu yönde bir borç doğurmaz. Bir diğer ifade ile; rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olur.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.613; Taşkent/Kabakcı, s.28.

<sup>89</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.613.

<sup>90</sup> Soyer, s.58; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460; Taşkent/Kabakcı, s.27.

<sup>91</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.614.

<sup>92</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>93</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.614; Narmanlıoğlu, s. 208; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.



Rekabet yasağı, işçinin işverenle rekabet teşkil edecek bir işte çalışmasını önlerken işçinin ekonomik geleceğini de az veya çok ölçüde etkileyecektir. İşçinin eğitimini aldığı, tecrübe kazandığı alanda çalışması rekabet gerekçeleri ve zarar nedeniyle engellenebilecektir.<sup>94</sup> İşte rekabet yasağı sözleşmesine kanunda öngörüldüğü şekilde sınırlama getirilmesinin amacı da, işçiye mesleğini icra etme yasağı getirilmesinin önüne geçmektir.<sup>95</sup> Böylece, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek şekilde çalışma ve sözleşme özgürlüğünün, rekabet yasağı sözleşmesi ile sınırlandırılması mümkün değildir.<sup>96</sup>

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay kararlarında da, yer ve iş bakımından herhangi bir sınırlama getirilmeksizin işveren şirket ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bütün işletmeler için rekabet yasağı öngörülmesi, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye sokması nedeniyle geçersiz sayılmıştır.<sup>97</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu açık düzenleme olmasa dahi, TMK m. 23/2 ve 6098 sayılı TBK m. 27 (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 19-20) hükümleri uyarınca da, aynı sonuca varmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir.<sup>98</sup>

Kanun hükmünün sınırlayıcı niteliği göz önüne alındığında şüphe halinde hâkimin, sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü yönünde yorumlaması gerekir.<sup>99</sup>

Yasağın, konu ve yer bakımından sınırlarının açık bir biçimde belirlendiği sözleşmelerde, iş sözleşmesi sona erdikten sonra koşullarda yasağın sınırlarını daraltacak biçimde değişiklik meydana gelmişse, rekabet yasağı açısından işçinin lehine olarak yeni durum dikkate alınmalıdır.<sup>100</sup>

### **b. Rekabet yasağının süre bakımından sınırlandırılması**

TBK'nın 445/1. maddesine göre; rekabet yasağının süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağına ilişkin olarak azami bir süre sınırı öngörülmemiş iken, yeni Borçlar Kanununda rekabet yasağının süresi özel durum ve koşullar saklı kalmak kaydıyla iki yıl ile sınırlandırılmıştır.

---

<sup>94</sup> Alpagut, s.950.

<sup>95</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>96</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.614.

<sup>97</sup> Y 9. HD, 14.03.2000, 2000/522, 2000/2892, Erdemoğlu, s.149, dn. 37.

<sup>98</sup> Altay, s.188.

<sup>99</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>100</sup> Taşkent/Kabakcı, s.32.

Yargıtay, açık kanuni düzenleme öncesi işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeme kriterine göre hareket etmekte ve her somut olayı kendi özellikleri çerçevesinde ele almaktaydı.<sup>101</sup> Kararların genelinde altı ay<sup>102</sup> veya iki yıllık bir sınırlamanın hakkaniyete uygun olduğu kabul edilmekteydi.<sup>103</sup>

Rekabet yasağının, yasağın kapsamının geçerli olduğu coğrafi alan ve iş türüyle makul bir ilişki içinde bulunacak şekilde kanunda öngörülen azami süre de göz önünde tutularak belli bir süreyle sınırlandırılması gerekir.<sup>104</sup> Kanunda belirtilen özel durum ve koşullara, işçinin işyerindeki konumu, örneğin üst düzey yönetici olması, işyerindeki uzmanlığı, işverenin üretimle ilgili teknik iş sirları hakkında kapsamlı bilgiye sahip nitelikli uzman olması örnek verilebilir.<sup>105</sup>

Rekabet yasağının süresi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte başlar.<sup>106</sup> Yasak süresince açılacak bir dava sürenin işlemesine engel olmaz.<sup>107</sup>

İki yılı aşan süreyle rekabet yasağı getirilmesine imkân veren “özel durum ve koşullar”ın varlığını ispat yükü, işverene aittir.<sup>108</sup>

### c. Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılması

TBK'nın 445/1. maddesi uyarınca, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için yasağın yer bakımından da sınırlanmış olması gerekir. Söz konusu yer coğrafi bölge veya şehir olarak belirtilebileceği gibi işverenin faaliyetinin etki alanına atıfta bulunmak yoluyla da belirlenebilir.<sup>109</sup> Ancak sözleşmede öngörülen yer, işverenin korunmakta menfaati bulunan sahayı kapsamalıdır.<sup>110</sup> Buna göre, bir ülke vatandaşının ülkesinin bütününde rekabet yasağı içinde bulunacağını öngören sözleşmeler geçersizdir.<sup>111</sup>

Yargıtay'a göre de; tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt biçimindeki bir düzenleme yer ve iş bakımından sınırlama getirmemesi ve ayrıca işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye sokması nedeniyle geçersizdir.<sup>112</sup>

<sup>101</sup> Karaçöp, Eda; Yamakoğlu, Efe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 38, Yıl: 2013, s.114.

<sup>102</sup> Y 9. HD, 18.05.1999, 1999/5784, 1999/9049, Savaş, s.112.

<sup>103</sup> Y 9. HD, 23.05.2006, 2006/6891, 2006/15193, Karaçöp/Yamakoğlu, s.114, dn. 73.

<sup>104</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.614 vd.

<sup>105</sup> Taşkent/Kabakçı, s.30.

<sup>106</sup> Keser, s.95; Soyer, s. 65; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>107</sup> Soyer, s.65; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.460.

<sup>108</sup> Alpagut, s.951.

<sup>109</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.461.

<sup>110</sup> Uşan, Değerlendirme, s.123.

<sup>111</sup> Çayan, s.96.

<sup>112</sup> Y 9. HD, 6.7.1999, 8262/12073, Çelik, s. 149; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.181.

Rekabet yasağının yer bakımından kapsamı, işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanının sınırlarını aşamaz. Zira bu alanın dışında işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı bir menfaatinden söz edilemez. İşçinin üretim sırlarına ve müşteri çevresine ilişkin bilgileri bu alan dışında kullanması işverenin zararına neden olmaz.<sup>113</sup> Öte yandan işletmenin faaliyet alanının genişletilmesine ilişkin öngörüler, fiilen gerçekleşmiş olmadıkça rekabet yasağı kapsamına dahil edilemez. Burada ikamete göre değil, pazar esasına göre bir tespit yapılmaktadır.<sup>114</sup>

Yer bakımından sınırlandırmada rekabet yasağının işverenin ticari faaliyetlerini yürüttüğü coğrafi alanla sınırlı olduğunu kabul etmek düzenlemenin amacına uygun düşecektir. Bununla birlikte yasağın tüm Türkiye kapsamında kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı ayrıca belirlenmelidir. Öğretideki bir görüşe göre, rekabet yasağının işverenin iştigal konusu olan faaliyetin tüm Türkiye’de yürütülmesi halinde, işçinin işyerindeki konumu bakımından işverenin korunmaya değer haklı menfaatlerinin bulunması durumunda, bu coğrafi alan bakımından da belirlenebileceği, ancak bu durumda yasağın süre ve iş türü bakımından işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırmayacak biçimde belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin bir bankada genel müdür olarak çalışan işçi ile tüm Türkiye’de yürütülecek bankacılık faaliyetleri bakımından öngörülen rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak zarar vermeyecek şekilde süre bakımından diğer sözleşmelere nazaran daha kısıtlı olarak belirlenmesi halinde geçerli kabul edilebilir.<sup>115</sup> Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamının, ülkeyi aşacak biçimde kararlaştırılabileceği de savunulmaktadır.<sup>116</sup>

Yargıtay, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönündeki düzenlemeleri geçerli kabul etmemekte, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırmayı işin niteliğine uygun görmekte, ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçiren işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırları ile belirlenmesinin mümkün olabileceğini belirtmektedir.<sup>117</sup> Yüksek Mahkeme, rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek ölçülerde yer bakımından sınırlandırılmayacağını kararlaştırmıştır. Bir kararında belirttiği üzere, bankaya müfettiş muavini unvanı ile işe alınan, özel

---

<sup>113</sup> Soyer, s. 66; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s. 461; Taşkent/Kabakçı, s.31.

<sup>114</sup> Atlan Kazan, s. 171; Taşkent/Kabakçı, s.31.

<sup>115</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.615. Aynı yönde bkz. Baskan, s.120 vd.; Uşan, Değerlendirme, s. 123. Taşkent/Kabakçı, s.31.

<sup>116</sup> Uşan, Değerlendirme, s.123.

<sup>117</sup> Y 9. HD, 24.12.2009, 2009/26954, 2009/36971, Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s.181, dn. 76; Keser, s.96. Aynı yönde bkz. Y 9. HD, 03.02.2011, 2009/3417, 2011/2307; Y 9. HD, 18/02/2011, 2009/1286, 2011/3918, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

ve uygulamalı eğitim ve mesleki olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde sır saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan işçinin Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt ettiği rekabet yasağının, Türkiye'deki tüm bankaları kapsaması bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için işçinin geleceği bakımından ağır sonuçları olduğunu kabul etmiştir.<sup>118</sup>

#### **d. Rekabet yasağının konu bakımından sınırlandırılması**

TBK'nın 445/1. maddesi uyarınca, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için yasağın konu bakımından sınırlandırılmış olması gerekir. Bu kapsamda işçinin icra edemeyeceği iş türü sözleşmede açıkça gösterilmelidir.<sup>119</sup> Rekabet yasağı, işverenin tüm faaliyet alanı ile değil, işçinin işletmede yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili, somut göreviyle sınırlı kalmalıdır.<sup>120</sup> Yasak, işçinin içerisinde bulunduğu veya rekabet yasağını haklı kılacak bilgileri öğrendiği konularla sınırlı kalmalıdır.<sup>121</sup> Örneğin, bir gıda firmasında pazarlamacı olarak çalışan işçinin, başka bir gıda firmasının temizlik işlerinde veya lojistik hizmetlerinde çalışamayacağı yönünde rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz.<sup>122</sup>

Yargıtay, mülga BK döneminde, rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmesi gerektiğini, özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulması nedeniyle, işçinin işverene ait işyerinde yaptığı işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>123</sup>

Faaliyet alanı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre belirlenecektir.<sup>124</sup> Bununla birlikte fiili faaliyet alanının dikkate alınması gerekir.<sup>125</sup>

İş ilişkisinin devam ettiği bir sırada faaliyet alanını değiştiren işveren, vazgeçtiği faaliyetleri yasak kapsamına dahil edemeyeceği gibi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra giriştiği yeni faaliyetler de kapsam dışında kalacaktır.<sup>126</sup>

---

<sup>118</sup> Y 9. HD, 6.7.1999, 8262/12073, Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.461.

<sup>119</sup> Çayan, s.96.

<sup>120</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.461.

<sup>121</sup> Atlan Kazan, s.172.

<sup>122</sup> Çayan, s.96.

<sup>123</sup> Y 9. ÇayanHD, 24.12.2009, 26954/36971, Keser, s.95; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.461. Aynı yönde bkz. Y 9. HD, 03.02.2011, 2009/3417, 2011/2307, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>124</sup> Atlan Kazan, s.172; Taşkent/Kabakçı, s.32.

<sup>125</sup> Atlan Kazan, s.172; Erdemoğlu, s.150, Uşan, İş Sırrının Korunması, s.246.

<sup>126</sup> Atlan Kazan, s.172 vd.; Taşkent/Kabakçı, s.32.

### C. Rekabet Yasağı Sözleşmesine Hâkimin Müdahalesi

Türk Borçlar Kanununda, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, hâkime rekabet yasağına müdahale etme yetkisi tanınmıştır. Şöyle ki; TBK'nın 445/2. maddesine göre; "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir."

Söz konusu hüküm doğrultusunda hâkim, kapsamı veya süresi bakımından aşırı rekabet yasaklarını sınırlama yetkisine sahiptir. Belirtmek gerekir ki hâkim aşırı nitelikteki rekabet yasağına re'sen müdahale edebilir.<sup>127</sup> Hâkim, somut olayın özelliğini ve rekabet yasağını kabul etmesi karşısında işçiye karşı edim olarak bir bedel ödenip ödenmediğini göz önünde tutarak rekabet yasağını hakkaniyete uygun olarak sınırlandırabilir. Örneğin, yasak için öngörülen iki yıllık süreyi bir yıla indirebilir veya çalışma konusu açısından çok geniş tutulmuş yasağın kapsamını daraltabilir.<sup>128</sup>

Hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için işverenin işçiye bir bedel ödeme zorunluluğu öngörülmemiştir. TBK m. 445/2'de hâkimin rekabet yasağına müdahalesinde işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi dikkate alacağı öngörülmüştür. Kanunda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği işverenin yerine getirmek zorunda olduğu bir karşı edimin varlığına bağlı değilse de, sözleşme serbestisi gereğince taraflar serbest iradeleri ile böyle bir karşı edimi kararlaştırabilirler.<sup>129</sup> Bu hâlde rekabet yasağı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini kazanacaktır.<sup>130</sup> İşverenin karşı edim üstlenmesi durumunda işveren yasak süresi için belli bir ödeme yapmayı taahhüt eder. Bu durum hâkime rekabet yasağını sınırlaması konusunda takdirini etkileyecek bir olgu olarak öngörülmüştür.<sup>131</sup> Hâkim takdir hakkı çerçevesinde bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işveren tarafından sağlanan ivazı da hakkaniyete uygun biçimde dikkate almak suretiyle aşırı nitelikteki rekabet yasağına müdahale edebilir.<sup>132</sup> Hâkim, aşırı rekabet yasağını sınırlandırırken 1982 Anayasası m. 48/1'de öngörülen çalışma özgürlüğünü mümkün olduğunca koruyucu şekilde karar vermelidir.<sup>133</sup>

---

<sup>127</sup> Çayan, s.97.

<sup>128</sup> Alpagut, s.951; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462.

<sup>129</sup> Keser, s.90.

<sup>130</sup> Atlan Kazan, s.175 vd.; Taşkent/Kabakçı, s.37.

<sup>131</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462.

<sup>132</sup> Alpagut, s.951; Çayan, s.97.

<sup>133</sup> Manav, s.357.

## IV. REKABET YASAĞINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

### A. Genel Olarak

Rekabet yasağına aykırılığın sonuçlarına ilişkin olarak 6098 sayılı TBK'nın 446/1. maddesinde şu hükümlere yer verilmiştir:

“Madde 446- Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”

### B. İşverenin Zararının Tazmini

Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, TBK'nın 446/1. maddesinde belirtildiği üzere, yasağa aykırı davranmasının sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğunun genel esasları burada da geçerlidir. Zarar ve zararın miktarını ispat yükü, işverene aittir.<sup>134</sup> Bununla birlikte işveren işçinin kusurunu ispatla mükellef değildir. İşçi TBK'nın 112. maddesi uyarınca kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.<sup>135</sup>

İşverenin uğradığı zarar, malvarlığının mevcut durumu ile rekabet yasağına aykırı davranılmış olmasaydı malvarlığının arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eden müspet zarardır.<sup>136</sup> Bu da işverenin fiili zarar ve kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>137</sup>

İşverenin zarara uğramasına neden olan ihlal, aynı zamanda işçinin yanında çalıştığı yeni işverence haksız rekabet oluşturuyorsa, meydana gelen zarardan yeni işverenin de müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Alpagut, s.952; Çayan, s.98.

<sup>135</sup> Soyer, s.77 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462, Taşkent/Kabakçı, s.38.

<sup>136</sup> Atlan Kazan, s.177, Savaş, s.118; Soyer, s.78; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462, Taşkent/Kabakçı, s.38.

<sup>137</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462; Uşan, İş Sırrının Korunması, s.266.

<sup>138</sup> Soyer, s.78 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.462 vd.

### C. İşçinin Cezai Şart Ödemesi

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, işveren sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir. TBK'nın 180. maddesi uyarınca; "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir."

Söz konusu hüküm uyarınca, işveren, rekabet yasağının ihlali nedeniyle herhangi bir zararı ispatlamak zorunda bulunmaksızın sadece rekabet yasağının ihlal edildiğini ispatlamak suretiyle cezai şart talep edebilir. Uygulamada, rekabet yasağına aykırılık halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılması sıklıkla başvurulmuş bir yoldur. Zira, cezai şart, zarar ve zararın miktarının ispat edilmesine gerek olmaksızın kararlaştırılan ceza bedelinin talep edilmesine imkân verir.<sup>139</sup> İşverenler açısından kazanç kaybının ispatının güçlüğü, ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti için gerekli delillerin yeni işveren nezdinde olması, ispat noktasında önemli bir sorun teşkil etmektedir.<sup>140</sup> Cezai şart talep edilebilmesi için ise; bahsedildiği üzere işverenin rekabet yasağının ihlal edildiğini ispatlaması yeterlidir.<sup>141</sup> Bu da uygulamada işverenlere büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Öte yandan, cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya yönelten bir hukuki araç olduğundan, işverenin rekabet yasağındaki menfaatlerini daha etkili bir biçimde korur. İşçileri rekabet yasağını ihlal konusunda caydırıcı nitelik taşır. Bu açıdan da cezai şart rekabet yasağının yaptırımını olarak kararlaştırılmaktadır.<sup>142</sup>

TBK 446/2 maddesi uyarınca, "Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır." Söz konusu hüküm yedek hukuk kuralı niteliği taşıdığından aksi kararlaştırılabilir ve işçinin bu hakkı kullanması önlenemez.<sup>143</sup> Bu durumda, sözleşmenin kurulduktan sonra ilerleyen dönemlerde işverenin uğradığı zarar miktarı, ceza miktarını aşarsa, işverenin aşan kısmı ispat etmesi koşuluyla, işçi ceza bedelini aşan kısmı da tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>144</sup> Ancak bu durumda işverenin, işçinin kusurunu ispat etmesi gerekir (TBK m. 180/2).<sup>145</sup>

TBK'nın cezai şart kurumuna ilişkin hükümleri, rekabet yasağının ihlali halinde kararlaştırılan cezai şartta da uygulama alanı bulur. Bu kapsamda, TBK'nın 182. maddesi uyarınca; hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu

---

<sup>139</sup> Çayan, s.98.

<sup>140</sup> Atlan Kazan, s.178.

<sup>141</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.463.

<sup>142</sup> Soyer, s.80; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.463; Taşkent/Kabakçı, s.39.

<sup>143</sup> Soyer, s.80; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.46.

<sup>144</sup> Alpagut, s.952; Çayan, s.98.

<sup>145</sup> Keser, s.98; Köseoğlu, s.984; Savaş, s.119.

kendiliğinden indirir.<sup>146</sup>

Cezai şartın indirilebilmesi için, ceza ödeme borcunun doğması ve muaccel olması gerekir. İşçi henüz rekabet etmeme borcunu ihlal etmemiş ve işverenin cezayı isteme hakkı doğmamışsa, işçi tarafından cezanın indirilmesi istenemez ve hâkim de kendiliğinden indirim yapamaz. Cezai şartın talep edilebilir olduğu andan itibaren indirilmesi söz konusu olabilir.<sup>147</sup> Cezai şart da rekabet yasağına ilişkin borca aykırı davranılmasıyla birlikte muaccel hale gelir. Bu kapsamda rekabet yasağına aykırılık iş ilişkisinin sona ermesinden sonra söz konusu olacağından, işveren cezai şartı teminat altına almak üzere işçinin ücretinden kesinti yapamaz.<sup>148</sup>

Hâkim, cezai şartın aşırı nitelikte olup olmadığını her somut olayın özelliğine göre takdir hakkı çerçevesinde değerlendirecektir.<sup>149</sup> İşçinin ücreti, işverenin zarara uğrayıp uğramadığı, ceza tutarının işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürüp düşürmediği gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Ayrıca ceza tutarının aşırı olması hâli dışında yasak süresi içinde ihlalin yapıldığı tarih ile kalan süreye göre de bir oranlama yapılarak indirime gidilmelidir.<sup>150</sup>

#### **D. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sona Erdirilmesi**

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverenin sahip olduğu bir diğer talep hakkı, rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesine ilişkindir. Alacaklıya borcun aynen ifasını talep imkânı tanıyan TBK 113. maddesine benzer bir düzenlemeye rekabet yasağı sözleşmesi için de yer verilmiştir.<sup>151</sup> Şöyle ki, TBK'nın 446/3. maddesine göre; "İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir."

Söz konusu hüküm doğrultusunda işverenin, işçinin rekabet yasağını ihlal eden davranışının sona erdirilmesini talep edebilmesi iki koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Madde hükmünde belirtilen şartların varlığı hâlinde işveren, işçi tarafından icra edilen yasağa aykırı davranışlara son verilmesini mahkmeden talep edebilir.<sup>152</sup>

---

<sup>146</sup> Y 9. HD, 03.02.2011, 2009/3417, 2011/2307, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

<sup>147</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.464.

<sup>148</sup> Erdemoğlu, s.153; Soyer, s.81.

<sup>149</sup> Savaş, s.120; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.464.

<sup>150</sup> Atlan Kazan, s.179; Taşkent/Kabakçı, s.39.

<sup>151</sup> Atlan Kazan, s.179; Taşkent/Kabakçı, s.39.

<sup>152</sup> Çayan, s.99.



Öncelikle, rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin bu yasağa aykırı davranışı hâlinde rekabet oluşturan faaliyetine son vermeye zorlanabileceğinin (kaçınmayı talep hakkı) açıkça ve yazılı olarak öngörülmüş olması gerekir.<sup>153</sup> Sözleşmede sadece bu konuda, kanun hükmünün uygulanacağını belirtmiş olması yeterli değildir.<sup>154</sup>

İşverenin, işçinin rekabet yasağını ihlal eden davranışının sona erdirilmesini talep edebilmesi için ikinci olarak, işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı bunu haklı göstermelidir.

İşverenin rekabet yasağının ihlali nedeniyle önemli bir zararının olması ve işçinin ihlal davranışının ağır bir nitelik taşıması gerekir. İşverenin devam eden ihlal sonucunda ortaya çıkan zararı veya tehdit altında kalan menfaati, kararlaştırılmış olan cezai şart ve tazminatla karşılanamayacak ve sonradan telafi edilemeyecek kadar önemli olmalıdır. Yine işçinin davranışı dürüstlük kurallarına ağır bir biçimde aykırılık oluşturmalıdır.<sup>155</sup> İşverenin ihlal ve tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile birlikte işçinin davranışlarının bu talebi haklı kılması gerekir. Bu bağlamda sözleşmenin sona erdirilme şekli ve nedeni, rekabet teşkil eden faaliyet veya özel durumlar sadakat borcuna aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, cezai şartın yeni işveren tarafından ödenmesi, yanlış iddialarla işverenin işçilerinin ayartılması, işverenin iş ilişkisini kesmiş olduğu ve işletmesine önemli zararlar verebilecek bir firmada çalışmaya başlaması, müşteri çevresini yanıltacak şekilde önceki işverene ait malzemeleri kullanmaya devam etmesi gibi hâller somut olayın şartları içerisinde talep hakkını doğuran olaylar olabilir.<sup>156</sup>

Rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesini talep hakkının kanunda öngörüldüğü şekilde sıkı koşullara bağlanması, bu talebin istisnai hallerde ve son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gereken bir yol olduğunu göstermektedir.<sup>157</sup>

Rekabetten kaçınmanın talep edilebilmesi için, sözleşmede cezai şartın kararlaştırılmış olması gerekmez. Kaçınmayı talep hakkının sözleşmede açıkça saklı tutulması yeterlidir. Açıkça kararlaştırılmayan hâllerde kaçınmayı talep hakkının tanınmamış olmasının nedeni, işçinin çalışma özgürlüğünün korunmasıdır. Dolayısıyla, ancak işverenin ihlal ve tehdit edilen menfaatlerinin önemi haklı kıldığı takdirde çalışma özgürlüğünün kaçınma yükümü yoluyla sınırlanması öngörülmüştür.<sup>158</sup>

---

<sup>153</sup> Keser, s.99; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.464.

<sup>154</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.464.

<sup>155</sup> Soyer, s.86 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.464.

<sup>156</sup> Alpagut, s.952 vd.

<sup>157</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465.

<sup>158</sup> Alpagut, s.953.

Aynen ifanın sağlanması konusunda, üçüncü kişileri zorlayıcı bir karar verilmesi mümkün olmadığından, rakip işletmede çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine karar verilemez. Buna karşılık, dürüstlük kurallarını ağır bir biçimde ihlal eden ve işverene önemli zarara uğramasına neden olan işçinin kendi işinde bağımsız olarak sürdürdüğü faaliyeti hâkim kararıyla durdurulabilir.<sup>159</sup>

## V. REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ

### A. Genel Olarak

Rekabet yasağı sözleşmesinde kanunda belirtildiği üzere yasağın geçerli olacağı sürenin belirtilmesinin zorunlu olduğu yukarıda belirtilmişti. İşte sözleşme taraflarca kararlaştırılan veya hâkim tarafından indirilmiş sürenin dolması ile herhangi bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden sona erer.<sup>160</sup> Yine işçinin ölümü sözleşmeyi sona erdirir.<sup>161</sup> Zira sır saklama ve rekabet etmeme borcu işçiye bağlı borçlardan olup işçinin ölümü ile bu borçlar sona erer.<sup>162</sup> Buna karşılık, rekabet yasağı ile işletmenin ekonomik değerinin korunması amaçlandığından, işverenin ölümü hâlinde, sözleşme, kural olarak, sona ermez.<sup>163</sup> Bununla birlikte taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilecekler ya da sözleşmede rekabet şartı yalnızca işverenin şahsı dikkate alınarak yapılmışsa işverenin ölümü ile birlikte rekabet yasağı sözleşmesi de sona erer.<sup>164</sup> İşçinin iş sözleşmesi ile çalıştığı veya rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlük kazandığı dönemde tarafların bu yönde karşılıklı anlaşması (ikale) da sözleşmeyi sona erdirir.<sup>165</sup> Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolması ile sona ermesi veya iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi hâllerinde rekabet yasağı sözleşmesi bundan etkilenmez.<sup>166</sup>

Belirtilen hâllerin dışında TBK'nın 447. maddesinde rekabet yasağının sona ermesine ilişkin olarak özel hükümler öngörülmüştür. TBK'nın 447. maddesine göre; "Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer" (TBK m. 447/1). Yine, "Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer" (TBK m. 447/2).

---

<sup>159</sup> Soyer, s.88 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465.

<sup>160</sup> Atlan Kazan, s.180; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465; Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>161</sup> Keser, s.100; Soyer, s.93; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465.

<sup>162</sup> Atlan Kazan, s.180.

<sup>163</sup> Atlan Kazan, s.180; Keser, s.100.

<sup>164</sup> Keser, s.100.

<sup>165</sup> Keser, s.100; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465; Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>166</sup> Atlan Kazan, s.181.

Söz konusu hüküm uyarınca rekabet yasağının devamında işverenin önemli bir yararının kalmaması veya iş sözleşmesinin kanunda belirtilen nedenlerle feshi hâlinde rekabet yasağı sözleşmesi de sona erer.<sup>167</sup>

Belirtmek gerekir ki, 447/2. hükmünün getirilmesine esas olan düşünce, bir taraftan işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılmasının önüne geçmek, bir taraftan da işvereni rekabet yasağının sağladığı avantajlardan yoksun bırakmamaktır. İş sözleşmesinin işveren tarafından nedensiz feshedilmesi veya işçi tarafından feshedilmesine işverence yol açılması durumunda rekabet yasağı ile bağlılığın devam etmesi hâlinde, işçinin ekonomik geleceği hakkaniyete aykırı biçimde sınırlandırılmış olacaktır. Buna karşılık, işçinin sorumlu olduğu bir nedenden dolayı iş sözleşmesini fesheden işvereni, rekabet yasağının sağladığı avantajlardan yoksun bırakmak haklı görülemeyecektir.<sup>168</sup>

### **B. Rekabet Yasağının Devamında İşverenin Gerçek Bir Yararının Kalmaması**

TBK 444/2. maddesinde, “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sınırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.” hükmü öngörülmüştür.

TBK’nın 447/1. maddesi ise; “Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer.” şeklindedir.

İki hükmün birlikte yorumlanması sonucu, TBK’nın 447/1. maddesinin, TBK’nın 444/2. maddesini tamamladığını söyleyebiliriz. Nitekim, işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin kalmaması hâlinde rekabet yasağının sona ereceği açıkça düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle rekabet yasağının devamında işverenin gerçek bir menfaatinin bulunmadığı belirlenirse yasak ortadan kalkar.<sup>169</sup> Yararın önemli olup olmadığı, TBK m. 444/2’deki zararın önemine ilişkin olan ölçütler doğrultusunda belirlenecektir.<sup>170</sup>

Rekabet yasağı ile korunan bilgilerin açıklanması nedeniyle sır olmaktan çıkması, tamamen değişik bir müşteri çevresine hitap edecek biçimde işyerinin farklı bir bölgeye taşınması, işyerinin faaliyet alanının değiştirilmesi,<sup>171</sup> işçinin çalıştığı işyerinin kapatılması, işletme amacının değiştirilmesi gibi hâllerde,

---

<sup>167</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465.

<sup>168</sup> Soyer, M. Polat, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu”, Kamu-İş Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, Yıl:2000, s.377 vd.

<sup>169</sup> Çayan, s.99.

<sup>170</sup> Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>171</sup> Demir/Demir, s.22.

rekabet yasağının devamında işverenin önemli bir yararının kalmadığı söylenebilir.<sup>172</sup>

Rekabet yasağının devamında işverenin önemli bir yararının kalmadığı hususu bir tespit davasının konusu olabilir.<sup>173</sup> Söz konusu davada ispat yükü işçiye aittir.<sup>174</sup>

İşçiye, rekabet yasağı karşılığında bir ödeme yapılıyor olsa dahi, işverenin yasağın devamında önemli bir yararının kalmaması hâlinde sözleşme sona erecektir. Buna karşın, işverenin yasağın devamındaki yararının geçici bir süre için ortadan kalkması, sözleşmeyi sona erdirmez.<sup>175</sup>

### C. İşverenin Haklı Bir Neden Olmaksızın İş Sözleşmesini Feshi

TBK'nın 447/2. maddesi uyarınca, "Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer." Buna göre, rekabet yasağının sona ermesi için iş sözleşmesinin işverence haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi gerekir. İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. veya TBK'nın 435. maddesine dayanılarak haklı nedenle feshedilmesi hâlinde rekabet yasağı devam eder.<sup>176</sup> İş sözleşmesinin feshinde kendisine kusur atfedilemeyen işçiye karşı rekabet yasağı hüküm ifade etmez.<sup>177</sup>

İş sözleşmesinin, feshi haklı gösteren bir sebebin bulunmamasına rağmen işverence feshinde rekabet yasağının sona ermesinin öngörülmesinin nedeni, işçinin iki defa mağdur duruma düşmesini engellemektir. Bu durumda işverenin rekabet yasağı getirilmesini geçerli kılan korunmaya değer haklı bir menfaatinin kalmadığı söylenebilir.<sup>178</sup>

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340c/2. maddesine göre; iş sözleşmesinin işçiye yüklenemeyen bir nedenle işveren tarafından sona erdirilmesi hâlinde yasağın sona ereceği öngörülmüş iken TBK'nın 447/2. maddesinde haklı bir sebep olmaksızın fesih halinde yasağın sona ereceği belirtilmiştir. Öğretide, TBK'nın 447/2. maddesinde öngörülen haklı sebep kavramının kaynak İsviçre Borçlar Kanununda öngörüldüğü şekilde anlaşılması ve iş sözleşmesinin İş Kanununun 18/1. maddesi uyarınca işçinin yetersizliğine veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedilmesi hâlinde rekabet yasağının devam ettiği

---

<sup>172</sup> Alpagut, s.953; Keser, s.100; Soyer, s.94; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.465; Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>173</sup> Alpagut, s.953.

<sup>174</sup> Atlan Kazan, s.182; Köseoğlu, s.984 vd.; Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>175</sup> Taşkent/Kabakçı, s.40.

<sup>176</sup> Keser, s.101.

<sup>177</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.618.

<sup>178</sup> Atlan Kazan, s.182 vd.; Taşkent/Kabakçı, s.41.

kabul edilmektedir.<sup>179</sup> İşyeri veya işletme gerekleri nedeniyle fesih hâlinde ise, fesih nedeni işçiden kaynaklanmadığından yasak sona erecektir.<sup>180</sup>

Öğretideki bir başka görüşe göre; kanunda açıkça haklı nedenden bahsedilmesi nedeniyle geçerli fesih halinde rekabet yasağı sözleşmesi sona erecektir.<sup>181</sup>

#### **D. İşçinin İşverene Yüklenebilen Bir Nedenle İş Sözleşmesini Feshi**

TBK'nın 447/2. maddesi uyarınca, sözleşme, işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer. Söz konusu hüküm ile, iş sözleşmesinin feshini haklı gösteren bir nedenin varlığına rağmen sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı ile karşı karşıya kalmak istemeyen işçiyi, iş ilişkisini devam ettirmek mecburiyetinden kurtarmak amaçlanmıştır.<sup>182</sup>

Kanunkoyucu, işverenin sorumlu olduğu haklı bir neden ile iş sözleşmesini sona erdirmeye yoluna giden bir işçiyi, işgücünün kullanımı konusunda serbest bırakmak istemektedir. Bu durumda işçi, cezai şart ödemek zorunda değildir.<sup>183</sup>

İş sözleşmesi işçi tarafından İş Kanununun 24. veya TBK'nın 435. maddesine dayanılarak haklı nedenle derhal feshedilmesi hâlinde rekabet yasağı sona erer. İş sözleşmesinin , İş Kanunu 24. madde uyarınca derhal feshi gerektirecek nitelikte olmamakla beraber, işverene yüklenebilecek makul bir nedenle işçi tarafından süreli feshedilmesi hâlinde de rekabet yasağı sona erer. Örneğin, işverenin davranışlarıyla işyerinde bulunması gereken huzuru bozması<sup>184</sup>, işçinin uzun zamandan beri görev yaptığı şubenin iş koşullarında esaslı değişiklik oluşturmayacak biçimde değişiklik yapılması, işçinin onurunun kırılması veya hakkında dayanaksız isnatta bulunulması durumlarında olduğu gibi.<sup>185</sup> İşçinin işverene yüklenemeyen bir nedenle iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde (İK m. 17, TBK m. 431-432) rekabet yasağı devam eder.

İşverenin feshe neden olduğu gerekçe ile işçinin sözleşmeyi feshetmesi arasında neden – sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Öğretideki bir görüşe göre; işçinin feshe dayanak gösterdiği gerekçenin ortaya çıkış tarihi ile fesih

---

<sup>179</sup> Alpagut, s.954; Soyer, s.101 vd.; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466; Taşkent/Kabakçı, s.41.

<sup>180</sup> Alpagut, s.954. Aynı yönde görüş için bkz. Karaçöp/Yamakoğlu, s.116.

<sup>181</sup> Baysan, s.123; Keser, s.101.

<sup>182</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466.

<sup>183</sup> Soyer, M. Polat, "Cezai Şart", Çimento İşveren Dergisi, Sayı:5, Cilt:14, Eylül 2000, s.33.

<sup>184</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466.

<sup>185</sup> Atlan Kazan, s.184.

tarihi arasında makul bir sürenin bulunması gerekir.<sup>186</sup> Diğer bir görüşe göre ise; ekonomik yönden işverene göre daha güçsüz bulunan işçinin fesih nedenini bildirmesi ve makul bir süre içinde iş sözleşmesini feshetmesi beklenemez.<sup>187</sup>

İş sözleşmesinin feshine yol açan olayın meydana gelmesinde işçi ve işverenin her ikisinin de kusurlu olması hâlinde her birinin kusurunun ağırlığı araştırılarak sonucuna göre rekabet yasağının sona erip ermeyeceği belirlenmelidir. Öğretideki bir görüşe göre; iki tarafın kusurunun eşit olması veya işçinin kusurunun daha fazla olması hâllerinde rekabet yasağı devam eder.<sup>188</sup> Başka bir görüşe göre ise; iki tarafın kusurunun eşit olması hâlinde rekabet yasağı sona erer.<sup>189</sup> Bununla birlikte, bu durumda işverenin kusurunun rekabet yasağının sınırlarının değerlendirilmesinde ve cezai şartın indirilmesinde dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır.<sup>190</sup>

### **E. İşyerinin Devrinin Rekabet Yasağına Etkisi**

İşyerinin devredilmesi hâlinde rekabet yasağı sözleşmesinin devam edip etmeyeceği konusunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, bu konu, iş sözleşmesinin devamı sırasında ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra işyerinin devredilmesi şeklinde iki aşamalı olarak ele alınmaktadır.

İş sözleşmesi devam ederken İş Kanununun 6. maddesi kapsamında işyeri devredilmişse, devralan işverenin rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir faaliyeti sürdürmesi koşuluyla, rekabet yasağı aynen devam eder. Zira, rekabet yasağı işverenin kişiliği ile ilgili olmayıp işletmeyle ilgili ekonomik anlam ifade eder. İşyerinin devri ile birlikte rekabet yasağı sözleşmesinden doğan hak ve borçlar da devralan işverene devredilmiş olur.<sup>191</sup> Bu durumda devreden işveren, yeni bir işletme açarak rekabet yasağına konu faaliyet ile aynı nitelikte faaliyete başlasa dahi, işçiye karşı rekabet yasağını öne süremez.<sup>192</sup>

İş sözleşmesi sona erdikten sonra, ancak rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir dönemde işyerinin devredilmesi durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin devralan işverenle beraber devam edeceği

---

<sup>186</sup> Taşkent/Kabakçı, s.42.

<sup>187</sup> Soyer, s.107.

<sup>188</sup> Bkz. Atlan Kazan, s.185, dn. 195'te belirtilen görüş.

<sup>189</sup> Atlan Kazan, s.185.

<sup>190</sup> Taşkent/Kabakçı, s.42.

<sup>191</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.618; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466; Taşkent/Kabakçı, s.42 vd.

<sup>192</sup> Atlan Kazan, s.186.

savunulmaktadır.<sup>193</sup> Çünkü rekabet yasağı, işverenin kişiliği ile ilgili değildir. İşyerinin devri ile birlikte bu ekonomik değer işletmeyle birlikte devralana geçer. Yine devralan işverenin rekabetten kaçınılmasını talep hakkında sahip bulunması menfaatler dengesine uygundur. Devir nedeniyle yasağın sona ermesini işçi açısından haklı gösterecek herhangi bir neden bulunmaması hâlinde yasağın devamında yeni işverenin önemli bir yararı vardır.<sup>194</sup> Bununla birlikte rekabet yasağının kapsamı, işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte devreden işverenin faaliyet alanı ile sınırlı kalmalıdır. İşyerini devralan işverenin faaliyet alanını değiştirmesi veya genişletmesi, başka müşteri çevresine ilişkin faaliyet alanını benimsemesi veya mevcut iş sırlarını kullanmaması, yeni teknik ve ticarî özellikleri benimsemesi hâlinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi gerekir.<sup>195</sup>

Yargıtay, işyerinin devrinin iş sözleşmesi devam ederken veya sona erdikten sonra gerçekleşmesi açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın rekabet yasağının devam edeceğini kararlaştırmıştır. Yüksek Mahkemeye göre; işçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri hâlinde de kural olarak, geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi veya faaliyet alanını değiştirmesi hâlinde ise rekabet yasağı sona erer.<sup>196</sup>

## SONUÇ

İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi, sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işçinin işverene karşı böyle bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Ancak, taraflar, iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak belirtilen şekilde kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır.

İş sözleşmesinde işçi, işverene nazaran zayıf durumda bulunduğu için kanunkoyucu, işverenin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yürürlüğe girecek olan rekabet yasağı hakkındaki hükümleri ayrıca düzenleme gereği duymuş ve

---

<sup>193</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.618; Soyer, s. 96; Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466.

<sup>194</sup> Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.466 vd.

<sup>195</sup> Atlan Kazan, s.186; Soyer, s.96; Taşkent/Kabakçı, s.43.

<sup>196</sup> Y 9. HD, 24.12.2009, 26954/36971, Süzek, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, s.467. Aynı yönde bkz. Y 9. HD, 18/02/2011, 2009/1286, 2011/3918, UYAP Uygulamaları, 22.03.2017.

rekabet yasağının geçerliliğini özel koşullara tabi kılmıştır. Yine hâkime aşırı sınırlamalara müdahale etme yetkisi tanımak suretiyle işçiyi koruma amacını göstermiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde işçiyi koruma düşüncesi göze çarpmakla birlikte, kanaatimizce sözleşmenin geçerliliğinin işverene yüklenecik karşı edime bağlanması yönünde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA<sup>197</sup>

**ALPAGUT, Gülsevil**, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, s. 913-959.

**ALTAY, Sabah**, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi İle İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı:3, 2008, s. 171-207.

**ARSLAN ERTÜRK, Arzu**, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.

**ATLAN KAZAN, Hülya**, “İş İlişkisinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi” , Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 36, Yıl: 2012, s. 153-189.

**BASKAN, Ş. Esra**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 116-125.

**CENTEL, Tankut**, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Yıl: 6, Sayı: 22, s. 5-11.

**ÇAYAN, Gökhan**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununa Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 39, Yıl: 2013, s. 81-134.

**ÇELİK, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

**ÇELİK, Nuri**; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014.

---

<sup>197</sup> Atf yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.



**DEMİR, Fevzi; DEMİR, Gönenç**, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş Dergisi, Cilt:11, Sayı:1, 2009, s. 1-37.

**ERDEMOĞLU, Deniz**, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 21, Yıl: 2009, s. 139-159.

**EYRENCİ, Öner**; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.

**KARAÇÖP, Eda; YAMAKOĞLU, Efe**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 38, Yıl: 2013, s. 83-148.

**KESER, Hakan**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Yıl:6, Sayı:24, s. 88-105.

**KÖSEOĞLU, Haluk**, “Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1968, Sayı:6, s. 982-986.

**MANAV, Eda**, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:87, 2010, s. 322-364.

**MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi**; ASTARLI, Muhittin; BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku (Genel Kavramlar – Bireysel İş İlişkileri), Ankara 2014.

**NARMANLIOĞLU, Ünal**, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.

**ÖZDEMİR, Erdem** “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, 2005, s. 95-120.

**SAVAŞ, Fatma Burcu**, “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 13, Yıl: 2007, s. 103-134.

**SOYER, M. Polat**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.

**SOYER, M. Polat**, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu”, Kamu-İş Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, Yıl:2000, s. 363-380. ( Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu)

**SOYER, M. Polat**, “Cezai Şart”, Çimento İşveren Dergisi, Sayı:5, Cilt:14, Eylül 2000, s. 29-33. ( Cezai Şart)

**SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), İstanbul 2013.

**SÜZEK, Sarper**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:72, Sayı:2, 2014, s. 457-468. ( İşçinin Rekabet Etmeme Borcu)

**TAŞKENT, Savaş; KABAKCI, Mahmut**, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Yıl:4, Sayı:16, s. 21-46.

**TUNCAY, A. Can**, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 2001, s.1043-1085.

**UŞAN, M. Fatih**, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003. (İş Sırrının Korunması)

**UŞAN, M. Fatih**, “Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, Yıl:1, Sayı:1, s. 53-70. ( Eski İşçinin Sır Saklama Borcu)

**UŞAN, M. Fatih**, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, Yıl:6, Sayı:21, s. 116-128. ( Değerlendirme)

**UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) Uygulamaları.**

# VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULANMA ALANI, YORUMLANMASI VE BAĞLAYICILIĞI

*Scope Of Application, Interpretation And Bindingness Of Vienna Sales  
Convention*

**Av. Özlem ÖNER<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 16.11.2016

Kabul Tarihi: 10.03.2017

## ÖZET

Devletlerin milletlerarası ticaretin en temel sözleşmelerinden biri olan satım sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kurallarının birbirinden farklı olması sebebiyle, milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları büyük öneme sahip olup bu amaçla yapılmış sözleşmelerin en önemlisi 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. Sözleşme, 1 Ağustos 2011'den itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Viyana'da imzalanmış olması sebebiyle Viyana Satım Sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Sözleşme, milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesi ile ilgili hükümler içermektedir. Makalede, öncelikle Sözleşme'nin uygulama alanı; zaman, yer ve konu bakımından irdelenmiş, ardından Sözleşme'nin yorumlanması ve bağlayıcılığı hususlarına değinilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Viyana Satım Sözleşmesi, uygulama alanı, yorumlanması, bağlayıcılığı.

## ABSTRACT

Adopting uniform substantive law rules on sales contracts has a great importance, due to the difference between states' substantive law rules on sales contracts, which is one of the most fundamental contracts of international business; one of the most important convention which is prepared with this purpose called the United Nations Convention on the International Sale of Goods dated 11 April 1980. The Convention has also been implemented in Turkey since 1 August 2011. The convention is also known as "the Vienna Sales Convention" due to it was signed in Vienna. The Vienna Sales Convention contains provisions regarding the establishment, execution, and termination of the contracts related to the international sale of movable properties. This article is primarily concerned with the application of the Convention; time, place and subject, then the interpretation and bindingness of the Convention are examined.

**Key Words:** The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna Sales Convention, scope of application, interpretation, bindingness..

## GİRİŞ

Globalleşen dünyada uluslararası ticaretin öneminin arttırmasına bağlı olarak uluslararası satım sözleşmelerinin önemi de artmakta ve farklı ülkelerde işyerleri bulunan taraflar arasında satım sözleşmelerinin kurulmasından ifasına kadarki süreçte hukuk sistemlerinin farklılıklarından dolayı ortaya

<sup>1</sup> Avukat, Başbakanlık Hukuk Hizmetleri Başkanlığı, ozlemnr@gmail.com

bazı sorunlar çıkmaktadır. Milli hukukların çeşitliliği düşünüldüğünde yeknesak bir düzenlemeye ihtiyacın varlığı daha da belirginleşmiş olup bunu sağlamaya yönelik olarak uluslararası alanda birçok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalardan en önemlisi ise 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)<sup>2</sup>'dir. Viyana Satım Sözleşmesi, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile AngloSakson hukuk sistemini, eski Sovyet ülkeleri ve hatta İslam hukukuna ait unsurlar içeren sistemleri birleştirmeyi amaçlamıştır<sup>3</sup>. Bu amaç da önemli ölçüde gerçekleşmiş olup, şu an 85 üye devlet Sözleşmeye taraftır<sup>45</sup>.

<sup>2</sup> Kısaca "Viyana Satım Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> Atamer, Y. M./ Mistelis, L: Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 2.tıpkı bası, İstanbul 2008, s.16; Çalışkan, Y: Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2014, s. 138; Schlechtriem, P./Butler, P.: UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin, 2008, s.2.

<sup>4</sup> Üye devlet listesine ulaşmak için bkz: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)> (son erişim 08.03.2017). Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmalarının sonucu olan Viyana Satım Sözleşmesi'ne Türkiye, katılımın uygun bulunduğu 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanun'un 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımından sonra, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin (Karar Sayısı:2010/247) 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla katılmıştır. Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Sözleşme, katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe gireceğinden, Viyana Satım Sözleşmesi, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlanmış olup Türkiye Sözleşme'yi herhangi bir çekince koymadan kabul etmiştir. Türkiye açısından, sekiz komşusundan altısı Sözleşme'ye üyedir: İran ve Azerbaycan hariç Ermenistan, Bulgaristan, Gürcistan, Irak, Suriye ve Yunanistan. Ayrıca Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütüne üye 12 devletten 10 tanesi de Sözleşme'ye üye devletler arasında yer almaktadır. Bunlar; Arnavutluk, Ermenistan, Bulgaristan, Gürcistan, Yunanistan, Romanya, Rusya, Sırbistan, Türkiye ve Ukrayna'dır (Azerbaycan ve Moldova hariç). Hachem, P: Applicability of the CISG-Articles 1 and 6 (Part 3), s. 32 dn.4 ve 5'ten naklen; Schwenger, İ; Atamer, Y; Butler, P; Current Issues in the CISG and Arbitration, The Netherlands, 2014.

<sup>5</sup> Söz konusu amaç Sözleşme'nin dibacesinde, "...farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak şekilde uluslararası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kuralların yeknesak bir şekilde belirlenmesi, uluslararası ticaretin yasal engellerinin ortadan kaldırılmasına ve uluslararası ticaretin gelişmesine katkıda bulunacaktır..." şeklinde ifade edilmiştir. Özdemir-Kocasakal, H.: "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulanma Alanı", Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s.20. Ayrıca Sözleşme'nin, ülkelerarası mal ticareti ile ilgili yeknesak maddi kurallardan oluşan bir bütün oluşturmak suretiyle, milli hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanabilecek engellerin ortadan kaldırılması ve böylece belirliliğin (*certainty*) ve öngörülebilirliğin (*predictability*) sağlanması, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurma gerekliliğini azaltılması, davacının kendi lehine hükümler içeren ülkede dava açmasının (*forum shopping*) engellenmesi ve uluslararası nitelikli işlemlerin niteliğine uygun modern bir satım hukuku tesis edilmesi gibi temel amaçlar güttüğü

Viyana Satım Sözleşmesi'nin Türkiye'de de uygulanmaya başlanmış olması sebebiyle Türk hukuku açısından büyük önem kazanmıştır<sup>6</sup>. Bu makalenin amacı da Viyana Satım Sözleşmesi'ni ana hatlarıyla tanıtmak olup; çalışmanın ilk bölümünde Sözleşmenin uygulama alanı zaman, yer ve konu alt başlıkları altında incelenecek, ikinci kısımda Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanması ve boşluk doldurma yöntemlerine değinilecek ve son bölümde de Sözleşme'nin bağlayıcılığı hususuna yer verilecektir.

## I. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULAMA ALANI

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe gireceği zaman ve münferit olarak bir satım sözleşmesinde ne zaman uygulanacağı öncelikli olarak tespit edilmesi gereken konulardandır. Bu sebeple uygulama alanı kapsamında çalışmamızda zaman, yer ve son olarak konu bakımından uygulama alanı ele alınacaktır.

### A. Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin "*Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmında, Sözleşme'nin zamana bakımından uygulama alanına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşmenin 99'uncu maddesi Sözleşme'nin yürürlüğe gireceği tarihi, 100'üncü maddesi taraflar arasındaki satım sözleşmesi bakımından Viyana Satım Sözleşmesi'nin geçerli olacağı tarih ve 101'inci maddesi ise Sözleşme'den çekilme usulünü ve çekilmek için gerekli bildirim hüküm doğuracağı tarihi düzenlemektedir<sup>7</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, Viyana Satım Sözleşmesi'nin zaman bakımından uygulanma şartları mevcut değilse, uluslararası satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın esasına *for devletin* kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuk uygulanacaktır<sup>8</sup>.

### 1. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Yürürlüğe Gireceği Tarih

Sözleşme'nin 99'uncu maddesinde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe gireceği tarih ile ilgili çeşitli ihtimaller düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, bütün ülkeler için yürürlüğe gireceği tarih düzenlenmiştir.

---

yönünde görüş için bkz. Özdemir-Kocasakal, s.20, dn. 5 ve 6'da atf yapılan yazarlar.

<sup>6</sup> Özdemir-Kocasakal, s.22.

<sup>7</sup> Yıldırım, Z: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, Sa.1-2, s.1063.

<sup>8</sup> Türk hâkimi önüne gelen davada, anlaşmanın zaman bakımından uygulama şartlarının oluşmadığını tespit ederse, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG:12.12.2007-26728) ("MÖHUK")'un 24'üncü maddesini uygulayarak somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit edecektir. Çalışkan, s.125.

Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin birinci fıkrası düzenlemesine bakıldığında; *"Bu Antlaşma, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 92. madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dâhil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer."* hükmü yer almaktadır. Buna göre Sözleşme'nin yürürlüğe girebilmesi için Sözleşme'ye taraf olan on ülkenin varlığına ihtiyaç vardır. 11 Aralık 1986 tarihinde bu şart gerçekleşmiş olup Sözleşme, bu tarihten itibaren on iki ayın bitimini izleyen ayın ilk günü olan 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir<sup>9</sup>.

Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Sözleşme'yi onaylayan veya Sözleşme'ye katılan ülkeler bakımından 99'uncu maddenin ikinci fıkrası ise; *"Bir Devletin, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Antlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması veya Antlaşmaya katılması halinde, bu Antlaşma, hariç bırakılan Kısım dışında, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer"*. hükmünü içermektedir. Buna göre, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra Sözleşme'yi onaylayacak veya kabul edecek veya onayacak veya ona katılacak olursa, bu ülke bakımından sözleşme onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdiinden sonraki on iki aylık bir dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir<sup>10</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 99'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre Sözleşme'yi onaylayan veya kabul eden, uygun bulan veya Sözleşme'ye katılan bir Devlet, 1 Temmuz 1964'te Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma veya 1 Temmuz 1964'te Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma'dan herhangi birine veya her ikisine de taraf ise, aynı anda, Hollanda Hükümeti'ne bildirimde bulunarak, duruma göre anılan antlaşmaların birinden veya her ikisinden çekilecektir<sup>11</sup>.

Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre Sözleşme'yi onaylayan veya kabul eden, uygun bulan veya ona katılan ve 92'nci madde gereğince Sözleşme'nin II. Bölümüyle bağlı olmadığını beyan eden veya beyan

---

<sup>9</sup> Bu tarih itibarıyla Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği ülkeler; Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Çin, Fransa, İtalya, Lesotho, Macaristan, Mısır, Suriye Arap Cumhuriyeti, Yugoslavya ve Zambiya'dır. Toker, s.136.

<sup>10</sup> Schwenzer, I./Çağlayan-Aksoy, P. (Ed.): Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, s.1388; Toker, s.137.

<sup>11</sup> Schwenzer/Çağlayan-Aksoy, s.1388; Toker, s.138.

etmiş bulunan bir Devlet, Satıma İlişkin 1964 tarihli Lahey Antlaşması'na taraf ise onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında Hollanda Hükümeti'ne bu yönde bir bildirimde bulunarak Satıma İlişkin 1964 tarihli Lahey Antlaşması'ndan çekilecektir.

Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin beşinci fıkrasına göre ise Sözleşme'yi onaylayan veya kabul eden, uygun bulan veya ona katılan ve 92'nci madde gereğince Sözleşme'nin III. bölümüyle bağlı olmadığını beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir Devlet, Kuruluşa İlişkin 1964 tarihli Lahey Antlaşması'na taraf ise onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında Hollanda Hükümeti'ne bu yönde bir bildirimde bulunarak Kuruluşa İlişkin 1964 tarihli Lahey Antlaşması'ndan çekilecektir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 99'uncu maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarından çıkan sonuç; bir ülke aynı anda hem Lahey Sözleşmelerine veya bu Sözleşmelerden herhangi birine hem de Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olamayacaktır<sup>12</sup>.

Lahey Sözleşmelerine taraf olan ülkeler bakımından Viyana Satım Sözleşmesi'nin hangi anda yürürlüğe gireceğini düzenleyen altıncı fıkraya göre; üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralara göre yapılan çekilme bildirimlerinin etkilerini doğurduğu tarihte Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu ülkeler bakımından yürürlüğe gireceği düzenlenmektedir.

## **2. Taraflar Arasındaki Satım Sözleşmesi Bakımından Viyana Satım Sözleşmesi'nin Geçerli Olacağı Tarih**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 100'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre Sözleşme, 1(1)(a) maddesinde göz önüne alınan taraf ülkeler veya 1(1)(b) maddesinde göz önüne alınan taraf ülke açısından Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan icap sonucunda yapılmış sözleşmelerin kuruluşuna uygulanırken, maddenin ikinci fıkrasına göre de Sözleşme, 1(1)(a) maddesinde göz önüne alınan taraf ülkeler veya 1(1)(b) maddesinde göz önüne alınan taraf ülke açısından sadece Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış sözleşmelere uygulanmaktadır<sup>13</sup>. Başka bir ifadeyle, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 100'üncü maddesi uyarınca; satım sözleşmesinin kuruluşunda Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, icabın Sözleşme'nin yürürlüğünden sonra yapılması gerekirken; satım sözleşmesinin ifasında uygulanabilmesi için icabın yürürlükten sonra yapılması gerekmemekte, satım sözleşmesinin, Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğünden sonra yapılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, birinci fıkrada "icabın yapıldığı an" ifadesi

---

<sup>12</sup> Toker, s.139.

<sup>13</sup> Toker, s.140.

kullanıldığından icabın vardığı anın bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan maddenin ikinci fıkrasına göre ise icabı kabul beyanının Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği veya daha sonraki bir tarihte icapçıya varması yeterlidir. Bu yönüyle ikinci fıkraya göre, birinci fıkradan farklı olarak icap Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce de yapılmış olabilmektedir<sup>14</sup>. Son olarak bir hususu da belirtmek gerekirse, Viyana Satım Sözleşme hükümleri, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe, geriye yürümektedir<sup>15</sup>.

Fransız Temyiz Mahkemesi *Vanderlinden v. S.A. Vergers de Seru* kararında; işyeri Belçika'da bulunan satıcı ile işyeri Fransa'da bulunan alıcı arasında 1996 yılında akdedilen meyve alım-satımına ilişkin sözleşmeye, Viyana Satım Sözleşmesinin Belçika bakımından 1.10.1997 tarihinde yürürlüğe girdiğini dikkate almadan Sözleşme'nin uygulama alanı bulacağına karar vermekte 100'üncü maddeye aykırı karar vermiştir<sup>16</sup>.

### **3. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Tarafı Olan Ülkenin Sözleşme'den Çekilme Bildiriminin Geçerli Olacağı Tarih**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 101'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, Sözleşme'nin tarafı olan her ülke, Sözleşme'yi veya Sözleşme'nin ikinci veya üçüncü kısmını, tevdi makamına yapacağı yazılı resmî bir bildirimle feshedebilir. Sözleşme'nin 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, Sözleşme'nin tarafı olan ülke artık Sözleşme ile bağlı olmak istemediğini bildirerek Sözleşme'den çekilirse, *"fesih, bildirim tevdi makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder. Bildirimde, feshin hüküm ifade etmeye başlaması için daha uzun bir sürenin belirtilmiş olması halinde, fesih, tevdi makamına bildirim ulaşmasından itibaren anılan daha uzun sürenin geçmesi ile hüküm ifade eder"*. Bu hükme göre on iki aylık süre uzatılabilirken, bu sürenin kısaltılması mümkün değildir<sup>17</sup>.

## **B. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Yer Bakımından Uygulama Alanı**

### **1. Genel Olarak**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi, Sözleşme'nin uygulama alanını belirleyen tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Zeytin, Z.:Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. bası, Ankara, 2015, s.66-68.

<sup>15</sup> Atamer/Mistelis, s.21; Çalışkan, s.125; Toker, s.140.

<sup>16</sup> Kararın özeti için bkz. Court of Appeal of Amiens, 30/01/2001, RG 99/02272, CaseLaw on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no.399, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010130f1.html>> (son erişim:08.03.2017).

<sup>17</sup> Yıldırım, s.1066-1067.

<sup>18</sup> Atamer/Mistelis, s.16; Çalışkan, s.137; Tarman, Z.D.:Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı), İstanbul, 2015, s.19. Burada Viyana Satım



Maddeye göre Sözleşme, “milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmeler”e uygulanacaktır<sup>19</sup>. Bu nedenle, Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanının sınırları tespit edilirken öncelikle hangi mal satım sözleşmelerinin milletlerarası niteliğe sahip olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir<sup>20</sup>. Sözleşme uyarınca bir mal satım sözleşmesinin milletlerarası niteliği haiz olup olmadığının tespitindeki kıstas, tarafların işyerlerinin sözleşmenin kurulduğu anda farklı devletlerde bulunmasıdır<sup>21</sup>. Satım sözleşmesinin taraflarının işyerleri aynı devlette ise, o satım sözleşmesinde tarafların vatandaşlığı veya sözleşmenin ifa yeri bakımından bir yabancılik unsuru bulunsa dahi Viyana Satım Sözleşmesi açısından milletlerarası bir satım gerçekleşmiş olmayacaktır<sup>22</sup>. Sözleşme’nin 1’inci maddesinin ikinci fıkrasında; tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmayacağı ve son fıkrasında ise Sözleşme’nin uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığının, ne tacir olup olmadıklarının, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olmasının dikkate alınmadığı hükmüne yer verilmekte olup bu hususlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sözleşmesi’nin 1. maddesinin Sözleşme’nin uygulama alanını düzenleyen tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu belirtilirken, mevcut sözleşmenin Viyana Satım Sözleşmesi’ne tabi olmaması halinde söz konusu sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı meselesini düzenlemediğini belirtmek gerekmektedir. Zira Sözleşme’nin uygulanmadığı hallerde kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, Profesör *Schlechtriem*’in Viyana Satım Sözleşmesi ile kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ilişki hakkındaki görüşünü paylaşmak gerekirse: “*Kanunlar ihtilafı kuralları, yeknesak satım hukuku kurallarını hazırlayanlar ve yürürlüğe koyanlar tarafından eskimiş ve kullanılamaz hale gelmiş kurallar olarak görülmelerine karşın, bu durum gerçeği yansıtmamaktadır. Tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı olarak nitelendirilebilecek olan CISG m. 1(1)(a) hükmü gereği Antlaşmanın uygulandığı hallerde bile, Antlaşma tarafından düzenlenmeyen konuların for devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek olan ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerekmektedir. CISG m. 1(1)(b) hükmü söz konusu olduğu takdirde, kanunlar ihtilafı kuralları Antlaşmanın uygulanmasının ön koşulu olduğu için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle, satım sözleşmelerine Antlaşmanın açıkça uygulandığı hallerde bile sözleşmede hukuk seçimi klorunun düzenlenmesi tavsiye edilmektedir.*” Atamer/Mistelis, s.13. dn.34’den naklen alınmıştır.

<sup>19</sup> Her ne kadar burada “milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmeler” ifadesi kullanılmakta ise de esasen Sözleşme’nin 1. maddesinde “milletlerarası” kelimesi yer almamaktadır. Bu kelime sadece Viyana Satım Sözleşmesi’nin başlığında yer almaktadır. Sözleşme’nin hazırlayıcıları, ülke sınırları arasındaki taşınır mal hareketlerini tespit ederek Sözleşme’nin uygulama alanını belirlemek yerine “işyeri” kriterini uygulamayı seçmişlerdir. Bu yönde görüş için bkz. Toker, s.35.

<sup>20</sup> Atamer/ Heiderhoff, s.25; Schwenger/Çağlayan-Aksoy, s.181; Tarman, s.20.

<sup>21</sup> Tarman, s.20. CISG, sözleşmenin milletlerarası niteliğini tanımlarken sözleşmenin kurulduğu veya ifanın gerçekleştiği yeri esas almamıştır.

<sup>22</sup> Atamer/Mistelis, s.15; Tarman, s.21.

## 2. Gerekli Şartlar

### a. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, Sözleşme'nin yer bakımından uygulanabilmesi için, satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekmektedir<sup>23</sup>. Bu gereklilik ile taraflar arasındaki sözleşme milletlerarası bir niteliğe kavuşmaktadır. Bu temel şart, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için mutlaka gerçekleşmelidir<sup>24</sup>. O halde, tarafların işyerleri Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan aynı ülkede bulunuyorsa, bu satım sözleşmesine iç hukuk kuralları uygulanacaktır<sup>25</sup>.

Sözleşme'nin 1'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan bu şartın Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını hem genişlettiği hem de daralttığı ileri sürülmektedir<sup>26</sup>. Satım sözleşmesinin taraflarının farklı ülkelerde bulunması şartı sağlandığı takdirde taraflar arasındaki satım ilişkisi bir ülke sınırları içerisinde gerçekleşse dahi Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacağından bu yönüyle Sözleşme'nin uygulama alanının genişlediği, ancak diğer yandan tarafların işyerlerinin aynı ülkede olması halinde satım ilişkisi birden fazla ülkede etki doğursa bile taraflar arasındaki sözleşmeye Viyana Satım Sözleşmesi uygulanamayacağından bu durumun Sözleşme'nin uygulama alanını daralttığı ifade edilmektedir<sup>27</sup>.

### aa. İşyeri Kavramı

İşyeri kavramının tanımına Viyana Satım Sözleşmesi'nde yer verilmemiştir. Bunun yanında işyerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda da Sözleşme'de bir açıklık bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Bunun en önemli nedeni Sözleşme taraflarının ortak bir tanım üzerinde anlaşamamış olmalarıdır<sup>29</sup>. Doktrinde yapılan tanımlar sonucunda işyeri, merkez gibi katı kurallara tabi olmayan sürekli

---

<sup>23</sup> Özdemir, F.G.; Öztekin-Gelgel, G./Giray, F.G. (Ed.): Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BMSözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. MADDELER), İstanbul 2014, s.11; Atamer/Mistelis, s.23; Özdemir-Kabasakal, s.23.

<sup>24</sup> Özdemir-Kocasakal, s.24, 20'de atıf yapılan yazarlar. Ayrıca Sözleşme'nin yer bakımından uygulanabilmesi için, satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması şartının yer bakımından uygulama alanı yanında kişisel uygulama alanını da düzenlemektedir. Bu yönde görüş için bkz. Toker, s.32-33.

<sup>25</sup> Atamer/Mistelis, s.23-24; Öztekin-Gelgel/Giray, s.11; Toker, s.41, dn.110'dan naklen.

<sup>26</sup> Toker, s.33.

<sup>27</sup> Toker, s.33-34.

<sup>28</sup> Atamer/Mistelis, s.17, dn.47'den naklen; Çalışkan, s.130; Özdemir-Kocasakal, s.24; Tarman, s.21, Zeytin, s.51.

<sup>29</sup> Çalışkan, s.130; Zeytin, s.51. Bununla birlikte Birleşmiş Milletler Ticaret Odası gibi kurumların temsilcilerinin raporlarında ve doktrinde işyeri kavramının birçok tanımının yapıldığı hususunda bkz. Toker, s.35.

ve düzenli iş yapılan yer olarak tanımlanmakta iken<sup>30</sup>, Birleşmiş Milletler Ticaret Odası Temsilcisinin tanımında ise mal veya hizmet satmak amacıyla memurlardan ve bürolardan oluşan sürekli bir ticari organizasyon ifadesine yer verilmiştir<sup>31</sup>. Yine Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce "ICC")'nın bir tahkim kararında hakem heyeti tarafından Viyana Satım Sözleşmesi anlamında işyeri, sadece bir sözleşmenin hazırlık safhalarının yapıldığı yer olarak değil, sabit ve sürekli iş ilişkilerinin devam ettiği yer olarak tanımlanmıştır<sup>32</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işyeri kavramının vasıflandırılması yapılırken, vasıflandırmanın *lexforiye* tabi tutulmadan, Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında yapılması ve elbette işyeri kavramının geniş yorumlanması gereklidir<sup>33</sup>. Bu bağlamda işyeri kavramı için asgari bağımsızlık ve süreklilik olmak üzere iki unsur aranmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme kapsamında işyeri olarak kabul edilen bir yerin, ticari işlerin ağırlıklı olarak yürütüldüğü yer veya işletmenin yönetim yeri olması gerekmektedir<sup>34</sup>. Buradan hareketle belirtmek gerekir ki, bağımsız olmayan ve sadece şirketin reklamını yapan irtibat büroları ile fuar stantları işyeri sayılmamaktadır<sup>35</sup>. Satım sözleşmesinin ana şirket tarafından değil de ana şirketin de ortak olduğu bir yan şirket tarafından yapılması durumunda ise yan şirketin işyerinin esas alınacağı kabul edilmektedir<sup>36</sup>.

Diğer yandan, Sözleşme'de işyeri kavramı tanımlanmamakla beraber 10'uncu maddede tamamlayıcı bir düzenlemeye gidilmiştir<sup>37</sup>. Satım sözleşmesi taraflarının farklı ülkelerde birden fazla işyerinin bulunması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyerinin esas alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Bir tarafın işyerinin olmaması halinde mutad meskeninin işyerinin yerini tutacağı anılan maddenin (b) bendinde düzenlenerek Sözleşme'nin uygulama alanı genişletilmektedir<sup>38</sup>.

Sözleşmenin temsilci aracılığıyla akdedildiği hallerde, işyerinin nasıl tespit edileceği sorununu doğrudan temsil ve dolaylı temsil hallerini değerlendirerek ele almak gerekmektedir<sup>39</sup>. Doğrudan temsil durumunda, sözleşme tarafı

---

<sup>30</sup> Toker, s.37.

<sup>31</sup> Yıldırım, s. 1069, dn. 24'ten naklen.

<sup>32</sup> ICC Court of Arbitration, Arbitral Award Case No.9781, Çalışkan s.130'dan naklen.

<sup>33</sup> Çalışkan, s.130.

<sup>34</sup> Zeytin, s.51.

<sup>35</sup> Toker, s.37; Zeytin, s.52.

<sup>36</sup> Zeytin, s.52.

<sup>37</sup> Atamer/Mistelis, s.17, dn.47'den naklen, Schlechtriem/Butler, s.11; Tarman, s.22.

<sup>38</sup> Tarman, s.2; Öztekin-Gelgel/Giray, s.193-194.

<sup>39</sup> Tarman, s.22.

olarak temsil edilen kabul edildiğinden temsil edilenin işyerinin; dolaylı temsil durumunda ise, sözleşme hükümleri öncelikli olarak temsil edenin şahsında doğacağı için temsilcinin işyerinin esas alınması gerekmektedir<sup>40</sup>.

### **bb. Farklı ülke kavramı**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'incimaddesinin birinci fıkrası, “*Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, (a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.*” hükmünü içermektedir. Sözleşme'nin bu maddesi iki alternatif şart sunmaktadır<sup>41</sup>. Bu şartlardan birincisi, satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olan farklı ülkelerde bulunması, ikincisi ise *lexforin*in kanunlar ihtilafı kurallarının Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olan bir ülkenin hukukunu yetkili kılmasıdır.

### **aaa. Tarafların İşyerlerinin Bulunduğu Ülkelerin Viyana Satım Sözleşmesi'nin Tarafı Olması (Doğrudan Uygulama)**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin 1. maddesine göre ilk seçenek, tarafların işyerlerinin bulunduğu farklı ülkelerin Sözleşme'nin tarafı olmasıdır. Bir başka ifadeyle, satım sözleşmesi taraflarının işyerleri, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan farklı ülkelerde bulunmalıdır<sup>42</sup>. O halde, Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde, bu ülkelerin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmayacak, doğrudan Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır<sup>43</sup>.

Ancak bu şart, sadece Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin mahkemelerini bağlamaktadır. Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkenin mahkemesinde davanın açılmış olması halinde, bu şart gerçekleşse bile, hâkim, Sözleşme'yi uygulamak zorunda değildir<sup>44</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi, 1'inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca uygulandığı durumlarda, Sözleşme belirli bir ülkenin hukuku olarak değil, bütün hukuk düzenlerinden bağımsız olarak uygulanmaktadır<sup>45</sup>. Diğer yandan Viyana Satım Sözleşmesi'nin

---

<sup>40</sup> Tarman, s.22.

<sup>41</sup> Toker, s.41.

<sup>42</sup> İlk olarak bu şartın varlığının tespit edilmesi hususunda Amerikan Temyiz Mahkemesi 11. Dairesinin *Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.* kararı, 12/09.20016, 05-13995, < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html>>(son erişim:08.03.2017).

<sup>43</sup> Atamer/Mistelis, s.16; Toker, s.42.

<sup>44</sup> Tiryakioğlu, B.:11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, AÜHFĐ, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s.195; Çalışkan, s.141; Toker, s. 42; Yıldırım, s.1071.

<sup>45</sup> Yıldırım, s.1071.

uygulanabilmesi için, satım sözleşmesi taraflarının Sözleşme'nin uygulanmasını engellememeleri de gerekmektedir<sup>46</sup>. Bu husus ileride Viyana Satım Sözleşmesi'nin konu bakımından uygulama alanı kısmında değerlendirilecektir.

### **bbb. For Devletinin Kanunlar İhtilâfî Kurallarının Viyana Satım Sözleşmesi'ne Taraf Olan Ülkenin Hukukuna Atıfta Bulunması (Dolaylı Uygulama)**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için, Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre ikinci alternatif şart, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfî kurallarının Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukuna atıfta bulunmasıdır<sup>47</sup>. Bu kurala göre, yine satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde olması gerekirken, işyerlerinin bulunduğu ülkelerin Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olması gerekmemektedir<sup>48</sup>. Burada hâkim, kanunlar ihtilâfî kurallarına göre yetkili hukuku Sözleşme'ye taraf olan bir ülkenin hukuku olarak tespit ederse, Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümleri o ülkenin iç maddî hukuku sıfatıyla uygulama alanı bulmaktadır<sup>49</sup>. Sözleşme'nin uygulama alanını genişleten bu bent, uluslararası karar ahengini bozacağı ve ulusal hukukların uygulanmasını önemli ölçüde sınırlayacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir. Bu yüzden de taraf devletlere Sözleşme'nin 95'inci maddesi ile bu bende çekince koyma hakkı tanınmıştır<sup>50</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu hükmü, Sözleşme'ye taraf olan bir ülkede davanın açılması durumunda, bu ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarının yine Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukunu göstermesi durumunu ele almıştır. İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunması şartı gerçekleşmişse ve davanın açıldığı Sözleşme'ye taraf ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarının gösterdiği ülke de Sözleşme'ye tarafsız, Sözleşme bu ülkenin iç hukuku olarak uygulanacak, o ülkenin kanunlar ihtilâfî kuralları dikkate alınmayacaktır<sup>51</sup>.

Burada *for devletinin* Türkiye olması durumunda, açıklananlar ışığında durum şöyle örneklendirilebilir: Uluslararası mal satımına ilişkin bir davada, sözleşmenin taraflarından birinin veya her ikisinin de işyerlerinin Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette olması durumunda Sözleşme'nin

<sup>46</sup> Atamer/Mistelis, s.17.

<sup>47</sup> Atamer/Mistelis, s.17.

<sup>48</sup> Toker, s.44.

<sup>49</sup> Yıldırım, s.1072. ICC International Court of Arbitration; 7565, 1994 tarihli kararında, hakem heyeti, taraflar açıkça İsviçre hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçmiş olmaları nedeniyle ve CISG'nin de İsviçre hukukunun bir parçası olarak madde 1(1)(b) uyarınca sözleşmeye uygulanacağına karar vermiştir. Karar için bkz. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/509/00/PDF/V0050900.pdf?OpenElement>> (son erişim:08.03.2017).

<sup>50</sup> Tarman, s. 30; Zeytin, s.49-50.

<sup>51</sup> Yıldırım, s.1072.

doğrudan uygulamaya ilişkin 1(1)(a) maddesi uygulanamayacağından, MÖHUK madde 24 hükmü<sup>52</sup> uyarınca yetkili hukukun tespiti yapılacaktır. Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuk Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan bir devletin hukuku ise Türk hâkimi Viyana Satım Sözleşmesi'ni 1(1) (b) maddesi uyarınca dolaylı olarak uygulamak durumunda kalacaktır. Ancak bu durumda da, Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf devletin Sözleşme'nin 1(1)(b) maddesinin uygulanmasına 95'inci madde gereğince çekince koyup koymadığını araştırması gerekmektedir<sup>53</sup>. Bu durumda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususu ise ileride Viyana Satım Sözleşmesi'nin bağlayıcılığının ele alındığı kısımdaayrıntılı olarak incelenecektir.

Dava, Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkede açılmışsa, Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu hükmü, o ülke mahkemesi için bağlayıcı değildir. Bu durumda hâkim, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak ülke hukukunu tespit edecektir. *Lexforin*in kanunlar ihtilafı kurallarının Sözleşme'ye taraf bir devletin hukukuna atfı yapması durumunda ise yapılan atfın niteliğine göre sonuç değişecektir<sup>54 55</sup>.

Eğer atfı "genel atfı" niteliğinde ise, atfı yapılan ülke hukuku kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsayacak şekilde bir bütün olarak ele alınacak ve bu duruma göre Sözleşme'nin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu tespit edilecektir<sup>56</sup>. Buna göre atfı yapılan ve Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olan

<sup>52</sup> MÖHUK'un Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk başlıklı 24. maddesi: *"(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

*(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.*

*(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*

*(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."* hükmünü haizdir.

<sup>53</sup> Çalışkan, s.143.

<sup>54</sup> Özdemir-Kocasakal, s.35; Toker, s.47.

<sup>55</sup> Türk Hukukunda, MÖHUK m.2/f.3, atfı teorisini sadece şahsın ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda kabul ettiğinden, satım sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda bu teori uygulanmayacaktır.

<sup>56</sup> Toker, s.47.

devletin hukuku kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil olacak şekilde dikkate alınacağından, örneğin ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının *lexforiye*ide atıf yapması halinde bu ülke Sözleşme'ye taraf bir ülke olmadığından Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır<sup>57</sup>.

Eğer *lexforin* kanunlar ihtilafı kurallarının yaptığı atıf “maddi norm atfı” niteliğinde ise, bu durumda uygulanacak hukuk atıf yapılan ülkenin iç hukuku olup kanunlar ihtilafı kuralları göz önünde bulundurulmayacak ve Sözleşme hükümleri o somut vakiya o ülkenin milletlerarası satımları düzenleyen bir iç hukuk düzenlemesi olarak uygulanacaktır<sup>58</sup>.

### **b. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunduğunun Anlaşılır Olması**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “ *tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden...*” anlaşılır olmalıdır. Aksi durumda işyerlerinin farklı ülkelerde olması olgusu dikkate alınmaz, yani Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz. Bunun sebebi ise bu durumda işlemin milletlerarası niteliğinin açık olmamasıdır<sup>59</sup>.

Sözleşme'nin 1'inci maddesinin bu fıkrası, aynı maddenin ilk fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin uygulanmasını engelleyen yani Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını daraltan unsurlardandır. Viyana Satım Sözleşmesi'nin kendi uygulama alanını bu şekilde daraltmasının sebebinin ise satım sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin yapılmasından sonra işyerlerinin farklı ülkede olduğunu fark etmeleri halinde, beklenmedik bir şekilde Viyana Satım Sözleşmesi ile bağlı olmak gibi ortaya çıkabilecek sorunları önlemek olduğu ifade edilmektedir<sup>60</sup>.

Sözleşmenin uluslararası niteliğini bilmediğini iddia eden taraf bunu ispat etmelidir<sup>61</sup>. Ancak satım sözleşmesinin milletlerarası niteliğinin objektif olarak anlaşılır olması yeterlidir. Taraflar işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu bilmeseler de, objektif olarak bunun farkına varabileceklerse, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır<sup>62</sup>. Bunun yanı sıra tarafların, işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu bilmeleri yeterli olup, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan bir ülkede olduğunun bilinmesinin önemi yoktur. Ayrıca satım sözleşmesinin, Viyana Satım Sözleşmesi'nin kapsamına giren bir sözleşme

---

<sup>57</sup> Toker, s.47.

<sup>58</sup> Atamer/Mistelis, s.16;Toker, s.47.

<sup>59</sup> Schwenger/Çağlayan-Aksoy, s.181; Toker, s.53.

<sup>60</sup> Schwenger/Çağlayan-Aksoy, s.182; Toker, s.53.

<sup>61</sup> Schwenger/Çağlayan-Aksoy, s.181; Zeytin, s.52.

<sup>62</sup> Yıldırım, s.1072.

olduğunun da taraflarca bilinmesi gerekmemektedir<sup>63</sup>.

Aynı ülke sınırları içinde yabancı temsilcinin bu sıfatını belirtmeden satım sözleşmesi yapması durumunda, temsil dolaylı temsil ise sözleşme tarafı temsilci olacağından işyerlerinin farklı devlette olması şartı gerçekleşmeyecek ve bu itibarla Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmayacaktır<sup>64</sup>.

### **c. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Dikkate Alınmayacak Durumlar**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrası, "*Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır.*" hükmünü haiz olduğundan Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması bakımından maddede sayılan durumlar dikkate alınmayacaktır. Aynı maddenin ilk paragrafındaki düzenlemeye açıklık getirmekte olan bu madde tamamlayıcı bir düzenlemedir<sup>65</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması bakımından tarafların vatandaşlığının önem taşıması Sözleşme'de evrensel normların muhafaza edildiğinin göstergesi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>66</sup>.

Tarafların tacir sıfatının veya sözleşmenin ticarî niteliğinin ise, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tüm hükümleri bakımından değil, sadece Sözleşme'nin yer bakımından uygulama alanının belirlenmesinde dikkate alınmayacağına dikkat etmek gerekmektedir<sup>67</sup>. Zira tarafların tacir sıfatı, örneğin satıcının malı teslim etmesi gereken sürenin belirlenmesi gibi başka konularda göz önüne alınabilir<sup>68</sup>.

## **C. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Konu Bakımından Uygulama Alanı**

### **1. Genel Olarak**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin ilk altı maddesi ile Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanı düzenlenmektedir<sup>69</sup>. Sözleşme'nin 1'inci maddesi yukarıda incelediğimiz üzere esasen Sözleşme'nin yer bakımından uygulama

---

<sup>63</sup> Zeytin, s.54. Ancak aksi görüşe göre; Sözleşme yapıldığı sırada taraflar aralarındaki sözleşmenin Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girdiğini bilmek zorundadır. Toker, s.54.

<sup>64</sup> Zeytin, s.52.

<sup>65</sup> Öztekin-Gelgel/Giray, s.23; Toker, s.55.

<sup>66</sup> Öztekin Gelgel/Giray, s.23; Toker, s.55.

<sup>67</sup> Öztekin Gelgel/Giray, s.24; Toker, s.56.

<sup>68</sup> Yıldırım, s.1074.

<sup>69</sup> Toker, s.75.



alanının belirlenmesine hizmet etmektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrasında Sözleşme'nin milletlerarası mal satım sözleşmeleri hakkında uygulama alanı bulacağı hükmüne yer verilmiş olması sebebiyle konu bakımından uygulama alanıyla da ilgilidir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi Sözleşme'nin uygulanmayacağı satımları, 3'üncü maddesinde satım sözleşmesiyle yakınlık gösteren bazı sözleşmeler, 4'üncü maddesinde de Viyana Satım Sözleşmesi'nin hakkında uygulama alanı bulunduğu ve bulunmadığı satıma ilişkin konular, 5'inci maddesinde hangi durumlarda Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmayacağı ve son olarak 6'ncı maddesinde ise irade muhtariyeti hususu düzenlenmekte olup bu hususlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

## 2. Mal Satım Sözleşmesi

### a. Satım Sözleşmesi Kavramı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin birçok maddesinde satım sözleşmesi kavramına yer verilmekte iken bu kavram ile ilgili herhangi bir tanıma yer verilmemiştir<sup>70</sup>. Bunun iki önemli gerekçesi olduğu kabul edilmektedir. İlk olarak farklı hukuk düzenlerinde mal satım sözleşmelerinin farklı şekillerde tanımlanıyor olması, diğeri ise ortak bir tanıma ulaşılamamasıdır<sup>71</sup>. Satım sözleşmesi kavramı Sözleşme'de açık bir şekilde tanımlanmamakla beraber, satım sözleşmesinin tanımlanmasına yardımcı olan maddi hukuk kuralları bulunmaktadır<sup>72</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 30'uncu maddesinde satıcının borçlarına ilişkin malı teslim etme, malın mülkiyetini geçirme ve mala ilişkin belgeleri teslim etme düzenlemesi; 53'üncü maddesindeki alıcının bedeli ödemek ve malı teslim alma borcu; 31. maddesindeki malların teslimine ilişkin düzenleme; 35'inci maddesindeki numune üzerine satım düzenlemesi ve yine 73'üncü maddesindeki ard arda teslimli satım sözleşmelerine ilişkin düzenleme esas alındığında: Sözleşme ile taraflardan birinin (satıcının) kararlaştırılan malı teslim etme ve mal üzerindeki mülkiyeti devretme ve gerekiyorsa mal ile ilgili dokümanları verme borcu altına girdiği, buna karşılık diğer tarafın da malı teslim alma ve kararlaştırılan semeni ödeme borcu altına girdiği sözleşme, mal satım sözleşmesidir şeklinde tanım yapılmaktadır<sup>73</sup>.

Doktrinde bazı yazarlarca, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına, satım sözleşmesinin yanında, satıma çok benzediğinden dolayı, trampa

---

<sup>70</sup> Toker, s.77; Zeytin, s.55.

<sup>71</sup> Zeytin, s.55.

<sup>72</sup> Tarman, s.43.

<sup>73</sup> Zeytin, s.56.

sözleşmesinin de gireceği kabul edilmişken<sup>74</sup>, bazı yazarlar ise, trampa sözleşmesi her ne kadar bazı ulusal hukuk düzenlerinde satım sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulsa da, bu yaklaşımın Viyana Satım Sözleşmesi'ne aktarılmasının uygun olmayacağı görüşünü benimsemiştir<sup>75</sup>.

### **b. Mal Kavramı**

Viyana Satım Sözleşmesi, yalnızca konusu mal satımı olan anlaşmalara uygulanmaktadır. Ancak mal kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair Sözleşme'de herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Sözleşme'de mal kavramına ilişkin yegâne düzenleme 2'nci maddede yer almaktadır<sup>76</sup>. Maddenin (d), (e) ve (f) bentlerinde Sözleşme'nin uygulama alanından çıkarılmış malların kısa bir listesi yer almakla birlikte bu listeden mal konusunda genel bir tanıma ulaşmak mümkün değildir<sup>77</sup>.

Genel olarak satım sözleşmeleri açısından mal kavramı her türlü taşınır ve taşınmazı kapsamaktadır. Hatta satım konusu malın maddî, cismani varlığı olması gerekmemektedir. Bu açıdan para ile değiştirilmesi mümkün ve ekonomik değeri olan her türlü maddî ve gayri maddî varlıkların satılması mümkündür<sup>78</sup>. Ancak Viyana Satım Sözleşmesi sadece taşınır mal satımına ilişkin düzenlemeler içermekte olup Sözleşme bakımından mal kavramı, taşınmaz malları ve sınaî mülkiyet hakkı, alacak hakkı gibi maddî olmayan varlıkları kapsamamaktadır<sup>79</sup>. Malın var olması ile imal edilecek olmasının bir farkı olmayıp malın sözleşmenin kurulduğu anda değil, teslim edileceği anda taşınabilir bir mal olması yeterlidir. Malın kullanılmış veya yeni olmasının da önemi yoktur. Ayrıca birden çok bütünleyici ve/veya tamamlayıcı parçadan oluşan eşya da bir bütün olarak Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında mal sayılmaktadır<sup>80</sup>. Canlı veya cansız hayvanlar da Sözleşme kapsamına girmektedir. Bunun yanı sıra, insan organlarının, yapay uzuvların, kültürel ve sanatsal objelerin, ilaçların ve benzer malların da Sözleşme kapsamında mal olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>81</sup>.

Maddî varlığı olan şeylerin mal olarak değerlendirilmesinde pek sorun olmamakla beraber, gayri maddî varlığı olan şeylerin Viyana Satım Sözleşmesi çerçevesinde mal sayılıp sayılmayacağı hususu, özellikle teknik bilgi (*know-*

---

<sup>74</sup> Toker, s.77.

<sup>75</sup> Yıldırım, s.1078.

<sup>76</sup> Tarman, s.36.

<sup>77</sup> Tarman, s.36.

<sup>78</sup> Rençber, E.: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın İkinci Madde Hükmünün İncelenmesi; Öztekin Gelgel./Giray, s.32.

<sup>79</sup> Schlechtriem/Butler,s.29; Toker, s.88-89.

<sup>80</sup> Zeytin, s.57.

<sup>81</sup> Tarman, s.37.

*how*) ve bilgisayar yazılımları (*software*) noktasında tartışmalıdır<sup>82</sup>. Zira klasik anlamda bilgisayar yazılımlarının bir taşıyıcı üzerinden alıcıya sunulması yönteminin yerini gün geçtikçe bir sunucu üzerinden alıcının veya kullanıcının bilgisayarına indirilmesi yöntemi almaktadır<sup>83</sup>

Mal kavramının geniş yorumlanmasını savunan doktrindeki görüşe göre malın maddî varlığı olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir şekilde taşınabilir şeylerin Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında mal sayılması gerektiği yönündedir<sup>84</sup>. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, ancak taşıyıcı disk (*memorydisc*) veya hafıza çubuğu (*memorystick*) gibi dış aygıtlarda kayıtlı bulunan ve bu şekilde taşınarak alıcıya teslim edilen yazılımlar taşınır maddî mal olarak kabul edilebilir ve Viyana Satım Sözleşmesi'nin kapsamına girmektedir<sup>85</sup>. Bir diğer görüş ise, bilgisayar yazılımlarının standart yazılım olup olmadığını esas alarak; CD, DVD gibi taşıyıcı ile veya başka bir yöntemle alıcıya veya kullanıcıya sağlanmasının önemli olmadığı ileri sürülmektedir<sup>86</sup>. Ancak şunu belirtmek gerekir ki bilgisayar yazılımı kişisel yazılım ise, yani alıcının ihtiyaçları esas alınarak hazırlanmışsa burada yazılımın bir taşıyıcı üzerinde cismani varlık kazanıp kazanmadığına bakılmaksızın Sözleşme'nin uygulama alanına girmediği, zira bu halde eser sözleşmesi özelliği ağır basan bir sözleşme ilişkisi olduğu ve bu ilişki de Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Sözleşme'nin uygulama alanı dışında yer aldığı ifade edilmektedir<sup>87</sup>.

Bir malı temsil eden konşimento veya emtia senetlerinin satın sözleşmesine konu olması halinde de Sözleşme uygulama alanı bulmaktadır. Zira bu tür mal senetlerinin satın alınması ile o senetlerin temsil ettiği mallar satın alınmış olmakta ve bu senetler gerçekte malı temsil etmektedir<sup>88</sup>.

### 3. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı Dışında Tutulan Satım Sözleşmeleri

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi ile bazı satım sözleşmeleri, Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Maddede, *"Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz (a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin;*

<sup>82</sup> Zeytin, s.57.

<sup>83</sup> Zeytin, s.57.

<sup>84</sup> Zeytin, s.57.

<sup>85</sup> Öztekin-Gelgel/Giray/Rençber, s.33; Tarman, s.38; Toker, s.89-90; Zeytin, s.57-58.

<sup>86</sup> Zeytin, s.58.

<sup>87</sup> Zeytin, s.58-59.

<sup>88</sup> Zeytin, s.60.

*(b) Açık arttırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı.” hükmü yer almaktadır.*

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesindeki düzenleme ile Sözleşme'nin uygulama alanı dışı bırakılan satım sözleşmeleri ikili ayırım yapılarak incelenebilir. Buna göre, satım sözleşmesinin niteliği ve kuruluş biçimi esas alınarak satım sözleşmesi bir tüketici sözleşmesi ise veya satım sözleşmeleri açık arttırma yoluyla kurulmuşsa veya cebri icra veya kanun gereği yapılan satım sözleşmeleri Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Diğer yanda ise satım sözleşmelerinin konusu esas alınarak satım sözleşmesi menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt, hava taşıtı ve elektrik enerjisi satımını konu ediniyorsa yine Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır<sup>89</sup>.

#### **a. Niteliği ve Kuruluş Biçimi İtibariyle Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamına Girmeyen Satım Sözleşmeleri**

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin (a) bendinde tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek satım sözleşmelerine Sözleşme'nin uygulanmayacağı kabul edilmiştir<sup>90</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması her ne kadar tarafların tacir veya satımın ticarî olup olmamasına bağlı değilse de, Sözleşme bu düzenleme ile tüketici satımlarına uygulanamayacaktır<sup>91</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'nde bu tip tüketici satımları için bir istisna da belirtilmiştir. Sözleşme'ye göre satıcı, satım sözleşmesinin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, bu satım sözleşmeleri için Viyana Satım Sözleşmesi uygulanabilecektir. Satıcı sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğunu bilmediğini veya bu konudaki bilgisizliğinin kusurlu bir davranışı sonucu olmadığını ispat yükü altındadır<sup>92</sup>.

Maddenin (b) ve (c) bentleri uyarınca da açık arttırma veya cebri icra yolu ile yapılan satımlar veya kanun gereği yapılan diğer cebri satımlar Sözleşme'nin kapsamı dışındadır.

Konu itibariyle Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamına Girmeyen Satım Sözleşmeleri

---

<sup>89</sup> Zeytin, s.62.

<sup>90</sup> Öztekin Gelgel/Giray/Reñber, s.34; Toker, s.79; Zeytin; s.63-64.

<sup>91</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-02.html>>(son erişim:14.03.2016).

<sup>92</sup> Zeytin, s.64.

Yukarıda mal kavramına ilişkin yapılan açıklamalar saklı kalmakla birlikte Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin (d), (e) ve (f) bentlerinde Sözleşme'nin uygulama alanına dâhil olmayan satım sözleşmesi konusu mallar sayılmıştır. Buna göre, menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı ve elektrik satımı Sözleşme kapsamında mal olarak kabul edilmemektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2(d) maddesinde yer alan menkul kıymet, kambiyo senedi ve para ile ilgili satımlara genellikle ülkelerin emredici iç hukuk kuralları uygulama alanı bulmaktadır<sup>93</sup>. Emredici nitelikli iç hukuk kuralları ile Sözleşme hükümlerinin çatışmasını önlemek için bu malların satımı hakkında Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>94</sup>.

Maddenin (f) bendi ile gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımını konu edinen sözleşmelere Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri uygulanmamaktadır. Zira bu tür satışların taşınır ve taşınmaz mal olarak değerlendirilmesi, bir sicile kaydedilmelerinin gerekip gerekmediği ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinden Sözleşme kapsamına alınmamıştır<sup>95</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin (f) bendi ile elektrik enerjisi Sözleşme'nin uygulama alanından çıkarılmıştır. Bunun başlıca sebebi ise, elektrik enerjisinin hukuk düzenlerinde farklı nitelendiriliyor olmasıdır<sup>96</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki elektrik dışındaki diğer enerji kaynaklarını konu alan satım sözleşmeleri diğer istisnalar saklı kalmak kaydıyla Viyana Satım Sözleşmesi'ne tabidir<sup>97</sup>.

#### 4. Satım Sözleşmesi Gibi Değerlendirilen Sözleşmeler

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesi *“(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. (2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer*

---

<sup>93</sup> Öztekin-Gelgel/Giray/Rençber, s.38;Toker, s.91

<sup>94</sup> Toker, s.91.

<sup>95</sup> Zeytin, s.63. Konuya ilişkin Amerikan İflas Mahkemesinin First National Bank of South Georgia v. AyersAviationHoldingsInc. kararına bakıldığında; uçak satımını konu edinen satım sözleşmesinde mülkiyete yönelik Amerikalı ve Çek taraflar arasında çıkan uyumsuzluğa Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulamayacağına ve Çek iç hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <[http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout\\_case\\_719\\_leg-2265.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_719_leg-2265.html)>(son erişim:08.03.2017).

<sup>96</sup> Tarman, s.42. Elektrik Türk hukukunda menkul mal olarak nitelendirilmektedir.

<sup>97</sup> Tarman, s.42.

*bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.” hükmünü içermektedir.*

Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin birinci fıkrası ile sipariş eden tarafın malın üretimi veya imali için gereken maddelerin önemli bir kısmını sağlamaması şartıyla üretilecek veya imal edilecek malların teslimine ilişkin sözleşmelerin satım sözleşmesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi, nihai malların satımına ilişkin sözleşmeler hakkında uygulama alanı bulmasının yanı sıra bu hüküm ile birlikte malı sipariş eden tarafın isteği doğrultusunda satıcı tarafından üretilecek veya imal edilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler hakkında da uygulama alanı bulmaktadır<sup>98</sup>.

Üretilecek veya imal edilecek malların teslimine ilişkin sözleşmelerin Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında satım sözleşmesi olarak kabul edilmesi ise malın üretim veya imali için gerekli olan maddelerin esaslı bölümü sipariş veren tarafından malı sağlayan tarafa temin edilmemelidir<sup>99</sup>. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme, satım sözleşmesinden çok aynı maddenin ikinci fıkrası ile kapsam dışı bırakılan işçilik veya diğer hizmet edimini içeren ve bu edimlerin sözleşmenin ağırlığını oluşturduğu sözleşmelere benzeyecektir<sup>100</sup>.

Burada öncelikle maddenin birinci fıkrasında yer verilen “esaslı bölüm” ifadesi ile neyin kastedildiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Çünkü taraflar arasındaki sözleşmenin eser niteliğinin mi yoksa satım niteliğinin mi ağır bastığı bu ifade doğrultusunda belirlenecektir. Ancak Sözleşme'de buna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>101</sup>. Doktrin ve mahkeme kararlarının bu konuda, üretim için gerekli olan malzemenin ekonomik değerini ve malzemenin malın imali açısından taşıdığı önemi esas alarak bu soruyu cevaplandırmaya çalıştığı ifade edilmektedir<sup>102</sup>.

Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre malı sağlayan tarafın borcunun hakim kısmı işçilik veya diğer herhangi bir hizmetten ibaretse bu sözleşmeler bakımından Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulamayacaktır<sup>103</sup>. Ancak taraflardan birinin yalnızca malın teslimini değil, satıcının sattığı malı alıcının işyerinde kurmasına veya mala ilişkin bazı hizmetler sunmasına ilişkin sözleşmeler, yani karma sözleşmeler ise Viyana

---

<sup>98</sup> Toker, s.97.

<sup>99</sup> Develioğlu, H.M.: “CISG'in Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s.60-61; Toker, s.100.

<sup>100</sup> Toker, s.100.

<sup>101</sup> Toker, s.101.

<sup>102</sup> Tarman, s.50.

<sup>103</sup> Toker, s.104.

Satım Sözleşmesi kapsamındadır<sup>104</sup>. Buna karşılık mal temin eden tarafın ediminin ağırlıklı olarak işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmayacaktır<sup>105</sup>. “Ağırlıklı olarak” ifadesinden anlaşılması gereken; yapılan işin payı, satım sözleşmesine konu malın gerçek değerinden daha fazla ise bir satım sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğidir. Ancak servis payının değeri malın toplam değerinin yüzde ellisinden fazla olmadığı müddetçe karma sözleşmelerin satım sözleşmesi olarak<sup>106</sup> nitelendirilebileceği ifade edilmektedir. Ancak burada tartışmalı bir durum ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında değerlendirilen karma sözleşmelerin hizmet yükümlülüğünü içeren kısmı ihlal edildiğinde bunun sonuçlarına hangi hükümler uygulanacaktır. Bu durumda da, Sözleşme’nin satım sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinin hizmet yükümlülüğü ihlal edildiğinde kıyasen mi uygulanacağı sorusu sorulmaktadır<sup>107</sup>.

### 5. Viyana Satım Sözleşmesi’nin Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanı dışında kalan satım sözleşmesine ilişkin konular, 4’üncü madde dışında, 5’inci ve 6’ncı maddelerde de düzenlenmiştir<sup>108</sup>. Sözleşme’nin 5’inci maddesine göre, “*Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz.*” ve 6’ncı maddeye göre ise, “*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*” O halde, satım sözleşmesinin kurulması ve sözleşmenin tarafları arasında doğurduğu hak ve borçlar dışında kalan konular hakkında, satım konusu malın sebep olduğu cismanî zararlardan veya ölümden doğan zararlardan dolayı satıcının sorumluluğu hakkında ve satım sözleşmesinin taraflarının Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanmamasını kararlaştırdıkları durumlarda, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz<sup>109</sup>.

Satım konusu malın sebep olduğu cismanî zararlardan veya ölümden doğan zararlardan dolayı satıcının sorumluluğundan anlaşılması gereken, satıcının imalattan doğan ürün sorumluluğudur<sup>110</sup>. Ancak doktrinde bazı yazarlar, ölüm veya cismanî bir zarar dışında kalan malvarlığına ilişkin zararlar bakımından imalatçının sorumluluğunda, Sözleşme’de bu zararların kapsam dışında

---

<sup>104</sup> Tarman, s.52.

<sup>105</sup> Tarman, s.52.

<sup>106</sup> Tarman, s.52-53.

<sup>107</sup> Tarman, s.55.

<sup>108</sup> Yıldırım, s.1086.

<sup>109</sup> Yıldırım, s.1086-1087.

<sup>110</sup> Yıldırım, s.1086.

kaldığı belirtilmediğinden, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması gerektiği görüşünü belirtmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile kapsam dışında tutulan konular ise; Sözleşme'de aksine açık bir hüküm bulunmaması durumunda Sözleşme'nin uygulama alanı dışındadır. Sözleşme'de bu konularla ilgili aksine bir hüküm bulunuyorsa, bu konular bakımından Sözleşme artık uygulama alanı bulabilecektir<sup>111</sup>.

Satım sözleşmesinin tarafları, tamamen veya kısmen Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmasını bertaraf edebilirler yahut Sözleşme'nin hükümlerinden birinin aksini kararlaştırabilirler<sup>112</sup>. Bu, Viyana Satım Sözleşmesi'nin irade serbestisini kabul ettiğinin ve hükümlerinin emredici olmadığını bir göstergesidir<sup>113</sup>. Taraflar Sözleşme'nin uygulanmayacağını açık olarak kararlaştırabilecekleri gibi, bunu zimnen de yapabilirler. Bunun için herhangi bir şekil şartına uyulması gerekmemektedir. Sözleşme'nin uygulanmayacağını satım sözleşmesinin kurulması sırasında ya da dava sırasında kararlaştırabilirler<sup>114</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'nin zimnen uygulanmayacağını kararlaştırılabilmesi için, taraflarca bu durumun istenildiğinin açık ve kesin olarak, şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebiliyor olması gereklidir<sup>115</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olan bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılması durumunda, Sözleşme bertaraf edilmiş olmaz, yine Viyana Satım Sözleşmesi uygulanır; taraflar seçtikleri ülkenin iç hukukunun uygulanmasını istiyorlarsa bunu açıkça kararlaştırmalıdır<sup>116</sup>.

## II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASI VE BOŞLUK DOLDURMA YÖNTEMLERİ

### A. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Yorumlanması

Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası mal satımına uygulanacak evrensel kurallar kabul etmek amacıyla yola çıkmış ve bu amacını 7'nci maddede somutlaştırmaktadır. Madde, Sözleşme'nin yeknesak uygulanmasını temin etmek amacıyla yorumda dikkat edilmesi gereken ilkeleri göstermektedir<sup>117</sup>. Buna göre, *"Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir."* hükmü yer

---

<sup>111</sup> Toker, s.111.

<sup>112</sup> Toker, s.120.

<sup>113</sup> Yıldırım, s.1087.

<sup>114</sup> Yıldırım, s.1087.

<sup>115</sup> Toker, s.125.

<sup>116</sup> Toker, s.128.

<sup>117</sup> Tarman, s.77.



almaktadır. Bu hükümde Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin üç ilke düzenlenmektedir. Bunlar; Sözleşme'nin uluslararası niteliği, Sözleşme'nin yeknesak uygulanmasının sağlanması ve uluslararası ticarete dürüstlük kuralının gözetilmesidir<sup>118</sup>. Maddede Sözleşme'nin yorumlamasında dikkat edilmesi gereken ilkeler belirtilmesine rağmen, yorum yöntemlerine yer verilmediğinden bu hususa ilişkin serbesti bulunmaktadır<sup>119</sup>. Ancak, uluslararası yeknesak uygulama alanı bulan yorum metotları hâlihazırda mevcut olmadığı için; hem uluslararası doktrinde hem de özellikle Alman mahkemelerince Sözleşme'nin yorumlanmasında öncelikle yeknesak yorumlama amacı dolayısıyla düzenlemelerin lâfzî yorumunun esas alınması, bu metodun boşlukların doldurulması için yeterli olmadığı durumda ise tarihsel yorum metodundan yararlanılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>120</sup>. Bunun yanında yorumlanacak maddenin Sözleşmedeki yerine, konunun diğer hükümlerle düzenlenip düzenlenmediğine ve düzenlendi ise nasıl düzenlendiğini konu alan sistematik yorum metodunun da kullanılabilceği ifade edilmektedir<sup>121</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi madde 7(1) dışında, yoruma ilişkin olarak Sözleşme metninde ayrıca 8. madde hükmü ile tarafların beyanlarının ve diğer davranışlarının ne şekilde yorumlanacağı düzenlenmektedir<sup>122</sup>. Bu madde de, yalnızca taraf beyan ve davranışlarının yorumlanmasına dair bir düzenleme içermesine rağmen, düzenlemenin genel olarak taraflar arasındaki somut sözleşmenin yorumlanmasına ve içeriğinin belirlenmesine de hizmet ettiği kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Tüm bunlar ifade edildikten sonra Sözleşme'nin 7'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan yorum ilkelerini değerlendirmek uygun olacaktır.

## 1. Sözleşme'nin Uluslararası Niteliği

Sözleşme'nin uluslararası niteliğinin gözetilmesinden kastedilen, Viyana Satım Sözleşmesi'nin otonom yorumlanması<sup>124</sup> olup, sadece Sözleşme metni esas alınarak ve ulusal hukuklardaki farklı kavram ve kurumlar göz ardı edilerek yorum yapılmasıdır<sup>125</sup>. Başka bir ifadeyle, *for devlet* mahkemesi veya hakemler

---

<sup>118</sup> Çalışkan, s.161.

<sup>119</sup> Çalışkan, s.161.

<sup>120</sup> Çalışkan, s.85.

<sup>121</sup> Çalışkan, s.86.

<sup>122</sup> Tarman, s.80.

<sup>123</sup> arman, s.80.

<sup>124</sup> Otonom yorum yapılmasına ilişkin bir Alman Mahkemesi kararı için bkz. (OberlandesgerichtMünchen- 7 U 2959/04 -15 Eylül 2004; <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/516/72/PDF/V0651672.pdf?OpenElement>>(son erişim:14.03.2016).

<sup>125</sup> Çalışkan, s. 162; Tarman, s.78;Atamer/Ferrari,s.38. *Ferrari* tarafından eleştirilen yakın

önerilerine gelen Viyana Satım Sözleşmesi'nin yorumlanmasına ilişkin bir sorunu çözerken, diğer Sözleşme tarafı devletlerin mahkeme kararlarını, konuya ilişkin diğer hakem kararlarını ve doktrindeki görüşleri dikkate alarak Sözleşmenin uluslararası niteliğine uygun bir şekilde mümkün olduğunca yeknesak bir yorum yapmalıdır<sup>126</sup>. Bu şekilde Viyana Satım Sözleşmesi'nin getirdiği kurallar yorumlanırken *lexforiden* hareket edilmeyerek Sözleşme kendi içinde otonom yorumlandığında, Sözleşme'nin dünyada yeknesak uygulanması temin edilebilmektedir<sup>127</sup>. Bu nedenle “işyeri”, “mal”, “esaslı ihlal”, “makul süre” gibi Sözleşme’de kullanılan kavramlara, milli hukuklarda yer alan kavram ile aynı anlam yüklenmemeli, Viyana Satım Sözleşmesinin ulusal hukuk sistemlerinden etkilenmiş olmasına rağmen milletlerarası seviyede düzenlenmiş ve üzerinde uzlaşma sağlanmış bir hukuki metin olduğu göz ardı edilmemelidir<sup>128</sup>.

Burada bir hususa dikkat çekmek gerekirse: Sözleşme’deki tüm terimlerin otonom yorumlanmayacağıdır. Bazı kavramların iç hukuk kurallarına göre yorumlanması gerekebilir. Örneğin; Sözleşme’nin 1’inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile 7’nci maddesinin ikinci fıkrasında “milletlerarası özel hukuk” ifadesi kullanılmaktadır. Bu maddelerde belirtilen “milletlerarası özel hukuk” ifadesi, *lexforinin* milletlerarası özel hukukuna yapılan bir gönderme olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle Sözleşme’de iç hukuka doğrudan bir göndermenin yapıldığı durumlarda, artık otonom yorumdan söz etmek mümkün olamayacaktır<sup>129</sup>.

## 2. Sözleşme'nin Yeknesak Uygulanmasının Sağlanması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin amacı olan uluslararası satım hukukuna ilişkin konularda yeknesaklığın sağlanması için yeknesak bir hukuki uygulamanın da

---

tarihli bir Amerikan mahkemesi kararına bakıldığında; Yeknesak Ticaret Kanununun (UCC) 2. maddesinin yorumuna ilişkin içtihadın, UCC hükümleri ile lafzen aynı olan CISG hükümlerinin yorumlanmasında mahkemelere yol göstereceği ifade edilmiştir. (Genpham Inc. v. Pliva-Lachema A.S., U.S. District Court for the Eastern District Court of New York, 19 Mart 2005). Ferrari, dn.29’dan naklen. Ancak örneğin; MCC-MARble Ceramic Center, Inc. v. Ceremica Nuova D’Agostino, S.p.A davasında, CISG farklı bir sonucu arzuladığından, hakimin Antlaşmayı uygularken aşına olduğu iç hukuka özgü ilkeleri ikame edemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Ferrari, s.44’ten naklen.

<sup>126</sup> Çalışkan, s.162. . Bu hususa ilişkin Ostroznik Savo v. La Faraonaso. coop. a.r.l davasında İtalyan Mahkemesi, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanma şartlarını incelerken, satım sözleşmesi Sözleşme’de tanımlanmamış olmasına rağmen bu durumun iç hukuktaki tanımlara başvurulmasını gerektirmediği, otonom yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>>(son erişim:08.03.2017).

<sup>127</sup> Tarman, s.79.

<sup>128</sup> Tarman, s.80.

<sup>129</sup> Çalışkan, s.162-163. Bu konuda Sözleşme'nin aynen ifa ile ilgili düzenleme içeren 28. maddesi örnek verilebilecek olup maddede doğrudan iç hukuka atıf bulunmaktadır.

gerekliliği sebebiyle 7'nci madde de her iki ilkeye yer verilmiştir. Sözleşme'nin otonom yorumlanması aynı zamanda Sözleşme'nin yeknesak uygulanmasını sağlamaktadır<sup>130</sup>.

Sözleşme'nin yeknesak uygulanmasının teşviki ilkesinden uygulayıcılar için iki önemli sonuç çıkmaktadır. Bunlardan ilki Sözleşme'nin uygulanmasında ulaşılan çözümlerin, diğer Sözleşme'ye taraf ülkelerde de kabul edilecek nitelikte olması, diğer sonuç ise ulusal uygulayıcıların Sözleşme'nin uygulanmasında Sözleşme'yetaraf diğer devletlerdeki uygulama ve doktrini yeknesak uygulamanın sağlanması için dikkate almalarının gerekliliğidir<sup>131</sup>. Bu hususa örnek olarak yukarıda değinilen *OstroznikSavo v. La Faraonasoc. coop. a.r./davasına*<sup>132</sup>ilişkin İtalyan Mahkemesi kararı gösterilmektedir ki: mahkeme kararında irade muhtariyeti, ispat yükü ve sözleşmeye aykırılık bildirim gibi Viyana Satım Sözleşmesi ile ilgili bazı konuları incelerken Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinden kırk yabancı mahkeme kararına ve bir ICC hakem kararına atıf yapmıştır.

### 3. Milletlerarası Ticarete Dürüstlük Kuralının Gözetilmesi

Milletlerarası ticaretteki dürüstlük ilkesinin Sözleşme'nin yorumlanmasında dikkate alınıp alınmayacağı konusu Viyana Satım Sözleşmesi'nin hazırlanması ve kabulü sürecinde tartışılmış ve dürüstlük ilkesinin içeriğinin belirsiz oluşu sebebiyle hukukî güvensizliğe yol açacağı, bunun da Sözleşme ile hedeflenen amaca aykırı olacağı ileri sürülerek Sözleşme'nin yorumlanmasında bu ilkeye başvurulmaması savunulmuştur. Ancak bu tartışmalara rağmen dürüstlük kuralı Sözleşme'de yer bulmuştur<sup>133</sup>. Burada belirtmek gerekirse, uluslararası ticaretteki dürüstlük kuralı Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında boşluk doldurmada da önemli bir role sahiptir<sup>134</sup>.

### B. Boşluk Doldurma Yöntemi

Milletlerarası antlaşmalarda değişiklik yapılması iç hukukta kanunların değiştirilmesine nazaran daha zor ve sorunlu olduğundan, milletlerarası antlaşmalarda uyarlamaya, gelişime ve boşluk doldurmaya yardımcı olacak araçlara ihtiyaç vardır<sup>135</sup>. Bu bağlamda, Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası satım hukukuna ilişkin yeknesak bir düzenleme olarak kabul edilse de, Sözleşme kapsamında açıkça kapsam dışında bırakılan konular olduğu gibi, Sözleşme

---

<sup>130</sup> Çalışkan, s.164.

<sup>131</sup> Zeytin, s.80-81.

<sup>132</sup> Bkz. dp.120.

<sup>133</sup> Çalışkan, s.166; Zeytin, s.82.

<sup>134</sup> Çalışkan, s.166.

<sup>135</sup> Tarman, s.81.

kapsamına girmekle birlikte düzenlenemeyen konular da bulunmaktadır<sup>136</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi bağlamında boşluklar harici boşluklar ve dahili boşluklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>137</sup>. Harici boşluklar, tamamen Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmış olan konuların söz konusu olduğu durumlara ilişkin iken dahili boşluklar ise, Sözleşme'nin düzenleme alanı içinde olmakla birlikte konuya ilişkin somut bir düzenlemenin yapılmamış olduğu durumlara ilişkindir.

### 1. Harici Boşlukların Doldurulması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi, 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası, 4'üncüve 5'inci maddesi harici boşluklar olarak yer almaktadır. Sözleşme'de açıkça ifade edilmese de Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakıldığı için düzenlenmeyen hususlar da bulunmakta olup bu hususlar da harici boşluk olarak değerlendirilmektedir<sup>138</sup>. Harici boşluk halinde *for devleti* mahkemesi, kendi kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun satıma ilişkin düzenlemeleri kapsamında bu boşluğu dolduracaktır<sup>139</sup>.

Genel olarak Viyana Satım Sözleşmesi'ne baktığımızda aşağıdaki hususlar harici boşluk olarak yer almaktadır:

- (i) Sözleşmenin maddi geçerliliği hususu. Ancak burada belirtmek gerekir ki doktrin ve uygulamada satım sözleşmesinin tümünün veya hükümlerinden birinin geçerliliğine ilişkin olmakla birlikte Viyana Satım Sözleşmesi'nde düzenlenemeyen ve harici boşluk olarak kabul edilen bazı konular ise; tarafların ehliyeti, sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı, yanılma, aldatma, korkutma nedeniyle oluşan irade sakatlıkları, aşırı yararlanma, yetkisiz temsil, genel işlem koşulları kullanılmak suretiyle yapılan sözleşmedeki genel işlem koşullarının içerik denetimi ve geçersizliği sorunu ve ticari adet ve teamüllerin geçerliliğidir.
- (ii) Satım konusu olan malın mülkiyetinin geçişi ile ilgili tüm sorunlar.
- (iii) Sözleşme konusu malın sebep olduğu cismani zarar veya ölümden dolayı sorumluluk.

---

<sup>136</sup> Viyana Satım Sözleşmesi'ni hazırlayanlar bazı konuları bilinçli olarak Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakmayı tercih ederek, Sözleşme'ye çok sayıda devletin taraf olmasını amaçlamışlardır. Tarman, s.81.

<sup>137</sup> Çalışkan, s.166.

<sup>138</sup> Çalışkan, s.166.

<sup>139</sup> Çalışkan, s.168.

(iv) Sözleşme’de açıkça ifade edilmese de Sözleşme’nin uygulama alanı dışında bırakıldığı için düzenlenmeyen hususlardır. Bu konulara örnek olarak; uyuşmazlığın çözümüne ilişkin düzenleme içeren klotun geçerliliği sorunu, sulh anlaşmasının geçerliliği, cezai şartın geçerliliği, alacağın temliki, borcun nakli, takas, zamanaşımı<sup>140</sup>, sözleşmenin üçüncü kişiler açısından doğurabileceği sonuçlar, alacaklılar ve borçlular arasında teselsül, mahkemenin yetki sorunu verilebilir<sup>141</sup>.

## 2. Dahili Boşlukların Doldurulması

Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanında olmakla birlikte açıkça düzenlenmemiş konulardaki boşlukların doldurulmasında, Sözleşme’nin 7’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca öncelikle Sözleşme’nin genel ilkeleri gözönünde bulundurulmak zorundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, genel ilkelerden kastedilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38’inci maddesinde<sup>142</sup> ifade edilen medeni ülkeler tarafından tanınmış genel hukuk ilkeleri olmayıp Sözleşme’nin temelinde yatan genel ilkelerdir<sup>143</sup>. Bu ilkelerden en önemli ikisi; irade muhtariyeti ve dürüstlük kuralıdır<sup>144</sup>. Bunun dışında Sözleşme’den çıkarılan temel ilkelerin bazıları ise şunlardır: Estoppel<sup>145</sup>, ahde vefa, para borçlarının ifa yeri, ispat yükü, şekil serbestisi, tam tazmin ilkesi, zararın artmasını engelleme külfeti, teamüllerin önceliği, güven ilkesi, sözleşmenin ortadan kaldırılması imkânının sınırlanmış olması<sup>146</sup>. Eğer dahili boşluklar, Sözleşme’nin temelinde yatan genel ilkelere göre doldurulamıyorsa, bu durumda yine Sözleşme’nin 7’nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince devletler özel hukuku kuralları uyarınca uygulanması gereken kurallara göre dahili boşluklara ilişkin çözüm yoluna gidilmesi gerekmektedir. Yani *for devleti* mahkemesi, kendi devletler özel hukuku kurallarına göre tespit edeceği hukukun satım sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri ile dahili boşluğu dolduracaktır.

---

<sup>140</sup> Zamanaşımı hususunda Slovak Mahkemesi *SKrajskýsúd v Bratislave* (26CB/114/1995-11 Ekim 2005) kararında, zamanaşımı hususunda Viyana Satım Sözleşmesinde hüküm bulunmaması sebebiyle Avusturya hukuku uygulanmış ve bu hukuka göre zamanaşımı süresinin dolduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/531/46/PDF/V1053146.pdf?OpenElement>> (son erişim:14.03.2016).

<sup>141</sup> Çalışkan, s. 168-173.

<sup>142</sup> Metin için bkz. <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm\\_02.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_02.pdf)> (son erişim:08.03.2017).

<sup>143</sup> Çalışkan, s.74-175.

<sup>144</sup> Çalışkan, s.175.

<sup>145</sup> Evvelce yapılan bir işin veya verilen ifadenin sonradan ileri sürülen bir iddiayı savunmaya engel olması ilkesi.

<sup>146</sup> Çalışkan, s.175-176.

Ancak uygulamada hem Sözleşme'nin yorumlanmasında hem de boşlukların doldurulmasında bazı mahkemelerin kendi iç hukuk kurallarını doğrudan uygulama yoluna gitme eğiliminin olduğu belirtilmekte ve doktrinde bu durum *homewardtrend* olarak adlandırılmaktadır<sup>147</sup>. Ancak, *homewardtrend*, doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından Sözleşme'nin amacı olan yeknesaklığı sağlamadığı gibi *forumshopping'e*<sup>148</sup> yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>149</sup>.

### III. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN BAĞLAYICILIĞI

#### A. İrade Muhtariyeti ve Viyana Satım Sözleşmesi

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Viyana Satım Sözleşmesi'nin 6. maddesi, "*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*" hükmünü içermektedir. Bu sebeple, daha önce de belirttiğimiz üzere Sözleşme irade muhtariyetinin temel alması olup Sözleşme'nin tüm şartlarının gerçekleşmesine rağmen taraflara Sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağına kararlaştırma (*optingout*) imkânı tanınmıştır. Bu bağlamda 6. madde, Sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kuralı olmaktan ziyade yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu göstermektedir<sup>150</sup>. Burada ki tartışılmalı konu, tarafların Viyana Satım Sözleşmesi'ni zimni olarak uygulama dışı bırakıp bırakamayacağıdır<sup>151</sup>. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinde bu hususa yer verilmemiştir. Doktrinde, özellikle tarafların niyetinin Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmayacağı olduğu gerçek ve belirgin olgulardan çıkarılıyorsa, tarafların Viyana Satım Sözleşmesi'ni zimnen uygulama alanı dışı bıraktıkları ifade edilmekte iken, bazı mahkeme ve hakem kararlarında ise Viyana Satım Sözleşmesi'nin zimni olarak kapsam dışı bırakılmasının mümkün olmadığını da belirtildiği vurgulanmaktadır<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> Çalışkan, s.178.

<sup>148</sup> Forum shopping ile ilgili açıklama için bkz. dn.4; başka bir tanım, "*milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların, menfaatlerine en uygun ülke mahkemelerini seçmeleri, Anglo-Amerikan Hukukunda forum shopping olarak adlandırılmaktadır.*" Şanlı,C; Esen E.; Ataman-Fıganmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. bası, İstanbul, 2016, s.359-360.

<sup>149</sup> Çalışkan, s.178-179.

<sup>150</sup> Çalışkan, s.149.

<sup>151</sup> Çalışkan, s.151.

<sup>152</sup> Çalışkan, s.151. Çalışkan bu hususa ilişkin olarak Amerikan Mahkemelerince verilen *Asante Technologies v. PmC-Sierra* davası ile *BP Oil v. Emprasad* davasını örnek olarak göstermektedir.

## B. Viyana Satım Sözleşmesi'ne Konulabilecek Çekinceler

### 1. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 92'nci maddesi ile taraf devletlere Sözleşme'nin ikinci ve üçüncü kısımları ile bağlı olmayacaklarını bildirme imkânı tanınmıştır. Federal devletler açısından özel bir çekince konulabilme imkânı ise 93'üncü maddede, İskandinav ülkelerinin talepleri doğrultusunda Sözleşme'nin 94'üncü maddesinde birbirine yakın hukuk sistemlerine sahip devletlerin çekince koyması özel olarak hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 95'inci maddesi ile en çok tartışma konusu olan Sözleşme'nin dolaylı uygulanmasını düzenleyen 1(1)(b) maddesinin uygulama imkânını ortadan kaldıran çekince hakkını düzenlemektedir<sup>153</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 92'nci, 93'üncü ve 95'inci maddelerindeki çekinceler Viyana Satım Sözleşmesi'nin imzalanmasında, onayında kabulünde, uygun bulunmasında veya katılım anında konabilirken, Sözleşmenin 94'üncü maddesindeki bölgesel hukuk birliği veya benzer hukuk kuralları lehine öngörülen çekinceler ise her zaman konulabilir<sup>154</sup>.

### 2. Viyana Satım Sözleşmesi'nin İkinci veya Üçüncü Bölümüne İlişkin Çekince (m.92)

Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere Viyana Satım Sözleşmesi'nin 92'nci maddesi ile taraf devletlere Sözleşme'nin ikinci ve üçüncü kısımları ile bağlı olmak istememeleri durumunda çekince ileri sürebilme imkânı verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasına baktığımızda, Sözleşme'ye taraf olan her ülke imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında sözleşmenin kurulmasını düzenleyen ikinci kısım veya sözleşmenin ifası ve sözleşmeye aykırı davranılması sonucu tarafların haklarını düzenleyen üçüncü kısım ile bağlı olmayacağını beyan edebilecektir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise; Sözleşme'nin ikinci veya üçüncü kısmı hakkında birinci fıkra uyarınca çekince koyan bir ülke, çekincenin ilgili olduğu kısımda düzenlenen konular bakımından, Sözleşme'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrası anlamında taraf ülke olarak kabul edilmeyecektir<sup>155</sup>.

Bu maddeye ilişkin olarak doktrinde tartışmalı olan husus, Sözleşme'nin 92'nci maddesine göre konulan çekince 1'inci maddenin birinci fıkrasının sadece (a) bendinin sınırlamasına ilişkin mi yoksa hem (a) bendine hem de (b) bendine ilişkin bir sınırlama mı içerdiği noktasında olup hakim görüş her iki

---

<sup>153</sup> Çalışkan, s.139-140.

<sup>154</sup> Çalışkan, s.47-48; Schlechtriem/Butler, s.240; Zeytin, s.47-48.

<sup>155</sup> Toker, s.57-58.

bendi de içerdigi<sup>156</sup>.

İskandinav ülkeleri Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Norveç bu maddeye istinaden çekince koymuşlardır. Ancak Danimarka 1 Şubat 2013 tarihinden, Finlandiya 1 Haziran 2012 tarihinden, İsveç 1 Aralık 2012 tarihinden ve Norveç 1 Kasım 2014 tarihinden itibaren<sup>157</sup> geçerli olmak üzere Sözleşme'nin ikinci kısmına karşı koydukları çekinceleri kaldırmışlardır<sup>158</sup>.

### 3. Federal Ülkelere İlişkin Çekince(m.93)

Sözleşme'nin 93'üncü maddesinde öngörülen çekince ile federal veya benzeri bir yapılanma sebebiyle ülkenin tamamında geçerli bir hukuk sistemine sahip olmayan Sözleşme tarafı ülkelerde Sözleşme'nin ülkenin belirli bölgelerinde uygulanması sağlanabilmektedir<sup>159</sup>. Buna göre taraf ülkelerden biri bu madde kapsamında çekince koymuş ve satım sözleşmesi taraflarından biri o âkit ülkede ve işyeri Sözleşme'nin uygulanmadığı ülke bölümünde ise, o âkit ülke Viyana Satım Sözleşmesi tarafı ülke olarak kabul edilmeyecektir<sup>160</sup>. Avustralya, Danimarka, Kanada ve Yeni Zelanda<sup>161</sup> bu madde kapsamında çekince koyan devletler olup Kanada daha sonra çekincesini geri almıştır<sup>162</sup>.

### 4. Bölgesel Birleşimlere İlişkin Çekince (m.94)

İskandinav ülkelerinin talepleri doğrultusunda Sözleşme'de yer alan bu çekince, aynı veya benzer hukuk sistemine sahip ülkelerin Sözleşme'nin uygulanmasını sözleşme taraflarının işyerlerinin bu ülkelerde olması halinde engellemektedir<sup>163</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Sözleşmenin 94'üncü maddesindeki bölgesel hukuk birliği veya benzer hukuk kuralları lehine öngörülen çekinceler her zaman konulabilmektedir. 94'üncü maddede iki farklı durum düzenlenmektedir. Buna göre ilk fıkra uyarınca; Sözleşme'de düzenlenen konular hakkında aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan iki veya daha fazla âkit devlet, her zaman birlikte ya da birbirlerinden bağımsız olarak Sözleşme'nin tamamen ve kısmen uygulanmasını, sözleşme taraflarının işyerlerinin bu devletlerde olması haline münhasıran çekince koyarak

---

<sup>156</sup> Toker, s.59.

<sup>157</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Norway.html>>(son erişim:08.03.2017).

<sup>158</sup> Zeytin, s.48.

<sup>159</sup> Zeytin, s.48.

<sup>160</sup> Zeytin, s.49.

<sup>161</sup> Toker, s.62.

<sup>162</sup> Zeytin, s.49.

<sup>163</sup> Toker, s.62; Zeytin, s.49.



engelleyebilmektedirler<sup>164</sup>. Bu kapsamda Sözleşme'nin 94'üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen çekincenin etkisi 93'üncü madde de düzenlenen çekincenin etkisi ile aynıdır<sup>165</sup>.

Maddenin ikinci fıkrası ise, Sözleşme tarafı olmayan ülkeler ile Sözleşme tarafı, ancak hukuk kuralları birbirinin aynı veya birbirine çok yakın olan ülkelere ilişkin çekince konusunu düzenlemektedir. Bu şekilde bir çekince konulması sadece Sözleşme'nin 1(1)(b) maddenin uygulama alanını etkilemektedir<sup>166</sup>. Bu fıkra uyarınca konulan çekince, Sözleşme'nin 92'nci ve 95'inci maddeleri uyarınca konulan çekince ile aynı etkiye sahiptir<sup>167</sup>.

### **5. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1(1)(b) Maddesine İlişkin Çekince(m.95)**

Bu çekince taraf ülkelere Sözleşme'nin milletlerarası özel hukuk kurallarına dayanarak dolaylı olarak uygulanmasını engelleme imkânı tanımaktadır<sup>168</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'ne konulmasına izin verilen ve uygulamada en çok tartışma ve problem yaratan çekince 95'inci maddede yer alan çekinedir<sup>169</sup>. Bu maddeye göre her devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında Sözleşme'nin 1(1)(b) maddesi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir<sup>170</sup>. Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu maddesine göre çekince koyan devletler; Çin, Singapur, Saint Vincent ve Grenadines, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Ermenistan ve Amerika Birleşik Devletleri'dir<sup>171</sup>. Bu maddeye göre çekince koyan devletler açısından bu çekincenin uygulanabilirliği konusu yukarıda belirttiğimiz gibi tartışmalara sebep olmuş ve bu çekincenin ne şekilde uygulanacağı *for devletin* durumuna göre çeşitli ihtimaller çerçevesinde incelendiğinden, bu çalışmamızda da bu ihtimaller ayrı ayrı ele alınacaktır.

#### **a. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 95. Maddesine Göre Çekince Koymayan Taraf Devletin Mahkemesinde Davanın Açılmış Olması**

Bu başlık altında iki ihtimalin değerlendirilmesi gerekecektir. Buna göre ilk olarak; Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olup 95'inci madde bağlamında

---

<sup>164</sup> Zeytin, s.49.

<sup>165</sup> Toker, s.63.

<sup>166</sup> Toker,s.64.

<sup>167</sup> Toker, s. 64.

<sup>168</sup> Alman Hükümeti CISG'yi onaylarken çekince koyan devletlerin 1(1). maddenin (b) bendi bakımından taraf devlet olarak kabul edilemeyecekleri görüşünde olduğunu ve böyle bir durumda CISG'yi uygulama yükümlülüğü olmadığını açıklamıştır.CISG AdvisoryCouncilOpinion No. 15, s.14. Metin için bkz. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>(son erişim:08.03.2017).

<sup>169</sup> Çalışkan, s.140.

<sup>170</sup> Çalışkan, s.144.

<sup>171</sup> Çalışkan, s.144; CISG AdvisoryCouncilOpinion No. 15, s.7.

anlaşmanın dolaylı uygulanmasına çekince koymayan devletin mahkemesinde açılan bir davada, Sözleşme'nin 1(1) maddesinin (b) bendi uyarınca bu ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuk Sözleşme'ye taraf ve çekince koymamış bir devletin hukuku ise Viyana Satım Sözleşmesi dolaylı olarak uygulama alanı bulacaktır<sup>172</sup>.

Ancak Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf ve 95'inci madde uyarınca çekince koymamış hakimın hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının çekince koymuş olan taraf bir devlet hukukunu yetkili hukuk olarak göstermesi durumunda, konulan bu çekincenin *for devleti* tarafından dikkate alınıp alınamayacağı noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır<sup>173</sup>.

Bu husustaki ilk görüşe göre; çekince koymuş devletin hukuku yetkili hukuk olarak tespit edilmişse, bu hukuk o devlette nasıl uygulanıyorsa aynı şekilde uygulanacağından ve o devlette Viyana Satım Sözleşmesi'ne çekince koyduğundan dava konusu uyuşmazlığa Viyana Satım Sözleşmesi'nin değil o devletin konuya ilişkin kendi iç hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>174</sup>. Özellikle milletlerarası karar ahengi sağlanması ve *forumshopping*'in ortadan kaldırılması için bu yorum tarzının desteklendiği belirtilmektedir<sup>175</sup>.

Genel kabul gören diğer görüşe göre ise; çekince koymamış *lexforin*in kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği Sözleşme'ye taraf devlet, çekince koysa bile Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulacağı yönünde olup, gerekçe olarak genel olarak Sözleşme'nin 1(1) maddesinin (b) bendinin konuluş amacı gösterilmektedir<sup>176</sup>. Zira bu bendin amacı karşılıklılık esasına bağlı kalmadan uluslararası satım hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmasını sağlamaktır<sup>177</sup>.

## **b. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 95. Maddesine Göre Çekince Koyan Taraf Devletin Mahkemesinde Davanın Açılmış Olması**

Burada da iki ayrı durumun değerlendirilmesi gerekmekte olup, buna göre Viyana Satım Sözleşmesi'nin 95'inci maddesi uyarınca çekince koyan taraf devletin mahkemesinde dava açılması durumunda, o devletin kanunlar ihtilafı kuralları çekince koymamış taraf bir devletin hukukunu yetkili olarak gösterebileceği gibi, çekince koymuş taraf bir devletin hukukunu da yetkili

---

<sup>172</sup> Çalışkan, s.145.

<sup>173</sup> Çalışkan, s.145.

<sup>174</sup> Çalışkan, s.145.

<sup>175</sup> Toker, s.71.

<sup>176</sup> Çalışkan, s.146.

<sup>177</sup> Toker, s.72.

hukuk olarak gösterebilir<sup>178</sup>. Her iki duruma da *for devletinin* çekince koyması sebebiyle Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler bulunmakta olup bir görüşe göre; *for devleti* Sözleşme'nin 95'inci maddesine çekince koyduğundan Viyana Satım Sözleşmesi'ni uygulamakla yükümlü değildir, bu nedenle kendi kanunlar ihtilafı kuralları hangi devletin hukukunu yetkilendiriyorsa o devletin iç hukuk kurallarını uygulayacak, Viyana Satım Sözleşmesi'ni uygulamayacaktır<sup>179</sup>. Diğer görüşe göre ise; Sözleşme'nin 95'inci maddesi uyarınca çekince koyan *for devletinin*, bu madde uyarınca çekince koymamış bir ülkenin hukukuna atıf yapması halinde Viyana Satım Sözleşmesi yerine o ülkenin maddi hukukunu uygulamasında herhangi bir yararı yoktur. Elbette çekince koymuş, *for devletinin* kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunu yetkili kılıyorsa bu çekinceyi dikkate almakta menfaati vardır. Ancak başka bir ülkenin hukukunun yetkilendirilmesi durumunda kendi koyduğu çekincenin sonuçlarını bu ülkeye yansıtma hakkı olmadığı ifade edilmektedir<sup>180</sup>.

Sözleşme'nin 95'inci maddesi uyarınca çekince koyan taraf devletin kanunlar ihtilafı kurallarının Sözleşme'ye çekince koyan taraf devletin hukukunu yetkili kılması halinde ise; bir görüşe göre Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmayacaktır. Diğer görüş ise Sözleşme'nin uygulanacağı yönünde olup, buna gerekçe olarak Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1(1)(b) maddesine dayanılarak değil yetkili kılınan hukukun bir parçası olarak uygulanacağı gösterilmektedir<sup>181</sup>.

### **c. Viyana Satım Sözleşmesi'ne Taraf Olmayan Bir Devletin Mahkemesinde Davanın Açılmış Olması**

*For devleti*, Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet olup kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit ettiği hukuk Sözleşme'nin 95'inci maddesi uyarınca çekince koymuş bir devletin hukuku ise bu durum da tartışmalıdır<sup>182</sup>.

Bir görüşe göre, *for devletinin* Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmaması sebebiyle Sözleşme'nin 1(1)(b) maddesiyle bağlı olmamasıdır. Dolayısıyla buradaki durum uygulanacak hukukun kapsamıyla ilgilidir ve 95'inci madde anlamında çekince koyan devletin amacına bakıldığında, devletin bu madde

---

<sup>178</sup> Çalışkan, s.146.

<sup>179</sup> Çalışkan, s.147.

<sup>180</sup> Toker, s.68.

<sup>181</sup> Çalışkan, s.147.

<sup>182</sup> Çalışkan, s.148.

anlamında uygulanacak hukukun tespit edilmesinden ziyade kanunlar ihtilafı kurallarının göstermiş olduğu maddi hukuk kuralının somut olaya uygulanması isteği sonucu ortaya çıktığından, *for devleti* Viyana Satım Sözleşmesi'ni uygulamamalıdır<sup>183</sup>.

Diğer görüşe göre ise, *for devleti* Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet olmakla birlikte *for devletin* kanunlar ihtilafı kuralları Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf bir devletin hukukunun uygulanacağını göstermekteyse, Sözleşme, taraf devlet hukukunun bir parçası olarak uygulama alanı bulmalı ve bu devletin 95'inci madde anlamında Sözleşme'ye çekince koyması durumu değiştirmemelidir<sup>184</sup>.

### 6- Şekil Serbestisi Çekincesi (m.96)

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 96'ncı maddesiyle, iç hukukunda satım sözleşmelerinin kurulması veya ispatı için şekil zorunluluğu kabul etmiş taraf ülkelere, şekil serbestisini öngören Sözleşme'nin 11'inci ve 29'uncu maddelerine veya Sözleşme'nin ikinci kısmının herhangi bir maddesine 12'nci maddeye göre çekince koyma imkânı tanınmış olup bu çekince her zaman beyan edilebilmektedir<sup>185</sup>.

### SONUÇ

Viyana Satım Sözleşmesi, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren milletlerarası mal satım sözleşmeleri bakımından Türk hukuk düzeninin bir parçasını teşkil etmekte olup, artık Türk satım hukukunda yeni bir dönemin başladığını söylemek mümkündür.

Türk hâkiminin, yabancılik unsuru taşıyan bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken, öncelikle söz konusu uyuşmazlığın Viyana Satım Sözleşmesi kapsamına girip girmediğini tespit etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle, Sözleşme'nin "*Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 99-101. maddeleri uyarınca zaman bakımından uygulanıp uygulanmayacağını tespiti gerekir. Türk hâkimi önüne gelen davada, anlaşmanın zaman bakımından uygulama şartlarının oluşmadığını tespit ederse, MÖHUK'un 24'üncü maddesini uygulayarak somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuku bulacaktır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin zaman bakımından uygulanabilir olduğunun tespiti tek başına yeterli olmadığından hem yer hem de konu bakımından uygulanabilirliğini de tespit etmek gerekmektedir.

---

<sup>183</sup> Çalışkan, s.148.

<sup>184</sup> Çalışkan, s.148.

<sup>185</sup> Zeytin, m.50; Schlechtriem/Butler, s.62.

Ancak daha önce de belirtildiği üzere, Sözleşme irade muhtariyetini temel almış olduğundan, Sözleşme'nin tüm şartlarının gerçekleşmesine rağmen taraflara Sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırma (*optingout*) imkânı tanınmış olup bu bağlamda 6. madde, Sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kuralı olmaktan ziyade yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesi gereği, Sözleşme'nin yorumlanmasında; Sözleşme'nin uluslararası niteliği, Sözleşme'nin yeknesak uygulanmasının sağlanması ve uluslararası ticarete dürüstlük kuralının gözetilmesi üzere üç ilke esas alınmalıdır.

Son olarak, Viyana Satım Sözleşmesi'ne konulabilecek çekinceler Sözleşme'nin 92-96'ncı maddelerinde düzenlendiğinden, Sözleşme'nin uygulanabilirliği tespit edilirken bu hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**Atamer, Yeşim M.** (Ed.): Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 2.tpkı bası, İstanbul 2008.

**Çalışkan, Yusuf:** Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2014.

**Duhl, Gregory M.:** International Sale of Goods (August 2009). Business Lawyer, Vol. 64, 2009, <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1546060>>.

**Develioğlu, Hüseyin Murat:** "CISG'in Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı", Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s.53-71.

**Flechtner, Harry M.:** Issues Relating to the Applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2008-07; Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, John Honnold, 4th edition, The Hague: Kluwer Law International, <SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1118118>>.

**Graves, Jack:** CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity, *Belgrade Law Review*.124 (Int'l ed. 2011), <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2350225>>.

**Huber, Peter/Mullis, Alastair:** The CISG: A new textbook for students and practitioners, European Law Publishers, 2007.

**Janssen, Andre:** The CISG and Its General Principles (January 6, 2009). CISG METHODOLOGY, Janssen, Meyer, eds., pp. 261-285, Munich 2009, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1595989> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1595989>.

**Johnson, William P.:** Turkey's Accession to the CISG: The Significance for Turkey and for Sales Transactions with U.S. Contracting Parties (August 1, 2011). *Ankara Law Review*, Vol. 8, 2011, <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1947587>>.

**Kornet, Nicole:** The Common European Sales Law and the CISG - Complicating or Simplifying the Legal Environment? (February 28, 2012). Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2012/4. <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2012310> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2012310>>.

**Martin-Davidson, Susan J.:** Selling Goods Internationally: The Scope of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (September 5, 2008), <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1264032> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1264032>>.

**Özdemir Kocasal, Hatice:** "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s.19-52.

**Öztekin Gelgel, Günseli/Giray, Faruk Kerem (Ed.):** Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı (CISG 1-12. MADDELER), İstanbul 2014.

**Pribetic, Antonin I.:** An 'Unconventional Truth': Conflict of Laws Issues Arising Under the CISG (November 17, 2008). *Nordic Journal of Commercial Law*, No. 1, June 2009, <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1302962>>.

**Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin, 2008.

**Schlechtriem, Peter/ Schwenzler, Ingeborg (Eds.):** Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), Second English Edition, Oxford University Press, 2010.

**Schwenzer, Ingeborg/Atamer, Yeşim/Butler, Petra:** Current Issues in the CISG and Arbitration, The Netherlands, 2014.

**Schwenzer, Ingeborg/Aksoy Çağlayan, Pınar (Ed.):** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, 2 Cilt, İstanbul 2015.

**Şanlı,Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 5. bası, İstanbul, 2016.

**Tarman, Zeynep Derya:** Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'ın Uygulama Alanı), İstanbul, 2015.

**Tiryakioğlu, Bilgin :** 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile ilişkisi, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s.192-204.

**Yıldırım, Zeynep:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013, Sa.1-2, s.1061-1094.

**Yılmaz, Süleyman:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013.







