



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 11 - Sayı: 2 - Temmuz 2025

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Yusuf ADIGÜZEL

Baş Editör
Prof. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Neyzen Fehmi DOLAR

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Emirhan AYDIN
Arş. Gör. Emin ÇELİK
Arş. Gör. Gülser Banu USLU YİĞİT
Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ

Dil Editörleri
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)
Dr. Öğr. Üyesi Merve KUTLU MUTLUER (İngilizce)
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

Mizanpaj
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Eskişehir | Ağustos 2025

e-ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan
hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,     
veritabanlarında indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. İsmail KAYAR (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ün., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
- Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selin ESEN ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
- Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

Yayın Kurulu^(*)

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. İbrahim KAYA (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Ankara Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. Mesut AYGÜN (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)

Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD’de süreçler COPE’nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu’nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmaları tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Tam metin dosyaları, sisteme Microsoft Word programı ile hazırlanmış “.doc” ya da “.docx” uzantılı formatta yüklenmelidir.

İletişim Bilgileri

Tam metin dosyalarının ilk sayfasında başlığa eklenen bir dipnotta, yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID bilgilerine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numarasına ve elektronik posta adresine ilişkin bilgilere yer verilmelidir.

Ana Başlık Öz Anahtar Kelimeler ve Azami Kelime Sınırı

Çalışmalarda başlık, en az 100 en çok 250 kelimeden oluşan öz ile en az beş anahtar kelime yer almalıdır. Bunların tamamına, çalışmanın yazıldığı dilde ve bu dil dışında kabul edilen diğer bir yazı dilinde olmak üzere iki farklı dilde yer verilir.

Azami kelime sınırı; başlık, öz, anahtar kelimeler, metin ve kaynakça dâhil olmak üzere 15.000’dir.

Sayfa Düzeni

1. Tam metin dosyalarında sayfa düzeni, A4 sayfa boyutunda olmalı ve üst ve alt kenar boşlukları 2,5 cm, sağ ve sol kenar boşlukları 2 cm olarak ayarlanmalıdır.
2. Tam sayı dosyasında metin bölümü, Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.
3. Yazının yazım dilinde ve altında diğer dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, ilk harfleri büyük şekilde yer almalıdır.
4. Yazarın adı ve soyadı, yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın unvanı, görev yaptığı kurum, e-posta adresi ve ORCID bilgileri ilk sayfada adı ve soyadının sonuna eklenen yıldızlı dipnotta belirtilmelidir.

Başlıklar

1. Bölüm başlıkları, romen rakamlarıyla numaralandırılır ve iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılır.
2. Alt başlıklar, büyük latin harfleriyle numaralandırılır ve iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılır.
3. Sonraki başlıklar Arap rakamlarıyla, ardından gelenler küçük latin harfleriyle, sonrakiler ise “aa, bb, cc...” ve “aaa, bbb, ccc...” olarak numaralandırılır ve iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılır.

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

Kısaltmalar

1. Metin içinde ilk kez kullanılan kelime kısaltılmadan yazılır, metinde kullanılacak kısaltmaya parantez içinde yer verilir.
 - İlk kullanım için "Türk Medeni Kanunu (TMK)", ikinci kullanım için TMK
2. Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.
 - Eren'e göre...
3. Metin içinde yer verilen yabancı dildeki kelimeler italik yazılır.
 - Hukukun temel ilkelerinden olan *non bis in idem* ilkesine göre...

Dipnotlar

1. Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılır.
2. Dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.
3. Yabancı dilde yazılmış ve yabancı dilde bir dergide veya yabancı bir yayınevi tarafından yayınlanmış eserlerde baskı, cilt, sayı gibi ifadeler eserin yazım diline tercüme edilir.
 - HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 13.
 - ARGANO, Giulia: "Pirates... A Charterers' Peril of the Sea", *Southampton Student Law Review*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 173.
4. Tek yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa veya kenar numarasına (s./kn./N.) yer verilir. Tek baskı olan kitaplarda baskı sayısının belirtilmesi gerekmez.
 - EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 10.
5. Tek yazarlı makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı bilgisi, sayfa veya kenar numarasına yer verilir.
 - ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.
6. Birden fazla yazar tarafından kaleme alınan eserlerde, yazarların ad ve soyadları eğik çizgi ("/") ile ayrılır ve eğik çizginin önüne ve arkasına boşluk eklenir.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 10.
7. Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, "(Ed.)" kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa veya kenar numarasına yer verilir.
 - ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOC AK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.
8. Şerh (*Kommentar*) olarak yazılmış kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, editörün soyadı ve adı, "(Ed./Hrsg.)" kısaltması, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa veya kenar numarasına yer verilir. Esere, birden fazla atıf yapılacaksa ilk atfın sonunda sayfa veya kenar numarasından önce parantez içinde ve kaynakçada ilgili "Yazar" ifadesi ile eserin kısaltması belirtilir ve tekrar eden atıflarda yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarasına yer verilir. Her bölümde kenar numarası tekrar birden başlayan eserlere yapılan kısa atıflarda ilgili bölüm bilgisi eklenir.
 - ROMELLI, Stefano: "Art. 649", KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK), N. 4.
 - ROMELLI, OFK, Art. 649, N. 4.

9. Yazarı bilgisine yer verilmeyen resmî ya da özel yayınlarda yayımlayan, italik olarak yayının adı, yayın yeri, yayın tarihi, sayfa numarasına yer verilir.
 - EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, Venice, 2010, s. 13.
10. Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, tezin türü, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilir.
 - MANAVGAT, Çağlar: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 42.
11. İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece yazarın soyadı ve atıf yapılan sayfa numarası yazılır.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.
12. Aynı yazarın veya aynı soyadına sahip yazarların birden fazla eserine birden fazla atıf yapılıyorsa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda sayfa numarasından önce parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilir ve tekrar eden atıflarda yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenir.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Başlangıç Hükümleri), s. 10.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.
13. Dipnotta birden fazla eser bulunması hâlinde atıflar noktalı virgül ile ayrılır.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.
14. Yargı kararlarına yapılacak atıflarda mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası ile kaynağı belirtilir.
 - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:
AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) § (HUDOC).
 - Anayasa Mahkemesi kararı:
AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).
 - Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:
AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) § (Kararlar Bilgi Bankası).
 - Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:
UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31 (Lexpera).
 - Yargıtay kararı:
Yargıtay, 2. HD, T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03 (Yargıtay Karar Arama).
 - Danıştay kararı:
Danıştay, 13. D, T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848 (Danıştay Karar Arama).
 - Bölge Adliye Mahkemesi kararı:
Ankara BAM, 1. HD, T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976 (Kazancı).
 - Bölge İdare Mahkemesi kararı:
Ankara BİM, 2. İDD, T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998.
15. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilir. Atıf yapılan elektronik kaynak için yazar, başlık ve yayım yılı bilgileri mevcut ise dipnotta bu bilgilere de yer verilmesi gerekir. Sayfa sayısı bulunmayan metinler için takip eden atıflarda yazarın soyadına yer verilmesi yeterlidir ancak aynı yazarın birden fazla eserine birden fazla atıf yapılmış ise bu durumda da kısaltma kullanılır.
 - Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (ET: 07.07.2019).
 - Bkz. PEKCANITEZ, Hakan: *2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi*, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi>, ET: 20.04.2025).
 - Bkz. PEKCANITEZ.
16. Mevzuata yapılan atıflarda, ilgili düzenlemenin yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgilerine yer verilir.
 - 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

17. Metin içinde metnin başka bir bölümüne yapılan atıflarda, ilgili başlık numarasının yanına ilgili başlık tırnak içinde yazılır.
- Daha fazla bilgi için bkz. I.A.1.a. “Kavramsal Çerçeve”.

Kaynakça

1. Kaynakçada yer verilen eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanır.
2. Kaynakçada yer verilen eserlerin tümüne atıf yapılmış olmalıdır.
3. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıf ile eserin kaynakçada yer veriliş biçimi aynı olmalıdır.
4. Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaralarına yer verilir.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Başlangıç Hükümleri).
 - ARSEBÜK, A. Esat: “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.
 - EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
 - EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, Venice, 2010.
 - KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK).
 - PEKCANITEZ, Hakan: *2279 sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi*, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi>, ET: 20.04.2025).
 - ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, AndHD'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönündeysé yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğér Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağılıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Temmuz 2025 sayısı, DergiPark sayfasında yayımlanmıştır. Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında kaleme alınmış yirmi dört hakemli makaleye ve bir kitap incelemesine yer verilmiştir.

Sayıda, “Akademik Teşvik Başvurularında Üniversitelerin Takdir Yetkisinin Sınırı”, “Rus Hukukunda Çocuğun Üstün Yararı Bağlamında Düzenlenen Çocuk Nafakası ve Buna İlişkin Usul ve Esaslar”, “Çalışma Ceza Hukuku Bağlamında Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştırması Yasak Kişilerin Belirlenmesi”, “*Penalizing Environmental Harm: Merits, Limits and Alternatives*”, “Elverişlilik Suçları”, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)”, “Cinsiyete Dayalı Ücret Farkı: Avrupa Birliği'nin 2023/970 Sayılı Direktifi ile Getirilen Yükümlülüklerin Türk Toplu İş Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, “Yargıtay Kararları Işığında Gönüllü Vazgeçme Bakımından Sübjektif Nitelikli ‘Gönüllülük’ Koşulu”, “Tahkim Yargılamasını İçeren Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları”, “Kasten Öldürme Suçunun Tasarlayarak İşlenmesi Nitelikli Haline İlişkin Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, “Ceza Muhakemesinde Duruşmanın İkiye Bölünmesi?”, “Sigorta Tahkim Yargılamalarında Adli Yardım”, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Toplu Sınır Dışı Etme Yasağı ve Türkiye’de Toplu Sınır Dışı Etme Yasağının Yokluğu”, “Çek Cumhuriyeti Hükümet Sistemi Üzerine Bir İnceleme”, “Zararla Karşılık Kavramı Çerçevesinde Ukrayna’nın Kursk Harekâtı”, “Görünmez Emek ve Mekanik İnsandışılaştırma Kavramları Üzerinden Dijital Platform Çalışmalarında Bağımlılık Unsurunun Değerlendirilmesi”, “Mobbing Oluşturan Fiillerin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, “Kripto Dolandırıcılık ve Hukuki Düzenlemeler: Japonya Örneği”, “Türk ve Alman Ceza Kanunlarında Kullanma Hırsızlığı Suçu”, “Uluslararası Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukukun Tespiti”, “Cezalandırma ve Acı İlişkisi”, “Zincirleme Suçun Sübjektif Şartı”, “Türk Ceza Kanunu’ndaki Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suçlar Bakımından Hukuka Uygunluk Sebepleri”, ve “Bölge Adliye Mahkemelerinin Bozma Kararlarının Yokluk Kavramı ile Birlikte Değerlendirilmesi” başlıklı hakemli makaleler ve “İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu” başlıklı kitap incelemesi bulunmaktadır.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere ve yayın sürecine dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

Akademik Teşvik Başvurularında Üniversitelerin Takdir Yetkisinin Sınırı

The Limits of Universities' Discretion in Academic Incentive Applications

Asuman ÇAPAR 481

Rus Hukukunda Çocuğun Üstün Yararı Bağlamında Düzenlenen Çocuk Nafakası ve Buna İlişkin Usul ve Esaslar

Child Support Regulated in the Context of the Best Interests of the Child in Russian Law and Related Procedures and Principles

Salımya GANIYEVA 495

Çalışma Ceza Hukuku Bağlamında Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştırması Yasak Kişilerin Belirlenmesi

Determination of the Persons Prohibited from Employing Child and Young Workers in the Context of Criminal Labour Law

Hatice Duygu ÖZER - Nurten ÖZTÜRK 523

Penalizing Environmental Harm: Merits, Limits and Alternatives

Çevresel Zararı Cezalandırma: Avantajlar, Sınırlamalar ve Alternatifler

Zerrin SAVAŞAN 551

Elverişlilik Suçları

Suitability Crimes

İlhan BULUT..... 573

Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)

The Crime of Unlawful Undertaking of Public Duty (Art. 262 of TPC)

M. Buhari ÇETİNKAYA 597

Cinsiyete Dayalı Ücret Farkı: Avrupa Birliği'nin 2023/970 Sayılı Direktifi ile Getirilen Yükümlülüklerin Türk Toplu İş Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Gender Pay Gap: An Evaluation of the Obligations Imposed by the European Union Directive 2023/970 in the Context of Turkish Collective Labor Law

Banu DENİZLİ ÖZTÜRK 619

Yargıtay Kararları Işığında Gönüllü Vazgeçme Bakımından Sübjektif Nitelikli "Gönüllülük" Koşulu

Subjective "Voluntariness" Condition in Terms of Voluntary Renunciation in the Light of Court of Cassation Decisions

Gizem DURSUN ÖZDEMİR 633

Tahkim Yargılamasını İçeren Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları

Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Arbitration Proceeding

Ekin Deniz İLHAN 651

Kasten Öldürme Suçunun Tasarlayarak İşlenmesi Nitelikli Haline İlişkin Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği

The Applicability of the Provisions of Unjust Provocation Regarding the Intentional Killing Offence Committed by Premeditation

Çağrı KAN 663

Ceza Muhakemesinde Duruşmanın İkiye Bölünmesi?

Division of the Main Trial into Two Parts in Criminal Proceedings?

Gözde KAZAKER BOZKURT 689

Sigorta Tahkim Yargılamalarında Adli Yardım

Legal Aid in Insurance Arbitration Proceedings

Bariş KÜÇÜK 711

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Toplu Sınır Dışı Etme Yasağı ve Yasağın Türk Hukukundaki Durumu

The Prohibition of Collective Expulsion in European Court of Human Rights Judgments and the Status of the Prohibition in Turkish Law

Bahar KÜPE 729

Çek Cumhuriyeti Hükümet Sistemi Üzerine Bir İnceleme

A Study on the Government System of the Czech Republic

Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU 755

Zararla Karşılık Kavramı Çerçevesinde Ukrayna'nın Kursk Harekâtı

Ukraine's Kursk Operation in the Context of the Concept of Reprisal

Bahadır Bumin ÖZARSLAN 779

Görünmez Emek ve Mekanik İnsandışlaştırma Kavramları Üzerinden Dijital Platform Çalışmalarında Bağımlılık Unsurunun Değerlendirilmesi

Evaluation of the Element of Dependency in Digital Platform Works through the Concepts of Invisible Labour and Mechanical Dehumanization

Nazlı SAĞLAM 799

Mobbing Oluşturan Fiillerin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Acts Constituted as Mobbing in Terms of Offense of Abuse of Duty in Accordance

Yağmur TEMİZ GÜL 831

Kripto Dolandırıcılık ve Hukuki Düzenlemeler: Japonya Örneği

Crypto Fraud and Legal Regulations: The Case of Japan

Fazilat MİRAKHMEDOVA - Filiz TEPECİK 857

Türk ve Alman Ceza Kanunlarında Kullanma Hırsızlığı Suçu

The Offence of Theft of Use in Turkish and German Criminal Law

Yağız YAVUZ 879

Uluslararası Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

Resolution Methods for Disputes Arising from International Professional Football Player Transfer Agreements and Determination of Applicable Law

Elif Selen BATIGÜN 905

Cezalandırma ve Acı İlişkisi

Punishment and Pain Relationship

Şerife Sümeyra ÇADAK 935

Zincirleme Suçun Sübjektif Şartı

Subjective Condition of Successive Offense

Buket ÖZ TÜYDAŞ 953

Türk Ceza Kanunu'ndaki Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suçlar Bakımından Hukuka Uygunluk Sebepleri

Justification Causes for Crimes Related to Protection of Personal Data in the Turkish Criminal Code

Mehmet GÜRLER 979

Bölge Adliye Mahkemelerinin Bozma Kararlarının Yokluk Kavramı ile Birlikte Değerlendirilmesi

Evaluation of the Overturning Decisions of Regional Courts of Justice with the Concept of Absence

Metin KAPLAN..... 1009

İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu

First-Degree Appeal against the Decisions of Enforcement Courts

Elif Sena MALATYALIOĞLU 1029

Araştırma Makaleleri



Akademik Teşvik Başvurularında Üniversitelerin Takdir Yetkisinin Sınırı^(*)



The Limits of Universities' Discretion in Academic Incentive Applications

Asuman ÇAPAR



Doçent Doktor

Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Akademik Teşvik
Ödeneği Yönetmeliği,
Üniversite,
İdarenin Takdir
Yetkisi,
Akademik Teşvik
Uygulaması,
Kamu Yararı.

Öz

Kamu yararı ve bireysel yarar çatışması kamusal faaliyet alanında pek çok yerde karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu çatışma mevzuatta açıklık olmayan bazı hususlarda akademik teşvik ödeneği başvurularında da ortaya çıkmaktadır. Böyle bir çatışma durumunda öncelikle amaca uygun yorum çerçevesinde öğretim elemanı lehine yorum yapılması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Bununla birlikte uygulamanın açıkça suistimal edildiğinin görüldüğü hallerde, üniversitelerin görevli komisyonlarının ret kararı vermesi mümkündür. Bu karar akademik faaliyetin içeriğinin denetimi olarak değerlendirilmemelidir. Zira, her ne kadar ilk bakışta görevli komisyonların, mevzuatta belirtilen şekli kriterler bakımından denetim yapacağı görülse de hukukun genel ilkelerinden olan hakkın kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, kanunun arkasından dolanma yasağı ve dürüstlük kuralı gibi ilkeler buna izin vermemektedir. Bu nedenle kanımızca mevzuatın *açıkça suistimal edildiği* durumlarda, kamu yararı bireysel yarar çatışmasında kamu yararı tercih edilmelidir. Belirtilen bu ilkeleri ihlal ettiği açık olan akademik teşvik başvuruları, şekli kriterleri karşılamış görünse de reddedilmelidir. Çalışmada konu Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği'ndeki belirsizlik taşıyan bazı düzenlemeler, akademik teşvik uygulamasına literatürdeki bakış ve Sayıştay denetimi gibi hususlar bakımından incelenmiştir.

Keywords

Regulation on the
Academic Incentive
Fund,
University,
Administrative
Discretion,
Academic Incentive
Practice,
Public Interest.

Abstract

The conflict between public interest and individual benefit is a common issue encountered in various areas of public administration. This conflict also emerges in applications for the Academic Incentive Fund in cases where the legislation lacks clarity. In such situations, it is argued that interpretations should primarily favor the academic staff, based on a purpose-oriented interpretation of the regulation. However, in cases where the practice is clearly being abused, it is within the authority of university commissions to issue a rejection. Such decisions should not be construed as evaluations of the academic content itself. Although it may initially be considered that these commissions are limited to reviewing applications from the aspect of the formal criteria stipulated in the legislation, fundamental legal principles (such as the prohibition of abuse of rights, fraud against the law, circumvention of legal provisions, and the principle of good faith) do not permit such abuses. Therefore, in our view, in cases where the legislation is *clearly exploited*, public interest should take precedence over individual benefit. Even if such applications seem to meet the formal requirements, they should be rejected if they evidently violate these principles. This study examines the issue in light of ambiguous provisions in the Regulation on the Academic Incentive Fund, the perspectives found in academic literature on the implementation of the incentive system, and the audits conducted by the Court of Accounts.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 09.04.2025, Kabul Tarihi: 08.07.2025.



GİRİŞ

05.11.2014 tarihli 6564 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile belirtilen şartları sağlayan öğretim elemanlarına, uzman, okutman, çevirici ve eğitim-öğretim planlamacısı kadrosunda bulunanlara, akademik teşvik ödeneği yapılması hususunda 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na² ek madde eklenmiştir. Akademik teşvik uygulaması 2914 sayılı Kanun'un ek 4. maddesine dayanarak 2015 yılında yürürlüğe konulan mülga Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği'ne³ dayanılarak, ilk kez 2016 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Bugün itibarıyla 27.06.2018 yürürlük tarihli Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği⁴ (ATY) kapsamında uygulanmaktadır⁵.

Gerek kamu kesiminde gerekse özel sektörde çalışanların işverenler tarafından desteklenmesi, maaşına ilave ödemelerin yapılması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu tür uygulamalar çalışanların motivasyonunu artırma bakımından gerekli ve faydalıdır. Bununla birlikte bu ek ödemelerin ortaya çıkarabileceği bazı sakıncalar bulunmaktadır. Özellikle kamu kesiminde suistimal edilmesi gündeme gelebilmektedir.

Bu çalışmanın amacı 2914 sayılı Kanun'a ve ATY'ye dayanarak uygulanan akademik teşvik ödeneği konusunda üniversitelerin hangi hususlarda takdir yetkisine sahip olduğunu ve bunun sınırlarını tespit etmeye çalışmaktır. Bu kapsamda ATY'de net olmayan bazı konular bakımından inceleme yapılarak, aynı zamanda Sayıştay içtihatları çerçevesinde akademik teşvik uygulaması değerlendirilecektir. Çalışmada 2914 sayılı Kanun uyarınca akademik teşvik ödeneği alabilecek kişiler, bu çalışma kapsamında genel tabirle *öğretim elemanı* olarak ifade edilmiştir.

I. AKADEMİK TEŞVİK BAŞVURULARINA İLİŞKİN DÜZENLEME

Bu başlık altında akademik teşvik uygulamasına ilişkin genel esaslar, bu süreçte görevli idari organlar ve akademik teşvik uygulamasına ilişkin bakışlar incelenecektir.

A. Genel Olarak Akademik Teşvik Uygulaması

ATY esas olarak devlet yükseköğretim kurumları⁶ kadrolarında bulunan öğretim elemanlarına yapılacak akademik teşvik ödeneğinin uygulanmasına yönelik usulleri ve esasları düzenlemek maksadıyla çıkarılmıştır⁷. ATY'nin 3. maddesine göre; “*Her bir takvim yılı için bir önceki yıl, bilim, teknoloji ve sanata katkı sağlayıcı nitelikte yurtiçinde veya yurtdışında sonuçlandırılan proje, araştırma, yayın, tasarım, sergi, patent ile çalışmalarına yapılan atıfları, bilim kurulu bulunan uluslararası düzeydeki toplantılarda sunulan tebliğleri ve alınan akademik ödülleri*” akademik teşvik uygulaması kapsamına dâhil edilmiştir.

¹ 14.11.2014 tarihli ve 29175 sayılı Resmî Gazete.

² 13.10.1983 tarihli ve 18190 sayılı Resmî Gazete.

³ 18.12.2015 tarihli ve 29566 sayılı Resmî Gazete. 2015'te yayımlanan Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği, 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmada 2016 tarihli Yönetmelik, “mülga Yönetmelik” kavramı ile ifade edilmiştir.

⁴ 27.06.2018 tarihli ve 30461 sayılı Resmî Gazete.

⁵ Akademik teşvik uygulamasının tamamlayıcı işleviyle idarenin özendirme ve destekleme faaliyetleri arasında bulunduğu yönündeki görüş için bkz. GÜR, Necip Taha: *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 93.

⁶ ATY madde 1/2: “*Bu Yönetmelik hükümleri, Milli Savunma Üniversitesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ve Polis Akademisi kadrolarında bulunan öğretim elemanları hakkında da uygulanır.*”.

⁷ ATY madde 1/1: “*Bu Yönetmeliğin amacı; Devlet yükseköğretim kurumları kadrolarında bulunan öğretim elemanlarına yapılacak olan akademik teşvik ödeneğinin uygulanmasına yönelik olarak, bilim alanlarının özellikleri ve öğretim elemanlarının unvanlarına göre akademik teşvik puanlarının hesaplanmasında esas alınacak faaliyetlerin ayrıntılı özellikleri ve bu faaliyetlerin puan karşılıkları, akademik teşvik toplam puanının %30'unu geçmemek üzere her bir akademik faaliyet türünün toplam puanın hesaplanmasındaki ağırlıkları, akademik teşvik puanının hesaplanmasına ilişkin usul ve esaslar ve bu hesaplamaları yapacak komisyonun oluşumu ile diğer hususları belirlemektir.*”.

Bu ödenekten yararlanabilmek için asgari otuz puan almak koşuluyla, öğretim elemanlarının çeşitli bilimsel faaliyetlerde bulunmaları gerekmektedir. ATY'ye göre bu faaliyetler yayın, proje, araştırma, tasarım, patent, atıf, sergi, tebliğ ve ödül olarak belirlenmiş olup her kategoriden alınabilecek en çok puan farklılaşmaktadır. Ayrıca akademik faaliyetler bilim alanlarına göre A1, A2, A3 ve A4⁸ olmak üzere dört kategoriye toplanmış olup, öğretim elemanları bilim alanlarına göre bunlardan birisini tercih ederek başvuruda bulunabilir. ATY'ye göre akademik faaliyetlerden alınabilecek akademik teşvik puanlarından bazıları, bilim alanları bakımından farklılaşmaktadır.

Akademik teşvik mevzuatında akademik teşvik kapsamına giren faaliyetler konusunda zaman içerisinde değişiklikler ve düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin ATY'de araştırma kavramının tanımında değişik yapılmıştır. Ayrıca hakemli dergiler, tasarım, uluslararası yayınevi, proje ve ödül gibi kavramlar konusunda düzenlemeye gidilmiştir⁹.

B. Akademik Teşvik Sürecinde Görevli İdari Birimler

ATY'de akademik teşvik başvurularına ilişkin işlemlerin düzenli bir şekilde yürütülmesi için Akademik Teşvik Düzenleme, Denetleme ve İtiraz Komisyonu'nun (ATDİK) kurulması öngörülmüştür. Ayrıca her birimde buna ilişkin işlemlerin gereği gibi yürütülmesini sağlamak için Birim Akademik Teşvik Başvuru ve İnceleme Komisyonu'nun (BATK) kurulması öngörülmüştür¹⁰.

ATY'nin 4/1. maddesi uyarınca; *“Bu Yönetmelikte kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere yükseköğretim kurumları bünyesinde yüksek akademik teşvik puanına sahip öğretim üyelerinden her bir doçentlik temel alanından en az bir kişi olmak üzere rektörün her bir üyelik için önereceği üç aday arasından senato tarafından seçilen üyelere oluşan akademik teşvik düzenleme, denetleme ve itiraz komisyonu kurulur. Komisyonun başkanlığını rektör tarafından görevlendirilen rektör yardımcısı yürütür. Komisyon, başkan hariç en az dört üyeden oluşmak koşuluyla iki yıl süreyle seçilir. Süresi biten üye yeniden seçilebilir. Üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması halinde kalan süreyi tamamlamak üzere aynı usulle yeni üye seçilir.... Komisyon, başvurular başlamadan önce uygulama usul ve ilkelerinin belirlenerek duyurulmasından, akademik teşvik başvuru takviminin hazırlanmasından, yürütülmesinden ve ödeme yapılacak yılın 15 Şubat tarihine kadar sürecin tamamlanmasından sorumludur. (4) Komisyon, faaliyetlerin belgelendirilmesinde ve faaliyet türleri içerisinde sınıflandırılmasında oluşan tereddütlerin giderilmesinde nihai karar merciidir.”*

ATY'nin 5. maddesinde ayrıca yükseköğretim kurumlarının her bölüm, anabilim dalı ya da ana sanat dalı başkanlıkları bünyesinde en az üçer üyeden teşekkül eden BATK kurulması öngörülmüştür. BATK Başkanlığı ilgili bölüm, anabilim dalı ya da ana sanat dalı başkanı tarafından yürütülür. BATK üyeleri ise ilgili birimin Yönetim Kurulu tarafından, en yüksek akademik teşvik puanına sahip olan öğretim elemanları arasından seçilerek oluşturulur.

Öğretim elemanları tarafından yapılan başvurular BATK tarafından incelenir. BATK gerekli görüldüğü durumlarda değerlendirmelerin tüm safhalarında başvuru sahiplerinden akademik faaliyetlerine ilişkin ek açıklama, belge ve bilgi talep edebilir. Bu konudaki talepleri başvuru sahipleri, yerine getirmekle yükümlüdür. BATK ilk olarak başvuran öğretim elemanının faaliyetlerinin incelenmeye uygun olup olmadığı konusunda karar verir. Başvurunun uygun görülmemesi halinde gerekçeli olarak, değerlendirilmek üzere ATDİK'a iletilir. BATK yapılan başvuruları inceleyerek hazırladığı karar tutanağını, başvurularla ilgili değerlendirme raporunu ve ekinde puan tablosunu imzalı olarak fakültelerde dekan,

⁸ A1 Alanları: Eğitim Bilimleri, Fen Bilimleri ve Matematik, Mühendislik, Sağlık Bilimleri, Ziraat, Orman ve Su Ürünleri; A2 Alanları: Filoloji, Hukuk, İlahiyat, Sosyal, Beşerî ve İdari Bilimler, Spor Bilimleri; A3 Alanı: Mimarlık, Planlama ve Tasarım; A4 Alanı: Güzel Sanatlar.

⁹ BOBAT, Alaeddin / ÇAKILCI, Emin: “Performans Aracı Olarak Akademik Teşvik Yönetmeliği: Sorun İçinde Sorular”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 55, 2017, s. 1935-1938.

¹⁰ GÜL, İbrahim / ARABACI, İmam Bakır: “Öğretim Elemanlarının Akademik Teşvik Ödeneğine İlişkin Görüşleri”, *Electronic Journal of Social Sciences*, 2018, Cilt 17, Sayı 66, s. 678.

rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanı, diğer birimlerde ise müdür tarafından onaylanmış olarak ATDİK'a ilan edilen takvime uygun şekilde gönderir. Ayrıca BATK tarafından reddedilen ya da puan değerinde değişiklik yapılan akademik faaliyetlerle ilgili olarak açıklamada bulunulması zorunludur. ATDİK ise BATK tarafından gönderilen değerlendirme kararlarını ve başvuruları inceler. Gerekli görmesi halinde başvuru sahiplerinden ek belge ve bilgi talep edebileceği gibi birimlerden gelen kararlar üzerinde değişiklik de yapabilir (ATY madde 6).

C. Akademik Teşvik Uygulamasına İlişkin Bakışlar

Akademik teşvik uygulaması bazı akademisyenler tarafından olumlu değerlendirilmektedir¹¹. Bunlara göre amaçlandığı üzere akademik teşvik uygulamasının birtakım faydaları bulunmaktadır. Bu faydalar akademik camiada genel olarak yayın sayısının nicelik olarak çoğalması, buna bağlı olarak atıf sayılarının artması, proje katılımlarının çoğalması, bilimsel faaliyette bulunmayan öğretim elemanlarının bile en azından birkaç tebliğ yayımlamaları gibi faydalardır¹².

ATY'de farklı akademik faaliyetlerin puanlanmış olması ve alınabilecek azami puanlamanın yapılmış olması göz önünde tutulduğunda ATY'nin bilimsel faaliyetleri yönlendirme potansiyeli taşıdığı söylenebilir. Öyle ki yalnızca bir kategoride çalışmak yerine daha fazla puanla başvurabilmek için öğretim elemanlarının diğer çalışma kategorilerinde de faaliyet göstermesi gerekmektedir. Böylelikle üniversitelerde bilimsel faaliyetlerin nitelik ve niceliğini çoğaltmak amaçlanmıştır. Yapılan kimi çalışmalarda da tespit edildiği gibi akademik teşvik ödeneğinin öğretim elemanlarının bilimsel faaliyetlerine bir ivme kazandırdığı görülmektedir¹³.

Akademik teşvik ödeneği literatürde bazı açılardan eleştiriye de tâbi tutulmuştur¹⁴. Öğretim elemanlarının yayınlarla fazla meşgul olmalarının, onların araştırma faaliyetlerine fazlaca önem vermemesine, üniversitelerin temel işlevi olan eğitime ve topluma hizmet etmeye gereken miktarda önemin verilmemesine neden olabileceği ileri sürülmüştür. Üniversitelerin kurumsal saygınlıklarını artırmak amacıyla akademik teşvikleri artırmalarının “*yayın yap ya da yok ol*” anlayışının eğitime ve topluma hizmete baskın gelebileceği ifade edilmiştir¹⁵. Bunlara ilave olarak makale yayın sürecinin uzunluğundan ötürü öğretim elemanlarının daha kısa sürede yayın yapan paralı dergilere yönelmeleri, karşılıklı olarak birbirlerine atıf yapan öğretim elemanlarının bulunması, uluslararası kongre ve sempozyumların kontrolsüz bir şekilde artması gibi olumsuz etkilerinin bulunduğu düşünülmektedir. Bu nedenle ATY'nin daha açık ifade edilerek, bazı hususların değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶.

Literatürde yapılan bir araştırmada akademik teşvik sistemine dönük öğretim elemanlarının düşünceleri, görüşleri, tutumları ve öğretim elemanlarının performansları farklı değişkenler bakımından değerlendirilmiştir. Yapılan araştırmada öğretim elemanlarının akademik teşvikle ilgili olumlu ve olumsuz düşüncelerinin akademik performansı etkileyen bir etken olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca akademik teşvik sistemi ile ilgili olumlu düşüncelerin akademik teşvikle ilgili tutumu geliştirdiği saptanmıştır¹⁷.

¹¹ Bkz. ÜLTAY, Eser / ÜLTAY, Neslihan: “Akademik Teşvik Ödeneğinin Bilimsel Faaliyetlere Etkisi Hakkındaki Akademisyen Görüşleri”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 162-171; ŞAHİN, Fatih / YAVUZ TABAK, Burcu / TABAK, Hasan: “Motivasyon Kuramları Bağlamında Akademik Teşvik Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 403-410.

¹² ÜLTAY / ÜLTAY, s. 162.

¹³ ÜLTAY / ÜLTAY, s. 162-171.

¹⁴ Akademik teşvik sistemine eleştirel bakış için bkz. TONTA, Yaşar / AKBULUT, Müge: *Performansa Dayalı Akademik Teşvik Sistemleri Üzerine*, 2020 (<https://sarkac.org/2020/09/performansa-dayali-akademik-tesvik-sistemleri-uzerine/>, ET: 01.03.2025).

¹⁵ ŞAHİN / YAVUZ TABAK / TABAK, s. 405.

¹⁶ ÜLTAY / ÜLTAY, s. 162.

¹⁷ ATEŞ, Serap: “Akademik Teşvik Sistemini Etkileyen Unsurların İrdelenmesi”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2022, Sayı 130, s. 195.

Kanımızca akademik teşvik uygulaması, doğurabileceği bazı sakıncalara rağmen uygulanması gereken bir sistemdir. Nitekim akademik teşvik uygulaması bugün itibarıyla yalnızca devlet üniversitelerinde değil, öğretim elemanlarını teşvik amacıyla bazı vakıf üniversitelerinde de kendilerinin belirlediği kriterler çerçevesinde uygulanmaktadır¹⁸. Öğretim elemanlarını üretmeye teşvik etmesi ve bilime katkısı büyük olan kaliteli faaliyetlerin desteklenmesi bakımından akademik teşvik uygulaması yararlı ve gereklidir. Kaliteli yayınların ödüllendirilmesi, öğretim elemanlarının üretmeye teşvik edilmesi, bilimsel üretimlerinin desteklenmesi ve ödüllendirilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında yarar zarar dengesinde yarar kısmının daha baskın olacağını değerlendirmekteyiz.

Fakat akademik teşvik uygulamasının bazı konularda da eksiği bulunmaktadır. Örneğin ATY’de patent almak puanlanmışken bilime, topluma katkı sağlayacak faaliyet niteliğinde olan faydalı model alımına¹⁹ puan verilmemiştir. Burada amaç öğretim elemanlarının üretkenliğini artırmak olduğuna göre ATY üzerinde yeniden düşünmek ve bu gibi faaliyetleri akademik teşvik kapsamına dâhil etmek gerekir. Zira bu haliyle, yenilenmesine ve üzerinde bazı değişiklikler yapılmasına rağmen mülga Yönetmelik’te olduğu gibi ATY de aceleyle hazırlanmış bir yönetmelik izlenimi taşımaktadır.

II. ÜNİVERSİTELERİN AKADEMİK TEŞVİK KONUSUNDAKİ TAKDİR YETKİSİ VE BU YETKİNİN SINIRI

Akademik teşvik başvurularında üniversitelerin bağlı yetki ile sınırlı olduğu alanlar olduğu gibi idarenin takdirine bırakılan bir kısım alanlar da bulunmaktadır. Aynı zamanda bu takdir yetkisi sınırsız bir alan oluşturmayıp belli sınırları bulunmaktadır.

A. Üniversitelerin Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi idarenin sahip olduğu yetkileri kullanırken serbest hareket etme yetkisini ifade eder. Hukuk kuralları ile idareye tanınan yetkilerden takdir yetkisi, özelliği bulunan bir yetkidir. Takdir yetkisi ile idari faaliyet icra ederken ya da idari bir işlem tesis ederken idareye az ya da çok bir serbestlik tanınır. İdarenin değişik alternatifler içerisinde seçim yapma hakkı ve özgürlüğü bulunmaktadır²⁰. İdarenin takdir yetkisi devletin hukuka bağlılığı konusunda bir gelişimin neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Bu açıdan takdir yetkisinin bulunduğu alanları, idarenin hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan faaliyet gösterebileceği zaman ve yer tanımaz bir alan olarak görmemek gerekmektedir²¹. İdarenin takdir yetkisi konusunun Türk idare hukuku doktrininin ve uygulamasının kesin bir çözüme kavuşturulması en zor konuları arasında yer aldığı ileri sürülebilir²². Nitekim ilgili konuda idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Her bir olay açısından önceden kalıpların belirlenmesi mümkün değildir.

ATY’de akademik teşvik kapsamında sayılan faaliyetler bakımından aranan koşullar düzenlenmiştir. Örneğin yayımlanmış olan bir makalenin hangi şartlarda akademik teşvik kapsamında kullanılabileceğine, hangi durumlarda bundan yararlanılamayacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Belirtilen bu kriterler bakımından üniversitelerin takdir yetkisi bulunmayıp, “*idarenin bir yetkisinin belli bir yönde kullanmasının mevzuatta açık ve emredici biçimde düzenlenmesi*”ni²³ ifade eden bağlı yetki

¹⁸ Örneğin İstanbul Medipol Üniversitesi Bilimsel Faaliyetleri Teşvik Yönergesi için bkz. <https://kutuphane.medipol.edu.tr/akademik-tesvik/> (ET: 02.04.2025); Biruni Üniversitesi Akademik Teşvik Ödeneği Uygulama Yönergesi için bkz. <https://www.biruni.edu.tr/doc/2025yonerge/ler/Akademik%20Te%C5%9Fvik%20%C3%96dene%C4%9Fi%20Uygulama%20Y%C3%B6nergesi.pdf> (ET: 02.04.2025).

¹⁹ BAŞ, Erdal: *Buluşun Faydalı Model Belgesi ile Korunması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 36: “*Faydalı model, tekniğin bilinen düzeyini aşmayan; ancak mevcut haline de dahil olmayan, bu yönüyle yeni olarak nitelendirilebilen ve sanayiye uygulanabilir buluş biçiminde tanımlanabilir.*”.

²⁰ KAYA, Cemil: *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 44.

²¹ YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 1964, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 201.

²² ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3-4, 2003, s. 171.

²³ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 149.

ile üniversiteler bağlıdır. Bununla birlikte bu düzenlemelerde net olmayan bazı hususlar bulunmaktadır. Örneğin ATY, akademik teşvik kapsamında akademik teşvik ödeneği alınabilecek bir faaliyet olarak yayınlar bölümünde “özgün bilimsel kitap” ifadesini kullanmakla beraber, buna ilişkin tanımlama yapmamıştır. Bu noktada kapsama hangi kitapların gireceği muğlaklık taşımaktadır. ATY’de aranmakta olan ISBN kaydı almış ve yayınevi sözleşmesi yapmış olmak gibi şekli şartları taşıyan, fakat bilimsel olarak bakıldığında kitap niteliği taşımayan (4-5 sayfa metin ve 6-7 sayfa görselden oluşan) bir yayının “özgün bilimsel kitap” kategorisine dâhil edilip edilmeyeceği tartışılabilir. Ayrıca ders kitaplarının bu kapsamda kullanılıp kullanılmayacağının belirsiz olduğu söylenebilir. Üstelik bir eserin hem ders kitabı hem de özgün bilimsel eser olarak araştırma faaliyetlerinde kullanılması mümkündür.

Bilinmektedir ki mevzuatta her şeyin tanımlanması, çerçevesinin çizilmesi mümkün değildir. Kanunlar ve idarenin genel düzenleyici işlemleri özellik olarak genel, soyut ve kişilik dışı hukuk normlarıdır. Bu nedenle her şeyin detaylı olarak düzenlenmesi her zaman beklenemez. Bazı durumlarda ilgili mevzuatta tanımlama yapılırken²⁴ bazı hallerde ise işin özelliği gereği mevzuatta boşluk bulunur ve buna kural içi boşluk denir²⁵. Orada kural koyucu kendisi bir tanımlama yapmayıp, hükmün/ifadenin nasıl anlaşılacağını kuralı uygulayan organın takdirine bırakmıştır. Bu nedenle ATY’nin bu şekilde bazı tanımlamaları yapmayışı, bilinçli boşluk olarak değerlendirilip, bu konuda uygulayıcı organa takdir yetkisi tanınmış olarak kabul edilebilir.

Bu noktada ATY’de üniversitelerin farklı uygulamalarının olduğu diğer bazı alanlar bulunmaktadır. Örneğin uluslararası alan endeksleri konusunda da bir tanımlama yapılmamış, “*Üniversitelerarası Kurulun belirlemiş olduğu uluslararası alan endeksleri*” şeklinde ifade kullanılmıştır. Bugün itibariyle Üniversitelerarası Kurulun belirlemiş olduğu uluslararası alan endeksi bulunmamakta olup, Üniversitelerarası Kurul en son açıkladığı doçentlik başvuru kriterlerinde *uluslararası endeks* kavramını benimsemiştir²⁶. Üniversiteler ise bu konuda senato kararları ile farklı uluslararası alan endeksi kabul etmektedir. Örneğin bir üniversite TR Dizini uluslararası alan endeksi olarak kabul ederken²⁷, diğeri buna dahil etmemektedir²⁸. Fiiliyatta akademik teşvik değerlendirmesinde her üniversitenin puanlama sistemi değişebilmekte, bunun sonucu olarak alınan akademik teşvik ödenekleri de farklılaşmaktadır. Bu konuda ATY’de düzenleme yapılarak, akademik teşvik kapsamında geçerli uluslararası alan endeksi olarak kabul edilebilecek endekslerin belirlenmesi yerinde olacaktır.

Aynı akademik faaliyette bulunanların, bulunduğu üniversiteye göre farklı akademik teşvik puanı alması Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi²⁹ ile örtüşmemektedir³⁰. Zira eşitlik ilkesi kural olarak aynı durumda olanlara aynı muamelenin yapılmasını gerektirir. Bir diğer ifade ile eşitlik ilkesi ile aynı durumda bulunanların kanun karşısında aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak amaçlanmaktadır³¹. Bu halde benzer nitelikte akademik faaliyette bulunanlar bakımından, çalış-

²⁴ Örneğin Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Öğretim Üyeliği Kadrolarına Başvurma, Yükseltme ve Atanma Yönergesi, madde 19/1-ç’de “*Kitap: Kendi bilim alanında ulusal/uluslararası yayınevi tarafından yayımlanmış en az 75 sayfadan oluşan eser. Ders kitabı dışında, adayın alanıyla ilgili özgün bilimsel kitaplar dikkate alınır.*” şeklindeki ifadede kitap kavramı ile neyin kastedildiği belirtilmiştir.

²⁵ Kural içi boşluklar kural koyucu tarafından istenen ve bilinçli olarak bırakılan boşluklardır. Bu tür boşluklarda kural koyucu, kuralın eksik olduğunun farkındadır. GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 403.

²⁶ Bkz. 2025 Mart Dönemi Doçentlik Başvuru Şartları (<https://www.uak.gov.tr/Sayfalar/docentlik/basvuru-sartlari/2025/2025-mart-donemi-docentlik-basvuru-sartlari.aspx>, ET: 07.04.2025).

²⁷ Örneğin Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Akademik Teşvik Ödeneği Uygulama Usul ve İlkeleri 2024 için bkz. <https://www.cumhuriyet.edu.tr/> (ET: 12.06.2025).

²⁸ Ondokuz Mayıs Üniversitesi Akademik Teşvik Ödeneği 2024 Faaliyet Yılı Uygulama Usul ve İlkeleri 2024 için bkz. <https://www.omu.edu.tr/sites/default/files/files/akademik-tesvik-odenegi-basvurulari-hakinda/usulveilkeler.pdf> (ET: 12.06.2025).

²⁹ Eşitlik ilkesi konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. KARAN, Ulaş: *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1 vd.

³⁰ 1982 Anayasası madde 10: “... Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

³¹ AYM, T. 06.03.2025, E. 2022/106, K. 2025/68; AYM, T. 29.03.2017, E. 2017/47, K. 2017/84; AYM, T. 26.01.2022, E. 2020/95, K. 2022/3 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).

tıkları üniversiteye göre alacakları akademik teşvik puanı ve bunun neticesinde alacakları akademik teşvik ödenekleri değişecektir. Üniversitesinin akademik teşvik puanını düşük hesaplaması, öğretim elemanının akademik faaliyette bulunma şevkini azaltabilecek, böylelikle akademik teşvik uygulamasının getiriliş amacıyla örtüşmeyecek bir neticeye sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle akademik teşvik uygulaması konusunda mümkün olduğu nispette üniversiteler arasında birliği sağlayıcı bir uygulamanın getirilmesi yerinde olacaktır.

Yine akademik faaliyet kapsamında değerlendirilecek bir tebliğin sunum yılı ile yayımlanma yılının farklı olması durumunda bunu evvelki sene yapılan faaliyetler kapsamında değerlendirmek gerekip gerekmediği konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Bu durumda itiraz mercileri kimi zaman her iki faaliyetin de aynı yıl içerisinde yapılmasını arayabilir, kimi zaman ise eserin yayımlanması faaliyeti tek başına akademik bir faaliyet olarak değerlendirilebileceği gerekçesiyle sunumun ve yayımlamanın aynı yıl içerisinde yapılmasını arayabilir. Kanımızca da bu durumda her iki faaliyetin aynı yıl içerisinde gerçekleşmesi şart olmayıp, koşulların tamamlandığı yıl bakımından akademik teşvik başvurusunda bulunulabilir.

Bu konuda uygulamadaki farklılıkların *bir yönüyle* idarenin takdiri olduğu ileri sürülebilir. Örneğin atama ve yükseltme yönergelerinde de her üniversite farklı koşullar benimsemiş olup, bu durum kanuna, hukuki birlik ve eşitlik gibi ilkelere aykırı olarak değerlendirilmemekte, bilakis bilimsel kalitenin yükseltilmesinde bir vasıta olarak değerlendirilmektedir. Fakat akademik teşvik konusu aynı zamanda öğretim elemanlarının özlük haklarına ilişkin bir mevzu olduğu için, öğretim elemanlarının bu konudaki maddi kazançlarını kısıtlayacak şekilde idari tasarrufların yapılması hukuki birlik ve eşitlik ilkesi gibi ilkelere uygun düşmeyecektir. Bu nedenle üniversitelerdeki akademik teşvik konusunda farklı uygulamaları önleyici düzenlemelerin yapılması gerekir.

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı akademik teşvik ödenekleri konusunda 09.01.2018 tarihinde devlet üniversitelerine göndermiş olduğu yazısında, çeşitli önerilerde bulunmuştur. Buna göre akademik teşvik ödeneği, akademik faaliyetleri teşvik ederek nitelikli akademik faaliyetlerin yapılmasını sağlamak, ülkemizin kalkınmasına ve ilerlemesine katkı sağlamak, bilimsel düzeyini uluslararası seviyede görünür kılmak gibi önemli amaçları gerçekleştirmektedir. Bu konuda yapılan bildirimlerde, akademik teşvik uygulamasının amacına uymayacak şekilde çok sayıda faaliyette bulunulduğu ifade edilmiştir. Sadece akademik teşvik ödeneğine başvurabilmek amacıyla bu uygulamanın amacına uymayan faaliyetlerin yapılması, akademinin yozlaşmasına neden olma ihtimalini barındırdığı için sarfınazar edilemeyecek derecede önemli bir mesele olarak addedilmiştir. Bu nedenle bu konuda kurum içinde denetim mekanizmaları oluşturulduğu gibi Sayıştay incelemesi de yapılmaktadır. Sorun yaşanmaması için üniversitelerin kanunun amacı ve kamu yararı açısından konuya ilişkin dikkatlerini sürdürmeleri, görevli komisyonların bu hususları dikkate alarak görevlerini yerine getirmeleri gerekmektedir³².

B. Üniversitelerin Takdir Yetkisinin Sınırı

Üniversitelerin akademik teşvik başvurularında takdir yetkisi sınırsız olmayıp, bu yetkinin belli sınırları bulunmaktadır. Kamu yararı ve bireysel yarar çatışması kamusal faaliyetlerin yürütülmesi sırasında pek çok zaman karşılaşılabilen bir durumdur. Çatışma çıkması durumunda neye öncelik verileceği sorunu gündeme gelecektir. Genel idare hukuku ilkelerinde kamu yararı ile bireysel yararın çatışması durumunda kamu yararına öncelik verilmektedir.

İdarenin takdir yetkisinin genel sınırını, idarenin bu yetkisini kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygun şekilde kullanması gerekliliği oluşturmaktadır. Nitekim idare, varlık nedeni olan kamu hizmetlerini icra ederken ve bu yönde işlemler tesis ederken yine kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerini göz önünde tutmak durumundadır. Ayrıca takdir yetkisi bireylerin hak ve özgürlükleriyle

³² Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, Sayı: 73112577-299-E.1814.

de yakından ilişkili olduğundan idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi noktasında yargı denetimi büyük önem taşımaktadır. Bu açıdan idarenin hangi durumlarda takdir yetkisine sahip olduğunun, bu yetkinin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi gerekir³³.

Kural koyucu makam akademik teşvik ödeneği ile öğretim elemanlarının bilimsel faaliyetlerini artırmayı amaçlamıştır. Bu çerçevede amaçsal yorum kapsamında, ATY'ye uygun olup olmadığı belirsiz olan noktalarda öğretim elemanı lehine yorum yapmak uygun olacaktır. Diğer yandan ATY'de bazı hususların açıkça düzenlenmesi, şartların detaylıca belirtilmesi dikkate alındığında ATY'de açıkça belirtilmeyen kimi hususlarda hükmün uygulanmasını daraltıcı yorum yapmak, lafzi yorum çerçevesinde uygun düşecektir. Bazı durumlarda ise amaçsal yorumun mu, lafzi yorumun mu tercih edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Kanımızca ilgili diğer hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, düzenlemenin lafzına aykırı düşmemek ve kuralın suistimaline mahal vermemek kaydıyla, amaçsal yorum çerçevesinde bilimsel faaliyetleri destekleyici neticeye varmak uygun olacaktır.

Akademik teşvik başvurularında da idare sahip olduğu takdir yetkisini kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı çerçevesinde kullanmalıdır. Ayrıca bu konuda sahip olunan takdir yetkisinin kullanımı, akademik teşvik uygulamasının getiriliş amacı da göz önünde tutulmalıdır. Her ne kadar ilgili mevzuat, yetkili inceleme mercilerine akademik teşvik başvurularında içeriğe ilişkin denetim yetkisi vermese de kanunun açıkça suistimal edildiği, bilimsel etiğe ve teamüle aykırı olan durumlarda ilgili mercilerin bu konuda denetim yapma yetkisinin olduğunu değerlendirmektedir.

Görevli komisyonlar belirsiz olan bazı hususlarda ret kararı vermekte çekinceli davranmaktadırlar. Esasında buradaki çekince ilgili komisyonların ret ya da kabul kararı vermesi konusunda yetkili olup olmamasına ilişkin değildir. Bu çekince ilgili komisyonların ne yönde karar vereceğine ilişkindir. Örneğin şekli şartlar gerçekleşmekle birlikte, ATY'nin açıkça suistimal edildiğinin görülmesi durumunda ne yönde karar verilmesi gerektiği konusunda tereddüt oluşabilir. Mevcut haliyle ATY'de açık hüküm olmasa da akademik teşvik ödeneğinin açıkça suistimal edildiği faaliyetler bakımından genel hukuk ilkele-ri uyarınca ilgili komisyonların ret kararı verebileceğini değerlendirmektedir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³⁴ 2. maddesinde³⁵ belirtilen genel bir ilke olan dürüstlük kuralı gereğince her hakkın verilmiş amacına uygun kullanılması gerekir. Kanuna karşı hileyi ve kanunun kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Aksi hareket kanunun arkasından dolanma anlamına gelecektir. Bu nedenle sırf akademik teşvik ödeneği alabilmek için şekli unsurları tamamlayarak akademik faaliyet şartlarının yerine getirildiği hâllerde, ilgili mercilerin bu faaliyeti reddetme yetkilerinin bulunduğunu değerlendirmektedir.

Kanımızca uygulamada ortaya çıkan çekincenin kaldırılması için ATY'nin *açıkça suistimal edilmesi* halinde, şekli şartlar gerçekleşse bile görevli komisyonların ret kararı verebileceği ATY'ye açık bir hüküm olarak eklenmelidir. Böylelikle görevli komisyonlar bilimsel etiğe ve teamüle uygun olmayan akademik faaliyetler konusunda çekinceli davranmaksızın karar alabilir. Burada bu yetkinin kötüye kullanılabilme ihtimali ve hangi hallerin açıkça suistimal sayılacağı belirsiz olması dezavantaj olarak ileri sürülebilir. Kanımızca bu riskin ortaya çıkma ihtimali bulunmamaktadır. Bu konuda son karar verici mercii olan ATDİK, ilgili birimlerin en yüksek akademik teşvik puanına sahip olan öğretim elemanlarından oluşan, sayıca kalabalık bir kuruldur. Bu nedenle ATDİK'nin subjektif karar verme ihtimali oldukça zayıftır.

³³ AVCI, Mustafa / KURT, Sümeysa Sena: “İdarenin Takdir Yetkisinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, (Ed.) KARASU, Rauf / GÜLLER, Abdülşamet / ALPÖZEN, İrem / SARI, Mustafa Fatih: *Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu'na Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 351. Ayrıca idarenin takdir yetkisi konusunda verilmiş Danıştay kararları için bkz. Danıştay, VDDK, T. 09.04.2025, E. 2023/1341, K. 2025/241: “İdareler eşitlik, kamu yararı, hizmet gerekleri, hak ve nesafet ilkelerine göre takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdürler.”; Danıştay, İDDK, T. 19.09.2024, E. 2024/1615, K. 2024/1700; Danıştay, 8.D, T. 04.09.2024, E. 2023/431, K. 2024/4284 (Lexpera).

³⁴ 08.12.2001 tarihli 24607 sayılı Resmî Gazete.

³⁵ Madde 2: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”.

III. ÜNİVERSİTELERİN TAKDİR YETKİSİNİN DENETİMİ

Üniversitelerin akademik teşvik başvuruları konusunda vermiş olduğu kararlar iki bakımdan denetime tabidir. İlk olarak mali denetim kapsamında Sayıştay denetimi karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak yargısal denetim kapsamında, başvurusunun hukuka aykırı bir şekilde sonuçlandığını iddia eden öğretim elemanının idari yargı yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır.

A. Sayıştay Denetimi

Sayıştay, yüksek bir mali denetim ve bazı konularda danışma organı olarak görev yapan, aynı zamanda yargısal kararlar da alabilen kendine özgü anayasal bir kurumdur³⁶. Sayıştay, kamu mallarına ilişkin hesap ve işlemlerin kanunlara ve diğer hukuki düzenlemelere uygunluğunun incelenmesini yapmakla birlikte, kamuda hesap verme sorumluluğu ve mali saydamlık esasları çerçevesinde kamu idarelerinin etkili, ekonomik ve verimli çalışmasını da amaç olarak belirlemiştir³⁷. Akademik teşvik ödenekleri ile kamu zararı gerçekleşip gerçekleşmediğini Sayıştay denetlemektedir.

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının tüm devlet üniversitelerine 2018’de gönderdiği “*Akademik teşvik ödeneği başvuruları*” konulu yazısında “*süreç ve ödemeler, Sayıştay ve ilgili diğer kurumların denetimine, ilgili Yönetmelikte tanımlanan yasal yaptırımlara ve akademiye uygun olmayan eylemler için gerekli görüldüğünde inceleme ve soruşturmaya açıktır.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu minvalde her bir öğretim elemanına ait başvuru dosyasında ATY’de yazılı şartları taşıdığına ilişkin bilgi ve belgelerin bulunması gerekmekte olup, dosyalarda mevcut bilgi ve belgelerin tamlığı/eksikliği dosyaların tamamında inceleme yapan ve buna göre karar veren görevli komisyonların sorumluluğundadır³⁸.

Sayıştayın bu konuda yayımlanmış olduğu kararlar, mülga Yönetmelik’in uygulanması ile ortaya çıkan sorunlara ilişkindir. Yürürlükte olan ATY’ye ilişkin Sayıştay kararı tarafımızca tespit edilememiştir. Bununla birlikte ilgili Sayıştay kararları günümüz açısından da ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin olduğu için bunların incelenmesi konunun aydınlatılması bakımından önem arz etmektedir.

Sayıştay, akademik faaliyetlerin denetiminde hukuka uygunluk denetimi yaptığını, söz konusu çalışmaların “*bilimsel veya akademik değeri*”nin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Sayıştaya göre denetime esas alınan unsurlar yalnızca mevzuat hükümleridir. Mevzuatta açıkça yer alan kavramların yönetmelikte tanımlanmaması durumunda bile bunların tanımsal değerlendirilmesi yapılırken öncelikle mevzuat, sonrasında akademik camiada kabul edilmiş olan standartlar ve uygulamalar esas alınmaktadır³⁹.

Sayıştayın incelemiş olduğu dosyalarda, kavramsal açıklamanın tam olarak yapılmadığı bazı durumlarda, birtakım kaynakların referans alındığı görülmektedir. Örneğin yapılan bir çalışmanın mülga Yönetmelik kapsamında kalan bir proje olup olmadığını Sayıştay incelerken, ilgili çalışmanın temel amacını belirten bir cümlede geçen “etki analizi” kavramını belirlerken, *Organisation for Economic Co-operation and Development*’in (OECD) “Etki Analizi Metodolojisi” başlığındaki “*Devam eden ya da tamamlanmış bir projenin, programın veya politika tasarımının sistematik ve nesnel bir şekilde değerlendirilmesi*” tanımını kullanarak, söz konusu çalışmanın devam eden bir projenin tamamlayıcı bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Sayıştay, o dönem yürürlükte olan mülga Yönetmelik uyarınca temelde aynı projenin parçası veya uzantısı olan projeler için mükerrer puanlama yapılamayacağı açıkça ifade edildiği için, “*başka bir Projenin etki analizine ilişkin olarak bir rapor hazırlanmasına yönelik bu Projenin, yeni bir AR-GE projesi olarak değerlendirilmesine de*

³⁶ ODYAKMAZ, Zehra: “Sayıştay”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 2, 1990, s. 47-51.

³⁷ YENER, Metin: “Takdim”, (Ed.) AKYEL, Recai: *Kamu Mali Yönetimi Reformunun Dünü Bugünü ve Yarını*, T.C. Sayıştay Başkanlığı, Ankara, 2023, s. 4.

³⁸ Sayıştay, 5. D, T. 22.09.2020, K. 2020/433 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

³⁹ Sayıştay, 5. D, T. 22.09.2020, K. 2020/433 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

imkan bulunmamaktadır.” diyerek ilgili çalışmanın akademik teşvik kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁰.

Yine Sayıştay’ın incelemiş olduğu bir dosyada “AR-GE” ifadesinin mülga Yönetmelik’te tanımının yapılmadığı buna rağmen bu kriterin esas alınmaya devam edileceği vurgulanmıştır. Sayıştay yapmış olduğu değerlendirmede, OECD tarafından hazırlanan *Frascati* Klavuzu’nda geçen AR-GE kavramının tanımlamasına atıf yaparak, orada benimsenmiş olan tanım esas almıştır. Ayrıca 5746 sayılı Araştırma Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun’un “tanımlar” başlıklı 2. maddesinde de “AR-GE” kavramının tanımına atıf yapmıştır. Bu tanımlar çerçevesinde Sayıştay, “*projenin AR-GE niteliğine sahip olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılabilmesi için, projenin rutin dışında kalan yenilikçi yönü, hangi kavram ve teknolojilerin bilime ve uygulamaya kazandırıldığı, hangi özgün çıktıların elde edildiği gibi AR-GE kavramının doğası gereği sahip olması gereken özellikleri taşıyıp taşımadığının da incelenmesi gerekir*” şeklinde belirtmiştir. İnceleme sonucunda akademik teşvik kapsamına girmeyen proje için ödeme yapılmasının kamu zararı olduğuna karar vermiştir⁴¹.

İncelemiş olduğu başka bir dosyada Sayıştay, ATDİK tarafından hatalı hazırlanan kılavuzun yine bu Komisyon tarafından hatalı olmasına dayanılmasının hukuki karşılığının bulunmadığına hükmetmiştir. Olayda Üniversite ATDİK, mülga Yönetmelik’te yer alan söz konusu yetkisini kullanarak Akademik Teşvik Ödeneği Kılavuzu hazırlamış ve söz konusu kılavuz üniversite web sitesinden de yayımlanmıştır. Bu kılavuzda öğretim elemanlarının başvurularını nasıl yapacakları, başvurularına esas faaliyetleri nasıl belgelendirecekleri, faaliyetlerin değerlendirmelerinde nelerin, nasıl esas alınacağı detaylıca anlatılmış olup görevli komisyonlar tarafından yapılan tüm denetimlerde de burada yazılı olan hususların esas alındığı denetim esnasında tespit edilmiştir. Sayıştay’a göre ATDİK’nin hem mülga Yönetmelik’te kendilerine verilen usul ve esasları belirleme yetkisini kullanıp hem de kılavuzun esas alınarak yapılan sorgu düzenlenmesi üzerine ortaya çıkan kamu zararlarına itiraz gerekçesi olarak kılavuzun *hatalı olduğunu* iddia etmesi, gerçekçi ve hukuki bir yaklaşım değildir. Bu nedenle kılavuzun hatalı olduğunu ileri sürerek yapılan savunmaya itibar edilmemiştir⁴².

Sayıştay kamu zararı konusunda hem ATDİK hem de BATK üyelerinin sorumlu olduğunu belirtmektedir ve 5018 sayılı Kanun’un kamu zararı tanımını esas almaktadır. 5018 sayılı Kanun’un 71. maddesi kamu zararını “*kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*” olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla kamu zararının muhatabı, kamu kaynağının kullanılmasında yetkisi ve görevi olan kişilerdir. Sayıştay’a göre akademik teşvik başvurusu yapan öğretim elemanları kamu kaynağının kullanılmasında görev ve yetkisi olan kişiler değil yalnızca başvuru sahibi pozisyonundaki kişilerdir. Akademik teşvik ödemelerinde idari görev almış kişiler de (üst yönetici dahil) komisyonların kararında bir etkisi olmayan, mülga Yönetmelik kapsamında da sürece müdahil olma yetkisi bulunmayan kişilerdir. Kamu kaynağının kullanılmasında “görev ve yetkisi olanlar” yerine, “başvuru yapanın” kendisine yapılan hukuka aykırı ödemede Sayıştay yargılamasına muhatap kabul edilmesi 5018 sayılı Kanun’un kurmuş olduğu yetki-sorumluluk dengesine de aykırılık teşkil edecektir. Kendisine ödeme yapılanların sorumluluğu rücu mekanizması içerisinde gündeme gelebilecek bir konudur. Bu kişiler için mülga Yönetmelik’te zaten açık bir hüküm de mevcuttur⁴³.

⁴⁰ Sayıştay, 6. D, T. 28.03.2024, K. 2024/938 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

⁴¹ Sayıştay, 6. D, T. 01.10.2020, K. 2020/751. Benzer şekilde başka bir dosyada Sayıştay kavramsal olarak ARGE’nin tanımına yer verilmemiş olsa da “*mevzuatta bir konunun tanınımının yapılmamış olması o konunun üst belirleyici konumunu (sorgu konusu olayda ARGE projesi olma zorunluluğunu) değiştirmeyecektir. Nitekim akademik personelin hangi projenin ARGE içerikli olduğunu araştırabileceği pek çok hukuki ve teknik materyal zaten mevcuttur*” şeklinde açıklamıştır. Sayıştay, 5. D, T. 22.09.2020, K. 2020/433; Sayıştay, 7. D, T. 22.10.2020, K. 2020/409 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

⁴² Sayıştay, 5. D, T. 22.09.2020, K. 2020/433 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

⁴³ Sayıştay, 5. D, T. 22.09.2020, K. 2020/433 (Sayıştay Resmî İnternet Sitesi).

B. İdari Yargı Denetimi

Akademik teşvik başvurusunda istediği kararı alamayan öğretim elemanı, üniversitenin bu konuda vermiş olduğu kararı idari yargıya taşıyabilir. İdari yargıda iptal davası ve tam yargı davası görülebilir.

1. İptal Davası

İdarenin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı idari yargı organlarında açılacak davalardan birisi iptal davasıdır. İdari işlemlerin hukuka uygunluğu iptal davaları ile denetlenmekte olup, iptal kararları ile hukuka aykırı idari işlemler yapıldıkları andan itibaren ortadan kalkmaktadır⁴⁴. İptal davasının konusu, idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı durumunda ilgili idari işlemi ortadan kaldırmaktır. İptal davası ile idarenin hukuka aykırı kararlar almasını önlemek, böylelikle idarenin hukuk kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu saptanan kararları ortadan kaldırarak hukuk düzenini korumak amaçlanmaktadır⁴⁵.

İptal davasında mahkeme, söz konusu işlemin hukuka uygunluğunu yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından inceler. Bu çerçevede akademik teşvik başvurusu konusundaki talebi kısmen ya da tamamen reddedilen öğretim elemanı, yapılan işlemin bu unsurlardan birine ya da birkaçına aykırılığı iddiası ile iptal davası açabilir⁴⁶.

İdare takdir yetkisini sebep unsuru bakımından kullanırken, kendisini böyle bir işlem tesisine iten etken ya da nedenleri işlem metninde açıkça göstermelidir. İdare tarafından işlem tesis edilirken sebep unsuru bakımından isabet bulunmaması halinde, işlem konu unsuru bakımından da hukuka aykırı hale gelecektir⁴⁷. Akademik teşvik başvurusunun kısmen ya da tamamen reddedilmesi durumunda, bu kararın hukuken geçerli bir sebebe dayanması gerekir. Örneğin yapıldığı ileri sürülen akademik faaliyet gerçekte yapılmamış ise bu üniversite bakımından geçerli bir ret sebebidir. Ya da bir akademik faaliyet yapılmış olmakla birlikte ATY kapsamına girmeyen bir faaliyet söz konusu ise ortada hukuken geçerli bir ret sebebi vardır. Burada ATY’de açıkça düzenlenen hususlarda bir sorun çıkması genellikle beklenmezken, belirsiz olan hususlarda idarenin kullanacağı takdir yetkisi noktasında hukuki sorun ortaya çıkabilir.

Anayasa’nın 125/3.⁴⁸ ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/2. maddesi⁴⁹ uyarınca mahkemelerce idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verilemez. Bu halde ilgili mevzuatta akademik teşvik ödeneği konusunda idareye takdir yetkisi tanınan ve bu yetkinin kullanıldığı durumlarda, mahkeme bu yetkiyi kaldırarak şekilde karar veremez. Hâkim idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığını incelerken kamu yararı, kamu hizmetinin gereği, eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri gibi kriterleri birlikte değerlendirerek inceleme yapmalıdır.

Aynı zamanda bu düzenlemeler uyarınca mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar. Yerindelik denetimi basit olarak, hukuk kurallarına uygun bir işlemin isabetli olup olmadığına karar vermek şeklinde tanımlanabilir. İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olan idari yargı organlarının bu tür bir karar vermeleri söz konusu olamaz. Belirtmek gerekir ki hukukilik ve

⁴⁴ YILDIRIM, Ramazan / AVCI, Mustafa: *Türk İdari Rejimine Giriş*, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 334.

⁴⁵ KOÇAK, Nazım Taha: “Kamu Görevlilerine Ait Mevzuattan Doğan Uyuşmazlıklarda Özlük Hakkı Talebi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 42, s. 278.

⁴⁶ Öğretim elemanının akademik teşvik başvurusu hakkında verilen karara ilişkin Danıştay kararı tarafımızca tespit edilememiştir. Akademik teşvik konusunda istinaf mahkemesinde görülen emsal idari davalar için bkz. Samsun BİM, 4. İDD, T. 15.12.2020, E. 2020/860, K. 2020/1110; İzmir BİM, 5. İDD, T. 10.12.2020, E. 2020/1093, K. 2020/1367; Samsun BİM, 4. İDD, T. 23.10.2020, E. 2020/23 K. 2020/906 (Lexpera).

⁴⁷ Danıştay, 12. D, T. 23.05.1967, E. 1966/1193, K. 1967/853 (KAYA, s. 44).

⁴⁸ Madde 125/3: “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”

⁴⁹ Madde 2/2: “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar.”

yerindelik alanının sınırını mahkeme belirlemektedir. Bu durum işin doğasından ileri gelmektedir; çünkü yerindelik alanı tanımı kesin olarak yapılabilen sınırları belirlenebilen bir kavram olmadığı gibi idarenin kullandığı takdir yetkisinin genişliği kadar her olayın özelliğine göre de değişebilmektedir⁵⁰. Bu minvalde hâkim, akademik teşvik başvurusu konusunda idareye tanınan takdir yetkisini hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde gerçekleştirecek, yerindelik denetimi boyutuna geçemeyecektir. Bunu yaparken hâkim gereken hallerde bilirkişi incelemesi isteyebilir. Örneğin yapılan bir faaliyetin akademik teşvik kapsamında kalıp kalmadığı konusunda alanında uzman bilirkişiden rapor alınabilir.

Bu konuda hukuki birliğin sağlanması adına diğer üniversitelerde yapılan uygulamaların emsal alınıp alınamayacağı akla gelebilecek bir sorudur. Hâkimin hüküm verirken esas alacağı normlar, pozitif hukuk kapsamındaki normlardır. Üniversitelerin ilgili hükümleri yorumlama/uygulama şekilleri hâkim tarafından kullanılabilir bir hukuk kaynağı değildir. Belirtildiği üzere iptal davalarının nihai amacı, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerinin ortadan kaldırılarak, hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlamaktır. Hâkimin vereceği karar, uygulamada yapılan pek çok hukuka aykırı işlemin düzeltilmesi konusunda emsal olacaktır. Bu nedenle üniversitelerin hükmü uygulama/yorumlama yöntemlerinin hâkim tarafından referans alınmaması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

2. Tam Yargı Davası

Üniversitelerin akademik teşvik başvurularındaki takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılması durumunda, ikinci boyut olarak bu konudaki vermiş olduğu kararların idarenin sorumluluğu bağlamında yargısal denetimi gündeme gelecektir. Bu noktada başvuran, uğradığı zararın tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açabilir. Tam yargı davası 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca doğrudan açılabilir gibi iptal davası ile birlikte açılabilir ya da iptal davasının karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın ya da kanun yollarına başvurulması durumunda verilecek kararın tebliği ya da bir işlemin icrası nedeniyle doğan zararlardan ötürü icra tarihinden itibaren dava süresi içinde açılabilir.

İdarenin sorumluluğu anayasal bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 40/3. maddesinde; "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.*" ifadesi ile devletin sorumluluğu düzenlenmektedir. Anayasa'nın 125/7. maddesi ise doğrudan idarenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre "*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" Anayasa'nın 129/5. maddesine göre de "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*"⁵¹

Bu bağlamda idarenin hukuka aykırı kararlarından dolayı talep ettiği akademik teşvik ödeneğinden mahrum kalan öğretim elemanları⁵² idarenin kusur sorumluluğu kapsamında uğradıkları zararın tazminini, çalıştıkları üniversitenin bulunduğu yer idare mahkemesine başvurarak isteyebilirler. İdarenin bu konudaki sorumluluğu hizmet kusuru çerçevesinde gerçekleşebilir.

⁵⁰ YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Özge Okay: *İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 652-660.

⁵¹ ERKAL, Atilla: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 2, s. 238-239.

⁵² Mahrum kalan akademik teşvik ödeneğinin talebi konusunda bkz. Danıştay 8. D, T. 05.04.2023, E. 2020/3146, K. 2023/1642: "*akademik teşvik ödeneği ve kredi kartı para puanına ilişkin tazminat talebi yönünden ise; davacının görev süresi uzatılmış olsa dahi bu parasal istemleri elde edemeyeceğinin ihtimale dayalı olduğu, dolayısıyla bu istemler bakımından ortada gerçekleşmiş kesin bir zararın varlığından söz edilemeyeceği, tam yargı davalarında ise ancak uğranılan 'gerçek' zararların tazmininin amaçlanmış olması karşısında, davacının muhtemel zarar kapsamında kalan bu istemlerinin yerinde olmadığı sonucuna varıldığından, davacının boşta geçen döneme ait maaş ve banka promosyon ödemesi tutarı olan 82.997,98-TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı idare tarafından davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat isteminin ise reddine; ... Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.*". Akademik teşvik talebi içeren tam yargı davası konusunda bkz. İstanbul BİM, 7. İDD, T. 19.10.2017, E. 2017/952, K. 2017/1885 (Lexpera).

SONUÇ

Akademik teşvik uygulaması esas olarak bilimsel faaliyetlerin artırılması ve bu kapsamda bilimsel gelişmenin sağlanması amacıyla getirilmiş bir uygulamadır. Bu amaca hizmet ederken aynı zamanda öğretim elemanlarına ek ödenek sağlamaktadır. Çalışanların teşvik edilmesi amacıyla onlara bazı ek ödenekler yapılması, amaçlandığı şekilde çalışma hayatında verimi ve faydayı artırmaktadır. Bu bakımdan öğretim elemanlarına ek birtakım ödemelerin yapılması, bilimsel çalışmaların desteklenmesi gerektiği görüşündeyiz. Fakat kuralın konuluş amacının ötesinde yalnızca ek ödeme alabilmek için akademik teşvik hükümlerinin suistimal edilmesine de müsamaha gösterilmemelidir.

Akademik teşvik başvurularında bilimsel faaliyetlerin niteliğinin incelenmesi ATY’de düzenlenmemiş olup, şekli kuralların gerçekleşmesi aranmıştır. Bununla birlikte yalnızca akademik teşvik ödeneği alabilmek için ATY’de belirtilen şekli şartların yerine getirilmesi hâli açık ve bariz ise ilgili başvuru, kurul kararı ile gerekçelendirerek teşvik dışı bırakılabilmelidir. Bu gibi durumlar dürüstlük kuralına uygun olmayıp, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve bunu hukuk düzeni korumaz. Kanuna karşı hile yapılması halinde, akademik teşvik başvurularındaki kamu yararı bireysel yarar çatışması kamu yararı üstün tutularak çözümlenmelidir.

Fakat uygulamada ilgili komisyonlar bu tür başvurularda çekinceli davranabilmektedir. Bu konuda ATY’ye eklenecek bir hüküm ile başvuruların açıkça suistimal edildiği hallerde, şekli şartlar sağlansa bile görevli komisyonlara ret yetkisinin verilmesi, uygulamanın getiriliş amacına hizmet edecektir. Böylelikle görevli komisyonlar, çekinceli davranmaksızın bilimsel etiğe ve teamüle uygun düşmediği açık ve bariz olan yayınları akademik teşvik kapsamındaki faaliyetlerden hariç tutabilirler.

Ayrıca akademik teşvik uygulaması konusunda ülkede birliğin sağlanması amacıyla üniversiteler bakımından farklılaşan konularda ATY’de açık düzenleme yapılmalıdır. Örneğin akademik teşvik kapsamında kabul edilecek uluslararası alan endeksleri ATY’de belirlenmelidir. Bu tür düzenlemeler eşitlik ve hukuki birlik ilkesi gibi ilkelerin gereğidir. Uygulamada ortaya çıkan bu gibi sorunlara ilişkin açık düzenlemenin yapılması, bu konudaki suistimalleri önleyebilir ve akademik teşvik uygulamasını gerçek anlamda bilime hizmet eden bir vasıta haline dönüştürebilir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ATEŞ, Serap: “Akademik Teşvik Sistemini Etkileyen Unsurların İrdelenmesi”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2022, Sayı 130, s. 182-197.
- AVCI, Mustafa / KURT, Sümeyra Sena: “İdarenin Takdir Yetkisinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, (Ed.) KARASU, Rauf / GÜLLER, Abdülsamet / ALPÖZEN, İrem / SARI, Mustafa Fatih: *Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu’na Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 331- 372.
- BAŞ, Erdal: *Buluşun Faydalı Model Belgesi ile Korunması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- BOBAT, Alaeddin / ÇAKILCI, Emin: “Performans Aracı Olarak Akademik Teşvik Yönetmeliği: Sorun İçinde Sorular”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 55, 2017, s. 1931-1952.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3-4, 2003, s. 171-208.
- ERKAL, Atila: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 2, s. 235-271.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GÜL, İbrahim / ARABACI, İmam Bakır: “Öğretim Elemanlarının Akademik Teşvik Ödeneğine İlişkin Görüşleri”, *Electronic Journal of Social Sciences*, 2018, Cilt 17, Sayı 66, s. 675-687.
- GÜR, Necip Taha: *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KARAN, Ulaş: *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KAYA, Cemil: *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KOÇAK, Nazım Taha: “Kamu Görevlilerine Ait Mevzuattan Doğan Uyuşmazlıklarda Özlük Hakkı Talebi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 42, s. 269-292.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Sayıştay”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 2, 1990, s. 47-51.
- ŞAHİN, Fatih / YAVUZ TABAK, Burcu / TABAK, Hasan: “Motivasyon Kuramları Bağlamında Akademik Teşvik Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 403-410.
- TONTA, Yaşar / AKBULUT, Müge: *Performansa Dayalı Akademik Teşvik Sistemleri Üzerine*, 2020 (<https://sarkac.org/2020/09/performansa-dayali-akademik-tesvik-sistemleri-uzerine/>, ET: 01.03.2025).
- ÜLTAY, Eser / ÜLTAY, Neslihan: “Akademik Teşvik Ödeneğinin Bilimsel Faaliyetlere Etkisi Hakkındaki Akademisyen Görüşleri”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 162-171.
- YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 1964, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 201-211.
- YENER, Metin: “Takdim”, (Ed.) AKYEL, Recai: *Kamu Mali Yönetimi Reformunun Dünü Bugünü ve Yarını*, T.C. Sayıştay Başkanlığı, Ankara, 2023, s. 3-4.
- YILDIRIM, Ramazan / AVCI, Mustafa: *Türk İdari Rejimine Giriş*, Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Özge Okay: *İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.



Rus Hukukunda Çocuğun Üstün Yararı Bağlamında Düzenlenen Çocuk Nafakası ve Buna İlişkin Usul ve Esaslar^(*)



Child Support Regulated in the Context of the Best Interests of the Child in Russian Law and Related Procedures and Principles

Salimya GANIYEVA



Doçent Doktor
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Rus Hukuku,
RF Aile Kanunu,
Nafaka,
Çocuğun Üstün Yararı,
Çocuk Nafakası.

Öz

Günümüzde birçok ülkenin hukuk sisteminde belirli bir dereceye kadar yakın akrabalık ilişkisi bulunan aile bireylerinin birbirlerine yardım etmesi yalnızca ahlaki bir sorumluluk olarak değil, aynı zamanda hukuki bir yükümlülük olarak da kabul edilmektedir. “Nafaka yükümlülüğü” olarak adlandırılan bu mükellefiyet, aile hukukunun temel konularından biridir. Konunun önemine binaen nafaka ile ilgili imzalanan ve birçok devletin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler mevcuttur.

Nafaka yükümlülüğü, boşanma veya ayrılık sonrası ya da bazı hallerde aile üyeleri arasındaki maddi destek ile ilgili yükümlülükleri ifade etmekte ve ilgili kurumlarca denetlenmektedir. Hatta birçok ülke hukukunda geçerli sebep olmaksızın nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ceza hukuku bağlamında suç teşkil etmekte ve hapis cezası da dâhil çeşitli yaptırımlara tâbi tutulmaktadır. Bu durum Rus hukuku için de geçerlidir.

Rus hukukunda “nafaka” kavramı ile genellikle çocuk nafakası anlaşılmaktadır. Zira nafaka kurumunun düzenlendiği 1995 tarihli Rusya Federasyonu (RF) Aile Kanunu’nda nafaka türlerinden yoksulluk nafakasına çok sınırlı hallerde yer verilmiş ve bu haller Kanun’da belirtilen süreler ile sınırlandırılmıştır. Diğer nafaka türü olan yardım nafakası, Rus hukukunda ikinci derecede kabul edilip bu nafakanın ödenmesine yine sınırlı hallerde hükmedilmektedir. O yüzden, Rusya Federasyonu’nda “nafaka” kavramı ile daha ziyade *çocuğun üstün yararı* bağlamında düzenlenen çocuk nafakası özdeşleşmektedir. Buna rağmen Rus hukukunda, çocuk nafakasına ilişkin esaslı ve usuli konularda, kanaatimizce, gözden geçirilmesi gereken bazı hususlar bulunmakta ve bunlara dikkat çekmek çalışmamızın amacını teşkil etmektedir.

Keywords

Russian Law,
RF Family Code,
Alimony,
Best Interests of the
Child,
Child Support.

Abstract

In the legal systems of many countries today, providing assistance among family members who share a certain degree of kinship is recognized not only as a moral responsibility but also as a legal obligation. This obligation, referred to as a “alimony obligation”, constitutes one of the fundamental issues in family law. Due to the importance of the subject, there are international conventions on alimony to which many states are parties.

Alimony obligation refers to the obligations related to financial support after divorce or separation or in some cases between family members and is supervised by the relevant institutions. In many countries, failure to fulfil the alimony obligation without a valid reason constitutes a criminal offence under criminal law and is subject to various sanctions, including imprisonment. This situation also applies to Russian law.

In Russian law, the term “alimony” generally means child support. In the Family Code of the Russian Federation (RF) dated 1995, which regulates the alimony institution, poverty alimony,

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 25.04.2025, Kabul Tarihi: 11.07.2025.



one of the types of alimony, is provided in very limited cases and these cases are limited to the periods specified in the Code. The other type of alimony, alimony for support, is considered to be secondary in Russian law, and the payment of this alimony is also ruled in limited cases. Therefore, in the Russian Federation, the concept of “alimony” is identified with child alimony, which is regulated in the context of the best interests of the child. Nevertheless, in our opinion, there are some fundamental and procedural issues regarding child alimony in Russian law that need to be reviewed and it is the purpose of this study to draw attention to them.

GİRİŞ

Nafaka, Arapça kökenli “infak” kelimesinden gelip “geçindirme”, “hayatı idame ettirme”, “yardımcı olma” gibi anlamlar taşımaktadır¹. Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde de nafaka, “geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü, birinin geçindirmekle yükümlü bulunduğu kimselere mahkeme kararıyla bağlanan aylık”² olarak tanımlanmıştır.

Aile hukukunun önemli konuları arasında yer alan nafaka³, çok eski tarihlerde dahi kabul edilen önemli bir kurumdur. Öyle ki, bu kuruma Eski Roma hukukunda yer verildiği gibi⁴ İslam hukuku⁵, Osmanlı hukuku⁶, Devrim öncesi Eski Rus hukuku⁷ ve tarihi süreçte diğer hukuk sistemlerinde de yer verilmiştir⁸.

Nafaka kurumu günümüzde de önemini korumaktadır. Nafaka ile ilgili çok taraflı milletlerarası⁹ sözleşmelerin¹⁰ imzalanmış olması bu kurumun öneminin idrak edilmesi için yeterlidir. Bu sözleşmelerin bir kısmı uygulanacak hukuk ve nafaka kararlarının tanıma ve tenfizini düzenlerken diğer bir kısmı da nafakanın tahsili ile ilgilidir. Yine bu sözleşmelerden bazıları çalışma konumuz olan çocuk nafakasına ilişkindir. Fakat ilginçtir ki Rusya Federasyonu, çocuk nafakası da dâhil nafaka ile ilgili sözleşmelere taraf değildir ve bu durum Rus doktrininde de eleştirilmektedir¹¹.

Çocuk nafakası, uluslararası ve ulusal mevzuatlarda genel olarak *çocuğun üstün yararı*¹² bağlamında düzenlenmektedir. Nitekim Rus hukukunda da durum böyledir. Bu nedenle çalışmamızda, ço-

¹ RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: *Nafaka Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 21. “Nafaka” kavramının Latincesi olan “*alimentum*” kavramı da benzer anlamlar taşımaktadır; bkz. DEMİCHEV, Aleksey (Демичев, Алексей): *Семейное Право (Aile Hukuku)*, Москва ИД “Форум” ИНФРА-М, Moskova, 2011, s. 153; NESTEROVA, Darya (Нестерова, Дарья): “Алиментные Обязательства в Российской Федерации и Зарубежных Странах (Rusya Federasyonu ve Yabancı Ülkelerde Nafaka Yükümlülüğü)”, *Вопросы Российской Юстиции (Voprosy Rossiyskoy Yustitsii) Dergisi*, 2022, Sayı 18, s. 237.

² Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 03.01.2025).

³ AKINCI, Ziya / DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 79.

⁴ Ayrıntılı olarak bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 163 vd.; İPEK, Nurcan: “Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 279 vd.; BAYRAM DUMLUDAĞ, M. Sinem: *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakanın Tahsili*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2024, s. 4.

⁵ Ayrıntılı olarak bkz. ÇETİNTAŞ, Recep: “İslam Hukukunda Evlenmeden Doğan Haklar Bakımından Nafaka”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 12, Sayı 24, s. 187 vd.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, M. Akif: *Osmanlı Aile Hukuku*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, s. 24 vd.; AKKAYA, Mustafa: “Osmanlı’da 16. ve 17. Yüzyıllar Arasında Nafaka Uygulamaları ile Satın Alma Gücü Arasındaki İlişki”, *History Studies Dergisi*, 2018, Cilt 10, Sayı 7, s. 297 vd.; BAYRAM DUMLUDAĞ, s. 5-6.

⁷ Ayrıntılı olarak bkz. TİMOFEEVA, Tatyana / ALEKSANDROVA, Nadejda (Тимофеева, Татьяна / Александрова, Надежда): “Алиментные Обязательства: От Древности до наших Дней (Nafaka Yükümlülüğü: Antik Çağlardan Günümüze)”, *Oeconomia et Jus Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 46 vd.

⁸ BAYRAM DUMLUDAĞ, s. 6-12.

⁹ Çalışmamızda, “milletlerarası” ve “uluslararası” eş anlamlılar olarak kullanılmıştır.

¹⁰ Sözleşmelerle ilgili aşağıda açıklama yapılacaktır.

¹¹ KONTSEVOY, Gennadiy (Концевой, Геннадий): “Коллизионное Регулирование Алиментных Обязательств в Международных Соглашениях (Milletlerarası Sözleşmelerde Nafaka Yükümlülüğünün Düzenlenmesi)”, *Вестник ПАГС (Vestnik PAGS) Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 47, s. 42 (Milletlerarası Sözleşmeler); MARKOVA, Olesya (Маркова, Олеся): “Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)”, *Международное Публичное и Частное Право (Mejdunarodnoe Publichnoe i Chastnoe Pravo) Dergisi*, 2011, Sayı 3, s. 29.

¹² Çocuğun üstün yararı ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. TUNA, Ekin: *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 42 vd.

cuk nafakası konusu Rus hukuku çerçevesinde ve çocuğun üstün yararı ilkesi ışığında değerlendirilecek ve buna ilişkin usul ve esaslar açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılması için öncelikle genel olarak nafaka kurumu ele alınacak ve akabinde çocuk nafakasına yer verilecektir. Ayrıca, konu bağlamında uluslararası belgelere de genel hatları ile değinilecektir.

I. GENEL OLARAK NAFKA VE ÇOCUK NAFKASI

A. Genel Olarak Nafaka

Nafaka, aile hukukundan doğan ve aile bireylerinin yasalara göre birbirlerine karşı bakım ve yardım yükümlülüğünü ifade eden bir kurumdur¹³. Nafakanın temelini, soyla dayanışma ve yardımlaşma ilkesi oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, nafaka, kanunun öngördüğü şartlarda ve yükümlü kıldığı kimseler tarafından ihtiyaç içinde bulunan kişiye yapılan bir tür yardımdır¹⁴. Nafakayı, muhtaç durumda bulunan karı-kocanın birbirlerine, ana-babanın çocuklarına, altsoyun üstsoya, üstsoyun altsoya, kardeşin kardeşlerine yardım yükümlülüğü şeklinde tarif etmek mümkündür¹⁵. Bir başka tanıma göre de nafaka, ihtiyaç içinde bulunan kimseye “yasalarca belirlenen şartlar gerçekleştiğinde kanunda belirtilen yükümlüler tarafından verilmesi gerekli yardımdır”¹⁶. Kamu düzeninden kabul edilen nafaka yükümlülüğü¹⁷ yasalarda öngörülen hallerde cezai yaptırıma dahi tâbi kılınmaktadır¹⁸.

Serozan’a göre nafaka, bir tür sosyal sigorta olarak maddi ihtiyaçların karşılanmasına hizmet etmekte¹⁹ ve kendi başına geçinemeyen ihtiyaç sahibi kişiye nafaka ödemesi yapacak kişinin imkânları dâhilinde yardım etmesi sağlanmaktadır. Ancak Yargıtay kararlarında²⁰ da belirtildiği üzere, nafakaya karar verilirken nafaka alacaklısının zenginleşmesi amaçlanmamaktadır.

Nafaka, bakım ve yardım nafakası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan yardım nafakası, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek üstsoy ve altsoy ile kardeşlere ödenmektedir²¹. Bakım nafakası ise evlilik birliğinin bir gereği olarak eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı bakma yükümlülüğünden kaynaklanan nafaka türüdür²². Bakım nafakası kendi içinde tedbir, yoksulluk ve iştirak (çocuk nafakası) nafakası olarak üçe ayrılmaktadır²³. Çalışma konumuz hususi olarak çocuk nafakası ile ilgili olduğu için aşağıda buna ilişkin açıklama yapılacaktır.

¹³ TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 212; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 327; DEMİCHEV, s. 153; LEONCHIKOVA, Marina (Леончикова, Марина): “Взыскание Алиментов на Несовершеннолетних Детей: Проблемы Теории и Практики (Çocuk Nafakasının Tahsili: Teori ve Uygulamadaki Sorunlar)”, *Вестник Магистратуры (Vestnik Magistratury) Dergisi*, 2014, Cilt 6, Sayı 33, s. 101.

¹⁴ RUHİ / RUHİ, s. 21; YAZICI, Burçin: *İcra ve İflâs Hukukunda Nafaka Alacağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 26.

¹⁵ HAMZAÇEBİ, Mehmet: “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılk Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 23.

¹⁶ ERSÖZ, Oğuz: “Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 465.

¹⁷ DOĞAN, İzzet: “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, Cilt 35, Sayı 1, s. 68; DEMİCHEV, s. 153.

¹⁸ ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 340.

¹⁹ SEROZAN, Rona: *Çocuk Hukuku*, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 248.

²⁰ Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 15.03.2013, E. 2012/15803, K. 2013/7026; Yargıtay, HGK, T. 14.03.1984, E. 1983/2-814, K. 1984/242; Yargıtay, HGK, T. 12.11.2019, E. 2017/965, K. 2019/1158; Yargıtay, HGK, T. 14.11.2019, E. 2017/1009, K. 2019/1179 (Legalbank) vb.

²¹ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 340.

²² ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 580; McCOY, Jennifer L.: “Spousal Support Disorder: An Overview of Problems in Current Alimony Law”, *Florida State University Law Review*, 2005, Cilt 33, Sayı 2, s. 503 vd.; DEMİCHEV, s. 153-156; NURİYEVA, Elena (Нуриева, Елена): “Регулирование Алиментных Обязательств в Российской Федерации и Иных Правовых Порядках Иностранных Государств (Rusya Federasyonu ve Diğer Bazı Yabancı Hukuk Sistemlerinde Nafaka Yükümlülüğünün Düzenlenmesi)”, *Международный Научный Журнал “Вестник Науки” (Medunarodnyy Nauchnyy Jurnal Vestnik Nauki) Dergisi*, 2024, Cilt 3, Sayı 70, s. 336.

²³ DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / AYHAN İZMİRLİ, Lale: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 365.

B. Çocuk Nafakası

Evlilik birliği devam ederken eşler velayet hakkını birlikte kullanırlar. Yani eşler, çocuklarının bakım ve terbiyesine birlikte özen göstermek ve çaba harcamakla yükümlü olmaktadır. Fakat eşlerin boşanması halinde bakım yetkisi velayet sahibi eşe bırakılmakla birlikte, velayet hakkı kendisinde olmayan eş ise çocuğun bakımı ile ilgili gerekli masraflara iştirak ederek çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmektedir²⁴. Dolayısıyla çocuk nafakası, velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan eş tarafından ortak çocuğun veya birlikte evlat edinilen çocuğun yetiştirilmesi, barınma, beslenme, sağlık, bakım ve eğitim giderlerinin karşılanabilmesi için eşin sosyal ve ekonomik gücü oranında velayetin kullanılması kendisine verilen eşe ödenen nafakadır. Bu bağlamda, çocuklara boşanma kararının kesinleşme tarihine kadar ödenen nafaka tedbir, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ödenen nafaka ise çocuk nafakasıdır²⁵.

Çocuk nafakası, çocuk veya evlatlığa dair bir hak olarak velayeti kendisinde olan eş tarafından ya da çocuk vesayet altında ise vasi tarafından kullanılmaktadır. Ancak çocuk, ana ve babadan alınıp vasiye tevdi olunmuş ise eşlerin her ikisi de iştirak nafakası ödemekle yükümlüdür²⁶.

Belirtilmelidir ki, çocuğun velayeti ile ilgili karar verileceği zaman ana ve babanın boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları ve sosyal konumları gibi durumları *çocuğun üstün yararını* etkilemediği ölçüde göz önünde tutulmaktadır²⁷. Böylece, çocuğun velayeti ve dolayısıyla çocuk nafakası hususunda *çocuğun üstün yararı* önem arz etmektedir. O halde aşağıda *çocuğun üstün yararı* ilkesine yer verilmesi yerinde olacaktır.

C. Çocuğun Üstün Yararı

Çocuğun yararına ilişkin hukuk literatüründe nitelik açısından “en iyi yarar”, “yüksek yarar” ve “üstün yarar” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ancak her üç ifadeye de yer verilmekle birlikte, milletlerarası hukuk metinlerinde daha ziyade “yüksek yarar” ifadesinin tercih edildiği gözlenmektedir²⁸. Nitekim 1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin²⁹ 3/1 maddesi³⁰ uyarınca, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde *çocuğun yüksek yararı* temel düşünce olarak dikkate alınmaktadır³¹.

Sözleşme’de “çocuğun yararı” kavramının tanımlanmamış olması bazı yazarlara göre tesadüfi değildir. Zira “çocuğun yararı” kavramının standart bir kalıba sokulması yerine, her olaya göre somutlaştırılması daha uygun düşebilmektedir³². Tuna’nın da belirttiği gibi, çocuğun yararının tespitinde birçok

²⁴ ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1-2, s. 2570; ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal: *Çocuk Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 104.

²⁵ RUHİ / RUHİ, s. 73-74; DOĞAN, s. 68.

²⁶ VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: *Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku Güz 1 Evlilik*, 2. Baskı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1949, s. 243.

²⁷ RUHİ / RUHİ, s. 66.

²⁸ TUNA, s. 42. Çalışmamızda, “çocuğun üstün yararı” tercih edilmiştir.

²⁹ 27.01.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmî Gazete. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> (ET: 11.01.2025).

³⁰ Article 3/1: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”. Sözleşmedeki “çocuğun yüksek yararı” kavramının hem çeviriden kaynaklı hem de kavram ile ilgili farklı yorumları için ayrıntılı olarak bkz. TUNA, s. 42-51. “Çocuğun yararı” kavramına 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin giriş kısmında da yer verilmiştir: “Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody...”; 11.11.1999 tarihli ve 23873 sayılı Resmî Gazete.

³¹ Eekelaar’a göre, Sözleşme’nin madde 3/1 hükmünün milli hukuk sistemlerinde de düzenlenmesi isabetli olabilirdi. Özellikle çocuğun yararı bağlamında kararların verilmesi durumunda bu ilkenin gözetilmesi önem arz etmektedir; EEKELAAR, John: “Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children”, *The International Journal of Children’s Rights*, 2015, Cilt 3, s. 1.

³² KUZNETSOVA, Olga (Кузнецова, Ольга): “Интересы Ребенка Как Один из Механизмов Эффективной Защиты Прав и Законных Интересов Ребенка (Çocuğun Hakları ve Yasal Çıkarılarının Etkin Korunması Mekanizmalarından Biri Olarak Çocuğun Yararı)”, *Вестник Экономики, Управления и Права (Vestnik Ekonomiki, Upravleniya i Prava) Dergisi*, 2024, Cilt 17, Sayı 3, s. 53-54. Çocuğun yararı ile ilgili benzer tutum Devrim öncesi XIX. asırda Rus İmparatorluğu kanunlarında da mevcut idi. [(Свод Законов Российской Империи (Rus İmparator-

değişken faktör bulunduğundan genel bir tanımın yapılması uygun gözükmemektedir. Yazara göre, konu ile ilgili öğretide tanımdan daha ziyade kavramın yalnızca tarif edilebileceğinden söz edilmektedir³³.

Rus hukukunda da “çocuğun yararı” ya da “çocuğun üstün yararı” tanımlanmamış olsa da³⁴, bu ilke çocuklar ile ilgili konularda başta Rusya Federasyonu Aile Kanunu (RF Aile Kanunu)³⁵ olmak üzere diğer bazı kanunlarda³⁶ da yer almaktadır³⁷. Ancak Rus doktrininde bu kavramlar bazı yazarlarca açıklanmaya çalışılmıştır. *Bespalov*’a göre çocuğun yararı, çocuğun bakımı ve güvenli gelişimi için gerekli koşulların sağlanmasını ifade etmektedir³⁸. *Nechayeva* ise çocuğun güvenli gelişiminden hareketle ve bu temelde *çocuğun yararı* kavramına dikkat çekmektedir. Yazara göre, çocuğun fiziksel, ruhsal ve ahlaki gelişimi çocuğun yararının belirlenmesinde ilk adımı oluşturmaktadır³⁹. Başka bir yazar ise “çocuğun yararı” kavramını, çocuğun ihtiyaç duyduğu ve yasal düzeyde korunan maddi ve manevi menfaatleri açısından ele alıp bu kavramı çocuğun ebeveynleri, yasal temsilcileri ve devletin ilgili kurumlarının önemli rolü ile ilişkilendirmektedir⁴⁰. Çocuğun yararı ve çocuğun üstün yararı Rus doktrininde başka yazarlar⁴¹ tarafından da açıklanmaya çalışılmış ve fakat bu hususta görüş birliği sağlanamamıştır. *Kravchuk*’a göre, bu durumun sebebi ise uluslararası metinler ve ulusal mevzuatta çocuğun yararı kavramının tanımlanmamış olmasıdır. Ancak bu kavramın içeriğinin doldurulması, yazara göre, önem arz etmektedir. Çünkü çocuk hakları ile ilgili konularda çocuğun yararı ilkesinin amacı, çocuğun fiziksel, psikolojik, ahlaki ve manevi bütünlüğü ve dokunulmazlığını korumak ve insanlık onurunun tesisine katkı sağlamaktır. Bu sebeptendir ki, çocuğun yararı ilkesi uygulamada özellikle çocuğun velayeti ve ebeveynlerden alınması gibi konularda titizlikle nazara alınmaktadır⁴².

luğ Kanunlar Derlemesi), т. X, ч. I]]; KRAVCHUK, Natalya (Кравчук, Наталья): “Наилучшие Интересы Ребенка: Содержание Понятия и Его Место в Семейном Законодательстве России (Çocuğun Yüksek Yararı: Kavramın İçeriği ve Rusya Aile Mevzuatındaki Yeri)”, *Актуальные Проблемы Российского Права (Aktualnye Problemy Rossiyskogo Prava) Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 78, s. 100.

³³ TUNA, s. 35.

³⁴ Rusya Federasyonu’nda Ocak 2024’te bir grup *deputat* (Rusya Federasyonu’nda milletvekili) “çocuğun yararı” ve “çocuğun üstün yararı” kavramlarının yasal düzeyde düzenlenmesi ile ilgili *GosDuma*’ya (Государственная Дума, Devlet Duması, Rusya Federasyonu’nun parlamentosu olan Federal Meclis’in bir kanadıdır ve 450 milletvekilinden oluşmaktadır. Devlet Duması milletvekilleri yasama inisiyatifi hakkına sahiptir.) kanun teklifinde bulunmuştur. Henüz kabul edilmemiş bu teklife göre, RF Aile Kanunu’nun 57. maddesinde değişiklik yapılarak “çocuğun yararı” ve “çocuğun üstün yararı” kavramlarının yasal düzeyde tanımlanması öngörülmektedir. Buna göre çocuğun yararı, Rus halkının geleneksel manevi ve ahlaki değerlerine uygun olarak çocuğun yaşamı ve güvenli gelişimi için gerekli koşulların sağlanmasını ifade ederken, çocuğun üstün yararı ise çocuğun yaşamı ve sağlığının korunması ile çocuk-ebeveyn ilişkisinin korunmasının kabul edilmesini kapsamaktadır. Ayrıca, çocuğun “en önemli yararları” arasında da güçlü bir aile ve anne-baba evliliğinin korunması, çocuk açısından ebeveyn otoritesinin oluşması ve korunması, rehberliği ve çocuk üzerinde kontrolü gibi diğer hususlar da yer almaktadır. Bkz. <https://tass.ru/obschestvo/19786713> (ET: 10.01.2025). *Kravchuk*’a göre, Rus Aile hukukuna çocuğun üstün yararı ile ilgili hüküm dâhil edilmesi, aslında çocuk ile ilgili konularda ve özellikle çocukların ebeveynlerden (evlat edinenler de dâhil) alınması gibi durumlarda daha isabetli kararların verilmesini sağlayabilecektir. Bkz. KRAVCHUK, s. 101.

³⁵ Семейный Кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ, Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 17, 27.01.1996. Bkz. RF Aile Kanunu madde 1, 23, 24 vd.

³⁶ Bkz. RF Medeni Usul Kanunu (Гражданский Процессуальный Кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 г, N 138-ФЗ; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 220, 20.11.2002), madde 10, 37 vd.

³⁷ Türk hukuku ile kıyaslayacak olursak, “çocuğun yararı” veya “çocuğun üstün yararı” gibi kavramlara mevzuatta yer verilmemiş olmakla birlikte, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete) çocuklarla ilgili konularda ve özellikle çocuğun korunması veya velayeti bağlamında “çocuğun menfaati” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN, Duygu: “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Hükümlerinin Uygulamaya Yansımaları”, *TBB Dergisi*, 2025, Sayı 177, s. 130 vd.

³⁸ BESPALOV, Yuriy (Беспалов, Юрий): *Судебная Защита Семейных Прав Ребенка (Çocuğun Aile Haklarının Adli Olarak Korunması)*, СПАРК, Moskova, 1997, s. 52.

³⁹ NECHAYEVA, Aleksandra (Нечаева, Александра): “Защита Интересов Ребенка в Многодетной Семье (Çok Çocuklu Bir Ailede Çocuğun Yararının Korunması)”, *Законы России (Zakoni Rossii) Dergisi*, 2012, Sayı 6, s. 62. Aynı yönde bkz. ÖZDEMİR / RUHİ, s. 5.

⁴⁰ MİROLYUBOVA, Olga (Миролюбова, Ольга): “О Семейно-Правовом Понятии Интересы Ребенка (Aile Hukukunda Çocuğun Yararı Kavramı Üzerine)”, *Вестник ЯрГУ (Vestnik YarGu) Dergisi*, 2012, Cilt 4, Sayı 1, s. 57.

⁴¹ Bkz. POZDNYAKOVA, İrina (Позднякова, Ирина): “Понятие Наилучших Интересов Ребенка в Российском Праве (Rus Hukukunda Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı)”, *Сборник Материалов II Всероссийской Научно-Практической Конференции*, Ekaterinburg, 2022, s. 61-63; ALASHEEVA, Ameliya (Алашеева, Амелия): “Интересы Ребенка Как Правовая Категория (Hukuki Bir Kavram Olarak Çocuğun Yararı)”, *Электронный Научный Журнал “Наука. Общество. Государство” (Elektronnyi Nauchnyi Jurnal “Nauka. Obshchestvo. Gosudarstvo”) Dergisi*, 2020, Cilt 3, Sayı 31, s. 153 vd.; SOLOGUB, Albina (Сологуб, Альбина): “Категория ‘Законный Интерес’ Как Элемент Правового Статуса Ребенка (Çocuğun Hukuki Statüsü Bağlamında ‘Yasal Menfaat’ Unsuru)”, *Вопросы Современной Юриспруденции: сб. ст. по Материалам XXIX Международной Научно-Практической Конференции*, Новосибирск, СибАК, 2013 (kategoriya-zakonny-interes-kak-element-pravovogo-statusa-rebyonka (1).pdf, ET: 12.01.2025).

⁴² KRAVCHUK, s. 99.

Çocuğun yararı ve çocuğun üstün yararının mevzuatta tanımlanması ilk bakışta olumlu olarak gözüktükse de bizim de katıldığımız görüşe göre, çocuk yararının içeriği ve sınırları her somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilebilmelidir. Zira dar ve kesin bir şekilde çerçevelenmiş “çocuk yararı” unsurunun her somut olaya göre aynı şekilde uyarlanması uygulamada adaletsiz bir sonuca götürebilmektedir⁴³. Kaldı ki bu kavram, her somut olay açısından değişken niteliklere sahip olup yararın belirlenmesinde farklı etmenlerin dikkate alınmasını gerektirebilmektedir (örneğin, çocuğun yaşı, idrak kabiliyeti, olgunluğu, bulunduğu sosyal ortam vb.)⁴⁴. Buna karşın, çocuğun yararı veya çocuğun üstün yararının katı sınırlarla çerçevelenmemiş olması, çocuklarla ilgili her somut olayda uygulayıcıya takdir hakkı tanıyıp daha adil ve objektif kararların alınmasını sağlayabilecektir⁴⁵.

Çocuğun yararı ve çocuğun üstün yararı, çocuk hakları bağlamında diğer hukuk sistemleri ve yabancı doktrinlerde de irdelenen önemli bir konudur. Bunun sonucunda farklı yaklaşımlardan⁴⁶ söz edilse de, genel olarak çocuklarla ilgili konularda *çocuğun üstün yararı* ilkesinin göz önünde bulundurulduğunu⁴⁷ söylemek mümkün olabilmektedir.

⁴³ SEROZAN, s. 65.

⁴⁴ TUNA, s. 34.

⁴⁵ DORİNA Viktoria (Дорина, Виктория): “Понятие «Наилучший Интерес Ребенка» в Международном Праве (Uluslararası Hukukta ‘Çocuğun Üstün Yararı’ Kavramı)”, *Вестник Полоцкого Государственного Университета (Vestnik Polotskogo Gosudarstvennogo Universiteta) Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 117.

⁴⁶ Konu ile ilgili Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avustralya’daki durum için bkz. NAGORNAYA, İrina (Нагорная, Ирина): “Понятие ‘Наилучшие Интересы Ребенка’ в Доктрине и Судебной Практике США и Австралии (ABD ve Avustralya Doktrini ve Adli Uygulamalarında ‘Çocuğun Yüksek Yararı’ Kavramı)”, *Глава Книги, Современное Семейное Право*, Moskova, 2015, s. 122 vd. Yazarın da dikkat çektiği üzere, ABD adli uygulamasında genel olarak çocuğun anne ile kalmasının çocuğun yararına olduğu kabul edilirken, Avustralya’da ise çocuğun her iki ebeveynle eşit olarak kalmasının çocuğun yararına olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz. NAGORNAYA, s. 123 vd. Hatta ABD’de, 1990’lı yıllardan bu yana baba hakları hareketi yoğunlaşıp destekçileri ABD’nin artık “babasız bir Amerika” (*fatherless America*) olduğunu savunmaktadır. Bkz. GRESK, Elizabeth: “Opposing Viewpoints: Best Interests of the Child vs. the Fathers’ Rights Movement”, *Children’s Legal Rights Journal*, 2013, Cilt 33, Sayı 2, s. 392. Hırvatistan doktrininde ise çocuğun üstün yararının belirlenmesinin karmaşık ve hassas bir konu olduğu belirtilmekte ve bu sebeple Hırvatistan kanun koyucunun çocuğun üstün yararı yerine Hırvatistan Aile Kanunu’nun (*The Family Act of Croatia*) 2. maddesinde “çocuğun refahı” (*child welfare*) kavramını tercih ettiği ifade edilmektedir. Zira “refah”, daha evrensel ve uygun bir kavram olup çocuğun en iyi durumunu yansıtmaktadır. Portekiz’de, hukuki bir tanımlı olmadığı gerekçesiyle çocuklarla ilgili konularda çocuğun üstün yararının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir; STAROVOYTOVA, Kristina (Старовойтова, Кристина): “Принцип Наилучшего Обеспечения Интересов Ребенка и Границы Его Признания Зарубежными Государствами (Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi ve Bu İlkenin Yabancı Devletler Tarafından Tanınmasının Sınırları)”, *Гуманитарные, Социально-Экономические и Общественные Науки Dergisi*, 2017, Sayı 8-9, s. 7-8. Bazı yazarlar ise “çocuğun üstün yararı” kavramının belirli sınırlarla çerçevelenmemesi gerektiğine dikkat çekip, bu kavramın yorumu açık olmasını savunmaktadır. Llorens’e göre, beş farklı çocuk ile ilgili karar verilirken, çocuğun üstün yararı bağlamında beş farklı karar verilmelidir. Zira aynı koşullar altında aynı şekilde davranacak iki çocuk bile yoktur. Fakat tek bir çocuğun üstün yararının belirlenmesinde beş yetişkin kişinin tek bir karar vermesi gerekmektedir; LLORENS, J. Cardona: “Presentation of General Comment No. 14: Strengths and Limitations, Points of Consensus and Dissent Emerging in Its Drafting”, (Ed.) SORMUNEN, Milka: *The Best Interests of the Child - a Dialogue between Theory and Practice*, Council of Europe, 2016, s. 12.

⁴⁷ Bazı ülke hukuklarında *çocuğun üstün yararı* anayasal düzeyde düzenlenmişken, bazı ülkelerde ise çeşitli kanunlarda (Medeni Kanun, Aile Kanunu vb.) düzenlenmiştir. Örneğin 1999 tarihli Venezuela Anayasası’nın (*Venezuela (Bolivarian Republic of)’s Constitution of 1999*) 78. maddesinde, çocukların korunması bakımından devlet gibi, aileler ve toplum tarafından da çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği hüküm altına almıştır; bkz. <https://antislaverylaw.ac.uk/wp-content/uploads/2019/08/Venezuela-Constitution.pdf> (ET: 11.06.2025). 2006 tarihli Sırbistan Anayasası (*Serbia’s Constitution of 2006*) madde 65’de ise çocuğun üstün yararı ebeveynlik hakları çerçevesinde düzenlenmiş ve ebeveynlik haklarının ancak yasalara uygun ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda alınabileceği belirtilmiştir; bkz. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/srb129685.pdf> (ET: 11.06.2025). Buna karşın 2002 tarihli Alman Medeni Kanunu’nda, özellikle çocuğun velayeti ve ortak velayetin kaldırılması hususunda çocuğun üstün yararı gözetilmektedir; *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §1671: (1)2* “zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht” (Ortak velayetin kaldırılması ve başvuruda bulunana verilmesi çocuğun üstün yararına uygun olmalıdır). BGB’nin Almanca metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1671.html (ET: 10.06.2025). Belarus (Beyaz Rusya) hukukunda ise çocuğun üstün yararı 1993 tarihli Çocuk Hakları Kanunu (*Закон Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. № 2570-XII “О Правах Ребенка”*) madde 1 ile güvence altına alınmıştır. Romanya hukukunda da çocuğun üstün yararına önem verilip, çocuklarla ilgili tüm konularda çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğinde vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, Romanya 272/2004 sayılı Çocuk Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Kanunu’nun (272/2004 on the Protection and Promotion of the Rights of the Child) 2. maddesinde çocuğun üstün yararının belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar açıklanmıştır; bkz. <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2004/en/147428> (ET: 12.06.2025). Yine İsveç hukukunda da, çocuklarla ilgili konularda çocuğun üstün yararının gözetildiği görülmektedir. Örneğin, 2001 tarihli İsveç Sosyal Güvenlik Kanunu’nun [Social Services Act (2001:453)] madde 2 ve ilgili diğer maddelerinde çocukların yüksek yararı ön planda tutulmuştur; bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/2025-06/Sweden%205d.pdf> (ET: 12.06.2025). Çocuğun üstün yararının yasal düzeyde düzenlenmesi yukarıdaki ülke hukukları ile sınırlı değildir. Bunların dışında daha pek çok ülke mevzuatında çocuğun yararı ya da çocuğun üstün yararının kaleme alındığı gözlenmektedir. Örneğin, Gürcistan, Türkmenistan, Kazakistan ve Azerbaycan hukuklarında konu ile ilgili açıklamalar için bkz. DORİNA, s. 117.

Doktrindeki görüşlerin yanı sıra *çocuğun üstün yararı* ilkesine yargı kararlarında da yer verilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay'ın 2019 tarihli kararı⁴⁸ anılmaya değerdir. Karara göre, çocuğun üstün yararı söz konusu olduğunda, "... çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise çocuk için karar veren makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır". Çocuğun üstün yararı ile ilgili benzer hususlara Rusya Federasyonu (RF) Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun (GK) 1998 tarihli kararında⁴⁹ da yer verilip, ayrıca çocukların velayeti, yetiştirilmesi ve çocuklar ile ilgili diğer konularda da mahkemelerce dikkate alınması gerekenlerin altı çizilmiştir. Buna göre kararda, çocukları ilgilendiren tüm konularda çocuğun yaşı; ebeveynleri gibi kardeşleri ve diğer aile üyeleri ile olan bağlılığı; ebeveynlerin ahlaki ve kişisel nitelikleri; çocuğun her bir ebeveynle ilişkisi ve yine çocuğun gelişimi ve yetiştirilmesi bağlamında her somut olaya göre diğer önemli faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁵⁰. RF Yüksek Mahkemesi'nin 2024 tarihli içtihadı birleştirme kararında⁵¹ da alt mahkemelerin, çocuklar ile ilgili konularda çocuğun üstün yararının etraflıca değerlendirilmesine dikkat çekilip, bu hususta 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin madde 3/1'in göz önünde bulundurulması gerektiğinin altı çizilmiştir. Kararda ayrıca Sözleşme'nin 12. maddesine uygun olarak çocukların, kendilerini ilgilendiren tüm konular hakkında görüşlerini özgürce ifade etmelerine ve bunların yaşı ve olgunluğuna bağlı olarak görüşlerine özen gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵².

D. Milletlerarası Nafaka Hukukunda Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi

Bu bölümde, nafakaya ilişkin milletlerarası sözleşmelere genel hatları ile değinilecek ve bu belgelerde çocuğun üstün yararının gözetildiğine dikkat çekilecektir. Bu bağlamda aşağıda nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ve nafakanın tahsiline ilişkin milletlerarası sözleşmelere yer verilecektir. Rusya Federasyonu, bu belgeleri imzalamamış olsa da çocuk nafakası konusunun milletlerarası sözleşmelerde düzenlenmesi konumuz açısından önem arz etmektedir.

1. Nafakaya Uygulanacak Hukuka İlişkin Milletlerarası Sözleşmelerde Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi

a. 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi

*Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme*⁵³, 24 Ekim 1956 tarihinde La Haye'de imzalanmıştır. Nafaka alanında imzalanmış ilk kapsamlı sözleşme olan 1956 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin sadece çocuk nafakasına yönelik olması konumuz açısından önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 1. maddesine göre "çocuk" şu şekilde tanımlanmıştır: "*nesebi sahih, nesebi gayrisahih veya evlat edinilmiş evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocuklar*". Sözleşme kapsamında, çocuğun soybağının düzgün veya düzgün olmaması ya da evlat edinilmiş olması ayrımı yapılmaksızın çocuk nafakasına uygulanacak hukukun düzenlenmesi, çocuğun üstün yararının gözetildiğini göstermektedir.

⁴⁸ Yargıtay, 2. HD, T. 25.09.2019, E. 2019/5345, K. 2019/9150 (Lexpera).

⁴⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 г. № 10 (п. 5); Бюллетень Верховного Суда РФ, N 7, 1998.

⁵⁰ Bkz. dn. 49'daki RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu kararı (par. 5).

⁵¹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2024) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 29 мая 2024 г. (п. 7) (Гарант)).

⁵² Bkz. dn. 51'deki karar.

⁵³ 17.09.1971 tarihli ve 13959 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 1956 tarihli La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37> (ET: 15.01.2025).

Adından da anlaşıldığı üzere, Sözleşme sadece küçüklerin *üstsoylarına* karşı ileri sürdükleri nafaka talepleri hakkında uygulanmaktadır (m. 5/1). Başka bir anlatımla, 1956 tarihli La Haye Sözleşmesi, sadece ana-baba, büyükanne-büyükbaba gibi düz çizgi hısımlarına karşı ileri sürülen nafaka taleplerini kapsamakta ve civar hısımları arasındaki nafaka taleplerine uygulanmamaktadır (m. 5).

Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için aranan diğer şartlar şunlardır:

- Nafaka alacaklısı küçüğün *mutad meskeninin* bulunduğu ülke 1956 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmalıdır (m. 6). Böylece, Sözleşme ile ilk kez hukuk literatürüne “mutad mesken” kavramı da girmiş bulunmaktadır.
- Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu akit devlet, 1973 tarihli *Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi*’ne⁵⁴ taraf olmamalıdır⁵⁵.

1956 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında uygulanacak hukuka gelince Sözleşme’de, küçüklerin üstsoylarından talep edecekleri nafakaya uygulanacak hukuk ile ilgili üç basamaklı bağlama kuralına yer verilmiştir. Buna göre, “*küçüğün kimden ve ne kadar nafaka talep edeceği küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer kanununa bağlıdır*” (m. 1). Şayet çocuğun mutad meskeni değişirse, bu değişimden sonra yeni mutad mesken hukuku dikkate alınmaktadır (m. 1/2).

Yetkili hukukun tespiti noktasında ikinci basamağı ise “*başvuru makamı ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk*” oluşturmaktadır. Sözleşmeye göre, şayet küçüğün mutad meskeni hukuku küçüğe nafaka konusunda herhangi bir hak tanıımıyorsa başvuru yapılan ülkenin milli mevzuatının gösterdiği hukuk yetkili olacaktır (m. 3). Uygulanacak hukuk ile ilgili Sözleşme’nin 2. maddesinde akit devletlere çekince koyma hakkı tanınarak kendi milli hukukunu uygulama imkânı da tanınmıştır. Ancak bunun için aranan şartlar şunlardır: “[Ş]ayet nafaka talebiyle başvurulanan makam çekinceyi koymuş olan ülkenin makamı ise, hem nafaka borçlusu hem de nafaka talep eden küçük başvurunun yapıldığı ülkenin vatandaşı ise ve nafaka borçlusunun mutad meskeni de başvuru yapılan ülkede ise” küçüğün mutad meskeni hukukunun yerine başvuru makamı ülkesinin maddi hukuk kuralları uygulanabilecektir.

1956 tarihli Sözleşme’nin hususi olarak çocuk nafakasına ilişkin olması, Sözleşme bağlamında çocuğun üstün yararının gözetildiğini belirtmek için yeterlidir. Ancak 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesinin ardından 1956 tarihli Sözleşme’nin önemi büyük ölçüde azalmıştır⁵⁶.

b. 1973 Tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi

1973 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 18. maddesinde, 1956 tarihli Sözleşme’nin yerine geçeceği açıkça belirtilmiştir. Fakat 1956 tarihli Sözleşme’den farklı olarak 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi, sadece küçüklerin nafaka talepleri ile sınırlı kalmayıp her yaştaki kişinin aile hukukundan kaynaklanan nafaka taleplerine uygulanacak hukuku tayin etmektedir. Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca, “*Bu Sözleşme, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dâhil, aile, hısımlık, evlilik veya sıhrîyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüklerine uygulanır*”. Madde hükmünden hareketle, bu Sözleşme’de de çocuğun üstün yararının nazara alındığını söylemek mümkün olabilmektedir. Zira çocuk nafakasına ilişkin taleplere uygulanacak hukukun tespitinde, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı dünyaya gelmesi herhangi bir önem taşımamaktadır.

Önceki Sözleşme’den farklı olarak 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi, *loi uniforme* ya da *erga omnes* niteliğini haizdir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu nafaka taleplerinde uygulanacak hukukun tayini bakımından ilgililerin mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin bulunduğu yahut vatandaşı olduk-

⁵⁴ 06.11.1980 tarihli ve 17152 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme’nin İngilizce metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/86a87f7-e700-4e05-a40c61090beecb9c.pdf> (ET: 24.01.2025).

⁵⁵ Günümüzde bu koşulları sağlayan az sayıdaki devletler; Belçika, Liechtenstein, Avusturya ve Çin’in Makao Özerk Bölgesi’dir; AY-GÜN, Mesut: *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 34 (Yeni Sistem).

⁵⁶ ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 237.

ları ülkenin Sözleşme'ye taraf olup olmadığına bakılmaksızın hemen her durumda 1973 tarihli Sözleşme'nin hükümleri uygulanmaktadır⁵⁷.

1973 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde, yoksulluk nafakası haricindeki diğer tüm nafaka talepleri hakkında uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 4 ila 6. maddelerinde yine üç basamak halinde ve üç farklı bağlanma noktası ile belirlenmektedir. Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca, nafaka talepleri hakkında uygulanacak hukuk *nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukudur*. Bu hukuka göre nafakanın temin edilememesi halinde uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinde yer alan bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında, nafaka taleplerine *nafaka borçlusu ile nafaka alacaklısının müşterek milli hukuku* tatbik edilecektir. Bu hukuka göre de nafaka temin edilemiyorsa, nafaka talebiyle başvuru mercii hukuku uygulama alanı bulabilecektir (m. 6). Dolayısıyla, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi çerçevesinde çocuk nafakasına ilişkin uygulanacak hukukun tespiti Sözleşme'nin 4 ila 6. maddelerine göre tayin edilecektir.

Konu başlığımıza dönecek olursak, Sözleşme metninde “çocuğun yararı” veya “çocuğun üstün yararı” kavramlarına açıkça yer verilmemiştir. Ancak belirtildiği üzere, Sözleşme kapsamında soybağı düzgün ve soybağı düzgün olmayan çocuklar arasında bir ayırım yapılmayarak çocuk nafakasına ilişkin her durumda 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanması çocuğun üstün yararının nazara alındığına işaret etmektedir. Ayrıca, çocuk nafakasına uygulanacak hukukun basamaklı bağlama kuralına tâbi kılınması ve Sözleşmenin *loi uniforme* niteliği taşıması konumuz bağlamında yine çocuğun üstün yararının gözetildiğini belirtmektedir.

c. 2007 Tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü

Çocuk nafakası da dâhil olmak üzere nafakaya uygulanacak hukuk ile ilgili son olarak 2007 yılında *Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü*⁵⁸ kabul edilmiştir. 2007 tarihli Protokol ile çocuğun üstün yararının gözetildiği, Protokol'ün uygulama alanını düzenleyen madde 1/1 hükmünden de anlaşılmaktadır. Hükme göre, “*Bu Protokol, ebeveynlerin medeni durumuna bakılmaksızın bir çocuğa ilişkin bakım yükümlülüğü de dâhil olmak üzere, bir aile ilişkisinden, ebeveynlikten... kaynaklanan bakım yükümlülüklerine uygulanacak hukuku belirler*”. Dolayısıyla Protokolde, çocuğun üstün yararı gözetilerek yine soybağı düzgün ve soybağı düzgün olmayan çocuklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

2007 tarihli Protokol'ün⁵⁹ amacı, milletlerarası nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk konusunda müşterek hükümler tesis etmek ve bu bağlamda 1956 ve 1973 tarihli sözleşmelerin yerine geçmektir (Protokol m. 18). Ancak Protokol'ün 27. maddesi gereğince, taraf devletlere çekince koyma imkânı tanınmamıştır.

Protokol'ün 2. maddesine göre, Protokol *loi uniforme* nitelikte kabul edilmektedir. O yüzden nafaka davası, nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemelerinde ileri sürüldüğü zaman o ülke Protokol'e taraf olmasa dahi Protokol uygulanacaktır⁶⁰.

Protokol'de yetkili hukuka ilişkin hükümler 3 ila 8. maddeler arasında yer almaktadır. Yetkili hukukun tespitinde genel kural Protokol'ün 3. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre, nafaka yükümlülüğüne nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır (m. 3). Genel

⁵⁷ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 241.

⁵⁸ Bundan sonra 2007 tarihli Protokol olarak anılacaktır. Protokol'ün İngilizce metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/d5f89587-f5f1-4c86-aa40-70472892cf11.pdf> (ET: 20.01.2025). Rusya Federasyonu Protokol'e taraf değildir.

⁵⁹ Türkiye, 2007 tarihli Protokol dışında konu bağlamındaki tüm sözleşmelere taraftır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 230 vd.

⁶⁰ AYGÜN, Mesut: “Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin 2007 Tarihli La Haye Protokolü”, (Ed.) TİRYAKİOĞLU, Bilgin / AYGÜN, Mesut / ÖNAL, Ali / ALTIPARMAK, A. Kübra / KAYA, Cansu: *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 583 (La Haye Protokolü).

kural belirlendikten sonra özellik arz eden bazı durumlar (m. 4, 5) da ayrıca düzenlenmiştir⁶¹. Yine Protokol'ün 11. maddesi ile yetkili hukukun kapsamı *sınırlı sayıda olmamak üzere* belirlenmiştir⁶². Protokol'de, yetkili hukukun tayininde dikkate alınması gereken hususlardan biri de kamu düzeni olarak belirlenmiş ve 13. maddede şu şekilde açıklanmıştır: “*Protokol uyarınca belirlenen hukukun uygulanması, ancak sonuçlarının mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir*”.

Sonuç itibarıyla, yukarıda açıklanan sözleşmelerde olduğu gibi 2007 tarihli Protokol metninde de çocuk nafakasına ilişkin gerek Protokol'ün kapsamı gerek uygulanacak hukuk ile ilgili kurallar ve gerekse de çekince koyma imkânının olmaması çocuğun yararının gözetilmesinde etkili olabilmektedir.

2. Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Sözleşmelerde Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi

Nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili 2007 yılına kadar akdedilmiş iki adet milletlerarası sözleşme mevcuttur. Bunlar; 1958 tarihli *Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi*⁶³ ve 1973 tarihli *Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi*'dir⁶⁴.

1958 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'nin amacı Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, evlenmemiş ve 21 yaşını doldurmamış olan evlilik içi veya evlilik dışı yahut evlat edinilmiş olan çocuklar hakkında akit devletler tarafından verilmiş olan nafaka kararları karşılıklı olarak tanınıp tenfiz edilecektir. Sözleşme'nin 2. maddesinde ise gerekli şartların yerine getirilmesi halinde, “*akit devletlerden birinde verilmiş olan nafakaya ilişkin kararlar yeniden gözden geçirilmeden diğer akit devletlerce tanınmalı ve haklarında lüzumlu tenfiz kararı verilmelidir*” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca, 1958 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'nde teminat gösterme yükümlülüğünün olmamasına karşın (m. 9) Sözleşme'nin 10. maddesinde ise akit devletlerin, çocuk nafakasına ilişkin kararlarda hükmedilen meblâğların transferini kolaylaştırma yükümlülükleri kabul edilmiştir.

Yukarıda yer verilen madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme kapsamında çocuğun üstün yararının açıkça gözetildiğini söylemek mümkündür. Ancak 1958 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanı, 1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte oldukça daralmıştır. Bu nedenle, 1958 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanı yalnızca bu Sözleşme'ye taraf olup da 1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler⁶⁵ ile sınırlıdır.

1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'nin amacı, sadece çocuklara yönelik yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 tarihli Sözleşme'nin eksik kalan yanlarını tamamlamak ve yetişkinler de dâhil olmak üzere tüm nafaka yükümlülükleri konusundaki kararların karşılıklı olarak tanınması ve tenfizini sağlamaktır⁶⁶.

“Sözleşmenin uygulama alanı” başlıklı 1. maddesi uyarınca, “*Bu Sözleşme, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dâhil, aile, hısımlık, evlilik veya sıhrîyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüğü konusunda, bir akit devletin adli veya idarî mercileri tarafından verilmiş...*” kararlar hakkında uygulanır. *Ekşi*'nin de belirttiği gibi 1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dâhil olmak üzere aile, hısımlık, evlilik veya sıhrîyet

⁶¹ Bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133> (ET: 25.01.2025).

⁶² BAYRAM DUMLUDAĞ, s. 75.

⁶³ 27.09.1972 tarihli ve 14319 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 1958 tarihli Tenfiz Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=38> (ET: 06.02.2025).

⁶⁴ 06.11.1980 tarihli ve 17152 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020151807lah23_ing.pdf (ET: 06.02.2025).

⁶⁵ Bunlar, Liechtenstein, Surinam ve Çin Makao Özel İdare Bölgesi'dir. Bkz. AKINCI / DEMİR GÖKYAYLA, s. 89; AYGÜN, *Yeni Sistem*, s. 82.

⁶⁶ BOZDAĞ, Gonca Gülfem: *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 185.

gibi tüm nafaka ilişkilerine uygulanmak üzere düzenlenmiştir⁶⁷. Böylece, 1973 tarihli Tenfiz Sözleşmesi'nde de soybağının düzgün olup olmadığına bakılmaksızın Sözleşme'nin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Sözleşme hükümleri çocuk nafaka taleplerine ilişkin *akit devletin adli veya idarî mercileri tarafından* verilmiş kararlara da uygulanmaktadır. Hal böyle olunca, bu Sözleşme kapsamında da çocuğun üstün yararının gözetildiğini söylemek herhalde yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini de düzenleyen 2007 yılında *Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi*⁶⁸ imzalanmıştır. Ancak Sözleşme, tanıma ve tenfiz dışında nafakanın uluslararası tahsiline ilişkin yeni düzenlemeler de getirdiği için bu Sözleşme'ye aşağıdaki başlıkta yer verilecektir.

3. Nafakanın Tahsiline İlişkin Milletlerarası Sözleşmelerde Çocuğun Üstün Yararının Gözetilmesi

a. 1956 Tarihli Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Çocuk nafakası da dâhil olmak üzere, milletlerarası alanda nafakanın tahsiline ilişkin ortaya çıkacak zorlukların kaldırılması amacı ile 1956 yılında *Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*⁶⁹ akdedilmiştir.

1956 tarihli Tahsil Sözleşmesi, niteliği itibarıyla nafakanın milletlerarası alanda tahsilini kolaylaştırmak için düzenlenen bir adli işbirliği belgesidir⁷⁰. Ancak Sözleşme, sadece akit devletler arasında ve karşılıklılık esasına göre uygulanmakta olup *loi uniforme* niteliğinde değildir (m. 18).

1956 tarihli Tahsil Sözleşmesi'nde kişi bakımından uygulama alanına ilişkin sınırlayıcı bir hüküm yer almadığı için, nafaka yükümlülüğünü doğuran her türlü akrabalık ve aile ilişkisinin tarafları Sözleşme'nin kişi yönünden uygulama alanına dâhil olabilmektedirler⁷¹. Ancak Sözleşme'nin uygulanabilmesi için nafaka alacaklısı ve borçlusunun farklı akit devletlerde bulunması esastır (m. 1/1).

b. 2007 Tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi

Nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli Tahsil Sözleşmesi ile nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmeleri, kabul edildikleri tarih itibarıyla zamana ayak uydurmakta güçlük çektikleri ve gelişen teknoloji imkânlarından istifade edemedikleri için, bazı yazarlara göre “kendilerinden beklenen hedefleri tam anlamıyla karşılayamamış” ve tesis ettikleri sistemlerin yavaş işlemesi, maliyetli olması ve taşıdıkları eksiklikler nedeniyle etkin bir şekilde uygulanamadıkları için uygulamada ortaya çıkan problemlerin çözümüne uzak kalmışlardır⁷². Bu sebeple, milletlerarası alanda yeni metinlere ihtiyaç duyulmuş ve bunun sonucunda nafaka ile ilgili 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu Sözleşme ile birlikte yukarıda yer verdiğimiz 2007 tarihli La Haye Protokolü de kabul edilmiştir⁷³.

⁶⁷ EKŞİ, Nuray: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 405.

⁶⁸ 05.05.2016 tarihli ve 29703 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131> (ET: 02.02.2025). Sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜN, *Yeni Sistem*, s. 109 vd.; AYGÜN, Mesut / ÇAĞLAYAN AYGÜN, Gözde: “Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 73 vd.; TURAN, Sevdâ Tuğçe: “2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2019, Cilt 39, Sayı 2, s. 484 vd.

⁶⁹ 05.02.1971 tarihli ve 13745 sayılı Resmî Gazete. Bundan sonra 1956 tarihli Tahsil Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1957/05/19570525%2001-08%20AM/Ch_XX_1p.pdf (ET: 02.02.2025).

⁷⁰ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 250; AYGÜN, *Yeni Sistem*, s. 97.

⁷¹ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 355.

⁷² AYGÜN / ÇAĞLAYAN AYGÜN, s. 72. Aynı yönde bkz. MARKOVA, s. 25.

⁷³ Rusya Federasyonu, yukarıda da belirtildiği üzere 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi ile Protokol'e taraf değildir. Bu duruma doktrinde de dikkat çekilip Rusya Federasyonu'nun her iki belgeyi de imzalamasının önemine vurgu yapılmaktadır. Bkz. KONTSEVOY, *Milletlerarası Sözleşmeler*, s. 43. Ancak belirtmek isteriz ki Rusya Federasyonu Adalet Bakanlığı, Rusya Devleti'nin anılan belgelerin onaylanmaması yönündeki çalışmalarını sürdürmektedir. Bkz. <https://www.interfax.ru/russia/767715> (ET: 05.02.2025).

2007 tarihli Lahey Sözleşmesi bağlamında dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus, Sözleşme'nin giriş bölümünde *çocuğun üstün yararı* ilkesine açıkça yer verilmiş olmasıdır. Buna göre diğer hususların yanı sıra, 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. ve 27. maddeleri uyarınca aşağıdaki durumları hatırlatarak Sözleşme'nin akdedilmesi kararlaştırılmıştır:

- “a) Çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde, çocuğun üstün yararı temel alınmalıdır,*
- b) Her çocuğun fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli yaşam standardına sahip olma hakkı vardır,*
- c) Ebeveyn/Ebeveynler veya çocuktan sorumlu diğer kişiler, kendi imkânları ve mali güçleri ölçüsünde çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarını sağlama konusunda başlıca sorumluluğa sahiptir ve*
- d) Taraf Devletler, uluslararası anlaşmaların akdi de dâhil olmak üzere ebeveyn/ebeveynler veya çocuktan sorumlu diğer kişilerden, özellikle de söz konusu kişilerin çocuktan farklı bir ülkede yaşadığı durumlarda çocuğun nafakasının tahsil edilmesini sağlamak için gerekli tüm önlemleri almalıdır.”.*

Görüldüğü üzere, 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde *çocuğun üstün yararı* gözetilerek çocuk nafakasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Sözleşme'nin başlığında “çocuk nafakası” ibaresine açıkça yer verilmiş olması ise bu tespiti güçlendirmektedir.

2007 tarihli Sözleşme, çocuk nafakası başta olmak üzere diğer nafaka türlerinin de milletlerarası alanda tahsilini kolaylaştırmak amacıyla akdedilmiştir. Bu bağlamda, nafakanın uluslararası tahsilinde yaşanan zorlukları ortadan kaldırmak ve teknolojik gelişmelerle uyumlu tahsil sistemi oluşturmak amacıyla hazırlanan Sözleşme⁷⁴, aşağıdaki hususları gerçekleştirerek nafaka tahsilinin en hızlı ve verimli şekilde icra edilmesini hedeflemektedir: (a) akit devletlerin makamları arasında kapsamlı bir işbirliği sisteminin kurulması; (b) nafaka kararlarının tesis edilmesi için elverişli uygulamaların yapılması; (c) nafaka kararlarının tanıma ve tenfizinin sağlanması ve (d) nafaka kararlarının hızlı bir şekilde tenfizi için etkin önlemlerin şart koşılması (m. 1).

2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, her iki tahsil sözleşmesine taraf olan devletler açısından 1956 tarihli Tahsil Sözleşmesi'nin yerine geçeceği gibi (m. 49) yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından da 1958 tarihli Sözleşme ile 1973 tarihli Sözleşme'nin yerine geçecektir (m. 48). Sözleşme'nin kapsamına giren nafakaların başında ise 21 yaşından küçüklere⁷⁵ yönelik olan ve ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafakalar gelmektedir [(m. 2/1(a))]. Bu durum ise Sözleşme'nin hazırlanmasında çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket edildiğini göstermektedir.

Rusya Devleti, nafaka ile ilgili milletlerarası sözleşmelere taraf değilse de bu hususta yalnızca iki taraflı⁷⁶ ve bölgesel nitelikteki 1993 tarihli *Medeni, Aile ve Ceza Davalarında Hukuki Yardım ve Hukuki İlişkiler Hakkında Minsk Konvansiyonu*'na⁷⁷ taraf olmuş ve Konvansiyon, Bağımsız Devletler Topluluğu⁷⁸ (BDT) arasında imzalanmıştır. Ancak 7 Ekim 2002 yılında BDT devletleri arasında ben-

⁷⁴ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 255.

⁷⁵ Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken bir beyanda bulunarak eğitimi devam eden çocuklar bakımından yaş sınırını 25'e çıkarmıştır. Bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 256.

⁷⁶ Rusya Devleti, konu bağlamında yaklaşık otuz adet iki taraflı sözleşme akdetmiştir. Bkz. KONTSEVOY, *Milletlerarası Sözleşmeler*, s. 46.

⁷⁷ Минская Конвенция “О Правовой Помощи и Правовых Отношениях по Гражданским, Семейным и Уголовным Дела” 1993 г.; Собрание Законодательства РФ, 24.04.1995, Sayı 17, ст. 1472.

⁷⁸ Bu devletler; Azerbaycan, Belarus, Ermenistan, Kazakistan, Kırgızistan, Moldova, Rusya Federasyonu, Tacikistan, Türkmenistan, Özbekistan ve Ukrayna'dır. Bkz. <https://e-cis.info/country/> (ET: 20.02.2025).

zer konulara ilişkin aynı isim altında ve bölgesel nitelikteki *Kişinev Konvansiyonu*⁷⁹ imzalandıktan sonra Minsk Konvansiyonu yürürlükten kaldırılmıştır⁸⁰.

Kişinev Konvansiyonu dışında milletlerarası karakterli çocuk nafakasına ilişkin hukuki süreçler (tanıma-tenfiz, nafakanın tahsili vb.) bazı devletler ile milletlerarası nezaket kuralları çerçevesinde gerçekleşmektedir. Ancak *Kontsevoy*'un da dikkat çektiği gibi, netice itibarıyla Rusya'nın milletlerarası anlaşması olmayan ülkelerde nafaka ile ilgili Rus mahkeme kararlarının icrası zorlaşmaktadır. Aynı şekilde, yabancı nafaka kararlarının Rusya Federasyonu'nda tanınması ve tenfizi gibi tahsili bakımından da birçok hukuki engellerle karşılaşılabilir. Yazara göre, uluslararası ilişkilerin geliştiği günümüz dünyasında nafaka alanında akdedilen çok taraflı milletlerarası sözleşmelere taraf olmak önemlidir⁸¹. Kaldı ki son zamanlarda birçok Rus vatandaşı ile yabancı uyruklu kişiler arasında *karma evlilikler* yapılmakta⁸² ve ileride çocuk nafakası gibi sorunlarla da karşılaşılabilir. Bu yüzden, doktrinde de belirtildiği gibi, Rusya Federasyonu'nun 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf⁸³ olması çocuk nafakasına ilişkin akdedilen milletlerarası sözleşmelere taraf olması gerektiğinin doğal bir sonucudur⁸⁴.

II. RUS HUKUKUNDA ÇOCUK NAFAKASI

A. Genel Olarak

Ebeveyn ve çocukların nafaka yükümlülüğü, ilk derece nafaka yükümlülüğünden olup diğer yakın akrabaların varlığı halinde dahi bu kişilerin birbirlerine destek sağlamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁸⁵. Çalışma konumuz hususi olarak çocuk nafakası olduğu için burada ebeveyn ya da ebeveynlerin küçük çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğü üzerinde durulacaktır.

Rusya Federasyonu'nda çocuk nafakasına ilişkin hükümler farklı kanunlarda yer almakta ve konu ile ilgili esaslı ve usuli konuları düzenlemektedirler. Çocuk nafakası ile ilgili hükümlere, başta RF Aile Kanunu olmak üzere RF Medeni Usul Kanunu, 2007 tarihli ve N 229-ФЗ sayılı *Rusya Federasyonu İcra Takibi Hakkında Federal Kanunu* (RF İcra Takibi Kanunu)⁸⁶ ve diğer bazı kanunlarda da yer verilmiştir. Hatta çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüğün kötü niyetle ihlâl edilmesi hallerinde ceza hukuku bağlamında yaptırımlar da öngörülmüş ve buna ilişkin düzenlemeye 1996 tarihli ve N 63-ФЗ sayılı *Rusya Federasyonu Ceza Kanunu*'nda (RF Ceza Kanunu)⁸⁷ yer verilmiştir.

⁷⁹ Кишиневская Конвенция “О Правовой Помощи и Правовых Отношениях по Гражданским, Семейным и Уголовным Дела” 2002 г; Ратифицирована Федеральным законом Российской Федерации от 30 декабря 2021 года № 452-ФЗ (с оговорками и заявлениями).

⁸⁰ Kişinev Konvansiyonu, Rusya tarafından 2021 yılına kadar onaylanmadığı için Rus Devleti bakımından Minsk Konvansiyonu uygulanmaya devam etmiştir. Kişinev Konvansiyonu'nun, 30 Aralık 2021 yılında Rusya Federasyonu tarafından da onaylanmasının ardından bu tarihten sonra BDT devletleri arasında Kişinev Konvansiyonu uygulanmakta olup Minsk Konvansiyonu yürürlükten kaldırılmıştır; Ратифицирована Федеральным Законом от 30 декабря 2021 года N 452-ФЗ.

⁸¹ KONTSEVOY, *Milletlerarası Sözleşmeler*, s. 43.

⁸² Bkz. <https://anlatilaninotesi.com.tr/20200923/-moskova-kadınların-en-cok-evlenmeyi-arzuladığı-yabancı-damat-adayları-türkler-oldu-1042896886.html> (ET: 18.06.2025).

⁸³ Ратифицирован Федеральным Законом от 7 мая 2013 г. № 75-ФЗ; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta) от 13.05. 2013 г. N 99.

⁸⁴ KONTSEVOY, *Milletlerarası Sözleşmeler*, s. 43.

⁸⁵ DEMİCHEV, s. 156.

⁸⁶ Федеральный Закон “Об Исполнительном Производстве” от 02.10.2007 N 229-ФЗ; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 223, 06.10.2007.

⁸⁷ “Уголовный Кодекс Российской Федерации” от 13.06.1996 N 63-ФЗ; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 113, 18.06.1996.

B. RF Aile Kanunu'nda Çocuk Nafakasına İlişkin Esaslar

1. Ebeveynlerin Küçük Çocuklarına Bakma Yükümlülüğü

Rus hukukunda çocuk nafakasına ilişkin esaslar 1995 tarihli Aile Kanunu'nun 80 ila 86. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Aile Kanunu'nun "Ebeveynlerin küçük çocuklarına bakma yükümlülüğü" başlıklı 80. maddesinin 1. fıkrasında ebeveynlerin, küçük çocuklarına⁸⁸ bakmakla yükümlü olduğu ve küçük çocukları için sağlayacakları maddi desteğin kendileri tarafından belirlenebileceği hükmüne bağlanmış ve nafaka anlaşması yapabilecekleri kabul edilmiştir (m. 80/1). Ancak ebeveynler ya da ebeveynlerden biri, küçük çocukları için gönüllü⁸⁹ olarak maddi destek sağlamıyor ve çocuk nafakasına ilişkin ebeveynler arasında anlaşma mevcut değilse, RF Aile Kanunu'nun 80. maddesinin 2. fıkrasına göre, küçük çocukların bakımı için gerekli olan maddi destek mahkeme kararıyla talep edilmektedir. Nafaka talebinde bulunabilecek kişiler ise RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında⁹⁰ aşağıdaki gibi belirtilmiştir: (a) ebeveynlerden biri; (b) çocuğun vasisi; (c) evlat edinenler; (d) sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumları (çocuk bu kurumlarda kalıyorsa).

Evlat edinme akdinin iptali hâlinde, çocuğun üstün yararı gözetilerek mahkeme tarafından evlat edinenlerin çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüğü de yine RF Aile Kanunu'nun 81. ve 83. maddeleri çerçevesinde hükmüne bağlanmaktadır (RF Aile Kanunu m. 143/4). Evlat edinenlerin nafaka yükümlülüğüne, RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında⁹¹ da değinilmiş ve evlat edinenlerden tahsil edilecek çocuk nafakasına ilişkin tüm meselelerin (nafaka miktarının azaltılması, nafaka yükümlülüğünden muaf tutulması vs.), çocuğun biyolojik ebeveynlerinin nafaka yükümlülüğünde uygulanan kurallara tâbi olması gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir.

Aile Kanunu'nun 80/3. maddesinde, ebeveynler arasında çocuk nafakasına ilişkin anlaşmanın yapılmaması ya da ebeveynleri tarafından küçük çocuklara maddi destek sağlanmaması ve buna ilişkin mahkemede dava açılmaması durumunda, vesayet makamının ebeveynlere ya da bunlardan birine karşı nafaka talebiyle dava açma hakkının haiz olduğu belirtilmiştir.

Çocuk nafakasına ilişkin talepler, çocuğun erginlik yaşına ulaşmasına veya tam ehliyet kazanmasına kadar olan süreçte mahkemeye sunulabilmektedir (RF Aile Kanunu m. 107/1). Çocuk nafakasının ödenme tarihinin başlangıcı, nafakaya ilişkin verilen mahkeme kararının tarihi olmayıp *çocuğun üstün yararı* bağlamında nafaka talebiyle mahkemeye başvuru yapıldığı gündür (RF Aile Kanunu m. 107/2). Ayrıca, anılan madde hükmüne göre çocuk nafakasının başvuru tarihinden geriye doğru üç yıllık süre için de tahsili mümkün olabilmektedir. Ancak bunun için mahkemece, nafaka talebiyle başvuran kişinin, mahkemeye başvurmadan önce çocuğun bakımı ile ilgili maddi desteğin sağlanması hususunda

⁸⁸ Burada "küçük çocuk" kavramına değinmek yerinde olacaktır. Rus hukukunda "küçük", ergin olmayan kişidir. Erginlik yaşı ise 1994 tarihli ve N 51-ФЗ sayılı Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun ["Гражданский Кодекс Российской Федерации" от 30 ноября - 1994 года N-51-ФЗ; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 238-239, 08.12.1994] 21. maddesine göre on sekiz (18) yaş olarak belirlenmiş olup genel ya da olağan erginlik yaşını ifade etmektedir. Ancak genel erginlik yaşından ayrı olarak bazı durumlarda olağanüstü erginlik yaşı da kabul edilmektedir. Buna göre, evlenme kişiyi ergin kılar; RF Aile Kanunu madde 13 uyarınca, Rusya Federasyonu'nda evlenme yaşı hem kadın hem erkek için on sekiz (18) yaş olarak belirlenmiştir. Fakat olağanüstü durumlarda ve ilgililerin başvurusu üzerine belediyeler, on altı (16) yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının da evlenmesine izin verebilmektedir (RF Aile Kanunu m. 13/2). Olağanüstü erginlik yaşı ile ilgili diğer bir durum ise yine RF Medeni Kanunu'nun 27. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Hükmüne göre, on altı (16) yaşını doldurmuş ergin olmayan kişinin, iş akdine bağlı olarak çalışması veya girişimcilik faaliyetinde bulunması durumunda, ilgilinin ebeveynleri, evlat edinenleri ya da vasisinin rızasıyla vesayet makamı kararıyla ergin kılınabilmesi mümkündür. Rıza verilmemesi durumunda, ilgilinin ergin kılınması mahkeme kararına tâbidir (m. 27/1).

⁸⁹ *Metel'eva'nın* da belirttiği gibi, istatistiki verilere göre boşanma sonrasında velayeti kendisinde olmayan eşlerin belli bir kısmı gönüllü olarak çocuğun bakımına maddi destek sağlamayıp mahkeme kararı ile nafaka ödemektedirler. Bkz. METELEVA, Ekaterina (Метелёва, Екатерина): "Особенности Порядка Уплаты Алиментов на Содержание Несовершеннолетних Детей в России, Японии и Китае (Rusya, Japonya ve Çin'de Çocuk Nafakası Ödenmesinin Özellikleri)", *Современная Цивилистика (Sovremennaya Tsivilistika) Dergisi*, 2022, Sayı 2, s. 36.

⁹⁰ *Постановление Пленума Верховного Суда РФ От 26.12.2017 N 56 "О Применении Судами Законодательства При Рассмотрении Дел, Связанных со Взысканием Алиментов"*, (par. 15); Бюллетень Верховного Суда РФ, N 4, Апрель, 2018.

⁹¹ Bkz. dn. 90'daki karar (par. 17).

gayretlerde bulunduğu ve fakat maddi destek sağlamakla yükümlü olan kişinin bundan kaçındığının tespit edilmesi gerekmektedir (m. 107/2). Gayretlerin veya alınan tedbirlerin neler olabileceği ile ilgili yine RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında⁹² açıklama yapılmıştır. Karara göre, davacının davalıya nafaka ödemesi talebinde (örneğin telgraf, taahhütlü iadeli mektup ya da e-posta yoluyla)⁹³ bulunması ya da nafaka ödenmesine ilişkin bir anlaşma yapılmasını teklif etmesi veya çocuk nafakasının tahsili amacıyla sulh hâkimine başvurarak mahkeme emrinin çıkarılmasını talep etmesi (mahkeme emri daha sonra iptal edilmiş olsa dahi) ile alınan tedbirlerin kanıtlanması mümkün olabilmektedir⁹⁴.

Konu bağlamında on sekiz yaşını dolduran ve eğitime devam eden çocuklar açısından da bir tespitte bulunmayı uygun görmekteyiz. Şöyle ki, Rusya Federasyonu yükseköğretim kurumlarında (devlet üniversiteleri de dâhil) ücretsiz ya da tam burslu eğitim için sınırlı kontenjanlar ayrılmakta (2012 tarihli ve N 273-ФЗ sayılı RF Eğitim Kanunu m. 100)⁹⁵ ve bunun için ilgili mevzuatta belirtilen sınavlara tâbi tutularak belirli şartların yerine getirilmesi icap etmektedir. O halde, on sekiz yaşını dolduran ve eğitime devam eden öğrencinin çocuk nafakası sona erdiğinde, ücretsiz ya da tam burslu kontenjan dışında kalması durumunda maddi destek sağlanmaksızın eğitime devam etmesi oldukça zorlaşabilmektedir⁹⁶. Nitekim kişinin on sekiz yaşını doldurması, maddi anlamda bağımsız olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durumda olan öğrenciler için, diğer bazı ülkelerde⁹⁷ olduğu gibi eğitimle-ri süresince ve fakat belli yaşa kadar eğitim amaçlı yardım nafakasının yasal düzeyde düzenlenmesinin⁹⁸ yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2. Çocuk Nafakasının Miktarı

Rusya Federasyonu Anayasası⁹⁹ madde 67.1/4 uyarınca, devlet politikasının en önemli önceliği çocuklardır. Bu bağlamda, çocukların üstün yararına uygun olarak diğer hususların yanı sıra çocukların yaşamları ve gelişimleri için uygun maddi koşulların sağlanması öncelikli görevler arasındadır (RF Anayasası m. 67.1/4). Bu bağlamda RF Aile Kanunu'nun 80. maddesinde ebeveynlerin, çocuklarına

⁹² Bkz. dn. 90'daki karar (par. 17).

⁹³ Teknolojinin gelişmesi ile birlikte buradaki iletişim araçları da değişebilmektedir.

⁹⁴ Bkz. dn. 90'daki karar (par. 11).

⁹⁵ *Федеральный Закон "Об Образовании в Российской Федерации" от 29.12.2012 N 273-ФЗ*; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 303, 31.12.2012. Sovyetler Birliği döneminde ise yükseköğretim kurumları da dâhil olmak üzere, tüm eğitim kurumlarında eğitim ücretsiz olup öğrencilere eğitim süresi boyunca burs sağlanmaktaydı. Bkz. *Закон об Утверждении Основ Законодательства Союза ССР и Союзных Республик о Народном Образовании* (1973 tarihli SSCB ve Bağımsız Devletlerin Halk Eğitimi Hakkında Temel Kanun) от 19 июля 1973 года N 4536-VIII, (m. 3, 4). Son değişiklikler 1985 yılında yapılmıştır. Bkz. Вестник ВС СССР, 1985, N 48, ст. 918.

⁹⁶ Uygulamada, bazı ilk derece mahkemeleri tarafından eğitime devam eden ve 23 yaşını doldurmamış olan ergin yaştaki öğrencilere maddi destek sağlanması yönünde kararlar verilmişse de daha sonra bu kararlar istinaf aşamasında bozulmuştur. İlk derece mahkemeleri, 2001 tarihli ve 173-FZ sayılı "İşçi Emeklilikleri Hakkında" Federal Kanun'un (*Федеральный Закон от 17.12.2001 N 173-ФЗ "О Трудовых Пенсиях в Российской Федерации"*) 9. maddesine dayanarak eğitime devam eden ergin yaştaki öğrencileri, ölüm (yetim) aylığı bağlanabilecek ve çalışamaz durumda olan aile fertleri kapsamında değerlendirilmiş ve bu kişilere öğrenim gördükleri süre boyunca 23 yaşına kadar nafaka ödenmesine hükmetmiştir. İstinaf aşamasında bozulan bu kararlar, RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2015 tarihli çocuk nafakası ile çalışamaz durumda olan ergin çocuklara bağlanan nafaka ile ilgili içtihadı birleştirme kararına da konu olmuş ve bu yönde verilen kararların yürürlükteki mevzuata aykırı olduğu belirtilmiştir; bkz. *Обзор Судебной Практики по Дела, Связанным со Взысканием Алиментов на Несовершеннолетних Детей, а Также на Нетрудоспособных Совершеннолетних Детей (III/1)* (Бюллетень Верховного Суда РФ, N 7, июль, 2015).

⁹⁷ Eğitime devam eden ergin çocuklara sağlanan maddi destek ile ilgili örnek vermek gerekirse, Sırbistan'da yirmi altı (26), Almanya'da ise yirmi yedi (27) yaşına kadar öğrenim görenlere yasal düzeyde ebeveynleri tarafından maddi destek sağlanmaktadır. Bkz. NURİYE-VA, s. 339.

⁹⁸ Rusya Federasyonu'nda, çocuğun ergin olmasından sonra ve eğitime devam etmesi durumunda da maddi desteğin eğitim sürecini kapsamaması gerektiğine ilişkin tartışmalar sürmektedir. Konu ile ilgili *GosDuma*'ya kanun tasarısı sunulmuş ve fakat henüz kabul edilmemiştir. Tasarıda, konu ile ilgili diğer ülkelerdeki uygulamalar gerekçe olarak gösterilip, çocukların ergin olduktan sonra da örgün eğitime devam etmeleri durumunda yirmi dört (24) yaşına kadar maddi destek sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca Tasarı'da, maddi destek sağlanmasının ebeveynlerin anlaşmasına ya da anlaşma yapılmamışsa mahkeme kararıyla sabit para tutarı üzerinden ödenebileceğine dikkat çekilmiştir. Bkz. MAMEDOVA, Маймунат (Мамедова, Маймунат): "Проблемы Исполнения Решений Судов по Дела о Взыскании Алиментов на Содержание Несовершеннолетних Детей (Сравнительный Анализ Российского и Зарубежного Законодательства) [Çocuk Nafakasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Uygulanması ile İlgili Sorunlar (Rus ve Yabancı Mevzuatın Karşılaştırmalı Analizi)]", *Юридический Вестник ДГУ (Yuridicheskiy Vestnik DGU) Dergisi*, 2016, Cilt 19, Sayı 3, s. 84.

⁹⁹ *Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 г.* Доступ из справ-правовой системы "Консультант Плюс".

bakmakla yükümlü olduğu belirtilip bu yükümlülüğün sevgi ve ilgi çerçevesinde gönüllü olarak yerine getirilmesi esastır. Ancak bazı durumlarda ebeveyn/ebeveynler, yeteri kadar maddi kaynağa sahip olsalar dahi bu sorumluluğu gönüllü olarak yerine getirmekten kaçınmaktadırlar¹⁰⁰. Böyle durumlarda ise çocuğun bakımı, eğitimi, gelişimi ve diğer ihtiyaçları için maddi destek (nafaka) mahkeme kararıyla nafaka yükümlüsü ebeveyn/ebeveynlerden temin edilmektedir.

Çocuk nafakasının miktarına ilişkin hükümler RF Aile Kanunu'nun 81. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, çocuklara ödenecek nafakanın miktarı mahkeme kararıyla ebeveyn ya da ebeveynlerden aylık olarak aşağıdaki oranlarda tahsil edilmektedir: Bir çocuk için gelirin 1/4'i, iki çocuk için 1/3'i, üç ve daha fazla çocuk için gelirin veya diğer kazançların yarısıdır. Belirtilen hesaplama oranları, tarafların mali veya ailevi durumları gibi diğer *kayda değer koşulların* da dikkate alınmasıyla mahkeme kararıyla azaltılabilmekte veya artırılabilir (RF Aile Kanunu m. 81/2). Kayda değer koşullar olarak da yukarıda bahsi geçen RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında¹⁰¹ aşağıdaki hususlar belirtilmiştir: Nafaka yükümlüsünün başka küçük çocuklarının ya da engelli ve çalışamaz durumda olan yetişkin çocuklarının olması; bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin varlığı; nafaka yükümlüsünün düşük gelire sahip olması; nafaka yükümlüsünün sağlık durumu (örneğin, yaş veya sağlık sorunları) nedeniyle çalışamaz olması ve yine nafaka ödenen çocuğun sağlık durumunun (örneğin, uzun süreli tedavi gerektiren bir hastalığı) ciddi maddi desteği gerektirmesidir (par. 20).

Çocuk nafakasına ilişkin yukarıda açıklanan hesaplama oranları Rus hukukunda uzun yıllardır uygulanmakta ve hatta aynı oranlar Sovyetleri Birliği'nin ilgili mevzuatında da yer almaktaydı. Bununla birlikte nafaka yükümlüsü ebeveynin sabit bir gelirin olmaması, tamamen veya kısmen aynı veya yabancı para cinsinden kazanç veya diğer gelirler elde etmesi ya da herhangi bir gelirin olmaması ve dolayısıyla gelir ile orantılı olarak nafaka tahsilinin imkânsız olması gibi durumlarla da uygulamada karşılaşabilmektedir. Üstelik ebeveynler arasında nafaka anlaşması da yapılmamış ise, mahkeme, çocuk nafakasının ödenmesini sabit para tutarı üzerinden de belirleyebilmektedir. Böyle durumlarda ise mahkemece, tarafların maddi ve ailevi durumları, çocuğun ihtiyaçları, bakım ve eğitim giderleri, yaşı, alışa geldiği yaşam tarzı ve diğer koşullar da göz önünde bulundurularak maddi anlamda çocuğun önceki yaşam standardının¹⁰² mümkün olduğu şekilde korunması esas alınmaktadır (RF Aile Kanunu m. 83/2).

3. Nafaka Anlaşması

Nafaka anlaşması ile ilgili esaslar RF Aile Kanunu'nun 99 ila 105. maddeleri arasında yer almakta ve nafaka anlaşmasının şekli, koşulları, nafakanın miktarı, ödenme usulü gibi önemli hususları düzenlemektedir.

RF Aile Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca, nafaka anlaşması çocuğun ebeveynleri arasında yapılmaktadır. Yazılı olarak yapılan ve noter tarafından tasdik edilen nafaka anlaşması icra emri hükmündedir (RF Aile Kanunu m. 100). Nafaka anlaşmasında, çocuk nafakası ile ilgili tüm hususlara yer verilip nafakanın miktarı, nafaka yükümlüsü ve nafaka alacaklısı ebeveynler tarafından belirlenmektedir. Ancak nafaka anlaşması ile belirlenen nafaka miktarının, mahkeme kararı ile tahsil edilebileceği miktardan az olmayacağı Kanun'da hüküm altına alınmıştır (RF Aile Kanunu m. 103/2).

¹⁰⁰ METELEVA, s. 36.

¹⁰¹ Bkz. dn. 90.

¹⁰² Çocuğun önceki yaşam standardının korunması RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 1996 tarihli kararına da konu olmuş ve sabit para tutarı da dâhil olmak üzere çocuk nafakası miktarının, tarafların maddi ve ailevi durumları ve diğer kayda değer koşulları göz önünde bulundurularak çocuğun önceki yaşam standardının mümkün olan azami düzeyde korunmasına dikkat çekilmiştir; bkz. *Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.10.1996 N 9 (ред. от 16.05.2017) "О Применении Судами Семейного Кодекса Российской Федерации при Рассмотрении Дел об Установлении Отцовства и о Взыскании Алиментов"*; Бюллетень Верховного Суда РФ, N 1, 1997.

Nafaka anlaşması, tarafların karşılıklı mutabakatı ile değiştirilebilir veya feshedilebilmektedir. Dolayısıyla, nafaka anlaşmasının tek taraflı feshi Kanun'da kabul edilmemektedir (RF Aile Kanunu m. 101/2, 3). Ancak nafaka anlaşması taraflarının maddi veya ailevi durumunda önemli bir değişiklik olması ve fakat nafaka ödenmesine ilişkin anlaşmanın değiştirilmesi veya feshedilmesi konusunda tarafların ortak bir karara varılmaması halinde, ilgili tarafın buna ilişkin mahkemede dava açma hakkı saklıdır. Mahkeme, nafaka anlaşmasının değiştirilmesi veya feshedilmesi talebine ilişkin karar verirken tarafların dikkate alınmaya değer her türlü menfaatini göz önünde bulundurmaktadır (RF Aile Kanunu m. 101/4).

Nafaka anlaşmasının imzalanması, icrası, feshi veya geçersiz kılınmasına ilişkin RF Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır (RF Aile Kanunu, m. 101/1)¹⁰³.

Nafaka anlaşması, şahsen yapılabilecek işlem niteliğinde olduğu için (RF Medeni Kanunu m. 182/4) bu tür anlaşmaların vekâletname ile temsilciler aracılığıyla yapılması kabul edilmemektedir. Ancak anlaşma taraflarından herhangi birinin ehliyetsizliği veya kısıtlılığı durumunda bunların hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla yasal temsilcilerinin katılımıyla nafaka anlaşmasının akdedilmesi mümkün olabilmektedir (RF Aile Kanunu m. 99). Nafaka anlaşması kapsamında ödenen çocuk nafakasının koşulları, miktarı, ödeme şekli ve usulü anlaşma hükümlerine tâbidir (RF Aile Kanunu m. 104).

Nafaka anlaşmasını cazip kılan ise tüm şartların taraflarca belirlenebilmesidir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, nafaka anlaşması ile belirlenen çocuk nafakasının miktarı Kanun ile öngörülen miktardan az olmayacağı için, uygulamada anlaşma yöntemi ile belirlenen nafaka miktarı genellikle daha yüksektir. Aksi takdirde nafaka alacaklısının çocuk nafakasına ilişkin anlaşma yapma arzusu pek anlaşılmayacaktır¹⁰⁴.

Nafaka anlaşmasının tarafları, nafaka miktarı dışında nafakanın ödenme yöntemi ve usulü hakkında da anlaşabilirler. Bu bağlamda taraflar, RF Aile Kanunu'nun 104. maddesinde öngörülen herhangi bir yöntemi tercih edebileceği gibi farklı bir usulü de kararlaştırabilirler. Anlaşma ile belirlenen nafaka, nafaka yükümlüsünün gelirine oranla veya sabit para tutarı olarak düzenli veya tek seferde ödenebileceği gibi malvarlığın sağlanması ile de karşılanabilmektedir. Ya da nafaka anlaşmasında, taraflarının üzerinde anlaştıkları başka bir yöntem ile de nafakanın tahsili mümkün olabilmektedir (RF Aile Kanunu, m. 104/4).

Yukarıdaki yöntemlerden nafakanın tek seferde ödenmesi ve nafaka yükümlülüğünün malvarlığın sağlanması ile yerine getirilmesi, çocuğun üstün yararı bağlamında bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Zira çocuk nafakasının temel amacının esasen çocuğun günlük ihtiyaçlarının karşılanması ve bakımı olduğu için, tek seferde ödeme veya mülkiyetin devri gibi yöntemlerin bu amaca pek uygun olmadığı ifade edilmektedir. Bu yöntemlerin ancak nafaka yükümlüsünün yerleşmek amacıyla başka ülkeye taşınması¹⁰⁵ ya da tarafların, birbirleriyle hiçbir ilişki sürdürmek istememeleri ve aralarındaki tüm malî sorunları tek seferde çözüme kavuşturarak gelecekte karşı karşıya gelmek istemedikleri durumlarda da uygun bir seçenek olarak değerlendirilebilir.

¹⁰³ Nafaka anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin Rus doktrininde tartışmalar mevcuttur. Bazı yazarlara göre nafaka anlaşmasının akdi, icrası, feshi veya geçersiz kılınması RF Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerine tâbi kılındığı için (RF Aile Kanunu, m. 101/1) bu anlaşma, niteliği itibarıyla medeni hukuk anlaşmasıdır; bkz. ANTOKOLSKAIA, Mariia (Антокольская, Мария): *Семейное Право (Aile Hukuku)*, Yurist Yayınevi, Moskova, 1996, s. 252; ASTANOV, Pavel (Астахов, Павел): *Семья. Юридическая Помощь с Вершины Адвокатского Профессионализма (Aile. Avukatlık Mesleğinin Zirvesinden Sunulan Hukuki Destek)*, EKSMO Yayınevi, Moskova, 2006, s. 256. Buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre, nafaka anlaşmasının herhangi bir kişiler arasında yapılamaması ve icra emri niteliğinde olması gerekçesiyle diğer medeni hukuk sözleşmelerinden farklı olduğu açıktır; KOSOVA, Olga (Косова, Ольга): "Соглашение об Уплате Алиментов: Вопросы Содержания и Применения (Nafaka Anlaşması: İçerik ve Uygulamadaki Sorunları)", *Российская Юстиция (Rossiyskaya Yustitsiya) Dergisi*, 2004, Sayı 2, s. 37; MAKŞİMOVİÇ, Lyubov (Максимович, Любовь): "Соглашение об Уплате Алиментов: Вопросы Теории и Практики (Nafaka Anlaşması: Teori ve Uygulamadaki Sorunları)", *III PAH Dergisi*, 2008, Sayı 2, s. 135.

¹⁰⁴ MAKŞİMOVİÇ, s. 139.

¹⁰⁵ MAKŞİMOVİÇ, s. 145, 147.

C. Çocuk Nafakasına İlişkin Usuli Konular

Çocuk nafakasına ilişkin usuli konulara, başta RF Medeni Usul Kanunu olmak üzere diğer bazı kanunlarda da yer verilmektedir.

RF Usul Kanunu'nun "Hakkında mahkeme emri verilen talepler" başlıklı 122. maddesinde çocuk nafakasına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Buna göre mahkeme, madde hükmünde belirtilen diğer hallerin yanı sıra babalığın tespiti, babalığa/anneliğe itiraz ya da diğer ilgili tarafların katılmasını gerektirmeyen durumlarda küçük çocuklar için ileri sürülen nafaka talepleri hakkında *mahkeme emri*¹⁰⁶ çıkarmaktadır (RF Usul Kanunu m. 122/5). Mahkeme emri, bir icra belgesi niteliğinde olup mahkeme kararlarının icrası için öngörülen usule tâbidir (RF Usul Kanunu, m. 121/2). Belirtmek gerekir ki, çocuk nafakasına ilişkin davalarda *mahkeme emri* sulh hukuk hâkimi tarafından verilmektedir¹⁰⁷ (Sulh Hukuk Hâkimleri Hakkında Kanun¹⁰⁸ m. 3). Ayrıca, çocuk nafakasına ilişkin mahkeme emrinin çıkarılması, çocuğun üstün yararı çerçevesinde basit yargılama usulüne tâbi kılınmıştır. Buna göre mahkeme emri, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden ve nafaka talebinin alındığı günden itibaren *on gün* içinde çıkarılmaktadır (RF Usul Kanunu, m. 126).

Çocuk nafakasına ilişkin davalar, yukarıda belirtilen haller dışında genel yetkili mahkemelerde de görülmektedir. Bu durumda, çocuk nafakasına ilişkin yargılama süreci farklı usul ve süreye bağlı olmakla birlikte adli süreç ve mahkeme kararlarının icrası Usul Kanunu'nun 6.1. maddesinde öngörülen *makul süre*lere tâbidir. Buna göre, yargılama süreci duruşmalı olarak yapılır ve davacı ile davalı mahkemede hazır bulunurlar. *Makul süre* çerçevesinde hukuk davalarının genel yargılama süresi iki ay olarak belirlenmişse de, uyuşmazlığın ağırlığı veya karmaşıklığı sebebiyle bu süre bazı durumlarda uzatılabilmektedir (RF Usul Kanunu m. 6.1). Ancak *çocuğun üstün yararı* bağlamında çocuk nafakasına ilişkin yargılama süreci daha kısa sürelerle tâbi tutulup *bir aylık süre sona ermeden* çocuk nafakasına ilişkin taleplerin görüşülüp karara bağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır (RF Usul Kanunu m. 154/2)¹⁰⁹. Ayrıca, yukarıda bahsi geçen RF Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında, küçük çocuklar için nafaka talebi ile mahkemeye başvurulduğunda, mahkemece, ebeveynlerin çalışabilirliğine ve çocuğun nafakaya ihtiyacı olup olmadığına bakılmaksızın çocuk nafakasına hükmedileceği karara bağlanmıştır (par. 18)¹¹⁰.

Çocuk nafakasına ilişkin davalar genel yetki kuralı çerçevesinde, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmakta (RF Usul Kanunu, m. 28) ve bu kural yabancı unsurlu nafaka davaları bakımından da geçerlidir (RF Usul Kanunu, m. 402/1). Ancak Kanun'un "Davacının seçimine bağlı yetki" başlıklı 29. maddesine göre, nafaka taleplerine ilişkin davalar davacının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilmektedir. Yabancı unsurlu nafaka davalarına ilişkin yetki kuralı, "Yabancılık unsuru içeren davalarda mahkemelerin yetkisi" başlıklı RF Medeni Usul Kanunu'nun 44. bölümünde düzenlenmiştir. Kanun'un 402/3(3). maddesi uyarınca, yabancı unsurlu nafaka davaları ile babalık davaları, davacının Rusya Federasyonu'ndaki yerleşim yeri mahkemesinde¹¹¹ de açılabilir [m. 402/3(3)].

¹⁰⁶ *Mahkeme emri*, mahkeme kararı niteliğinde olup Kanun'un 122. maddesinde belirtilen ve parasal değeri beş yüz bin (500.000) Rus rublesini aşmayan talepler hakkında verilmektedir (RF Usul Kanunu m. 121/1).

¹⁰⁷ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararında, çocuk nafakasına ilişkin çıkarılan mahkeme emirleri de ele alınmış ve bu süreçte sulh hâkimlerinin önemli rolüne dikkat çekilmiştir (par. 3). Bkz. dn. 90'daki karar.

¹⁰⁸ *Федеральный Закон о Мирowych Судьях в Российской Федерации от 17.12.1998 г., N-188-ФЗ*; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 242, 22.12.1998.

¹⁰⁹ Ancak bu süre, mülga 1964 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu'nda (*Гражданский Процессуальный Кодекс РСФСР от 01.12.1964 г.*; Ведомости ВС РСФСР, 1964, N 24, ст. 407) daha kısaydı. Nitekim Kanun'un "Yargılama süreleri" başlıklı 99. maddesi uyarınca, tarafların aynı şehirde veya aynı ilçede bulunmaları durumunda, ilk derece mahkemesi çocuk nafakasına ilişkin talebi on gün içinde görüp karara bağlamakla yükümlüydü. Diğer durumlarda ise çocuk nafakası talebine ilişkin başvurunun kabul edildiği tarihten itibaren en geç yirmi gün içinde dava görülüp karara bağlanmaktaydı (m. 99).

¹¹⁰ Bkz. dn. 90'daki karar.

¹¹¹ Konu bağlamında aşağıdaki örnekten bahsetmek mümkündür. Olayda davacı Rus vatandaşı kadın (küçük çocuğun annesi), Danimarka vatandaşı eski eşine karşı çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi ve çocuk nafakası talebiyle RF Medeni Usul Kanunu madde 402/3(3) çerçevesinde Moskova'nın Perovski ilçe mahkemesinde dava açmıştır. Ancak mahkeme, 18 Eylül 2018 tarihli kararında Medeni Usul Kanunu'nun madde 402/3(3) gereği davacının Rusya Federasyonu'ndaki yerleşim yeri mahkemesinde yalnızca nafaka davası ile babalık davasının açılabilirliğini gerekçe gösterip dava dilekçesinin reddine karar vermiştir. Fakat üst mahkeme, 10 Ekim 2019 tarihli kararında

Son olarak belirtmek gerekir ki, çocuk nafakasına ilişkin mahkeme kararları çocuğun üstün yararı bağlamında kesinleşmeden icraya konulabilecek kararlar niteliğinde olup (RF Medeni Usul Kanunu m. 211) 2007 tarihli RF İcra Takibi Hakkında Federal Kanunu çerçevesinde icra edilmektedir.

D. Nafaka Yükümlülüğünün İhlâli ve Alınan Tedbirler

Rus hukukunda, çocuğun üstün yararı çerçevesinde düzenlenen çocuk nafakasının düzenli olarak ödenmesi büyük önem arz etmekte ve ilgili devlet kurumlarınca denetlenmektedir. Ancak buna rağmen Rusya Federasyonu'nda, çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüğün ihlâli meselesi de güncelliğini korumaktadır. Çünkü nafaka yükümlüsü diğer ebeveyn, ya nafaka yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınıyor ya da herhangi bir iş yerinde çalışmıyor veya çalışmıyordur¹¹².

Rus hukukunda çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, cezai yaptırımlar da dâhil olmak üzere çeşitli tedbirler öngörülmektedir. Bunlardan biri de, çocuk nafakasının belli sürede ve *kötü niyetle* ödenmediği hallerde ebeveyn ya da ebeveynlerin, ebeveynlik hakkından yoksun (mahrum) bırakılmasıdır (RF Aile Kanunu, m. 69)¹¹³. Ancak bu yaptırım, genel olarak işi gücü olup da bir yolunu bulan ve nafaka ödemekten kaçınan kötü niyetli ebeveyn/ebeveynler için öngörülmekte olup çalışmayan ya da çalışamayanları kapsamamaktadır. *Leonchikova*'ya göre, geçerli sebepleri olmaksızın çalışmayan ve nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen ebeveyn ya da ebeveynlerin de ebeveynlik hakkından yoksun bırakılmaları düşünülebilir. Yazarın tabiri ile kendi çocuklarına bakmayan *guguk-ebeveynlerin*¹¹⁴, yani guguk kuşu misali çocuğunu dünyaya getiren ve ebeveynlik sorumluluklarını yerine getirmeyen sözde ebeveynlerin en azından ebeveynlik hakkından yoksun bırakılması isabetli olacaktır¹¹⁵. Kanaatimizce, geçerli sebep olmaksızın çalışmayan ebeveyn/ebeveynler bakımından çocuk nafakasının sabit parasal miktara bağlanması yerinde olabilirdi. Nitekim mülga 1969 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Evlilik ve Aile Kanunu'nun¹¹⁶ 96. maddesinde böyle durumlarda *asgari* nafaka miktarının ödenmesi öngörülmüştü. Fakat yürürlükteki RF Aile Kanunu'nda *asgari* çocuk nafakası kurumuna yer verilmemiştir.

Cezai nitelikteki yaptırımlara gelince, buna ilişkin düzenlemeye RF Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde yer verilmiştir. Hükme göre, çocuk nafakasına ilişkin mahkeme kararı veya noter tasdikli nafaka anlaşması gereği küçük çocukların bakımı için gereken maddi desteği geçerli bir sebep olmaksızın yeteri gelire sahip olan ebeveynin ödememesi ve bu eylemin birden fazla kez tekrarlanması durumunda ilgili kişi, bir yıla kadar ıslah amaçlı çalışma¹¹⁷, aynı süre boyunca zorla çalıştırma¹¹⁸, üç aya

davacının yabancı unsurlu nafaka talebine ilişkin dava dilekçesinin reddinin hatalı olduğunu belirtip davanın yeniden ilk derece mahkemesinde görülmesine karar vermiştir; *Определение о Передаче Кассационной Жалобы для Рассмотрения в Судебном Заседании Суда Кассационной Инстанции, № 4г/9-10510/2019 от 10 октября 2019 года, г. Москва*. Karar için ayrıca bkz. <https://reputation.su/sudrf/190511645?ysclid=mc2ce985ui856015160> (ET: 16.06.2025).

¹¹² LEONCHIKOVA, s. 101. Benzer durum, Rusya Federasyonu'na dâhil diğer cumhuriyetlerde de gözlenmektedir; Örneğin, Dağıstan Cumhuriyeti için ayrıntılı bilgi için bkz. MAMEDOVA, s. 82-84; Buryatya Cumhuriyeti için bkz. METELEVA, s. 36. Hatta Dağıstan'da, Dağıstanlı Müslümanları Ruhani çocuk nafakasının ödenmesi bakımından çeşitli çalışmalarıyla destek sağlamakta ve kayda değer sayılarda olumlu sonuçlara ulaşıldığı belirtilmektedir. Dini kurumların çocuk nafakası konusunda katkı sağlaması Udmurtiya Cumhuriyeti için de söz konusu olmaktadır. Bkz. MAMEDOVA, s. 83.

¹¹³ Ebeveynlik hakkından yoksun bırakılma talebiyle mahkemeye başvurulabilecek kişiler; (a) ebeveynlerden biri (çocuktan ayrı yaşasa dahi); (b) vasi olarak atananlar; (c) savcı; (d) vesayet makamı ve çocuk hakları ile ilgili faaliyet gösteren diğer kurumlar (RF Aile Kanunu m. 70/1). RF Aile Kanunu'nun 72. maddesinde ise ebeveynlik hakkının iadesi düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında ebeveynlik hakkından yoksun bırakılma kararı verilen ebeveyn/ebeveynler, davranışlarını, yaşam tarzını ve çocuk yetiştirilmesine ilişkin tutumlarını değiştirmeleri halinde ebeveynlik hakkına mahkeme kararıyla yeniden kavuşabilmektedirler (m. 72/1). Ebeveynlik hakkının iadesi davalarında vesayet makamı ve savcı hazır bulunmaktadır (m. 72/2).

¹¹⁴ Burada yazar, ebeveynlik sorumluluklarını yerine getirmeyenleri mecazen "guguk-ebeveynler" olarak ifade etmiş ve bu gibileri guguk kuşuna benzetmiştir. Bilindiği üzere, guguk kuşunun en önemli özelliği yuva yapmaması ve yumurtalarını diğer kuşların yuvasına bırakmasıdır; bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Guguk> (ET: 9.7.2025). Yazarın tabiri ile "guguk-ebeveynler" de çocuklarını dünyaya getirip ancak bakımları ile ilgilenmeyen ebeveynlerdir; bkz. LEONCHIKOVA, s. 102.

¹¹⁵ LEONCHIKOVA, s. 102.

¹¹⁶ *Кодекс о Браке и Семье РСФСР от 30.07.1969 г.*; Ведомости ВС РСФСР, 1969, N 32, ст. 1397.

¹¹⁷ ıslah amaçlı çalışma, hüküm giyen kişinin kazancının belirli bir kısmının hazineye aktarılmasını ifade eden bir tür cezai yaptırımdır. RF Ceza Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, ıslah amaçlı çalışma cezasına mahkûm edilen kişi ya kendi iş yerinde ya da belli bir işyerinin olmadığı hallerde yetkili makamlarca belirlenen ve fakat hükümlü kişinin ikamet ettiği bölgede bulunan bir iş yerinde ıslah çalışmasına

kadar tutuklanma veya bir yıla kadar hapis¹¹⁹ cezası ile cezalandırılabilir. Hükümdeki “geçerli bir sebep olmaksızın” ifadesi ile ilgili anılan maddenin 2. fıkrasında açıklama yapılmış ve birden fazla kez nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen ebeveynin, idari cezaya tâbi tutulduğu süreçte bu yükümlülüğünü tekrar ihlâl etmesi durumunun anlaşılacağı hükme bağlanmıştır (RF Ceza Kanunu m. 157/2). Ancak Ceza Kanunu’nun 157/1. maddesi kapsamında cezai yaptırım uygulanan kişinin, çocuk nafakasına ilişkin borcunun tamamını kapattığı durumunda cezai sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir (RF Ceza Kanunu, m. 157/3).

Çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmemesi diğer bazı ülke hukuklarında da önemli bir mevzu olup buna yönelik alınan tedbirler de dikkat çekmektedir. Örneğin, Avusturya, Fransa ve İsviçre’de boşanma davasının şartlarından biri de usulüne uygun olarak çocuk nafakasına ilişkin hazırlanan nafaka anlaşmasının dosyada yer almasıdır. İtalya’da ise boşandıktan sonra tekrar evlenmek isteyen kişinin, önceki evliliklerine ilişkin nafaka anlaşmasını ibraz etmesi şart koşulmuştur. Yine alınan tedbirler ile ilgili örneğin Belarus’ta (Beyaz Rusya), nafaka yükümlüsü ebeveyn/ebeveynlerin çalışmaması durumunda bunların devlet eliyle bir işe girmelerine olanak sağlanmaktadır¹²⁰. Amerikan Birleşik Devletleri (ABD) ve Kanada’da ise nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyenlerin sürücü ehliyeti gibi girişimcilik faaliyetine ilişkin çeşitli türdeki lisanslarına dahi el konulabilmektedir¹²¹. Ayrıca ABD’de bu konuda çok önemli bir uygulamaya daha yer verilmiştir. Buna göre, nafaka borçlularının ödeme gücünün tespit edilmesi amacıyla vesayet makamlarının finans kurumlarında açılan yeni hesaplara erişebilme hakkı bulunmaktadır¹²². Yine konu ile ilgili bizim de katıldığımız görüşe göre, kötü niyetle çocuk nafakasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen ebeveyn ya da ebeveynler açısından, yukarıdakilere ilaveten yurt dışına çıkışlarının kısıtlanması da yerinde ve etkili bir yöntem olabilmektedir¹²³. Çocuk nafakası yükümlülüğünden kaçınan kötü niyetli ebeveyn/ebeveynlerin, çeşitli banka ve finans kuruluşlarından kredi almalarının kısıtlanmasının da konu bağlamında etkili olabileceğini düşünmekteyiz.

E. Nafaka Fonu

Nafaka yükümlüsü ebeveynlerin, bu yükümlülüklerini kötü niyetle yerine getirmedikleri ya da çeşitli nedenlerden dolayı getiremedikleri durumunda küçük çocukların maddi destekten yoksun bırakılmaması gerekçesiyle yakın zamanda Rusya Federasyonu *GosDuma*’sında¹²⁴ bir nafaka fonunun oluşturulmasına ilişkin kanun teklifi sunulmuş ve böyle bir uygulamanın bazı ülke hukuklarında yer aldığı gerekçe olarak gösterilmiştir. Buna göre, çocuk nafakası ödenmeyen küçüklerin mağdur olmamaları için çocuk nafakası nafaka fonundan karşılanıp, akabinde ödenen nafaka miktarı nafaka yükümlüsü ebeveyn/ebeveynlerden

tâbi tutulacaktır. İslah amaçlı çalışma cezasına çarptırılan kişinin maaşından, mahkeme kararıyla %5 ila %20 arasında değişen oranlarda kesinti yapılmaktadır (RF Ceza Kanunu m. 50/3). İslah amaçlı çalışma cezasından hüküm giyen kişinin, ceza öncesi belirli bir iş yerinde sürekli olarak çalışması durumunda cezası genel olarak aynı iş yerinde infaz edilmektedir.

¹¹⁸ Zorla çalıştırma ise, islah amaçlı çalışmadan farklı olarak ceza infaz sisteminin belirlediği yerlerde infaz edilmektedir. 1997 tarihli ve N 1-ФЗ sayılı Rusya Federasyonu Ceza İnfaz Kanunu’nun (*Уголовно-Исполнительный Кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 N 1-ФЗ*; Российская Газета (Rossiyskaya Gazeta), N 9, 16.01.1997) madde 60.1/1 uyarınca, zorla çalıştırma cezasına mahkûm edilenler, bu cezaı Rusya Federasyonu’nun özel kurumları olan islah merkezlerinde çekmekte ve maaşlarından mahkeme kararında belirtilen miktarda kesinti yapılmaktadır. Anılan maddeye göre, zorla çalıştırma suçundan hüküm giyenler, cezalarını ikamet ettikleri veya hüküm giydikleri Rusya Federasyonu’nun sınırları dâhilinde bulunan islah merkezlerinde çekmektedirler (m. 60.1/1). Zorla çalıştırma, aslında Rus ceza hukukunda nispeten yeni bir yaptırım türü olup hapis cezasına alternatif olarak uygulanmaktadır (RF Ceza Kanunu m. 53.1).

¹¹⁹ Hapse ilişkin cezai yaptırım Türk hukukunda da öngörülmektedir. Şöyle ki, mahkeme kararına rağmen nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda 2004 sayılı ve 1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu’nun (İİK) (19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete) 344. maddesi uyarınca “... üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse borçlu tahliye edilir”.

¹²⁰ MAMEDOVA, s. 83; MİKHAYLOVA, Elena / MİKHAYLOV, İlya (Михайлова, Елена / Михайлов, Илья): “Анализ Зарубежного Опыта в Сфере Взыскания Алиментных Платежей (Nafakanın Tahsili ile İlgili Yabancı Ülke Deneyimlerinin Analizi)”, *Ученые Записки Орловского Государственного Университета (Uchenie Zapiski Orlovskogo Gosudarstvennogo Universiteta) Dergisi*, 2013, Cilt 5, Sayı 55, s. 184.

¹²¹ MİKHAYLOVA / MİKHAYLOV, s. 185.

¹²² MAMEDOVA, s. 84.

¹²³ MAMEDOVA, s. 83.

¹²⁴ *GosDuma* ile ilgili açıklama için bkz. dn. 34.

rücu edilebilecektir. Zira çocuk nafakasının tahsiline ilişkin mevcut uygulama, doktrinde¹²⁵ de belirtildiği üzere, bazı durumlarda yeterince etkili olmadığı gibi çocuğun üstün yararının zedelenmesine de yol açabilmektedir. Ancak nafaka fonunun oluşturulmasına ilişkin teklif Rusya Federasyonu hükümeti tarafından reddedilmiş ve gerekçe olarak da Rus hukukunda çocuklara yönelik zaten çeşitli destek programlarının uygulanması, çocuk nafakasının ödenmediği süreçte çocuklara ödenek sağlanması ve icra memurlarının bu yönde gerekli tüm çalışmaları titizlikle yürütüyor olmaları gösterilmiştir¹²⁶.

Nafaka fonunun kurulduğu ülkelerden bazılarında örnek vermek gerekirse; örneğin Letonya’da Çocuk ve Aile Bakanlığı inisiyatifiyle 2005 yılında başkent Riga’da Çocuk Nafakası Garanti Fonu¹²⁷ kurulmuş ve diğer bazı şehirlerde de şubeleri açılmıştır. Fon, nafaka yükümlüsü ebeveynin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi ya da getirememesi durumunda çocuğun bakımı için diğer ebeveyne nafaka ödemesi yapmaktadır. Ayrıca Garanti Fonu, nafaka yükümlülüğünü kötü niyetle yerine getirmeyen ebeveynlere devlet kurumlarından çeşitli hizmetler alma konusunda kısıtlamalar getirmekte ve bu bağlamda resmi kurumlarla işbirliği yapmaktadır¹²⁸. Benzer nitelikteki *Child Support Agency* (CSA) Birleşik Krallık’ta da kurulmuş olup, çocuklarıyla yaşamayan ebeveynlerden nafaka alınmasını ve çocuklara maddi destek sağlanmasını amaçlamaktadır. CSA uygulamasında devlet, çocuk nafakası tahsilini kurmuş olduğu kurum dâhilinde ve eşleri yüz yüze getirilmeden düzenli olarak sağlamaktadır¹²⁹. CSA sistemini geliştiren Amerikan hukukunda ise çocuk nafakası ödemeleri için ebeveynlerin, kendi aralarında anlaşmaları teşvik edilmekte ve buna yönelik çocuk büroları oluşturulmaktadır. Yeni bir uygulama olmasına rağmen bu sistemde daha az maliyetle daha iyi uzlaşların sağlandığı görülmektedir¹³⁰. Yine konu ile ilgili İsrail’de kurulan Ulusal Sigorta Kurumu (*Bituahleumi*) uygulamasını da örnek olarak göstermek mümkündür. Uygulamaya göre, nafaka yükümlüsünün yeri bilinmiyor ve dolayısıyla çocuk nafakası ödenmiyor ise, nafaka alacaklısının Ulusal Sigorta Kurumu’ndan nafaka temin etmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak bunun için çocuk nafakasına ilişkin mahkeme kararı ya da ebeveynler arasında yapılan nafaka anlaşmasının ibraz edilmesi şart koşulmaktadır¹³¹. Konu ile ilgili Ukrayna’daki uygulama da dikkat çekmektedir. Buna göre, çocuk nafakası yükümlüsünün çalışmadığı, kötü niyetle bu yükümlülüğünden kaçındığı veya bulunduğu yerinin bilinmediği durumlarda küçük çocukların maddi destekten yoksun bırakılmamasına yönelik ve geçici nitelikte devlet desteği sağlanmakta ve bunun miktarı ülkede belirlenmiş asgari geçim tutarının %30’dan daha az olmamaktadır¹³². Çocuk nafakasının temini ile ilgili bir diğer uygulama da Avusturya’da mevcuttur. Buna göre devlet, ergin olmayan çocukların yaşına göre ve en fazla beş yıl süre ile nafaka avansı ödemekte ve daha sonra ödenen nafaka tutarını nafaka yükümlüsünden mahkeme kararı ile tahsil etmektedir. Ancak burada dikkat çeken husus ise Avusturya mevzuatına göre, ebeveynlerden birinin çocukla birlikte yaşamaması durumunda çocuğun otomatik olarak nafaka hakkını haiz olmasıdır. Bu bağlamda nafaka yükümlülüğü, ebeveynlerin evli olup olmadıklarına bakılmaksızın karara bağlanmakta ve çocuğun ebeveynlerinden biriyle aynı hanede yaşamaması durumu göz önünde bulundurulmaktadır¹³³.

Görüldüğü üzere, çocuk nafakasına ilişkin farklı devletlerde farklı uygulamalar söz konusu olmakla birlikte, güdülen ortak amaç ise küçük çocukların maddi destekten yoksun bırakılmamasıdır. Bu amaç doğrultusunda çeşitli devletlerde kurulan nafaka fonları niteliğindeki kurumların çocuk nafakası alanındaki katkıları değerli ve önemlidir.

¹²⁵ LEONCHIKOVA, s. 104; KONTSEVOY, *Milletlerarası Sözleşmeler*, s. 45.

¹²⁶ ORLOV, Petr (Орлов, Петр): *Правительство не Поддержало Идею Создания Алиментного Фонда (Hükümet Nafaka Fonu Oluşturulması Fikrini Desteklemedi)*, 2023 (<https://rg.ru/2023/09/14/otca-ne-zameniat.html>, ET: 05.03.2025).

¹²⁷ Benzer uygulama *Försäkringskassan* İsveç’te de mevcuttur. Bkz. NESTEROVA, s. 239.

¹²⁸ MARKOVA, s. 29; NESTEROVA, s. 239.

¹²⁹ YAZICI, s. 42; MARKOVA, s. 29.

¹³⁰ YAZICI, s. 42.

¹³¹ MARKOVA, s. 29.

¹³² NESTEROVA, s. 245.

¹³³ NESTEROVA, s. 240. Belirtmek gerekir ki, nafaka fonu ile ilgili örnekler yukarıdaki ülkelerle sınırlı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NESTEROVA, s. 238 vd.; MARKOVA, s. 28-29.

Nafaka fonu ile ilgili son olarak belirtmek gerekir ki, fonun oluşturulması yeterli kaynak ve ciddi organizasyonu gerektirdiği gibi nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyenler açısından da nafakanın tahsili ile ilgili etkili mekanizmanın geliştirilmesini gerektirmektedir. Ancak bu şekilde kurulacak nafaka fonunun devlet için finansal yük haline gelmeyeceğini söylemek mümkün olabilmektedir¹³⁴. Ayrıca, oluşturulması önerilen nafaka fonunun tüm artıları ile eksilerini diğer ülkelerdeki uygulamaları da dikkate alarak fonun kurulması için en uygun yaklaşımı geliştirmek amacıyla geniş bir kamuoyu ile uzman görüşü ve analizinin yapılması da önem arz etmektedir.

F. Rusya Federasyonu'nda Yabancı Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

1. Genel Olarak

Çocuk nafakasının, milletlerarası aile hukukunun güncel konularından biri olduğunu yukarıda da belirtmiştik. Günümüz dünyasında sınırlarla ayrılmış birçok aile bulunmakta ve bir ebeveynin başka bir ülkede bulunan çocuklarının bakımı ve eğitimleri ile ilgili destek sağlama yükümlülüğü söz konusu olmaktadır¹³⁵. Bu durum, genellikle yabancı unsurlu aile ilişkileri için söz konusu olup uygulamada bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle, çocuk nafakasına ilişkin devlet mahkemelerinde dava açıldığında, verilen kararların başka devletlerde tanınması ve tenfizi gibi nafakanın tahsili sorunu da gündeme gelmektedir.

Milletlerarası nitelikteki nafaka ile ilgili zorlukların aşılması hususunda devletler işbirliği içinde hareket etmeyi tercih etmektedirler¹³⁶. O yüzden, çocuk nafakası da dâhil olmak üzere nafaka kararlarının icrasına ilişkin milletlerarası sözleşmeler akdedilmektedir. Ancak Rusya Devleti'nin bu sözleşmelere taraf olmaması nedeniyle yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi meselesi ilgili Rus mevzuatı çerçevesinde çözümlenmektedir.

2. Tanıma ve Tenfize İlişkin Esaslar

Yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili öncelikle belirtmek gerekir ki, tanıma ve tenfize konu olan çocuk nafakası Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu Minsk (2021 yılına kadar)¹³⁷ veya Kişinev¹³⁸ Konvansiyonu kapsamında ise bu durumda konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Diğer hallerde ise konu bağlamında iç hukuk kuralları uygulanmaktadır.

2002 tarihli RF Usul Kanunu'nun "Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin reddi" başlıklı 412/1. maddesinde, çocuk nafakası da dâhil olmak üzere hukuk davalarına ilişkin verilmiş kararların tanıma ve tenfiz talebinin ret sebepleri altı bent halinde sınırlı olarak belirtilmiştir. Buna göre,

¹³⁴ Bkz. ORLOV.

¹³⁵ AKINCI / DEMİR GÖKYAYLA, s. 79; DRUJİNİNA, Aleksandra / KRASNİKOVA, Kristina (Дружинина, Александра / Красникова, Кристина): "Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)", *Молодой Учёный (Molodoy Ucheny) Dergisi*, 2023, Cilt 49, Sayı 496, s. 281.

¹³⁶ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 230; KONTSEVOY, Gennadiy (Концевой, Геннадий): "Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)", *Вестник Саратовской Государственной Юридической Академии (Vestnik Saratovskoy Gosudarstvennoy Yuridicheskoy Akademii) Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 104, s. 176 (Nafaka Yükümlülüğü).

¹³⁷ Bkz. dn. 77, 80. Minsk Konvansiyonu'nun çocuk nafakası kararının tanıma ve tenfiz davasında uygulanması ile ilgili 2010 tarihli ve N 3-57/2010 sayılı Moskova Şehir Mahkemesi kararını örnek olarak göstermek mümkündür. Karara konu olan olayda, Rus vatandaşı davacı (çocuğun annesi), çocuğun babasına karşı 2004 yılında Ukrayna'nın Nijnegorski Mahkemesi'nde açtığı davada çocuk nafakası hakkında verilen kararın Rusya'da icra edilmesi için Mart 2010'da Moskova Şehir Mahkemesi'nde tanıma-tenfiz davası açmıştır. Çünkü davalı da Rusya'ya taşınmıştır. Tenfiz davasına itiraz eden davalı, nafaka alacaklısı eski eşine evinin mülkiyetini devrettiğini ve RF Medeni Usul Kanunu madde 409/3'te yabancı mahkeme kararlarının icrası bakımından öngörülen üç yıllık zamanaşımı süresinin sona erdiği gerekçesiyle tenfiz talebinin reddini istemiştir. Ancak mahkeme, tenfiz talebini çocuğun üstün yararı çerçevesinde değerlendirip, çocuk nafakasının niteliği ve özelliği itibarıyla Kanun'daki üç yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmadığını ve buna ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının çocuğun erginlik yaşına kadar tanınıp tenfiz edilebileceğini belirterek tenfiz talebini kabul etmiştir. O tarihlere hem Ukrayna hem de Rusya'nın 1993 tarihli Minsk Konvansiyonu'na taraf olması (2021 yılından itibaren Kişinev Konvansiyonu uygulanmaktadır.) sebebiyle tanıma-tenfiz davasında Konvansiyon hükümleri uygulanarak tenfiz kararı verilmiştir; bkz. *Определение Московского Городского Суда от 22 марта 2010 г. по делу N 3-57/2010* (Гарант).

¹³⁸ Bkz. dn. 79.

- a. Nafaka kararı, kararın alındığı ülkenin hukukuna göre kesinlik kazanmamış veya icra edilemez ise,
- b. Savunma haklarına aykırı olarak aleyhine karar verilen taraf, usulüne uygun olarak davanın görüldüğü yer ve zaman hakkında bilgilendirilmemiş ve bu nedenle davaya katılamamış ise,
- c. Karar, Rus mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında olan bir konuda verilmiş ise,
- d. Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dava hakkında Rus mahkemesinin kesinleşmiş kararı bulunuyor ya da tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dava halen Rus mahkemesinde derdest ise,
- e. Kararın uygulanması Rusya Federasyonu'nun egemenliğine zarar verebilecek veya Rusya Federasyonu'nun güvenliğine tehdit oluşturabilecek ya da Rusya Federasyonu'nun kamu düzenine aykırı ise,
- f. Yabancı mahkeme kararının icraya konulması süresi sona ermiş ve bu süre, davacının talebi üzerine RF mahkemesi tarafından uzatılmamış ise yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfiz talebi reddedilecektir.

Nafaka kararlarının tanınması ve tenfizinin ret sebepleri 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 22. maddesinde¹³⁹ de düzenlenmiştir. Aslında Sözleşme'deki ret sebepleri ile Rus hukukundaki sebepler büyük ölçüde örtüşmekle birlikte, RF Usul Kanunu'nda *kararın usule ilişkin bir konu ile ilgili olarak sahtecilikle elde edilmesi* gibi bir ret sebebine yer verilmemiştir. Tek fark bu olsa bile yine de Rusya Federasyonu'nun *çocuğun üstün yararı ilkesi* bağlamında 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olması önem arz etmektedir. Zira bu durum, çocuk nafakasına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin yanında nafakanın tahsilini de kolaylaştıracağı¹⁴⁰ için *çocuğun üstün yararının* sağlanmasına hizmet edecektir.

Rusya Federasyonu'nda, anlaşma kapsamında olmayan ve çocuk nafakasına ilişkin yabancı mahkemelerden alınan bazı kararların milletlerarası nezaket kuralları çerçevesinde tanınıp tenfiz edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Ancak *Markova*'nın da belirttiği gibi, Rusya Federasyonu'nun 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi'ni onaylaması durumunda çocuk nafakasına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde hukuki engellerin büyük ölçüde ortadan kalkacağı açıktır. Yazara göre, 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için temel şartlardan biri de, özellikle nafaka ile ilgili mahkeme kararlarının icrasına ilişkin iç hukuk düzenlemesinin geliştirilmesi önem kazanmaktadır. Ancak konu ile ilgili milletlerarası sözleşmelere taraf olunmadığı hallerde de nafakanın tahsiline ilişkin prosedürün basitleştirilmesi amacıyla ulusal mevzuatta yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve icrasına ilişkin *karşılıklılık* ilkesinin açıkça düzenlenmesi icap etmektedir. Karşılıklılığın sağlanması durumunda ise Rusya devleti, farklı devletlerle iş birliği kurabilecek ve bu da gelecekte *exequatur* şartının kaldırılması ile çocuk nafakasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve icrasını oldukça kolaylaştıracaktır¹⁴¹.

¹³⁹ “Tanıma ve tenfizi reddetme gerekçeleri” başlıklı madde 22: “*Kararın tanınması ve tenfizi aşağıdaki koşullarda reddedilebilir: a) Kararın tanınması ve tenfizi talepte bulunulan Devletin kamu düzenine (ordre public) açıkça aykırı ise; b) Karar, usule ilişkin bir konu ile ilgili olarak sahtecilikle elde edilmişse; c) Aynı taraflar arasında ve aynı amacı taşıyan davalar talepte bulunulan Devletin yetkili makamı huzurunda görülmekte ise ve söz konusu davalar ilk kez açılıyorsa; d) Karar, talepte bulunulan Devlette veya başka bir Devlette, aynı taraflar arasında verilen ve aynı amacı taşıyan kararla uyumadığında, söz konusu uyumayan kararın talepte bulunulan Devlette tanınması ve tenfizi için gerekli şartları taşıması koşuluyla; e) Davalının menşe devletteki davada hazır bulunmadığı ve temsil edilmediği durumlarda: i) Menşe Devlet hukukunun davanın ihbarına olanak sağlamasına karşın davalıya usulüne uygun ihbar yapılmamış ve kendisini savunma hakkına sahip olamamışsa veya ii) Menşe Devlet hukuku davanın ihbarına olanak sağlamıyor, karar davalıya usulüne uygun bir şekilde bildirilmemiş ve maddi vakia ve hukuki hususlara ilişkin itiraz ya da temyiz imkânı sunulmamışsa veya f) Kararın 18. maddeyi ihlal ederek verildiği durumlarda.*”.

¹⁴⁰ MARKOVA, s. 28.

¹⁴¹ MARKOVA, s. 29.

SONUÇ

Günümüzde çocuk nafakası, milletlerarası aile hukukunun önemli konularından biri olup buna ilişkin imzalanmış milletlerarası sözleşmeler mevcuttur. Uluslararası hukukta olduğu gibi, çocuk nafakası konusu ulusal hukuklarda da büyük önem arz etmektedir. Ülke kanun koyucuları, çocuk nafakasını düzenlerken çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde bulundurmaya gayret etmektedirler. Bu durum Rusya Federasyonu için de söz konusudur.

Rus hukukunda “çocuğun üstün yararı” tanımlanmamış olmakla birlikte, çocuk ile ilgili konularda bu ilkeye riayet edildiği ve bunun çocuk nafakası alanında da nazara alındığı görülmektedir. Çocuk nafakası ile ilgili gerek esaslı ve gerekse de usuli konular olsun, yapılan düzenlemeler çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket edildiğine işaret etmektedir. Lâkin çocuk nafakası kurumuna iç hukukta verilen öneme karşın, Rusya Federasyonu’nun nafaka ile ilgili milletlerarası sözleşmelere taraf olmaması pek anlaşılmamaktadır. Hatta bu durumun çocuğun üstün yararı ilkesi ile bağdaşmadığını söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Çünkü bu durum, milletlerarası karakterli çocuk nafakasına ilişkin konularda (nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi, nafakanın tahsili vb.) zorlukları meydana getirebileceği gibi nafaka ödenen çocukların menfaatlerini de olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Belirtilmelidir ki, çocuk nafakası ile ilgili hukuki sorunlar sadece milletlerarası karakterli nafaka ilişkilerine özgü değildir. Rus iç hukukunda da çocuk nafakası ile ilgili çeşitli sorunlar ortaya çıkmakta ve bunların başında nafaka yükümlülüğünün “kötü niyetle” ihlali gelmektedir. Nafaka yükümlülüğünün ihlali durumunda uygulanan yaptırımların sorunun çözümünde bazen yetersiz kaldığı gözlenmektedir. Bu nedenle, cezai nitelikli yaptırımların etkin biçimde uygulanabilmesi için “nafaka yükümlülüğünün kötü niyetle ihlali”nin yasal düzeyde tanımlanması yerinde olacaktır.

Çocuk nafakasına ilişkin ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla yine ilgili Rus mevzuatının iyileştirilmesi ve nafaka yükümlülüğü ile ilgili denetimlerin artırılması önem arz etmektedir. Hatta nafaka yükümlülüğünü kötü niyetle yerine getirmeyen ebeveyn ya da ebeveynlere karşı alınacak tedbirler ile ilgili diğer hukuk sistemlerindeki örnek uygulamalardan (banka hesapları ve çeşitli lisanslara el konulması, yurt dışı çıkış yasağı vs.) da istifade edilebilir. Bunun yanında, çocuğun üstün yararı bağlamında Rusya Federasyonu’nda *nafaka fonunun* kurulması meselesinin de yeniden gündeme getirilmesi kanaatimizce isabetli olabilecektir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise on sekiz yaşını dolduran ve eğitime devam eden çocuklara yönelik nafaka ödemesinin erginlikten sonra kesilmesidir. Bu durumda olan çocuklar açısından da, bazı yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, eğitim süresince ve fakat belirli bir yaşa kadar ebeveynleri tarafından maddi destek sağlanmasının yasal düzeyde kabul edilmesinin yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukuk bağlamında çocuk nafakasına ilişkin kararların etkin bir şekilde icra edilebilmesi için, Rusya Federasyonu’nun en azından 2007 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne taraf olması ya da iç hukukunda *karşılıklılık* ilkesine yer vermesi *çocuğun üstün yararının* korunması bakımından olumlu bir gelişme olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya / DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKKAYA, Mustafa: “Osmanlı’da 16. ve 17. Yüzyıllar Arasında Nafaka Uygulamaları ile Satın Alma Gücü Arasındaki İlişki”, *History Studies Dergisi*, 2018, Cilt 10, Sayı 7, s. 295-319.
- ALASHEEVA, Ameliya (Алашеева, Амелия): “Интересы Ребенка Как Правовая Категория (Hukuki Bir Kavram Olarak Çocuğun Yararı)”, *Электронный Научный Журнал “Наука. Общество. Государство” (Elektronnyy Nauchnyy Jurnal “Nauka. Obşestvo. Gosudarstvo”)* Dergisi, 2020, Cilt 3, Sayı 31, s. 152-160.
- ANTOKOLSKAİA, Maria (Антокольская, Мария): *Семейное Право (Aile Hukuku)*, Yurist Yayınevi, Moskova, 1996.
- ASTANOV, Pavel (Астахов, Павел): *Семья. Юридическая Помощь с Вершины Адвокатского Профессионализма (Aile. Avukatlık Mesleğinin Zirvesinden Sunulan Hukuki Destek)*, EKSMO Yayınevi, Moskova, 2006.
- AYDIN, M. Akif: *Osmanlı Aile Hukuku*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017.
- AYGÜN, Mesut / ÇAĞLAYAN AYGÜN, Gözde: “Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 2, s. 71-102.
- AYGÜN, Mesut: “Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin 2007 Tarihli La Haye Protokolü”, (Ed.) TİRYAKİOĞLU, Bilgin / AYGÜN, Mesut / ÖNAL, Ali / ALTIPARMAK, A. Kübra / KAYA, Cansu: *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 577-590 (La Haye Protokolü).
- AYGÜN, Mesut: *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Yeni Sistem).
- BAYRAM DUMLUDAĞ, M. Sinem: *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakanın Tahsili*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2024.
- BESPALOV, Yuriy (Беспалов, Юрий): *Судебная Защита Семейных Прав Ребенка (Çocuğun Aile Haklarının Adli Olarak Korunması)*, СПАРК, Moskova, 1997.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem: *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇETİNTAŞ, Recep: “İslam Hukukunda Evlenmeden Doğan Haklar Bakımından Nafaka”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 12, Sayı 24, s. 185-203.
- DEMİCHEV, Aleksey (Демичев, Алексей): *Семейное Право (Aile Hukuku)*, Москва ИД “Форум” ИНФРА-М, Moskova, 2011.
- DOĞAN, İzzet: “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, Cilt 35, Sayı 1, s. 59-95.
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / AYHAN İZMİRLİ, Lale: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2023.
- DORİNA Viktoria (Дорина, Виктория): “Понятие ‘Наилучший Интерес Ребенка’ в Международном Праве (Uluslararası Hukukta “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı)”, *Вестник Полоцкого Государственного Университета (Vestnik Polotskogo Gosudarstvennogo Universiteta)* Dergisi, 2021, Sayı 1, s. 113-119.
- DRUJİNİNA, Aleksandra / KRASNİKOVA, Kristina (Дружинина, Александра / Красникова, Кристина): “Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)”, *Молодой Учёный (Molodoy Ucheniy)* Dergisi, 2023, Cilt 49, Sayı 496, s. 281-283.
- DURAN, Duygu: “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Kapsamında Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Hükümlerinin Uygulamaya Yansımaları”, *TBB Dergisi*, 2025, Sayı 177, s. 127-143.
- EEKELAAR, John: “Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children”, *The International Journal of Children’s Rights*, 2015, Cilt 3, s. 1-13.

- EKŞİ, Nuray: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ERSÖZ, Oğuz: “Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 463-509.
- GRESK, Elizabeth: “Opposing Viewpoints: Best Interests of the Child vs. the Fathers’ Rights Movement”, *Children’s Legal Rights Journal*, 2013, Cilt 33, Sayı 2, s. 390-394.
- HAMZAÇEBİ, Mehmet: “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 23-48.
- İPEK, Nurcan: “Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 222-290.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- KONTSEVOY, Gennadiy (Концевой, Геннадий): “Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)”, *Вестник Саратовской Государственной Юридической Академии (Vestnik Saratovskoy Gosudarstvennoy Yuridicheskoy Akademii) Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 104, s. 175-179 (Nafaka Yükümlülüğü).
- KONTSEVOY, Gennadiy (Концевой, Геннадий): “Коллизионное Регулирование Алиментных Обязательств в Международных Соглашениях (Milletlerarası Sözleşmelerde Nafaka Yükümlülüğünün Düzenlenmesi)”, *Вестник ПАГС (Vestnik PAGS) Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 47, s. 42-47 (Milletlerarası Sözleşmeler).
- KOSOVA, Olga (Косова, Ольга): “Соглашение об Уплате Алиментов: Вопросы Содержания и Применения (Nafaka Anlaşması: İçerik ve Uygulamadaki Sorunları)”, *Российская Юстиция (Rossiyskaya Yustitsiya) Dergisi*, 2004, Sayı 2, s. 36-38.
- KRAVCHUK, Natalya (Кравчук, Наталья): “Наилучшие Интересы Ребенка: Содержание Понятия и Его Место в Семейном Законодательстве России (Çocuğun Yüksek Yararı: Kavramın İçeriği ve Rusya Aile Mevzuatındaki Yeri)”, *Актуальные Проблемы Российского Права (Aktualniye Problemy Rossiyskogo Prava) Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 78, s. 97-103.
- KUZNETSOVA, Olga (Кузнецова, Ольга): “Интересы Ребенка Как Один из Механизмов Эффективной Защиты Прав и Законных Интересов Ребенка (Çocuğun Hakları ve Yasal Çıkarlarının Etkin Korunması Mekanizmalarından Biri Olarak Çocuğun Yararı)”, *Вестник Экономики, Управления и Права (Vestnik Ekonomiki, Upravleniya i Prava) Dergisi*, 2024, Cilt 17, Sayı 3, s. 45-55.
- LEONCHIKOVA, Marina (Леончикова, Марина): “Взыскание Алиментов на Несовершеннолетних Детей: Проблемы Теории и Практики (Çocuk Nafakasının Tahsili: Teori ve Uygulamadaki Sorunlar)”, *Вестник Магистратуры (Vestnik Magistratury) Dergisi*, 2014, Cilt 6, Sayı 33, s. 101-105.
- LLORENS, J. Cardona: “Presentation of General Comment No. 14: Strengths and Limitations, Points of Consensus and Dissent Emerging in Its Drafting”, (Ed.) (SORMUNEN, Milka: *The Best Interests of the Child a Dialogue between Theory and Practice*, Council of Europe, 2016, s. 11-17.
- MAKSİMOVİÇ, Lyubov (Максимович, Любовь): “Соглашение об Уплате Алиментов: Вопросы Теории и Практики (Nafaka Anlaşması: Teori ve Uygulamadaki Sorunları)”, *ИГП РАН Dergisi*, 2008, Sayı 2, s. 133-148.
- MAMEDOVA, Maumunat (Мамедова, Маймунат): “Проблемы Исполнения Решений Судов по Дела о Взыскании Алиментов на Содержание Несовершеннолетних Детей (Сравнительный Анализ Российского и Зарубежного Законодательства) [Çocuk Nafakasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Uygulanması ile İlgili Sorunlar (Rus ve Yabancı Mevzuatın Karşılaştırmalı Analizi)]”, *Юридический Вестник ДГУ (Yuridicheskij Vestnik DGU) Dergisi*, 2016, Cilt 19, Sayı 3, s. 82-86.
- MARKOVA, Olesya (Маркова, Олеся): “Алиментные Обязательства в Международном Частном Праве (Milletlerarası Özel Hukukta Nafaka Yükümlülüğü)”, *Международное Публичное и Частное Право (Mejdunarodnoe Publichnoe i Chastnoe Pravo) Dergisi*, 2011, Sayı 3, s. 24-29.
- McCOY, Jennifer L: “Spousal Support Disorder: An Overview of Problems in Current Alimony Law”, *Florida State University Law Review*, 2005, Cilt 33, Sayı 2, s. 501-526.

- METELEVA, Ekaterina (Метелёва, Екатерина): “Особенности Порядка Уплаты Алиментов на Содержание Несовершеннолетних Детей в России, Японии и Китае (Rusya, Japonya ve Çin’de Çocuk Nafakası Ödenmesinin Özellikleri)”, *Современная Цивилистика (Sovremennaya Tsivilistika) Dergisi*, 2022, Sayı 2, s. 36-40.
- MİKHAYLOVA, Elena / MİKHAYLOV, İlya (Михайлова, Елена / Михайлов, Илья): “Анализ Зарубежного Опыта в Сфере Взыскания Алиментных Платежей (Nafakanın Tahsili ile İlgili Yabancı Ülke Deneyimlerinin Analizi)”, *Ученые Записки Орловского Государственного Университета (Uchenie Zapiski Orlovskogo Gosudarstvennogo Universiteta) Dergisi*, 2013, Cilt 5, Sayı 55, s. 184-186.
- MİROLYUBOVA, Olga (Миролюбова, Ольга): “О Семейно-Правовом Понятии Интересы Ребенка (Aile Hukukunda Çocuğun Yararı Kavramı Üzerine)”, *Вестник ЯрГУ (Vestnik YarGu) Dergisi*, 2012, Cilt 4, Sayı 1, s. 57-58.
- NAGORNAYA, İrina (Нагорная, Ирина): “Понятие ‘Наилучшие Интересы Ребенка’ в Доктрине и Судебной Практике США и Австралии (ABD ve Avustralya Doktrini ve Adli Uygulamalarında ‘Çocuğun Yüksek Yararı’ Kavramı)”, *Глава Книги, Современное Семейное Право*, Moskova, 2015, s. 122-131.
- NECHAYEVA, Aleksandra (Нечаева, Александра): “Защита Интересов Ребенка в Многодетной Семье (Çok Çocuklu Bir Ailede Çocuğun Yararının Korunması)”, *Законы России (Zakonı Rossii) Dergisi*, 2012, Sayı 6, s. 59-67.
- NESTEROVA, Darya (Нестерова, Дарья): “Алиментные Обязательства в Российской Федерации и Зарубежных Странах (Rusya Federasyonu ve Yabancı Ülkelerde Nafaka Yükümlülüğü)”, *Вопросы Российской Юстиции (Voprosı Rossiyskoy Yustitsii) Dergisi*, 2022, Sayı 18, s. 236-247.
- NURİYEVA, Elena (Нуриева, Елена): “Регулирование Алиментных Обязательств в Российской Федерации и Иных Правопорядках Иностранных Государств (Rusya Federasyonu ve Diğer Bazı Yabancı Hukuk Sistemlerinde Nafaka Yükümlülüğünün Düzenlenmesi)”, *Международный Научный Журнал “Вестник Науки” (Medunarodny Nauchny Jurnal Vestnik Nauki) Dergisi*, 2024, Cilt 3, Sayı 70, s. 336-340.
- ORLOV, Petr (Орлов, Петр): “Правительство не Поддержало Идею Создания Алиментного Фонда (Hükümet Nafaka Fonu Oluşturulması Fikrini Desteklemedi)”, 2023 (<https://rg.ru/2023/09/14/otca-nezameniati.html>, ET: 05.03.2025).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal: *Çocuk Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1-2, s. 2569-2608.
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- POZDNYAKOVA, İrina (Позднякова, Ирина): “Понятие Наилучших Интересов Ребенка в Российском Праве (Rus Hukukunda Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı)”, *Сборник Материалов II Всероссийской Научно-Практической Конференции*, Ekaterinburg, 2022, s. 60-64.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: *Nafaka Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SEROZAN, Rona: *Çocuk Hukuku*, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- SOLOGUB, Albina (Сологуб, Альбина): “Категория ‘Законный Интерес’ Как Элемент Правового Статуса Ребёнка (Çocuğun Hukuki Statüsü Bağlamında ‘Yasal Menfaati’ Unsuru)”, *Вопросы Современной Юриспруденции: сб. ст. по Материалам XXIX Международной Научно-Практической Конференции*, Новосибирск, СИБАК, 2013 (kategoriya-zakonnyu-interes-kak-element-pravovogo-statusa-rebyonka(1).pdf, ET: 12.01.2025).
- STAROVOYTOVA, Kristina (Старовойтова, Кристина): “Принцип Наилучшего Обеспечения Интересов Ребенка и Границы Его Признания Зарубежными Государствами (Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi ve Bu İlkenin Yabancı Devletler Tarafından Tanınmasının Sınırları)”, *Гуманитарные, Социально-Экономические и Общественные Науки Dergisi*, 2017, Sayı 8-9, s. 1-12.

- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TİMOFEEVA, Tatyana / ALEKSANDROVA, Nadejda (Тимофеева, Татьяна / Александрова, Надежда): “Алиментные Обязательства: От Древности до наших Дней (Nafaka Yükümlülüğü: Antik Çağlardan Günümüze)”, *Oeconomia et Jus Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 46-52.
- TUNA, Ekin: *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- TURAN, Sevda Tuğçe: “2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2019, Cilt 39, Sayı 2, s. 479-510.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: *Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku Güz 1 Evlilik*, 2. Baskı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1949.
- YAZICI, Burçin: *İcra ve İflâs Hukukunda Nafaka Alacağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.



Çalışma Ceza Hukuku Bağlamında Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştırması Yasak Kişilerin Belirlenmesi^(*)



Determination of the Persons Prohibited from Employing Child and Young Workers in the Context of Criminal Labour Law

Hatice Duygu ÖZER^()**



Doçent Doktor
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Nurten ÖZTÜRK



Doktor Öğretim Üyesi
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Çocuk İşçi,
Genç İşçi,
Çalıştırma Yasağı,
Yüz Kızartıcı Suç,
Suçun Mağduru,
Çalışma Ceza Hukuku.

Öz

Çocuk ve genç işçilerin çalışma hayatında maruz kaldığı zorluklar nedeniyle iş mevzuatımızda koruyucu nitelikte hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler genellikle çocuk ve genç işçinin çalışmasının yasaklanması/sınırlanması ve iş ilişkisinin kontrollü bir biçimde yürütülmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda ele aldığımız koruyucu düzenleme ise, çocuk ve genç işçileri, onlara hiyerarşik olarak üstün konumda olan işveren ve işveren vekiline karşı korumayı amaçlanmaktadır. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenen, işveren veya işveren vekilinin çocuklara karşı işlediği suçlar ya da yüz kızartıcı suçlardan dolayı, birlikte çalıştığı çocuk ve gençlere zarar verme olasılığı bulunmasından dolayı getirilmiş çalıştırma yasağı çalışmamızın temel içeriğini oluşturmaktadır.

Konuyu ele alırken iş hukuku boyutuyla çalışma ilişkisine etkisi ve ceza hukuku boyutuyla yasağa konu olan suçların değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Benzer bir düzenlemenin bulunduğu Alman hukuku ile mukayeseli olarak incelenen hükmün uygulanabilirliği üzerinde eleştirilere ve önerilere de yer verilmeye çalışılmıştır.

Keywords

Child Labour,
Young Labour,
Prohibition of
Employment,
Disgraceful Offense,
Victim of Crime,
Criminal Labour Law.

Abstract

Due to the difficulties that child and young workers are exposed to in working life, protective provisions are included in our labor legislation. These provisions generally prohibit or limit the employment of child and young workers and regulate the employment relationship in a controlled manner. The protective regulation we discuss in our study aims to protect child and young workers against the employer and the employer's representative, who are hierarchically superior. The Regulation on the Procedures and Principles of Employment of Child and Young Workers, which is regulated by the Regulation on the Procedures and Principles of Employment of Child and Young Workers, and which has been introduced due to the possibility that the employer or his/her representative may harm the children and young people he/she works with due to crimes committed against children or disgraceful crimes, constitutes the main content of our study.

While addressing the issue, we have tried to evaluate the effect on the working relationship from

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 22.04.2025, Kabul Tarihi: 03.06.2025.

^(**) Sorumlu Yazar.



the labor law dimension and the crimes subject to the prohibition from the criminal law dimension. Criticisms and suggestions on the applicability of the provision, which is examined in comparison with German law, where there is a similar regulation, have also been tried to be included.

GİRİŞ

Çocukların çalışma hayatında yer almaları geçmişten günümüze devam eden bir olgudur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) verilerine göre, dünya üzerinde 2021 yılı itibarıyla 160 milyon çocuk işçi çalışmaktadır¹. Çocukların fizyolojik ve psikolojik açıdan gelişimlerine zarar vermemesi ve eğitimlerini olumsuz etkilememesi adına “çalışmalarının yasaklanması”, çocuk işgücü sorununu ortadan kaldıracaktır. Ancak, bu durum gelişmiş ülkelerde dahi gerçekleşmesi güç bir beklentiden ibaret olacaktır. Bu nedenle çocukların çalışma hayatına kontrollü ve sınırlı bir biçimde dâhil edilmesi çocuk işgücü ile mücadele yöntemleri olarak uygulanmaktadır. Çocuk işçilere çalışma ve dinlenme süreleri gibi konularda yetişkin işçilere tanınan hakların daha üzerinde haklar tanımak, iş sağlığı ve güvenliği, kişisel verilerin korunması, ücret güvencesi gibi konularda ek koruyucu tedbirler almak başvurulmuş başlıca yöntemler arasında yer almaktadır. Bunları sağlamak için mevzuatımızda işverenlere bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Çocukların çalışma hayatında korunmasının bir başka yöntemi ise, işyerinde çocuklara zarar verme olasılığı yüksek olan kişilerden onları korumaktır. İş ilişkisinde işverenin ilişkinin güçlü tarafı olması, yönetim hakkı çerçevesinde işçiye emir ve talimat vermesi ve iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun ön planda olması, fiziksel ve ruhsal açıdan henüz olgunluğa ulaşmamış çocuk ve genç işçiler bakımından dezavantaj olabilecektir. İşte bu sorunları ortadan kaldırabilmek için iş mevzuatında bazı kişilerin çocuk ve genç işçileri çalıştırmalarının yasaklanması yönünde tedbir alınmıştır. Çalışmamızda, *Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*’te² yer verilen çocuk ve genç işçileri çalıştıramayacak işverenler ve işveren vekillerine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Bunun yanında ceza mevzuatında da çocuklarla birlikte çalışma yasakları belirli hallerde öngörülmüş olup, bu hususa da ayrıca değinilecektir.

Benzer bir düzenleme yabancı hukuk sistemlerinde de yer almaktadır. Çalışmamızda Alman hukukunda konunun düzenleniş biçimi ülkemizdeki düzenleme ile kıyaslanarak incelenecektir. Bu karşılaştırmada ortak hususlar belirlenecek ve ardından özellikle Alman hukukunda yer verilen ancak ülkemiz iş mevzuatında açıkça düzenlenmeyen hususlara işaret edilerek, ülkemiz açısından uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Çocuk ve Genç İşçi

Çocuk işçiliği ile mücadele uluslararası ve ulusal boyutuyla üstesinden gelinmesi gereken bir sorun olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Çocuk işçiliğinin yasaklanması ve genç işçilerin istihdamının istisnai bir alan olarak düzenlenmesi için ülkemiz iş mevzuatında pek çok hüküm yer almaktadır³. Bu düzenlemeleri ele almadan önce çocuk ve genç işçi kavramlarının mevzuatımızda nasıl tanımlandıklarının ortaya konulması gerekmektedir.

Hukuki tanım olarak çocuk, “*kanunlarca tespit edilen belirli bir yaşın altında olduğu için fiziksel, zihinsel, sosyal, psikolojik ve ahlaki gelişimini tamamlamamış, bu nedenle özel olarak korunmaya*

¹ ILO’nun ve UNICEF’in Çocuk İşçiliği ile Mücadele Programı kapsamında 2021 yılında yayınladığı rapor için bkz. <https://www.ilo.org/tr/projects-and-partnerships/projects/cocuk-isciligi-ile-mucadele-programi> (ET: 28.02.2025).

² 06.04.2004 tarihli ve 25425 sayılı Resmi Gazete (Çalışmamızda “Yönetmelik” olarak anılacaktır).

³ HEKİMLER, Alpay: “Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Türk ve Alman Hukukunda Genç İşçilerin Çalıştırılmasına Yönelik Mevzuatın Temel Esasları”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Sayı 4, s. 2550.

muhtaç olan kişi’dir⁴. Farklı kanunlarda kendi alanına yönelik olarak çocuk kavramının tanımlanmış olduğu görülmektedir⁵. Bu tanımların ortak yönünün on sekiz yaşını doldurmamış kişinin çocuk olarak kabul edilmesi olduğu söylenebilir.

İş hukuku açısından çocuk kavramına bakıldığında ise, kavramın çocuk ve genç işçi olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu⁶’nın 71. maddesine istinaden çıkarılmış olan *Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* m. 4’de, çocuk işçi; “14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi” olarak tanımlanmışken, genç işçi; “15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi” olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanımlama ise, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁷’nin 3/I-e. maddesinde, şu şekilde yapılmıştır; “15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış çalışan genç çalışandır”. Bu Kanun’da çocuk çalışan kavramına ise yer verilmemiştir.

ILO’nun İstihdamda Asgari Yaşla İlgili 138 Sayılı Sözleşmesi’ne göre ise, 15 yaşın altında çalışanlar çocuk, 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük olanlar, genç olarak kabul edilmiştir⁸.

Yabancı hukuk sistemlerinde de benzer tanımlamaların yapılmış olduğu görülmektedir. Örneğin çalışmamızda karşılaştırmalı olarak inceleyeceğimiz Alman hukukundaki çocuk ve genç kavramları, Genç İşçilerin Korunması Hakkında Kanun’da (*Jugendarbeitsschutzgesetz*) (JArbSchG))⁹ şu şekilde tanımlanmıştır: “Bu Kanun anlamında çocuk, henüz 15 yaşını doldurmamış olan kişidir. Bu Kanun anlamında genç, 15 yaşını doldurmuş ancak henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişidir” (m. 2).

Konumuzla bağlantılı ve kavramsal olarak benzediği için karıştırılan kavramlardan biri ise “*çocuk işçiliği*” kavramıdır. Çocukların çalışmasının olumsuz yönünü vurgulamak için kullanılan bu kavram, ILO’nun Türkiye’de Çocuk İşçiliğiyle Mücadele Programı (2021-2025) kapsamında şu şekilde tanımlanmıştır:

“Çocuk işçiliği; çocukları çocukluklarını yaşamaktan alıkoyan, potansiyellerini ve saygınlıklarını eksilten, fiziksel ve zihinsel gelişimlerine zarar veren işlerde çalıştırılmaları olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir ifade ile çocuklar için zihinsel, fiziksel, toplumsal ya da ahlaki açılardan tehlikeli ve zararlı işler, okula düzenli devam etmelerini engelleyerek eğitimlerini aksatmalarına veya okullarından erken ayrılmalarına yol açacak işler ve çocukların okula devam ederken uzun süren ve ağır işlerde çalıştırılmaları ‘çocuk işçiliği’ kavramı altında değerlendirilir”.

ILO’ya göre; çocuklar için zihinsel, fiziksel, toplumsal ve ahlaki yönden tehlikeli ve zararlı işler, çocukları okula devam etmekten alıkoyan işler, çocukları okuldan daha erken ayrılmaya mecbur bırakan işler, çocukların okullarıyla birlikte yürütmek zorunda kaldıkları ağır ve uzun işler, çocuk işçiliği kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰. Bu nitelikteki çalışmalar mevzuatımızda ve uluslararası düzenlemelerde yasaklanmış olduğundan, inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

⁴ AYKAÇ, Hande Bahar: “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 116, s. 337. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal: *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 1.

⁵ Çocuk Koruma Kanunu, Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Türk Ceza Kanunu’ndaki (TCK) tanımlar örnek olarak gösterilebilir.

⁶ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

⁷ 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete.

⁸ 138 sayılı Sözleşme, 26.06.1973 tarihinde kabul edilmiştir. Ülkemiz ise, 23.01.1998 tarih ve 4334 sayılı Kanun ile kabul etmiştir.

⁹ Bundesgesetzblatt 12.04.1976, Nr. 42 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl176s0965.pdf#/text/bgbl176s965.pdf?_ts=1744978052579 ET: 20.03.2025). Bu Kanun, genç işçilerle ilgili olarak iş teftişi, çalışma saatleri, haftalık dinlenme, ücretli izin ve gece çalışması gibi konuları düzenlemektedir.

¹⁰ INTER-PARLIAMENTARY UNION/ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: *Eliminating the Worst Forms of Child Labour a Practical Guide to ILO Convention No. 182*, 2002 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40exrel/documents/publication/wcms_172685.pdf, ET: 02.03.2025).

B. Çırak ve Stajyer

Çocuk ve genç işçi benzeri kavramlar olarak karşımıza *çırak* ve *stajyer* kavramları çıkmaktadır. Çırak ve stajyerler, iş hukukunda işçi olarak kabul edilmemekle birlikte, işçi benzeri olarak anılan ve yaş itibarıyla çocuk ve genç işçilerle yakın yaşlarda olan kişilerdir. Bu nedenle anılan kişilerin çalışmamızın temelini oluşturan korumaya dahil edilmesi gerekliliği kuşkusuzdur.

Çırak ve stajyer kavramları, İş Kanunu'nda tanımlanmayıp, Mesleki Eğitim Kanunu'nda (MEK)¹¹ düzenlenen kavramlardır. Söz konusu Kanun'un 3/r. maddesinde staj, “Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanımaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan her ne kadar staj, sadece yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin yaptıkları çalışma olarak anlaşılabilir de öğretide, mesleki ve teknik orta öğretim kurumlarındaki öğrencilerin de staj yapmak suretiyle stajyer olduğu kabul edilmektedir¹².

Çırak ise, stajyer benzeri bir kavram olup, MEK m. 3/c'de, “çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişi” olarak tanımlanmıştır¹³. Her iki çalışanın ortak noktasının, işyerindeki asıl amaçlarının bir meslek veya sanatı öğrenmek olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Bir diğer ortak noktaları ise, çırak ve stajyerin yaş itibarıyla çocuk ve özellikle genç işçi tanımlamalarında belirlenen yaşlarda olmaları, çocuk ve genç işçilerde olduğu gibi eğitim hayatlarının devam ediyor olmasıdır.

C. İşveren ve İşveren Vekili

Çalışmamızın konusu ile ilgili önemli diğer kavramlar da işveren ve işveren vekilidir. Zira Yönetmelik'te çocuk ve genç işçileri çalıştırması yasak olan “işverenler” ve “işveren vekilleri” özelinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle işveren kavramından ne anlaşılması gerektiği ve özellikle de yasağın hangi işveren vekilini de kapsadığının ortaya konulması gerekmektedir.

İşveren, İş Kanunu m. 2'de, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır. İşveren vekili ise aynı maddede, “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler” şeklinde tanımlanmıştır. İş mevzuatı açısından işveren tanımı ortak olsa da, işveren vekili tanımının İş Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (STİSK) farklı yapıldığı görülmektedir. STİSK m. 2/1-e'de işveren vekili, “İşveren adına işletmenin bütününe yönetenler” olarak tanımlanmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) m. 3/2'ye göre işveren vekili ise, “işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kişi” olarak tanımlanmış olup, işveren vekilinin İSGK'nın uygulanması bakımından işveren sayıldığı belirtilmiştir. İş Kanunu'ndaki tanımdan farklı olarak “işletmenin yönetiminde görev alan” kişilerin maddede sayılmaması üzerine öğretide işletmenin yönetiminde görev alanların da

¹¹ 19.06.1986 tarihli ve 19139 sayılı Resmî Gazete. 3308 sayılı MEK'de 2017 yılında yapılan değişiklik sonrası stajyer kavramı mevcut halini almıştır.

¹² Stajyer kavramı ile ilgili olarak ayrıca bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *İş Hukukunda Staj İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 14.

¹³ Çırakla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz., UŞAN Fatih: *Çıraklık Sözleşmesi*, Mimoza Yayınevi, Konya 1994, s. 43 vd.; YÜREKLİ Sabahattin: “Çıraklık Kavramı, Çırakların Sosyal Güvenliği ve Çıraklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi”, (Ed.) DOMANIÇ, Hayri: *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No: 718, İstanbul, 1999.

¹⁴ ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 89 vd.; KOÇ TANGÜN, Sedat: “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 134; BULUN TOKKAŞ, Sevd: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Stajyer Kavramı”, (Ed.) ÜSTÜN, Ümit Süleyman / TÜZEMEN ATİK, Ebru: *Milli Egemenlik ve Hukuk, TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 998.

işveren vekili olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü¹⁵ yanında bu kişilere İSGK anlamında işverene yükletilen idari para cezalarının yükletilemeyeceği görüşü de bulunmaktadır¹⁶.

Yasak kapsamındaki işveren vekilinin hangi kanundaki işveren vekili esas alınarak belirlenmesi gerektiği sorusunun yanıtı ise, 4857 sayılı İş Kanunu olacaktır. Zira Yönetmelik, İş Kanunu m. 71'e dayanılarak hazırlandığından (m. 2), işveren vekili kavramı da bu Kanun'a göre belirlenmelidir. Dolayısıyla işin, işyerinin ve işletmenin yönetimi seviyelerinde temsil yetkisi olan işveren vekillerinin tamamının yasak kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Yasağın düzenlendiği 11. maddede, “Çocuk ve genç işçileri ... işveren veya işveren vekilleri çalıştıramazlar” ifadelerine yer verildiği için, mevzuata uygun bir iş sözleşmesi yapılabilmesi için işyerindeki işveren ve işveren vekilinin her ikisinin de ayrı ayrı yasak kapsamında olmaması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁷.

II. ÇOCUK VE GENÇ ÇALIŞANLARI KORUYUCU HÜKÜMLER

Çocuk ve genç işçileri koruyucu nitelikte düzenlemeler başta İş Kanunu ve bu Kanun'un ilgili maddelerine istinaden çıkarılan yönetmelikler olmak üzere, diğer kanuni düzenlemelerde de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak İSGK, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁸, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu¹⁹, Türk Borçlar Kanunu²⁰ (TBK), MEK sayılabilir.

İş Kanunu ve ilgili yönetmeliklerdeki çocuk ve gençleri koruyucu nitelikteki düzenlemeler ise, iş ilişkisinin başlangıcından sona ermesine kadarki sürecin tamamına ilişkin farklı düzenlemelerdir. Çalışmamızın kapsamını genişletmemek adına bunlara tek tek yer verilmeyecek olup sadece konu başlıkları verilmek suretiyle çocuk ve gençlerin nasıl korunduğuna ilişkin bir bakış açısı oluşturulacaktır.

Öncelikle çocuk ve genç işçilere ilişkin olarak getirilen “iş sözleşmesi yapma yasakları”na değinmek gerekir. Özellikle belirlenen asgari çalışma yaşına ulaşmayanlarla sözleşme yapmanın yasak olması bu konudaki temel düzenleme olup, İş Kanunu m. 71'de belirlenmeler yapılmıştır²¹. Ayrıca yer ve su altında çalıştırma yasağı ile çocukların kişisel özelliklerine uygun olmayan işlerde çalıştırma yasakları da bulunmaktadır²².

İkinci olarak, iş ilişkisi devam eden çocuk ve gençlere yönelik olarak çalışma sürelerinin yetişkin işçiye nazaran daha kısa belirlenmesi, fazla çalışma ve gece çalışma yasağı, dinlenme sürelerinin yetişkin işçiye göre daha uzun olarak belirlenmesi gibi “işin düzenlenmesine yönelik koruyucu hükümler”i saymak mümkündür²³.

¹⁵ SÜMER, Haluk Hadi: *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 71 vd.

¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022, s. 240.

¹⁷ BAKIRCI, Kadriye: *Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004 (Çocuk ve Genç İşçiler) s. 252.

¹⁸ 06.05.1930 tarihli ve 1489 sayılı Resmî Gazete.

¹⁹ 14.07.1934. tarihli ve 2751 sayılı Resmî Gazete.

²⁰ 04.02.2011. tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

²¹ “15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. 14 yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL, Canan: “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 370 vd.

²² BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 518 vd.

²³ Çocuk ve genç çalışanların çalışma ve dinlenme süreleri ile ilgili olarak bkz. SÜZEK, Sarper / BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 885 vd.

Çocuk ve genç işçilerin zayıf konumda olmaları nedeniyle sözleşme devam ederken asgari ücretin altında ücret ödenmemesi, eşit davranma ilkesine uygun muamele görmesi ve özellikle de iş sağlığı güvenliği açısından bu çalışanlar için ek tedbirler alınması işverenler için getirilmiş başlıca yükümlülüklerdir²⁴. Ayrıca fiziksel ve psikolojik şiddete karşı korunmalarının yanında psikolojik ve cinsel tacize karşı korunmaları²⁵ ve kişisel verilerinin korunması gibi kişilik haklarına yönelik tedbirler de TMK²⁶ ve TBK gibi genel hükümler de yer almaktadır²⁷. Koruyucu nitelikteki hükümler, sadece bireysel iş hukuku haklarıyla sınırlı olmayıp, sendikal haklarının korunması²⁸ ve nihayet sosyal güvenlik haklarının da özel olarak düzenlendiği hükümler mevzuatımızda bulunmaktadır²⁹.

Görüldüğü üzere çocuk ve genç işçilerin korunması için pek çok tedbire yer verilmiştir. Ancak inceleme konumuzu oluşturan çocuk ve genç işçilerin bazı kişilerce çalıştırılmasının yasaklanması olgusu, konuya farklı bir bakış açısından yaklaşmaktadır. İşyerinde yukarıda sayılan koruyucu nitelikteki hükümler ne denli uygulanırsa uygulansın, çocuğun iş ortamında muhatap olduğu kişilerin onun şahıs varlığına ve beden bütünlüğüne maddi ve manevi açıdan zarar verebilme potansiyeli bulunması, istenmeyen olayların yaşanmasına neden olabilecektir. İşte bunun önlenmesi amacıyla çocuk ve genç işçi çalıştırması yasak olan işverenler ve işveren vekilleri belirlenmiştir.

III. ÇOCUK VE GENÇLERİ ÇALIŞTIRAMAYACAK İŞVERENLERİN VE İŞVEREN VEKİLLERİNİN BELİRLENMESİ

A. Çalıştırması Yasak Olan Kişiler

Fiziksel ve ruhsal gelişimini henüz tamamlamamış olan çocuk ve genç işçiler, hayatta karşılaşılabileceği durumlara karşı tecrübesiz ve bilinçsiz olduğu için yetişkin bireylere nazaran daha zayıf olup; sömürüye açık konumdadırlar³⁰. Bu nedenle işverenden beklenen, bu nitelikteki çalışanlarını, işçiyi koruma borcu kapsamında yetişkin işçilerden daha fazla gözetmesi olacaktır. Şayet işveren konumundaki kişi, psikolojik ve sosyolojik açıdan sorunlar yaşamış, suç işlemiş ve çocuk ve gençlere zarar verme potansiyeli yüksek biri ise, beklenen gözetim borcunu yerine getiremeyeceği kuskusuzdur. İşte bu sakıncayı giderebilmek için Yönetmelik'in, "Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştıramayacak İşverenler" başlıklı 11. maddesinde, "Çocuk ve genç işçileri; a) Çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen, b) Yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan, işveren veya işveren vekilleri çalıştıramazlar" hükmü yer almaktadır³¹.

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, benzer içerikli düzenlemelerin bulunduğu ülkelere Almanya'yı örnek vermek mümkündür. Alman hukukunda yürürlükte olan Genç İşçilerin Korunması

²⁴ Çocuk ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverence alınması gereken tedbirler için bkz. CENTEL, Tankut: *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 133-224.

²⁵ BAKIRCI, Kadriye: *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 161.

²⁶ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete.

²⁷ Çocuk ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından korunması ile ilgili olarak bkz. CİVAN, Orhan Ersun: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı 4, s. 225-238.

²⁸ Örneğin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 17'de, "On beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir." hükmüne yer verilerek suretiyle sendikal haklara kullanmaları sağlanmıştır.

²⁹ Sosyal güvenlik hukuku açısından ise, işçi statüsü elde edebilecek konumdaki çocuk ve genç işçilerin de SSGSK. m. 4/1-a kapsamında sigortalı olmaları mümkündür. Hatta çocuk veya genç işçi yasal çalışma yaşına ulaşmadan çalışmaya başladığında, mevcut çalışma, sosyal güvenlik hukuku bakımından "fili sigorta ilişkisi" olarak kabul edilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. SÖZER, Ali Nazım: *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 29 vd. Çalışması yasak olan çocuk ve genç işçinin sigortalılığının belirlenmesi ile ilgili olarak, "Bir kimsenin çalıştırılması yasak olan bir işte çalıştırılmış bulunması, bir başka anlatımla, aradaki sözleşmenin geçersiz olması, o kimsenin çalıştığı sürece sigortalı sayılmasına engel değildir." (Yargıtay 10. HD, T. 27/09/1979, E.1979/6134, K.1979/7682, lexpera.com) yönündeki kararda da çocuk ve gençlerin sigortalılıklarının dikkate alındığı görülmektedir. Anılan karar ve bu konuda benzer diğer kararlar için bkz. BİLGİLİ, Özkan: "Çocuk İşçiliğinin Denetimi", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 206.

³⁰ ŞAHİN, Barış: *Çocuk İşçilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 5. Çocuk ve genç işçilerin işyerindeki fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddetten korunmalarının önemli olduğu yönünde bkz. BAKIRCI, *Çocuk ve Genç İşçiler*, s. 78.

³¹ İş Kanunu'nda yer almadığı halde Yönetmelikte yer verilen bu düzenlemenin teknik açıdan yerinde olmadığı yönünde olumsuz görüşler için bkz. GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2010, s. 339.

Hakkında Kanun'un (JArbSchG) "Belirli Kişiler Tarafından Çalıştırma Yasağı" başlıklı § 25. maddesinde konu, hukukumuzdakine kıyasla daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu madde ile gençlerin korunması amacıyla, belirli suçlardan hüküm giymiş veya belirli ihlallerde bulunmuş kişilerin gençleri çalıştırması veya onlara rehberlik etmesi yasaklanmıştır. Başka bir ifadeyle söz konusu düzenleme, belirli kişilerin önceki davranışları nedeniyle güvenilirlikleri konusunda şüphe uyandırdıkları ve bu nedenle çocukları veya gençleri istihdam etmek veya denetlemek için uygun olmadıkları düşüncesine dayanmaktadır³².

Düzenlemenin ana aktörü işveren veya işveren vekili olarak belirlenmiştir. O halde çocuk ve genç işçinin öncelikle işvereni konumundaki kişinin maddede belirtilen suçlardan hüküm giymemiş olması gerekmektedir. İşveren kavramı gerçek kişi işverenler dışındaki kurum ve kuruluşları da kapsadığından, gerçek kişi olmayan işverenler bakımından da aynı yasak bulunmaktadır. Ancak gerçek kişi olmayan hukuk süjelerinin bir suçtan hüküm giymeleri mümkün olmadığından, tüzel kişi işverenlerde yönetici konumunda olan gerçek kişilerin durumuna bakılmalı, tüzel kişiliği oluşturan yöneticilerin anılan suçlardan hüküm giymemiş olması aranmalıdır. Ayrıca tüzel kişilik bünyesinde işveren vekili olanlar için de benzer inceleme yapılmalıdır.

İşveren kavramıyla ilgili olarak farklı olasılıkların da değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin soyut-somut işveren, birlikte işveren, alt işveren, geçici işveren gibi kişilerin de bu yasak kapsamına dahil olup olmayacaklarının değerlendirilmesi gerekir.

Alman hukukuna göre, genç çalışana talimat verme yetkisi birden fazla kişideyse, örneğin bir ortaklıkta birden fazla ortak varsa, bunlardan birinin şartları taşıması istihdam yasağı için yeterli görülmektedir. Burada aranan asıl ölçüt, genç işçi ile yasak kapsamındaki kişi arasında ast-üst ilişkisinin olması, genç işçinin anılan kişiye tabi olması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu aşamada tarafların fiilen temas kurup kurmadıkları önem taşımaz³³. Bu yorumu hukukumuz açısından da kabul etmek mümkündür. Bu nedenle birlikte işverenlik, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve geçici iş ilişkisinde, ilişkinin işveren tarafı konumunda olan tüm işverenlerin yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İşyerinin devrinde ise, devralan işveren bakımından da aynı yasağın devam edeceğini kabul etmek gerekir. Devralan işverenin yasak kapsamında olması ise çocuk ve genç işçiye devirden sonra iş sözleşmesini bu gerekçe ile sona erdirmeye hakkı verecektir.

Maddede ikinci olarak "işveren vekilleri" sayılmıştır³⁴. İşveren vekili ile ilgili olarak İş Kanunu m. 2'de yer alan, "*bu Kanun'da işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır*" hükmünün, incelediğimiz madde düzenlemesiyle uyumlu olduğu görülmektedir. İşveren vekilinin işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görevli olmak üzere farklı statülerde olabilmesi mümkündür. Yönetmelik'teki yasağın hangi statüdeki işveren vekili için öngörüldüğü sorusu akla gelmektedir. Her seviyedeki işveren vekili için ortak özellik işçiyi kendi yetkisi çerçevesinde yönetmek olduğuna göre, her biri için bu yasağın olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında ise, yasağın sadece işveren veya işveren vekilleri ile sınırlı tutulmadığı görülmektedir. Örneğin JArbSchG § m. 25'te, "belirli kişiler" olarak geniş bir kavram tercih edilmiştir. JArbSchG'de sadece işverene yönelik olan diğer istihdam yasaklarının aksine (§ 3), bu hüküm çocukları ve gençleri istihdam eden, denetleyen veya eğiten tüm kişilere yöneliktir³⁵.

³² SCHLACHTER, Monica: "JArbSchG § 25", MÜLLER-GLÖGE, Rodi / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2025 (Yazar, EKZA), Rn.1.

³³ SCHLACHTER, EKZA, JArbSchG § 25, Rn. 2.

³⁴ Belirtmek gerekir ki, incelediğimiz Yönetmelik hükmünün içeriğinde işveren ve işveren vekili ifadeleri bulunmakla birlikte madde başlığında sadece işverenden bahsedilmesi eleştiriye açıktır. Bu nedenle işveren vekili ifadesine başlıkta da yer verilmesi isabetli olurdu.

³⁵ AMBS, Friedrich / HÄBERLE, Peter: "JArbSchG § 25 Verbot der Beschäftigung durch bestimmte Personen", ERBS, Georg / KOHLHAAS, Max (Hrsg.): *Strafrechtliche Nebengesetze*, 254. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2024 (Yazar, Strafrechtliche Nebengesetze), Rn.1.

Mesleki eğitimin Almanya’da daha yaygın olması ve farklı türlerinin uygulanması nedeniyle çocuk ve gençlerin işyeri ortamında eğitmen ve denetmenlerle etkileşiminin fazla olması düzenlemenin bu şekilde yapılmasını gerektirmiştir³⁶. Ancak ilgili kişinin gençle yalnızca ara sıra istihdam sırasında temasa geçmesi durumunda bu yasağın söz konusu olmayacağı, genç çalışanın istihdamının bir parçası olacak bir şekilde bu kişiye tabi olması gerektiği kabul edilmektedir³⁷.

Hukukumuz açısından bakıldığında ise, yasakla ilgili olarak sadece işveren ve işveren vekili sınırlaması yapıldığı görülmektedir. Oysa iş sözleşmesi ile çalışmadıkları için aralarında işçi işveren ilişkisi olmayıp, mesleki eğitim faaliyeti yürütenler de vardır. MEK kapsamında çalışan ve çoğunlukla mevzuatımızdaki çocuk ve genç çalışanla benzer yaşlarda olan kişilerin gerçekleştirdiği faaliyetlerle ilgili olarak, bunları çalıştıran kişilerin de bu yasağa dâhil olup olamayacağı üzerinde durulmadır. Bu Kanun kapsamında, çırak, kalfa ve ustalar ile okullarda, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler yer almaktadır. Söz konusu kişilerin çalışmaları esnasında usta öğreticiler ve eğitici personeller de görevlendirilmiştir. “Usta öğretici”, m. 3/g’de, “*ustalık yeterliğini kazanmış; aday çırak, çırak, kalfa ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin işyerindeki eğitiminden sorumlu; mesleki eğitim tekniklerini bilen ve uygulayan kişi*” olarak tanımlanmıştır. İşyeri sahibi, MEK m. 13 gereğince, aday çırak ve çırak çalıştırmaya başlamadan önce kendisi ya da kanuni temsilcisi ile çıraklık sözleşmesi yapmakla yükümlüdür. Aday çırak ve çırak almak için işyerinde usta öğretici bulunması şarttır (MEK m. 15). O halde aday çırak ve çırak çalıştırmak isteyen işveren, çıraklık eğitiminin pratik kısmını, usta öğreticinin gözetiminde yaptırmakla yükümlüdür. Bu durumda çırak veya aday çırak gerçekleştirdiği faaliyet esnasında çıraklık sözleşmesi yaptığı (işyeri sahibi) işveren ve usta öğreticinin emir ve talimatı altında bulunacaktır. Bu nedenle kanaatimizce yasak kapsamına bu kişilerin de dâhil edilmesi isabetli olacaktır.

İşletmelerde mesleki eğitim kapsamında ise, MEK m. 18’e istinaden “beceri eğitimi” ve “staj ve tamamlayıcı eğitim” verilmektedir. Bu eğitimi verecek işletmeler, bu amaçla bir eğitim birimi kurmalıdır. Bu birimde yapılan eğitim için alanında ustalık yeterliğine sahip ve iş pedagojisi eğitimi almış usta öğretici veya eğitici personel görevlendirmekle yükümlüdür (MEK m. 18). Söz konusu eğitimleri verecek işletmelerin işverenleri ve eğitici personeli de beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim almakta olan çocuk ve genç yaştaki öğrencilerle etkileşimde olacaklardır. “Eğitici personel” ise m. 3/m’de, “*mesleki yeterliğe sahip, öğrencilerin işyerindeki eğitiminden sorumlu, iş pedagojisi eğitimi almış, mesleki eğitim yöntem ve tekniklerini bilen ve uygulayan veya mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında atölye, laboratuvar, meslek dersleri öğretmenliği yapabilme yetkisine sahip kişi*” olarak belirlenmiştir. Kanaatimizce anılan işletmelerin işverenleri ile eğitici personel bakımından da aynı yasak uygulama alanı bulmalıdır. Ancak Yönetmelik’te düzenlenen yasak sadece İş Kanunu kapsamındaki işçileri çalıştıran işverenler için getirildiğinden, düzenlemeye değişiklik yapılmadan yasağı MEK kapsamında çalışan kişilerin işverenleri, eğitmen ve denetmenleri için uygulamak mümkün olmayacaktır.

Yasak kapsamındaki “belirli kişiler” kavramına Alman hukukunda, genç işçiyi bizzat çalıştıran veli ya da vasi de dâhil olabilir. İşte bu durumda JArbSchG § m. 25/3’e göre, kanuni temsilciler bakımından bir yasak bulunmadığına dair istisna getirilmiştir. Ancak hukukumuzdaki düzenlemeye bu şekilde bir istisnaya yer verilmediği görülmektedir. İş hukukumuzda ana/baba ile çocuğu arasında iş sözleşmesi yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir sözleşme varsa, ana baba da yasak kapsamındaki işveren niteliğinde olabilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, TMK m. 345’te, “*Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına*

³⁶ Hatta Alman hukukunda yetişkin stajyerlerle ilgili olarak da benzer bir yasak Mesleki Eğitim Kanunu-Berufsbildungsgesetz (BBiG) §28-29’da bulunmaktadır.

³⁷ AMBS / HÄBERLE, *Strafrechtliche Nebengesetze*, JArbSchG § 25, Rn. 1.

ve hâkimin onayına bağlıdır” denilmek suretiyle bu sözleşmeye özgü koşul ortaya konulmuştur³⁸. Böylece çocuklar /gençlerle yapılacak iş sözleşmelerinde kayyımın katılımı ile yazılı bir sözleşme yapılacak, hâkim tarafından da bu sözleşmeye onay verilmiş olacaktır.

B. Çalıştırma Kavramının Sınırlarının Belirlenmesi

Yönetmelik’te “Çocuk ve genç işçileri; a) Çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen, b) Yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan, işveren veya işveren vekilleri çalıştıramazlar” denilmek suretiyle “çalıştırma” olgusuna atıf yapılmıştır. Çalıştırma kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Yukarıda yapılan açıklamalarda kavramın, sadece iş sözleşmesi ile çalışma biçiminde anlaşılması, olması gereken hukuk açısından mesleki eğitim faaliyeti kapsamında yapılan çalışmaların da kapsama dâhil edilmesinin isabetli olacağı ifade edilmişti. Ancak Yönetmelik hükmünün lafzının dar olması nedeniyle sadece iş sözleşmesi kapsamında çalışma biçiminde anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan yasağın düzenlenmiş olduğu Yönetmelik’in kapsamı, 2. maddesinde, “Bu Yönetmelik, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 71. maddesi gereğince, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, 14 yaşını bitirmiş ve ilköğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılacakları hafif işler ve çalışma koşullarına ilişkin usul ve esasları kapsar” şeklinde belirlenmiştir. Bu durumda ilgili yasak da sadece İş Kanunu kapsamındaki işyerlerini ve 71. madde kapsamındaki çocukların çalıştırılmasını kapsayacaktır. TBK, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki çocuk ve genç işçileri çalıştıran işverenler bakımından böyle bir yasak olmaması eksiklik olarak görülebilir. Bu nedenle Alman hukukunda olduğu gibi çocuk ve gençlerin bağımlılık ilişkisi içerisinde gerçekleştirdikleri tüm çalışmaları kapsayan bir kanuni düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır. Böylece, farklı kanuni düzenlemelere tabi çocuk ve gençler arasındaki farklılıklar giderilecektir³⁹.

Çalıştırma kavramı ile ilgili olarak ayrıca “fiili çalışma” olgusunun esas alınması gerektiği kabul edilebilir. Bu nedenle örneğin iş sözleşmesinin henüz imzalanmadığı deneme süreci açısından da aynı yasağın başladığı kabul edilmelidir⁴⁰.

Çalışma ilişkisinin klasik iş sözleşmesi olması ya da atipik çalışma şekilleri biçiminde olmasının da bir önemi olmamalıdır. Örneğin uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde her ne kadar işçi ve işveren açısından sosyal temas minimum seviyede olsa da, söz konusu yasağın bu tür çalışmalar için de geçerli olacağını kabul etmek gerekir.

C. Yasağa Sebep Olan İşveren ve İşveren Vekili Davranışlarının Belirlenmesi

1. Genel Olarak

İşverenin sözleşme yapmasına yasak getirilen durumlar Yönetmelik’te, “bazı suçlardan hüküm giyilmesi” olarak belirlenmiştir. Bunlar; “çocuklara karşı işlenmiş suçlar” ile “yüz kızartıcı suçlar”dır. Bu düzenlemede, kişilerin anılan mahkûmiyetleri nedeniyle güvenilirlikleri konusunda şüphenin oluşması esasına dayanılmaktadır⁴¹. Eski mahkûmiyeti nedeniyle kişilerin iş sözleşmesinin tarafı olmasına yasak getirilmesi, çalışma hürriyetinin engellenmesi şeklinde yorumlanıp, hükmün bugünkü

³⁸ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, TCK. m. 53 uyarınca kasten suç işleyen anne babanın mahkûmiyet süresince velayet hakkından yoksun bırakılması söz konusu olacaktır. Yine mahkûmiyete konu suç, velayet hakkının kötüye kullanılması suretiyle işlenmişse cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir.

³⁹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 488.

⁴⁰ YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 204. Yazar da deneme sürecinde işverenin işçiyi koruma borcu olduğunu ifade etmek suretiyle vardığımız sonuç yönünde bir belirleme yapmıştır.

⁴¹ WEYAND, Joachim: *Nomos Kommentar Jugendarbeitsschutzgesetz*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012, § 25, Rn.1.

cezanın ve infaz hukukunun yeniden topluma kazandırma amacına (*resosyalizasyon*) aykırı olduğu düşünülebilir⁴². Hatta bu düzenleme ile işverenlere getirilen eski hükümlü istihdam etme yükümlülüğünün yer aldığı İş Kanunu m. 30 hükmünün çeliştiği düşünülebilir. Anılan maddeye göre, “işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde.... ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi ... meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.” Bu maddede belirtilen “eski hükümlü” den ne anlaşılması gerektiği ise, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te⁴³ şu şekilde tanımlanmıştır:

“Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçlarından mahkûm olmamak şartıyla; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alan ya da ceza süresine bakılmaksızın zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hüküm giyenlerden cezasını tamamlayanlar, cezası ertelenenler, koşullu salıverilenler, denetimli serbestlikten yararlananlardan eski hükümlü belgesi ile durumlarını belgelendirenler” dir (m. 4/a).

Görüldüğü gibi istihdama girişte dezavantajlı olan eski hükümlülerin işe alınmasını sağlayacak nitelikteki bu düzenlemede de çocuğun cinsel istismarı suçlarından mahkûm olmamak ve yüz kızartıcı suçlardan mahkûm olmamak şeklinde istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar, incelemekte olduğumuz maddedeki düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

O hâlde, hukuk sistemimiz, eski hükümlünün çalışma hürriyeti ile çocuğun korunması için alınan tedbirler arasında bir seçim yaparak, çocuğun üstün menfaatine öncelik tanımıştır.

Benzer bir tercihin yabancı hukuk sistemlerinde de yapıldığı görülmektedir. Alman hukukunda (JArbSchG § 25) da belirli suçlardan hüküm giyenlerin çocukları çalıştıramayacakları düzenlenmiştir. Ancak burada yasağın kişi bakımından kapsamı belirlenirken ceza mahkumiyeti alanlardan başka, Gençleri Koruma Kanunu’na (*Jugendschutzgesetz*) aykırı davranışların da kapsama dâhil edildiği görülmektedir.

2. Belirli Suçlardan Hüküm Giyilmesi

Yönetmelik’te belirlenen suç türlerinden ilki, “çocuklara karşı işlenmiş suçlar” olarak belirlenmiştir. İkinci suç türü ise, “yüz kızartıcı suçlar”dır. Aşağıda ceza hukuku açısından detaylı olarak ele alınacak olan suçlarla ilgili olarak yapılacak ilk değerlendirme, suç türlerine ilişkin belirlemenin genel ve soyut olarak yapılmış olduğudur. Söz konusu düzenleme yönetmelikte yapıldığından, suç tiplerinin açıkça belirlenip tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde somutlaştırılması isabetli olurdu. Nitekim hükmün Alman hukukundaki karşılığında beş başlık altında suç tiplerinin belirlenmiş olduğu görülmektedir.

⁴² Bugün cezanın genel ve özel önleme amacını infaz hukukunun yeniden topluma kazandırma amacı tamamlamaktadır. Cezanın genel önleme amacı, toplumu suçtan korumaya, özel önleme amacı ise suç işlemiş kişinin tekrar suç işlemesini engellemeye hizmet etmektedir. Yeniden topluma kazandırma amacı, suç işlemiş kişinin tekrar içinde bulunduğu toplum içine huzurla ve barış içinde yer edinmesi ve yaşaması için gerekli önlemlerin alınması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BACAŞIZ, Pınar: “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 4917 vd. Bu husus bugünkü ceza adaleti sistemimize de egemen olmuştur. Nitekim Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un “infazda temel amaç” başlıklı 3. maddesinde bu durum “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suçta karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

⁴³ 19.09.2009 tarihli ve 27354 sayılı Resmî Gazete.

Yönetmelik'te sadece “suçlar”dan söz edildiğinden, hukukumuz açısından çocuğa karşı işlenen “kabahatler”i işleyen kişilerin yasak kapsamında olmayacağı kabul edilmelidir. Öğretide ise, kabahat niteliğindeki fiilleri gerçekleştirenlerin de yasak kapsamında olacağı ifade edilmiştir⁴⁴.

Öte yandan, Alman hukukunda yasaklama sadece hapis cezası mahkûmiyeti olan kişiler için değil, “idari para cezası”na çarptırılanlar için de öngörülmüştür⁴⁵. Kabahatlerin (*Ordnungswidrigkeiten*) sayıldığı JArbSchG § 25/2'ye göre, çocukların çalıştırılmasına ilişkin yasaklara en az üç kez aykırı davranan işverenler bakımından idari para cezaları öngörülmüştür. Mevzuatımızda da çocuk ve genç işçilerin çalışmasına yönelik yasaklar ve sınırlamalar mevcut olmakla birlikte söz konusu kurallara aykırı davranan işverenler bakımından bu yönde bir yasaklama bulunmamaktadır. Bu yönde bir hükmün ilgili Yönetmelik'e eklenmesi kanaatimizce de isabetli olacaktır⁴⁶. Zira çocuk ve genç işçileri onlara yönelik mevzuata aykırı davranan işverenlere karşı korumak da göz ardı edilmemesi gereken bir tedbir olacaktır.

IV. SUÇ TÜRLERİNİN BELİRLENMESİ

A. Çocuğa Karşı İşlenmiş Suç Kavramı

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yönetmelik'te yasaklılar, çocuğa karşı işlenmiş bir suç veya yüz kızartıcı suç nedeniyle mahkûm olanlardır. Bu nedenle ilk olarak çocuğa karşı suç işleme hususuna ilişkin açıklama yapılacaktır. Suç ve bunlara ilişkin ceza normları, genel nitelikli kanun olan Türk Ceza Kanunu ile özel nitelikli pek çok kanunda düzenlenmiştir. Genel olarak suç tiplerine bakıldığında, mağdur, bireyler olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷. Başka bir ifadeyle herkes bir suçun mağduru olabilir. Ancak belirli suçlar özelinde mağdurlar nitelik itibarıyla ancak belirli kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin TCK m. 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru ancak 18 yaşının doldurmamış çocuklar olabilir. Ayrıca bazı suçlar açısından da mağdurun belirli bir kişi olması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Örneğin TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelik hal olarak belirlenmiştir.

Yönetmelik'te çocuklar açısından herhangi bir suç grubu ya da belirli bir cezayı gerektiren suç grubu gibi bir ayırım yapılmamış olup, suçun çocuğa karşı işlenmiş olması yeterli görülmüştür⁴⁸. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, belirli suçlar hariç olmak üzere (örneğin Anayasa'yı ihlal (TCK m. 309), Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (TCK m. 310), hükümete karşı suç (TCK m. 312)) pek çok suç türünün çocuklara karşı işlenmesi mümkündür. TCK'da çocuğun mağdur olduğu veya çocuğun mağdur olması durumunda daha ağır cezanın öngörüldüğü suçlar; çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104), cinsel taciz (TCK m. 105), eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi (TCK m. 112), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117), ısrarlı takip (TCK m. 123/a), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK m. 194), müstehcenlik (TCK m. 226), fuhuş (TCK m. 227), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK m. 228), dilencilik

⁴⁴ BAKIRCI, *Çocuk ve Genç İşçiler*, s. 252.

⁴⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. WEYAND, Rn.10.

⁴⁶ Aynı yönde, BAKIRCI, *Çocuk ve Genç İşçiler*, s. 252.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler), s. 226 vd.; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞIBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 219; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 114 vd.; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 202 vd.; AKBULUT, Berrin: *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Temel Bilgiler), s. 155 vd.; DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 429 vd.

⁴⁸ Benzer şekilde suçun kasten ya da taksirle işleneceğine ilişkin bir ayırma gidilmemişse de hükmün amacı itibarıyla bu yasağın sadece kasten işlenen suçlar açısından geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden işverenin dâhil olduğu bir trafik kazasında çocuğun yaralanması ihtimalinde bu yasağın uygulanmaması gerekir.

(TCK m. 229), insan ticareti (TCK m. 80), kasten öldürme (TCK m. 82) ve eziyettir (TCK m. 96). Ancak doğrudan sadece çocuğa karşı işlenmesi veya çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmeyen hakaret (TCK m. 125), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134), mala zarar verme (TCK m. 151) gibi suçların da mağduru çocuk olabilir. Bu nedenle yasak hüküm açısından önemli olan somut olayda çocuğa karşı bir suç işlenmesi ve kişinin bu suç nedeniyle cezalandırılmış olmasıdır.

B. Yüz Kızartıcı Suç Kavramı

TCK'da suçlar, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca m. 76 vd.'da korunan hukuki değer dikkate alınarak farklı bölüm ve kısımlarda düzenlenmiştir⁴⁹. Uluslararası suçlar, kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar ve millete ve devlete karşı suçlar kısımları altında hayata karşı suçlar, genel tehlikeye yaratan suçlar, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar gibi farklı bölümlerde farklı suç türleri düzenlenmiştir. Bu bakımdan yüz kızartıcı suç kavramı ceza hukukunda yer verilen bir suç grubu türü olmayıp, bu anlamda ceza adaleti sistemi bakımından da bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak 1982 Anayasası ve bazı özel kanunlarda söz konusu ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Anayasa hükmü ve özel kanunlardaki düzenlemeler dikkate alındığında yüz kızartıcı suç tanımlamasının belirli bir meslek veya göreve kabul edilmek ya da bir hakka sahip olmak için aranan şartlardan biri olduğu görülmektedir.

Özel düzenlemelerde ve Anayasa'da yüz kızartıcı suç tanımlamasıyla bazı suçlar sayılmışsa da kavrama ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Yargıtay ise yüz kızartıcı suç kavramını, "*kişiyi toplum nezdinde küçük düşüren, ahlak düzeninin çok şiddetle reddettiği toplumun çok büyük ahlaki tepkiler verdiği suçlar*" olarak tanımlamıştır⁵⁰. Ayrıca yüz kızartıcı suç kavramına yer veren kanunlarda genellikle belirli suçlar sayıldıktan sonra gibi ifadesi kullanılmasının da yerinde olduğu ve toplum yapısının zamana göre değişmesi nedeniyle bu suçların tek tek sayılmasının da olanaksız olduğu, diğer yüz kızartıcı suçların uygulama tarafından belirlenmesi gerektiğini belirtilmiştir⁵¹. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim kavram belirli bir alanı ifade etmemekte olup bütün suçlar haksızlık niteliğini haiz olduğundan aslında bütün suçlar yüz kızartıcı suçtur denilebilir⁵². Bu nedenle bir fiili suç olarak nitelendirdikten sonra bu suç açısından ayrıca yüz kızartıcı tanımlaması yapmak hukuka uygun bir yaklaşım değildir. Ayrıca kavram kişiye, zamana ve mekâna göre değişen bir keyfiliği beraberinde getirmektedir⁵³.

Anayasa'nın "Milletvekilliği Seçilme Yeterliliği" başlıklı 76. maddesinde belirli suçlardan hüküm giymiş olanların affa uğramış olsa bile milletvekili seçilemeyecekleri belirtilmiştir. Bu suçlar arasında "*zimet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar*" sayılmıştır. Yine farklı kanunlarda yüz kızartıcı suç kavramına yer verildiği görülmektedir. Avukatlık mesleğine kabulde aranan şartlardan biri de "*Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçları*" yüz kızartıcı suçlar olarak belirlenmiş ve bu suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların "cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi" avukatlığa kabul edilmeyecekleri belirtilmiştir (Avukatlık Kanunu m. 5/a-h).

⁴⁹ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve korunan hukuki değer hakkında bkz. ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991, s. 7 vd.; ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 107; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 148; ZAFER, s. 195 vd.; ÖZBEK/DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞIBÜYÜK, s. 38 vd.; DÜLGER, s. 257 vd. Ayrıca bkz. İÇEL, Kayhan: *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 9 vd.; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 116 vd.; AKBULUT, *Temel Bilgiler*, s. 157 vd. Korunan hukuki değer konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, s. 102 vd.

⁵⁰ Yargıtay, CGK, T. 02.07.1996, E. 1996/144, K. 1996/171 (Lexpera).

⁵¹ Yargıtay, CGK, T. 02.07.1996, E. 1996/144, K. 1996/171 (Lexpera).

⁵² ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 991, dn. 351. Disiplin hukukunda belirlilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ZAFER, s. 170 vd.

⁵³ Karşı görüş, Yargıtay, CGK, T. 02.07.1996, E. 1996/144, K. 1996/171, (Lexpera).

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde devlet memuru olma şartları açısından “Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak” hükmü ile yüz kızartıcı suç kavramına yer verilmiştir. Ancak 2005 yılında değiştirilen ceza adaleti sistemi ile yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile uyum amacıyla 2008 yılında ilgili Kanun’da yapılan değişiklikle söz konusu ifade hükümden çıkarılmıştır⁵⁴. Ayrıca Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu⁵⁵ m. 4/d, Noterlik Kanunu⁵⁶ m. 7, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun⁵⁷ m. 4 /A gibi bazı kanunlarda da yer verilen yüz kızartıcı suç kavramı TCK ile uyum amacıyla 5728 sayılı Kanun ile mülgadır.

Yukarıda bahsi geçen JArbSchG’nin “Belirli Kişiler Tarafından Çalıştırma Yasağı” başlıklı § 25. maddesine de burada ayrıca yer vermek gerekir. Hükme göre, çocuk ve gençleri çalıştırmayacak kişiler, bizim de hukukumuz açısından önerdiğimiz gibi hem belirli bir ceza miktarı hem de belirli suçların sayılması yöntemiyle düzenlenmiştir. Buna göre çocuk ve gençleri çalıştırması yasak kişiler; iki yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılanlar, çocukların veya gençlerin zararına olacak şekilde işveren veya eğitmen olarak görevlerini ihlal ederek işledikleri kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezası ile cezalandırılanlar, Ceza Kanunu’nun 109h, 171, 174, 184l, 225, 232 ile 233a maddeleri kapsamında bir suç işleyenler, Narkotik Kanunu’nda düzenlenen bir suçu işleyenler, Tüketici Esrarı Kanunu veya Tıbbi Esrar Kanunu kapsamındaki bir suçu işleyenler, Gençleri Koruma Kanunu kapsamındaki bir suçtan en az iki kez hüküm giymiş olanlardır. Başka bir ifadeyle söz konusu suçlardan kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olmuş kişiler, gençleri istihdam edemez, denetleyemez, eğitemez ya da denetlemek veya eğitmekle görevlendirilemezler. Ayrıca söz konusu Kanun’un 58. maddesinde yer verilen kabahatler (58/1-4) nedeniyle en az 3 kere idari para cezasıyla cezalandırılmış olanlar açısından da geçerlidir.

Hukukumuzdaki ilgili düzenlemeler ve değişiklikler de dikkate alındığında, çalışma konusu Yönetmelik’te yer verilen yüz kızartıcı suç kavramının kaldırılması bunun yerine TCK ile uyum sağlayacak bir düzenlemenin yapılması daha yerinde olacaktır. Ayrıca Alman hukukunda örneğini gördüğümüz şekilde, ceza miktarı veya suç tipleri sayılarak yapılacak bir düzenleme kanaatimizce daha doğru olacaktır. İfade edilmelidir ki, ceza kanunlarında ve bazı özel kanunlarda yer verilen yasaklar iş mevzuatına göre özel düzenleme niteliğinde ve daha çok kamu görevine alınmaya ilişkindir. Bu nedenle iş mevzuatı açısından İş Kanunu’nda genel bir yasağa yer verilmesi ve ilgili ceza mevzuatına atıf yapılması daha yerinde olacaktır.

C. Ceza Hükümünün Kesinleşmesi ve İnfazı

Cezaların infazı, hükmün kesinleşmesine bağlıdır (CGTİHK. m. 4). İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmadığında kararlar kesinleşir. Ancak ilk derece mahkemesince verilen kararlara (belirli nitelikteki cezalar hariç) karşı istinaf kanun yoluna başvuru-

⁵⁴ Kanun gerekçesinde “Devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak mahkûmiyet koşulu Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alınarak yeniden belirlenmiştir. Düzenlemede, Türk Ceza Kanununun suç karşılığı uygulanan yaptırım sistemi, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına ilişkin güvenlik tedbirleri, suç karşılığı uygulanan cezalarda özellikle mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan asli ceza -fer’i ceza ayırımına yeni Türk Ceza Kanununda yer verilmemesi, Türk Ceza Kanununun özel hükümler kitabında yer alan bazı suçlara karşı uygulanan yaptırımların alt ve üst sınırları, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 104, 105, 106, 107 ve 108 inci maddesi hükümleri ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun ilgili hükümleri dikkate alınmıştır” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/ba936ead-a1ec-44c4-aa8f-250ce67da7be.pdf> (ET: 03.04.2025).

⁵⁵ 13.06.1989 tarih ve 20194 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁶ 05.02.972 tarih ve 14090 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁷ 24.12.1953 tarih ve 8591 sayılı Resmî Gazete.

labilir. Bazı kararlar ise doğrudan istinafa tabidir (CMK m. 272). Bu da hükmün kesinleşmesine engel olmaktadır (CMK m. 275). Belirli kararlar açısından da temyiz kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 286/ m. 293). Başka bir ifadeyle olağan kanun yollarına başvurulmuş kararlar açısından da bu kanun yollarının tüketilmesiyle kararlar kesinleşecek ve infaz edilebilir hale gelecektir. Çocuğa karşı suç işlemiş işveren veya işveren vekilinin çocuğu çalıştıramaması hali ancak hüküm kesinleştikten sonra uygulama alanı bulacaktır. Yönetmelik'teki söz konusu düzenleme dikkate alındığında ceza mevzuatında hükümden önce de bazı hallerde çocuklarla olmayı gerektiren ortamlarda çalışma yasakları getirilmiştir.

Kasten işlenen suçlarda hapis cezasına mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle birlikte belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri⁵⁸ de gündeme gelecektir. Buna göre bir kimse, mahkûmiyet süresince, başka bir ifadeyle hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, belirli haklardan yararlanamaz ve belirli uğraşlarda bulunamaz. “*Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan*⁵⁹; *bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yasaklanma*” söz konusu güvenlik tedbirlerindedir (TCK m. 53/1/d-e). Ancak mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen hükümlü hakkında serbest meslek erbabı veya tacir olarak çalışmaya ilişkin hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilecektir (TCK m. 53/3). Ancak söz konusu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir⁶⁰. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/5).

Masumiyet (suçsuzluk) karinesi, bir kimsenin mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçlu sayılmamasını ifade eder⁶¹. Hüküm kesinleşince infaz edilebilir hale gelir ve bir kimse hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti bulunup bulunmadığı adli sicilde görülebilir. Adli Sicil Kanunu'nun 2. maddesine göre, “*hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye’de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dâhil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adli Sicilde*” tutulacaktır⁶².

⁵⁸ Güvenlik tedbiri, suç işleyen kişinin gösterdiği tehlikelilik durumu ya da maruz kaldığı tehlike hali dikkate alınarak veya suçun konusuy- la ilgili ya da suçun işlenişinde kullanılan araçla bağlantılı olarak uygulanan koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 970 vd.

⁵⁹ Ayrıca bkz. TMK m. 471; m. 64.

⁶⁰ Günümüzde cezanın infazıyla amaçlanan hususların başında, suç işleyen kişinin pişmanlık duymasının sağlanması ve bu kişinin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması gelmektedir. Böylelikle mahkûm edildiği cezanın infaz edilmesiyle birlikte kişinin yapmış olduğu ihlalin karşılığını gördüğü, toplumun yeniden güvenini kazandığı ve ıslah olduğu kabul edilir. Bu nedenle hak yoksunlukları kural olarak hüküm süresiyle sınırlı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, *İzzet: “Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, Türk Ceza Kanunu Reformu I. Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 62; ÖZBEK, Veli Özer: *İnfaz Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 202, s. 42-45, 91 vd. Ayrıca bkz. TURHAN, Faruk: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 4, s. 171 vd.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 88 vd.; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ALAN, Esra / SİRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÖTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 153 vd.

⁶² Adli sicil kaydı, “*cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanasının dolması, genel af, halinde adli sicil ve istatistik genel müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır. Adli sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir*” (Adli Sicil Kanunu m. 9).

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'na 2023 yılında eklenen “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananlar hakkında uygulanacak tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin görevler*” başlıklı 12/A maddesiyle TCK m. 191’de düzenlenen “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak” hükmü gereğince Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında denetimli serbestlik tedbiri veya tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri verilen şüpheliyle ilgili olarak denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilecek yükümlülüklerden biri de “*çocuklarla bir arada olmayı gerektiren ortamlarda çalışmaktan yasaklanmak*”tır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un “Mükerrerlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri” başlıklı 108. maddesine göre; koşullu salıverme süreleri, cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/2), çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan (TCK m. 104/2-3) hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, bazı yükümlülükler karar verilmektedir. Bu yükümlülükler arasında “*çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanma, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanma*” da bulunmaktadır⁶³.

Yine Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik’in 6. maddesine göre; cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde, başvurulacak yükümlülükler arasında “*çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanma, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanma*” da yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik’te ilgili yükümlülüklerin ne olduğu ve nasıl uygulanacağına ilişkin de hükümler getirilmiştir. Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanma; hükümlünün toplumun ve çocukların korunması amacıyla kişinin kişisel ve sosyal durumu ile tekrar suç işleme riski göz önüne alınarak çocuklar ile bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanması olarak tanımlanmıştır (m. 11). Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak, hükümlünün toplumun ve çocukların yararı ve korunması amacıyla kişinin kişisel ve sosyal durumu ile tekrar suç işleme riski göz önüne alınarak çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanması yükümlülüğüdür. Yükümlü hakkında bu tedbire karar verilmesi durumunda, kişi denetim süresi içerisinde çocuklar üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü gerektiren faaliyetleri icra edemez (m. 12). Bu Yönetmelik uyarınca ilgili tedbirlerin uygulanması da denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından yerine getirilecektir.

V. SÖZLEŞMENİN KURULMASI AŞAMASINDA ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında taraflar birbirleri hakkında bilgi sahibi olmak istemektedir. Bunu sağlayabilmek adına özellikle işçi adayından kendisi ile ilgili bazı bilgi ve belgeleri sunması talep edilmektedir⁶⁴. İşçi adaylarının da işverenler ve işyeri hakkında bilgi istemelerine ise pek rastlanılmamaktadır. Ancak dürüstlük kuralı gereği, iş sözleşmesinin kurulma aşamasında işverenin de işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmalıdır. Alman hukukunda ise, iş sözleşmesinin kurulma aşama-

⁶³ Burada yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, iş mevzuatımızda sadece işveren ve işveren vekili için çalıştırmaya yönelik bir yasak bulunmakla birlikte, ceza mevzuatında yukarıda sayılan belirli suçlardan hüküm giyenler bakımından çocukla aynı ortamda çalışma yasası, işyerindeki diğer çalışanlar için de kabul edilmiştir. O halde, kanaatimizce, “*çocuklarla bir arada olmayı gerektiren ortamlarda çalışmaktan yasaklanmak*” olgusunu iş hukuku açısından daha bilinir hale getirmek ve işe alımda işverence gerekli inceleme yapılmaması olasılığına karşın, anılan mahkûmiyet bilgisinin Adalet Bakanlığınca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına intikal ettirilmesi isabetli olacaktır.

⁶⁴ İş akdinin kurulmasına ilişkin görüşmeler hakkında, SÜZEK, Sarper/BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 323; ERKANLI, Betül: *Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 59 vd.

sında, işverenin işçiyi bilgilendirmesinin gerekli olduğu durumlar belirlenmiştir⁶⁵. Bu belirlemelerin kıyasen hukukumuzda da uygulanabileceği görüşünde olan *Türe*'ye göre, işverenin dürüstlük ilkesi gereğince “aydınlatma yükümlülüğü”nden söz edebilmek için üç temel koşul bulunmaktadır⁶⁶. İlk koşul olarak, sözleşmeye taraf olacak adayın karşı tarafın katkısı olmaksızın kendiliğinden elde etmesinin mümkün olmadığı bir bilgi olması gerektiği sayılmıştır⁶⁷. Kişinin mahkûmiyetine ilişkin bilgi de bu niteliktedir. Öğretide, işçi tarafının işverenle ilgili bu bilgiye kendi imkânları ile ulaşmaları mümkün olamayacağı endişesinden hareketle, bu suçlardan hüküm giymiş kişilere ilişkin bilgilerin, iş müfettişlerine bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸.

Çocuk ve genç işçi ile yapılacak sözleşmenin işveren tarafı ile ilgili olarak belirli suçlardan mahkûmiyetinin olduğu bilgisi, işverenlerin özel nitelikli kişisel verisidir. Zira Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) m. 6/1'e göre, kişilerin ceza mahkûmiyetleri özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir. Ceza mahkûmiyeti, suç işlediği kesin hüküm ile karara bağlanmış olan kişi hakkında uygulanan yaptırım olarak tanımlanmıştır. Adli sicil kaydının içeriğini oluşturan “kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri” de özel nitelikli kişisel veri kategorisinde değerlendirilebilecektir⁶⁹. KVKK m. 6/3-f'de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu belirtildikten sonra, “*istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması*” durumunda bu verilerin işlenmesinin mümkün olacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde örnek olarak, Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin “Şoförlerde Aranacak Nitelik ve Şartlar” başlıklı 34. maddesine göre; Yönetmelik kapsamındaki taşıtları kullanan şoförlerin uyuşturucu, silah, insan ve gümrük kaçakçılığı ile terör suçlarından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza almamış olmaları koşulu bulunduğundan, şoförlerin ceza mahkûmiyeti verilerinin işlenmesinin bu bent kapsamında değerlendirilebileceğine yer verilmiştir⁷⁰. KVKK'da her ne kadar işçinin özel nitelikli verilerinin işlenmesine odaklanılmış olursa da, iş ilişkisinin işveren tarafının da kişisel verisinin korunması bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu nedenle kanaatimizce de, belirli suçlardan hüküm giyen işveren ve işveren vekillerine ait özel nitelikli kişisel veri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) ile paylaşılmalı ve bu kişilerin iş sözleşmesi yapma süreci Bakanlığın gözetiminde gerçekleştirilmeli ve işçi tarafı durumdan haberdar edilmelidir.

İşverenin aydınlatma yükümlülüğünün varlığından söz edebilmek için aranan ikinci koşul, işverenden istenen bilginin sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde önem arz etmesidir. Çocuk ve genç işçinin kanuni temsilcisinin işverenle ilgili bu bilgiyi öğrenmesi ve sözleşme yapma kararından vazgeçmesi beklenen sonuçtur. Üçüncü koşul ise, işverenden istenen bilginin onun kişisel verisi hakkında açıklama yapmasını gerektirdiği durumlara özgü olarak, bilgiye ihtiyaç duyan tarafın işverenin kişisel verisinin gizli kalmasına kıyasla daha üstün bir yararının olması gerektiğidir⁷¹. Sayılan koşulların tümü kanaatimizce yasak kapsamındaki işverenle sözleşme yapmak isteyen çocuk ve genç işçi açısından gerçekleşmiş olduğundan, işveren sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmeyi çocuk ve genç işçi adına yapacak veli veya vasisine ceza mahkûmiyeti olmadığı hususunda bilgi verme yükümlülüğü altında olacaktır. Yönetmelik'te, çocuk ve genç işçilerle sözleşme yapacak işverenlere getirilen yükümlülükler belirlenmiş olup, bu konuya ilişkin somut bir yükümlülüğe yer verilmediği görülmektedir. Yönetmelik'in 12/a maddesinde, işverenin “*çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisine, çocuk ve*

⁶⁵ KURSAWE, Stefan: “Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluß von Arbeitsverträgen”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1997/5, Rn. 248.

⁶⁶ TÜRE, Gökhan: *İş Sözleşmesinin Kurulması İşçinin İşe Alınması*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2021, s. 358.

⁶⁷ TÜRE, s. 358.

⁶⁸ BAKIRCI, *Çocuk ve Genç İşçiler*, s. 252.

⁶⁹ Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber, KVKK Yayınları No: 51, Ankara 2025, s. 24-25 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/70f95c73-06a2-44dc-81e9-34201bdd7f5c.pdf>, ET: 21.03.2025).

⁷⁰ Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber, s. 52 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/70f95c73-06a2-44dc-81e9-34201bdd7f5c.pdf>, ET: 21.03.2025).

⁷¹ TÜRE, s. 359.

genç işçinin çalıştırılacağı iş, karşılaşılabileceği riskler ve alınan önlemler hakkında bilgi verir” hükmü bulunmaktadır. Bu hükmü geniş yorumlayıp, işverenin ceza mahkûmiyeti bilgisinin verilmesini de bu maddeye dayandırmak kanaatimizce güç görünmektedir.

İş görüşmeleri sırasında işveren tarafından işçiye ilişkin hangi bilgi ve belgelerin istenebileceği özellikle kişilik hakları ve kişisel verilerin korunması bağlamında uygulamada titizlikle incelenen bir konu olmakla birlikte, işçi adayının işverenden hangi bilgileri talep edebileceğine yönelik belirlemelere mevzuatımızda açıkça yer verilmemiş olması isabetli görülmemektedir⁷². Bu konuda “İşverenin İş Akdi veya İş İlişkisinde Uygulanacak Kurallar Hakkında Çalışanları Bilgilendirme Sorumluluğuna İlişkin 91/533/EEC Sayılı Konsey Yönergesi’ndeki düzenlemeler yol gösterici olabilir⁷³. Anılan Yönerge’de, “*çalışanların sözleşmeden kaynaklanan menfaatlerinin korunabilmesi için iş akdi veya istihdam ilişkisinin temel unsurlarında oluşan herhangi bir değişimin çalışanlara yazılı iletilmesinin gerekliliğinden*” bahsedilmektedir⁷⁴. Yönergede, sadece iş koşulları bakımından değil, aynı zamanda çalışanların sözleşmeden kaynaklanan menfaatlerinin korunabilmesi için, işverenlerce iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin temel unsurlarında gerçekleşecek değişimin de çalışanlara yazılı olarak bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁷⁵. Bu hüküm gereği, iş sözleşmesinin başlangıcında yasak kapsamında olmayan işverenin, iş ilişkisi devam ederken Yönetmelik’te belirlenen suçlardan dolayı yargılandığı hususunu ve yargılama sonucunda ortaya çıkan mahkûmiyet kararını işçiye bildirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

VI. ÇALIŞTIRMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. Yasağa Aykırı Olarak Yapılan Sözleşmenin Geçerliliği Sorunu

İş Kanunu m. 9’a göre, “*Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.*” Sözleşme serbestisinin iş hukukundaki görünümü olan bu kural, iş sözleşmesinin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içermektedir. Çoğunlukla işverenin işçiye işe alması kapsamında ele alınsa da, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen iş sözleşmesinde işçinin de işvereni seçme özgürlüğü olduğu kabul edilmelidir. Ancak sözleşmenin tarafını seçme konusundaki serbestiye bazı sınırlamalar getirilmiş olup, buna aykırı olarak yapılan sözleşmelerin geçerliliği sorunu gündeme gelebilmektedir.

İnceleme konumuz açısından, Yönetmelik’te belirlenen yasak kapsamında olan bir işverenle iş sözleşmesi yapılması durumu iki farklı olasılık üzerinden değerlendirilmelidir. İlki, sözleşme kurulmasından önce yasak kapsamında bir hükümlü olduğu bilgisinin çocuk veya genç işçinin kanuni temsilcisine verilmemesi veya bu konuda sahte belge düzenlenerek durumun gizlenmesidir⁷⁶. İkinci olasılık ise, işçinin kanuni temsilcisinin işveren tarafındaki kişinin yasak kapsamında olduğunu bilmesine rağmen yine de sözleşmeyi imzalaması durumudur⁷⁷.

⁷² İşe girişte işverenin işçiden talep edebileceği bilgiler ve bu bilgilerin kişisel verilerin korunması kapsamında işlenmesine ilişkin olarak açıklamalar için bkz. YİĞİT, Esra: *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 74-96.

⁷³ 14.01.1991 tarihli Yönerge’ye istinaden İş Kanunu m. 8/3’te düzenlemeler yapılmıştır. İşverenin çalışanlara bilgi verme yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. YİĞİT, Yusuf: *İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 52 vd.

⁷⁴ Yönerge metni için bkz. AYDIN, Fazıl (Ed.): *Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, ÇSGB Yayınları, Ankara, 2014 (<https://www.csgeb.gov.tr/Media/5j3jrqqh/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>, ET: 20.03.2025).

⁷⁵ YİĞİT, Yusuf: “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009, Sayı 4, s. 83.

⁷⁶ Adli sicil belgesinde değişiklik yapılması halinde ilgili işveren/işveren vekili açısından TCK 204. maddede düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçu gündeme gelecektir.

⁷⁷ Bu ihtimalde ise kanuni temsilci açısından TCK 233/1/3. maddede düzenlenen “aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçu gündeme gelecektir. İlgili düzenlemeye göre, “aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Ayrıca “onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

İş sözleşmesi yapılması sırasında tarafların iradesinin sağlıklı ve birbirine uygun olması aranmaktadır. Aksi takdirde sözleşmenin iptal edilebilirliği söz konusu olmaktadır. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında tarafların aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirmemek suretiyle gerçek durumu gizleyerek sözleşme imzalaması, irade sakatlıkları arasında yer alan hile (aldatma) olarak nitelendirilmektedir. Aldatmada, aldatılan tarafın gerçek durumu bilseydi mevcut sözleşmeyi hiç yapmayacağı durumlar ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin yapılması aşamasında çocuğun kanuni temsilcisinin işverenin çocuklara karşı suçlardan hüküm giydiği bilgisine vakıf olması durumunda sözleşmeyi yapmayacağı söylenebildiğinden, ortada bir aldatma durumu bulunmaktadır⁷⁸. Sözleşmeler bakımından irade bozuklukları durumları TBK m. 39’da yanılma, aldatma ve korkutulma olarak sayılmış olup, maddede “yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır” hükmüne yer verilmiştir. İş sözleşmesinin tarafının TBK m. 39’da sayılan hallerden dolayı iradesinin sakatlandığı durumlarda, iş sözleşmesinin iptal edilebilirliği söz konusu olmaktadır. İradesi sakatlanan tarafın tek taraflı bozucu yenilik doğurucu nitelikte olan ve herhangi bir şekle tabi olmayan iptal beyanını kullanması ile iş sözleşmesi kesin hükümsüz hale getirilmiş olup, geçersizlik ileri etkili olarak sonuç doğurur⁷⁹.

İş sözleşmesinin iptali ile ilgili olarak değinilmesi gereken husus, konumuz özelinde aldatma durumunun aynı zamanda İş Kanunu m. 24/II-a’ya göre işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermesidir. Bu durumda işçinin aldatma gerekçesiyle iş sözleşmesinin iptalini istemek yerine İş Kanunu m. 24/II-a’ya göre fesih hakkını kullanmayı tercih etmesi gerekmektedir⁸⁰. Zira İş Kanunu’ndaki düzenleme TBK m. 39’a göre özel hüküm niteliğindedir⁸¹. Dolayısıyla işverenin hükümlü olduğu konusunda işçiyi aldatması durumunda, işçi açısından aşağıda incelenecek olan fesih hakları gündeme gelecektir.

Yasaklı işverenle yapılan iş sözleşmesi ile ilgili olarak ikinci olasılık ise, çocuk ve genç işçinin kanuni temsilcisinin işveren tarafındaki kişinin yasak kapsamında olduğunu bilmesine rağmen yine de sözleşmenin yapılması durumudur. Bu olasılıkta sözleşmenin iptal edilebilirliğinden farklı olarak, kesin hükümsüzlüğü üzerinde durmak gerekir. İş sözleşmesinin kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersizliğine sebep olan durumların neler olduğu, TBK m. 27’deki genel nitelikteki düzenlemeye göre belirlenmektedir.

İş sözleşmesinin karşı tarafını seçme özgürlüğünü, TBK m. 27’de yer alan, “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” hükmüyle birlikte değerlendirdiğimizde, bu sınırlamadan başka, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği gereği ayrıca iş mevzuatında özel bazı sınırlamaların da mevcut olduğu anlaşılmaktadır⁸². İşte bu sınırlamalardan biri de “iş sözleşmesi yapma yasağı” olarak kabul edilmektedir. Dayanağını Anayasa’nın 50. maddesindeki, “kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” hükmünden alan çalışma yasakları, esasen sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruyucu bir tedbir mahiyetindedir.

⁷⁸ TÜRE, s. 384.

⁷⁹ SÜZEK / BAŞTERZİ s. 356; AKYİĞİT, Ercan: *Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 47; YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (Sona Erme), s. 107 vd.; BAŞBUĞ, Aydın/ YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 140; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 565; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 295 vd.

⁸⁰ BAKIRCI, *Çocuk ve Genç İşçiler*, s. 427; GEMİCİ FİLİZ, Beste: *Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Geçersizliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 461 vd.

⁸¹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 572; TÜRE, s. 385.

⁸² SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 137.

İnceleme konumuzu oluşturan çalışma yasağı ise, her ne kadar işveren bakımından öngörülmüş olsa da, varlık amacının işçiyi korumak olmasından hareketle, hukuki nitelik olarak çalışma yasakları kapsamında olduğu söylenebilir. Çalışma yasaklarının ise, nitelik itibarıyla “ehliyet”e ilişkin olduğu veya “emredici hüküm veya kanundan doğan yasaklar” niteliğinde olduğu görüşleri bulunmaktadır⁸³.

Konuyu yaş küçüklüğü bağlamında değerlendiren görüşler bakımından kanaatimizce yasakların ehliyet ile ilişkilendirilmesi görüşü isabetli olmakla birlikte, inceleme konumuz bakımından “Emredici Hüküm veya Kanundan Doğan Yasak” kapsamında değerlendirilmelidir. Emredici hükümler ve kanundan doğan yasak kapsamında olduğu görüşüne göre, söz konusu yasaklamalar küçüklerin, ekonomik sömürüye karşı korunması ve eğitimi, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimine zarar verebilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunması amacına hizmet etmektedir. Bu görüşe göre ayrıca sınırlı ehliyetsiz grubunda yer alan küçük bakımından, kanuni temsilcinin rızasını almak koşuluyla iş sözleşmesinin tarafı olması, ehliyet sorununu ortadan kaldırabilse de, iş mevzuatından kaynaklanan bazı yasaklar ve sınırlamalar varlığını sürdürmeye devam edecektir. O halde, yaş küçüklüğü durumu, ehliyet sorunu değil, iş hukuku bakımından çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik yasak ve sınırlama olarak görülmelidir⁸⁴. Belli suçlardan hüküm giyenler bakımından da aynı yorum yapılarak, yasağın “emredici hükümlere aykırılık” kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Bu vesile ile ifade etmek gerekir ki, maddede “kanunun emredici hükümleri”nden bahsedilmektedir. Oysa incelediğimiz hüküm, herhangi bir kanunda düzenlenmemiş, Yönetmelik’te düzenlenmiştir. İş sözleşmesi yapılmasına ilişkin mutlak bir yasak içeren bu hükmün, kanunda değil de yönetmelikte düzenlenmesi ise eleştiriye açıktır⁸⁵.

O halde, bazı suçlardan hüküm giymiş işverenlerle sözleşme yapılmasının yasaklanması da, TBK m. 27 kapsamında “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” hükmü gereği “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tabi olacaktır. Zira söz konusu çalışmanın anılan madde gereği hukuka aykırı olduğu ve bu yasağın emredici hukuk kurallarına, kanunun yasaklayıcı hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir. Hukukumuzda göre, yasaklayıcı hükümler ile emredici hükümler arasında kesin bir sınır çizilmemiş olup, emredici hukuk kurallarına aykırılık hali de hukuka aykırılık kategorisi içerisinde düzenlenmiştir. Böylece emredici hukuk kurallarına aykırılık da, geçersizlik (kesin hükümsüzlük) yaptırımına bağlanmıştır⁸⁶.

İşverenlerin çalışmasına ilişkin yasaklayıcı hükme aykırı olarak yapılan sözleşmelerin emredici hükümlere aykırı olduğu gerekçesiyle “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tabi olmasının sonuçlarının değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle geçersizliğin kim tarafından ileri sürülebileceği açısından bakıldığında, hakkın kötüye kullanımı yasağından hareketle, hükmün amacının geçersizliği ileri sürme hakkını sözleşmenin zayıf tarafına tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁷. TBK m. 394’ün gerekçesinde de, “*hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır*” denilmek suretiyle bu sonuca ulaşılması sağlanmaktadır. Dolayısıyla yasak kapsamındaki işverenin sözleş-

⁸³ Ehliyetle ilişkin olduğu yönünde ayrıca bkz., MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 495 vd.; BOZKURT GÜMRÜK-ÇÜOĞLU, s. 507; URHANOĞLU CENGİZ, İstar: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 98, s. 211.

⁸⁴ ÖZKARACA / ÜNAL, s. 379.

⁸⁵ Çalışma hürriyeti, Anayasa tarafından korunan temel haklardan biri olup bu hak kapsamında özel teşebbüs kurma da koruma altına alınmıştır. Devlete ise özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Çalışma konusu yasak bu kapsamda bir sınırlama ve çocuğun üstün yararının öncelikli korunan alan olması nedeniyle bu hakka getirilmiş bir sınırlamadır. Bu hakka müdahale niteliğinde olan yasağın kanunda düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Zira yönetmelikle temel hakka sınırlama getirilmesi uygun değildir.

⁸⁶ USTA, Yaren Nur: *İş Sözleşmesi Yapma Yasakları Bakımından Yaş Küçüklüğü*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2024, s. 90.

⁸⁷ GEMİCİ FİLİZ, s. 402; AKBULUT, Pakize Ezgi: *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 110 vd.

menin tarafı olduktan sonra, sözleşmenin kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz sayılmasını talep hakkı dürüstlük ilkesi gereği mümkün olmamalıdır. Bu nedenle de taraflardan birini korumaya yönelik yasak içeren hükümler söz konusu olduğunda ancak normla korunmak istenen taraf geçersizliği ileri sürebilmelidir⁸⁸. İş hukukundaki düzenlemelerin çok büyük bir kısmı işçiyi korumaya yöneliktir. Zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla getirilmiş olan düzenlemelere aykırılığın yaptırımından da normla korunan işçi yararlanmalıdır⁸⁹.

Bu durumda, çocuk ve genç işçinin kanuni temsilcisi, işverenle ilgili yasağı gerekçe göstererek iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecektir. Yasağın varlığını bildiği halde sözleşmeyi yapan kişinin (çocuk ve genç işçinin kanuni temsilcisi) daha sonra bunu ileri sürmesinin mümkün olup olamayacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. Zira TBK m. 394'te, "*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*" denilmek suretiyle başlangıçtan itibaren geçersizliği bilen taraf bakımından bu hükmün uygulanamayacağı anlaşılmaktadır⁹⁰. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde, "maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır. Gerekçede, "maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi göz önünde tutulmuştur; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle iş görme" koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir" ifadeleri yer almaktadır⁹¹. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise, "işçi, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayanarak iyiniyetle işverenin hizmetinde çalışıyorsa sözleşmenin her iki tarafı da iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak taraflardan biri ya da diğeri tarafından ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinde olduğu gibi yerine getireceklerdir" şeklinde bir düzenleye yer verilmiş olup, sözleşmenin sonraya etkili olarak geçersiz olabilmesi için aranan iyiniyetin, geçersizliği başlangıçtan itibaren bilmeme olgusuna değil, iş sözleşmesi esnasında iyiniyetli olarak çalışmasına dayandırıldığı görülmektedir. Hukukumuz bakımından ortaya çıkan bu sonucun işçi yararına olmadığı gerekçesiyle eleştirildiği ve iş sözleşmesinin yapıldığı anda işçinin durumu bilip bilmemesinin önemli olmayacağı görüşü ağırlıktadır⁹². Bu nedenle durumu bilen işçi (kanuni temsilcisi) açısından da TBK m. 394'teki geleceğe etkili geçersizlik hükmünü uygulamak isabetli olacaktır.

İş sözleşmesinin geçersizliği (kesin hükümsüzlüğü) ile feshi farklı kavramlar olduğundan, geçersizliği ileri sürülen iş sözleşmesiyle ilgili olarak işçi feshe bağlı hakları elde edemeyecektir⁹³. Geçersizliği ileri sürmenin bir fesih beyanı olmamasından hareketle, ihbar sürelerine uyma yükümlülüğü veya ihbar tazminatı ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde iş sözleşmesi, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14'teki sona erme sebeplerinden biriyle son bulmadığından, işçinin kıdem tazminatı alma hakkı da bulunmamaktadır⁹⁴. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklara ulaşması ise mümkün olacaktır. Bu kapsamda tarafların borçları sona erecek, kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücret borcu muaccel olacaktır.

⁸⁸ GEMİCİ FİLİZ, s. 404.

⁸⁹ DOĞAN YENİSEY, Kübra: *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 375.

⁹⁰ YÜREKLİ, Sona Erme, s. 112.

⁹¹ <https://www.ilhanhvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394> (ET: 27.03.2025).

⁹² CANİKLİOĞLU, Nurşen: "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi", *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri*, TİSK, İstanbul, 2011, s. 82 vd.; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Hizmet Sözleşmesi", (Ed.) İNCEOĞLU, M. Murat: *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 303; ÖZKARACA / ÜNAL, s. 391. Aynı yönde diğer görüşler için ayrıca bkz. GEMİCİ FİLİZ, s. 397.

⁹³ ÖZKARACA / ÜNAL, s. 398. Alman ve İsviçre hukukunda aynı yönde, bkz. ÖZKARACA / ÜNAL, s. 398-399.

⁹⁴ Varılan bu sonucun korunmak istenen işçinin aleyhine sonuç doğurmasının haklı eleştirisi için bkz. GEMİCİ FİLİZ, s. 213.

B. Sözleşmeyi Fesih Hakkı Vermesi

Çocuk ve genç işçi ile iş sözleşmesi yapıldığı anda maddede belirtilen suçlardan hüküm giymemiş olmakla birlikte iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenin mahkûmiyetinin gerçekleşmesinin ya da durumun işçiden/kanuni temsilcisinden gizlenerek iradelerinin sakatlandığı hallerde, mevcut durumun iş sözleşmesine etkisinin iptal edilebilirlik olduğundan yukarıda bahsedildi. Ancak işveren hilesinin aynı zamanda işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıdığı yönünde İş Kanunu'nda da düzenleme olması nedeniyle, bu durumda işçiden bu sözleşme ile bağlı kalması beklenemeyeceğinden, kendisine fesih hakkı tanınması gerekmektedir. İşçinin yapacağı fesih ise kanaatimizce haklı nedenle fesih olacaktır. İşverenin mahkûmiyetine yol açan suçun varlığından iş sözleşmesi yapıldıktan sonra haberdar olan işçi bakımından, İş Kanunu m. 24/II-a'daki *"işveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa"* hükmüne dayanılmalıdır. Böylece işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmelidir. Zira işçi bu konuda gerçeğe uygun olarak bilgilendirilmemiş ve işverence yanıltılmıştır.

Şayet işverenin söz konusu suçlardan mahkûm olması iş sözleşmesinin devamı sırasında gerçekleştiyse, işverenin işçiyi iş sözleşmesinin yapıldığı esnada yanılttığından söz edilemeyecektir. İşverence işlenen suçun mağdurunun iş sözleşmesinin tarafı olan çocuk veya genç işçi olması olasılığında da İş Kanunu m. 24/II/b'de yer alan, *"işveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa"* hükmüne dayanılabileceği gibi aynı maddenin c bendinde yer alan, *"işveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa"* hükmüne de dayanılması mümkündür. Ancak suçun mağdurunun başka bir çocuk olduğu durumlar bakımından ortada *"ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* niteliğinde bir durum olduğundan bahisle aynı sonuca varmanın mümkün olacağı kanaatindeyiz.

Nihayet toplu iş sözleşmesine konulacak hükümlerle doğrudan bu durumun işçi açısından haklı fesih nedeni olarak tespit edilmesi de mümkün olacaktır. Zira kanunda haklı neden olarak gösterilmeyen bir nedenin işçi lehine olacak şekilde haklı neden sayılması, getirilen hükmün kanunun emredici hükümleri ve iyiniyet kurallarına aykırı olmamak kaydıyla geçerli olacağı kabul edilebilir niteliktedir⁹⁵. Nitekim uygulamada eşine karşı şiddet uygulayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerine rastlanılmaktadır⁹⁶.

İşverenin yasak kapsamına girdiği durumlarda işçinin haklı nedenle feshinden başka, bildirimli fesihle de sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün olabilir. Özellikle işçinin İş Kanunu m. 24/II'ye göre yapacağı fesih bildirimini altı işgünü geçtiği gerekçesiyle yapamaması üzerine bildirimli fesihle sona erdirmesi ikinci seçenek olabilir. Ancak bu olasılıkta işçiden bildirim süreleri kadar beklemesini istemek makul olmayacaktır. Bu durumda işverenin işçiyi bildirimli fesihle işten çıkarıp bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmesi daha isabetli bir çözüm olacaktır.

C. Fesih Dışı Önlemler

Yönetmelik'te belirlenen suçlardan hüküm giyen işverenle yapılan sözleşme geçersizliği ileri sürülünceye kadar devam edecektir. Bu durumda işçiyi koruyucu bir hüküm olarak fesih dışı tedbirler akla gelebilir. Bunlardan ilki, bir idari yaptırım türü olarak *"işçiyi çalışmaktan alıkoyma cezası"* ve-

⁹⁵ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 682.

⁹⁶ Aile içi şiddet uygulayan işçinin disiplin kuruluna sevk edilmesi ve iş sözleşmesinin İş K. m. 25/II uyarınca feshedilmesi biçimindeki düzenlemenin hukuka uygun olduğu yönünde bkz. BAKIRCI, Kadriye: "Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçlarıyla Müdahale Edilebilir mi?", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009, Sayı 2, s. 117.

rilmesidir. İSGK'da açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, ÇSGB İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin⁹⁷ 11/1-g hükmünde “işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi hâlinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkoymasını talep etmek” iş müfettişlerinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. İncelediğimiz durumda aslında işçinin çalışması bakımından mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce iş müfettişinin işçiyi çalışmaktan alıkoyma yetkisi olmayacağı gibi bu yetkiyi işvereni çalışmaktan alıkoymak şeklinde genişletmek de mümkün olmamalıdır. Eksikliğin mevzuata yapılacak ekleme ile giderilmesi isabetli olacaktır.

İkinci olarak, üzerinde tartışılması gereken tedbir, İSGK m. 13'te yer alan “çalışmaktan kaçınma hakkı”nın işçi tarafından yasağa aykırı davranan işverene karşı kullanılıp kullanılamayacağıdır. Madde, “ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. O halde yanıtlanması gereken ilk soru, belirli suçlardan hüküm giymiş bir işveren ile çalışmanın iş sağlığı ve güvenliği açısından çocuk ve genç işçi için ciddi ve yakın bir tehlike olup olmadığıdır. Kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması gerekli ve yeterlidir. Tehlike ise, İSGK m. 3/p'de, “işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli” olarak tanımlanmıştır. Özellikle işçi ile sosyal teması olan işveren vekilinin yasak kapsamında olduğu durumlarda, kanaatimizce çocuk ve genç işçi açısından ortada ciddi ve yakın bir tehlike vardır. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikenin fiilen işçinin yaptığı iş ile ilgili bulunması gerekmediği, tehlikenin işçiyi etkileyecek olması gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. Bu nedenle, işyerinde kendisine zarar verme potansiyeli olan kişi ile birlikte bulunan işçinin, İSGK m. 13'e göre işverene veya kurula başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi mümkün olmalıdır. İşçinin talebi haklı görüldüğünde ise gerekli tedbir olarak işyerinin veya vardiyasının değiştirilmesi gibi yöntemlere başvurulabileceği gibi işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı da tanınabilmelidir.

Son olarak eklemek gerekir ki, İş Kanunu'nda yaş küçüklüğüne aykırı olarak işçi çalıştıran işverenler bakımından idari para cezası yaptırımını da uygulanmakta iken, incelediğimiz Yönetmelik hükmüne aykırı davranan işveren bakımından Yönetmelik'te bu yönde özel bir idari para cezası öngörülmemiştir. Ancak İş Kanunu m. 104'te, “71. maddesi hükmüne ve bu maddenin son fıkrasında anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden” işverenlere idari para cezası verileceği ifade edilmiştir” hükmü bulunmaktadır. Bu hükmü değerlendirdiğimizde, 71. maddede sayılan işveren yükümlülüklerine aykırı davrananlar bakımından idari para cezası öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İnceleme konumuzu oluşturulan, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik de İş Kanunu m. 71'e istinaden hazırlanmıştır (Yön. m. 3). Ancak İş Kanunu'ndaki idari para cezalarını düzenleyen 104. maddede belirtilen, “bu maddenin son fıkrasında anılan yönetmelik” incelediğimiz Yönetmelik değildir. Anılan Yönetmelik, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan çocukların çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususları düzenleyecek yönetmelik olup, henüz çıkarılmamıştır. Dolayısıyla İş Kanunu'nun 104. maddesinin atfıyla, 71. maddeye istinaden çıkarılan tüm yönetmeliklere aykırılıklar bu maddedeki idari para cezası yaptırımına tabi olmayıp, bu durum sadece son fıkrada anılan Yönetmelik'e özel bir düzenlemedir. Sonuç olarak, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırılık gerçekleştiğinde, işverenlere herhangi bir idari para cezası öngörülmemiştir. Bu da, Yönetmelik'teki düzenlemelerin uygulanabilirliği bakımından önemli bir eksikliklerdir. Kanaatimizce incelediğimiz yükümlülük açısından bir yaptırım olması isabetli olurdu. Ayrıca mukayeseli olarak değerlendirdiğimiz Alman hukuku düzenlemesindeki gibi yönetmelik hükümlerini belirli sayıda ihlal eden işverenlere çocuk ve genç işçi çalıştırma yasağı getirilebilir.

⁹⁷ 31.10.2012 tarihli ve 28453 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁸ ÖZDEMİR, Erdem: *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 415 vd.

SONUÇ

Çocukların çalışma hayatında yer alması yeni ve güncel bir konu olmayıp, bu durum eskiden beri yaşanan bir husustur. Ancak günümüzde çocukların çalışma hayatında korunması için hem belirli şartlarda çocuklar açısından getirilmiş çalışma yasakları hem de çocukları çalıştıracak, çocuklarla aynı ortamda çalışacak kişilere ilişkin belirli yasaklar öngörülmüştür. Çalışmamızda bu yasaklardan bazısına yer vermiş olan *Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümleri iş ve ceza hukuku bağlamında incelenmiştir.

Yönetmelik'te çalıştırması yasak olan kişiler açısından işveren ve işveren vekili belirlenmiş olsa da, MEK kapsamında çırak veya aday çırak gerçekleştirdiği faaliyet esnasında çıraklık sözleşmesi yaptığı (işyeri sahibi) işveren ve usta öğreticinin emir ve talimatı altında bulunduğundan, yasak kapsamına bu kişilerin de dâhil edilmesi isabetli olacaktır. Ayrıca işletmelerin işverenleri ile eğitici personel bakımından da aynı yasak uygulama alanı bulmalıdır. Ancak Yönetmelik'te düzenlenen yasak sadece İş Kanunu kapsamındaki işçileri çalıştırılan işverenler için getirildiğinden, düzenlemede değişiklik yapılmaksızın yasağı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında çalışan kişilerin işverenleri, eğitmen ve denetmenleri için uygulamak mümkün olmayacaktır. Yönetmelik'te çalıştırma kavramına yer verilmiş olup, olması gereken hukuk açısından mesleki eğitim faaliyeti kapsamında yapılan çalışmaların da kapsama dâhil edilmesi daha isabetli olacaktır.

Öte yandan, anılan yasağın dayanağını oluşturan Yönetmelik'in kapsamı, 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bu Yönetmelik, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca; 18 yaşını tamamlamamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işler ile 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işleri, 14 yaşını bitirmiş ve ilköğretimini tamamlamış çocukların istihdam edilebileceği hafif işleri ve bu gruplara ilişkin çalışma koşullarını kapsar.”

Bu hüküm çerçevesinde, söz konusu yasağın yalnızca İş Kanunu kapsamındaki işyerlerinde ve anılan Kanun'un 71. maddesi uyarınca çalıştırılan çocuk ve genç işçileri çalıştıran işveren veya işveren vekillerine uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu hükümleri çerçevesinde çocuk veya genç işçi istihdam eden işverenler bakımından benzer içerikte bir yasak düzenlemesine yer verilmemiş olması, normatif bütünlük açısından önemli bir eksiklik teşkil etmektedir. Bu nedenle, Alman hukuk sisteminde olduğu gibi, çocuk ve gençlerin bağımlı bir çalışma ilişkisi içerisinde yürüttükleri tüm faaliyetleri kapsayacak şekilde, iş ilişkilerinin hukuki dayanağına bakılmaksızın, genel ve yeknesak bir kanuni düzenlemenin ihdas edilmesi isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme, farklı hukuki rejimlere tabi çocuk ve genç işçiler arasında uygulama farklılıklarından kaynaklanan eşitsizliklerin giderilmesine katkı sağlayacaktır.

Çalıştırma kavramı ile ilgili olarak ayrıca “fiili çalışma” olgusunun esas alınması gerektiği kabul edilebilir. Bu nedenle örneğin iş sözleşmesinin henüz imzalanmadığı deneme süreci açısından da aynı yasağın başladığı kabul edilmelidir. Çalışma ilişkisinin klasik iş sözleşmesi olması ya da atipik çalışma şekilleri biçiminde olmasının da bir önemi olmamalıdır. Örneğin uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde her ne kadar işçi ve işveren açısından sosyal temas minimum seviyede olsa da, söz konusu yasağın bu tür çalışmalar için de geçerli olacağını kabul etmek gerekir.

Yönetmelik'te çocuklar açısından herhangi bir suç grubu ya da belirli bir cezayı gerektiren suç grubu gibi bir ayırım yapılmamış olup, suçun çocuğa karşı işlenmiş olması yeterli görülmüştür. Bu nedenle çocuğa karşı işlenmiş çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, ısrarlı takip, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, sağlık için tehlikeli madde temini suçlarından veya herhangi bir başka suçtan cezalandırılmış olması yeterli olacaktır. Burada önem arz eden husus suçun çocuğa karşı işlenmesidir.

Yönetmelik'te yer verilen diğer grup suç türü yüz kızartıcı suçlardır. Önemle belirtmek gerekir ki, TCK'da suçlar, suça ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca m. 76 vd.'da korunan hukuki değer dikkate alınarak farklı bölüm ve kısımlarda düzenlenmiştir. Ancak yüz kızartıcı suç kavramı ceza hukukunda yer verilen bir suç grubu türü olmayıp, bu anlamda ceza adaleti sistemi bakımından da bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak Anayasa ve bazı özel kanunlarda söz konusu ifadenin kullanıldığı görülmektedir. Anayasa hükmü ve özel kanunlardaki düzenlemeler dikkate alındığında yüz kızartıcı suç tanımlanmasının belirli bir meslek veya göreve kabul edilmek ya da bir hakka sahip olmak için aranan şartlardan biri olduğu görülmektedir. 2005 yılında yürürlüğe giren TCK ile uyum sağlamak adına pek çok kanunda değişiklik yapılmış olup, bu değişikliklerden bazıları da farklı kanunlarda yer verilen "yüz kızartıcı suç" kavramının kaldırılması olmuştur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, çocuk ve genç işçi ile yapılacak sözleşmenin işveren tarafı ile ilgili olarak belirli suçlardan mahkûmiyetinin olduğu bilgisi, işverenlerin özel nitelikli kişisel verisidir. Bu nedenle kanaatimizce de belirli suçlardan hüküm giyen işveren ve işveren vekillerine ait özel nitelikli kişisel veri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile paylaşılmalı ve bu kişilerin iş sözleşmesi yapma süreci Bakanlığın gözetiminde gerçekleşmeli ve işçi tarafı durumdan haberdar edilmelidir.

Söz konusu verinin gizlenmesi durumunda iş sözleşmesi yapılması aşamasında İş Kanunu m. 24/II-a'ya göre işçiye haklı nedenle fesih hakkı doğacağı kanaatindeyiz. Bu durumda işçinin aldatma gerekçesiyle iş sözleşmesinin iptalini istemek yerine, İş Kanunu m. 24/II-a'ya göre fesih hakkını kullanmayı tercih etmesi gerekmektedir. Zira İş Kanunu'ndaki düzenleme TBK m. 39'a göre özel hüküm niteliğindedir. İşçinin yapacağı fesih ise, haklı nedenle fesih olmalıdır.

Hukukumuzdaki ilgili düzenlemeler ve değişiklikler de dikkate alındığında çalışma konusu Yönetmelik'te yer verilen yüz kızartıcı suç kavramının kaldırılması, bunun yerine TCK ile uyum sağlayacak bir düzenlemenin yapılması daha yerinde olacaktır. Ayrıca Alman hukukunda örneğini gördüğümüz şekilde ceza miktarı veya suç tipleri sayılarak yapılacak bir düzenleme daha doğru olacaktır. İfade edilmelidir ki, ceza kanunlarında ve bazı özel kanunlarda yer verilen yasaklar iş mevzuatına göre özel düzenleme niteliğinde ve daha çok kamu görevine alınmaya ilişkindir. Bu nedenle iş mevzuatı açısından İş Kanunu'nda genel bir yasağa yer verilmesi ve ilgili ceza mevzuatına da atıf yapılması yerinde olacaktır. Son olarak, incelediğimiz Yönetmelik hükmüne göre, işveren veya vekilinin belirlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunduğu anda, anılan kişilerin yasak kapsamında olacakları süreye ilişkin bir sınırlama bulunmamasının ağır bir yaptırım olabileceği kanaatindeyiz. Öte yandan, belirlenen suçlardan dolayı bir kez mahkûmiyeti olanlarla birden fazla aynı suçtan mahkûmiyeti bulunanların aynı sonuca maruz bırakılması da eleştiriye açıktır.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya, Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER ve Dr. Öğr. Üyesi Nurten ÖZTÜRK eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Temel Bilgiler).
- AKBULUT, Pakize Ezgi: *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- AKYİĞİT, Ercan: *Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *İş Hukukunda Staj İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- AYDIN, Fazıl (Ed.): *Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, ÇSGB Yayınları, Ankara, 2014 (<https://www.csgb.gov.tr/Media/5j3jrqqh/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>, ET: 20.03.2025).
- AYKAÇ, Hande Bahar: “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı 116, s. 335-386.
- BACAŞIZ, Pınar: “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 4917- 4941.
- BAKIRCI, Kadriye: “Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçlarıyla Müdahale Edilebilir mi?”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009, Sayı 2, s. 111-120.
- BAKIRCI, Kadriye: *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000.
- BAKIRCI, Kadriye: *Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004 (Çocuk ve Genç İşçiler).
- BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- BİLGİLİ, Özkan: “Çocuk İşçiliğinin Denetimi”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 195-214.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 481-546.
- BULUN TOKKAŞ, Sevde: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Stajyer Kavramı”, (Ed.) ÜSTÜN, Ümit Süleyman / TÜZEMEN ATİK, Ebru: *Milli Egemenlik ve Hukuk, TBMM’nin 100. Yılı Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 991-1015.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri*, TİSK, İstanbul, 2011, s. 78-109.
- CENTEL, Tankut: *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- CİVAN, Orhan Ersun: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Sayı 4, s. 225-238.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, (Ed.) İNCEOĞLU, M. Murat: *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 297-336.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ERBS, Georg / KOHLHAAS, Max (Hrsg.): *Strafrechtliche Nebengesetze*, 254. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2024 (Yazar, Strafrechtliche Nebengesetze).
- ERKANLI, Betül: *Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

- GEMİCİ FİLİZ, Beste: *Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Geçersizliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025.
- GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2010.
- HEKİMLER, Alpay: “Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Türk ve Alman Hukukunda Genç İşçilerin Çalıştırılmasına Yönelik Mevzuatın Temel Esasları”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Sayı 4, s. 2549-2581.
- INTER-PARLIAMENTARY UNION/ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: *Eliminating the Worst Forms of Child Labour a Practical Guide to ILO Convention No. 182*, 2002 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40exrel/documents/publication/wcms_172685.pdf, ET: 02.03.2025).
- İÇEL, Kayıhan: *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- KOÇ TANGÜN, Sedef: “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 132-144.
- KURSAWE, Stefan: “Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluß von Arbeitsverträgen”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1997/5, s. 233-288.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeoin Yayınevi, Ankara, 2022.
- MÜLLER-GLÖGE, Rodi / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2025 (Yazar, EKzA).
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAKSIZ, Pınar / Başbüyük, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZBEK, Veli Özer: *İnfaz Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZDEMİR, Erdem: *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal: *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu I. Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 55-68.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler).
- ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL, Canan: “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 355-410.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ALAN, Esra / SİRMA GEZER, Özge / SAYGILAR, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ed.) ÖZTÜRK, Bahri, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- SÖZER, Ali Nazım: *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- SÜMER, Haluk Hadi: *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SÜZEK, Sarper / BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ŞAHİN, Barış: *Çocuk İşçilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- TURHAN, Faruk: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 4, s. 171-196.

- TÜRE, Gökhan: *İş Sözleşmesinin Kurulması İşçinin İşe Alınması*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2021.
- URHANOĞLU CENGİZ, İftar: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 98, s. 203-230.
- USTA, Yaren Nur: *İş Sözleşmesi Yapma Yasakları Bakımından Yaş Küçüklüğü*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2024.
- UŞAN Fatih: *Çıracılık Sözleşmesi*, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994.
- ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- WEYAND, Joachim: *NomosKommentar Jugendarbeitsschutzgesetz*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- YİĞİT, Esra: *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- YİĞİT, Yusuf: “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009, Sayı 4, s. 79-114.
- YİĞİT, Yusuf: *İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- YÜREKLİ, Sabahattin: “Çıracılık Kavramı, Çıracıların Sosyal Güvenliği ve Çıracılarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi”, (Ed.) DOMANIÇ, Hayri: *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No: 718, İstanbul, 1999.
- YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (Sona Erme).
- YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

**Penalizing Environmental Harm: Merits, Limits and Alternatives^(*)***Çevresel Zararı Cezalandırma: Avantajlar, Sınırlamalar ve Alternatifler***Zerrin SAVAŞAN**

Associate Professor Doctor

*Selçuk University Faculty of Economics and Administrative Sciences**Department of International Relations Sub-department of International Law***Keywords**

Ecocide,
Ecocrime,
Environmental Crimes,
Environmental Harm,
International Criminal
Court,
Punishment,
Response.

Abstract

This article aims to take a substantive and tangible step towards bridging the aspects of International Environmental Law (IEL) and International Criminal Law (ICL) in responding to environmental harm. On this purpose, following a concise introduction to the aims of punishment and the justifications for penalties, the article firstly discusses the current approaches within the international system for penalizing and responding to environmental harm. It then critically analyzes the International Criminal Court (ICC) system, specifically its mechanisms for penalizing and responding to environmental harm, considering both its strengths and weaknesses. The analysis reveals that the ICC is not fully equipped with penalties or responses adequate for compensating environmental damage, primarily because its focus tends to be on the offender, rather than the victim. Afterwards, drawing upon alternative perspectives, the article offers several recommendations for relevant policy development and best practices. Finally, based on its findings, it underscores the importance of employing proactive, reactive and restorative tools within an ecocentric framework to develop a more robust structure equipped with more appropriate and effective penalties for adequately addressing environmental crime and the harm it engenders.

Anahtar Kelimeler

Ekokırım,
Ekosuç,
Çevre Suçları,
Çevresel Zarar,
Uluslararası Ceza
Mahkemesi,
Karşılık.

Öz

Bu makale, çevreye verilen zarara karşılık verme hususunda Uluslararası Çevre Hukuku (UÇH) ve Uluslararası Ceza Hukuku (UCH) yönlerini birleştirmek için esash ve somut bir adım atmaya amaçlamaktadır. Bu amaçla, cezanın amaçları ve cezaların gerekçeleri hakkında kısa bir giriş yaptıktan sonra, makale öncelikle uluslararası sistemin çevresel zararı cezalandırma ve bu zarara karşılık verme konusundaki mevcut yollarını tartışmaktadır. Daha sonra, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) sistemini, özellikle çevresel zararı cezalandırma ve yanıtlama sistemini, hem yararları hem de sınırlarıyla sorgulamaktadır. Böylece, UCM'nin çevresel hasarı telafi etmek için gerekli cezalar/karşılıklarla donatılmadığını; odak noktasının suçludan ziyade mağdurda olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Ardından, alternatif görüşlere atıfta bulunarak, ilgili politikaların ve iyi uygulamaların geliştirilmesi için bazı önerilerde bulunmaktadır. Son olarak, bulgularına dayanarak, çevre suçları ve bunların yol açtığı zararların yeterince ele alınmasına daha uygun ve etkili olabilecek cezalarla donatılmış bir yapının oluşturulması amacıyla ekosentrik bir yaklaşımla proaktif, reaktif ve onarıcı araçlara başvurunun önemini vurgulamaktadır.

^(*) Research Article.

This article has been subjected to peer review.

Submission Date: 01.05.2025, Acceptance Date: 25.06.2025.

This article has benefited from membership of the European Cooperation in Science and Technology (COST) Action, CA18228-Justice360 (Global Atrocity Justice Constellations).



I. INTRODUCTION

Based on the Policy Paper on Case Selection and Prioritisation published by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC) in September 2016¹, it was determined that the analysis of the seriousness of a crime should encompass its economic, social, and environmental impacts. This implied the potential for the ICC to hear and adjudicate cases of environmental destruction or environmental crimes. Following this Policy Paper, new discussions have emerged concerning various aspects of considering environmental impacts of crimes within the ICC, such as the necessity and feasibility of a proposed new crime and possible jurisdictional pathways within the Court. Indeed, this has initiated an intense debate on whether environmental crimes can be considered within the context of the three categories of mass atrocity crimes (ACs) under the Rome Statute, i.e., war crimes, genocide, and crimes against humanity²; or whether a new crime against the environment should be proposed. Further debate concerns whether the ICC can exercise jurisdiction over such cases, instead of remaining exclusively focused on the prosecution of the core crimes already subject to its jurisdiction, and whether the ICC can extend its jurisdiction to legal persons, such as multinational corporations, in addition to natural persons³, thus including criminal liability of corporations.

Studies on the possibilities of recognizing ‘ecocide’ as a core international crime under the Rome Statute, which is defined as a crime based not only on human-centered harm but specifically environmental destruction and applicable in peacetime and non-armed conflicts, had already commenced in the 1970s, and have gained significant momentum through these notable developments within the ICC framework. While a substantial body of literature exists on environmental crimes, particularly with the recent surge of discussion surrounding ‘ecocide’ as a proposed new crime under the ICC, there is a relative lack of focus on the specific relationship between environmental crimes and atrocity crimes, with the issue of punishment at the core of the research. All these ongoing debates regarding the necessity and feasibility of a proposed new crime, i.e., the recognition of environmental damage as a crime under the Rome Statute, have also raised the question of effective legal responses to environmental damage and their practical application under both International Environmental Law (IEL) and International Criminal Law (ICL).

Beyond the *sui generis* features of IEL⁴ and considering the unique characteristics of environmental problems as well and the urgency of the threats they pose, it becomes essential to seek novel legal responses capable of fostering behavioral change. As is well-established, legal responses to environmental damage under IEL primarily aim to promote compliance with multilateral environmental agreements (MEAs) through compliance mechanisms (CMs), rather than sanctioning violations, largely due to its self-contained regime structure. Environmental crimes are mentioned at the United Nations (UN) level primarily as components of transnational organized crimes, such as trafficking in waste, wildlife, flora and fauna (as seen in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, the Convention on International Trade in Endangered Species, and the Basel Convention). However, particularly in severe cases of environmental damage, criminal deterrence, condemnation, and punishment may be necessary as complementary tools to the preventive/ facilitative mechanisms of IEL.

At this juncture, a new discussion should also be initiated on the optimal approach to environmental damage: specifically, the penalties and legal responses that should be adopted against environmental dam-

¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC): *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, Office of the Prosecutor, 15 September 2016.

² ICC: *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, Articles 6-8.

³ Art.25, *Rome Statute*.

⁴ IEL is unique because it addresses not only state interests but also global concerns, and so requires cooperation among different multiple actors. It allows special treatment for developing and least developed states through the principle of differentiated responsibilities. Most importantly, unlike traditional dispute resolution methods, it heavily prioritizes a preventive approach and focuses on managing environmental problems. For details see SAVAŞAN, Zerrin: *Paris Climate Agreement: A Deal for Better Compliance? Lessons Learned from the Compliance Mechanisms of the Kyoto and Montreal Protocols*, Springer Nature, Cham, 2019, (Paris Climate Agreement), p.58-59.

age under the Rome Statute and the question of their effective implementation through the ICC jurisdiction. Therefore, the aim of this article is to examine potential modalities for penalizing and responding to environmental damage, focusing on their values, limitations, and alternative proposals. In this respect, following a brief introduction to the aims of punishment and the justifications for penalties, the article firstly explores current approaches in international law (IL) to penalizing and responding to environmental harm. It then discusses the extent to which and by what means environmental harm can be penalized and addressed under the current ICC system, with both its inherent limits and those specifically related to penalization. This analysis, by exposing and unpacking these limits and opportunities, attempts to assess the potential effectiveness of the ICC in this area. Moreover, it investigates alternative proposals developed by Draft Conventions on Ecocrimes and Ecocide. Finally, drawing upon these alternative proposals and its analysis of the merits and limits of the ICC, it provides several recommendations for policy development and best practices for penalizing and responding to environmental harm.

I. PURPOSES OF PUNISHMENT

The most prominent traditional theories of punishment-retribution, deterrence, and the expressivist approach- familiar from domestic legal systems, can also be employed to explain the justifications for and purposes of punishment for crimes under IL. Within the framework of retribution, punishment should be commensurate with the actual crime committed by the offender and its severity, adhering to the principles of fairness and proportionality. Crime deterrence aims to discourage future wrongdoing by instilling fear of the consequences in offenders (specific deterrence); consequently, punishment also serves as an example to the wider society to abstain from criminal acts (general deterrence). In contrast to punishing solely as recompense for the crime or to prevent future criminal conduct, the characterization of punishment from an expressive (communicative) approach is grounded in the moral reinforcement of the importance of the rule of law, normative challenges, and the secondary consequences of punishment⁵.

However, due to inherent differences between the nature and the type of crimes committed in domestic and international contexts, as well as variations in perpetrators, victims, punishing authority, and procedures, the adaptability of these theories to ICL becomes questionable. A careful analysis of these differences, alongside the similarities and interconnected issues, is necessary. Existing literature addresses these points. To illustrate, *Elies van Sliedregt* discusses both the divergences and convergences between domestic and international criminal justice, focusing on what she terms the domestic analogy ‘proper’ and the domestic analogy ‘of transplants’⁶. *Frank Neubacher*, in his work, addresses three interconnected issues: the purpose of punishment; the explanation of international crimes; and sentencing⁷. Some scholars also contend that theories from domestic law can be readily transferred to ICL, obviating the need for special theories addressing international crimes and punishment. Indeed, *Ambos* argues that, with certain limitations and acknowledging its non-schematic application, the domestic context can serve as a basis for ICL⁸. Similarly, *Bung* expresses scepticism regarding the distinctiveness of ICL, suggesting that, apart from the principles of sovereignty and non-intervention, there is no other aspect of punishment and crimes under ICL that necessitates fundamentally different consideration⁹. *Holtermann* echoes this view, arguing that the primary distinction lies in the absence of a superior power equipped with enforce-

⁵ <https://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/> (ET: 12.07.2025).

⁶ SLIEDREGT, Elies van: “Punishment and the Domestic Analogy, Why It Can and Cannot Work”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 81-102.

⁷ NEUBACHER, Frank: “Criminology of International Crimes”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 25-44.

⁸ AMBOS, Kai: “Not Much, but Better than Nothing - Purposes of Punishment in International Criminal Law”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 103-112.

⁹ BUNG, Jochen: “Is International Criminal Law Special?”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 129-134.

ment tools at the international level¹⁰. Current scholarship on these issues has yielded a multitude of distinct views and perspectives on the justification and purpose of punishment under ICL. For instance, *Kremnitzer*, while not dismissing deterrence, emphasizes retribution as a rationale for punishing international crimes, arguing for its moral justification and legitimacy based on its reference to the human dignity of both the victim and the offender, and the application of the principle of proportionality¹¹. Conversely, *Drumbl* expresses skepticism about the efficacy of retribution, noting the potential for victims to also be perpetrators, thus creating their own victims, and questioning the appropriate punishment in such cases, as it is not something readily deliverable in a courtroom setting. *Holtermann* posits that international punishment has a deterrent effect, albeit without conclusive evidence, existing at levels of probability; however, the necessity of rational actors to achieve this deterrent effect limits its practical impact¹². While *Rothe and Schoultz*¹³ assume human nature, and thus humans, to be rational, it can be argued that such an assumption may overlook the structural and contextual factors influencing individual decision-making (e.g., organisational or cultural pressures). Thus, similar to *Pareto*'s observation, it might be considered that individuals rationalize their behavior after recognizing their irrational actions. Focusing on the communicative function and significance of international punishment, *Demko* develops the basic features of an expressive theory of punishment for international crimes, also explaining how retributive and preventive theories can be integrated into this framework¹⁴. *Günther* and *Drumbl* also express support for the expressivist theory, although *Drumbl* questions whether the courts are the appropriate venues for its practical application¹⁵. In his work, *Punishment, Communication and Community*, *Duff* introduces his theory of punishment as a process of communication, viewing it as an exercise in moral training for both the defendant and the victim community, thus advocating for non-unilateral approach¹⁶.

An analysis of international criminal tribunals, on the other hand, reveals that various justifications for the punishment of crimes are invoked within their respective jurisdictions, including retribution, deterrence, and rehabilitation¹⁷, with retribution and deterrence being the most prominent. However, in practice, expressivism has emerged as an ultimate aim, striving to be the primary purpose of punishment¹⁸. Nevertheless, victim-centered restorative modalities¹⁹ and sanctions other than incar-

¹⁰ HOLTERMANN, Jakob v.H.: "Can I be Brought before the ICC?", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 137-160.

¹¹ KREMNITZER, Mordechai: "An Argument for Retributivism in International Criminal Law", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 161-175.

¹² DRUMBL, Mark A.: "We're Exhausting Ourselves, Let's Get Busy Instead", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, (We're Exhausting Ourselves), pp. 129-134.

¹³ ROTHE, Dawn L. / SCHOULTZ, Isabel: "International Criminal Justice, Law, Courts, and Punishment as Deterrent Mechanisms", (Ed.) LINT, Willem de / MARMO, Marinella / CHAZAL, Nerida: *Criminal Justice in International Society*, Routledge, New York, 2014, pp. 151-165.

¹⁴ DEMKO, Daniela: "An Expressive Theory of International Punishment for International Crimes", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 176-195.

¹⁵ GUNTHER, Klaus: "Positive General Prevention and the Idea of Civic Courage in International Criminal Law", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp.213-227.

¹⁶ DUFF, Anthony: *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

¹⁷ KELLER, Andrew N.: "Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR", *Indiana International & Comparative Law Review*, 2001, Volume 12, Number 1, pp. 53-74.

¹⁸ VASILIEV, Sergey: "Punishment Rationales in International Criminal Jurisprudence", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 45-80.

¹⁹ DRUMBL, Mark A.: *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, (Atrocity, Punishment), p.62.

ceration are not yet effectively on the agenda²⁰. Consequently, it is sometimes argued that expressive theory of punishment for international crimes “best capture[s] both the nature of international sentencing and its unique institutional capacity”²¹. This has led to a tendency towards the adoption of expressivist dimensions of punishment within the international criminal justice (ICJ) system, although these remain relatively weak²². Considerations such as reconciliation and reparations, rehabilitation, post-trial justice, and reintegration, which play crucial roles in domestic contexts²³, fail to be managed influentially under the ICJ, and are thus largely left to domestic laws²⁴. Furthermore, permanently removing offenders from the community can impede restoration and reconciliation; but, for perpetrators of mass murder/atrocities, allowing their return and reintegration into the community after a period of exclusion may be exceedingly difficult²⁵. Notably, as *Drumbl* also emphasizes, while reconciliation is supported as an objective in both theory and practice, assessing and measuring its generation through criminal trials is exceedingly challenging in practice. Adding to this ongoing debate, some perspectives emphasize the plurality of approaches that can be taken to international punishment, thus addressing the ‘why punish’ question²⁶, or the limited influence of theories of punishment on outcomes²⁷, or even questioning whether international punishment can be an effective response to mass atrocities²⁸.

In conclusion, through detailed investigation and debate, it becomes evident that while a range of theories exists under domestic criminal law, the issue of punishment under ICL, despite the existence of crucial relevant academic works on “the substantive crimes, the formation of institutions and their independence, and the impact of prosecuting these crimes on collective reconciliation and political transition”²⁹, remains very much in its nascent stage and requires further discussion and development. Indeed, not just academic works but also leading treatises on ICL, and international criminal tribunals—such as the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), and ICC—are not particularly rich when it comes to punishment and sentencing³⁰, resulting in limited academic and empirical knowledge on the subject. It is so natural that the existing body of prior research on environmental crimes and their punishment is also limited.

II. PENALIZING AND RESPONDING TO ENVIRONMENTAL HARM: CURRENT INTERNATIONAL LAW

IEL and ICL employ considerably different approaches to legal issues. Indeed, while ICL traditionally relies on dispute settlement and enforcement mechanisms to punish legal violations; IEL generally favors non-compliance mechanisms grounded in principles of flexibility, prevention, and facili-

²⁰ SLIEDREGT, p.81-102.

²¹ SLOANE, Robert D.: “The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law”, *Stanford Journal of International Law*, 2007, Volume 43, pp.39-94. For a detailed discussion also on the expressive justice in ICL and its limits see SANDER, Barrie: “The Expressive Limits of International Criminal Justice: Victim Trauma and Local Culture in the Iron Cage of the Law”, *International Criminal Law Review*, 2019, Volume 19, Number 6, pp. 1014-1045.

²² DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.61.

²³ HASSAN, Farooq: “The Theoretical Basis of Punishment in International Criminal Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1983, Volume 15, Issue 1, pp. 39-60.

²⁴ See Erdemovic case, in which rehabilitation was taken into account when sentencing the defendant, see International Criminal Tribunal of Yugoslavia (ICTY): Prosecutor v. Erdemovic, Sentencing Judgment, ICTY, IT-96-22-T29 November 1996, para. 58.

²⁵ SLIEDREGT, p.81-102.

²⁶ TALLGREN, Immi: “The Question in International Criminal Punishment-Framing the Landscapes of Asking”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 113-128.

²⁷ Werle and Epik disagree with this in their contribution. WERLE, Gerhard / EPIK, Aziz: “Theories of Punishment in Sentencing Decisions of the International Criminal Court”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp.323-352.

²⁸ AMBOS, p.103-112.

²⁹ DRUMBL, *We’re Exhausting Ourselves*, p.129-134.

³⁰ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.46-67.

tation. Nevertheless, exploring avenues of interaction between these two distinct systems may yield improved solutions, including penalizing environmental harm. This is because punishment, as a potentially just response to environmental harm, can play an important role in the development of a comprehensive and more systematic analytical framework for addressing legal violations that result in environmental harm.

A. International Environmental Law: Responses or Consequences

When environmental damage arises from a breach of an international obligation, seeking a remedy can be pursued through various international legal remedies: the law of treaties (LoT), responsibility, dispute resolution procedures (DSPs) and compliance mechanisms (CMs)³¹.

Among these, the LoT principle dictates the unanimous suspension of a treaty's entry into force in the event of a fundamental breach by a party. In addition, it allows the party specifically affected by the violation to suspend, in whole or in part, its treaty relations with the defaulting state³². Nonetheless, it is often challenging to identify a specific party directly affected by a violation of environmental agreements. Moreover, regardless of the intentionality of the non-compliance, suspending the treaty is often counterproductive to bringing the non-compliant party back into compliance; because removing them from the system undermines the system's purpose and hinders control over the issues regulated within the treaty³³.

Similar to the LoT, international responsibility may not be ideally suited for environmental issues, for several reasons, the most important being that its consequences, like restitution and compensation, may be largely ineffective for irreversible or irreparable environmental harm³⁴. Remarkably, there are very few examples of states bringing counter-claims against other states under rules of responsibility concerning environmental protection, environmental damage, etc. The most well-known case is the Trail Smelter case (1941)³⁵. More recent cases, such as Argentina v. Uruguay (2010)³⁶ and Costa Rica v. Nicaragua/Nicaragua v. Costa Rica (2015)³⁷, focus on preventing transboundary environmental damage, and specifically address the impact of environmental impact assessments in this context. Different courts may play varying roles in resolving disputes arising from environmental issues at different scales (global, e.g. ICJ; regional, e.g. ECJ) and scope (in international trade, e.g. World Trade Organization (WTO) DSP; on law of the sea, e.g. International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS); arbitration of related disputes that may arise on matters related to natural resources and/or the environment, for example the Permanent Court of Arbitration; environmental crimes, e.g., the ICC etc.)³⁸.

³¹ Their effective implementation related to the environmental issues in practice has many shortcomings. For details see SAVAŞAN, *Paris Climate Agreement*, p.60-68. For further information on CMs, CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler / MITCHELL, Ronald B.: "Managing Compliance: A Comparative Perspective", (Ed.) WEISS, Edith Brown / JACOBSON, Harold: *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press, Cambridge, 1998, pp. 39-62; CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler / MITCHELL, Ronald B.: "Active Compliance Management in Environmental Treaties", (Ed.) LANG, Winfried: *Sustainable Development and International Law*, Nijhoff, London, 1995, pp. 75-89; CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler: *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, 1995; SAVAŞAN, Zerrin: "A Brief Assessment on the Paris Climate Agreement and Compliance Issue", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2017, Volume 14, Number 54, (A Brief Assessment), pp.107-125; SAVAŞAN, *Paris Climate Agreement*.

³² UN 1969, Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23 May 1969, Article 60, para. 2.

³³ For detailed information, see SAVAŞAN, *A Brief Assessment*; SAVAŞAN, *Paris Climate Agreement*.

³⁴ Arts. 34-37, INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC): Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; See also KOSKENNIEMI, Martti: "Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflection on the Enforcement of the Montreal Protocol", *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, Volume 3, Issue 1, pp.123-162.

³⁵ UN 2006. Arbitral Tribunal, Trail Smelter Case (United States, Canada), UN Reports of International Arbitral Awards, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, pp. 1905-1982.

³⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ): Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 April 2010.

³⁷ ICJ 2015. Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica). Judgement

³⁸ For details on their relation to the environmental disputes, see SAVAŞAN, *Paris Climate Agreement*, p.60-68.

However, DSPs, consisting of not only judicial but also diplomatic instruments, are also not entirely adequate for addressing environmental problems for several reasons³⁹, including the non-binding and non-compulsory character of diplomatic ways, the multilateral nature of environmental problems contrasting with the bilateral structure of court systems; the challenge of bringing states before an international court due to political considerations; the slow and expensive nature of court proceedings lacking a preventive function; and the absence of effective enforcement and monitoring mechanisms⁴⁰.

IEL primarily operates through environmental regimes established on the basis of principles of inter-state negotiation and cooperation under MEAs⁴¹. Failure to comply with an MEA can affect not only the interests of a single state but also the interests of the entire international community. In addition, establishing a direct link between a state's non-compliance with environmental regulations and the state suffering damage from this action it is often very difficult, if not impossible⁴². Therefore, unlike traditional dispute resolution methods, IEL generally focuses more on resolving and managing potential conflicts before violations or damage occur, given the often irreversible nature of environmental destruction. While environmental harm could theoretically be addressed as any other internationally wrongful act are dealt with under international tribunals' jurisdiction, prevention takes precedence over sanctioning in IEL⁴³. For instance, the UN Charter refers to 'measures' rather than 'sanctions' or 'penalties'. Similarly, MEAs typically use terms like 'measures'⁴⁴ or 'consequences' instead of explicit sanctions⁴⁵. Thus, under their CMs, the fundamental aim is to support rather than punish. In other words, instead of imposing penalties on parties not acting in accordance with the agreements' provisions; the aim is to support them in rectifying the conditions that led to non-compliance and to prevent recurrence. Therefore, in these mechanisms, the mere failure to act in accordance is sufficient for the mechanism to be activated; a breach of the agreement and direct damage are not prerequisites⁴⁶. Functioning through preventive and facilitative tools⁴⁷, these mechanisms employ both positive and

³⁹ UNITED NATIONS (UN): Rio Declaration on Environment and Development, 3-14 June 1992, Principle 26; UN: Charter of the United Nations, 1945, Art. 33(1).

⁴⁰ BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; CHARNEY, Jonathan: "The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea", *The American Journal of International Law*, 1996, Volume 90, Number 1, pp. 69-75; DOWNES, David / PENHOET, Braden: *Effective Dispute Resolution, A Review of Options, For Dispute Resolution Mechanisms and Procedures*, CIEL, Washington, 1999; FAURE, Michael G. / LEFEVERE, Jürgen: "Compliance with International Environmental Agreements", (Ed.) VIG, Norman J. / AXELROD, Regina S.: *The Global Environment: Institutions, Law and Policy*, CQ Press, New York, 1999; KOLARI, Tuula: *Promoting Compliance with International Environmental Agreements-An Interdisciplinary Approach with Special Focus on Sanctions*, Pro Gradu Thesis, Faculty of Social Sciences Department of Law University of Joensuu, Finland, 2002; WANG, Xueman / WISER, Glenn: "The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and Its Kyoto Protocol", *Review of European Community and International Environmental Law*, 2002, Volume 11, Issue 2, pp. 181-198; WERKSMAN, Jacob: "Designing a Compliance System for the UNFCCC", (Ed.) WERKSMAN, Jacob / CAMERON, James / RODERICK, Peter: *Improving Compliance with International Environmental Law*, Earthscan, London, 1996, pp. 85-112.

⁴¹ BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: "International Environmental Law, Mapping the Field", (Ed.) BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.1-28.

⁴² HANDL, Günther: "Compliance Control Mechanisms and International Environmental Obligations", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, Volume 5, Number 1, pp. 29-51; WANG/WISER, p.181-198.

⁴³ ENDERLIN, Tim: "Alpine Convention, A Different Compliance Mechanism, What is a Compliance Mechanism?", *Environmental Policy and Law*, 2003, Volume 33(3-4), pp. 155-162; HUNTER, David / SALZMAN, James / ZAEKE, Durwood: *International Environmental Law and Policy*, Foundation Press, New York, 2002; JACOBSON, Harold K. / WEISS, Edith Brown: "Assessing the Record and Designing Strategies to Engage Countries", (Ed.) JACOBSON, Harold K. / WEISS, Edith Brown: *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press, Cambridge, 1998, pp. 511-554.

⁴⁴ The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16 September 1987, Article 8.

⁴⁵ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 December 1997, Article 18.

⁴⁶ For detailed analyses on CMs CHAYES / CHAYES; CHAYES/ CHAYES/ MITCHELL, "Managing Compliance"; CHAYES, CHAYES/ MITCHELL, "Active Compliance"; SAVAŞAN, *Paris Climate Agreement*.

⁴⁷ INTERNATIONAL NETWORK FOR ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND ENFORCEMENT (INECE): *Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*, Washington DC, 2009; KLABBERS, Jan: "Compliance Procedures", (Ed.) BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 995-1009; TANZI, A. / PITEA, C.: "Non-Compliance Mechanisms: Lessons Learned and the Way Forward", (Ed.) TREVES, Tullio / PITEA, Cesare / TANZI, Atila / RAGNI, Chiara / PINESCHI, Laura: *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Asser Press, The Hague, 2009, pp. 569-580.

negative measures to promote compliance. While supportive positive measures, such as advice from compliance agencies and technical/ financial assistance, are applied for non-compliance stemming from resource constraints; punitive measures, such as shaming, requests for additional information and/or suspension of the rights of the non-compliant party, suspension of operations, can be invoked for deliberate and continued non-compliance, although infrequently. In practice, negative or punitive measures are typically observed as a ‘last resort’ against non-compliant parties⁴⁸.

B. Penalizing Environmental Crime Under International Criminal Law

Recent academic literature features a substantial body of work on ‘the substantive crimes, the establishment and independence of related institutions, and the social and political impacts of prosecuting these crimes etc.’⁴⁹. However, the issue of punishment under the ICC remains largely underdeveloped and requires further discussion and elaboration⁵⁰. Indeed, leading treatises on ICL and international criminal tribunals, including the ICTR, ICTY as well as the ICC, lack detailed provisions on punishment⁵¹. Consequently, there is limited academic and empirical knowledge on punishment within ICL. Given that environmental crimes are not currently central to this field; it is unsurprising that the issues surrounding the penalization of environmental harm have also received scant academic attention until recently.

Environmental crime, as is known, can occur at various levels (national/domestic-regional-international)⁵². These different levels of analysis yield diverse definitions of the concept, aligned with the varying applicable principles, institutions, procedures, and implementation methods. Each system can possess distinct mechanisms and identify specific environmental offenses punishable as criminal acts. Broadly, environmental crime is understood to encompass any act violating environmental laws, or so-called ‘environmental protection statute’⁵³, and thus causing harm to the environment. In its widest scope, it can extend to include all illegal activities somehow related to the environment, such as illegal extractive activities (regardless of whether they affect protected areas or species) or legal activities that nonetheless result in environmental harm. For example, *Clifford* argues that environmental crime can be defined as any act committed with the intent to harm the ecological system for personal gain; or violating the law in a way that endangers human life, health or the environment itself, while serving the interests of companies or individuals⁵⁴.

The question of what constitutes international environmental crime (IEC) is also complicated, as there is no commonly accepted definition. The Independent Expert Panel conceptualizes ecocide as a situation where illegal or intolerable acts are committed despite knowledge of a significant likelihood that these acts will cause serious and “widespread or long-term” environmental damage⁵⁵. It is argued that this definition of ecocide can establish criteria for identifying international environmental

⁴⁸ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine / RICHARD, Vanessa: “Mechanisms for Monitoring and Implementation of International Environmental Protection Agreements”, *Institut du Développement Durable et des Relations Internationales*, 2004, pp. 1-53.

⁴⁹ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.2.

⁵⁰ GENEUSS, Julia / JEBBERGER, Florian: “Introduction: The Need for a Robust and Consistent Theory of International Punishment”, (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 1-11.

⁵¹ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.46-67.

⁵² As an example to the regional dimension, see EU: Directive 2008/99/EC on the Protection of the Environment Through Criminal Law, 2008.

⁵³ For a different definition of environmental crimes as “any act that violates an environmental protection statute”, see SITU, Yingyi / EMMONS, David: *Environmental Crime: The Criminal Justice System’s Role in Protecting the Environment*, Sage Publications, London, 2000, p.3.

⁵⁴ CLIFFORD, Mary: *Environmental Crime: Enforcement, Policy Social and Responsibility*, Aspen Publishers, Gaithersburg, 1998.

⁵⁵ STOP ECOCIDE FOUNDATION (SEF): *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, Commentary and Core Text*, 2021, (<https://www.stopecocide.earth/legal-definition> ET: 12.03.2025).

crimes⁵⁶. This is because, adopting an ecocentric approach, it focuses not only on human needs and consequences directly affecting human survival and well-being; but also on the well-being of the overall natural environment. In some classifications, it is identified as the most severe form of environmentally harmful behavior within a hierarchical structure that categorizes and ranks environmental harms from minor to major ones according to their scale, intensity and irreversibility⁵⁷. In line with this debate, green criminologists have further broadened the definitional scope of environmental harm to include harms resulting from activities not yet criminalized⁵⁸.

Despite this variety of definitions, two particularly prominent types of environmental crime exist at the international level: transnationally organized environmental crimes (TOECs) and crimes provided for under the Rome Statute (arts.6-8), often referred to as ACs (or core crimes)⁵⁹. These can properly qualify as IECs if they result in environmental harm. In this context, there is no need for codified domestic law to punish and prosecute certain acts harmful to the environment; the ICC and the positive law upon which it is based serve as the ultimate source of their criminalization and prosecution. However, under a broader approach, both atrocity crimes and transnational crimes requiring domestic prosecution can be considered part of IECs⁶⁰, potentially providing a ‘collective term’ for all environmental criminal acts committed internationally⁶¹.

At the UN level⁶², IEC as a concept is primarily used for TOECs, which are generally defined across five broad areas of offenses regulated under international environmental treaties, involving illegal trade in wildlife, hazardous waste, logging, timber, fishing; unreported/regulated fishing; trafficking of ozone depleting substances⁶³.

These treaties also outline clear measures and penal prohibitions that should be applied by the parties⁶⁴. Important bodies in this context include the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (under the Economic and Social Council (ECOSOC)), as the main policy-making body of the UN on crime prevention and criminal justice, and the Division of Environmental Law and Conventions (under United Nations Environmental Programme (UNEP)), as a specific body responsible for dealing with transnational environmental crimes⁶⁵. Nonetheless, no specific overarching environmental regime on environmental crime exists. Moreover, current MEAs lack explicit or direct references to environmental crime or judicial cooperation in criminal matters, containing only indirect references

⁵⁶ KROTT, David: *The Ecocide-International Environmental Crime Nexus: When Can an International Environmental Crime be Called ‘Ecocide’?*, 2021, (<https://internationalallaw.blog/2021/06/25/the-ecocide-international-environmental-crime-nexus-when-can-an-international-environmental-crime-be-called-ecocide>, ET: 25.04.2025).

⁵⁷ KROTT.

⁵⁸ BENTON, Ted: “Rights and Justice on a Shared Planet: More Rights or New Relations?”, (Ed.) SOUTH, Nigel: *Green Criminology*, Routledge, London, 2006, pp. 1-28; GIBBS, Carole / GORE, Meredith L. / MCGARREL, Edmund F. / RIVERS, Louie: “Introducing Conservation Criminology: Towards Interdisciplinary Scholarship on Environmental Crimes and Risks”, *The British Journal of Criminology*, 2010, Volume 50, Issue 1, pp. 124-144; MEGRET, Frederik: *The Challenge of an International Environmental Criminal Law*, 2010, (<https://ssrn.com/abstract=1583610>, ET: 22.04.2025).

⁵⁹ ICC: Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, Articles 6-8.

⁶⁰ MISTURA, Alessandra: “Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2018, Volume 43, Issue 1, pp. 181-226; BRACK, Duncan: “Combating International Environmental Crime”, *Global Environmental Change*, 2002, Volume 12, Number 2, pp. 143-147.

⁶¹ ZAGARIS, Bruce: “International Environmental Crimes”, (Ed.) ZAGARIS, Bruce: *International White-Collar Crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 252-282.

⁶² For a different perspective questioning how the ecocrime debate affects the mandate of the principle of the responsibility to protect (R2P), also see: SAVAŞAN, Zerrin: “Rethinking of Ecocrime with the R2P Debate”, (Ed.) SANCIN, Vasilka / KOVIĆ DINE, Maša: *The Limits of Responsibility to Protect*, University of Ljubljana, Ljubljana, 2023, (Rethinking of Ecocrime), pp. 172-192.

⁶³ UN Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 1975; UN Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1987; UN Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 1992; UN International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL), 1973.

⁶⁴ Art.4, MARPOL; Art.8, CITES; Art.4/4A, Basel Convention.

⁶⁵ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY(UNGA): Resolution 1992/1; UNGA: Resolution 1992/22.

within their implementation-compliance provisions. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC) is also relevant, as it includes provisions on substantive criminalization, judicial investigation, and judicial cooperation in criminal matters. However, it does not specifically identify environmental crime as a pertinent global issue within the Convention's scope. Overall, this discussion reflects the somewhat blurred lines between IEL and ICL, as TOECs are regulated under IEL treaties and thus have clear links with IEL.

On the other hand, ACs -i.e. genocide, crimes against humanity and war crimes, as well as the crime of aggression (the 2005 World Summit Outcome Document extended it to incorporate ethnic cleansing through paras.138-139)-⁶⁶ are provided for under the Rome Statute of the ICC⁶⁷. Thus, they are involved in the environmental crime debate through a specific Court and penalty mechanism, the ICC system⁶⁸, which will be discussed in greater detail in the following section⁶⁹.

III. THE ICC SYSTEM: MERITS AND LIMITS

The ICC is a criminal court possessing a distinct Statute, Rules of Procedure, and a penalty system applicable to violations of law resulting in environmental harm, particularly when such harm constitutes or is an integral part of a core crime. Indeed, considering the wide range and significant scale of environmental damage caused by individuals, corporations, and governments alike, it can be argued that the possible costs of inattention and underestimation of this harm can be substantial and far-reaching for humanity in the final analysis⁷⁰. Furthermore, the magnitude of environmental harm, ecological destruction, and the financial/social costs they generate underscore the fact that environmental harm, ecological destruction, and the financial/social costs they generate underscore the fact that "environmental harm cannot [should not] be tolerated any longer"⁷¹. Additionally, recognizing that environmental protection should be a common concern of humanity, the ICC can also play a crucial role in promoting the argument that norms of environmental protection are *jus cogens* and that the interest in their implementation is *erga omnes*⁷². Thus, it offers the potential for "greater inclusiveness" than other international criminal tribunals, even at the investigatory stage⁷³. Criminal law as applied by the ICC can lead to convictions and punishments that signify particular behavior as unlawful, potentially creating long-term deterrent and rehabilitative effects for both individuals offenders and society as a whole. Therefore, while the appropriateness of criminal penalties for environmental harm remains debatable, the threat of criminal prosecution, alongside the more flexible tools of IEL, can be a valuable means of addressing environmental destruction to ensure and improve compliance by deterring violations of environmental matters. Indeed, particularly for the most extreme and deliberate violations of environmental law, criminal condemnation and punishment may be necessary and yield effective outcomes⁷⁴. Nonetheless, it is also crucial to focus more closely on the ICC system itself and understand its limitations, which can be broadly categorized in two dimensions: ICC system-specific limits and those related to penalizing.

⁶⁶ UN: World Summit Outcome Document, 2005 (paragraphs 138 and 139).

⁶⁷ Articles 6-8, Rome Statute.

⁶⁸ COCHRAN, Joshua C. / LYNCH, Michael J. / TOMAN, Elisa L. / SHIELDS, Ryan T.: Court Sentencing Patterns for Environmental Crimes", *Journal of Quantitative Criminology*, 2018, Volume 34, Number 1, pp. 37-66.

⁶⁹ UN: *Framework of Analysis for Atrocity Crimes - A Tool for Prevention*, 2014.

⁷⁰ COCHRAN / LYNCH / TOMAN / SHIELDS, p.40.

⁷¹ RAUXLOH, Regina: "The Role of International Criminal Law in Environmental Protection", (Ed.) BOTCHWAY, Francis N.: *Natural Resource Investment and Africa's Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 423-461.

⁷² See BASSIOUNI, Mahmoud Cherif: "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, 1996, Volume 59, Number 4, pp. 63-74; GOULD, Harry D.: *The Legacy of Punishment in International Law*, Palgrave Macmillan, New York, 2010, pp. 45-108; ORAL, Nilüfer: "Environmental Protection as a Peremptory Norm of General International Law, Is It Time?", (Ed.) TLADI, Dire: *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 575-599.

⁷³ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.13.

⁷⁴ GREENE, Anastacia: "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?", *Fordham Environmental Law Review*, 2019, Volume 30, Number 3, pp. 1-48; MEGRET, Frederic: "The Problem of an International Criminal Law of the Environment", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2011, Volume 36, pp. 195-257.

A. ICC System-specific Limits

Under the current ICC system, the Court can primarily exercise jurisdiction over core crimes committed on or after 1 July 2002. Moreover, several other preconditions must be met for the Court to exercise its jurisdiction, including an age requirement (the Court has no jurisdiction over individuals under the age of 18 at the time of the act); the state being a party to the Statute⁷⁵; the absence of a reservation by state parties to the Statute; and the acceptance of jurisdiction by a non-party state to the Statute⁷⁶. Consequently, ratification of the Rome Statute is crucial for the ICC's application⁷⁷, as it has jurisdiction is principally based on crimes committed by a national of a state party, on the territory of a state party, or in a state that has accepted the Court's jurisdiction. The ongoing challenges of securing countries' ratification can also cause the ICC's ability to support work on the development of environmental crimes to be questioned by both its parties and other states⁷⁸. They can highlight the considerable hurdles in achieving widespread acceptance and effective implementation of the ICC's mandate, which are critical considerations when contemplating its role in addressing complex issues like environmental crimes. The ICC's case-law indicates that, while the Court has initiated more cases outside of Africa recently, including Afghanistan, Georgia, and the Palestinian territories, it still prosecutes a greater number of perpetrators from the African continent⁷⁹. This creates a perception that the Global North has been excluded from the scope of criminal responsibility⁸⁰. Moreover, its jurisdiction is limited to crimes committed after the entry into force of the Rome Statute on 1 July 2002⁸¹. Accordingly, given the limitations of its current system, the ICC's legitimacy, fairness, and credibility are already generally contested⁸². Additionally, as the environment is not conceptualized as a collective victim, a specific crime against the environment has not been included in the Rome Statute as an autonomous international crime⁸³. The ICC is exclusively concerned with the prosecution of the core crimes subject to its jurisdiction⁸⁴; i.e., genocide, war crimes, crimes against humanity, and crimes of aggression⁸⁵, if they cause severe consequences for human beings⁸⁶. Thus, in practice, there is very limited scope for successfully prosecuting environmentally destructive acts through these existing

⁷⁵ The jurisdiction of the ICC may also be exercised upon referral by the United Nations Security Council (UNSC), which eliminates the requirement for a state to be a party to a relevant situation. See Art.13b, Rome Statute.

⁷⁶ Articles 12, 26, 44, 124, Rules of Procedure and Evidence.

⁷⁷ Arts.11-13, Rome Statute.

⁷⁸ In fact, a number of significant countries, including Indonesia, China, Pakistan, India, and the USA have not even signed the Rome Statute. Furthermore, some signatory states, such as Israel, Egypt, and Iran, have yet to ratify it, further limiting its reach. Notably, only two of the UNSC's permanent members, the UK and France, are members of the ICC. Moreover, the ICC's authority has been further challenged by the withdrawal of several parties, including Burundi, Gambia, and South Africa in October 2016, followed by Russia in November 2016 (see Art.27, Rome Statute).

⁷⁹ BA, Oumar: *A Truly International Criminal Court, Why the New Prosecutor Should Look Beyond Africa*, 2021 (<https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2021-06-18/truly-international-criminal-court>, ET: 07.05.2025).

⁸⁰ KILLEAN, Rachel: *The Benefits, Challenges, and Limitations of Criminalizing Ecocide*, 2022, <https://theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide/>, ET: 07.05.2025).

⁸¹ Arts. 11, 22, 24, Rome Statute.

⁸² FINDLAY, Mark / HENHAM, Ralph J.: *Beyond Punishment: Achieving International Criminal Justice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, p.17.

⁸³ In the Draft Code Involving Crimes Against the Peace and Security of Mankind, in Article 26, there is a reference to potential environmental crime and its sentence on the basis of the conviction. ILC: Draft Code Involving Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (Part Two).

⁸⁴ Arts.6-8, Rome Statute.

⁸⁵ For similar provisions of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), see Art. 35(3) prohibiting any ways of warfare that can cause 'widespread, long-term and severe damage to the natural environment'; Art. 55(1) adding a ban on damage to the natural environment that is detrimental to the health or survival of human beings. UN: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977.

⁸⁶ SMITH, Tara: "Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law", (Ed.) SCHABAS, William / MCDERMOTT, Yvonne / HAYES, Niamh: *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law, Critical Perspectives*, Routledge, London, 2013, pp.45-62.

crimes⁸⁷. If ecocide were to become one of the core crimes, then extreme harm directly caused to the environment could also be prosecuted; however, until that time, it can only be considered within one of the existing core crimes of the Rome Statute, most likely, crime against humanity⁸⁸. Amending the Statute to adopt a new offense based on Article 121⁸⁹ can also be a protracted process, for example, it took twenty years (1998 to 2018) to define and approve the crime of aggression. Furthermore, in line with the principle of individual criminal responsibility⁹⁰, only natural persons can be subject to the ICC's jurisdiction. A proposal to grant the ICC jurisdiction over legal entities was rejected on the grounds that it would conflict with the ICC's complementarity to domestic jurisdiction⁹¹. This poses a challenge as multinational corporations (MNCs) are often the legal persons most frequently implicated in environmental crimes, and may remain outside the ICC's mandate (individuals working for MNCs are within the mandate in line with Article 25(3), as exemplified by Case No. 9, the Zyklon B case)⁹².

B. Limits Related to Penalizing

Through its existing penalties, the ICC can penalize or respond to environmental harm using imprisonment and fines (art.77), reparations (art. 75) and the Victims' Trust Fund (VTF) (art.79)⁹³. Specifically, the ICC can sentence an offender to imprisonment for up to thirty years, in addition to a fine, with the possibility of life imprisonment in certain circumstances⁹⁴. Enforcement is subject to the ICC's review; however, it lacks its own police force or enforcement body to ensure the fulfilment of its requests for the presence of investigated persons, victims, and witnesses, as well as for making arrests, freezing suspects' assets, and enforcing sentences, unlike domestic criminal justice systems⁹⁵. Therefore, it must rely on the cooperation of concerned states to obtain any evidence, suspects, or witnesses for ongoing investigations⁹⁶; consequently, states parties share responsibility for the execution of sentences in accordance with the Rules of Procedure and Evidence⁹⁷. The ICC may also decide to grant restitution, compensation, and rehabilitation to victims⁹⁸. The VTF can play an important role here, as the Court can order the transfer of money and property obtained through fines and confiscations to this fund, which has already been established through compensation decisions against convicts and voluntary donations from organizations and governments for the benefit of crime victims⁹⁹. This allows victims to recover lost funds from perpetrators. However, the Fund's impact on perpetrators and its contribution to society's sense of justice are not easily understood and assessed¹⁰⁰.

In short, through its limited penalty range (imprisonment and fines), the Statute lacks preventive measures, like ordering an interim injunction to prevent damage before it occurs, or provisional

⁸⁷ BUSTAMI, Ammar / HECKEN, Marie-Christine: "Perspectives for a New International Crime Against the Environment: International Criminal Responsibility for Environmental Degradation under the Rome Statute", *Goettingen Journal of International Law*, 2021, Volume 11, Number 1, pp. 145-189.

⁸⁸ SAVAŞAN, *Rethinking of Ecocrime*, pp.172-192.

⁸⁹ GREENE, p.1-48.

⁹⁰ Art.25, Rome Statute.

⁹¹ ORTS, Eric W.: "Human Rights, the Environment, and Corporate Accountability", (Ed.) ANTON, Donald K. / SHELTON, Dinah L.: *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp.863-976.

⁹² British Military Court (BMC): Case No. 9, the Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others Gr. Brit. Military 93, 1946; MEZA, Juan Pablo Calderon: *ICC Personal Jurisdiction on Corporations for Criminal Liability and/or Civil Liability for Reparations*, (<https://harvardilj.org/>, ET: 20.04.2025)

⁹³ Art. 75, 77, 79, Rome Statute. See also SLIEDREGT, Elies van: One Rule for Them - Selectivity in International Criminal Law, *Leiden Journal of International Law*, 2021, Volume 34, Issue 2, pp.283-290.

⁹⁴ Art. 77(1(b), Rome Statute.

⁹⁵ Arts. 54-58, Rome Statute.

⁹⁶ Arts.103-111, Rome Statute. See also ROTHE/SCHOULTZ, p.151-165.

⁹⁷ Rules 198-225, Rules of Procedure.

⁹⁸ Art.75, Rome Statute.

⁹⁹ Art. 79, Rome Statute.

¹⁰⁰ DRUMBL *Atrocity, Punishment*, p.53.

measures like those under the ICJ Statute¹⁰¹. Restorative and reintegrative methods are also not frequently employed¹⁰², thereby excluding local values and individuals most traumatized by the criminality¹⁰³. Notably, these penalties and measures are directed only at individuals rather than the ecosystem affected by the harm. Moreover, the two fundamental documents forming the basis of the ICC's positive law, the Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence, do not provide detailed explanations of the punitive purposes referred to in the Statute's preamble. These texts do not clarify, first of all, how retributive, deterrent or expressive goals can be operationalized in the application of punishment. Moreover, they offer no specific guidance on how punishment and retribution can be applied to crimes that cause environmental harm in particular. The ICC Rules of Procedure and Evidence merely outline the elements to be considered in determining an appropriate punishment, including the nature of the harm, the degree of the intent, and the extent of the damage¹⁰⁴. It can be argued, on the other hand, that this level of generality is normal and perhaps unavoidable for the statute of an international criminal court. In addition, it puts forward aggravating factors such as persecution, abuse of office, personal characteristics of the convict and criminal record, duration and repetition of the crime, and financial gain from the crime; and mitigating factors including cooperation and compensation to victims, the victim's vulnerability, and the convict's cognitive capacity¹⁰⁵. The use of and weight attributed to any of these factors is expressly discretionary. In other words, since there is no clear guidance on which criteria to use in assessing the severity of environmental crimes and determining the appropriate penalty in different types of cases, judges must make decisions using their judicial discretion¹⁰⁶. However, judges and prosecutors working for the ICC may lack the specialized knowledge required to properly investigate and decide on environmental issues. Given that environmental crimes do not currently fall within the Court's jurisdiction, it is reasonable for their expertise to lie primarily in criminal law or humanitarian law¹⁰⁷. Nevertheless, considering the possibility of environmental crimes becoming part of this system in the long term, and even if they do not, the emerging connections between core crimes and environmental destruction necessitate preventing crucial oversights due to inadequate environmental understanding. Therefore, it can be argued that possessing the necessary expertise to impose penalties likely to deter potential perpetrators of environmental crimes in the future should be among the qualifications sought for those working at the ICC.

IV. ALTERNATIVE PROPOSALS & RECOMMENDATIONS

A. Alternative Proposals: Draft Conventions

Drawing upon Draft International Conventions on both ecocrimes and ecocide, developed by a multidisciplinary team of legal experts specializing in criminal law, human rights law, and environmental law¹⁰⁸, there appears to be a discernible trend towards transcending the limitations of the current system. These drafts aim to bridge related disciplines and enhance the existing framework through

¹⁰¹ UN: Statute of the International Court of Justice (ICJ Statute), 1945, Art. 41(1-2).

¹⁰² For detailed information on the reintegrative shaming theory emphasizing the importance of shame in criminal punishment focusing on the offenders behavior rather than the characteristics of the offender or the actual crime committed, developed by Australian criminologist John Braithwaite, see ROSE, Matthew: *Criminal Law: Theories of Punishment*, 2019, (<https://ourpolitics.net/criminal-law-theories-of-punishment>, ET: 13.04.2025).

¹⁰³ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.14.

¹⁰⁴ Art.78, para.1, Rome Statute.

¹⁰⁵ Rule 145(1(c); 2(a, b). See also KELLER, p.53-74.

¹⁰⁶ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.52.

¹⁰⁷ DRUMBL, Mark A.: "International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?", *International Law Students Association Journal of International & Comparative Law*, 2000, Volume 6, Issue 2, pp. 304-341.

¹⁰⁸ NEYRET, Laurent: *The Texts of the Draft Conventions (Part I), From Ecocrimes to Ecocide, Protecting the Environment Through Criminal Law*, 2016, pp. 1-42.

diverse and novel proposals¹⁰⁹. These draft conventions also incorporate provisions on penalties that can be imposed using different justice approaches-preventive, punitive, and restorative-depending on the specific circumstances of the perpetrators, who may be natural or legal persons¹¹⁰.

Under the Draft Ecocrimes Convention (DEC 1), for sentencing natural persons and determining the appropriate penalty level, states should consider criteria such as¹¹¹: whether there was financial gain from the crime; the perpetrator's level of responsibility; the promptness and duration of compensation reparation efforts; and whether the crime was organized. The Draft Ecocide Convention (DEC 2), in addition to these provisions, proposes that states can make ecocide punishable by imprisonment, monetary fines, and confiscation of proceeds, property and assets, with the severity of the penalty determined by the gravity of the crime¹¹². The aforementioned drafts also include a non-exhaustive list of penalties that may be imposed on legal entities, such as prohibition, publication of conviction, fines, and the appointment of a judicial officer. They further establish benchmarks for determining penalties for legal entities, including the economic benefit derived from the violation and whether the environmental crimes were repeated or organized¹¹³. Notably, under the Draft Ecocrimes Convention, legal persons that duly comply with their internal organizational measures and voluntarily and promptly inform the authorities about the crime or compensate the resulting damage may avoid prosecution, punishment, or sentencing¹¹⁴. Additionally, mirroring Article 12 of the UNCTOC, both draft conventions contain a provision allowing for the confiscation of proceeds, property, equipment, or other means used or intended for use in the commission of these crimes¹¹⁵. Both drafts also emphasize taking measures for the restoration of environmental damage and for providing compensation to victims¹¹⁶. In line with this restorative justice approach, the establishment of guidelines on relevant measures for environmental restoration; compensation for environmental damage; compliance schedules; and symbolic reparation measures (like apologies to affected communities; local development measures; and the establishment of an international self-sustaining fund, potentially supported by developed countries or corporations, for compensating environmental harm and financing future environmental projects) is also proposed¹¹⁷. Both draft conventions include a specific section on preventive measures, particularly emphasizing international cooperation through information exchange and training for relevant personnel working with perpetrators and victims¹¹⁸. More specifically, to combat ecocide, a group called the Research and Enquiry Group on Environmental Matters will be created under the DEC2 framework to investigate and monitor cases of environmental crimes¹¹⁹. Countries party to the Convention will be obligated to actively cooperate with the proposed new independent body, the International Office for Prosecuting the Environment¹²⁰. Both draft Conventions also outline other forms of cooperation that could enhance the system, such as reciprocal legal assistance in criminal investigations, prosecution phases, and judicial proceedings based on the principle of reciprocity¹²¹, as well as the possibility of extradition, regardless of its inclusion in national laws and subject to the relevant requirements of

¹⁰⁹ FOUCHARD, Isabelle / NEYRET, Laurent: "A Consolidated Report Containing 35 Proposals for a More Effective Punishment of Crimes Against the Environment (Part II), From Ecocrimes to Ecocide", *Protecting the Environment Through Criminal Law*, 2016, pp. 43-155.

¹¹⁰ Art. 7, Draft Ecocrimes Convention (DEC1); Art. 6, Draft Ecocide Convention (DEC2); Arts. 8-11, DEC1; Arts. 7-9, DEC2.

¹¹¹ Article 7 (2), DEC1.

¹¹² Art. 6(2), DEC2.

¹¹³ Art.8, 9(3), DEC1; Art. 7, 8(3), DEC2.

¹¹⁴ Art.10, DEC1.

¹¹⁵ Art. 10-11, 23, DEC1; Art. 9, DEC2.

¹¹⁶ Art. 7, 8 (1, 3), DEC1; Art. 6, 7(1, 3), DEC2.

¹¹⁷ FOUCHARD/NEYRET, p.125-128.

¹¹⁸ Art.7(4),18, DEC1; Art.8(4), art.19-20, DEC2.

¹¹⁹ Art. 20, DEC2.

¹²⁰ Art. 16(2), 17, DEC2.

¹²¹ Art. 17, DEC1; Art. 15, DEC2.

those laws¹²². Article 18 of DEC2 also represents an initial step towards the establishment of a special environmental criminal court, complementing national judicial mechanisms for the crime of ecocide¹²³. While a detailed discussion on the necessity and feasibility of establishing such a court for environmental crimes falls outside the scope of this article, its mention is significant as it opens a new avenue for the environmental crimes debate. Consequently, while these proposals offer only a preliminary overview of a highly complex situation, they suggest potential pathways for overcoming environmental destruction, at least attempting to do so, through effective responses and a punishment system that can complement IEL tools. However, further exploration is necessary to determine which responses and sanctions will be the most acceptable, applicable, and effective for international environmental crimes.

B. Recommendations

The existing penalizing tools available at the ICC appear inadequate for truly addressing the wrongdoing caused by environmental crime or for satisfying the interests of the environment as a victim. Two fundamental reasons for this are:

- The practical effect of the penalties available under the ICC Statute is questionable with regard to environmental crime, as they largely exclude or disregard the prevention, recovery, or remediation of environmental harm.
- There is currently no international crime against the environment as a separate offense in the Statute, and the existing core crimes can only address environmental harm insofar as it is linked to harm inflicted upon human beings¹²⁴.

It is more logical, especially from a practical standpoint, to develop an alternative perspective for responding to and punishing environmental crimes. This alternative should, first and foremost, involve tools for penalizing and responding to environmental crimes that encompass aspects of prevention (deterrent potential), reaction (punitive potential), and rehabilitation (repairing/remediation potential)¹²⁵.

As thoroughly discussed above, these elements are not inherently in conflict with the most prominent traditional punishment theories -retribution¹²⁶, deterrence¹²⁷ and the expressivist approach¹²⁸ or pluralist perspectives-¹²⁹ originally developed in domestic contexts; but also used to justify and explain the purposes of punishment for crimes under international law (IL)¹³⁰. However, there are some pitfalls and weaknesses in the practical application of these theories to international crimes in general. Indeed,

¹²² Art. 16, DEC1; Art. 14, DEC2.

¹²³ FOUCHARD/NEYRET, p.137.

¹²⁴ ENGELHART, Marc / ROKSANDIĆ, Suncana: "Beyond Classic Core Crimes: International Criminal Law for the Protection of Mankind-Economic and Environmental Crimes as International Crimes", (Ed.) CAPALDO, Giuliana Z.: *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 261-288; SLIEDREGT, pp.283-290.

¹²⁵ GENEUSS / JEBBERGER, pp.1-11.

¹²⁶ KREMNIETZER, pp.161-175.

¹²⁷ HOLTERMANN, pp. 137-160.

¹²⁸ DEMKO, pp. 176-195.

¹²⁹ In his obligation-based preventive model, i.e., "*cosmopolitan pluralism*", which is mobilized through a variety of bottom-up methods by designing a coordinated mix of sanctions scaled for each atrocity; while there is tension in the sense of mediating between the universal and the particular, *Drumbl* suggests two synergistic reforms (vertical-horizontal) drawn from cosmopolitan theory relying on the existence of a single moral community for all human beings. DRUMBL, *Atrocity, Punishment*, p.181-205. For views stating that a plurality of perspectives could be taken with respect to international punishment, and so to answer the 'why punish' question. TALLGREN, p.113-128; or to address the lack of influence of theories of punishment on the outcome. AMBOS, p.103-112; or to question if international punishment can be an effective answer to mass atrocities. DRUMBL, *We're Exhausting Ourselves*, p.129-134.

¹³⁰ Besides differences between the nature/type of crimes committed in domestic and international contexts (the perpetrators, the victims, the punishing authority, the procedures etc.), there is also need for a careful analysis of similarities and interconnected issues between them, see at: BUNG, p.129-134; NEUBACHER, p. 25-44; SLIEDREGT, p.81-102; HOLTERMANN, pp.137-160.

an analysis of the sentencing practices of international criminal tribunals reveals a primary focus on retribution and deterrence rather than rehabilitation¹³¹. Moreover, while expressivism has emerged as a recognized purpose or consequence of punishment¹³² and has been recognized as ideally suited to address international sentencing¹³³; victim-centered restorative modalities and sanctions alternative to incarceration are not yet effectively integrated and remain comparatively underdeveloped¹³⁴. Assessing and measuring the reconciliatory impact of international criminal trials has also proven exceedingly difficult in practice¹³⁵. Consequently, despite judicial consideration of reconciliation and reparations, rehabilitation, post-trial justice, and reintegration, which play crucial roles in domestic contexts¹³⁶, these appear to have been managed ineffectively under the ICC, and are largely left to domestic laws.

Accordingly, the current ICC system, which includes retributive and restorative justice processes and outcomes already faces challenges in punishing and responding to damages. Addressing environmental damage necessitates a system capable of implementing not only punitive but also preventive measures (e.g. ordering interim injunctions) and rehabilitative or remedial measures (e.g. ordering the rehabilitation of polluted sites, offender training, community-based measures such as contributions to the VTF, participation in or working for environmental projects, etc.)¹³⁷. In terms of reactive/retributive penalties, alternative proposals beyond mere fines and imprisonment can be considered. These could include forcing the closure of companies causing pollution; prohibiting the use of harmful materials or the removal of waste; covering the costs of environmental harm including rehabilitation; compelling offenders to financially support environmental organizations for a specified period or to volunteer with such organizations, or acknowledging the negative consequences of their actions through public service announcements (carefully avoiding measures that permanently isolate offenders from the community, as this can hinder reconciliation and their eventual reintegration)¹³⁸. Activities such as self-reporting, self-policing, self-auditing, voluntary disclosure, and remedial action for environmental violations, already employed in some domestic laws, could also be considered as mitigating factors¹³⁹. Furthermore, those tools should be grounded in an ecosystem approach that penalizes destruction impacting not only human beings but also the environment/ecosystem itself. Both the establishment and the practical application of these tools should take into account the *sui generis* features of environmental issues reflected in IEL, requiring the application of principles of flexibility, prevention, and facilitation. Under these conditions, proactive, reactive, and restorative tools adopted within an ecocentric framework can play a significant role in developing a comprehensive and systematic mechanism for addressing violations of the law that result in environmental harm. Nevertheless, it is crucial to specifically note that penalties imposed by relevant mechanisms like the ICC must be appropriate and proportionate to the environmental crime¹⁴⁰. Measuring and determining the relevance and proportionality of penalties to the crime is often very difficult and can be even more complex and complicated for environmental crimes. However, some insights can be gleaned from recent proposals and other approaches to combating environmental crime. For all of this to materialize, the following measures may be beneficial to consider: overcoming gaps in positive law (both substantive and proce-

¹³¹ KELLER, pp.53-74.

¹³² VASILIEV, pp.45-80.

¹³³ SLOANE, pp.39-94. For a detailed discussion also on the expressive justice in ICL and its limits see SANDER, p.1014-1045.

¹³⁴ DRUMBL, *Atrocity, Punishment*; HASSAN, pp.39-60; SLIEDREGT, pp.81-102; VASILIEV, pp.45-80.

¹³⁵ DRUMBL, *We're Exhausting Ourselves*, pp.129-134.

¹³⁶ HASSAN, pp.39-60

¹³⁷ For a relevant decision, with all apologies and admissions of responsibility made by Kaing Guek Eav during the trial, including the appeal phase, see EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA (ECCC): Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Case No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 February 2012.

¹³⁸ SLIEDREGT, pp.81-102.

¹³⁹ RAUXLOH, pp.423-461.

¹⁴⁰ BANKS, Debbie / DAVIES, Charlotte / GOSLING, Justin / NEWMAN, Julian / RICE, Mary / WADLEY, Jago / WALRAVENS, Fionnuala: *Environmental Crime, A Threat to Our Future*, Environmental Investigation Agency, Emmerson Press, London, 2008.

dural), harmonizing responses and penalties for environmental crimes; ensuring effective, proportionate (considering the violation's seriousness, the perpetrator's error/defect, and the environmental harm), and deterrent (for both perpetrators and potential ones) penalties; incorporating problem-solving features in detection and investigation phases; avoiding vague legal definitions and gaps in enforcement/prosecution phases; providing more detailed requirements/ precise guidelines on the assessment/ type/ level of punishment to minimize the need for high-level discretion; and ensuring no impunity for offenders and those complicit (through inciting, aiding, and abetting) in the commission of environmental crimes. The ways proposed here may necessitate certain changes, such as amending the Rome Statute to incorporate these options (either directly or through an Annex, Protocol etc.), adopting a new treaty, establishing a completely different court with the power to enforce these measures, or reforming the ICC in line with these changes. For any of this to become reality, it is first and foremost fundamental that penalizing and responding to environmental harm during relevant phases (prevention, investigation, detection, prosecution, punishment, enforcement, monitoring, etc.) should be prioritized both legally and politically by states.

V. CONCLUSION

While numerous studies have significantly contributed to the literature on environmental crimes, a holistic view reveals a relative scarcity of precise information on how the ICC can effectively address the issue of penalizing and responding to environmental harm. Indeed, it remains premature to have substantial data on how environmental cases will be handled and resolved by the ICC, their impact on environmental crimes, and their success in meeting expectations. However, considering the evaluation of the crime of aggression and the current debates surrounding ecocide, it is plausible to argue that the ICC's official jurisdiction has the potential for long-term expansion to include ecocide. Nevertheless, given the *sui generis* features of environmental issues and international environmental law previously discussed, punishing or sanctioning methods alone are unlikely to be the most appropriate response for more effective environmental protection. Consequently, environmental harm cannot be adequately addressed solely through the ICC's criminal penalties. However, the ICC can serve as a powerful complement to the evolving law on environmental protection, recognizing it as a common concern of humanity that necessitates both environmental law and criminal law responses.

As previously mentioned, the legal responses to environmental harm available under IEL do not primarily aim to sanction violations. Instead, they focus on promoting compliance with MEAs through CMs, inherent to IEL's self-contained regime structure. While the concept of environmental crime is referenced within the context of TOCs, like trafficking in waste, wildlife, flora and fauna, severe cases of environmental harm may necessitate criminal deterrence, condemnation, and punishment as supplementary tools to IEL's preventive and facilitative mechanisms. The ILC acknowledged the need for severe penalties against serious environmental harm in its 28th session's report¹⁴¹, equating significant acts of environmental degradation with crimes such as slavery, genocide, and apartheid¹⁴². Indeed, in the face of a global challenge like environmental protection, where time is of the essence, relevant environmental crimes must be met with severe penalties, especially when committed intentionally or through gross negligence. In this regard, streamlining necessary proactive, reactive, and restorative tools within an ecocentric approach that utilizes IEL's principles of flexibility, prevention, and facilitation can be proposed as a reasonable and feasible solution for responding to environmental harm under the ICC.

¹⁴¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC): "Report of the International Law Commission on its Twenty-Eighth Session", *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Volume 2, Part 2, pp. 95-96.

¹⁴² BERAT, Lynn: "Defending the Right to Healthy Environment: Toward Crime of Genocide in International Law", *Boston University International Law Journal*, 1993, Volume 11, Number 2, pp. 327-348.

Considering that criminal prosecution by the ICC, in addition to the more flexible tools of IEL, can provide valuable means to address environmental destruction, particularly serious environmental harm, this article aimed to take an important and concrete step towards bridging the IEL and ICL aspects of responding to environmental damage, recognizing that neither offers a singular solution to all instances of environmental harm. It initially scrutinized various areas of current international law that respond to environmental harm, specifically focusing on IEL and ICL aspects. It then specifically examined the ICC system, considering both its merits and limitations. This study concludes that the ICC is not fully equipped with penalties or responses adequate for compensating environmental damage. Within its current system, fines (which can only be applied in addition to imprisonment) have the potential to become the most common form of punishment for crimes causing serious environmental damage. While imprisonment can be applied when environmental crimes are committed by natural persons, it is often argued that when the environment is damaged, priority should be given to preventing or repairing the damage itself, thus emphasizing the victim rather than solely the offender. The article then outlined recent proposals reflecting alternative approaches to penalizing and responding to environmental harm, as developed in the Draft Conventions on Ecocrimes and Ecocide. Finally, based on its findings, it concluded with several recommendations, advocating for proactive, reactive, and restorative tools within an ecocentric approach to develop a more effective structure equipped with more appropriate penalties for adequately addressing environmental crime and the harm it causes.

REFERENCES

- AMBOS, Kai: "Not Much, but Better than Nothing - Purposes of Punishment in International Criminal Law", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 103-112.
- BA, Oumar: *A Truly International Criminal Court, Why the New Prosecutor Should Look Beyond Africa*, 2021, (<https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2021-06-18/truly-international-criminal-court>, ET: 07.05.2025).
- BANKS, Debbie / DAVIES, Charlotte / GOSLING, Justin / NEWMAN, Julian / RICE, Mary / WADLEY, Jago / WALRAVENS, Fionnuala: *Environmental Crime, A Threat to Our Future, Environmental Investigation Agency*, Emmerson Press, London, 2008.
- BASSIOUNI, Mahmoud Cherif: "International Crimes: *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, 1996, Volume 59, Number 4, pp. 63-74.
- BENTON, Ted: "Rights and Justice on a Shared Planet: More Rights or New Relations?", (Ed.) SOUTH, Nigel: *Green Criminology*, Routledge, London, 2006, pp. 1-28.
- BERAT, Lynn: "Defending the Right to Healthy Environment: Toward Crime of Genocide in International Law", *Boston University International Law Journal*, 1993, Volume 11, Number 2, pp. 327-348.
- BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: "International Environmental Law, Mapping the Field", (Ed.) BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp.1-28.
- BRACK, Duncan: "Combating International Environmental Crime", *Global Environmental Change*, 2002, Volume 12, Number 2, pp. 143-147.
- BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- BUNG, Jochen: "Is International Criminal Law Special?", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge 2020, pp. 129-134.
- BUSTAMI, Ammar / HECKEN, Marie-Christine: "Perspectives for a New International Crime Against the Environment: International Criminal Responsibility for Environmental Degradation under the Rome Statute", *Goettingen Journal of International Law*, 2021, Volume 11, Number 1, pp. 145-189.
- CHARNEY, Jonathan: "The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea", *The American Journal of International Law*, 1996, Volume 90, Number 1, pp. 69-75.
- CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler / MITCHELL, Ronald B.: "Managing Compliance: A Comparative Perspective", (Ed.) WEISS, Edith Brown / JACOBSON, Harold: *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press, Cambridge, 1998, pp. 39-62.
- CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler / MITCHELL, Ronald B.: "Active Compliance Management in Environmental Treaties", (Ed.) LANG, Winfried: *Sustainable Development and International Law*, Nijhoff, London, 1995, pp. 75-89.
- CHAYES, Abram / CHAYES, Antonia Handler: *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- CLIFFORD, Mary: *Environmental Crime: Enforcement, Policy Social and Responsibility*, Aspen Publishers, Gaithersburg, 1998.
- COCHRAN, Joshua C. / LYNCH, Michael J. / TOMAN, Elisa L. / SHIELDS, Ryan T.: "Court Sentencing Patterns for Environmental Crimes", *Journal of Quantitative Criminology*, 2018, Volume 34, Number 1, pp. 37-66.
- DEMKO, Daniela: "An Expressive Theory of International Punishment for International Crimes", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 176-195.
- DOWNES, David / PENHOET, Braden: *Effective Dispute Resolution, A Review of Options, For Dispute Resolution Mechanisms and Procedures*, CIEL, Washington, 1999.

- DRUMBL, Mark A.: "We're Exhausting Ourselves, Let's Get Busy Instead", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 129-134.
- DRUMBL, Mark A.: *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DRUMBL, Mark A.: "International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?", *International Law Students Association Journal of International & Comparative Law*, 2000, Volume 6, Issue 2, pp. 304-341.
- DUFF, Anthony: *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- ENDERLIN, Tim: "Alpine Convention, A Different Compliance Mechanism, What is a Compliance Mechanism?", *Environmental Policy and Law*, 2003, Volume 33(3-4), pp. 155-162.
- ENGELHART, Marc / ROKSANDIĆ, Suncana: "Beyond Classic Core Crimes: International Criminal Law for the Protection of Mankind-Economic and Environmental Crimes as International Crimes", (Ed.) CAPALDO, Giuliana Z.: *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 261-288.
- FAURE, Michael G. / LEFEVERE, Jürgen: "Compliance with International Environmental Agreements", (Ed.) VIG, Norman J. / AXELROD, Regina S.: *The Global Environment: Institutions, Law and Policy*, CQ Press, New York, 1999.
- FINDLAY, Mark / HENHAM, Ralph J.: *Beyond Punishment: Achieving International Criminal Justice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.
- FOUCHARD, Isabelle / NEYRET, Laurent: "A Consolidated Report Containing 35 Proposals for a More Effective Punishment of Crimes Against the Environment (Part II), From Ecocrimes to Ecocide", *Protecting the Environment Through Criminal Law*, 2016, pp. 43-155.
- GIBBS, Carole / GORE, Meredith L. / MCGARREL, Edmund F. / RIVERS, Louie: "Introducing Conservation Criminology: Towards Interdisciplinary Scholarship on Environmental Crimes and Risks", *The British Journal of Criminology*, 2010, Volume 50, Issue 1, pp. 124-144.
- GOULD, Harry D.: *The Legacy of Punishment in International Law*, Palgrave Macmillan, New York, 2010.
- GREENE, Anastacia: "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?", *Fordham Environmental Law Review*, 2019, Volume 30, Number 3, pp. 1-48.
- GUNTHER, Klaus: "Positive General Prevention and the Idea of Civic Courage in International Criminal Law", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 213-227.
- HANDL, Günther: "Compliance Control Mechanisms and International Environmental Obligations", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, Volume 5, Number 1, pp. 29-51.
- HASSAN, Farooq: "The Theoretical Basis of Punishment in International Criminal Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1983, Volume 15, Issue 1, pp. 39-60.
- HOLTERMANN, Jakob v.H.: "Can I be Brought before the ICC?", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 137-160.
- HUNTER, David / SALZMAN, James / ZAELKE, Durwood: *International Environmental Law and Policy*, Foundation Press, New York, 2002.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC): "Report of the International Law Commission on its Twenty-Eighth Session", *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Volume 2, Part 2, pp. 1-169.
- INTERNATIONAL NETWORK FOR ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND ENFORCEMENT (INECE): *Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook*, INECE, Washington DC, 2009.
- JACOBSON, Harold K. / WEISS, Edith Brown: "Assessing the Record and Designing Strategies to Engage Countries", (Ed.) JACOBSON, Harold K. / WEISS, Edith Brown: *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press, Cambridge, 1998, pp. 511-554.

- GENEUSS, Julia / JEßBERGER, Florian: "Introduction: The Need for a Robust and Consistent Theory of International Punishment", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 1-11.
- KELLER, Andrew N.: "Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR", *Indiana International & Comparative Law Review*, 2001, Volume 12, Number 1, pp. 53-74.
- KILLEAN, Rachel: *The Benefits, Challenges, and Limitations of Criminalizing Ecocide*, 2022, (<https://theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide/>, ET: 07.05.2025).
- KLABBERS, Jan: "Compliance Procedures", (Ed.) BODANSKY, Daniel / BRUNNÉE, Jutta / HEY, Ellen: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 995-1009.
- KOLARI, Tuula: *Promoting Compliance with International Environmental Agreements-An Interdisciplinary Approach with Special Focus on Sanctions*, Pro Gradu Thesis, Faculty of Social Sciences, Department of Law, University of Joensuu, Joensuu, 2002.
- KOSKENNIEMI, Martti: "Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflection on the Enforcement of the Montreal Protocol", *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, Volume 3, Issue 1, pp. 123-162.
- KREMNITZER, Mordechai: "An Argument for Retributivism in International Criminal Law", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 161-175.
- KROTT, David: *The Ecocide-International Environmental Crime Nexus: When Can an International Environmental Crime be Called 'Ecocide'?*, 2021, (<https://internationallaw.blog/2021/06/25/the-ecocide-international-environmental-crime-nexus-when-can-an-international-environmental-crime-be-called-ecocide/>, ET: 25.04.2025).
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine / RICHARD, Vanessa: "Mechanisms for Monitoring and Implementation of International Environmental Protection Agreements", *Institut du Développement Durable et des Relations Internationales*, 2004, pp. 1-53.
- MEGRET, Frederic: "The Problem of an International Criminal Law of the Environment", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2011, Volume 36, pp. 195-257.
- MEGRET, Frederic: *The Challenge of an International Environmental Criminal Law*, 2010, (<https://ssrn.com/abstract=1583610>, ET: 22.04.2025).
- MEZA, Juan Pablo Calderon: *ICC Personal Jurisdiction on Corporations for Criminal Liability and/or Civil Liability for Reparations*, 2021, (<https://harvardilj.org/>, ET: 20.04.2025).
- MISTURA, Alessandra: "Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2018, Volume 43, Issue 1, pp. 181-226.
- NEUBACHER, Frank: "Criminology of International Crimes", (Ed.) JEßBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 25-44.
- NEYRET, Laurent: *The Texts of the Draft Conventions (Part I), From Ecocrimes to Ecocide, Protecting the Environment Through Criminal Law*, 2016, pp.1-42.
- ORAL, Nilüfer: "Environmental Protection as a Peremptory Norm of General International Law, Is It Time?", (Ed.) TLADI, Dire: *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 575-599.
- ORTS, Eric W.: "Human Rights, the Environment, and Corporate Accountability", (Ed.) ANTON, Donald K. / SHELTON, Dinah L.: *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp.863-976.
- RAUXLOH, Regina: "The Role of International Criminal Law in Environmental Protection", (Ed.) BOTCHWAY, Francis N.: *Natural Resource Investment and Africa's Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 423-461.

- ROSE, Matthew: *Criminal Law: Theories of Punishment*, 2019, (<https://ourpolitics.net/criminal-law-theories-of-punishment/>, ET: 13.04.2025).
- ROTHE, Dawn L. / SCHOULTZ, Isabel: "International Criminal Justice, Law, Courts, and Punishment as Deterrent Mechanisms", (Ed.) LINT, Willem de / MARMO, Marinella / CHAZAL, Nerida: *Criminal Justice in International Society*, Routledge, New York, 2014, pp. 151-165.
- SANDER, Barrie: "The Expressive Limits of International Criminal Justice: Victim Trauma and Local Culture in the Iron Cage of the Law", *International Criminal Law Review*, 2019, Volume 19, Number 6, pp. 1014-1045.
- SAVAŞAN, Zerrin: "A Brief Assessment on the Paris Climate Agreement and Compliance Issue", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2017, Volume 14, Number 54, pp. 107-125.
- SAVAŞAN, Zerrin: *Paris Climate Agreement: A Deal for Better Compliance? Lessons Learned from the Compliance Mechanisms of the Kyoto and Montreal Protocols*, Springer Nature, Cham, 2019.
- SAVAŞAN, Zerrin: "Rethinking of Ecocrime with the R2P Debate", (Ed.) SANCIN, Vasilka / KOVIČ DINE, Maša: *The Limits of Responsibility to Protect*, University of Ljubljana, Ljubljana, 2023, pp. 172-192.
- SITU, Yingyi / EMMONS, David: *Environmental Crime: The Criminal Justice System's Role in Protecting the Environment*, Sage Publications, London, 2000.
- SLIEDREGT, Elies van: "Punishment and the Domestic Analogy, Why It Can and Cannot Work", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 81-102.
- SLIEDREGT, Elies van: "One Rule for Them - Selectivity in International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, 2021, Volume 34, Issue 2, pp. 283-290.
- SLOANE, Robert D.: "The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law", *Stanford Journal of International Law*, 2007, Volume 43, pp. 39-94.
- SMITH, Tara: "Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law", (Ed.) SCHABAS, William / MCDERMOTT, Yvonne / HAYES, Niamh: *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law, Critical Perspectives*, Routledge, London, 2013, pp.45-62.
- STOP ECOCIDE FOUNDATION (SEF): *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide: Commentary and Core Text, Commentary and Core Text*, 2021, (<https://www.stopecocide.earth/legal-definition> ET: 12.03.2025).
- TALLGREN, Immi: "The Question in International Criminal Punishment-Framing the Landscapes of Asking", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 113-128.
- TANZI, A. / PITEA, C.: "Non-Compliance Mechanisms: Lessons Learned and the Way Forward", (Ed.) TREVES, Tullio / PITEA, Cesare / TANZI, Atila / RAGNI, Chiara / PINESCHI, Laura: *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Asser Press, The Hague, 2009, pp. 569-580.
- VASILIEV, Sergey: "Punishment Rationales in International Criminal Jurisprudence", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 45-80.
- WANG, Xueman / WISER, Glenn: "The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and Its Kyoto Protocol", *Review of European Community and International Environmental Law*, 2002, Volume 11, Issue 2, pp. 181-198.
- WERKSMAN, Jacob: "Designing a Compliance System for the UNFCCC", (Ed.) WERKSMAN, Jacob / CAMERON, James / RODERICK, Peter: *Improving Compliance with International Environmental Law*, Earthscan, London, 1996, pp. 85-112.
- WERLE, Gerhard / EPIK, Aziz: "Theories of Punishment in Sentencing Decisions of the International Criminal Court", (Ed.) JEBBERGER, Florian / GENEUSS, Julia: *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?* Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp.323-352.
- ZAGARIS, Bruce: "International Environmental Crimes", (Ed.) ZAGARIS, Bruce: *International White-Collar Crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 252-282.

Elverişlilik Suçları^(*)

Suitability Crimes

İlhan BULUT



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Elverişlilik Suçları,
Potansiyel Tehlike
Suçları,
Soyut-Somut Tehlike
Suçları,
Soyut Tehlike Suçları,
Somut Tehlike Suçları.

Öz

Elverişlilik suçları, ceza hukukunda tehlike suçları kategorisinde yer alan ve belirli bir zarar veya tehlikeyi ortaya çıkarmaya elverişli fiilleri ifade eden bir suç türüdür. Suçun yasal tanımında “elverişlilik” veya benzeri ifadelerle tanımlanan bu fiiller, öğretilerde potansiyel tehlike suçları ya da soyut-somut tehlike suçları olarak da anılmaktadır. Bu suç türü, kendine özgü özellikleri ve hukuki sonuçlarıyla klasik tehlike suçlarından ayrılmaktadır.

Bu çalışmada; elverişlilik suçlarının işlevi, ayırt edici nitelikleri, tehlike suçları içindeki yeri ve hangi suçların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Bu çalışmada, ayrıca, Alman ceza hukuku öğretisinde geliştirilen bu kavramın, Türk ceza hukuku öğretisi ve yargı uygulamasına muhtemel katkıları araştırılmaktadır. Bu doğrultuda, Türk ceza hukuku öğretisindeki görüşler ve elverişlilik suçu kapsamında değerlendirilen çeşitli suç tipleri incelenmiştir.

Elverişlilik suçlarına ilişkin incelemeler Türk ceza hukukunda görece yenidir ve bu konuyla ilgili bağımsız bir çalışma bulunmamaktadır. Bu eksikliğin özgün ve kapsamlı bir çalışmayla giderilmesi için Alman ceza hukuku öğretisindeki görüş ve tartışmalardan yararlanılmış ve Türk ceza hukuku öğretisinde bu konuyla ilgili literatür ve görüşler incelenmiştir.

Yapılan inceleme neticesinde elverişlilik suçlarının Türk ceza hukukunda yeterince tanınmadığı ancak bu konuyla ilgili akademik ilginin arttığı anlaşılmaktadır. Buna karşın, elverişlilik suçlarının Yargıtay içtihatlarında somut bir uygulamasına rastlanmamaktadır. Çalışmamızda elverişlilik suçları kavramının, suç teorisine ve yargı uygulamasına kuramsal düzeyde önemli katkılar sağlayabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Keywords

Suitability Crimes,
Potential Danger
Crimes,
Abstract-Concrete
Danger Crimes,
Abstract Danger
Crimes,
Concrete Danger
Crimes.

Abstract

Suitability crimes in criminal law fall under the category of danger offenses and refer to acts inherently capable of causing harm or creating a danger, even if no actual damage occurs. Defined by terms like “suitability” in legal provisions, these crimes are academically termed “potential danger crimes” or “abstract- concrete danger crimes”. They differ from classical danger offenses in their unique characteristics and legal consequences.

This study examines the function, distinguishing features, and position of suitability crimes within danger offenses, alongside debates on which crimes should fall under this category. It explores the potential contributions of this concept -developed in German criminal law doctrine- to Turkish criminal law theory and judicial practice. In this context, Turkish legal scholarship’s perspectives on suitability crimes and relevant offense types are examined.

Research on suitability crimes is relatively recent in Turkish criminal law, with no independent studies on the subject. To address this gap, the study draws on German doctrinal debates and examines Turkish academic literature. Findings indicate that suitability crimes remain underrecognized in Turkish law, though scholarly interest is growing. However, no concrete application of this concept is observed in the jurisprudence of the Turkish Court of Appeals. The study concludes that the concept of suitability crimes could offer significant theoretical contributions to crime theory and judicial practice.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 24.04.2025, Kabul Tarihi: 28.05.2025.



GİRİŞ

Ceza hukukunda suç tipleri çeşitli özellikleri dikkate alınarak tasnif edilmektedir. Ceza hukukunun geçirdiği değişimlere bağlı olarak yeni suçlar ve suç kategorileri ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmanın konusu olan elverişlilik suçları, tehlike suçlarına ilişkin yapılan tasnif çerçevesinde ortaya çıkan yeni suç kategorilerinden biridir.

Yeni bir suç kategorisi üretmenin kavramsal analize yardımcı olmasının yanında pratik sonuçları da bulunmaktadır. Bir suç türünün hangi kategoride değerlendirildiği, o suç tipinin gerçekleşmesi için aranan şartları ve hâkimin araştırma yükümlülüğünün içeriğini etkilemektedir. Elverişlilik suçlarının incelenmesi, diğer suç türleri ile benzerlik ve farklılıklarının tespiti, uygulamada aranacak kriterlerin anlaşılması için gereklilik arz etmektedir.

Elverişlilik suçları Alman ceza hukuku öğretisinde 1970’li yıllardan beri tartışılan bir kavramdır¹. Türk ceza hukuku öğretisinde bu suç türüne ilişkin bağımsız bir çalışma bulunmamakla birlikte artan bir ilgi gözlenmektedir. Özellikle tehlike suçlarına ilişkin çalışmalarda ve çevre ceza hukukunda bu suç kategorisine belli ölçüde yer verildiği görülmektedir². Tehlike suçlarının ceza hukukunda artan önemi ve Türk ceza hukukunda elverişlilik suçu olarak değerlendirilebilecek suçların fazlalığı dikkate alındığında bu konuya ilişkin yeni ve farklı çalışmalara olan ihtiyaç anlaşılabacaktır. Bu çalışma ile amacımız, bu suç türünün teorik çerçevesini ortaya koymak ve Türk ceza hukukundaki çeşitli suç tiplerini elverişlilik suçu kavramı çerçevesinde kapsamlı bir şekilde incelemektir.

I. ELVERİŞLİLİK SUÇLARININ TEORİK ÇERÇEVESİ

Elverişlilik suçlarının teorik çerçevesinin anlaşılabilmesi için öncelikle soyut ve somut tehlike suçlarının temel özelliklerine değinmek gerekmektedir. Ardından, bu suç türünün kaynağı olan Alman ceza hukuku öğretisindeki görüşler ışığında, elverişlilik suçlarının gelişimi ve kavramsal içeriği incelenenecektir.

A. Somut ve Soyut Tehlike Suçları

Ceza hukuku öğretisinde suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde sınıflandırılmakta; tehlike suçları da soyut ve somut tehlike suçları şeklinde iki ayrı alt gruba ayrılarak incelenmektedir³.

¹ Bu konuda özellikle Hörst Schröder ve Wilhelm Gallas’ın çalışmaları öncü nitelik taşımaktadır. Bkz. SCHRÖDER, Horst: “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *Juristenzeitung*, 1967, Cilt 22, Sayı 17; GALLAS, Wilhelm: “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, (Ed.) LÜTTGER, Hans / BLEI, Hermann / HANAU, Peter: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, De Gruyter Verlag, Berlin, 1972.

² Türk hukukunda elverişlilik suçlarına ilişkin incelemelerin yer aldığı başlıca eserler için bkz. ÜNAL, Osman Gazi: *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Tehlike Suçları), s. 372 vd; DEMİRTAŞ, Soner: *Tehlike Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 266 vd; BALAN, Arzu: *Ceza Hukuku Teorisinde “Meta” morfoz: “Tehlike” Suçları*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2024, s. 369 vd; DARAGENLİ, Vesile Sonay: *Tehlike Suçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 53-54; AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: *Çevre Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Çevre Ceza Hukuku), s. 57 vd; MAVİŞ, Volkan: *Türk Ceza Hukukunda Çevre Karşı Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 166-167.

³ ROXIN, Claus / GRECO, Luis: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1*, 5. Baskı, C. H. Verlag, München, 2020, s. 438, 527 vd; JESCHKE, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Duncker und Humboldt Verlag, Berlin, 1996, s. 263-264; HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2015, s. 13; BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang / EISELE, Jörg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Baskı, Verlag Ernst und Werner, Bielefeld, 2016, s. 118; KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2011, s. 68; FRISTER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2015, s. 102-103; GROPP, Walter / SINN, Arndt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 2020, s. 70. Zarar ve tehlike suçu ayrımı ile soyut ve somut tehlike suçu ayrımları Türk ceza hukukunda da genel kabul görmüş tasniflerdir. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 237 vd; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler), s. 223-224; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler), s. 118; İÇEL, Kayhan: *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 290; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 277-278; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK M.1-75*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 252; AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 435; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 389; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hü-*

Somut tehlike suçlarında suçun konusuna (*Tatobjekt*) ya da hukuki değere (*Rechtsgut*)⁴ karşı gerçek bir zarar tehlikesinin ortaya çıkması gerekir. Tehlikenin somut olarak ortaya çıkması tipikliğin netice unsuru olup bu tehlikenin varlığı hâkim tarafından somut olayda tespit edilmelidir. Suç tipinde belirtilen somut tehlike, suçun maddi unsurlarından olduğundan kastın kapsamına dâhildir⁵. Bununla birlikte, öğretide somut tehlikeyi tipik netice yerine objektif cezalandırma şartı olarak kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁶. Bu görüşün, somut tehlikenin kastın kapsamı dışında kabul edilmesi ve bu suçlara teşebbüsün cezalandırılmaması şeklinde iki önemli sonucu bulunmaktadır⁷. Somut tehlike suçlarında tehlikenin somut bir görünüme kavuşması ve bir zarara yol açma ihtimalinin olayın koşullarına aşına bir gözlemcinin perspektifiyle tamamen tesadüflere bağlı kalması gerekmektedir⁸.

Soyut tehlike suçları ise tipik hareketin genel tehlikeliliğine dayanır. Bu hareketlerin tehlikeliliği bizzat kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir. Dolayısıyla, hâkimin somut bir tehlike olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi gerekmez⁹. Bazı hareket türleri genel olarak çok tehlikeli görüldüğünden yasa koyucu bunları soyut tehlike suçları şeklinde düzenlemiş ve somut bir tehlikenin ortaya çıkmasını aramamıştır¹⁰. Bu açıdan soyut tehlike suçları itaatsizlik suçları olarak formüle edilmiş olup somut bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimali olmasa bile kurala uyma yükümlüğü devam etmektedir¹¹.

Soyut tehlike suçları, ceza hukukunda sürekli genişleyen bir suç kategorisi niteliğindedir. Bu durum aslında toplumsal bir dönüşümün yansımasıdır. Modern toplumun karmaşık yapısı ve sürekli artan tehlike kaynakları genel bir güvensizlik duygusuna yol açmıştır. “Risk toplumu” şeklinde kavram-

kümler, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 159; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 247-248; TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2021, s. 146; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 216; DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 351-352; ERSOY, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 41, s. 31 vd. Öğretide soyut ve somut tehlike suçları ayrımını eleştiren bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre soyut tehlike suçları ayrımı yersizdir. Soyut zarar suçları olamayacağı gibi soyut tehlike suçları da olamaz. Her tehlike suçunun suçun doğası gereği bir tehlike yaratması gerekir. Somut ve soyut tehlike kavramları yerine “tehlikeye sokma” (*Gefährdung*) ile “tehlikelilik” (*Gefährlichkeit*) kavramları önerilmektedir. Bu eleştiri ve tartışmalar için bkz. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: “Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten”, HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Beck’scher Online Kommentar StGB*, 63. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2024 (Yazar, BeckOK StGB), kn. 24.

⁴ Zarar veya tehlike etkisinin ne üzerinde meydana geldiği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmada suçun konusunu ya da korunan hukuki değeri kabul eden görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. ÜNAL, Ertuğrul: “Her Suçun Konusu Var mıdır? Tehlike Suçu-Zarar Suçu Bağlamında Hareketin Konusunun Fonksiyonuna Dair Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 11, Sayı 1 (Suçun Konusu), s. 255 vd. Biz zarar veya tehlike etkisinin suçun konusu üzerinde meydana geldiğini kabul eden görüşe iştirak etmekteyiz.

⁵ JESCHECK / WEIGEND, s. 264; ROXIN / GRECO, s. 565; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Verlag w. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, s. 58; KINDHÄUSER, s. 69; BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 118; KREY, Volker / ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, s. 96; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2019, s. 13; RENGIER, Rudolph: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2019, s. 52. Türk hukukunda aynı yönde bkz. ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler), s. 390; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 238; ZAFER, s. 253-254; AKBULUT, s. 438; İÇEL, s. 290; DÜLGER, s. 353; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 216; TOROSLU / TOROSLU, s. 147-148.

⁶ Bu görüş için bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 226; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 391; DÜLGER, s. 354.

⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 226; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 391.

⁸ HILGENDORF / VALERIUS, s. 13; HEINRICH, s. 58; KINDHÄUSER, s. 69; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13; DEMİRBAŞ, s. 278.

⁹ JESCHECK / WEIGEND, s. 264; KINDHÄUSER, s. 69; BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 118; KREY / ESSER, s. 97; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13. Türk hukukunda aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 225; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 119; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 239; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 391; İÇEL, s. 291; DEMİRBAŞ, s. 278; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 217; AKBULUT, s. 436; TOROSLU / TOROSLU, s. 148; HAKERİ, s. 391; DÜLGER, s. 352.

¹⁰ HEINRICH, s. 59; ROXIN / GRECO, s. 531; JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, De Gruyter Verlag, Berlin, 1991, s. 173; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13; KARGL, Walter, “vor §§ 306-322: Systematik der Brandstiftungsdelikte”, KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfried / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (Hrsg.): *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2023 (Yazar, NK-StGB), kn 24; ZAFER, s. 256-257; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 391; HAKERİ, s. 391.

¹¹ JAKOBS, s. 174.

sallaştırılan bu durum ceza hukukunun karakterinin değişmesine neden olmuştur. Ceza hukukunun bastırıcı (*repressive*) işlevi, risk toplumunun güvenlik ihtiyacını karşılamak ve tehlike kaynaklarını kontrol altına almak adına soyut tehlike suçlarıyla donanan önleyici (*präventive*) bir yapıya yerini bırakmaktadır¹². Buna karşılık, soyut tehlike suçları, failin iç alanına müdahale ettiği, fiil prensibine (*Tatprinzip*), hukukun üstünlüğüne¹³, demokratik hukuk devleti ilkelerine ve ceza hukukunun son çare olması ilkesine¹⁴ aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Kanun koyucu, elverişlilik suçları ile bu eleştirilerin konusu olan soyut tehlike suçlarında bir ayrıştırma yapmaya çalışmaktadır¹⁵. Bu nedenle elverişlilik suçlarını yapısının incelenmesi ayrı bir önem taşımaktadır.

Soyut tehlike suçlarına ilişkin öğretide ikili bir ayırım yapılmaktadır. İlk suç türü, “klasik soyut tehlike” suçları olarak adlandırılan ve kanun koyucunun bütün tehlike unsurlarını kanunda düzenlediği soyut tehlike suçlarıdır. Bu suç türünde hâkimin tehlike unsurlarına ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapmasına gerek bulunmamaktadır. İkinci suç türü ise tehlikeye ilişkin belirli unsurları içerdiği için yorum gerektiren ve hâkime belli bir değerlendirme yetkisi tanıyan elverişlilik suçlarıdır¹⁶.

B. Elverişlilik Suçu Kavramı

Tehlike suçlarının bir türü olan “elverişlilik suçu” (*Eignungsdelikte*) kavramı öğretide “potansiyel tehlike suçları” (*potenzielle Gefährdungsdelikte*), “soyut-somut tehlike suçları” (*abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*), “somut elverişlilik suçları” (*konkrete Eignungsdelikte*) veya “soyut elverişlilik suçları” (*abstrakte Eignungsdelikte*) şeklinde de adlandırılmaktadır¹⁷.

Elverişlilik suçları, suç tipinde “elverişli olarak” (*geeignet*) veya benzer anlamda bir ifade barındıran ve suçun konusuna zarar verilmesi imkânının incelenmesini gerektiren suçlardır¹⁸. Türk hukukunda çeşitli suç tiplerinde “elverişlilik” ifadesi kullanılmaktadır. Terminoloji birliğini sağlamak adına bu suç tipinin “elverişlilik suçu” olarak adlandırılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Elverişlilik suçları görece yeni bir suç kategorisidir. Bu kavram ilk defa 1967 yılında *Schröder* tarafından “soyut-somut tehlike suçları” adıyla ortaya atılmıştır¹⁹. *Schröder*, tehlikeliliğin soyut tehlike suçlarında bizzat yasa tarafından belirlendiğini, somut tehlike suçlarında ise somut olayda hâkim tarafından tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, elverişlilik ifadesinin geçtiği suçlar çoğunlukla maddi anlamda sıradan somut tehlike suçlarıdır. Ancak bu iki temel kategoriden hangisine ait olduğunun tespitinde zorluklar bulunan ve o güne kadar genel bir çözüme kavuşturulmamış bazı

¹² KÖHLER, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, 1997, s. 31-33; LAGODNY, Otto / MANSDÖRFER, Marco: “Nebenstrafrecht Einleitung”, ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I*, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2022 (Yazar, MüKoStGB), Einleitung, kn. 13, 14; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 142-143; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 218.

¹³ JAKOBS, s. 174; GROPP / SINN, s. 72.

¹⁴ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 237.

¹⁵ LAGODNY / MANSDÖRFER, *MüKoStGB*, Einleitung, kn. 14.

¹⁶ HEINE, Günter / BOSCH, Nikolaus: “Vorbemerkungen zu den §§ 306”, SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (Yazar, S/S StGB), § 306, kn. 4. ROXIN / GRECO soyut tehlike suçlarını dört alt türe ayırmıştır. Bunlar; klasik soyut tehlike suçları, özellikle trafiğe ilişkin kitlesel davranışlara ilişkin soyut tehlike suçları, manevileştirilmiş ara hukuki değerleri koruyan suçlar (*vergeistigtem Zwischenrechtsgut*) ve elverişlilik suçları (*Eignungsdelikte*). ROXIN / GRECO, s. 531-535.

¹⁷ BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 119; ROXIN / GRECO, s. 534; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13; PAEFFGEN, Hans-Ulrich/BÖSE, Martin / EIDAM, Lutz, “StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung”, KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ulrich / SALIGER, Frank (Hrsg.): *Nomos Kommentar*, 6. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2023 (Yazar, NK-StGB), § 224, kn. 27; RENGIER, s. 43; ZIESCHANG, Frank: *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1998, s. 162; NOWAK, Julia: “Nachstellung als konkretes Eignungsdelikt”, *Juristische Schulung*, 2018, Sayı 12, s. 1180 vd. Elverişlilik suçları için eskiden “soyut-somut tehlike suçu” ifadesi kullanılmakla birlikte bu ifade yaygınlık kazanmamıştır. Günümüzde bu suç türü için daha çok “elverişlilik suçu” veya “potansiyel tehlike suçu” ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz. HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4.

¹⁸ GRAUL, Eva: *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1991, s. 116; ZIESCHANG, s. 162.

¹⁹ SCHRÖDER, s. 523.

suç tipleri de bulunmaktadır²⁰. Yazar, bu belirsiz nitelikteki suç tiplerinde önce ortak bir nokta sonra da tartışmalı bir boyutu tespit eder. Ortak nokta, bu suç tiplerinde tehlikeliliğin yasa koyucu tarafından değil hâkim tarafından tespit edilmesidir. Yazarın yukarıda yaptığı ayrıma göre bu suç tipleri somut tehlike suçu olacaktır²¹. Tartışmalı boyut ise hâkimin bu suç tiplerinde yapacağı tehlike değerlendirmesinin kapsamıdır. Hâkim bu suçlarda somut olayın bütün koşullarını mı dikkate almalı yoksa yalnızca genel deneyime göre zararlı bir sonucu ortaya çıkarmaya elverişli durumları mı tehlike olarak değerlendirmelidir. Eğer ikinci seçenek kabul edilecek olursa somut tehlike suçlarına benzer olarak tehlikeliliğin değerlendirilmesi hâkimin yetkisinde kalacaktır. Ancak bu değerlendirme soyut tehlike suçlarında olduğu gibi yalnızca genel ölçütler esas alınarak yapılacaktır. Bu durumda “soyut-somut tehlike suçları” (*abstrakte-konkrete Gefährdungsdelikte*) şeklinde ayrı bir suç kategorisi ortaya çıkacaktır²².

Schröder’e göre, soyut ve somut tehlike suçlarının gerçek bir kombinasyonu özellikle yasa koyucunun tehlikeye ilişkin şartları belirleyemediği durumlarda ortaya çıkar. Bu gibi hallerde karar verme yetkisi hâkime bırakılmaktadır. Ancak hâkim, tehlike değerlendirmesini somut olayın özelliklerine göre değil, genel ve nesnel ölçütlere göre yapmak zorundadır. Suç fiilinin bireysel olarak kime ve nasıl zarar vereceği belirlenmeksizin, yalnızca zarara elverişlilik esas alınarak cezai sorumluluğun kabul edildiği durumlarda, bu tür bir düzenleme ile karşılaşmaktadır. Örneğin, (mülga) *Lebensmittelgesetz* (LebMG) § 3’te düzenlenen sağlığa zarar vermeye elverişli gıda üretme suçunda, yemeği kimin tüketeceğinden ve ondan nasıl etkileneceğinden bağımsız olarak hâkim tarafından gıda için genel bir zarara elverişlilik değerlendirmesi yapacaktır²³. *Schröder*, bu tür suçlarda genel tehlikeliliğin gerçekte oluşmadığının ispatlanması halinde cezalandırmaya gidilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁴.

Gallas ise *Schröder*’in soyut-somut tehlike suçları şeklinde ayrı bir ara kategori oluşturmaya karşı çıkmaktadır. Yazar, suç düzenlemelerinde yer alan elverişlilik ifadelerinin bazen soyut bazen de somut tehlike suçu kapsamında değerlendirilebileceğini kabul eder²⁵. Somut tehlike suçlarında fiilin belirli bir hukuki değere karşı olması ve gerçekleşmiş bir riskin meydana getirilmesi gerekmekte olup, elverişlilik suçlarında böyle bir unsur bulunmamaktadır. Soyut tehlike suçları ise bir davranışın yalnızca yasa koyucu tarafından tehlikeli olarak değerlendirildiği suç tipleridir²⁶. Elverişlilik suçlarında ise hâkim genel bir tehlikelilik değerlendirmesi yapar. *Gallas*’a göre elverişlilik ifadesi geçen suçlar bu nedenle soyut tehlike suçunun bir türü olarak değerlendirilmelidir²⁷. Fakat yapılan *ex post* inceleme ile aslında zarara elverişli bir hareketin bulunmadığı tespit edilirse cezalandırmaya gidilemeyecektir²⁸. Elverişlilik suçlarında netice değersizliğinin bulunmadığını belirten *Gallas*, bu suçlarda bulunan genel tehlikenin potansiyel bir netice değersizliği olduğunu kabul etmektedir²⁹.

²⁰ SCHRÖDER, s. 522. Bu görüşün eleştirisi için bkz. GALLAS, s. 173 vd. Yazar bu suç tiplerine örnek olarak; StGB § 223a tehlikeli yaralama (*gefährliche Körperverletzung*) suçunda hayati tehlikeye yol açabilecek hareketle suçun işlenmesi, (mülga) StGB 229’da düzenlenen zehirlenme (*Vergiftung*) suçunda suça konu maddenin sağlığa zarar vermeye elverişli olması ya da yakılan şeyin başka nesnelere ateşi yaymaya elverişli olması halini verilmektedir. SCHRÖDER, s. 522. Tartışılan suç tipleri atfı yapılan çalışmanın yayımlanmasından sonra değiştirilmiş ya da kaldırılmıştır.

²¹ SCHRÖDER, s. 522.

²² SCHRÖDER, s. 523. Elverişlilik suçlarının bu şekilde kategorize edilmesine karşı bkz. WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1981, s. 324.

²³ SCHRÖDER, s. 525.

²⁴ SCHRÖDER, s. 525. *Schröder* burada “tehlikesizlik karşı delili” (*Gegenbeweis der Ungefährlichkeit*) kavramını kullanmaktadır. Klasik soyut tehlike suçlarını sınırlandırmak amacıyla öne sürülen bu kavrama, ROXIN / GRECO karşı çıkmaktadır. Onlara göre, mahkûmiyet halinde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesiyle çelişen bu yaklaşım, ayrıca suçun konusunun gerçekten tehlikeye sokulduğunun ispatını gerektirirse, soyut tehlike suçlarını fiilen somut tehlike suçuna dönüştürür. Bkz. ROXIN / GRECO, s. 531-532.

²⁵ GALLAS, s. 181-182. Aynı yönde bkz. GRAUL, s. 121.

²⁶ GALLAS, s. 179-180.

²⁷ GALLAS, s. 175, 180.

²⁸ GALLAS, s. 180.

²⁹ GALLAS, s. 181. *Gallas*’ın yaklaşımına eleştiriler için bkz. ZIESCHANG, s. 166 vd.

Wolter ise potansiyel genel tehlike veya ihlal suçu olarak ifade ettiği bu suç tipinde elverişlilik incelemesinin *ex ante* yapılması gerektiğini, sonradan yapılan inceleme ve testler ile elverişli hareketin aslında bir zarara yol açmadığının tespiti failin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağını ileri sürmektedir. Çünkü failin eylemi, korunan bir hukuki değeri riske atma niyetini ve bu riski göze alma eğilimini göstermektedir³⁰. Bu yönüyle *Wolter*, *Gallas* ve *Schröder*'den ayrılmaktadır.

Hoyer, hem *Schröder*'in hem de *Gallas*'ın görüşlerini eleştirir ve bu yazarların elverişlilik suçuna ilişkin tanım ve değerlendirmelerinin yetersiz olduğunu ileri sürer³¹. Eleştirilerin ardından *Hoyer*, elverişlilik kavramını, bir olayın başka bir olayı doğurabilme özelliği olarak tanımlar. İlk olay “başlangıç olgusu” (*Ausgangssachverhalt*), ikinci olay ise “bağlantı olgusu” (*Bezugssachverhalt*) olarak ifade edilir. Başlangıç olgusu elverişlilik özelliğini taşıyan somut vakalardır. Her bir elverişlilik suçunda başlangıç olgusu bir hukuki değeri ihlal etmeye “elverişli olma” özelliği ile tanımlanır. Bağlantı olgusu ise buradaki hukuki değer ihlalidir³². Örneğin, sağlığı bozmaya elverişli bir gıdanın üretilmesi başlangıç olgusu olup, bunun neticesinde sağlığa zarar verilmesi, yaralanma veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi bağlantı olgusudur³³.

Bu noktada başlangıç olgusu ile bağlantı olgusu arasındaki ilişkinin olasılıksal düzeyde nasıl olması gerektiği sorusu ortaya çıkar. *Hoyer*'e göre elverişlilik için başlangıç olgusunun her durum ve koşulda bağlantı olgusunu ortaya çıkarması gerekmez. İki olgu arasında bu tür koşulsuz bir ilişki elverişlilik suçlarını zarar suçlarına dönüştürür. Dolayısıyla başlangıç olgusunun mutlak olarak değil ancak belirli koşullar altında bağlantı olgusuna sebebiyet vermesi halinde elverişli kabul edilmesi gerekir³⁴.

Hoyer'e göre elverişlilik suçları bir hukuki değeri koruması halinde meşru kabul edilebilecektir. Ama bu suçların kusur ilkesi ile çelişmemesi, Anayasa'da düzenlenen temel haklar ile uyumlu olması gerekir. Kusur prensibi ile çelişen veya somut olayda bir zarara yol açma ihtimali bulunmayan hallerin bu suçların kapsamının dışında kabul edilmelidir. Örneğin, sağlığa zarar vermeye elverişli gürültüye neden olma suçunun (StGB § 325a) insansız bir alanda işlenmesi, dolayısıyla hareket elverişli olsa dahi bağlantı olgusunun ortaya çıkma ihtimalinin kesinlikle bulunmaması halinde elverişlilik suçu söz konusu olmayacaktır³⁵. Sonuç olarak *Hoyer*, elverişlilik suçlarının somut ve soyut tehlike suçlarından ayrı bir kategori olduğu sonucuna varır. Yazara göre elverişlilik suçları mağdur açısından bir sonucun gerçekleşmesini şart koşmaz ama mağdurun etkilenmesi ihtimalini bütünüyle göz ardı etmez. Dolayısıyla mağdurun soyut ve varsayımsal etkilenmesi bu suç türünün oluşması için yeterlidir³⁶.

Zieschang ise tehlike suçlarına ilişkin incelemesinde mevcut tasnifler yerine; “soyut tehlikelilik suçları” (*abstrakte Gefährlichkeitsdelikte*), “somut tehlikelilik suçları” (*konkrete Gefährlichkeitsdelikte*), “potansiyel tehlike suçu” (*potenzielles Gefährdungsdelikt*) ve “somut tehlike suçu” (*konkretes Gefährdungsdelikt*) olmak üzere dördü bir ayrım önermektedir. İlk iki kategoride davranışın tipik ya da somut tehlikeliliği belirleyici olmaktadır. Son iki kategoride ise bir fiilin potansiyel tehlikeli bir duruma ya da somut bir tehlikeye yol açması aranmaktadır³⁷. *Zieschang*, elverişlilik ifadesinin tek başına elverişlilik suçu için bir dayanak olamayacağını ifade etmektedir. Bir suçun hangi suç kategorisine ait olduğu her bir suç normunun ayrı ayrı incelenmesi ile anlaşılacaktır³⁸.

³⁰ WOLTER, s. 323.

³¹ HOYER, Andreas: *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1987, s. 24, 28. Benzer eleştiriler için bkz. ZIESCHANG, s. 173.

³² HOYER, s. 16-17.

³³ Benzer örnekler için bkz. HOYER, s. 16-17.

³⁴ HOYER, s. 30.

³⁵ HOYER, s. 34, 35, 45. *Graul* da aynı görüştedir. Yazara göre *ex ante* değerlendirmede son derece tehlikeli ve sağlığa zarar vermeye elverişli görünen bir maddenin, *ex post* değerlendirmede (duruşma sırasında) aslında zararsız olduğunun anlaşılması halinde cezalandırılma yoluna gidilmemesi gerekir. Zira olay sırasında tehlikeli görülen maddenin aslında korunan hukuki değere zarar verme ihtimali bulunmamaktadır. Bkz. GRAUL, s. 126.

³⁶ HOYER, s. 201.

³⁷ ZIESCHANG, s. 157-158, 347.

³⁸ ZIESCHANG, s. 347.

Elverişlilik koşulunu içeren suçları potansiyel tehlike suçu başlığında inceleyen *Zieschang*, bu suç türünde “somut tehlikeli durum” olarak ifade ettiği bir neticenin meydana gelmesi gerektiğini ve bu suçlarda eylem tamamlandıktan sonra olayın doğal akışından ilerlemesi halinde bir zararın meydana gelmesinin beklendiğini ifade etmektedir. Yazar aynı zamanda potansiyel tehlike suçu terimine öğretide tek tip bir anlam yüklenmediğini belirtmektedir³⁹. Dolayısıyla *Zieschang*’ın potansiyel tehlike suçu kavramının elverişlilik suçları ile belli bir ölçüde örtüştüğünü ancak bazı farklı yönlerinin olduğunu görmekteyiz. Bu yönüyle *Zieschang*’ın elverişlilik suçlarına ilişkin açıklamaları, elverişlilik şartı içeren suçlarının kendi içinde ara formlara ve farklı değerlendirmelere tabi tutulabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Zieschang, o zamana kadar yapılan incelemelerde elverişlilik suçları ile ilgili tutarlı ve kapsamlı bir yaklaşım geliştirilemediğini ileri sürerek elverişlilik kavramını incelemiştir. Çeşitli suç tiplerinde geçen elverişlilik ifadesinin “her zaman, istisnasız tüm olaylar için”, “genel olarak, normalde, tipik olarak” ve “herhangi bir durumda geçerli olma” anlamlarına gelebileceğini ileri süren yazar, ilk ve son ifadeleri bu kavramı açıklamak için yetersiz bulmuştur. Bir hareketin bir zararı ortaya çıkarmaya her zaman, istisnasız elverişli olduğu kabul edilirse suçların uygulama alanı kalmaz. Çünkü zararın ortaya çıkmasını engelleyecek istisnai bir durum her zaman ortaya çıkabilir⁴⁰. Herhangi bir durumda bir zarara elverişlilik ise kavramın içeriğini boşaltacak kadar genişletecektir. Örneğin, hemen her üründe belli bir kişiye (şeker hastaları, alerjisi olan kişiler, astımlılar vs.) zarar verme potansiyeline sahip bir bileşen vardır. Bu nedenle elverişlilik ifadesinden genel olarak, normal koşullarda bir hareketin bir zarara yol açmasının beklenmesi anlaşılmalıdır⁴¹.

Yukarıda elverişlilik suçu, gelişim süreci içerisinde ve belli başlı yazarların görüşleri çerçevesinde ele alınmıştır. Bu incelemede özellikle elverişlilik suçlarının tasnifi, elverişlilik kavramının içeriği ve *ex post* değerlendirmenin etkisine ilişkin tartışmaların yapıldığını görmekteyiz. Bu tartışmalar günümüzde artık belli bir sonuca ulaşmıştır. Alman hukuk öğretisinde hâkim görüş tehlike suçlarının bir türü olarak elverişlilik suçu kategorisini artık kabul etmektedir⁴². Elverişlilik kriteri içeren suçlar bir davranışının belli bir neticeyi gerçekleştirmek için elverişliliğine veya genel olarak tehlikeliliğine dayanan suç tipleridir. Bu çerçevede elverişlilik suçları, bir hareketin belirli bir zarara yol açmaya en azından genel olarak elverişli olmasının arandığı suç türü olarak tanımlanmaktadır⁴³. Elverişlilik suçlarında somut bir tehlikenin varlığı aranmamaktadır. Bu yönüyle elverişlilik suçlarının soyut tehlike suçlarının bir alt kategorisi olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

Soyut tehlike suçlarının asıl türü olan klasik soyut tehlike suçlarında, belirli davranışların soyut tehlikeliliği kanun koyucu için yeterli kabul edilmiştir. Buna karşın elverişlilik suçlarında tehlikeli davranışlar daha açık bir şekilde tanımlanmıştır. Çünkü elverişli hareketin soyut tehlikeliliği yerine belirli bir sonucu (hava kirliliği, sağlığa zarar verme gibi) doğurmaya elverişliliği aranarak tehlikeli davranış somutlaştırılmaktadır⁴⁵. Elverişlilik suçlarının klasik soyut tehlike suçlarından en önemli farkı bir fiilin belli sonuçları doğurmaya elverişliliğinin tespitinde takdir yetkisinin hâkime bırakılmış olma-

³⁹ ZIESCHANG, s. 158.

⁴⁰ ZIESCHANG, s. 198.

⁴¹ ZIESCHANG, s. 200.

⁴² ROXIN / GRECO, s. 534-535; BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 119; HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4; EISELE, Jörg / HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil für Studeinanfänger*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017, s. 41; KARGL, *NK-StGB*, § 306, kn. 24; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13; RENGIER, s. 53; MITSCH, Wolfgang: *Medienstrafrecht*, Springer Verlag, Berlin, 2012, s. 285; KREY / ESSER, s. 97. Bazı yazarlar elverişlilik suçlarına soyut tehlike suçları içerisinde bir ayrım olarak değinmekte ve içeriğini netleştirmeden, örtük olarak yer vermektedir. Bkz. JESCHECK / WEIGEND, s. 265. Bazı yazarlar, suçların tasnifinde zarar ve tehlike suçuna ilişkin ayrıma yer verdiği halde elverişlilik suçlarına değinmemektedir. Bu yazarlar için bkz. HILGENDORF / VALERIUS, s. 13; FRISTER, s. 102-103; GROPP/SINN, s. 71-72.

⁴³ HEINRICH, s. 59; JAKOBS, s. 174; EISELE / HEINRICH, s. 42; BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 119; KREY / ESSER, s. 97; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13; KARGL, *NK-StGB*, § 306, kn. 24; RENGIER, s. 53; HEINTSCHEL-HEINEGG, *BeckOK StGB*, kn. 21.

⁴⁴ ROXIN / GRECO, s. 264; JAKOBS, s. 174; HEINRICH, s. 59; JESCHECK / WEIGEND, s. 264; RENGIER, s. 53; HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13.

⁴⁵ HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4; KARGL, *NK-StGB*, § 306, kn. 24.

sıdır. Elverişlilik suçunda hâkim somut olayın koşulları çerçevesinde bir fiilin genel olarak tehlike oluşturmaya elverişliliğini incelemelidir. Klasik soyut tehlike suçlarında genel tehlikelilik ölçütleri bizzat yasa koyucu tarafından tanımlanmıştır ve fiilin tehlikeliliği somut olayda ayrıca değerlendirilmez. Bu yönüyle elverişlilik suçları, somut tehlikenin gerçekleşmesinin suçun bir unsuru olduğu ve bu unsurun hâkim tarafından tespitinin gerektiği somut tehlike suçları ile benzeşmektedir. Ancak elverişlilik suçlarında hâkimin değerlendirmesi eylemin sonuçlarına göre değil genelleştirilmiş bir ölçüt üzerinden yapılacaktır⁴⁶.

Elverişlilik suçlarında değerlendirmenin objektif bir perspektifle olayın gerçekleştiği zamandaki koşullara göre (*ex ante*) yapılması gerekir. Bu nedenle sonradan fark edilen veya öğrenilen olay unsurlarının, fiilin aslında suçun konusuna zarar vermeye elverişli olmadığını ortaya çıkarması halinde elverişlilik suçuna ilişkin değerlendirme değişmeyecektir. Çünkü soyut tehlike suçlarında olduğu gibi bu suç türünde de genel önleme amacı ve belirli tehlikeli fiillerin tabu haline getirilmesi amacı bulunmaktadır⁴⁷.

Alman ceza hukukunda elverişlilik kriteri özellikle çevre suçları ve kamu barışına karşı suçlarda karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. StGB § 130'da düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçunda fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması⁴⁹, StGB § 186'da düzenlenen kötüleme suçunda bir ifadenin küçük düşürücü veya aşağılayıcı olmaya elverişli olması, StGB § 187'de düzenlenen iftira suçunda iddianın mağduru aşağılama, kamuoyunda itibarını zedeleme veya kredi güvenilirliğini sarsmaya elverişli olması, StGB § 311'de düzenlenen iyonlaştırıcı ışınların serbest bırakılması suçunda hareketin başkasının yaşamı, bedeni veya önemli değere sahip yabancı mallar açısından zarara yol açmaya elverişli olması⁵⁰, StGB § 325'te düzenlenen hava kirliliğine neden olma suçunda fiilin insanların sağlığına, hayvanlara, bitkilere veya önemli değerdeki eşyalara zarar vermeye elverişli olması⁵¹, StGB § 238'te düzenlenen ısrarlı takip suçunda ısrarlı takip fiilinin mağdurun yaşam biçimini ciddi şekilde bozmaya elverişli olması⁵² Alman ceza hukuku öğretisinde elverişlilik suçuna verilen örneklerdir.

Öte yandan elverişlilik ifadesi içeren her suç tipinin elverişlilik suçuna dahil olmadığı da ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda, Alman ceza hukuku öğretisinde StGB § 130 (halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme) ve § 166 (dini inanç ve dünya görüşlerini, dini cemaatleri ve dünya görüşü topluluklarını sövmek) suçlarında, kamu barışını bozma tehlikesi taşıyan eylemler “elverişli” olarak tanımlanmakla birlikte bu suç tiplerinde kamu barışının gerçekten tehlikeye düşmesinin aranması gerektiği ileri sürülmekte ve elverişlilik şartına rağmen bu suçlar somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir⁵³. Bu suçların somut tehlike suçu olarak kabul edilmek istenmesinin temelinde ise soyut tehlike suçlarının kusur ve belirlilik ilkeleri [Alman Anayasası (*Grundgesetz*) m. 103/2 ve StGB § 1] ile uyumsuz olduğu yönündeki eleştiri ve kaygılar bulunmaktadır⁵⁴.

⁴⁶ JESCHECK / WEIGEND, s. 264; ROXIN / GRECO, s. 534; RENGIER, s. 53; HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4.

⁴⁷ PAEFFGEN / BÖSE / EIDAM, *NK-StGB*, § 224, kn. 27; EISELE, Jörg: “StGB § 238 Nachtschließung”, SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (Yazar, *S/S StGB*), § 238, kn. 30.

⁴⁸ BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE, s. 119; RENGIER, s. 53; HEINRICH, s. 59.

⁴⁹ RENGIER, s. 53.

⁵⁰ ROXIN / GRECO, s. 534.

⁵¹ HEINRICH, s. 59.

⁵² EISELE, *S/S StGB*, § 238, kn. 30. Alman ceza hukukunda ısrarlı takip suçu 2017 yılında yapılan değişiklikten önce bir netice suçu hüviyetindeydi. Eski düzenlemede, failin yetkisiz ve ısrarlı (*beharrlich*) şekilde StGB § 238'de belirtilen fiillerden birini işlemesi ve bunun sonucunda mağdurun yaşam biçiminde ciddi bir bozulmaya yol açması gerekmekteydi. Yeni düzenleme ile ısrarlı takip fiilinin mağdurun yaşam biçimini ciddi şekilde bozmaya elverişli olması yeterlidir. Bu düzenleme ile ısrarlı takip suçu netice suçundan elverişlilik suçuna dönüştürülmüştür. Bkz. NOWAK, s. 1181.

⁵³ ROXIN / GRECO, s. 535; GALLAS, s. 181-182; GRAUL, s. 121. Elverişlilik kriterinin her zaman elverişlilik suçuna işaret etmeyeceği yönünde ayrıca bkz. HEINE / BOSCH, *S/S StGB*, § 306, kn. 4. Alman Ceza Kanunu'nda kamu barışına karşı işlenen ve elverişlilik kriteri içeren suçlar (StGB §§ 126, 130, 140, 166) açısından, bu suçların elverişlilik suçu sayılıp sayılmayacağına belirlenmesi için her bir suç tipi özelinde ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. KARGL, *NK-StGB*, § 306, kn. 24.

⁵⁴ Bu tartışma için bkz. JAKOBS, s. 174.

Elverişlilik suçların işlevi soyut tehlike suçları ile ilgili bazı tartışmalar ile anlaşılabilir. Modern ceza hukukunda soyut tehlike suçları cezalandırma alanının genişletilmesinde önemli bir yere sahiptir. Soyut tehlike suçları yoluyla somut olarak tehlikeli olmayan davranışlar da cezalandırma alanının içerisine dâhil edilmektedir⁵⁵. Elverişlilik suçları, soyut tehlike suçları ile cezalandırma alanının aşırı genişlemesine karşı bir işlev üstlenmektedir. Çünkü elverişlilik suçunda hâkim genel ölçütler ile de olsa bir elverişlilik değerlendirmesi yapmaktadır. Nitekim soyut tehlike suçlarının mümkün olduğu kadar elverişlilik suçları ile değiştirilmesini ya da bütün soyut tehlike suçlarının elverişlilik suçu olarak yorumlanmasını talep eden görüşler bulunmaktadır⁵⁶.

Sonuç olarak elverişlilik suçlarının sürekli genişleyen tehlike suçları içerisinde önemli ve işlevsel bir tasnifin sonucu olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Başta soyut tehlike suçları olmak üzere tehlike suçlarının normatif alanda sürekli genişlemesi, yeni suç kategorilerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Elverişlilik suçları da kanun koyucunun bu kapsamda en çok başvurduğu suç türlerinden biridir.

Elverişlilik suçları sadece suçların tasnifi ve kavramsal analizi açısından önem taşımamaktadır. Bu suç kategorisinin bazı önemli pratik sonuçları bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan bu sonuçları birkaç maddede toplayabiliriz. İlk olarak elverişlilik suçları neticeli suçlar değildir. Bu suçlarda tipik olarak ortaya çıkması gereken somut bir tehlike veya zarar bulunmamaktadır. Bu nedenle elverişlilik suçunda hâkim tarafından netice ve nedensellik bağı incelemesi yapılmayacaktır. İkinci olarak, elverişlilik suçunda klasik soyut tehlike suçlarından farklı olarak elverişlilik unsuru hâkim tarafından incelenecektir. Fakat hâkimin elverişlilik unsurunu incelemesi somut bir tehlike olarak değil genel ölçütler çerçevesinde yapılacaktır. Üçüncü olarak, hâkimin yapacağı elverişlilik incelemesi, olayın koşulları çerçevesinde, *ex ante* ve objektif bir değerlendirme olacaktır. Dolayısıyla bir suç türünün elverişlilik suçu olarak kabulü, suçun tasnifi, hâkimin inceleme yükümlülüğü ve yükümlülüğün kapsamı açısından önem arz etmektedir.

II. ELVERİŞLİLİK SUÇU KAVRAMININ TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Türk hukukunda elverişlilik suçu ile ilgili inceleme ve çalışmalar oldukça yenidir. Bu başlıkta öncelikle Türk ceza hukuku öğretisinde elverişlilik suçu ile ilgili görüşlere yer verilecek, ardından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan ve elverişlilik suçu olarak değerlendirdiğimiz çeşitli suçlar incelenecektir.

A. Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Elverişlilik Suçuna Dair Görüşler

Elverişlilik suçları ile ilgili Türk hukukunda bağımsız bir çalışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte çeşitli eserlerde elverişlilik suçuna yer verildiği görülmektedir. Bu konuya değinen yazarlardan *Zafer*, soyut tehlike suçlarını hareketin elverişliliğine vurgu yapan ve hareketin elverişliliğine vurgu yapmayan suçlar olarak ikiye ayırmaktadır. Yazara göre, hareketin elverişliliğine vurgu yapılan suçlarda, kanun koyucu hâkimi, hareketin objektif olarak varsayılan tehlikeyi meydana getirmeye uygunluğu araştırması konusunda uyarmaktadır⁵⁷. *Zafer*, hareketin elverişliliğine vurgu yapılan suçlarda tehlikenin hareketin özelliği olduğunu, bu durumun tehlikenin tipik netice olarak düzenlenmesinden farklılık gösterdiğini ifade etmektedir⁵⁸.

Elverişlilik suçları için “potansiyel tehlike suçu” ifadesini kullanan *Akbulut*, bu suçları soyut tehlike suçlarının bir türü olarak kabul etmekte ve potansiyel tehlike suçlarında somut hareket veya fiil araçlarının genel tehlikesinin kanuni tanıma dâhil olduğunu, fakat somut bir tehlikenin gerçekleşmesi-

⁵⁵ LAGODNY / MANSDÖRFER, *MüKoStGB*, Einleitung, kn. 13.

⁵⁶ Bu görüş ve tartışmalar için bkz. ROXIN / GRECO, s. 532.

⁵⁷ ZAFER, s. 258-259.

⁵⁸ ZAFER, s. 258.

nin aranmadığını belirtmektedir. Somut bir tehlikenin tespitine gerek olmamakla birlikte potansiyel tehlike suçlarında hareketin tehlikeye elverişliliğinin incelenmesi gerekmektedir⁵⁹.

Bekar, elverişlilik suçlarını “soyut-somut tehlike suçları” adı altında kabul etmektedir. Yazar, tehlikelilik ölçütlerinin kanun koyucu tarafından belirlendiği (klasik) soyut tehlike suçlarından farklı olarak elverişlilik suçlarında hareketin elverişliliğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu suçlarda hareketin işleniş şekline ilişkin kanunda ayrıca bir nitelendirme bulunmaktadır⁶⁰.

Ersoy, elverişlilik ifadesinin hareketin niteliğine ilişkin bir nitelendirme olduğunu, bu ifade ile hareketin tehlikeyi oluşturmaya elverişliliğine vurgu yapıldığını, hâkimin hareketin elverişlilik niteliğini araştırmakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Bu araştırma neticesinde hareketin kanunda belirtilen tehlikeyi oluşturmaya elverişli olmadığı tespit edilmişse işlenemez suç söz konusu olacaktır⁶¹.

Maden ise tehlike suçlarında dörtlü bir tasnifi kabul etmektedir. Bu tasnife göre tehlike suçları; somut tehlike suçları, birinci derece tehlikeye elverişli suçlar (somut tehlikeye elverişli suçlar), ikinci derece tehlikeye elverişli suçlar ve soyut tehlike suçları olmak üzere dörde ayrılmaktadır⁶². Soyut tehlike suçlarında hâkim somut olayda bir tehlike araştırması yapmayacaktır. İkinci derece tehlikeye elverişli suçlarda hâkim zarar tehlikesi oluşturmaya elverişli bir durumun varlığını araştıracaktır. Birinci derece tehlikeye elverişli suçlarda ise hâkim zarar tehlikesi oluşturmaya elverişli bir durumu ve buna ek olarak bu tehlikeli durumun bir veya birden fazla kişiyle temas ve etki ihtimalini incelemelidir. Somut tehlike suçlarında ise fiilden dolayı gerçekten bir tehlikenin oluşup oluşmadığı incelemelidir⁶³. Bu ayrım analitik açıdan tehlike suçlarını daha detaylı bir incelemeye tabi tutmakla birlikte birinci ve ikinci derece tehlike suçlarının elverişlilik suçları başlığı altında toplanması kanaatimizce daha makul görünmektedir. Zira her iki durumda da temel olarak fiilin belli bir tehlike ve zarar ihtimaline elverişliliği incelenmektedir.

Demirtaş, elverişlilik suçlarını soyut tehlike suçlarının bir alt kategorisi olarak kabul etmektedir. Elverişlilik suçları klasik soyut tehlike suçlarından farklı olarak her çeşit hareketin yapılmasını değil ancak belli özellikleri taşıyan hareketlerin yapılmasını cezalandırmaktadır⁶⁴. *Demirtaş*, elverişlilik suçunun klasik soyut tehlike ve somut tehlike suçlarına göre farklılığını şu örnek üzerinden ifade etmektedir: “Alkollü araç kullananlar cezalandırılır” klasik soyut tehlike suçu olup en geniş tanımı içerir. “Başkalarının hayatını tehlikeye atacak şekilde alkollü araç kullananlar cezalandırılır” ifadesi elverişlilik suçu olup fiilin zarara yol açmaya elverişli olmasını arar ve klasik soyut tehlike suçunun alanını daraltır. Buna karşılık “Alkollü araç kullanarak başkalarının hayatını tehlikeye atanlar cezalandırılır” ifadesi somut tehlike suçu, somut bir tehlike neticesinin ortaya çıkması gerekmektedir⁶⁵.

Aygörmez de potansiyel tehlike suçu olarak ifade ettiği elverişlilik suçlarının soyut tehlike suçunun bir alt türü olduğunu, elverişlilik ifadesinin bir tehlike neticesi olmadığını, tehlike yaratma tarzının daha yakından tasvirine ilişkin bir niteleme olduğunu ifade etmektedir⁶⁶. Elverişlilik suçları klasik soyut tehlike suçlarından da farklıdır. Çünkü klasik soyut tehlike suçları genel olarak tehlikeli bir hareketin genel nitelendirilmesine dayanırken, elverişlilik suçlarında genel tehlikeli hareket detaylandırılarak belirtilen detaylara uygun bir hareketin potansiyel tehlikeyi taşıdığı kabul edilir⁶⁷. Yazara göre

⁵⁹ AKBULUT, s. 437. Aynı yönde bkz. ÜNAL, *Suçun Konusu*, s. 256.

⁶⁰ BEKAR, Elif: *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 242-243.

⁶¹ ERSOY, s. 53. Ayrıca bkz. DARAGENLİ, s. 54.

⁶² MADEN, Mehmet: “Bir Tehlike Suçu Olarak ‘Gürültüye Neden Olma’ (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 1, s. 451.

⁶³ MADEN, s. 451-452.

⁶⁴ DEMİRTAŞ, s. 291.

⁶⁵ DEMİRTAŞ, s. 285-286.

⁶⁶ AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 58.

⁶⁷ AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 58.

elverişlilik suçları klasik soyut tehlike suçlarından farklı olarak tespit edilebilir bir unsur taşıdığından nedensellik bağı incelemesi gerekmektedir. Potansiyel tehlikenin varlığını bilirkişiler, doğa bilimlerinden elde ettikleri veri ve tecrübeye dayanarak tespit edecektir⁶⁸. Nedensellik bağı incelemesi konusunda *Aygörmez*'e katılmıyoruz. Elverişlilik, hareketin bir niteliği olup harekete ilişkin incelemede ele alınmalıdır. Çünkü elverişlilik hareketin dışında bir unsur olmayıp onun bir niteliğidir. Dolayısıyla hareket ile elverişlilik arasında bir nedensellik bağı aranması doğru olmayacak, hareketin belli bir zarar veya tehlike oluşturmaya elverişlilik niteliğinin tespiti yeterli olacaktır.

Türk hukukunda elverişlilik suçlarını inceleyen yazarlar arasında bu suç kategorisine karşı çıkan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşü temsil eden *Ünal*'a göre Türk hukukunda elverişlilik suçu gibi bir kategoriye gerek yoktur. Yazar, soyut tehlike suçlarını elverişlilik kriterini içerecek şekilde yorumlamaktadır. Bu görüşe göre, elverişlilik şartı soyut tehlike suçu fiiline zaten içkin olduğundan elverişlilik suçuyla hâkime fiilin elverişliliği konusunda ayrıca bir uyarıda bulunmaya gerek bulunmamaktadır⁶⁹. *Ünal*'a göre, ayrıca, Alman hukukunda elverişlilik suçunun kabul edilme nedeni olarak gösterilen soyut tehlike suçları ile genişleyen ceza sorumluluğunu sınırlandırma ihtiyacının Türk hukukunda bir karşılığı bulunmamaktadır⁷⁰.

Türk ceza hukuku öğretisinde tehlike suçları ile ilgili hâkim yaklaşım ise hala soyut ve somut tehlike suçu şeklindeki ikili tasnifi benimsemekte ve elverişlilik suçlarına yer vermemektedir⁷¹. Tehlike suçlarına ilişkin ikili tasnifin uzun süredir hâkim olması, elverişlilik suçu kavramının yeni bir suç kategorisi olması, 5237 sayılı TCK'nın hazırlanması sırasında elverişlilik suçlarının Türk ceza hukukunda yeterince tanınmaması bu durumun en önemli nedenleri olarak gösterilebilir⁷². Buna karşılık yukarıda yer verdiğimiz görüşlerden anlaşılacağı üzere elverişlilik suçları öğretide incelenmeye ve tartışılmaya başlanmıştır. Bu eğilimin zaman içerisinde güçlendiği de görülmektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde elverişlilik suçları ile ilgili inceleme ve görüşler büyük ölçüde Alman hukukundaki hâkim eğilim ve açıklamalar ile paralellik göstermektedir. İsimlendirme konusundaki farklılıklar dahi Alman hukukundaki çeşitliliği yansıtmaktadır.

Türk ceza hukukunda çeşitli suçların taşıdığı özellikler açısından elverişlilik suçu olarak nitelendirilebileceğini ve bu nitelendirmenin pratikte önem taşıdığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla tehlike suçlarına ilişkin tasnifte elverişlilik suçuna yer verilmesi ve hem öğreti hem de yargı uygulamasında elverişlilik suçu olarak değerlendirilen suç tiplerinin bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir. Ancak hangi suçların elverişlilik suçu olduğu hala tartışmalı bir konudur. Bu nedenle aşağıda TCK'da elverişlilik suçu olarak değerlendirdiğimiz çeşitli suçları ele alacağız.

B. Türk Ceza Hukukunda Elverişlilik Suçu Niteliğindeki Suç Tiplerinin İncelenmesi

Türk ceza hukukunda elverişlilik suçu olarak nitelendirilebilecek çoğu suçun tanımında “elverişli” ifadesi bulunmaktadır⁷³. Bu suçların kanuni tanımında; “elverişli olacak surette”, “elverişli olacak bi-

⁶⁸ AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 58-59.

⁶⁹ ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 325-326. Aynı yönde Doğan, soyut tehlike suçlarının bir tehlike potansiyeli yani tehlike ortaya çıkarmaya elverişlilik içermesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu kabul doğrultusunda, yazar, TCK m. 177'de düzenlenen hayvanın tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakılması suçunda, hareketin tehlikeyi ortaya çıkarma potansiyeline sahip olmasını yeterli görmekte ve bu suçu soyut tehlike suçu olarak değerlendirmektedir. Yazar, elverişlilik suçlarını soyut tehlike suçlarının bir alt dalı olarak kabul etmekte, fakat soyut tehlike suçlarının tamamının normun koruma alanına potansiyel bir etkiyi taşıması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. DOĞAN, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İhtimal Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 16, s. 182-184.

⁷⁰ ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 326. Elverişlilik suçlarının Türk hukukunda pratikte bir önemi bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. MAVİŞ, s. 166. Elverişlilik suçlarının risk suçları şeklinde kabul edilmesi yönünde farklı bir görüş için bkz. BALAN, s. 366.

⁷¹ Bkz. İÇEL, s. 290; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 223-224; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 389; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 237; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 118; SOYASLAN, s. 247-248; TOROSLU / TOROSLU, s. 146; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 216; DEMİRBAŞ, s. 277-278; HAKERİ, s. 159; DÜLGER, s. 351-352.

⁷² Aynı yönde bkz. MADEN, s. 447.

⁷³ TCK'da suç tanımında doğrudan elverişlilik ifadesi barındıran suç tipleri şunlardır: Radyasyon yayma (TCK m. 172/1-3 fıkraları), gürlüğe neden olma (TCK m. 183), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m. 216/3), kanunlara uymamaya tahrik (TCK m. 217), halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (TCK M. 217/A f. 1), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220/1) ve gizliliğin ihlali (TCK m. 285/1-b).

çimde”, “elverişli şekilde” veya “elverişli olması halinde” şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bunun yanında elverişlilik ifadesi içermediği halde anlam ve yapı olarak bu şekilde değerlendirilebilecek suç tipleri bulunmaktadır⁷⁴. Bu tür suçların tanımında; “neden olabilecek nitelikte”, “tehlikeli olabilecek biçimde” veya benzer anlamlara gelen ifade kalıpları kullanılmaktadır⁷⁵.

Kanunun sistematigi açısından bakıldığında elverişlilik suçu olarak nitelendirilebilecek suç tiplerinin “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, “Çevreye Karşı Suçlar” ve “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklarında yoğunlaştığı görülmektedir. Ancak bu suçların dışında da elverişlilik suçu niteliğinde olan bağımsız suç tipleri bulunmaktadır. Aşağıda bu suç tipleri TCK sistematigindeki sıralamaya uygun olarak incelenecektir.

1. Hakaret Suçu

Bu başlıkta inceleyeceğimiz ilk suç tipi TCK m. 125’te düzenlenen hakaret suçudur. TCK m. 125/1 hükmü “*bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırın*” kişinin cezalandırılacağını düzenlemektedir. Madde hükmü onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etme ve sövmek olmak üzere iki seçimlik hareket düzenlemiştir⁷⁶. Kanun koyucu somut bir fiil veya olgu isnat etme fiilinin belli bir özelliği taşıması ve rencide etme özelliğine sahip olmasını aramıştır. Bu fiilin işlenmesi ile hakaret suçunun oluşması için mağdurun rencide olması veya mağdurun onur, şeref ve saygınlığının tehlikeye sokulması şeklinde bir netice aranmadığı için bu suç bir soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Fakat hakaret suçu klasik soyut tehlike suçu olarak da değerlendirilmemelidir. Çünkü her türlü isnat değil, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte fiiller ile bu suç işlenebilecektir. Kanun koyucu hareketin rencide olma sonucunu ortaya çıkarmak için elverişli olması şartını aramıştır. Bu şekilde cezalandırma alanı daraltılmıştır. Bu gerekçeler ile TCK m. 125/1’de düzenlenen hakaret suçunun elverişlilik suçu olduğu kanaatindeyiz⁷⁸. Bu ayrımın pratik bir sonucu olarak hâkimin isnat edilen fiil veya olgunun onur, şeref ve saygınlığı rencide etmeye elverişli olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.

⁷⁴ TCK’da elverişlilik ifadesi suç tanımında doğrudan geçmediği halde anlam itibarıyla elverişlilik suçu sayılabilecek suç tipleri şunlardır: Hakaret (TCK m. 125/1), şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (TCK m. 164), genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (170/1), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (TCK m. 175), hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (TCK m. 177), trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK m. 179/2 -3 fıkraları), çevrenin kasten kirlenmesi (TCK m. 181/1-4 fıkraları), çevrenin taksirle kirlenmesi (TCK m. 182/1-2 fıkraları), bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (TCK m. 186/1), kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma (TCK m. 187/1), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK m. 194/1) ve yabancı devlet aleyhine asker toplama suçu (TCK m. 306/1 ve 2). TCK m. 123/A’da düzenlenen ısrarlı takip suçu neticeli suç olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda StGB § 238 hükmünde düzenlenen ısrarlı takip (*Nachstellung*) suçu ise ilk önce neticeli suç olarak düzenlenmiş, daha sonra yapılan değişiklikler ile bu suç elverişlilik suçu haline getirilmiştir. Bu doğrultuda, Türk hukukunda TCK m. 125/A’da yer alan ısrarlı takip suçunun da ortaya çıkan ispat zorlukları ve mağdurun daha etkin şekilde korunması gerekçeleriyle bir elverişlilik suçuna dönüştürülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. KILIÇ, Ahmet: “İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2022, Cilt 15, Sayı 3 (İsrarlı Takip), s. 554 vd. Bir suçun elverişlilik suçu olarak kabulü, neticeli suç ve sırf hareket suçu ayrımı çerçevesinde, özellikle suça iştirak, suçun tamamlanma anının tespiti, etkin pişmanlık, suçun işlendiği yer ve zaman gibi pek çok hukuk kurumu açısından önemli sonuçlara sahiptir. Bu ayrımın sonuçları ile ilgili bkz. BAKİ, Ensar: “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016, Sayı 2, s. 32-33.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. DEMİRTAŞ, s. 266; AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 57. Ünal, bu tür ifadelerin elverişlilik suçuna işaret ettiği görüşüne karşı çıkmakta ve bu suçların genel olarak somut tehlike suçu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 325. Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü somut tehlike suçu olarak kabul edilen suç tiplerinde kullanılan ifade biçimleri farklıdır. Bu tür suçların lafzından belli bir tehlikenin gerçekleşmesinin arandığı anlaşılmaktadır. Örneğin; “tehlikesine neden olan” (TCK m. 170/2), “fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde” (TCK m. 171), “önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren” (TCK m. 173/1) vb. Kanun koyucu geniş bir alanı kaplayan tehlike suçlarını belli ifade biçimleri ile ayırtmıştır. Yapı veya anlam itibarıyla elverişlilik suçu olarak değerlendirdiğimiz suç tipleri de önemli bir kategori olup, klasik soyut tehlike suçlarından ve somut tehlike suçlarından farklılık arz etmektedir.

⁷⁶ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler), s. 550.

⁷⁷ ÖZBEK, Veli Özer / BACAŞIZ, Pınar / DOĞAN, Koray: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 521-522; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 550; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 525; AKBULUT, s. 437; AYDIN, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 888.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 437. Benzer şekilde, Alman hukukunda StGB § 186’da düzenlenen kötüleme (*üble Nachrede*) suçunda, sarf edilen ifadenin mağduru aşağılamaya veya toplumdaki itibarını sarsmaya elverişli olması gerekmektedir. Bu nedenle kötüleme suçu Alman hukukunda elverişlilik suçu örnek gösterilen hükümlerden biridir. Bkz. ERSOY, s. 52.

2. Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Suçu

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (TCK m. 164) suçunda, madde hükmünde sayılan şirket yetkililerinin “ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler” vermeleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipinde gerçeğe aykırı bilgi nedeniyle bir zarar veya zarar tehlikesinin varlığı aranmamıştır. Bu nedenle şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi suçu, sırf hareket ve soyut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Ancak suçun gerçekleşmesi için bilginin sadece gerçeğe aykırı olması yeterli olmayıp bu bilginin ilgilileri zarara uğratmaya neden olabilecek niteliğe sahip olması gerekmektedir⁷⁹. Bu suç tipinde yer alan fiil belli bir nitelikte özelleştirilmiş, bu şekilde cezalandırma alanı klasik soyut tehlike suçlarına göre daraltılmıştır. Nitekim salt gerçeğe aykırı bilgi verme fiili suç kabul edilseydi, klasik soyut tehlike suçu söz konusu olacaktı. Bu fiil ile bir zarara veya zarar tehlikesine sebebiyet verilmesi aransaydı, zarar veya somut tehlike suçu söz konusu olacaktı. Fakat TCK m. 164’te bu suç kategorilerinden farklı olarak belli bir niteliğe sahip, zarar ortaya çıkarmaya elverişli bir fiil tanımlanmış ve bu şekilde elverişlilik suçu ihdas edilmiştir.

3. Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar

Bu başlık altında inceleyeceğimiz ilk suç tipi genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçudur. TCK m. 170’de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun ilk fıkrası:

“Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;

a) Yangın çıkaran,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,

c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan (...),”

kişilerin cezalandırılacağını öngörmektedir. Bu suçta tek başına seçimlik hareketlerin yapılması yeterli görülmemiş, bu hareketlerin aynı zamanda sayılan değerler için tehlikeli olacak biçimde ya da korku, kaygı ve panik yaratabilecek tarzda gerçekleştirilmesi aranmıştır⁸⁰. TCK m. 170/1 hükmünü öğretideki hâkim görüş somut tehlike suçu olarak da nitelendirmektedir⁸¹. Yargıtay da bu suçu somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir⁸². Ancak bu suç tipinin elverişlilik suçu olduğunu kabul etmekteyiz. Zira TCK m. 170/1 düzenlemesinde suç fiillerinin tehlike, panik, kaygı ve korkuya yol açma niteliğine sahip olması gerekmekte, ancak somut bir tehlikenin varlığı veya panik, korku ve kaygının

⁷⁹ CANPOLAT, Can: “Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Verme Suçu (TCK m. 164)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 1, s. 166-167; AKSOY RETORNAZ, Eylem: “Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Şirket ve Kooperatifler), s. 417 vd.

⁸⁰ ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 714.

⁸¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 225; ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 714; İÇEL, s. 290; DÜLGER, s. 353; ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 323; POLAT, Halil: “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İltisakı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 138; AKSOY RETORNAZ, Eylem: “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Genel Güvenlik), s. 16. TCK m. 170’in gerekçesi de bu suçu somut tehlike suçu olarak tanımlamaktadır. Bkz. “Maddenin birinci fıkrasında, bu suçu oluşturan seçimlik hareketler, yangın çıkarmak; bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak; silâhla ateş etmek veya izinsiz patlayıcı madde kullanmak, olarak belirlenmiştir. Ancak, bu fiiller dolayısıyla cezaya hükmedebilmek için, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekir. Böylece, söz konusu suç, bir somut tehlike suçu olarak tanımlanmıştır.” Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005 (Gazi Şerhi), s. 912.

⁸² “TCK 170/1 “Maddenin birinci fıkrasında, bu suçu oluşturan seçimlik hareketler, yangın çıkarmak; bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak; silâhla ateş etmek veya izinsiz patlayıcı madde kullanmak olarak sayılmış olup suç, somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Anılan maddedeki suçun oluşabilmesi, belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik meydana getirebilecek tarzda somut tehlikenin ortaya çıkmış olmasına bağlıdır.” Yargıtay, CGK, T. 29.6.2022, E. 2020/407, K. 2022/505 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay, CGK, T. 01.03.2022, E. 2020/429, K. 2022/131 (Lexpera).

oluşması aranmamaktadır. Bu yönüyle TCK m. 170/1'deki suç hükmü klasik soyut tehlike suçundan ve somut tehlike suçundan ayırmakta ve elverişlilik suçunun vasıflarını taşımaktadır⁸³.

Öğretide Ünal, TCK m. 170/1 hükmünün somut tehlike suçu yerine elverişlilik suçu olarak kabulünün cezalandırma alanını genişleteceğini, hâkimin somut bir tehlike yerine elverişliliği tespit etmekle yetineceğini, TCK m. 170/1 ve soyut bir tehlike suçu olan TCK m. 170/2 hükmü arasında bir fark kalmayacağını ileri sürmektedir⁸⁴. Bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle kanun koyucu, somut tehlike suçu düzenlemek isteseydi, buna özgü ifade kalıplarını (“tehlikeye neden olan” vs. gibi) kullanırdı. Bu tür bir ifade biçiminden kaçınılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Ayrıca elverişlilik suçları, cezalandırma alanı bakımından somut tehlike suçlarına göre geniş olmakla birlikte klasik soyut tehlike suçlarına göre de dardır. Bunun yanında elverişlilik suçu ile TCK m. 170/2'deki soyut tehlike suçu arasında fark vardır; ilk fıkrada hâkim, elverişlilik kriterini belirlemekle yükümlüdür⁸⁵. Bu gerekçeler ile elverişlilik suçu gibi suç kategorilerini soyut ve somut tehlike suçu tasnifi içerisine sıkıştırmak yerine onları tanımlayıp ayırıştırmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bu başlıkta inceleyeceğimiz ikinci suç tipi radyasyon yayma suçudur. TCK m. 172'de düzenlenen radyasyon yayma suçunun ilk fıkrasında bir başkasını, sağlığını bozmaya elverişli olacak surette radyasyona tabi tutma; üçüncü fıkrasında da bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olacak biçimde radyasyon yayma veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine etki edile bulunma fiilleri cezalandırılmaktadır. TCK m. 172/4'te, bu suçun taksirli hali düzenlenmiş; laboratuvar veya tesis işletilirken gerekli dikkat ve özen gösterilmeyip radyasyon yayılmasına ya da atom çekirdeği parçalanmasına neden olunması durumunda, eylem başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına ciddi zarar vermeye elverişli ise failin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

TCK m. 172 hükmünde yer alan suçların cezalandırılabilmesi için ortaya çıkarılan radyasyon miktarının veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecinin sağlığı bozmaya, hayata ve malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olması gerekmektedir⁸⁶. Öğretide bu suçları somut tehlike suçu⁸⁷ veya elverişlilik suçu⁸⁸ olarak değerlendiren farklı görüşler bulunmaktadır. Biz de TCK m. 172/1, 3 ve 4 fıkralarında düzenlenen suç tiplerinin elverişlilik suçu oldukları kanaatindeyiz. TCK m. 172/1, 3 ve 4'te düzenlenen suçlarda, radyasyon yayma veya atom çekirdeği parçalama gibi fiillerin somut bir tehlikeye yol açması aranmaz; bu fiillerin, korunan hukuki değerlere zarar vermeye elverişli olması suçun oluşması için yeterlidir. Elverişlilik şartı bulunduğundan, bu suçlar klasik soyut tehlike suçu sayılmaz; çünkü hâkim, fiilin hayat, sağlık veya malvarlığına ciddi zarar vermeye elverişli olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler tipik birer elverişlilik suçu olarak nitelendirilmelidir⁸⁹.

Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmali de elverişlilik suçu olarak değerlendirmediğimiz genel tehlike suçlarındandır. TCK m. 175, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişinin cezalandırılacağını öngörmektedir. Suç düzenlemesinde geçen “tehlikeli olabilecek şekilde” ifadesi somut bir tehlikeye yönelik olmayıp belli bir tehlike potansiyeli ve imkânına ilişkin-

⁸³ Öğretide, TCK m. 170/1'deki suçu elverişlilik suçu olarak değerlendiren görüş için ayrıca bkz. ZAFER, s. 258; AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad. 170, 171)”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 3, Sayı 2 (Genel Güvenlik), s. 317; BEKAR, s. 249; ERSOY, s. 55; DEMİRİTAŞ, s. 287.

⁸⁴ ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 322.

⁸⁵ Benzer görüş ve değerlendirmeler için bkz. BEKAR, s. 249; DEMİRİTAŞ, s. 288-289; ERSOY, s. 54.

⁸⁶ ALTUNÇ, Sinan: “Radyasyon Yayma”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 48.

⁸⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; EGE, Ahmet: “Radyasyon Yayma ve Atom Enerjisiyle Patlamaya Sebebiyet Verme Suçlarına Bilimsel ve Hukuki Perspektiften Bir Bakış”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 1501; ALTUNÇ, s. 48, 49.

⁸⁸ BEKAR, s. 250; ERSOY, s. 56.

⁸⁹ Aynı yönde bkz. BEKAR, s. 251.

dir⁹⁰. Akıl hastasına ilişkin ihmal hareketinin başkalarının hayat, sağlık veya malvarlığı üzerinde somut bir tehlike ortaya çıkarması suçun oluşması için gerekli değildir. Gerekli bakım, tedavi ve gözetim yükümlülüğünün salt ihmali de suçun oluşması için yeterli olmayacaktır. Söz konusu yükümlülüğün ihmali hayat, sağlık ve malvarlığı açısından tehlike oluşturabilecek, bu sonuçlara elverişli bir fiil olmasıdır. Dolayısıyla bu suç hükmünün de bir elverişlilik suçu olduğu anlaşılmaktadır.

Genel tehlike kaynaklarının kontrolüne ilişkin bir diğer suç TCK m. 177’de düzenlenen hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılmasıdır. Bu suç tipinde gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından “tehlikeli olabilecek şekilde” serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi cezalandırılmaktadır. Örneğin, saldırgan bir hayvanın üçüncü kişilerin bulunma ihtimalinin olduğu bir yerde tasma ve ağızlıksız dolaştırılması bu suça vücut verecektir⁹¹. Suç tipinde yer verilen “tehlikeli olabilecek şekilde” ifadesinin elverişlilik suçuna dair bir ifade olduğu kanaatindeyiz⁹². Ancak bu suçu somut tehlike suçu olarak kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁹³. Bu suçta “tehlikeli olabilecek şekilde” ifadesi hareketin neticesine değil niteliğine ilişkindir. Bu ifade, hareketin başkalarının hayat ve sağlığı için tehlike ortaya çıkarmaya elverişliliğini gerektirmektedir. Dolayısıyla TCK m. 177 hükmü de elverişlilik suçu olarak değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda gözetim altındaki hayvanın niteliği ve serbest bırakılan ortam, zaman, hayvanın cinsi, hayvana verilen ya da verilmeyen talimatlar göz önüne alınarak tehlikeye elverişliliğin hâkim tarafından tespiti gerekmektedir⁹⁴.

Genel tehlike oluşturan suçlar içerisinde inceleyeceğimiz son suç tipi trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçudur (TCK m. 179/2 ve 3). Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu düzenleyen TCK m. 179/2 hükmü kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından “tehlikeli olabilecek şekilde” sevk ve idare etme fiilini; TCK m. 179/3 hükmü ise alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç “sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma” fiilini cezalandırılmaktadır. Her iki suç tipinde geçen “tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etme” ile “sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma” ifadeleri hareketin neticesine değil belli bir özelliğine ilişkin nitelendirme yapılmaktadır. TCK m. 179/2 ve 3’te cezalandırılan fiillerin tek başına gerçekleştirilmesi yeterli değildir.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 437; BEKAR, s. 253; ERSOY, s. 56. Öğretide TCK m. 175 hükmünün somut tehlike suçu olduğu görüşü de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; TAŞKIN, Ozan Ercan: “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4 (Akıl Hastası Üzerindeki Bakım Yükümlülüğü), s. 2480; EVİK, Vesile Sonay: “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Akıl Hastası Üzerindeki Bakım Yükümlülüğü), s. 108-109; ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 324. TCK m. 175 gerekçesi de bu suçu somut tehlike suçu olarak nitelendirmektedir: “Maddede akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal etmesi, cezalandırılmaktadır. Maddenin düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere fiil somut tehlike suçu niteliğindedir.” Bkz. ÖZGENÇ, *Gazi Şerhi*, s. 175. Öğretide Ünal, bu suçun ihmali bir suç olduğunu ve ihmali suçlarda elverişliliği değerlendirilebilecek bir hareketin bulunmadığını, dolayısıyla bu suç tipinin elverişlilik suçu olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. ÜNAL, *Tehlike Suçları*, s. 324. Bu görüşe katılmıyoruz. Bir suçun ihmali suç olması tek başına elverişlilik suçu olmasına engel olmaz. İhmalin farklı seviye ve dereceleri bulunmaktadır. Basit bir ihmal sadece akıl hastasının sağlık ve bakımında olumsuz bir etki gösterebilecekken ağır bir ihmal akıl hastasının başkalarının hayat, sağlık veya malvarlığına zarar vermesi için elverişli bir duruma neden olabilir. Bu nedenle ihmali suçların elverişlilik değerlendirmesine konu olamayacağı şeklindeki kategorik yaklaşım makul ve doğru değildir.

⁹¹ ALPSOY, Zeliha: “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 6, Sayı 2, s. 763.

⁹² Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 437; BEKAR, s. 256; ERSOY, s. 57; KILIÇ, Ahmet: “Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve Non Bis In Idem İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2 (Hayvanı Sokağa Terk Etme), s. 636; ALPSOY, s. 763.

⁹³ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 238; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 120; MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK m.177)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı Özel Sayı, s. 337; PARLAR, Ali / HA- TIPOĞLU, Muzaffer: *Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 3, 2. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 2711. Yargıtay da bu suçu somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir. Bkz. “Oluş ve dosya kapsamına göre, sanığa ait köpeklerin katılanların küçükbaş hayvanlara zarar verdiği iddia olunması karşısında; sanığa ait köpeklerin başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakılması şeklindeki somut tehlike suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay, 8. CD, T. 18.11.2015, E. 2015/8825, K. 2015/24725 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay, CGK, T. 20.2.2020, E. 2019/574, K. 2020/121; Yargıtay, 15. CD, T. 14.5.2013, E. 2013/3350, K. 2013/8905 (Lexpera).

⁹⁴ DEMİRTAŞ, s. 335.

Fiillerin bir tehlike potansiyelini barındırması gerekmektedir. Bunun yanında somut bir tehlikenin varlığı da suçun gerçekleşmesi için aranmamaktadır. Bu yönleriyle TCK m. 179/2 ve 3 hükümleri klasik soyut tehlike ve somut tehlike suçlarından ayrılmaktadır. Yapılan açıklamalar çerçevesinde bu suçların elverişlilik suçu olduğu anlaşılmaktadır⁹⁵.

4. Çevreye Karşı Suçlar

Bu başlıkta ilk olarak çevrenin kasten (TCK m. 181/1-4 fıkraları) ve taksirle (TCK m. 182/1-2 fıkraları) kirletilmesi suçları incelenecektir.

TCK m. 181/1'de ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye “zarar verecek şekilde”, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten verme suçu cezalandırılmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için teknik usullere aykırı olarak verilen atıkların çevreye zarar vermeye miktar ve nitelik olarak elverişli olması gerekir⁹⁶. TCK m. 181/1'de geçen “zarar verecek şekilde” ifadesi, bu suçun bir zarar suçu olduğu düşüncesini akla getirir de yasa koyucu bu ifade ile bir zararı değil zarara elverişliliği, zarar potansiyelini ifade etmektedir. Bu nedenle ilgili TCK m. 181/1 hükmü bir tehlike suçu olarak kabul edilmelidir⁹⁷. Öğretide genel kabul bu suçun bir somut tehlike suçu olduğu yönündedir⁹⁸. Fakat biz bu suçun da elverişlilik şartı içerdiğini ve elverişlilik suçu olduğunu kabul ediyoruz. Sadece soyut ve somut tehlike suçu ayırımına dayanan bir bakış açısı, bu suçu somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir. Ancak bu suç türünde somut tehlike suçu için aranan tehlike neticesi yer almamaktadır. “Zarar verecek şekilde” ifadesi de hareketin neticesi değil niteliğidir.

TCK m. 181/4 hükmü, TCK m. 181/1 ve 2'de tanımlanan fiillerin insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye “neden olabilecek niteliklere” sahip atık veya artıklarla işlenmesini cezalandırmaktadır. Bu fıkra da harekete belli bir nitelik atfedilmekte ve sayılan sonuçları ortaya çıkarmak için elverişli olması aranmaktadır⁹⁹. Bu nedenle TCK m. 181/4'teki düzenleme elverişlilik suçu niteliğindedir. Ancak öğretide hâkim görüş suçun somut tehlike suçu olduğu yönündedir¹⁰⁰.

TCK m. 182'de, çevrenin taksirle kirletilmesi suçu düzenlenmiştir. TCK m. 181'deki kasten kirletme suçu için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. TCK m. 182/1'de yer alan “çevreye zarar

⁹⁵ Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 438; DEMİRTAŞ, s. 266. TCK m. 179/3 hükmünün soyut-somut tehlike (elverişlilik) suçu olduğu yönünde ayrıca bkz. TÜRAY, Aras: “Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2016, Sayı 1-2, s. 164. Bazı yazarlar TCK m. 179/2 ve 3 arasında ayırma gitmekte, TCK m. 179/2'nin elverişlilik suçu, TCK m. 179/3'ün soyut tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BEKAR, s. 258; ERSOY, s. 59. TCK m. 179/2 hükmünün somut tehlike suçu olduğu görüşü için bkz. TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 974; ÖNOK, R. Murat: “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 121, s. 167; DÜLGER, s. 354. Yargıtay TCK m. 179/3 hükmünü soyut tehlike suçu kabul etmektedir. Bkz. “Suç tarihinde 245 promil alkollü olduğu halde araç kullanırken aracın hakimiyetini kaybedip yol yapımında kullanılan taş kütlelerine aracını çarpan sanığın emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyeceği Adli Tıp Kurumunun 27.11.2006 tarihli raporu ile belirlendiğinden, yüklenen suçun soyut tehlike suçu olduğu gözetilerek cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay, 2. CD, T. 29.11.2010, E. 2009/26255, K. 2010/32058 (Lexpera). Buna karşılık Yargıtay, TCK m. 179/2 hükmünü somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 11.2.2014, E. 2012/1567, K. 2014/63 (Lexpera).

⁹⁶ ARTUK, Mehmet Emin: “Çevrenin Kastan Kirletilmesi Suçu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 41.

⁹⁷ ARTUK, s. 41; AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 60; YILDIZ, Ali Kemal: “Çevrenin Kastan Kirletilmesi”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Çevrenin Kastan Kirletilmesi), s. 199-200; TALAS, Serdar: “Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kastan ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 1153; KAYAER, Nebahat: “Atık ve Artıklarla Çevrenin Kastan Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 1, s. 166; OTACI, Cengiz: “Çevrenin Kastan ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, Sayı 1, s. 283.

⁹⁸ ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 731; ARTUK, s. 41; KAYAER, s. 170; TALAS, s. 1152.

⁹⁹ KAYAER, s. 178; TALAS, s. 1153.

¹⁰⁰ TCK m. 181/4 hükmünün somut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. KAYAER, s. 178; ARTUK, s. 44; TALAS, s. 1153; TAŞKIN, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 1 (Çevre Ceza Hukuku), s. 153; AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 56.

verecek şekilde” ile TCK m. 182/2’de yer alan “neden olabilecek niteliklere” ifadeleri, bu suçun elverişlilik suçu olduğunu göstermektedir¹⁰¹.

TCK m. 183’te düzenlenen gürültüye neden olma suçu “elverişlilik” şartının açıkça yer aldığı bir suç tipidir. Madde hükmüne göre ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının “zarar görmesine elverişli bir şekilde” gürültüye neden olma fiili cezalandırılmaktadır. Sağlığa zarar vermeye elverişlilik şartı burada zarar veya tehlike şeklinde bir neticeye atıf yapmamakta, gürültüye neden olma hareketinin bir niteliğini ifade etmektedir¹⁰². Dolayısıyla gürültülü hareketin cezalandırılabilmesi için sağlığa zarar verme imkânını, potansiyelini taşıması gerekli ve yeterlidir¹⁰³. Bu yönüyle TCK m. 183 hükmü bir elverişlilik suçudur. Öğretide gürültüye neden olma suçunun elverişlilik suçu olduğunu ifade eden görüşler¹⁰⁴ olduğu gibi somut tehlike suçu olduğu görüşü¹⁰⁵ de bulunmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu suçun somut tehlike suçu olduğu yönündedir¹⁰⁶.

5. Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar

TCK m. 186/1’de kişilerin hayatını ve sağlığını “tehlikeye sokacak biçimde” bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satma, tedarik etme ve bulundurma suçu cezalandırılmaktadır. Suça konu olan bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların hayatı ve sağlığı tehlikeye sokacak nitelikte olması gerekir. Ama somut olarak bir kişinin hayat veya sağlığının bu tür gıda ve ilaçlar ile tehlikeye sokulmuş olması gerekmez¹⁰⁷. Gıda ve ilaçların hayat ve sağlık için tehlikeye elverişli ölçüde bozulmuş veya değiştirilmiş olması suçun oluşması için yeterlidir. Bu gerekçeler ile TCK m. 186/1 hükmünün somut veya klasik soyut tehlike suçu olmadığı, elverişlilik suçu niteliği taşıdığı görüşündeyiz¹⁰⁸. Dolayısıyla bu suçta hâkimin bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların hayat ve sağlığı tehlikeye sokmak için elverişliliğini tespit etmesi gerekli ve yeterlidir.

TCK m. 187/1’de kişilerin hayatını ve sağlığını “tehlikeye sokacak biçimde” ilaç üretme veya satma fiili cezalandırılmaktadır. Üretilen veya satılan fiillerin hayatı ve sağlığı tehlikeye sokma potansiyeline sahip olması gerekir. TCK m. 186/1’de yaptığımız açıklamalar ve benzer gerekçeler ile TCK m. 187/1’in de elverişlilik suçu olduğunu kabul etmekteyiz¹⁰⁹.

¹⁰¹ TCK m. 182/1 ve 2. fıkralarındaki düzenlemelerin elverişlilik suçu olduğu yönünde ayrıca bkz. AKBULUT, s. 437; TCK m. 182/1 birinci cümlede düzenlenen çevreye taksirle atık verme suçunun elverişlilik suçu olduğu yönünde bkz. AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 61.

¹⁰² AKBULUT, s. 437.

¹⁰³ AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 61.

¹⁰⁴ Bkz. AKBULUT, s. 437; AYGÖRMEZ, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 61; YILDIZ, Ali Kemal: “Gürültüye Neden Olma”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratma, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Gürültüye Neden Olma), s. 244. Öğretide tehlike suçuna ilişkin dörtlü bir ayırım yapan Maden, gürültüye neden olma suçunun somut tehlikeye elverişli suç (birinci derece tehlikeye elverişli suçlar) grubuna ait olduğunu kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre somut tehlikeye elverişli suçlar zarar tehlikesine elverişli bir durumun varlığının tespiti ve ona ek olarak tehlikeli durumun bir veya birden fazla kişiyle temas ve etki imkânının araştırılmasını gerektiren suçlardır. Bkz. MADEN, s. 453-451.

¹⁰⁵ SEVÜK, Handan Yokus: “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m. 183)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2.

¹⁰⁶ “5237 sayılı Kanun’un 183 üncü maddesindeki suç, somut tehlike suçudur. Suçun oluşması için gürültüye maruz kalan kişinin sağlığının bozulması gerekmez, gürültünün insan sağlığını tehlikeye düşürmeye elverişli olması yeterlidir.” Yargıtay, 4. CD, T. 04.05.2023, E. 2023/788, K. 2023/17937 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 26.04.2023, E. 2022/14906, K. 2023/17491; Yargıtay, 18. CD, T. 21.02.2017, E. 2015/40017, K. 2017/1902 (Lexpera).

¹⁰⁷ Bu suçun bir somut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. ÖZEN, Mustafa: “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2008, Cilt 66, Sayı 2 (Kamu Sağlığı), s. 174. Yargıtay uygulaması da aynı yönde olup TCK m. 186/1 hükmünü somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir. Bkz. “TCK’nun 186/1. maddesinde düzenlenen suç somut tehlike suçudur. Zararın gerçekleşmesi gerekmez. Fiilin işlenmesiyle, kişilerin hayatı ve sağlığının tehlikeye düşürülmesi suçun oluşumu için yeterlidir.” Yargıtay, CGK, T. 03.07.2018, E. 2015/1191, K. 2018/328 (Lexpera).

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. ZAFER, s. 258 dn. 76.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. ZAFER, s. 258 dn. 76. Bu suçun soyut tehlike suçu olduğu ama üretilen veya satılan ilacın, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığının hâkim tarafından tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. ALTUNKAŞ, Aysun: “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 852. Yazar aslında elverişlilik suçunu tarif etmekte, ancak tehlike suçlarını sadece soyut ve somut tehlike suçları şeklinde kabul ettiği için böyle bir değerlendirme yapmaktadır.

Kamu sağlığına karşı işlenen bir diğer suç olan sağlık için tehlikeli madde temini suçu (TCK m. 194/1), sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara verme veya tüketimine sunma fiilini cezalandırmaktadır. Söz konusu hükümde yer verilen “sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeler” ifadesi yukarıda incelenen diğer suç tiplerindeki ifadeler ile aynı işleve sahiptir. Tehlike oluşturabilecek ifadesi suçun konusunun bir niteliği olup, sağlık için tehlike oluşturmaya elverişliliği ve tehlike potansiyelini ifade etmektedir. Bu nedenle TCK m. 194/1 hükmü elverişlilik suçu olarak değerlendirilmelidir.

6. Kamu Barışına Karşı Suçlar

TCK m. 216’da halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu düzenlenmektedir. TCK m. 216/3’te ise halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama fiili cezalandırılmaktadır. Bu hükme göre dini değerleri alenen aşağılama fiilinin cezalandırılması için bu fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Kamu barışını bozmaya elverişlilik aşağılama fiilinin bir niteliğidir. Bunun yanında dini değerleri alenen aşağılama fiilinin cezalandırılması kamu barışının bozulmasına veya bozulması tehlikesinin ortaya çıkmasına bağlı değildir¹¹⁰. Dini değerleri alenen aşağılama fiili suçun oluşması için tek başına yeterli olmayacağından bu suç klasik soyut tehlike suçu olarak kabul edilemeyecektir. Hareketin elverişliliğine vurgu yapılan, somut ve klasik soyut tehlike suçu kategorilerine girmeyen dini değerleri alenen aşağılama suçu bu nedenle elverişlilik suçu olarak kabul edilmelidir¹¹¹.

Aynı bakış açısı TCK m. 217’de düzenlenen halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik etme suçu için de geçerlidir. Bu suç tipinde tahrik fiilinin cezalandırılması kamu barışını bozmaya elverişli olmasına bağlanmıştır. Bu nedenle TCK m. 217 fiilinin de elverişlilik suçu olduğunu söylememiz gerekir¹¹².

Kamu barışını bozmaya elverişlilik şartının arandığı bir diğer suç tipi TCK m. 217/A f. 1’de düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçudur. Bu suç tipinde sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin paylaşılması cezalandırılmaktadır. Fakat paylaşılan bilginin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Benzer açıklamalar bu suç için de geçerlidir. Dolayısıyla yukarıda incelediğimiz suç tipleri gibi bu suçun da elverişlilik suçu olduğu sonucuna ulaşmaktayız¹¹³.

TCK m. 220/1’de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda da elverişlilik ifadesine yer verilmektedir. TCK m. 220/1 hükmüne göre kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme fiilleri, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması koşuluna bağlanmıştır. Buradaki elverişlilik fiili örgüt kurma ve yönetme fiilinin bir niteliği olup, her suçta hâkim tarafından incelenmeli ve tespit edilmelidir. Dolayısıyla bu suç tipi de yapısal olarak elverişlilik suçu kategorisine girmektedir¹¹⁴. Ancak öğreti ve uygulamadaki ağırlıklı görüş bu suçun somut tehlike suçu olduğu yönündedir¹¹⁵.

¹¹⁰ ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 989-1012, s. 996.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. BEKAR ERGÜNE, Elif: “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m. 216)”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1691; ERSOY, s. 60. Öğretide dini değerleri aşağılama suçunu somut tehlike olarak değerlendiren görüş için bkz. ARTUK / ALŞAHİN, s. 996; ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler), s. 538.

¹¹² Aynı yönde bkz. BEKAR, s. 262; ERSOY, s. 60.

¹¹³ Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun somut tehlike suçu olduğu görüşü için bkz. BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 9; SARIKOĞLU, Şenel: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma (Dezenformasyon) Suçu (TCK m. 217/A)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3, s. 742.

¹¹⁴ Aynı yönde bkz. BEKAR, s. 268; ERSOY, s. 60.

¹¹⁵ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022 (Suç Örgütleri), s. 18; ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 583; BODUR, Nurullah / ÖZKUL, Eshat: *Terör Örgütü ve Terör Suçları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 40; KAVLAK, Cihan: *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 380; EVİK, Vesile Sonay: “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Cen-

7. Gizliliğin İhlali Suçu (TCK m. 285/1-b).

TCK m. 285/1 hükmü soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal etme fiilini cezalandırmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için aranan şartlardan biri de soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olmasıdır (TCK m. 285/1-b). Soruşturmanın gizliliğini ihlal etme fiili tek başına bir soyut tehlike suçuna işaret etmemektedir¹¹⁶. Fakat TCK m. 285/1-b bendi ile gizliliğin ihlal fiilinin belli bir niteliğe sahip olması şartı konulmuştur. Bu şart da maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişliliklerdir. Dolayısıyla soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu hareketin elverişliliğine ilişkin özel bir ayırım ve gereklilik içeren elverişlilik suçlarından biri olarak kabul edilmelidir¹¹⁷.

8. Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama Suçu

Bu başlıkta inceleyeceğimiz son suç tipi TCK m. 306'da düzenlenen yabancı devlet aleyhine asker toplama suçudur. TCK m. 306/1 hükmü “*Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplayan veya diğer hasmane hareketlerde bulunan*” kişileri cezalandırmaktadır. TCK m. 306/3 hükmü ise yabancı devlet aleyhine asker toplama suçunun “*sadece yabancı devletle siyasal ilişkileri bozacak veya Türkiye Devleti veya Türk vatandaşlarını misilleme tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak nitelikte*” olması halini düzenlemektedir. Her iki fıkra da yabancı devlet aleyhine asker toplama fiilinin belli bir özelliğine vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 306/1 ve 2 hükümleri için tek başına yabancı devlet aleyhine asker toplamak yeterli olmayıp, bu fiillerin Türkiye Devleti’ni savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaya veya siyasal ilişkileri bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Dolayısıyla her iki suç hükmü de elverişlilik suçu niteliğindedir¹¹⁸.

SONUÇ

Ceza hukukundaki yapısal değişim beraberinde yeni kavramlar getirmiştir. Elverişlilik suçları, risk ve güvenlik algısının öne çıktığı ve tehlike suçlarının ağırlık kazandığı yeni suç anlayışının ürünlerinden biridir. Bu suçlar, giderek genişleyen klasik soyut tehlike suçlarını sınırlandıran ve yeni ceza hukuku anlayışının ihtiyaçlarına cevap veren işlevsel bir kategori oluşturur. Nitekim çevreye, kamu barışına veya genel güvenliğe ilişkin birçok suç tipinde elverişlilik suçuna özgü ifadeler yer almaktadır.

Yeni bir suç kategorisi olması nedeniyle elverişlilik suçları ile ilgili tartışmalar devam etmektedir. Bununla birlikte, özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde, elverişlilik suçlarının tanımı, içeriği ve pratik sonuçları konusunda belli bir mutabakatın oluştuğu görülmektedir.

Tehlike suçlarını, somut ve soyut tehlike suçları şeklinde ayıran geleneksel ikili tasnifin Türk ceza hukuku öğretisinde hala baskın olduğu görülmektedir. Bu tasnifte, elverişlilik suçu şeklindeki alt kate-

tel’e Armağan (Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme), s. 669, 672; ERSAN, Aykut: “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 385. TCK m. 220’nin gerekçesi de bu suçun somut tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir: “(...) Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az üç kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilirse de; kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır.” Bkz. ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 969. Yargıtay’ın görüşü için bkz. “Suç işlemek için örgüt kurma, bir somut tehlike suçudur. Bu tür bir örgüt, toplum düzeni ile kamu güvenliği ve barışını tehlikeye sokar. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireylerin güvenli ve barış içinde yaşama haklarını zedeler.” Yargıtay, CGK, T. 18.03.2021, E. 2018/411, K. 2021/126 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay, CGK, T. 27.05.2021, E. 2017/982, K. 2021/226; Yargıtay, CGK, T. 21.03.2017, E. 2017/15, K. 2017/178 (Lexpera).

¹¹⁶ Soyut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1236; ÇAKIR, Kerim: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 250; TUNÇAK, Senanur: “Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK M. 285) Suçu”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 2019, Sayı 3, s. 90.

¹¹⁷ BEKAR, s. 273.

¹¹⁸ BEKAR, s. 274.

gorilere veya ara formlara yer verilmemektedir. Bununla birlikte, Türk hukukunda elverişlilik suçlarına ilişkin ilginin, özellikle Alman ceza hukuku öğretisinin etkisiyle, giderek arttığı görülmektedir. Genel tehlike yaratan suçlar ve çevre suçları ile ilgili çalışmalar başta olmak üzere geleneksel ikili tasnifin dışına çıkarak elverişlilik suçu değerlendirmesi yapan yazarlar bulunmaktadır. Türk yargı uygulamasında ise elverişlilik suçu kavramına hiç değinilmemekte, elverişlilik şartına yer verilen suçlar genellikle somut tehlike suçu olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce bu durumun temel nedeni, öğretide ve uygulamada geleneksel ikili tehlike suçu tasnifinin egemen olması ve görece yeni bir suç türü olan elverişlilik suçlarının yeterince tanınmamasıdır.

Sonuç olarak, tehlike suçlarına ilişkin geleneksel ikili tasnifin yetersiz olduğu ve elverişlilik suçunun Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında daha güçlü şekilde incelenmesi ve tartışılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede elverişlilik suçu olarak tespit edilen suç tiplerinin artık somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesinden vazgeçilmesi ve hâkimin elverişlilik unsurunu somut olayın koşulları ve bilimsel değerlendirmeler çerçevesinde araştırması ve tespit etmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AKSOY RETORNAZ, Eylem: “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 14-29 (Genel Güvenlik).
- AKSOY RETORNAZ, Eylem: “Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 409-423 (Şirket ve Kooperatifler).
- ALPSOY, Zeliha: “Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (TCK m. 177)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 6, Sayı 2, s. 756-773.
- ALTUNÇ, Sinan: “Radyasyon Yayma”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45-54.
- ALTUNKAŞ, Aysun: “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 829-870.
- ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 989-1012.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- ARTUK, Mehmet Emin: “Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 37-48.
- AYDIN, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 879-918.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad. 170, 171)”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 3, Sayı 2, s. 313-355 (Genel Güvenlik).
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: *Çevre Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Çevre Ceza Hukuku).
- BAKİ, Ensar: “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016, Sayı 2, s. 27-55.
- BALAN, Arzu: *Ceza Hukuku Teorisinde “Meta” morfoz: “Tehlike” Suçları*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2024.
- BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 1-17.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang / EISELE, Jörg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Baskı, Verlag Ernst und Werner, Bielefeld, 2016.
- BEKAR ERGÜNE, Elif: “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1675-1721.
- BEKAR, Elif: *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BODUR, Nurullah / ÖZKUL, Eshat: *Terör Örgütü ve Terör Suçları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- CANPOLAT, Can: “Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Verme Suçu (TCK m. 164)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 1, s. 154-187.

- ÇAKIR, Kerim: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 227-266.
- DARAGENLİ, Vesile Sonay: *Tehlike Suçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- DEMİRTAŞ, Soner: *Tehlike Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- DOĞAN, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 16, s. 179-208.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- EGE, Ahmet: “Radyasyon Yayma ve Atom Enerjisiyle Patlamaya Sebebiyet Verme Suçlarına Bilimsel ve Hukuki Perspektiften Bir Bakış”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 1467-1523.
- EISELE, Jörg / HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil für Studeinanfänger*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017.
- ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I*, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2022 (Yazar, MüKoStGB).
- ERSAN, Aykut: “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 381-407.
- ERSOY, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 41, s. 27-64.
- EVİK, Vesile Sonay: “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 99-114 (Akıl Hastası Üzerindeki Bakım Yükümlülüğü).
- EVİK, Vesile Sonay: “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 667-697 (Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme).
- FRISTER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2015.
- GALLAS, Wilhelm: “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, (Ed.) LÜTTGER, Hans / BLEI, Hermann / HANAU, Peter: *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag*, De Gruyter Verlag, Berlin, 1972, s. 171-184.
- GRAUL, Eva: *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1991.
- GROPP, Walter / SINN, Arndt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 2020.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Verlag w. Kohlhammer, Stuttgart, 2022.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Beck’scher Online Kommentar StGB*, 63. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2024 (Yazar, BeckOK StGB).
- HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2015.
- HOYER, Andreas: *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1987.
- İÇEL, Kayıhan: *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, De Gruyter Verlag, Berlin, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Duncker und Humboldt Verlag, Berlin, 1996.
- KAVLAK, Cihan: *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- KAYAER, Nebahat: “Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 1, s. 139-203.
- KILIÇ, Ahmet: “İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2022, Cilt 15, Sayı 3, s. 529-564 (İsrarlı Takip).
- KILIÇ, Ahmet: “Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve Non Bis In Idem İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2, s. 629-646 (Hayvanı Sokağa Terk Etme).
- KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (Hrsg.): *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2023 (Yazar, NK-StGB).
- KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Nomos Verlag, Baden Baden, 2011.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- KÖHLER, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, 1997.
- KREY, Volker / ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022.
- MADEN, Mehmet: “Bir Tehlike Suçu Olarak ‘Gürültüye Neden Olma’ (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 1, s. 431-470.
- MAVIŞ, Volkan: *Türk Ceza Hukukunda Çevre Karşı Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK m.177)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı Özel Sayı, s. 327-348.
- MITSCH, Wolfgang: *Medienstrafrecht*, Springer Verlag, Berlin, 2012.
- NOWAK, Julia: “Nachstellung als konkretes Eignungsdelikt”, *Juristische Schulung*, 2018, Sayı 12, s. 1180-1183.
- OTACI, Cengiz: “Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, Sayı 1, s. 280-327.
- ÖNOK, R. Murat: “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 121, s. 157-202.
- ÖZBEK, Veli Özer / BACAŞIZ, Pınar / DOĞAN, Koray: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZEN, Mustafa: “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2008, Cilt 66, Sayı 2, s. 163-189 (Kamu Sağlığı).
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022 (Suç Örgütleri).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (Genel Hükümler).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005 (Gazi Şerhi).
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 3, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

- POLAT, Halil: “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İltiması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 135-166.
- RENGIER, Rudolph: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2019.
- ROXIN, Claus / GRECO, Luis: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1*, 5. Baskı, C. H. Verlag, München, 2020.
- SARSIKOĞLU, Şenel: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma (Dezenformasyon) Suçu (TCK m. 217/A)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3, s. 720-755.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (Yazar, S/S StGB).
- SCHRÖDER, Horst: “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *Juristenzeitung*, 1967, Cilt 22, Sayı 17, s. 522-525.
- SEVÜK, Handan Yokuş: “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m. 183)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 363-380.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TALAS, Serdar: “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 1147-1157.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 2471-2486 (Akıl Hastası Üzerindeki Bakım Yükümlülüğü).
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 1, s. 119-166 (Çevre Ceza Hukuku).
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2021.
- TUNÇAK, Senanur: “Suçsuzluk Karinesini Bir Koruma Yöntemi Olarak Gizliliğin İhlali (TCK M. 285) Suçu”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 2019, Sayı 3, s. 69-93.
- TÜRAY, Aras: “Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2016, Sayı 1-2, s. 131-182.
- ÜNAL, Ertuğrul: “Her Suçun Konusu Var mıdır? Tehlike Suçu-Zarar Suçu Bağlamında Hareketin Konusunun Fonksiyonuna Dair Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 11, Sayı 1, s. 245-265 (Suçun Konusu).
- ÜNAL, Osman Gazi: *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Tehlike Suçları).
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2019.
- WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1981.
- YILDIZ, Ali Kemal: “Çevrenin Kasten Kirletilmesi”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 219-234 (Çevrenin Kasten Kirletilmesi).
- YILDIZ, Ali Kemal: “Gürültüye Neden Olma”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 235-254 (Gürültüye Neden Olma).
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK M.1-75*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ZIESCHANG, Frank: *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1998.

**Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi Suçu (TCK m. 262)^(*)***The Crime of Unlawful Undertaking of Public Duty (Art. 262 of TPC)***M. Buhari ÇETİNKAYA**

Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Kamu Görevinin
Usulsüz Olarak
Üstlenilmesi,
Teşebbüs,
Kamu İdaresinin
Güvenilirliği,
Kamu Otoritesi,
Mille ve Devlete
Karşı Suçlar.

Öz

Kamu görevinin sağladığı yetkiler ancak kanunlara uygun olarak kamu görevlileri tarafından yerine getirilebilir. Kamu görevlilerinin sahip olduğu yetkileri kullanması ile gerçekleşen işlemlerin meşru olduğuna güven beslenir. Bu sebeple işlem, ilgisinin aleyhine ise buna katlanmak yükümlülüğüne, lehine ise başkalarına ve kamu otoritesine karşı öne sürmek, savunmak hakkına sahiptir. Haliyle kamu idaresine duyulan güvenin teminat altına alınması gerekir. Kamu görevinden kaynaklı yetkilerin usulsüz olarak üstlenilmesi durumunda kamu idaresine duyulan güven azalacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 262. maddesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, kamu idaresine duyulan güveni ceza hukuku yolu ile teminat altına almaktadır. Maddeye göre kamu görevini kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs edenler ve terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürenler cezalandırılır. Bu çalışmada kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu; korunan hukuki değeri, maddi ve manevi unsurları, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen nedenler, özel görünüş biçimleri ve muhakeme ve yaptırımı çerçevesinde ele alınmaktadır.

Keywords

The Crime of Unlawful
Undertaking of Public
Duty,
Attempt,
Crimes against Public
Authority,
Crimes against Nation
and State.

Abstract

The powers granted by public duty can only be performed by public officials in accordance with the law. People have confidence that the actions taken by public officials using their powers are legitimate. For this reason, if the action is against them, they have the obligation to endure it, and if it is in their favour, they have the right to defend it against others and public authorities. Citizens' trust in public authority and administrations must be guaranteed. If the powers granted by public duty are performed unlawfully, trust in public authority and administrations will be weakened. The crime regulated in article 262 of the Turkish Penal Code guarantees the trust in public authority and administrations through criminal law. According to the article, those who attempt to perform public duty contrary to laws and regulations and those who continue their duty despite being notified of an order to abandon it shall be punished. In this study, the crime of unlawful undertaking of public duty is examined within the framework of its protected legal value, material and mental elements, unlawfulness, culpability, special forms of appearance, procedures and sanction.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.04.2025, Kabul Tarihi: 19.07.2025.



GİRİŞ

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının “Milletle ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümü altında 262. maddesinde düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre “*Bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.*”.

Eski Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer şekilde mülga 765 sayılı TCK'da ortak “Hükümet memuriyetinin ve unvan ve şerefine gasbı” başlığı altında 252 ve 253. maddelerinde sırasıyla resmi memuriyetin gasbı¹ ve haksız resmi elbise giyilmesi-nişan ve alametlerin kullanılması² düzenlenmekteydi. Keza her iki suç tipi de kamu otoritesinden doğan yetkilerin ve bu otoriteyi simgeleyen işaret ve kıyafetlerin usulsüz olarak üstlenilmesi, kullanılması ve bu surette kamu otoritesinin güvenilirliğinin ve işleyişinin zaafa uğratılmasını cezalandırmaktadır. Eski Fransız Ceza Kanunu da ilgili suçları aynı başlık [ünvanın veya memuriyetin gaspı (*Usurpation de titres ou fonctions*)] altında 258 ve 259. maddeleri altında düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK, bu iki suçu aynı başlık altından çıkarmış ve farklı başlıklar altında farklı maddelerde düzenlemiştir. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu da ilgili suçları farklı başlıklar altında farklı suçlar olarak düzenleme yoluna gitmiştir [433-12, 433-13'te yetki gaspı (*l'Usurpation de fonctions*); 433-14'te kamu otoritesine özgülenmiş işaretlerin gaspı (*l'Usurpation de signes réservés à l'autorité publique*)]. Yakın ilişki içerisinde olsa³ da bugün hukukumuzda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi ve özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma bağımsız suçlardır. Bu bağımsızlıktan dolayı çalışmamızda yalnızca TCK m. 262'de düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, unsurları, çeşitli konulardaki içtihat ve doktrin görüşleri, uygulamada ortaya çıkan sorunlar, bunlara ilişkin çözüm önerileri çerçevesinde incelenmektedir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamındaki eylemler ile ceza hukuku yolu ile mücadele edilmesi tabiidir. Çünkü bu fiiller kişilerin maddi zararına yol açsalar da her şeyden evvel devlet otoritesini, kamu idaresine olan güveni sarsan eylemlerdir. Bu sebeple suç, her ne kadar dolandırıcılık, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığının ihlali gibi suçların işlenmesinde araç olarak kullanılıyor⁴ ve kişilerin zararına yol açıyor olsa da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Fransız Ceza Kanunu da bu suçu “Devlet otoritesine karşı suçlar” başlığı altında düzenlemektedir. Devlet otoritesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi, beşerî faaliyetlerin liyakat sahibi mesleki bilgiye sahip kişilerce üstlenilmesini sağlamak adına vatandaşları arasında ayırım yapma ve belirli yetkilerin, kendisinin belirlediği kişilerce kullanılmasına müsaade etme hakkına sahiptir⁵. Üçüncü kişilerin devlet otoritesine ait yetkileri ve ünvanları kullanması otoriteyi sarsar. Kamu idaresine olan güvenin sarsılması ve bu surette devlet otoritesinin itibarının zayıflatılması kişilerin maddi zararının önünde tutulmakta ve korunmaktadır.

¹ ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 231; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: “Hükümet Memuriyetinin, Ünvan ve Şerefine Gasbı (Madde: 252-253)”, *Adalet Dergisi*, 1976, Cilt 67, Sayı 3, s. 204; ERMAN / ÖZEK ise bu suçu “memuriyeti ifa veya ifaya teşebbüs ve memuriyete devam suçları” şeklinde adlandırmaktadır. ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 274.

² GÖZÜBÜYÜK, s. 204.

³ Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi, kamuya ait kıyafet ve işaretlerin kullanılmasına karşı bu suçların kamu itibarının korunması amaç edinmesi dikkate alındığında yakın ilişki içerisinde olduklarıdır. GÖZÜBÜYÜK, s. 204.

⁴ ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 1168.

⁵ VITU, Andre: “Fasc. 10 - Commentaire: Usurpation de titres”, (Güncelleyen: DECIMA, Olivier) *Juris Classeur Pénal des Affaires*, Cilt III, LexisNexis, Paris, 2013, kn. 1.

I. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Kamu görevi Anayasa, kanunlar ve kanunlara uygun olarak çıkarılmış diğer düzenleyici işlemlerle sınırları belirlenmiş şekilde kişilerin haklarına ve özgürlüklerine müdahale yetkisi sağlamaktadır. Bu surette kamu görevini ancak idare adına hukuki işlem yapma yetkisi ile donatılmış kişiler yerine getirebilir⁶. İdare adına işlem yapma yetkisi ile donatılmamış kişilerin ya da görevi sona ermiş kişilerin kamu adına işlem yapmasına sessiz kalınması kamu idaresinin güvenilirliğini zedeler⁷.

Kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği hukuki işlemler, kişilere çeşitli haklar ve menfaatler sağlayabilir. Yahut tam aksi olarak kamu görevlisince gerçekleştirilen hukuki işlem, kişiler için bir hakkın yitirilmesine, malvarlığında azalmaya neden olabilir. Tüm bu işlemlerin kişiler için geçerli kabul edilmesi ve olumsuz neticelerinin olması durumunda katlanma yükümlülüğünün bulunması, kamu otoritesine ve idareye duyulan güven ve itibardan ileri gelmektedir. Keza kamu görevi bir güven mevkii⁸. Dolayısıyla bu suç ile her şeyden evvel kamu otoritesine ve idareye duyulan güvenin korunduğunu belirtmek gerekir⁹. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun varlık amacı vatandaşların kamu idaresi adına hareket eden kişilere duyduğu güveni teminat altına almaktır¹⁰. Aksi takdirde kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği işlemlerde kendilerine şüpheyle bakılması söz konusu olur ve kamu idaresine güvensizlik ortaya çıkar¹¹. Fransız hukukunda da bu suçun ihdas amacının, failin bir kamu görevlisine ait yetkiyi gasp etmesinin önüne geçilmesinden ziyade failin kanunlarla tanınmış yetkiye sahip olduğuna vatandaşları inandırmasının önüne geçilmesi olduğu dile getirilmektedir¹².

Bu suç bakımından korunan hukuki değerın tespitinde suçun düzenlendiği yeri de esas almak gerekmektedir. Bu bağlamda suçun kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması, suç ile korunan hukuki değerin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olduğunu göstermektedir¹³. TCK’da kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlardan bazılarının işlenmesi, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişini zaafa uğratmak yanında kişilerin de zararına sebep olmaktadır. Örneğin irtikap suçunda suçun işlenmesi ile birlikte kamu görevlilerine duyulan güven sarsılacak olmakla birlikte icbar edilen, ikna edilen yahut hatasından yararlanılan kişi de malvarlığı itibarıyla zarara uğramış olabilir. Dolayısıyla suçun işlenmesinin doğal sonucu olarak kişilerin de zarara uğrayabildiği suçlar birden fazla hukuki değeri koruyabilmektedirler¹⁴. Oysaki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, kişilere ait başkaca hukuki değerleri ihlal edebilecek ise de bunlar bu suçun işlenmesinin doğal sonucu değildir. Yani kişilere ait başkaca hukuki değerler ihlal edilmeden de kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun işlenmesi mümkündür. Haliyle kanaatimizce bu suç ile korunan hukuki değer herhangi bir tartışmaya mahal vermeksizin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi¹⁵.

⁶ TAŞDEMİR, Özgür: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md.262)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3062.

⁷ ERMAN / ÖZEK, s. 272.

⁸ EVİK, Ali Hakan: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, *Özel Ceza Hukuku - Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 345.

⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

¹⁰ MERLE, Roger / VITU, Andre: *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cilt I, A. VITU, Cujas, Paris, 1982, kn. 465 vd, s. 355 vd.

¹¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

¹² MERLE / VITU, kn. 463, s. 354; RIBEYRE, Cédric: “Fasc. 20 - Commentaire: Usurpation de fonctions”, *JurisClasseur Pénal Code*, Cilt V, LexisNexis, Paris, 2013, kn. 22,23.

¹³ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1098.

¹⁴ Örneğin irtikap suçunda korunan hukuki değere ilişkin tartışmalar için bkz. ÇINAR, İsmail: “İcbar Suretiyle İrtikap Suçu (TCK m. 250/1)”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 5, Sayı 1, s. 351 vd.

¹⁵ Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi yanında kamu idaresinin disiplinli şekilde işleminin de korunduğu söylenmektedir. ARSLAN, Çetin / AZİZGAĞOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1065; GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (TCK Şerhi), s. 8796; ERMAN / ÖZEK, s. 272; ÖNDER, s. 232.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu ve Mağduru

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun konusu kanun ve nizamlara uygun olarak yerine getirilmesi gereken ve kanun ve nizamlarca korunmakta olan kamu görevidir¹⁶. Kamu görevlisi olmayan yahut da terk emri kendisine bildirilmiş olan kişi, korunmakta olan bu kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmektedir.

Kamu görevi kavramı TCK tarafından tanımlanmamış olmakla birlikte kamu görevlisini tanımlayan “Tanımlar” başlıklı 6. maddenin ilk fıkrasının (c) bendi yol göstericidir. Buna göre “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Tanımdan yola çıkarak kamu görevlisinin yerine getirdiği kamu görevi bent kapsamında kamusal faaliyet olarak ifade edilmektedir.

Kamu görevlisi tanımı çerçevesinde bir kişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için bir kamusal faaliyete katılması gerekmektedir. Mülga 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinde tanımlanan memur kavramından farklı olarak yürürlükteki düzenleme kişinin katıldığı faaliyeti esas almaktadır¹⁷. Kamusal faaliyet kavramı yazılı hukuk kurallarının çok fazla kullandığı ve tanımı olan bir kavram değildir¹⁸. Öğretide ve idare hukukunda bu kavram yerine genellikle kamu hizmeti, kamu görevi gibi ifadeler tercih edilmektedir¹⁹.

Kamusal faaliyet kavramına dair açıklamalar TCK’nın 6. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre:

“Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren subay veya erleri de kamu görevlisidir. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”

Gerekçedeki açıklamalar ışığında bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için iki temel koşula ihtiyaç vardır. İlki hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanması, ikincisi kamu adına hizmetin yürütülmesidir.

Hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanmasından kasıt hizmetin kamusallaşması için o hizmetin herkese ulaştırılmasını sağlayacak örgütlü bir yapı içerisinde sunulması, bunun için gerekli

¹⁶ LACROIX, Caroline: “Usurpation de titres ou de fonctions”, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Cilt VIII, Dalloz, Paris, 2013, kn.12; EVİK, s. 348; ERMAN / ÖZEK, s. 272; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 107.

¹⁷ AYDIN, Hüseyin: “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 119; GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 27.

¹⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1068; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1073-1074.

¹⁹ AYDIN, s. 119; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1068.

istihdamın ve finansmanın sağlanması yani merkezi yahut yerel siyasi iradenin desteğini almasıdır²⁰. Öte yandan bir hizmetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilmesi Anayasa ve kanunlarla ve bunlara uygun çıkarılmış düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olan usullere göre veriliyor olmasını gerektirmektedir. Keza bu kuralları ve usulleri, merkezi ya da yerel olsun bir siyasi irade ihdas etmektedir²¹.

İkinci koşul olarak hizmetin kamu adına yürütülmesi gerekmektedir. Bir hizmetin kamuya sunulmuş olması, hizmetten kamunun yararlanıyor olması hizmeti başlı başına bir kamu hizmeti haline dönüştürmemektedir. Bu noktada kamu hizmeti ve kamuya yararlı hizmet ayrımı yapılmalıdır. Kamu hizmeti bir kamu kurumunun kendi eliyle yahut yakın gözetimi altında özel girişim eliyle gördüğü hizmettir²². Yani faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için kamuya yararlı olması yeterli olmayıp siyasi irade tarafından da bu şekilde nitelendirilmiş olması gereklidir²³.

Fransız Ceza Kanunu'nda kamu görevlisi ya da kamu görevinin bir tanımı bulunmamaktadır. 1810 Fransız Ceza Kanunu yürürlükte olduğu dönemde, özellikle 19. yüzyıl boyunca doktrin kamu görevi kavramından vatandaşlar üzerinde otorite kullanma yetkisine sahip kişilerin kanuni görevlerini anlamaktaydı²⁴. Sonrasında doktrin ve içtihat bu daraltıcı yaklaşımdan vazgeçerek vatandaşlar üzerinde otorite kullanma yetkisi veren görevleri değil, aynı zamanda bu yetkilerle donatılmış kişilere kamusal gücü uygulamasında katılım sağlayanları da kapsar şekilde geniş bir yorumu benimsemiştir²⁵. Dolayısıyla avukatlar gibi belirli diplomalarla kamu otoritesi tarafından sağlanan ünvanlar sayesinde kamu hizmetlerine katılanların faaliyeti de kamu görevi kapsamında addedilir²⁶. Fakat bunlara ait yetkilerin kullanılması 433-17 maddesinde düzenlenen “ünvan gaspı (*l'Usurpation de titres*)” suçunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi muadili yetki gaspı suçunun koruduğu kamu görevleri yargı görevleri, mülki memuriyetler (bakanlık, taşra teşkilatı, yerel yönetimler, polislik, askerlik) şeklinde mülki ve askeri memuriyetler ile sınırlıdır²⁷.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında TCK bakımından kamu görevlisi kabul edilen kişinin katıldığı kamusal faaliyetin yani kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi ile kamu idaresine yönelik kişilerdeki güven hissi zaafa uğrayacağı için bu suçun mağduru toplumdur.

Doktrinde bu suçun mağdurunun toplum olduğunu söyleyen görüş yanında kamu idaresi olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır²⁸. Kanaatimizce bu suçun mağduru usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili idare değil toplumdur. Keza aksi yönde görüşler²⁹ olmakla birlikte kanaatimizce tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar³⁰. Tüzel kişilerin suçun mağduru olabilecekleri kabul edilse dahi dev-

²⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1069

²¹ Aynı yönde AYDIN, s. 121.

²² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1074.

²³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1074.

²⁴ RIBEYRE, kn.10.

²⁵ GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Cilt IV, 3. Baskı, Sirey, Paris, 1916, kn. 1721, s. 651.

²⁶ Fransız ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi kavramı ve bu kavramın yargı kararlarında algılanışında bir birlik olmayışının yarattığı sorunlar ile ilgili değerlendirmeler için bkz. DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe: “Absence d'unité de la notion de ‘personne chargée d'une mission de service public’: contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11, c. pén.), de prise illégale d'intérêt (art. 432-12, c. pén.), de menaces (art. 433-3, c. pén.), d'outrages (art. 433-5, c. pén.), de diffamation (art. 31, L. 29 juill. 1881)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, s. 91.

²⁷ RIBEYRE, kn. 10.

²⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 277. Suçun mağdurunun usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili kamu idaresi olduğu yönündeki görüşü savunan bazı yazarlara göre tartışma tüzel kişilerin suç mağduru olup olamayacağından ileri gelmektedir. Bu görüşü savunanlara göre tüzel kişilerin suç mağduru olamayacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmadığından tüzel kişilerin hak taşıyıcısı olabilir ve suç mağduru olabilirler. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 106; TAŞDEMİR, s. 3065.

²⁹ *Soyaslan*'a göre tüzel kişiler ve devlet kurumları suçun mağduru olabilirler. Örneğin devletin güvenliğine karşı suçlar ve adliye karşı suçlar suçun pasif süjesi olan devlete yani tüzel kişiliğe karşı işlenmiştir. SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 224; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 96.

³⁰ Aynı yönde KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 115.

let, suçlar ile korunan hukuki değerlerin taşıyıcı olamayacağından³¹ suçun mağdurunun ilgili kamu idaresi değil toplum olduğunu belirtmek gerekir.

Suçun mağduru kural olarak toplum olsa da suçun işlenmesi ile aleyhine sonuç doğurulan kişi ya da kişiler de suçun mağduru haline gelir³². Usulsüz olarak üstlenilen yahut terk emri bildirilmesine rağmen sürdürülen kamu görevi, doğrudan belirli kişi ya da kişiler üzerinde tatbik edilmiş ise bu kişiler de suçun mağdurdur. Suçun işlenmesi sonucu, ilgili kamu görevini usule uygun olarak yerine getirmesi gereken kişi ya da kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmişse ilgili idare mağdur sıfatını kazanamayacaksa da ilgili kamu görevlisi ya da görevlileri mağdur olabilirler³³.

Usulsüz olarak üstlenilen kamu göreviyle ilişkili idare mağdur olamaz ise de suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılma hakkına sahiptir³⁴. Usulsüz olarak üstlenilen kamu görevini yerine getirenler bir meslek kuruluşu çatısı altında örgütlenmekteyseler kanaatimizce bu meslek kuruluşu da suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılabilmelidir. Keza Fransız hukukunda bu kuruluşların ilgili davalara katılmasına müsaade edilmektedir³⁵.

2. Fiiil

a. Genel Olarak

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu düzenleyen TCK'nın 262. maddesi iki seçimlik hareketi düzenlemektedir³⁶. Seçimlik hareketlerden ilki bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etme, ikincisi terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme şeklindedir. Doktrinde aynı maddede nitelikleri farklı iki ayrı suçun düzenlendiği görüşünde olan yazarlar da vardır³⁷. Buna göre suçlardan ilki kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye teşebbüs suçu, ikincisi ise kamu görevine usulsüz olarak devam suçudur³⁸.

Suçun 765 sayılı TCK'daki hali dikkate alındığında yürürlükteki hali ile 765 sayılı TCK'da düzenleniş şekli arasında çok bir farklılık olmadığı görülmektedir. Keza aynı suçu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 252. maddesinin ilk fıkrası "*Her kim mülki ve askeri memuriyetlerden birini hıyaflı nizam ifa veya ifaya teşebbüs eylerse üç aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur.*" ikinci fıkrası "*Aynı ceza memuriyetini terk ve tatil emri kendisine resmen bildirilmiş olduğu halde yine memuriyetinde devam eden memur hakkında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasıyla birlikte hükümlenir.*" hükmünü düzenlemektedir.

Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasındaki belirgin farklılık eski düzenleme *mülki ve askeri memuriyetlerden* bahsederken yeni düzenlemenin kamu görevinden bahsetmesidir. Mülki ve askeri memuriyetin kamu görevi kavramı içerisinde dahil olduğu göz önünde tutulduğunda bu değişikliğin eski düzenlemeye göre çok daha kapsamlı bir koruma sağladığı söylenebilir³⁹. Eski ve yeni düzenleme arasındaki bir diğerk farklılık ise 765 sayılı mülga TCK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasında, ilk fıkradaki yaptırım yanında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasının da hükmedile-

³¹ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyula Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 142, 580, 601; ÇINAR, s. 352.

³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 115.

³³ RİBEYRE, kn. 82; Fr. Yargıtayı, CD, T. 20.05.2009, No. 08-80.677.

³⁴ TAŞDEMİR, s. 3065

³⁵ LACROIX, kn. 88-90.

³⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1165.

³⁷ EVİK, s. 344; ERMAN / ÖZEK, s. 272.

³⁸ EVİK, s. 344-345. Eski kanun döneminde aynı görüşte olan *Erman / Özek* ilkini memuriyeti ifa veya ifaya teşebbüs suçu, ikincisini memuriyete devam suçu olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. ERMAN / ÖZEK, s. 274.

³⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 1067 vd; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1070 vd; EVİK, s. 344; HAFİZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

ceğinin düzenlenmesidir. Yeni düzenlemede her iki fiil aynı fıkra altında düzenlenmekle birlikte eski düzenlemenin ikinci fıkrasındaki yaptırıma da yer verilmemiştir. Zira böyle bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. TCK'nın 53. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi gereği kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak memuriyetten yoksun bırakılır. Yine 53. maddenin 5. fıkrası uyarınca ilk fıkra sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Dolayısıyla 262. madde ve 53. madde hükümleri bir arada okunduğunda terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimse sadece infaz süresince değil infazdan sonra işlemek üzere cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkilerden yasaklanmaktadır.

Fransız ceza hukukunda terk emrine rağmen görevi sürdürme fiili yetki gaspı suçu altında cezalandırılan bir eylem değildir. Fransız Ceza Kanunu'nun 410-1 maddesi ve devamında düzenlenen millete, devlete ve kamu barışına karşı suçlar altında kamu idaresine karşı suçların ayrımı, kamu görevi ifa eden kişiler tarafından işlenenler ve özel kişiler tarafından işlenenler şeklinde yapılmaktadır. Bu bağlamda terk emrine rağmen görevi sürdüren failin eylemi, kamu görevi ifa edenler tarafından işlenen kamu idaresine karşı suçlar başlığı altında m. 432-3 hükmüne göre cezalandırılmaktadır⁴⁰.

Aşağıda sırasıyla TCK 262. maddede düzenlenen iki seçimlik hareket incelenecektir.

b. Bir Kamu Görevini, Kanun ve Nizamlara Aykırı Olarak Yerine Getirmeye Teşebbüs Etme

aa. Teşebbüs Suçu

765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak 5237 sayılı TCK bu suça vücut veren ilk seçimlik harekette yalnızca “teşebbüs” etmekten bahsetmektedir. Oysaki 765 sayılı TCK'nın 252. maddesi ifa veya ifaya teşebbüsten bahsetmekteydi. Bu bağlamda her iki düzenlemenin de suçun oluşumu için teşebbüs aşamasına ulaşılmasının yeterli olması sebebiyle teşebbüs suçu düzenlemesi olduğunu belirtmek gerekir. TCK'nın 262, 272, 288, 309, 310, 312 ve 333. maddelerinde düzenlenen suçlar teşebbüs suçlarıdır. Teşebbüs suçları bir suçun tamamlanması için eylemin teşebbüs aşamasında kalmış olmasının yeterli olduğu ve bu aşamaya vardiktan sonra kanunda belirtilen ceza ile cezalandırılıp ayrıca teşebbüs indiriminin uygulanmayacağı suçlardır⁴¹.

Yürürlükteki düzenlemede yalnızca teşebbüsten bahsedilmesi iki gerekçe ile açıklanmaktadır. İlki kanun koyucunun korunan hukuki değere verdiği önem sebebiyle eyleme teşebbüs edilmesini, suçun tamamlanması kadar zararlı ve korunan hukuki değeri ihlal eder nitelikte görmesindendir⁴². Bu bağlamda kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesine teşebbüs edilmesi kanun koyucu nazarında kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinin tamamlanması kadar devlet otoritesini zaafa uğraticı ve kamu idaresine olan güveni sarsıcı niteliktedir. Yani kişi kamu görevini üstlenmeyi, teşebbüs hükümlerine uygun olarak icra hareketleri aşamasına vardırırsa eylem tamamlanamamış dahi olsa tamamlanmış gibi cezalandırılacaktır ve teşebbüs indirimi uygulanmayacaktır.

İkinci gerekçe ise failin bu seçimlik hareketi gerçekleştirerek bir kamu görevini ifa edemeyeceği, gerçekleştirdiği işlemlerin hukuken yok hükmünde olduğu ve dolayısıyla tamamlanmış bir kamu görevinden değil usulsüzce yerine getirilmeye kalkışılmış bir kamu görevinden bahsedilebileceği, kanunun bu itibarla teşebbüs ifadesini kullandığıdır⁴³. Bu ikinci gerekçeye katılmadığımızı, zira bu gerekçenin teşebbüs kurumunun teorisi ile de bağdaşmadığını belirtelim. Failin gerçekleştirip tamamladığı eylemlerin bir kamu görevi niteliğinde olmadığı savından yola çıkılıyorsa eylemin icra hareketleri

⁴⁰ Ayrıntılı inceleme için bkz. RIBEYRE, kn.31.

⁴¹ ÖZEK, Çetin: “Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 118; SO-YASLAN, Doğan: *Teşebbüs Suçu*, Kazancı, İstanbul 1994, 195 vd.

⁴² ÖZEK, s. 105 vd.

⁴³ TAŞDEMİR, s. 3067.

bakımından da aynısının söylenmesi zorunludur. Keza fiil elverişli değil ise ne tamamlanmış hali ne de icra hareketleri aşamasında kalmış hali elverişlidir. Elverişliliğin sadece suçun tek bir unsuru bakımından değil girişilen faaliyetin tümü, hareket ve mevcut diğer şartlar bakımından değerlendirilmesi zorunludur⁴⁴. Bu bakımdan failin suçu tamamlayarak bir kamu görevini yerine getiremeyeceği ama icra hareketleri aşamasına vararak teşebbüs edebileceğini söylemek tutarsızdır.

Teşebbüs suçlarının tamamlanması da mümkündür. Suçun teşebbüs aşamasında kalmış hali ile tamamlanmış halinin cezası bakımından bir farklılık yoktur⁴⁵. Hâkim suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını dikkate alarak tamamlanmış halini teşebbüs aşamasında kalmış haline göre üst sınıra daha yakın bir ceza ile cezalandırabilir (TCK m. 61/1).

Yargıtayın istikrar kazanmış kararlarında kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıttığının bu suçu oluşturmayacağı içtihat eylemektedir⁴⁶. Kanaatimizce Yargıtayın bu içtihadı yerindedir ve teşebbüse ilişkin genel teori ile de uyum içerisindedir⁴⁷. Keza kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıttığı başlı başına kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamında icra hareketi olarak kabul edilemez⁴⁸. Kişinin ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamına gelecek hareketlerin icrasına da başlamış olması gerekir⁴⁹.

bb. Kanun ve Nizamlara Aykırılık

TCK 262. madde, başlığında kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinden bahsederken madde metni, kanun ve nizamla aykırı yerine getirilmesinden bahsetmektedir. Her iki ifade de aslında o kamu görevini düzenleyen yazılı hukuk kurallarına aykırı surette kamu görevinin yerine getirilmesine teşebbüs edilmesini ima etmektedir. Burada hususan nizam ile anlaşılması gereken idare hukukuna kaynaklık eden yazılı hukuk kurallarıdır⁵⁰. Bu çerçevede failin kamu görevini sadece şekli anlamda kanunlara değil o kamu görevini düzenleyen yazılı hukuk kurallarına aykırı olarak üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca failin o kamu hizmetine ilişkin yazılı hukuk kurallarına ne tür bir aykırılık ile kamu görevini üstlenmesinin bu suça vücut vereceği de madde metninden anlaşılamamaktadır. Madde metni kamu görevini yerine getiren kişinin usulen bu görevi yerine getirmeye yetkili olmadığı yönünde olduğundan meselenin idari işlemlerin yetki unsuru çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

İdare hukuku çerçevesinde yetki sakatlıkları pek çok farklı türde ortaya çıkabilir. Yetki gaspı, yetki tecavüzü, fonksiyon gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü şeklinde kişinin yetkili olmadığı bir kamu görevini yerine getirmesi durumunda işlem yetki yönünden sakattır⁵¹. İdarenin görev alanına giren bir konuda idareye tamamen yabancı bir özel hukuk kişinin işlem tesis etmesi *yetki gaspı*dır. İdareye ait bir yetkinin, idare adına irade açıklamaya yetkili fakat o işlemi yapmaya yetkili olmayan bir kişi tarafından kullanılması hali *yetki tecavüzü*dür. Yasama ya da yargı organının yetkisi içerisindeki bir konuda idari makam ya da kamu görevlisinin işlem tesis etmesi *fonksiyon gaspı*dır. İdarenin görev alanına giren bir konuda, idare adına irade açıklama yetkisine sahip bir kişinin, idari iş bölümü esaslarına açıkça aykırı bir şekilde, herkesçe bilinen ve bilindiği varsayılan biçimde başka bir idari birimin alanına giren konuda işlem tesis etmesi *ağır ve bariz yetki tecavüzü*dür⁵².

⁴⁴ ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 61-62.

⁴⁵ EVİK, s. 358; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 109.

⁴⁶ Bkz. Yargıtay, 14. CD, T. 26.06.2018, E. 2015/3085, K. 2018/4621; Yargıtay, 11. CD, T. 19.06.2017, E. 2015/6295, K. 2017/4726.

⁴⁷ “Sağın sağlık ocağına gelerek, kendisinin yeni atanan hekim olduğunu söylemesine karşın görevinin verdiği yetkiyi kullanmaya kalkışmadan kendisinden şüphe edilmesi üzerine hekim olmadığını söyleyerek gerçeği açıklamasından ibaret eyleminde, kamu görevini üstlenmeye teşebbüs suçunun öğelerinin oluşmadığı...” Yargıtay, 4. CD, T. 10.06.2009, E. 2007/12754, K. 2009/11628.

⁴⁸ Aynı yönde ARSLAN / AZİGAĞAOĞLU, s. 1066; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 108; ERMAN / ÖZEK, s. 274; ÖNDER, s. 233.

⁴⁹ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3067.

⁵⁰ TAŞDEMİR, s. 3069.

⁵¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 413.

⁵² İdari işlemlerde yetki sakatlıklarının tüm bu türlerine dair ayrıntılı açıklama için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA s. 413-419.

TCK 262. maddede düzenlenen suç bakımından kanun koyucu madde metninde yetki sakatlığının türü ve derecesine dair bir kısıtlamaya gitmemiştir. Tipik olarak failin kamu görevini usulsüz olarak üstlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu manada hiçbir ayırım yapılmaz ise yukarıdaki yetki sakatlıklarının tümünün varlığı halinde bu suçun oluştuğu düşünülebilir. Bu durumda idari işlemin yetki yönünden sakat bulunup iptal edildiği her durumda TCK 262. madde çerçevesinde de bir soruşturma ve kovuşturmanın yapılması zorunluluğu ortaya çıkar ki bu durum soruşturma ve kovuşturma mercilerine gereksiz bir yük yüklemek yanında ceza hukukunun prensipleri ile de bağdaşmaz. Keza ceza hukukun son çare olma ilkesi (*ultima ratio*) çerçevesinde idari yargılama hukuku çerçevesinde bir idari işlemdeki sakatlık hukuk düzeninden kaldırılarak kamu düzeni sağlanıyorsa ceza hukuku devreye girmemelidir⁵³.

Doktrinde bu seçimlik harekete hangi yetki sakatlığı türlerinin vücut vereceği belirlenirken işlemin yokluk ile malul olup olmadığı esas alınmaktadır. Bu durumda *yetki gaspı*, *fonksiyon gaspı* ve *ağır ve bariz yetki tecavüzü* hallerinde idari işlem yok hükmünde olduğundan ve beraberine failin suça ilişkin kastının tespiti kolay olduğundan bu hallerde fail, idare adına irade açıklamaya yetkili bir kişi olsun ya da olmasın suç oluşacaktır⁵⁴. Buna göre örneğin polis memuru, olmayan bir arama kararına ya da yoklukla malul bir arama kararına dayanarak ve bunu da bilerek arama işlemi gerçekleştirir ise kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu işlemiş olacaktır⁵⁵. *Yetki tecavüzü* halinde ise işlem yok hükmünde olmayıp idari işlemin iptali gerekir⁵⁶. Bu durumda kamu görevlisi olan kişi konu, zaman ve yer bakımından yetkisini aşarak idari işlem tesis etmektedir. Bu durumda idari işlemin iptali gerekse de fail kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu işlemiş değildir⁵⁷. Ayrıca bu kişinin suça ilişkin kastının ortaya çıkarılması da güçtür⁵⁸. Failin fiile ilişkin kastı tespit edilse dahi yetki tecavüzü halinde failin işlediği suç kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi değil unsurları oluşmuşsa görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçudur⁵⁹.

Kanaatimizce hangi tür yetki sakatlığının ilk seçimlik harekete vücut vereceğine dair bir belirleme yaparken esas alınması gereken idari işlemdeki yetki sakatlığının derecesi yahut bir başka anlatımla yokluk ile malul olup olmaması değil, sakatlığın kişi bakımından yetki sakatlığı olup olmadığıdır. Yukarıda yer verilen yetki sakatlıklarından *yetki tecavüzü*, *fonksiyon gaspı* ve *ağır ve bariz yetki tecavüzü* halleri konu bakımından yetki sakatlığıdır. *Yetki gaspı* şeklindeki sakatlık ise kişi bakımından yetki sakatlığıdır. Kanaatimizce TCK 262. maddede düzenlenen suçun ilk seçimlik hareketi, yalnızca yetki gaspı anlamına gelecek şekilde idareye tamamen yabancı bir özel hukuk kişinin, idare adına irade açıklaması yapmaya yetkili kişi tarafından tesis edilecek bir işlemi yapmaya teşebbüs etmesi halinde söz konusu olabilir⁶⁰.

cc. Kamu Görevlilerinin Yetkisindeki İşlemleri Gerçekleştirmeye Teşebbüs Etme

Yargıtay bizce de isabetli olarak failin ancak kamu görevlilerinin yetkisinde olan fiilleri gerçekleştirmeye teşebbüs etmesi halinde suçun oluşacağını içtihat eylemektedir. Kişinin kendisini kamu görevlisi olarak tanıttıktan sonra herkesçe gerçekleştirilebilecek eylemleri gerçekleştirmesi kamu görevinin usul-

⁵³ "... her beğenilmeyen davranışın suç olarak tanımlanmaması gerekir. Cezanın, suçla mücadelede etkin ve verimli kullanılabilmesi aynı zamanda maliyet hesabının yapılmasını zorunlu kılar." TAŞKIN, Ozan Ercan: "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 66.

⁵⁴ TAŞDEMİR, s. 3070 vd.

⁵⁵ ERMAN / ÖZEK, s. 272; EVİK, s. 347.

⁵⁶ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 411, 414.

⁵⁷ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8797-8798.

⁵⁸ TAŞDEMİR, s. 3070.

⁵⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 109.

⁶⁰ Aksi yönde GÖZÜBÜYÜK, s. 205; EVİK, s. 347; ARTUK / GÖKCAN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1117; GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8797. "... Bu suç bakımından failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği kamu görevini yapmaya yetkili ve görevli bulunmayan bir kamu görevlisi olması gerekir..." Yargıtay, 14. CD, T. 02.04.2018, E. 2015/2478, K. 2018/2399.

süz olarak üstlenilmesi suçunu oluşturmaz⁶¹. Söz gelimi kişinin kendisini memur olarak tanıtarak ev sahibi nezdinde güven tesis etmek suretiyle bir daireyi kiralaması halinde suç oluşmaz. Zira daireyi kiralamak ilgili kamu görevi ile alakalı bir işlem olmayıp herkesçe gerçekleştirilebilir bir eylemdir. Beraberinde Yargıtay kişinin usulsüz olarak üstlendiği kamu görevinin yetkisinde olmayan işlemleri gerçekleştirmesinin de bu suça vücut vermeyeceğini içtihat eylemektedir⁶². Yargıtayın bu içtihadının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Bu suç ile korunan hukuki değer kamu idaresine ve kamu görevlilerine duyulan güvendir. Failin sadece kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir bir görevi üstlenmesi halinde bu eylem üstlenilen kamu görevinin yetkisinde olmasa dahi suç oluşur. Zira gerçekleştirilen eylemin ilgili kamu görevinin yetkisi dahilinde olmadığı şayet bariz bir şekilde anlaşılıyorsa ortalama bir vatandaş tarafından bu bilinemez. Bu yetkisinin bulunduğu savı ile kamu idaresine duyduğu güvenden ötürü mağdur eyleme müsaade eder, katlanır. Bu sebeple sadece kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilen ve ilgili kamu görevinin yetkisi dahilinde olmadığı açıkça anlaşılamayan davranışlara teşebbüs edilmesi halinde de bu seçimlik hareketin gerçekleştirildiği kabul edilmelidir⁶³.

Fransız Ceza Kanunu'nun yetki gaspını düzenleyen 433-12 ve 433-13 maddeleri bu başlık altında incelediğimiz ilk seçimlik harekete muadil sayılabilecek fiilleri suç haline getirmektedir. Yalnız 433-12 maddesi TCK'dan farklı olarak failin kamu görevine müdahale etmesini (*immixtion*) de suç oluşturan fiillerden birisi olarak saymaktadır. Bu manada failin ifa edilmekte olan bir kamu görevine yalnızca bu yetkiye sahip kişilerin gerçekleştirebileceği eylemlerle müdahil olması da cezalandırılmaktadır. Bunun için failin olumlu (*positif*) eylemler gerçekleştirmesi ve davranışlarının başkalarını kamu görevlisi olduğu konusunda aldatmaya elverişli olması gerekmektedir⁶⁴. TCK'da ifa edilmekte olan bir kamu görevine failin kamu görevlisiymiş gibi karışması ve sadece yetki sahibi kişilerin gerçekleştirebileceği eylemleri gerçekleştirmesi zikredilmiyor ise de kanaatimizce 262. maddenin mevcut düzenlemesi bu fiili de kapsamaktadır.

İlk seçimlik hareket icrai hareket özelliği taşımaktadır⁶⁵. Doktrinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun her iki seçimlik hareketinin mütemadi suç özelliği taşıdığını savunan yazarlar⁶⁶ olduğu gibi bu başlık altında incelediğimiz ilk hareketin bazı olaylarda ani hareket, bazı olaylarda mütemadi hareket özelliği taşıdığı; ikinci seçimlik hareketin ise mütemadi hareket özelliği taşıdığı görüşünde olan yazarlar⁶⁷ vardır. Kanaatimizce de bu ilk seçimlik hareket, usulsüz olarak üstlenilen kamu görevinin niteliği gereği mütemadi hareket özelliği taşıyabilir. Örneğin failin sadece kolluk kuvvetlerinin yerine getirebileceği yakalama işlemini yapması halinde durum böyledir. Ne var ki failin mütemadi nitelikteki harekete yönelik kastı var olduktan sonra bu harekete teşebbüs etmesi, bu suç bakımından cezalandırmaya kâfi olduğundan bu tartışmanın hareket bahsi açısından pek bir önemi yoktur. Hareketin mütemadi olup olmaması aşağıda görüleceği üzere içtima bahsi bakımından önem arz etmektedir.

⁶¹ Örnek olayda fail kendisini Adalet Bakanlığı başmüfettişi olarak tanıttıktan sonra çeşitli mercilerde bulunan dosyalar hakkında bilgi almıştır. Yargıtay anılan gerekçeyle suçun oluşmadığına karar vermiştir. Yargıtay, 9. CD, T. 14.10.2014, E. 2014/5227, K. 2014/10114; “Sanığın, daha ucuza televizyon alabilme umuduyla Adana Mısır Çarşısı esnafından bazı kişilere polis olduğunu söylemesinden ibaret eylemin, üstlenilen kamu görevi ile ilgili bir eylem veya işlemde bulunmamış olması karşısında, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunu oluşturmayaacağı gözetilmeden beraat yerine mahkumiyet kararı verilmesi...” Yargıtay, 4. CD, T. 08.06.2015, E. 2015/7076, K. 2015/30705.

⁶² Örnek olarak Yargıtay, 11. CD, T. 14.06.2013, E. 2012/1112, K. 2013/10139: “Emniyet Müdürlüğü Aşayış Şube Müdürlüğüne giderek kendisini Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tanıtıp, buna dair kimlik gösterdiği, kardeşini darp eden kişiler olarak düşündüğü iki kişinin ismini vererek bunların ifadelerini almak ve bu konuda kendisine yardımcı olunmasını istediği somut olayda, Yargıtay Cumhuriyet Savcısının devam eden bir soruşturma nedeniyle kişilerin ifadelerini alma yetkisinin bulunmadığı, dolayısıyla üstlenilen memuriyete ait bir görevin yapılmaya kalkışılmadığı anlaşıldığından, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”.

⁶³ Aksi yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8799; TAŞDEMİR, s. 3073; EVİK, s. 354; ERMAN / ÖZEK, s. 275.

⁶⁴ RİBEYRE, kn. 39.

⁶⁵ EVİK, s. 352; ERMAN / ÖZEK, s. 276; ÖNDER, s. 233.

⁶⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1168; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2660.

⁶⁷ EVİK, s. 352; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

c. Terk Emri Kendisine Bildirilmiş Olduğu Halde Görevi Sürdürme

aa. Genel Olarak

TCK 262. maddede düzenlenen bir diğer seçimlik hareket, terk emri kendisine bildirildiği halde görevi sürdürmedir. Bu halde fail öncesinde kamu görevini ve bu görevden doğan yetkileri usule uygun bir biçimde yerine getirirken pek çok farklı sebeple görevden el çektirilmekte, bu durum kendisine bildirilmekte ve fail buna rağmen görevle bağlantılı işlemleri yerine getirmeye devam etmektedir.

765 sayılı TCK'nın 252. maddesi terk ve tatil emrinden bahsederken yürürlükteki düzenleme yalnızca terk emrinden bahsetmektedir. Tatil emri de izne ayrılmak anlamına gelmeyip görevin geçici olarak terk edilmesi anlamına geldiğinden eski düzenlemedeki tatil emri ifadesinin gereksiz olduğu düşünülmektedir⁶⁸. Kanaatimizce de suçun oluşumu için failin görevden el çektirilmesinin kendisine bildirilmesi mecburiyeti olduğundan failin hastalık izni, mazeret izni, doğum izni, yıllık izin gibi haklarını kullanarak izne ayrılması halinde ve görevinden kaynaklı yetkilerini kullanması halinde bu suç oluşmayacaktır. Bu bağlamda 5237 sayılı TCK'nın yalnızca, sürekli veya geçici bir şekilde görevden el çektirilmesini kapsayan terk emrini kullanması ve bizce de gereksiz bir ifade olan tatil emrine yer vermemesi yerinde olmuştur. Failin görevden el çektirilmesinin sürekli ya da geçici olması önem taşımamaktadır⁶⁹.

bb. Terk Emrinin Bildirilmesi

Suçun ikinci seçimlik hareketi çerçevesinde failin görevden el çektirilmesinin kendisine bildirilmiş olması zaruridir. Bu sebeple terk emri henüz kendisine bildirilmemiş failin vaziyetten haberdar olsa dahi görevine devam etmesi halinde suç oluşmayacaktır. Kamu görevlisine bildirimin yapıldığının kabulü, resmi yazışma veya bildirim usulüne uygun bir şekilde emrin kendisine iletilmesi ile mümkündür. Fransız Ceza Kanunu'nun muadil 432-3 maddesi, resmen bilgilendirilmiş olan (*ayant été officiellement informée*) diyerek bu bilgilendirmenin resmi usullerle yapılmış olmasını şart koşmaktadır. Bu bakımdan terk emrinin ilgili kamu görevlisine Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'e⁷⁰ uygun bir şekilde bildirilmesi yahut seçimle üstlenilen bir görev ise yenilenen seçimlerin sonuçlarının resmen ilan edilmesi⁷¹, bir mahkeme kararına dayanıyor ise hükmün resmi tebligat usulü ile ilgilisine tebliğ edilmesi zorunludur. Resmi usullere aykırı bir şekilde örneğin telefonla, SMS ile terk emrinin bildirilmesi halinde failin görevine devam etmesi bu seçimlik harekete vücut vermeyecektir⁷².

Terk emri bir idari işleme dayalı olduğu için bu idari işlemin de idare hukuku bakımından sakatlık taşımaması gerekmektedir. Aksi takdirde terk emri işlemi hukuka aykırı olacaktır ve hukuka aykırı terk emrine uymamak bu suça vücut vermeyecektir⁷³. İdari işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar verilir ve iptal edilir ise idari işlem geçmişe etkili olarak yürürlükten kalkar. Bu durumda idari işlem hiç yapılmamış kabul edilir ve idari işlemin tesisinden önceki duruma dönülür⁷⁴. Bu bağlamda terk emrine iptal edilmeden önce işlem yürürlükteyken uymamak, işlem hukuka aykırı bulunup iptal edilmiş ise suç oluşturmayacaktır. Yine terk emrine dair bir yürütmeyi durdurma kararı söz konusu ise terk emrine uyulmaması bu suça vücut vermemektedir⁷⁵.

Terk emri anlamındaki idari işlemdeki sakatlığın yaptırımı yokluk ise karar hiçbir sonuç doğurmaz, hiçbir kişinin ve kamu görevlisinin bu karara uyma yükümlülüğü yoktur ve buna uymayan kişi aleyhine hiçbir idari ve cezai soruşturma yapılamaz. Yokluğun neticesi bir başka süjenin ilgili işlemin

⁶⁸ TAŞDEMİR, s. 3074.

⁶⁹ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1066.

⁷⁰ 10.06.2020 tarihli ve 31151 sayılı Resmî Gazete.

⁷¹ EVİK, s. 355.

⁷² GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8800.

⁷³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110; TAŞDEMİR, s. 3074.

⁷⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 473.

⁷⁵ ERMAN / ÖZEK, s. 275.

yapılmadığını farz ve kabul etmesidir⁷⁶. Bu manada soruşturma ve kovuşturma makamları terk emri anlamındaki idari işlemin yokluğuna ilişkin değerlendirmeyi yapabilirler. Terk emri anlamındaki işlemdaki sakatlığın yaptırımını iptal ise buna ancak idari yargılama mercileri karar verebileceği için bu seçimlik hareketten kaynaklı bir kovuşturmada, ilgili idari işlemin iptaline dair bir yargılama idari yargılama mercilerinde yürütülüyor ise ceza mahkemesinin ilgili yargılamayı bekletici mesele yapması gerekmektedir. Zira ceza yargılamasının görülmesi, ceza mahkemesinin yetkisinin dışında kalan bir idari uyuşmazlığın çözümüne bağlıdır⁷⁷.

cc. Görevin Sürdürülmesi

Failin terk emri kendisine bildirildikten sonra, öncesinde yetkisi dahilinde olan işlemleri yapması halinde bu seçimlik hareket gerçekleşir. Bu bağlamda bu seçimlik hareketin icrai nitelikte olduğunu belirtmek gerekir⁷⁸. Failin kamu görevinden dolayı zimmetinde bulunan eşyayı terk emrine rağmen uhdesinde bulundurmaya sürdürmesi şeklindeki ihmali hareket bu suçu oluşturmaz⁷⁹. Doktrinde bu seçimlik hareketin mütemadi hareket olduğu ifade edilmekteyse⁸⁰ de kanaatimizce hareket, terk emrine karşın failin ifa ettiği işlemin niteliğine göre ani ya da mütemadi olabilir. Zira burada kanunun sürdürme ile kastettiği hareket değil terk emrinden önceki kamu görevidir. Fail bir evrakın altına imza atmak şeklindeki ani nitelikte bir hareketi gerçekleştirerek de terk emrine rağmen kamu görevini sürdürmüş olabilir.

Failin terk emri kendisine bildirildikten sonra öncesinde göreviyle bağlantılı olarak yetkisi dahilinde olan işlemleri gerçekleştirmeyip vazifesine devam ediyor görüntüsü vermesi bu suçu oluşturmaz⁸¹. Örneğin kişi görevden el çektirilmesine rağmen yine de devlet dairesine gelmeyi sürdürmesi, öncesinde yetkisi dahilinde olan işleri yapmayıp diğer kamu görevlilerine herkesin yapabileceği işlerde yardımcı olması halinde suç oluşmayacaktır. Lakin ilgili kamu görevi resmi elbise giymeyi gerektiriyor ve terk emri kendisine bildirilen kişi bu resmi elbiseyi alenen ve başkalarını aldatacak şekilde giymeyi sürdürerek tüm bunları yapıyorsa diğer unsurların da varlığı halinde TCK 264. maddede düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçu oluşacaktır.

Yukarıda ifade edildiği gibi Fransız Ceza Kanunu'nda da benzer fiil ayrı bir suç olarak 432-3 maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre kamu otoritesi gücüne sahip kişi yahut kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişi veya seçilerek elde edilen yetkilere sahip kişi, görevinin bittiğine dair durum ya da karar kendisine resmen bildirildiği halde göreve devam ederse hukuka aykırı olarak görevi sürdürme (*maintenir sans droit dans une fonction*) suçundan sorumlu olur⁸². TCK'dan farklı olarak görevin bitişi çok daha anlaşılır bir şekilde formüle edilmiştir. TCK'nın kullandığı terk emri, zihinde uyandırdığı anlam gereği kamu görevlisinin olumsuz sebeplerden dolayı görevden el çektirildiği izlenimi yaratmaktadır. Oysaki kişi üst bir makama terfi etmiş, tercih edilen bir yere tayin edilmiş yahut emekli olmuş olabilir. Tüm bunlara ilişkin işlemler, ilgili kamu görevlisine çeşitli yöntemlerle resmen bildirilir⁸³. Dolayısıyla görevi sona erdiren karar veya durumun resmen bildirilmesi şeklinde Fransız Ceza Kanunu'nun tercih ettiği ifade, TCK'nın tercih ettiği terk emrinin bildirilmesi ifadesine göre çok daha anlaşılır ve kapsayıcıdır.

⁷⁶ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 147.

⁷⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 168.

⁷⁸ ERMAN / ÖZEK, s. 276; EVİK, s. 356; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110; ÖNDER, s. 233.

⁷⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1167;

⁸⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1119; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2660; EVİK, s. 356; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 110.

⁸¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1167; EVİK, s. 355; ERMAN / ÖZEK, s. 276.

⁸² Bkz. RIBEYRE, kn. 31.

⁸³ EVİK, s. 354

3. Fail

Suçun ilk seçimlik hareketi herkes tarafından işlenebilir. Kanun ilk seçimlik harekete ilişkin düzenlemede “*bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden*” demek suretiyle faile ilişkin özel bir nitelendirme yapmamaktadır. Haliyle fail, kamu görevlisi olsun ya da olmasın herkes olabilir⁸⁴.

Failin kamu görevlisi olması hali ayrıca değerlendirilmelidir. Yukarıda fiil bahsi altında değindiğimiz üzere, idari işlemlerdeki yetki sakatlıklarının tamamı bakımından bu suç oluşmamaktadır. Doktrinde savunulduğu haliyle yokluk ile malul olan yetki yönünden sakatlıklar bu suça vücut verir. Bu görüş uyarınca, kamu görevlisinin yetki tecavüzü halinde bu suç oluşmayıp, kamu görevlisinin *fonksiyon gaspı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü* halinde kamu görevlisi bu suçu işlemiş sayılmaktadır. Bizim görüşümüze göre ise kamu görevlisinin konu bakımından yetkisine girmeyen bir işlemi kendi ismi, imzası ve ünvanı ile yaptırımı ister iptal ister yokluk olsun gerçekleştirmesi halinde bu suç oluşmaz. Lakin kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisi görüntüsü vererek örneğin polisin kendisini savcı olarak tanıtarak görevi usulsüzce üstlenmeye teşebbüs etmesi halinde bu suç oluşur.

TCK 262. maddede düzenlenen ikinci seçimlik hareketin faili ise ancak terk emri kendisine bildirilmiş olan kişi olabilir⁸⁵. Bu kişi geçici süreyle görevden el çektirilmiş kamu görevlisi olabileceği gibi kalıcı olarak görevden el çektirilmiş ve fiili işlediği sırada kamu görevlisi olmadığı için kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyecek kişi de olabilir. İkinci seçimlik harekete ilişkin düzenleme bir özgü suç düzenlemesidir.

Suçun ilk seçimlik hareketinin herkes tarafından işlenmesinden bahisle suçun müsterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde işlenmesi mümkündür. İkinci seçimlik hareket bir özgü suç düzenlemesi olduğundan ancak özgü fail niteliğini haiz kişiler suçun müsterek faili ya da dolaylı faili⁸⁶ olabilirler. Özgü fail niteliğini taşımayan kişiler ise ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak edebilirler (TCK m. 40/2).

B. Manevi Unsur

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ancak kast ile işlenebilir. Suçun taksirli hali düzenlenmemiştir. Yine failin suçu işlemekteki amaç veya saikinin bir önemi bulunmamaktadır⁸⁷. İlk seçimlik hareket yönünden suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği, olası kast ile işlenen suçlara teşebbüsün kabul edilip edilmemesine göre değişmektedir.

İlk seçimlik hareket bir teşebbüs suçu düzenlemesi olduğu için kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye yönelik icra hareketlerinin yarıda kalması halinde bir görüşe göre olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs edilemeyeceğinden⁸⁸ ötürü suç ancak doğrudan kast ile işlenebilir⁸⁹. Keza olası kast netice ile belirlenir. İcra hareketlerinin yarıda kaldığı yahut neticenin gerçekleşmediği hallerde faili olası neticelerden sorumlu tutmak, cezalandırılabilirliğin alanını katlanılamaz şekilde genişletir⁹⁰. Fai-

⁸⁴ Doktrinde failin görevi askerlik olmayan herkes olacağı görüşü de ifade edilmektedir. Zira görevi askerlik olan kişi bakımından TCK 317’de düzenlenen suç gündeme gelmektedir. Bkz. EVİK, s. 346. Kanaatimizce TCK 317’de düzenlenen Askeri komutanlıkların gasbı suçu ile bu suçun örtüştüğü tek nokta maddede sayılan yerlerin askeri komutanlığının alınması ile sayılan yerlerin komutanlığının terk emrine rağmen sürdürülmesi şeklindeki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesidir. Bunun dışındaki askeri nitelikteki kamu görevlerinin usulsüz olarak üstlenilmesi halinde asker kişiler bakımından da inceleme konumuz olan suçun oluşması mümkündür.

⁸⁵ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1065.

⁸⁶ Özgü suçlarda dolaylı faillığe ve iştirake ilişkin değerlendirmeler için bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay: *Özgü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 257 vd.

⁸⁷ ÖNDER, s. 237; ERMAN / ÖZEK, s. 277; EVİK, s. 360. Fransız ceza hukukunda başkalarını kamu görevlisi olduğu konusunda aldatma amacının varlığına ilişkin değerlendirme için bkz. RIBEYRE, kn. 45.

⁸⁸ DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, kn. 931; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 423

⁸⁹ TAŞDEMİR, s. 3076.

⁹⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 183.

lin kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye matuf icra hareketlerini tamamlaması halinde ise failin olası kast ile ilk seçimlik hareketi işlenmesi mümkündür. Bir diğer görüşe göre olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs mümkündür⁹¹. Bu görüşün dayanağı, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında manevi unsur yönünden bir farkın olmayışıdır. İcrasına olası kast ile başlanan suçun yarıda kalması halinde fail ile fiil arasındaki manevi bağın ortadan kalktığını söylemenin bir dayanağı yoktur⁹². Bu görüş kabul edilirse icrasına olası kast ile başlanan kamu görevinin usulsüz olarak yerine getirilmesi fiilinin tamamlanamaması halinde fail suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Yalnızca TCK m. 21/2 gereği cezasında olası kast indirimine gidilecektir. Kanaatimizce de cezalandırılabilir alandaki yani icra hareketleri aşamasına geçmiş bir fiilin yarıda kalmış hali ile tamamlanmış hali arasında manevi unsur yönünden bir farklılık yoktur. Suçun tamamlanmamış olmasından kaynaklı olarak olası kastın varlığının tespitindeki güçlük bir maddi ceza hukuku meselesi değil ispata dair bir ceza muhakemesi meselesidir. Ceza muhakemesi yönünden olası kastın varlığının belirlenmesindeki güçlük olası kastın teorik olarak varlığını imkânsız kılmamaktadır.

Suçun ikinci seçimlik hareketinin ise olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Zira kanun bu suçun işlenebilmesi için terk emrinin kişiye bildirilmesini yani failin emre muttali olmasını bir unsur olarak aramaktadır. Fail bu seçimlik hareketi ancak yetkisi dahilinde olan bir görevi daha fazla sürdüremeyeceği bilgisine sahip ise işleyebilir. Dolayısıyla ikinci seçimlik hareketin olası kast ile işlenmesi söz konusu olmayıp ancak doğrudan kast ile işlenebilir⁹³.

C. Hukuka Aykırılık

Suçun ilk seçimlik hareketinin kanun ve nizama aykırı olarak kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etme şeklinde düzenlenmiş olmasından dolayı ilk hareket bakımından TCK m. 24 muvacehesince kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin hukuka uygun emrini ifa, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkamaz. Keza kanunun hükmünü yerine getirerek veya amirin hukuka uygun emrini ifa ederek kamu görevini yerine getiren kişi, bunu hukuka ve nizama aykırı değil tam tersi uygun olarak yerine getireceğinden suçun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Beraberinde hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri de bu seçimlik hareket ile bağdaşan hukuka uygunluk nedenleri değildir.

İkinci seçimlik hareket bakımından faile bir terk emri bildirildikten sonra, üst merciin görevine devam etmesi yönünde hukuka uygun bir emir vermesi halinde failin göreve devam etmesi, TCK m. 24 muvacehesince amirin hukuka uygun emrini ifa anlamına geleceğinden hukuka uygun olacaktır⁹⁴.

Özel olarak değinilmesi gereken hukuka uygunluk nedeni, idare hukukundan doğan, idari işlemde yetki konusunda özel bir durum olan fiili ajanlıktır⁹⁵. Fiili ajanlık olağanüstü durumlarda kamu görevlisi olmayan kişilerin zorunlu olarak görülmesi gereken kamu hizmetlerini üstlenmesi (zaruret kuramı) halinde idari istikrar ve hukuki güven ilkeleri çerçevesinde bu işlemlerin geçerli kabul edilmesidir⁹⁶. Yine olağan dönemde hukuken geçerli olmayan bir atama, seçim, sözleşme ile görev yapan kişilerin (görünüşte memur kuramı) yaptıkları idari işlemler de idari nitelikte geçerli işlemlerdir⁹⁷.

⁹¹ SÖZÜER Adem: *Suçta Teşebbüs*, Kazancı, İstanbul, 1994, s. 165; OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 190.

⁹² SÖZÜER, s. 165.

⁹³ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3077.

⁹⁴ EVİK, s. 360.

⁹⁵ TAŞDEMİR, s. 3075. “Fiili memur” kavramı da kullanılmakla birlikte yalnızca memurlar bakımından değil memurlar dışındaki kamu görevlilerini de kapsar şekilde fiili ajan kavramının daha doğru olduğu ifade edilmektedir. Bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

⁹⁶ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

⁹⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412, dn. 236.

Olağan dönemde hukuken geçerli olmayan bir atama, seçim ya da sözleşmeye dayalı olarak fiili ajan teorisinin uygulanabilmesi için görünüşte bir kamu ajanının var olması gerekmektedir. Yani ortada işlemi gerçekleştiren bir görünüşte kamu görevlisi olmakta fakat bu kişinin yetkili olduğu zannedilen işlem ile arasındaki bağ hukuken sağlıklı bir şekilde kurulamamaktadır⁹⁸. Lakin bu işlemin idare hukuku adına hukuka uygun geçerli bir işlem olarak kabul edilebilmesi için fiili ajanın o yetkiyi kullanabileceğine dair dışsal işaretler bulunmalıdır⁹⁹. Bu dışsal işaretler hukuki ve maddi olabilirler. Örneğin kişinin belediye başkanı seçildiğine dair sonuçların ilan edilmesi yahut kişinin göreve atandığına dair bir kararın yayımlanmış olması gibi hukuki dışsal işaretler yanında kişinin göreve başlaması, mesai saatleri içerisinde görevi yerine getirmeyi sürdürmesi gibi maddi dışsal işaretler de söz konusu olabilir. Seçime ilişkin hukuka aykırılık ya da atamaya ilişkin hukuka aykırılık varsa da bunların hukuka uygun olduğuna dair yeteri dışsal hukuki işaret vardır ve maddi dışsal işaretler ile de bunlar desteklenmektedir. Böylelikle idari işlem olağan durumda görünüşte memur kuramı çerçevesinde fiili ajanlık bağlamında hukuka uygun kabul edilir¹⁰⁰. İdare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilen fiillerin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı kabul edilmesi *hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi* gereği mümkün değildir¹⁰¹. Bu bağlamda idare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilen fiillerin ceza hukuku bakımından da kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu çerçevesinde hukuka uygun addedilmesi *hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesinin* bir gereğidir. Fiili ajan kuramı böylelikle iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarını korumak ve idari işlemlerin sürekliliğini, idari istikrarı ve hukuka olan güveni sağlamak adına idari işlemlerdeki yetkisizliği olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır.

Son olarak meşru savunma kapsamında kişi, haksız bir saldırıyı yalnızca kamu görevlilerinin gerçekleştirebileceği bir eylemi gerçekleştirerek defedebilir. Bu kapsamda fiil, meşru savunma kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun addedilir¹⁰².

III. KUSURLULUK

Kusurluluğu kaldıran ve azaltan sebepler ve mazeret sebeplerinin¹⁰³ tamamı kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu bakımından geçerli olabilir. Kişi örneğin cebir ve tehdit altında bu suçu işleyebilir. Yukarıda hukuka aykırılık bahsi altında incelenen zaruret kuramı kapsamında fiili ajanlık hali dışında¹⁰⁴ zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmişse faile ceza verilmez¹⁰⁵. Kişi gerçekleştirdiği eylemin ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir bir eylem olduğu ve kanun ve nizama aykırı olarak bir kamu görevini üstlendiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise cezalandırılmayacaktır. Tabi bu mazeret sebebinin suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından gerçekleşmesi söz konusu değildir. Yukarıda hukuka aykırılık bahsi altında ifade edildiği üzere meşru savunma bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir. Failin meşru savunma gereği kamu görevi anlamına gelen davranışları usulsüz olarak gerçekleştirirken sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşması durumunda artık meşru savunma söz konusu olamayacak lakin TCK m. 27/2 gereği kendisine ceza verilmeyecektir. Failin özellikle ikinci seçimlik hareket bakımından hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri yerine getirmesi durumunda kendisine ceza verilmeyecektir.

⁹⁸ ULU, Güher: *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 216.

⁹⁹ ÜLKER, Gözde: *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2022, s. 274.

¹⁰⁰ ÜLKER, s. 274, 275.

¹⁰¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 267.

¹⁰² TAŞDEMİR, s. 3075-3076.

¹⁰³ Mazeret sebeplerine dair açıklamalar için bkz. DURSUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 205, dn. 2.

¹⁰⁴ Evik örnek olarak henüz mazbatasını almamış seçilen belediye başkanının yaşanan deprem felaketi nedeniyle belediye başkanlığını fiilen üstlenmesini zorunluluk hali kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. EVİK, s. 361. Kanaatimizce verilen örnek fiili ajanlık halidir ve eylemin hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁵ ÖNDER, s. 235.

Yukarıda sayılan mazeret sebepleri dışında suç haksız tahrik altında işlenebilir. Yine suç geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlenmiş olabilir.

Suçun yaş küçüğü ya da akıl hastası tarafından işlenmesi ise tartışmalıdır. Zira bazı meslekler dışında memuriyete atanma için yaş sınırı 18 yaştır. Belirli meslekler için ise bir meslek veya sanat okulu bitirmek şartıyla en az 15 yaşını dolduranlar, kendi isteği ve velisinin rızasıyla, ergin kılınmaları halinde memur olabilirler [657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 40]. Yine DTK m. 48 gereğince memur olabilmek için görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığının bulunmaması gerekir. Zaten suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından terk emri kendisine bildirilmiş kişinin çocuk olması düşünülemeyeceğinden bu seçimlik hareket bakımından yaş küçüklüğünün kusurluluğu etkileyen hal olarak ortaya çıkması söz konusu olamayacaktır. İlk seçimlik hareket bakımından failin istisnai meslekler için 15, genel itibarıyla 18 yaşından küçük olması yahut memuriyete engel bir akıl hastalığının bulunması halinde suçun işlenemez olduğu ifade edilebilir. Zira çocuk tarafından ya da akıl hastası tarafından gerçekleştirilen eylem şeklen tipe uygun görünse de korunan hukuksal değere bir zarar verme veya tehlike arz etme yeteneğine sahip olmadığından elverişsiz kabul edilmesi gerekir¹⁰⁶. Kanaatimizce de failin çocuk olması ya da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan bir akıl hastası olması halinde bu suçun ilk seçimlik hareketinden sorumluluk ortaya çıkmayacaktır. İşlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan (TCK m. 32/2) kişi bakımından bu suçun işlenmesi halinde cezasında kanunda öngörülen indirimler uygulanacaktır. TCK m. 32/1’de tanımlanan tam akıl hastalığının bu suçta kusurluluğu kaldıran ya da azaltan neden olarak ortaya çıkması yalnızca ikinci seçimlik hareket bakımından söz konusu olabilir. Kişi kamu görevinden herhangi bir sebeple el çektilmiş ve sonrasında akıl hastalığına yakalanmış olabilir yahut görevini devam ettiremeyecek surette akıl hastalığından mustarip olduğu için görevden el çektilmiş olabilir. Bu halde failin terk emri kendisine bildirilmesinden sonra akıl hastalığının etkisi altında görevini sürdürmesi durumunda sorumluluk (TCK m. 32) çerçevesinde belirlenecektir.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Yukarıda fiil başlığı altında ayrıntılı incelendiği üzere suçun ilk seçimlik hareketi bir teşebbüs suçu düzenlemesidir. Dolayısıyla fail, kamu görevini kanun ve nizama aykırı olarak yerine getirmeye yönelik icra hareketlerine başladığı anda maddede belirtilen ceza ile cezalandırılır ve cezasında teşebbüs indirimi yapılmaz¹⁰⁷.

Suçun ikinci seçimlik hareketi bakımından terk emri kendisine bildirilmiş olan failin görevi sürdürmeye yönelik icra hareketlerine başlaması ve icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁰⁸. Örneğin terk emri kendisine bildirilmiş olan bir memurun dairesine gelerek bir işleme başlaması fakat dairedaki diğer memurlar tarafından engellenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır¹⁰⁹.

B. İştirak

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu iştirak bakımından önem arz etmemektedir. İlk seçimlik harekete iştirakin her türlü mümkün. Bu bağlamda ilk seçimlik hareketin dolaylı faillik yahut müşterek faillik şeklinde işlenmesi söz konusu olabileceği gibi azmettirme yahut yardım etme

¹⁰⁶ ALACAKAPTAN, s. 20-21.

¹⁰⁷ Doktrinde suçun ilk seçimlik hareketine teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Keza teşebbüs suçları suçun icra hareketlerine başlanması ile tamamlanan suçlardır. Bkz. ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1067; EVİK, s. 358.

¹⁰⁸ EVİK, s. 359.

¹⁰⁹ EVİK, s. 359.

şeklinde suça iştirak edilmesi de söz konusu olabilir¹¹⁰. Suçun ikinci seçimlik hareketi ise bir özgü suç düzenlemesi olduğu için ancak özgü fail niteliğini haiz olanlar suçun faili olabilirler. Bunlar dışında kalanlar ise suçun ancak azmettirenini yahut yardım edeni olarak suça iştirak edebilirler (TCK m. 40/2).

C. İçtima

TCK 262. maddede düzenlenen suç çoğu durumda başkaca suçların işlenmesi amacıyla işlenebilmektedir. Bu takdirde fail kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu yanında ilgili suçtan gerçek içtima kuralı gereği ayrıca cezalandırılacaktır¹¹¹. Örneğin fail bu suç yanında belgede sahtecilik suçlarını işler ise bu suçla birlikte belgede sahtecilik suçları çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidilir. Yine fail kamu görevini usulsüz olarak üstlenerek bir başkasına ait konuta girerse hem bu suçtan hem de konut dokunulmazlığının ihlali suçundan cezalandırılır.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun dolandırıcılık suçunda hile unsuruna karşılık gelip gelmediği ve bu surette kişinin dolandırıcılık suçu yanında ayrıca TCK 262. maddedeki suç çerçevesinde cezalandırılması tartışmalıdır¹¹². Failin kamu görevini usulsüz olarak üstlenmesi suretiyle muhatabı aldatıp menfaat temin etmesi halinde her iki suçtan da cezalandırılacağı doktrinde savunulmaktadır¹¹³. Kanaatimizce de kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ile dolandırıcılık suçunun birlikte işlenmesi halinde bu suç, dolandırıcılığın unsuru haline gelmemekte ve bileşik suç hükmünün (TCK m. 42) uygulanması gerekmemektedir¹¹⁴. Keza dolandırıcılıkta hile boyutunda davranışlar için TCK m. 262’de aranan fiil unsurunun gerçekleşmesi zorunlu değildir. Kişi kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmeden de hile anlamına gelebilecek davranışları sergileyebilir. Bunun ötesinde fail hileyi kuvvetlendirmek için bir de kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmişse artık gerçek içtima kuralı gereği her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılmalıdır¹¹⁵. Yani fail bu suçun icra hareketlerini yerine getirmek suretiyle bir başkasını aldatarak kendisi ya da bir başkası lehine menfaat sağlar ise hem kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan hem de dolandırıcılık suçundan ayrı ayrı cezalandırılır. Aynı değerlendirme nitelikli hırsızlığın yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak (TCK m. 142/2-f) gerçekleştirilmesi bakımından da geçerlidir. Bu nitelikli halin ortaya çıkması için failin resmi sıfat takınması yeterli olup ötesinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi anlamındaki fiilleri gerçekleştirmesi zorunlu değildir. Fail yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınmanın ötesinde ayrıca kamu görevini de usulsüz olarak üstlenirse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılır¹¹⁶.

Bu suç ile birlikte gerçek içtima ilişkisi içerisine girme olasılığı en yüksek suçlardan biri TCK’nın 264. maddesinde düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçudur. Fail örneğin polis kıyafeti giymek suretiyle polisin yetkisindeki bir görevi yerine getirmeye teşebbüs ettiğinde hem TCK 262. madde gereği kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan hem de TCK 264. maddede düzenlenen özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçundan cezalandırılacaktır¹¹⁷. Hatta TCK m. 264/2 gereği elbisenin sağladığı kolaylık ve olanaklardan faydalanılarak başka bir suç işlendiği için özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçundan verilecek ceza artırılarak hükmolunacaktır. Öyle ki fail polis kıyafeti giyerek sahte arama kararı ile bir başkasının konutuna girip arama işlemi gerçek-

¹¹⁰ ARSLAN / AZİZAĞAOĞLU, s. 1067.

¹¹¹ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹² GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802; TAŞDEMİR, s. 3078.

¹¹³ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802; EVİK, s. 362.

¹¹⁴ Aynı yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹⁵ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802.

¹¹⁶ Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3079. Aksi yönde GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8802. Yargıtayın da aksi yönde kararları vardır. Bkz. Yargıtay, 6. CD, T. 02.11.2006, E. 2006/5397, K. 2006/10684: “Hırsızlık suçunun yetkisi olmaksızın resmi sıfat takınmak suretiyle işlenmiş tek bir suç olduğu, polislik görevine ilişkin kimlik sorma gibi işlemler yapmanın bu suçun unsuru olduğu düşünülmeyen, sanıklar O. K. ve S. K. ’ın yakınan A. M. A. ’a yönelen eyleminde ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan da hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiş...”.

¹¹⁷ ARTUK / GÖKCAN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1164.

leştirdiğinde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesinden, özel işaretle ve kıyafetleri usulsüz kullanmadan nitelikli olarak (TCK m. 264/2), resmi belgede sahtecilikten (TCK m. 204), konut dokunulmazlığının ihlalden (TCK m. 116) yerine göre de özel hayatın gizliliğini ihlalden (TCK m. 134) ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Yukarıda fiil bahsinde de değinildiği üzere doktrinde suçun ilk seçimlik hareketinin bazı durumlarda mütemadi hareket, ikinci seçimlik hareketinin ise her durumda mütemadi hareket olduğu görüşü ifade edilmektedir. Bu bağlamda failin birden fazla işlem yapmış olması suçun tekliğini etkilemeyeceğinden zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü savunulmaktadır¹¹⁸. Kanaatimizce suçun ilk seçimlik hareketinin aynı mağdura karşı aynı kamu görevinin verdiği yetkilerin farklı zamanlarda usulsüz olarak kullanılması şeklinde işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bir hal yoktur. Yine aynı şekilde failin birden fazla mağdura karşı aynı kamu görevinin verdiği yetkileri usulsüz olarak kullanması halinde de aynı neviden fikri içtimanın uygulanması mümkündür. İkinci seçimlik hareket bakımından failin terk emrine rağmen kamu görevini sürdürme anlamındaki farklı işlemleri, hukuken tek hareket olarak ele alınarak suçun tekliğinden bahsedilebilir. Bu işlemler sebebiyle birden fazla kişi mağdur olmuş ise yine aynı neviden fikri içtima düzenlemesi gereği cezasında artırımı gidilir¹¹⁹.

TCK m. 262’de düzenlenen kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu ile TCK m. 317’de düzenlenen askeri komutanlıkların gaspı suçunun görünüşte içtima (özel norm-genel norm) ilişkisi içerisinde olduğunu belirtebiliriz¹²⁰. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu TCK m. 317’de belirtilen yerlerin komutasını almak şeklinde işlenirse yahut sayılan yerlerin komutanlıklarının terk emrine rağmen sürdürülmesi şeklinde işlenirse tipe uyan genel norm niteliğindeki TCK m. 262 hükmü değil özel norm olan TCK m. 317 hükmü uygulanır.

Eski Fransız Ceza Kanunu’nun 258. maddesi, yetki gaspı suçunun bir şekli olan kamu görevine müdahale fiilinin, resmi belgede sahtecilik eylemi söz konusuysa, sahtecilik fiilinden kaynaklı sorumluluk saklı kalmak kaydıyla cezalandırılacağını düzenlemekteydi. Mevcut düzenlemede böyle bir unsur yer almamaktadır. Lakin yine de failin bu suçu işlemek yanında resmi belgede sahtecilik suçunu (m. 441-4) işlemesi halinde her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacağı söylenmektedir. Bu yaklaşımın dayanağı yetki gaspı suçunun kamu idaresine olan güveni koruması fakat sahtecilik suçlarının ise özel çıkarları korumayı amaçlaması olarak gösterilmektedir¹²¹. Fransız Yargıtayı da yeni kanun dönemindeki içtihadında geçmiş uygulamayı sürdürerek faile her iki suçtan ceza vermektedir¹²².

V. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu resen kovuşturulur. Terk emrine rağmen görevi sürdürmek şeklindeki ikinci seçimlik hareket bakımından bir görüş fiil görev nedeniyle gerçekleştirildiğinden fail hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerektiğini söylemektedir¹²³. Aksi yöndeki görüş uyarınca fiilin görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş olduğu kabul

¹¹⁸ EVİK, s. 361-362; ÖNDER, s. 239; TAŞDEMİR, s. 3079.

¹¹⁹ Yargıtay suçun mağdurunun kamu olduğu bu suçun işlenmesinden kişilerin zarar görmesi halinde suçun mağduru değil suçtan zarar göreni olacağını içtihat eylemektedir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 26.04.2016, E. 2014/118, K. 2016/208; “... irtikap ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçları ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olması karşısında, bu suçların mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, diğer bir ifadeyle kamu olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin suçun mağduru değil, zarar göreni olacağı nazara alınarak, sanıklar hakkında tek suçtan hüküm kurulup zincirleme suç nedeniyle 5237 Sayılı Kanun’un 43. maddesi uygulanmak suretiyle artırım yapılarak ceza belirlenmesi yerine her bir mağdura yönelik olarak icbar suretiyle irtikap ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi...” Yargıtay, 5. CD, T. 30.04.2024, E. 2022/4528, K. 2024/4861.

¹²⁰ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8803; EVİK, s. 363; TAŞDEMİR, s. 3079.

¹²¹ RİBEYRE, kn. 77

¹²² Fr. Yargıtayı, CD, T. 20.05.2009, No. 08-80.677.

¹²³ GÖKCAN / ARTUÇ, *TCK Şerhi*, s. 8803.

edilmeyeceğinden soruşturma izni alınmasına gerek yoktur¹²⁴. Kanaatimizce bu noktada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Terk emri ile birlikte failin kamu görevlisi sıfatı da sona ermiş ise artık görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyeceği için izne gerek bulunmamaktadır. Bundan farklı olarak fail kamu görevlisi sıfatını hala taşımakta ise örneğin görevde terfi ettiği yahut bir başka yere tayin edildiği için terk emri kendisine bildirilmiş ise soruşturma izni alınması gereklidir.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un¹²⁵ 11. maddesi uyarınca bu suçu yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Genel kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 12/1 uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Lakin suçun ilk seçimlik hareketinin bir teşebbüs suçu düzenlemesi olması dikkate alındığında fiil teşebbüs aşamasında kalmış ise son icra hareketinin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olduğunu (CMK m. 12/2) özellikle vurgulamak gerekir.

CMK m. 251 gereği, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu basit yargılama usulüne tâbidir. Lakin terk emrine rağmen görevi sürdürme fiilinin izne tâbi olması ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde soruşturma veya kovuşturma yapılması izne bağlı olduğu durumlarda CMK m. 251/ 7 uyarınca basit yargılama usulü uygulanamaz.

Suçun yaptırımı üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Koşulları var ise ceza, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara (TCK m. 50) çevrilebilir veya ertelenebilir (TCK m. 51). Koşulları oluşmuşsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (CMK m. 231) karar verilebilir.

SONUÇ

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun maddi unsurları dahilinde konusu kamu görevidir. Madde bağlamında belirsiz olan kamu görevi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya çıkarılmasında TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan 6/1-c maddesi yol göstericidir. Maddeye göre 765 sayılı TCK'daki memur kavramından farklı olarak kamu görevlisi kavramının belirleyicisi, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktır. Dolayısıyla kamu görevi kavramı, kamusal faaliyetin ne olduğunun anlaşılması ile somutlaştırılabilir. TCK 6. maddenin gerekçesi de dikkate alındığında bir faaliyetin kamusal faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için ilk olarak hizmetin usullere göre verilmiş siyasi iradeye dayanması, ikincisi kamu adına hizmetin yürütülmesi gereklidir. Yine suçun mağduru kim olduğu yolundaki içtihat ve doktrin görüşleri tereddütler doğurmaktadır. Suçun mağduru ilgili kamu idaresi olduğu yolunda görüşler olmakla birlikte kanaatimizce bu suçun mağduru toplumdur. Beraberinde suçun aleyhine işlendiği kişiler de suçun mağduru olurlar.

Suç tipinde iki ayrı seçimlik hareket düzenlenmektedir. Bazı yazarlara göre madde, nitelikleri farklı iki ayrı suçu düzenlemektedir. Seçimlik hareketlerden ilki kamu görevini kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etmektir. Bu haliyle ilk seçimlik hareket bir teşebbüs suçu düzenlemesidir. İkinci seçimlik hareket, terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürmedir. İlk seçimlik hareket herkes tarafından işlenebilirken ikinci seçimlik hareket, bir özgü suç olarak ancak terk emri kendisine bildirilmiş kişi tarafından işlenebilir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu her iki seçimlik hareket bakımından da kasten işlenebilir. Suçun ilk seçimlik hareketinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği, olası kastla işlenen suçlara teşebbüse ilişkin değerlendirmeler ışığında farklılık göstermektedir. Bir görüşe göre olası kastı netice belirlediğinden olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bir diğer görüş uyarınca suçun tamamlanmış hali ile teşebbüs halinde kalmış hali arasında failin suç ile kurduğu manevi bağ bakımından bir farklılık yoktur. Bu sebeple olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Kanaa-

¹²⁴ ERMAN / ÖZEK, s. 278; EVİK, s. 364.

¹²⁵ 07.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmî Gazete.

timizce de olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Bu bağlamda ilk seçimlik hareketin olası kast ile de işlenebileceği görüşündeyiz. Suçun ikinci seçimlik hareketi ise ancak doğrudan kast ile işlenebilir. Keza bu seçimlik hareketten sorumluluk için failin, bir terk emrinin kendisine bildirildiğini bilmesi zorunludur.

Hukuka aykırılık ile ilgili ilk olarak değinilmesi gereken mevzu, ilgili kamu görevinin kanunun hükmü ya da amirin hukuka uygun emri çerçevesinde yerine getirilmesinin zaten tipikliği ilgilendiriyor olduğu ve bu nedenlerin bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmasının mümkün olmadığıdır. Hukuka aykırılık bahsi bakımından özel incelemeyi gerektiren bir diğer husus, fiili ajanlık olarak adlandırılan, zaruret kuramı veya görünüşte memur kuramı bağlamında yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen işlemlerin, idari istikrar ve hukuki güven ilkeleri gereğince hukuka uygun birer idari işlem olarak geçerli kabul edilmesi halidir. Bu halde ilgili kişilerce gerçekleştirilen işlemler idare hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilmekte, hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi çerçevesinde ceza hukuku bakımından da tipe uyan eylemler, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu oluşturmamaktadır.

Bazı hallerde yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının zaten kamu görevine engel bir neden arz etmesi nedeniyle işlenemez suçtan kaynaklı olarak bir sorumluluğun söz konusu olmadığı söylenmelidir. Yaş küçüklüğünün, akıl hastalığının işlenemez suçta sebep olduğu hallerde mesele kusurluluk çerçevesinde ele alınamaz. Zorunluluk hali, fiili ajanlık şeklinde ortaya çıkarsa bir mazeret nedeni olarak değil bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir.

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu içtima bakımından özellikli durumlar arz etmektedir. Keza kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu sıklıkla başkaca suçların işlenmesi için araç olarak kullanılmaktadır. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suretiyle başka suçlar da işlenmişse fail, gerçek içtima gereği bu suç yanında işlenen diğer suç ya da suçlardan da ayrıca cezalandırılır. Kanaatimizce bu suçun işlenmesi ile beraber suç tipinde hile unsuruna yer veren suçların işlenmesi halinde bileşik suç hükmü uygulama alanı bulmaz. Çünkü hileli davranışın gerçekleşmesi için TCK m. 262'de düzenlenen unsurların tamamının gerçekleşmesi gerekmemektedir. Fail hileli davranışı desteklemek adına bir de kamu görevini usulsüz olarak üstlenirse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Suçun muhakemesi bakımından, terk emrine rağmen görevi sürdürme fiillerinin izne tabi olup olmadığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte kanaatimizce fail, terk emri bildirildikten sonra dahi kamu görevlisi sıfatını sürdürüyorsa izin gereklidir. Fail, terk emri bildirildikten sonra kamu görevlisi sıfatını yitirmişse ve bu fiili işlemesi halinde görev nedeniyle ve görev sırasında işlenmiş bir fiil bulunmadığından soruşturma veya kovuşturma yapılması izne bağlı değildir. Soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izne bağlı olup olmaması basit yargılama usulünün uygulanmasını da doğrudan etkilemektedir. İzne bağlı olmadığı hallerde basit yargılama usulü uygulanabilirken izne bağlı olması halinde CMK m. 251/ 7 uyarınca basit yargılama usulü uygulanamaz.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- AYDIN, Hüseyin: “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 109-128.
- ÇINAR, İsmail: “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 5, Sayı 1, s. 337-440.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe: “Absence d’unité de la notion de ‘personne chargée d’une mission de service public’: contradiction et fragilité des justifications données par la Cour de cassation à sa jurisprudence en matière, notamment, de corruption passive (art. 432-11, c. pén.), de prise illégale d’intérêt (art. 432-12, c. pén.), de menaces (art. 433-3, c. pén.), d’outrages (art. 433-5, c. pén.), de diffamation (art. 31, L. 29 juill. 1881)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, s. 91-93.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- DURŞUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 203-252.
- ERMEN, Sahir / ÖZEK, Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- EVİK, Ali Hakan: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, *Özel Ceza Hukuku - Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 343-364.
- GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Cilt IV, 3. Baskı, Sirey, Paris, 1916.
- GÖKCEN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- GÖKCEN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (TCK Şerhi).
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: “Hükümet Memuriyetinin, Ünvan ve Şerefine Gasbı (Madde: 252-253)”, *Adalet Dergisi*, 1976, Cilt 67, Sayı 3, s. 204-213.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay: *Özgü Suç*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- LACROIX, Caroline: “Usurpation de titres ou de fonctions”, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Cilt VIII, Dalloz, Paris, 2013, s. 1-10.
- MERLE, Roger / VITU, Andre: *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cilt I, A. VITU, Cujas, Paris, 1982.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

- ÖZEK, Çetin: “Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 98-120.
- RIBEYRE, Cédric: “Fasc. 20 - Commentaire: Usurpation de fonctions”, *JurisClasseur Pénal Code*, Cilt V, LexisNexis, Paris, 2013, s. 1-18
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- SOYASLAN, Doğan: *Teşebbüs Suçu*, Kazancı, İstanbul, 1994.
- SÖZÜER Adem: *Suç Teşebbüs*, Kazancı, İstanbul, 1994.
- TAŞDEMİR, Özgür: “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md.262)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3061-3081.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 59-91.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- ULU, Güher: *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ÜLKER, Gözde: *Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2022.
- ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- VITU, Andre: “Fasc. 10 - Commentaire: Usurpation de titres”, (Güncelleyen: DECIMA, Olivier) *Juris Classeur Pénal des Affaires*, Cilt III, LexisNexis, Paris, 2013, s. 1-13.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.



Cinsiyete Dayalı Ücret Farkı: Avrupa Birliği'nin 2023/970 Sayılı Direktifi ile Getirilen Yükümlülüklerin Türk Toplu İş Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi^(*)



Gender Pay Gap: An Evaluation of the Obligations Imposed by the European Union Directive 2023/970 in the Context of Turkish Collective Labor Law

Banu DENİZLİ ÖZTÜRK



Doktor Öğretim Üyesi

Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Cinsiyete Dayalı Ücret Farkı,
Ücret Şeffaflığı,
Cinsiyet Eşitliği,
Ayrımcılık,
Ücret Eşitsizliği.

Öz

2023/970 sayılı Avrupa Birliği Ücret Şeffaflığı Direktifi küresel anlamda önemli bir sorun teşkil eden cinsiyete dayalı ücret farklılığını çeşitli açılardan ele almaktadır. Direktif'in temel amacı iş için başvuran adayların ve çalışanların bilgi sahibi olmalarına imkân tanıyan ve şeffaflığın ön planda olduğu bir sistem yaratıp, cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını gidermektir. Bu kapsamda, işverenlere şeffaf bir ücret raporlama sistemi oluşturma yükümlülüğü getirilmekte, sosyal tarafların iş birliği içinde hareket ederek ücret eşitsizliklerine karşı daha güçlü konuma gelmeleri teşvik edilmektedir. Çalışmamızda Direktif'teki düzenlemeler incelenerek, özellikle sosyal taraflara getirilen yükümlülükler, Türk toplu iş hukuku ve mevcut kurumsal yapılanmalar kapsamında değerlendirilecektir.

Keywords

Gender Pay Gap,
Pay Transparency,
Gender Equality,
Discrimination,
Pay Inequality.

Abstract

The European Union Pay Transparency Directive 2023/970 addresses the gender pay gap, which constitutes a significant global problem, from different perspectives. The main objective of the Directive is to eliminate the gender pay gap by creating a transparent system that allows job applicants and employees to be informed. In this context, employers are obliged to establish a transparent wage reporting system and social partners are encouraged to act in cooperation and become stronger against wage inequalities. In our study, the Directive's provisions will be evaluated and the obligations imposed on the social partners will be assessed within the context of Turkish collective labor law and existing institutional structures.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.04.2025, Kabul Tarihi: 23.06.2025.



GİRİŞ

Cinsiyete dayalı ücret eşitsizliği, küresel ölçekte önemli bir sosyal adalet sorunu olarak akademik, sosyal ve politik tartışmaların odağında yer almakta, ücret eşitsizlikleri kadın çalışanları etkilemeye devam etmektedir. Avrupa Parlamentosu tarafından yapılan tanıma göre, cinsiyete dayalı ücret farkı, kadınlar ve erkekler arasındaki ortalama saatlik brüt kazanç farkını işaret etmektedir. Bu farklılık, doğrudan çalışanlara ödenen ücretin gelir vergisi ve sosyal güvenlik katkı payı gibi yasal kesintiler düşülmeden önceki tutarı dikkate alınarak, on veya daha fazla çalışanı olan işyerleri kapsamında yapılan hesaplama dayandırılmaktadır¹. Avrupa Birliği istatistiklerine göre, 2021 yılında %12,7 olan cinsiyete dayalı ücret farkı, 2023 yılında %12'dir². Türkiye'de ise bu oran %15,6'dır³.

Avrupa Birliği'nin 2023 yılında yürürlüğe giren 2023/970 sayılı Ücret Şeffaflığı Direktifi eşit işe eşit ücret uygulaması ekseninde ücret şeffaflığına odaklanarak cinsiyete dayalı ücret eşitsizliğini gidermeyi hedefleyen bir yasal çerçeve sunmaktadır. Bu amaçla, çalışanların cinsiyete dayalı ücret farklılıkları hakkında bilgi sahibi olmalarına olanak tanınmaktadır. Aynı zamanda işverenlerin daha titiz hareket etmelerini ve mevcut ücret farklılıklarının sebeplerini objektif ve cinsiyetten uzak bir şekilde açıklamalarını zorunlu kılan bir sistem oluşturulması amaçlanmaktadır. Bahse konu sistemde şeffaflığın sağlanması ve sürdürülebilirliği için raporlama mekanizmaları işlevsel hale getirilmektedir. Tüm bunların yanı sıra Direktif, sadece iş ilişkisi taraflarının değil, tüm sosyal tarafların içerisinde yer aldığı geniş çaplı bir işbirliği silsilesi yaratmayı hedeflemektedir. Bu noktada, toplu iş ilişkilerinin süjeleri ve özellikle eşitlik kurumlarının aktif rol üstlenmeleri teşvik edilmektedir. Böylece, hem yapısal anlamda şeffaflığın ön planda olduğu hem de sosyal tarafların koordine bir şekilde hareket ettikleri kurumsal bir kültür oluşturmaya önem verilmektedir.

Tüm bunlar kapsamında çalışmamızda ilk olarak Avrupa Birliği'nin 2023/970 sayılı Ücret Şeffaflığı Direktifi'nin yasalaşma sürecine, kapsamına ve Direktif'te geçen bazı önemli kavramların açıklamalarına yer verilmiştir. Devamında Direktif'in cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını önleme amacıyla getirdiği yükümlülükler genel hatlarıyla incelenmiştir. Son olarak, Direktif'te yer alan düzenlemeler ve yeni yapılanmalar toplu iş hukuku perspektifinden incelenerek, özellikle Türkiye'deki kurumsal ve yasal çerçeve bakımından sürecin nasıl işletilebileceği ve yeni gelişmelere ülkemizin nasıl adapte olabileceği irdelenmiştir.

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN 2023/970 SAYILI ÜCRET ŞEFAFLIĞI DİREKTİFİ

A. Genel Olarak

1957 tarihli Roma Anlaşması'ndan günümüze Avrupa Birliği'nin temel ilkelerinden biri olan kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliği ilkesini ele alarak asgari gereklilikleri belirleyen Avrupa Birliği'nin 2023/970 sayılı Ücret Şeffaflığı Direktifi 17 Mayıs 2023'te yürürlüğe girmiştir⁴. Direktif ücret şeffaflığını kurumsallaştırmayı hedefleyen mekanizmalar geliştirme hedefiyle önemli bir rol üstlenmektedir. Ayrıca Direktif 18 Aralık 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen eşit ücret alma ve eşit değerde iş bakımından eşit muamele görme hakkına, Avrupa Birliği Anlaşması'nda yer verilen kadın-erkek eşitliği hakkına (m. 2 ve 3), Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'da düzenlenen Birlik'in tüm

¹ EUROPEAN PARLIAMENT: *Understanding the Gender Pay Gap: Definition, Facts and Causes*, 2020 (<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20200109STO69925/understanding-the-gender-pay-gap-definition-facts-and-causes-what-is-the-gender-pay-gap-and-how-is-it-calculated-7>, ET: 11.01.2025).

² Bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics (ET: 27.04.2025).

³ ILO: *Gender Wage Gap is 15.6% in Turkey, according to the joint study by ILO Turkey Office and TURKSTAT | International Labour Organization*, 2020 (<https://www.ilo.org/resource/news/gender-wage-gap-156-turkey-according-joint-study-ilo-turkey-office-and>, ET: 26.04.2025).

⁴ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2023/970/oj> (ET: 17.11.2024).

faaliyetlerinde ve politikalarında eşitsizlikleri ortadan kaldırarak kadın-erkek eşitliğini teşvik etme ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele hedeflerine atıflar yaparak anılan hususlardaki kararlılığı vurgulamaktadır.

Direktif'in yasalaşma süreci Avrupa Komisyonu'nun 4 Mart 2021 tarihinde yaptığı ve Birlik'in 2020-2025 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Stratejisi'nin önemli bir parçasını teşkil eden eşit işe veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin daha etkili bir şekilde ele alınmasını amaçlayan teklif ile başlamıştır. Anılan öneride kuruluşlarda ücret şeffaflığının sağlanması, eşit işle ilişkili kavramların uygulanabilir hale getirilmesi ve bahse konu amaçların gerçekleştirilebilmesine hizmet eden yaptırımlar ortaya konulması temel amaçlar olarak sıralanmıştır. Avrupa Parlamentosu'nun İstihdam ve Sosyal İşler Komitesi (EMPL) tüm bunları ele alarak, şirketler için zorunlu denetimler getirilmesi, işçilerin üzerindeki ispat yükünün azaltılması ve yaptırımların artırılması konularını içeren bir rapor hazırlamıştır. Ayrıca yasama teklifinden önce geniş katılımlı istişareler ve etki değerlendirmeleri yapılarak, işçiler, işverenler, sendikalar ve konu ile alakalı organlar sürece dahil edilmeye çalışılmıştır⁵. Tüm bunların akabinde ücret şeffaflığına ilişkin Direktif, Mart 2023'te büyük bir çoğunlukla kabul edilmiştir⁶.

Direktif genel hükümler, ücret şeffaflığı, yasal çözüm yolları ve yaptırım, Direktif'in çeşitli alanlara etkisini belirleyen yatay hükümler olmak üzere dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, direktifin kapsamı belirlenerek tanımlara yer verilmiş, ikinci bölümde ise işverenlerin ücret şeffaflığını sağlamaya yönelik yükümlülükleri, iş başvuru süreçlerinde adil ücretlendirme ilkeleri, çalışanların ücret bilgilerine erişim hakları, cinsiyete dayalı ücret farklılıklarının raporlanması ve giderilmesi, kişisel verilerin korunmasına yönelik önlemler ve sosyal diyalogun teşviki düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm, eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlamak hedefiyle yargısal yolları, tazminat hakkını, ispat yükünü ve yaptırımları ele almaktadır. Son bölüm ise üye devletlerin sorumluluklarını, süreci izleme ve farkındalık artırıcı mekanizmalar geliştirme yükümlülüklerini, eşitlik kurumlarının rollerini ve istatistikî verilerin tutulması yükümlülüklerini, direktifin uygulanması ve yürürlüğe girmesi için belirlenen süreleri ve raporlama gerekliliklerini içermektedir.

B. Direktif'in Kapsamı ve Kavramsal Çerçeve

Direktif'in 2. maddesine göre, kamu ve özel sektör işverenlerinin tamamı kapsam dahilinde olup, her bir üye devletin yürürlükte olan yasalarına ya da uygulanan toplu iş sözleşmelerine göre bir iş ilişkisinin tarafı olan tüm çalışanlar için Direktif uygulanacaktır.

Direktif, iş başvurusunda bulunan aday işçiler için de geçerli olup (m. 2-5), istihdam öncesi ödeme şeffaflığı başlıklı m. 5'de işverenin iş başvurusunda bulunan aday işçilere bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Direktif'te çalışan kavramı detaylı bir şekilde açıklanmaktadır. "Tanımlar" başlıklı 3. maddeye göre ayrımcı olmayıp cinsiyetten bağımsız objektif ölçütler çerçevesinde gruplandırılan aynı işi veya eşit değerdeki işi gerçekleştiren kişiler çalışan tanımına dahil edilecektir. Bununla birlikte, Direktif'in başlangıç kısmında yer alan hüküm gereğince yarı zamanlı çalışan, belirli süreli sözleşmeyle çalışan ve geçici işlerde çalışan tüm işçilerin yanı sıra bir iş ilişkisi kapsamında çalışan yöneticiler Direktif bakımından çalışan tanımının içinde yer alacaklardır. Ayrıca, Adalet Divanı'nın içtihatlarına⁷ atıf yapılarak ev işçilerinin, isteğe bağlı çalışanların, aralıklı çalışanların, kupon esasına dayalı çalışanların, platform çalışanlarının, korumalı işyerlerinde çalışanların ve stajyerler ile çırakların Direktif kapsa-

⁵ EUROPEAN COMMISSION: *European Commission Staff Working Document, Impact Assessment*, 2021 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021SC0041>, ET: 17.11.2024).

⁶ Bkz. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230327IPR78545/gender-pay-gap-parliament-adopts-new-rules-on-binding-pay-transparency-measures> (ET: 12.11.2024).

⁷ ABAD, *Lawrie-Blum/Almanya*, B. No: 1986/284, T. 03.07.1986; *FNv Kunsten Informatie en Media/Hollanda*, B. No: 2014/2411; T. 04.12.2014; *UX/İtalya*, B. No: 2020/572, T. 16.08.2020 (CURIA).

mında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bir kişinin iş ilişkisine taraf olup olmadığının tespitinde ise, taraflarca yapılan tanımlamalardan ziyade fiili ilişkiye bakılması gerektiği açıklanmaktadır (m. 18).

Direktif'in 1. maddesinde ücret kavramı, bir işçinin iş ilişkisi kapsamında işvereninden doğrudan ya da dolaylı olarak aldığı temel ücret ya da asgari ücret olarak tanımlanarak, ücret düzeyinin brüt yıllık ücret anlamına geldiği düzenlenmiştir.

Cinsiyete dayalı ücret farkı, Direktif'e göre, bir işverenin kadın işçileri ile erkek işçilerinin ortalama ücret seviyelerinin farkı anlamına gelmektedir (m. 1/c). Direktif'in temelini oluşturan bir diğer kavram olan eşit değerde çalışma, ayrımcı olmayan ve objektif olarak cinsiyetten bağımsız kriterler çerçevesinde eşit olduğu belirlenen çalışma şeklinde ifade edilmektedir (m. 1/g). Bununla birlikte, cinsiyetten bağımsız kriterlerin beceriler, çaba, sorumluluk ya da çalışma koşulları olduğuna vurgu yapılarak, ücret yapılarının tespitinde belirli bir iş ya da pozisyonla ilgili faktörlerin yine cinsiyete dayandırılmamak kaydıyla kullanılabileceği belirtilmektedir (m. 4/4).

Direktif'te ayrımcılık kavramı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak iki şekilde tanımlanmıştır. Doğrudan ayrımcılık, kişinin cinsiyeti nedeniyle başka bir kişiye göre daha az olumlu muamele görüldüğü durumları içermekle birlikte (m. 3/i), dolaylı ayrımcılık tarafsız bir hüküm, kriter ya da uygulama olarak görülmekle birlikte belirli bir cinsiyetten kişileri diğer cinsiyetten kişilere karşı dezavantajlı hale getiren durumlardır (m. 3/j).

Direktif'in 4. maddesinde, Üye devletlerin eşit işe veya eşit değerdeki işe eşit ücret ödemelerini sağlayan bir ücret yapılandırması oluşturmak için önlem almaları gerektiği düzenlenmiştir. Anılan hükümde eşit iş ya da eşit değerdeki iş ile kastedilenin ne olduğunu açıklamakta fayda vardır. Bu kapsamda, şayet faaliyetlerin içeriği aynı ise ya da faaliyetleri yerine getiren çalışanlar birbirlerinin yerini alabilecek kadar benzer işi yapıyorlarsa eşit işten bahsedilecektir⁸. Eşit iş olarak değerlendirilecek işlerin hacimlerinin bire bir aynı olmasının bir önemi olmamakla birlikte, yarı zamanlı bir çalışanın tam zamanlı bir çalışan ile aynı işi yapması da ihtimal dahilindedir⁹. İki faaliyetin aynı iş olup olmadığının belirlenmesinde, yapılacak işlerin veya görevlerin türleri, çalışma koşulları ya da mesleki yeterlikler, nitelikler veya eğitim gereksinimleri gibi kriterlerden hareket edilerek sonuca gidilmesi mümkündür¹⁰.

Eşit değerde işin belirlenmesi açısından yapılması gereken ise iş performanslarına bakılması olup, işin nesnel bir değerinin bulunmaması nedeniyle bu belirleme güçlük arz etmektedir¹¹. Bununla beraber, işle ilgili olarak ön bilginin derecesinin veya işin türüne ya da kalitesine göre yeteneklerin büyüklüğüne bakılarak işin değerinin tahmin edilmesi mümkün olabilecektir¹².

II. CİNSİYETE DAYALI ÜCRET FARKININ ÖNLENMESİ BAKIMINDAN DİREKTİF'TE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER

Direktif'in 5. maddesinde düzenlenen işe alımda ücret şeffaflığı yükümlülüğüne göre, iş başvurusunda bulunanlara müstakbel işverenlerinden başvuru pozisyonla ilgili objektif ve cinsiyetten ba-

⁸ FRANZEN, Martin: "Artikel 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union", FRANZEN, Martin / GALLNER, Inken / OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, 5. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (Yazar, EuArbRK), Rn. 30-33.

⁹ REUFELS, Martin / SOLTYSIAK, Laura: "Europäische Richtlinie zur Lohntransparenz", *ERA Forum*, 2023, Cilt 24, Sayı 3, s. 435 vd.

¹⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuya ilişkin bir kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: "Erkekler ve kadınlar için eşit ücret ilkesinin gözetilip gözetilmediğini tespit ederken, ulusal mahkeme, bu gibi koşullar ışığında, ilk olarak, söz konusu işçi gruplarından biri tarafından yapılan işin makine içerdiği ve özellikle kas gücü gerektirdiği, diğer grup tarafından yapılan işin ise özellikle el becerisi gerektiren el işi olup olmadığı ve ikinci olarak, iki grubun çalışanları arasında ücretli molalar, kişinin kendi işini düzenleme özgürlüğü ve işle ilgili rahatsızlıklar açısından farklılıklar olması, iki iş türünün eşit değerde olması veya bu koşulların, herhangi bir ücret farklılığını haklı çıkaracak şekilde cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılıkla ilgisi olmayan nesnel faktörler olarak kabul edilip edilmeyeceği gerçeği dikkate alabilir." ABAD, *Dansk Industri/Danimarka*, B. No: 400/93, T. 31.05.1995 (CURIA).

¹¹ FRANZEN, *EuArbRK*, s. 32.

¹² REUFELS / SOLTYSIAK, s. 435 vd.

ğimsız kriterlere dayalı olarak belirlenen ilk ücret ya da ücret aralığı ile varsa eğer uygulanan toplu iş sözleşmesinin ilgili hükümleri hakkında bilgi alma hakkı tanınmalıdır¹³. Bu amaç doğrultusunda işverenler ilgili kriterleri çalışan temsilcileri ile beceriler, sorumluluklar, görevler ve çalışma koşulları ile belirli bir iş ya da pozisyonla ilgili diğer faktörleri de kapsayacak şekilde hazırlamalıdır¹⁴. Bahse konu bilgilerin iş görüşmesinden önce olmak kaydıyla iş ilanlarında ya da başkaca şekillerde adaylara sunulması gerekmektedir. Bununla amaçlanan özellikle ücretlendirme bakımından temellerin sağlam olduğu ve şeffaflığın ön planda yer aldığı bir müzakere ortamı sağlanmasıdır¹⁵. Maddenin devamında işverenin adaylara geçmiş iş ilişkilerinde ya da varsa hali hazırda iş ilişkilerinde aldıkları ücrete ilişkin soru soramayacağı belirtilerek, bir nevi adayların maruz kaldığı bir ücret ayrımcılığı geçmişisi varsa bunun önüne geçmek amaçlanmaktadır. Son fıkrada ise iş ilanlarının ve iş unvanlarının cinsiyetten bağımsız olarak hazırlanması ve işe alım prosedürlerinin ayrımcı olmayan bir şekilde yürütülmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Direktif'in 6. maddesi ücretin belirlenmesine ilişkin yöntemlerin şeffaflığı yükümlülüğünü getirmektedir. Buna göre, işverenler, işçilerin ücretlerini, ücret seviyelerini ve ücret artışlarında uygulanacak cinsiyetten bağımsız ve objektif kriterleri işçilerin erişimine hazır hale getirmelidirler. Anılan hükümde 50'den az çalışanı olan işverenler ücret artışlarına ilişkin yükümlülükten hariç tutulmuşlardır.

İşçilerin bilgi edinme hakkını düzenleyen Direktif'e göre, işçiler kendileriyle aynı işi yapan ya da aynı iş olmasa da en azından eşit değerde iş yapan işçi gruplarının bireysel ücret düzeyleri ve cinsiyetlerine göre ayrılmış ortalama ücret düzeylerini öğrenme hakkına sahiptir (m. 7/1). İşçiler ilgili haklarını kullanmak adına işverenden yazılı bilgi talep edebilirler. Ayrıca bahse konu bilgilerin işçi temsilcileri aracılığıyla edinilmesi mümkün olup, bir eşitlik organının da bu konuda devreye girmesi ihtimal dahilindedir (m. 7/2). Fıkranın devamında bilgilerin yanlış ya da eksik olması durumuna da yer verilerek, çalışanların ek ve tatmin edici açıklamalar talep edebileceği düzenlenmiştir. 3. fıkra gereğince işverenlerin her yıl olmak üzere çalışanları bilgi edinme hakları kapsamında bilgilendirmeleri de gerekmektedir. Toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işverenlerin ilgili toplu iş sözleşmesini ve denetim yerini göstererek bilgi sağlama yükümlülüğünü karşılamasının mümkün olduğu doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir¹⁶. İşverenlere süre bakımından bir sınır getirilerek bilgilerin makul süre içerisinde ve her durumda talebin yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde açıklanması Direktif'te hükme bağlanmıştır (m. 7/4). Maddede amaçlanan şeffaflık anlayışı, çalışanların kendileriyle eşit işi yapan erkek ve kadın çalışanlar arasında ücret eşitsizliği olup olmadığını belirlemek ve işçilerin bundan haberdar olmasını sağlamak adına önemlidir. Nihayet, işçilerin ücretlerini açıklamalarının engellenemeyeceği ve buna ilişkin sözleşme hükümlerinin engellenmesi adına üye devletlerin önlemler alması gerektiği belirtilmiştir (m. 7/5).

Direktif'te getirilen bir diğer yükümlülük, kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret farkının raporlanmasıdır (m. 9). Buna göre, "a) cinsiyete dayalı ücret farkı, b) tamamlayıcı veya değişken bileşenlerde cinsiyete dayalı ücret farkı, c) medyan cinsiyete dayalı ücret farkı, d) tamamlayıcı veya değişken bileşenlerde medyan cinsiyete dayalı ücret farkı, e) tamamlayıcı veya değişken bileşenler alan kadın ve erkek işçilerin oranı, f) her çeyrek ücret bandındaki kadın ve erkek işçilerin oranı, g) işçi kategorilerine göre işçiler arasındaki cinsiyete dayalı ücret farkı, olağan temel ücret veya maaş ve tamamlayıcı veya değişken bileşenler" olarak işverenlerin sağlaması gereken bilgiler sıralanmıştır.

¹³ Direktif'teki düzenlemeden anlaşılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tamamının değil sadece ücretle ilgili kısımlarının aday işçiye sunulması gerektirir. Bkz. ÇELİK, İrem: "Avrupa Birliği 2023/970 Sayılı Direktifinde İşe Alım Sürecinde Ücret Şeffaflığı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği", *Çalışma ve Toplum*, 2024, Cilt 3, Sayı 82, s. 1102.

¹⁴ HENKEL, Iris: "Das Entgelttransparenzgesetz und die neue Richtlinie der EU zur Entgelttransparenz", *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits und Tarifrecht*, 2025, Sayı 2, s. 26.

¹⁵ ROLFS, Christian / LEX, Laura: "Die Entgelttransparenz-Richtlinie: Entgeltgleichheit zum Preis bürokratischer Überlastung", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2023, Sayı 21, s. 1353-1359; HENKEL, s. 26.

¹⁶ HENKEL, s. 26; GÜNTHER, Jens / SCHIFFELHOLZ, Mona: "Die Entgelttransparenzrichtlinie: Inhalte und Unterschiede zum Entgelttransparenzgesetz", *NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht*, 2023, Sayı 11, s. 568.

Anılan hükme göre en az 100 çalışanı olan işverenlerin yukarıda sayılan bilgiler kapsamında raporlama yükümlülüğü bulunmaktadır. İşyerlerinin çalışan sayısına bağlı olarak bu yükümlülük 2027-2031 yılları arasında her bir ila üç yılda bir yürürlüğe girecektir. Ücret raporlaması sonucunda herhangi bir çalışan grubunda kadın ve erkekler arasında en az %5’lik bir ortalama ücret düzeyi farkı olduğu anlaşırsa ve işveren söz konusu farklılığın objektif ve cinsiyetten bağımsız kriterler göstermek suretiyle haklılığını ortaya koyamaz ve raporlamadan sonraki altı ay içinde bu durumu düzeltemezse, işverenin çalışan temsilcileriyle ortak bir ücret değerlendirmesi yapması gündeme gelecektir (m. 10).

III. DİREKTİF’İN CİNSİYETE DAYALI ÜCRET FARKINI ÖNLEME AMACININ TÜRK TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Türk hukuku kapsamında eşitlik ilkesinin temelini Türkiye Cumhuriyet Anayasası’nın 10. maddesi oluşturmaktadır. Anılan hükme göre;

“(1) Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir.

(2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(3) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

(4) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

(5) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”.

Anayasa’da yer alan hüküm sadece cinsiyet ayrımcılığına yasak getirmekle kalmayıp, aynı zamanda kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik pozitif önlemler alınmasının önünü açarak, özellikle kadınların eşit haklara sahip olması adına uygulanacak tedbirlerin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğine vurgu yapmaktadır.

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi kapsamında eşitlik ilkesi ise, özünde hakkaniyet esasının yer aldığı ve temelde eşit davranma ile eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler için çalışma koşullarını eşit olarak uygulama yükümlülüklerini barındıran kapsamlı bir ilkedir¹⁷. Anayasa’ya ek olarak iş hukuku açısından eşitlik ilkesini ele alan bir diğer hüküm 4857 sayılı İş Kanunu¹⁸ (İş K.) m. 5’te yer almaktadır: “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”. Maddede eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek ayrımcılık sebepleri sınırlı bir şekilde sayılmayarak verilen örneklerle benzerlik teşkil edecek hallerin madde kapsamında değerlendirileceği gösterilmiştir¹⁹. Maddenin 4. fıkrasında “Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.”, 5. fıkrasında ise “İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” şeklinde eşitlik ilkesine ücret bakımından vurgu yapılarak, uluslararası standartlara ve özellikle AB

¹⁷ ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA,ERCÜMENT: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 415 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 723 vd.; SÜZEK, Sarper / BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 477 vd.; GREINER, Stefan / PREIS, Ulrich: “BGB § 611a”, MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, C.H. Beck, München, 2025 (Yazar, ErfK), Rn. 664-702.

¹⁸ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

¹⁹ ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 416; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 724.

tarafından benimsenen eşit ücret ilkesine uyumlu bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin 6. fıkrasındaki “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.” hükmüyle yaptırıma da yer verilmiştir. Ancak, bir sonraki fıkrada işverenin anılan maddeye aykırı hareket ettiğini ispatlama yükümlülüğü işçiye bırakılmıştır. Burada işçiden her ne kadar ihlalin varlığını gösterecek güçlü bir durumu ortaya koyması beklenmekte ise de, özellikle ücret şeffaflığının bulunmadığı iş ilişkilerinde eşitlik ilkesine aykırılığın ispatının zor olacağı düşünülebilir.

Türk hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin önemli düzenlemeler içeren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu²⁰ (TİHEKK) m. 3'e göre “(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. 2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.”. Maddenin devamında ilgili kamu kurumlarının, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin ayrımcılık yasağını ihlal eden nitelikte eylemlerle karşılaşılması halinde tedbir almakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir (f. 3-4). Ancak Kanun'un lafzından anlaşıldığı üzere, İş K.'dan farklı olarak ayrımcılık sebeplerine sınırlı sayım ilkesi çerçevesinde yer verilmiştir²¹. Ayrıca, TİHEKK kapsamında işçilerin yanı sıra mesleki eğitim görenler, hatta iş arayanlar da koruma altına alınmaktadır. Öte yandan, genel amacı kişilerin eşit işlem görme haklarının teminat altına alınması olan TİHEKK, ayrımcılıkla ilgili şikayetlerin yöneltilebileceği ve bu konuda soruşturma yapıp idari yaptırım uygulama yetkisine de sahip olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulmasının temelini oluşturmaktadır.

Türkiye'deki kurumsal yapılanmaya ve yasal düzenlemelere bakıldığında, Direktif'te baskın bir şekilde vurgulanan ve özellikle cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını gidermede proaktif önlemler alınmasını şart koşan yaklaşımdan ziyade reaktif bir bakış açısının hâkim olduğu söylenebilir. Nitekim Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu şikayetleri değerlendiren ve idari yaptırım uygulayabilen bir işlev üstlenirken, işverenlere şeffaflık önlemleri alma konusunda yükümlülükler getirmemektedir. Benzer şekilde iş ilişkilerinde şeffaflığı sağlamak adına getirilen yükümlülükler İş K.'da da çok sınırlı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. İş K. kapsamında işverenlerin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen genel bir hüküm olmamakla birlikte, m. 8'de yer alan işçi ile yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işçiye genel ve özel çalışma koşullarını içeren yazılı belge verme yükümlülüğü son derece sınırlı bir içerikle hüküm altına alınmıştır. İşverenin ilgili yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde uygulanan yaptırım ise caydırıcı nitelik taşımamaktadır²².

Çalışmamızda Direktif'in Türk toplu iş hukuku bakımından değerlendirilmesi amaçlandığından konunun dağılmaması adına toplu iş ilişkileri odağında ilerlemekte fayda görüyoruz.

B. Toplu Pazarlık Süreci ve Sendikaların Rolü Bakımından

Direktif'in başlangıç kısmında yer alan m. 45'e göre, sosyal tarafların bir araya geldiği hallerde ücrette eşitlik konusunun görüşülmesi ve bu konuya odaklanılması önem taşımaktadır. Direktif, toplu pazarlık aracılığıyla cinsiyet ayrımı gözetmeksizin iş değerlendirme ve sınıflandırma sistemlerinin geliştirilmesini teşvik etmekle birlikte, birlik genelinde ulusal nitelikte sosyal diyalog mekanizmalarına ve toplu pazarlık sistemlerinin taşıdıkları özelliklere dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, sosyal ortakların yani işçi ve işveren örgütlerinin özerkliklerine ve sözleşmeye dayanan özgürlüklerine ilaveten işçi ve işverenlerin kapasitelerine saygı duyulması çağrısı da yapılmaktadır. Nite-

²⁰ 20.04.2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmî Gazete.

²¹ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 419; DEMİR, Kübra: *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 6 vd.

²² Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. KUTLU MUTLUER, Merve: “Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 28, Sayı 2, s. 81 vd.; ÇELİK, s. 1091 vd.

kim, Direktif'in "Toplu Pazarlık ve Eylem" başlıklı maddesi "Bu Direktif, toplu sözleşmeleri müzakere etme, sonuçlandırma ve uygulama veya ulusal yasa veya uygulamaya uygun olarak toplu eylemde bulunma hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir." şeklindeki hükmüyle de toplu pazarlık hakkının her halükarda güvence altında olacağını vurgulamaktadır (m. 30).

Sendikaların faaliyetlerinin özünü teşkil eden ve daha önemlisi refah devletine hizmet eden önemli bir araç olan toplu pazarlık süreci, toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi ya da bu süreçte anlaşmazlık çıkması halinde yetkili yerlere başvurulması yahut grev veya lokavt uygulanmasına karar verilmesi gibi önemli aşamaları içermektedir²³. Dolayısıyla, toplu pazarlığın sendikaların var oluşunun teminatı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak toplu pazarlığın gerçek işlevini yerine getirmesi adına taraflara verilecek özerkliğin taşıdığı anlam çok daha önemlidir. Çünkü toplu pazarlık özerkliği sadece kolektif örgütlenme özgürlüğüne hizmet etmekle kalmayıp, bireysel iş ilişkilerinin içeriklerini ve kapsamını belirleme noktasında devreye girebileceğinden çok geniş bir etki alanına sahiptir²⁴.

Toplu pazarlık kurumunun etkin ve güçlü olduğu ülkelerde sendikaların eşitlik sağlama işleviyle hareket etmelerinin neticesinde ücret şeffaflığının etkisinin artacağı şüphesizdir. Bu konuda Belçika örneğinden bahsetmek yerinde olacaktır. Şöyle ki, %0,7'lik bir oran ile Avrupa'nın cinsiyete dayalı ücret farkının en düşük olduğu ülkelerinden biri olan Belçika'da sektör düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmelerinde cinsiyetten bağımsız olarak iş sınıflandırma sistemlerinin kullanılması yasal bir zorunluluktur²⁵. Böyle bir zorunluluğun yasal zemine kavuşturulmasında sosyal diyalogun etkisi yadsınamaz. Bahse konu etkinin Direktif'te de dikkate alındığı görülmektedir. "Sosyal diyalog" başlıklı maddeye göre sosyal tarafların özerkliğine olumsuz bir etki yaratmaması kaydıyla ulusal mevzuat ve uygulamalar kapsamında her bir sosyal ortağın etkin bir şekilde rol oynamasını sağlamak ve ücret ayrımcılığı ile mücadele etmek için Üye devletlerin önlem almaları gerekmektedir (m. 13). Sosyal diyalog ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle birlikte, genelde üçlü işbirliği olarak açıklanmaktadır²⁶. Dar anlamda işçiler ve işverenler ile örgütleri arasındaki karşılıklı etkileşimleri ifade eden kavram, tarihsel süreçte devletin ve çeşitli menfaat gruplarının da ortama dahil olmasıyla daha geniş bir anlama bürünmüştür²⁷. ILO tarafından yapılan tanıma göre ise sosyal diyalog, "Hükümet, işçi ve işveren temsilcileri arasında, ekonomik ve sosyal politikayı ilgilendiren ortak konularda yürütülen her türlü müzakere, danışma ve bilgi paylaşımı"dır²⁸. Sadece işçiler ve işverenler yani sosyal ortaklar arasında olabilen sosyal diyalog, hükümetin de dahil edilmesiyle üçlü bir hal almaktadır. Başka bir bakış açısıyla sosyal diyalog, ekonomik hayatın aktörleri ile sosyal hayatın aktörlerini buluşturan ve toplumsal uzlaşının teminine hizmet eden bir rol üstlenmektedir²⁹.

Türk hukuku bakımından sosyal diyaloga değinmek gerekirse, 144 sayılı Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasından sonra sosyal diyalog belirli konularda başvurulması gereken bir araç olarak sistemimize dahil olmuştur. Ancak 2019 yılında Çalışma Hayatında Sosyal Diyalogun Geliştirilmesi Projesi kapsamında hazır-

²³ LINSSENMAIER, *ErfK*, GG Art. 9, Rn. 51-54; ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 916; TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: *Toplu İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 141; NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri-2*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 251.

²⁴ GÜZEL, Ali: "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Bakış", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, s. 898 vd.; LINSSENMAIER, *ErfK*, GG Art. 9, Rn. 51-54.

²⁵ VANDEKERCKHOVE, Sem: *Chapter 5: The Gender Pay Gap Act in Belgium: cause or outcome of the social dialogue on gender equality?*, 2024 (<https://www.elgaronline.com/edcollchap/book/9781803920429/book-part-9781803920429-16.xml>, ET: 29.03.2025); <https://unric.org/en/gender-equality-smaller-pay-gaps-in-belgium-italy-and-luxembourg/> (ET: 07.03.2025).

²⁶ GÖRMÜŞ, Ayhan: "Türkiye'de Sosyal Diyalogun Gelişimi", *Çalışma ve Toplum*, 2007, Cilt 3, Sayı 14, s. 117.

²⁷ TUNCAY, A. Can: "Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye'de Üçlü Sosyal Diyalog", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 205-214.

²⁸ ILO: *Üçlü Sosyal Diyalog: Daha İyi Bir Yönetim için ILO Rehberi*, Uluslararası Çalışma Bürosu Sosyal Diyalog ve Üçlü Yapı Birimi, Yönetişim ve Üçlü Yapı Dairesi, Cenevre, 2013.

²⁹ ODAMAN, Serkan: "Sosyal İşbirliği ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Sonrasında 144 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye'de Üçlü Danışma Kurulu", *Çimento İşveren Dergisi*, 2005, Cilt 18, Sayı 1, s. 4-17.

lanan raporda görüldüğü üzere Türkiye'nin sosyal diyalog konusunda kat etmesi gereken bir hayli mesafe bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 166. maddesine 2010 yılında yapılan değişiklikle madde “*Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.*” halini almıştır. İş K.'da ise “*Üçlü Danışma Kurulu*” başlığı ile “*Çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları ile konfederasyonları arasında etkin dayanışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette bir danışma kurulu oluşturulur.*” hükmüyle kuruma yer verilmiştir (m. 114). Ayrıca kurulun işleyişine ilişkin detayları düzenlemek üzere Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır³⁰.

Türkiye’de her ne kadar sosyal diyaloga ilişkin kurumsal alt yapı yıllar öncesinde yasal zemine kavuşturulmuş olsa da, uygulamada etkin bir şekilde kullanıldığını söylemek mümkün görünmemektedir. 2019 yılında hazırlanan Çalışma Hayatında Sosyal Diyalogun Geliştirilmesi Projesi raporunda da ifade edildiği üzere, Ekonomik ve Sosyal Konsey 2009 yılından beri faaliyet göstermemekte olup, Üçlü Danışma Kurulu sadece bir defa olmak üzere 2017 yılında bir araya gelmiştir³¹. Bu bağlamda, sendikaların ücret eşitliğini sağlamada aktif bir rol üstlenerek sisteme müdahaleleri çok sınırlı olduğu görülmektedir.

Mevzuattaki kadın - erkek eşitliğini sağlamayı hedefleyen ve dolayısıyla cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığını yasaklayan gerek Anayasa m. 10 gerek İş K. m. 5 toplu iş sözleşmelerine aksi yönde hüküm konulmasını engelleyici nitelikte olmasına karşın, sorunun giderilmesinde yeterli olmadıkları açıktır. Bu noktada 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na³² değinmek gerekirse, Kanun’da cinsiyete dayalı ücret farkını önleme noktasında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, m. 33/5’teki “*Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez.*” hükmü, Anayasa ve İş K.’da yer alan eşitlik ilkesi gereklerine aykırı içerikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olacağı anlamına gelmektedir. Ancak, sosyal tarafların proaktif bir yaklaşımla yasal düzenlemelerin ötesinde bir hareket sergilemesi önemlidir.

Cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını gidermek için toplu pazarlığı teşvik etmenin önemi göz önüne alındığında, hükümet, sosyal ortaklarla bir araya gelip istişarelerde bulunarak, toplu iş sözleşmelerine entegre edilmesi mümkün olan çerçeve sözleşmeler hazırlayabilir. AB’ye uyum sağlayabilmek adına Türkiye’nin 2023/970 sayılı Direktif’te getirilen yükümlülüklerle uygunluk göstermesi ve ücret eşitsizliklerini önleyici politikalar geliştirmesi gerekmektedir.

C. Eşitlik Kurumları ile Sendikalar Arasındaki İlişki Bakımından

Direktif’in başlangıç kısmında yer alan m. 47 eşitlik ilkesinin etkin bir biçimde uygulanmasında eşitlik kuruluşlarının sürece dahil edilmesinin öneminin altını çizmektedir. Bunu sağlamak adına eşitlik kuruluşları yetkilileri cinsiyete dayalı ayrımcılığı ve Direktif’te getirilen bütün hak ve yükümlülükleri kapsayabilecek nitelikte olmalıdırlar. Ayrıca, eşit ücret hakkını kullanmak isteyen işçilerin izleyecekleri usullerle ilgili olarak onlara yol gösterecek ve maliyetlere katlanmak noktasında destek olacak derneklerin, diğer kuruluşların ve tüzel kişilerin çalışanları temsil etmelerine imkân tanınmalıdır. Anlaşıldığı üzere Direktif’te getirilen bu düzenleme sendikalar ile eşitlik kurumlarının birlikte ve uyum içinde hareket etmelerine son derece büyük bir önem atfetmektedir.

³⁰ 15.05.2004 tarihli ve 25463 sayılı Resmî Gazete.

³¹ BAYCIK, Gaye: *Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler*, ILO, Ankara, 2019, s. 10.

³² 07.11.2012 tarihli ve 28460 sayılı Resmî Gazete.

Direktif'in 3. bölümünde yer alan "*İşçiler adına veya işçileri destekleyen prosedürler*" başlıklı maddesine göre, üye devletler, kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin sağlanmasında meşru menfaatleri olan her türlü örgütün, derneğin, eşitlik organının ya da tüzel kişilerin eşitlik ilkesine ilişkin hak ya da yükümlülüklerin ihlalden haberdar olmaları durumunda her türlü idari ya da yargı mercilerine başvurumalarını sağlamalıdır (m. 15). Bilgi edinme hakkının düzenlendiği m. 7/2 ise çalışanların, kendileriyle aynı işi veya aynı iş olmamakla birlikte eşit değerde işi gören çalışanların ücretleri hakkında bilgi alma hakkını çalışan temsilcileri ya da eşitlik organı aracılığıyla kullanabilecektir. Çalışanların ücret eşitsizliğinden şüphelenmeleri halinde bunu doğrudan araştırmak yerine güvendikleri kurumsal yapılanmalara başvurmaları daha olasıdır. Direktif de, esasında eşitlik kurumlarının ve sendikaların aktif rol oynadıkları bir sistem yaratma çabasıyla tarafların birbirlerine güvenebilecekleri bir ortamı teşvik etmektedir. Aynı zamanda, eşitlik ilkesine yönelik bir ihlal halinde kurumsal yapılanmaların devreye girdiği bir hak arama sürecinin daha etkili olacağı şüphesizdir.

Ülkemizde de 6701 sayılı Kanun'la kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ayrımcılık şikayetlerini inceleme ve yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Direktif'in öngördüğü şekilde bir eşitlik kurumu yapılanması mevcut bulunmaktadır. Aynı şekilde, 6356 sayılı Kanun m. 26/2 gereğince "*Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.*". Anlaşıldığı üzere, işçi ve işveren kuruluşlarının üyelerini iki farklı şekilde davalarda temsil yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede, kuruluşlar, üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini korumak maksadıyla üyelerini temsil ederek dava açabilecek ve açılmış davaları takip edebileceklerdir³³. Bununla beraber, sendikalar, üyelerinin yazılı başvurularıyla iş sözleşmesi, iş mevzuatı ya da sosyal güvenlik mevzuatı kaynaklı ihtilaflarda üyelerini ve üyelerinin mirasçılarını temsil edebileceklerdir³⁴. Fakat uygulamaya bakıldığında işçi sendikalarının daha çok haksız iş sözleşmesi fesihleri konusunda seslerini çıkardıkları görülmektedir. Türkiye'de gerekli kurumsal yapılanmalar mevcut olmasına karşın, Direktif'in geliştirdiği ve önemle vurguladığı sosyal tarafların işbirliğine odaklanan sistemin uygulandığını söylemek ne yazık ki zordur.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nin 2023/970 sayılı Direktifi cinsiyete dayalı ücret eşitsizlikleri ile mücadelede stratejik bir öneme sahiptir. Eşitlik ilkesinin ön planda olduğu şimdiye kadar ki yaklaşımlarda, eşit ücreti sağlamanın zorluğu karşısında, Direktif ile şeffaflık vurgusunun özelinde tarafların proaktif bir rol üstlendikleri ve ölçülebilir bir ilerlemenin hedeflendiği bir sistem oluşturma çabası dikkat çekicidir. Direktif, sadece üye devletler bakımından değil, nispeten yasal alt yapıya sahip olmasına karşın bu sistemleri uygulama noktasında başarılı ve özellikle şeffaf olduğu söylenemeyecek olan Türkiye için de somut ve reform niteliğinde bir yol haritasıdır.

Çalışmamız kapsamında Direktif'in genel hatları ile incelenmesi ve özellikle esas konumuz olan toplu iş hukuku boyutuyla cinsiyetler arası ücret eşitliğini sağlayabilmek adına yapılabileceklerin derlenmesi neticesinde Türkiye'deki uygulamalarda dikkat çeken eksiklikler ve bu eksiklikleri fırsata çevirebilmek için yapılabilecekler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, işçi sendikalarının elinde yasal anlamda pek çok yetkinin yer almasına karşın, bunların çok sınırlı düzeyde kullanıldığı görülmektedir. Oysaki, verilerin dikkatlice toparlanması, cinsiyete dayalı eşitsizlikler bakımından üyelerinin gerekli bilinç düzeyine ulaşması için eğitimler planlaması gibi kurumsal desteklerin, sendikaların işlevsel hale gelmesinde ve bu sayede ücret eşitliğinin cinsiyet boyutuyla pazarlık gündemine getiril-

³³ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 917.

³⁴ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 917.

mesinde etkin olacağı kanısındayız. Benzer şekilde, sendikalar ile TİHEK arasında işbirlikçi bir yaklaşım çerçevesinde cinsiyete dayalı ücret eşitsizliğini giderme hedefiyle bir eylem planı hazırlanmaması önemli bir eksikliktir. Nitekim, toplu iş sözleşmelerinde yer alan ücretlendirme sistemlerinin şeffaflıktan uzak olduğu ülkemizde eşitsizliklerin tespiti bir hayli zordur. Bununla beraber, toplumsal yapımız dikkate alındığında cinsiyet önyargılarıyla mücadele etmek de kolay değildir. Tüm bu sebeplerle kurumlar arası işbirliğinin bir an önce işler hale getirilmesi ve sosyal tarafların müzakereler yürütmek suretiyle tüm sürece dahil oldukları aktif bir sistemin yaratılması gerekmektedir.

Direktif, Türk hukukunun teoride ve uygulamada AB standartlarıyla uyumlu hale gelmesinde önem arz etmektedir. Bu noktada ilk etapta Avrupa'daki başarılı örneklerden de anlaşıldığı üzere ücret şeffaflığının yasal düzenlemelere konu edilmesi ve yaptırımlara bağlanması etkili bir adım olacaktır. Bu çerçevede iş ilanlarında ve ücret bilgilendirmelerinde şeffaflık sağlanarak çalışanların ücret verilerine ulaşım haklarına yer veren ve işverenlere raporlama yükümlülüğü getiren yasal zemin oluşturulmalıdır.

Sonuç olarak, Türkiye'nin cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını en aza indirmeye noktasında yasal değişikliklerle birlikte kurumsal yapıların güçlendirilmesi ve işbirliğinin sağlanması elzemdir. Direktif'in dikkate alınması ve özenle takip edilmesi, yasalarımızı ve mevcut kurumsal alt yapımızı modernize etmekle kalmayıp, sadece adı olup herhangi bir işlevi bulunmayan yapıların proaktif bir şekilde hareket etmesini sağlamakta etkili olacaktır.

KAYNAKÇA

- BAYCIK, Gaye: *Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler*, ILO, Ankara, 2019.
- ÇELİK, İrem: “Avrupa Birliği 2023/970 Sayılı Direktifinde İşe Alım Sürecinde Ücret Şeffaflığı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Çalışma ve Toplum*, 2024, Cilt 3, Sayı 82, s. 1091-1126.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- DEMİR, Kübra: *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- EUROPEAN COMMISSION: *European Commission Staff Working Document, Impact Assessment*, 2021 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021SC0041>, ET: 17.11.2024).
- EUROPEAN PARLIAMENT: *Understanding the Gender Pay Gap: Definition, Facts and Causes*, 2020 (<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20200109STO69925/understanding-the-gender-pay-gap-definition-facts-and-causes-what-is-the-gender-pay-gap-and-how-is-it-calculated-7>, ET: 11.01.2025).
- FRANZEN, Martin / GALLNER, Inken / OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, 5. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (Yazar, EuArbRK).
- GÖRMÜŞ, Ayhan: “Türkiye’de Sosyal Diyalogun Gelişimi”, *Çalışma ve Toplum*, 2007, Cilt 3, Sayı 14, s. 115-140.
- GÜNTHER, Jens / SCHIFFELHOLZ, Mona: “Die Entgelttransparenzrichtlinie: Inhalte und Unterschiede zum Entgelttransparenzgesetz”, *NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht*, 2023, Sayı 11, s. 568-574.
- GÜZEL, Ali: “Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, s. 891-949.
- HENKEL, Iris: “Das Entgelttransparenzgesetz und die neue Richtlinie der EU zur Entgelttransparenz”, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits und Tarifrecht*, 2025, Sayı 2, s. 26-28.
- ILO: *Gender Wage Gap is 15.6% in Turkey, according to the joint study by ILO Turkey Office and TURKSTAT International Labour Organization*, 2020, (<https://www.ilo.org/resource/news/gender-wage-gap-156-turkey-according-joint-study-ilo-turkey-office-and>, ET: 26.04.2025).
- ILO: *Üçlü Sosyal Diyalog: Daha İyi Bir Yönetim için ILO Rehberi*, Uluslararası Çalışma Bürosu Sosyal Diyalog ve Üçlü Yapı Birimi, Yönetişim ve Üçlü Yapı Dairesi, Cenevre, 2013.
- KUTLU MUTLUER, Merve: “Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024 Cilt 28, Sayı 2, s. 81-136.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.
- MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, C.H. Beck, München, 2025 (Yazar, ErfK).
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri-2*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ODAMAN, Serkan: “Sosyal İşbirliği ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Sonrasında 144 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Üçlü Danışma Kurulu”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2005, Cilt 18, Sayı 1, s. 4-17.
- REUFELS, Martin / SOLTYSIAK, Laura: “Europäische Richtlinie zur Lohntransparenz”, *ERA Forum*, 2023, Cilt 24, Sayı 3, s. 435-447.
- ROLFS, Christian / LEX, Laura: “Die Entgelttransparenz-Richtlinie: Entgeltgleichheit zum Preis bürokratischer Überlastung”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2023, Sayı 21, s. 1353-1359.
- SÜZEK, Sarper / BAŞTERZİ, Süleyman: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: *Toplu İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2025.

TUNCAY, A. Can: “Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye’de Üçlü Sosyal Diyalog”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 1, s. 205-214.

VANDEKERCKHOVE, Sem: *Chapter 5: The Gender Pay Gap Act in Belgium: cause or outcome of the social dialogue on gender equality?*, 2024 (<https://www.elgaronline.com/edcollchap/book/9781803920429/book-part-9781803920429-16.xml>, ET: 29.03.2025).



Yargıtay Kararları Işığında Gönüllü Vazgeçme Bakımından Sübjektif Nitelikli “Gönüllülük” Koşulu^(*)



*Subjective “Voluntariness” Condition in Terms of Voluntary Renunciation
in the Light of Court of Cassation Decisions*

Gizem DURSUN ÖZDEMİR



Doktor Öğretim Üyesi

*İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

Gönüllü Vazgeçme,
Teşebbüs,
Gönüllülük,
İrade,
Frank Formülü.

Öz

Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 36’da gönüllü vazgeçme kurumu düzenleme altına alınmıştır. Gönüllü vazgeçme ile teşebbüsten farklı olarak failin gönüllü olarak hareketlerini yarıda kesmesi ve neticenin meydana gelmesi, bir başka ifadeyle meşru düzleme dönmesi cezasızlıkla ödüllendirilmiştir. Gönüllü vazgeçmenin sübjektif koşulu “gönüllülük” olarak düzenlenmiştir. Ancak kanunda ayrıca açıklanmamış olması dolayısıyla bu koşulun nasıl değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulması gerekmiştir. Zira konu gerek Türk gerekse Alman doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmış, konuya dair farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Çalışmamızda da özellikle Alman doktrinde ortaya koyulan teorilerden bahsedilmiş, Türk hukukunun bu teorilere yaklaşımı üzerinde durulmuş ve hukukumuz bakımından bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Ardından Yargıtayın gönüllü vazgeçme kurumuna ilişkin güncel kararları değerlendirilmiş ve konuya dair yaklaşımı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Keywords

Voluntary
Renunciation,
Criminal Attempt,
Voluntariness,
Will,
Frank’s Formula.

Abstract

Art. 36 of the Turkish Penal Code regulates voluntary renunciation. With voluntary renunciation, unlike the attempt, the perpetrator voluntarily interrupts his actions and prevents the consequence from occurring, in other words, returning to the legitimate course of action is rewarded with impunity. The subjective condition for voluntary renunciation is regulated as “voluntariness”. However, it is necessary to emphasize how this condition should be evaluated since it is not explained separately in the law. Indeed, the issue has been discussed in both Turkish and German doctrine and judicial decisions, and different opinions have been put forward on the subject. In our study, the theories put forward especially in the German doctrine have been mentioned, the approach of Turkish law to these theories has been emphasized and an evaluation has been tried to be made in terms of Turkish criminal law. Then, the current decisions of the Court of Cassation regarding voluntary renunciation were evaluated and its approach to the subject was tried to be determined.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.04.2025, Kabul Tarihi: 11.07.2025.

Çalışmada kullanılan Almanca eserler, TÜBİTAK-2219 Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Bursu kapsamında doktora sonrası araştırmalarım için bulunduğum Berlin Humboldt Üniversitesinde temin edilmiştir. Desteği için TÜBİTAK’a teşekkür ederim.



GİRİŞ

Teşebbüs ile gönüllü vazgeçme hâli gibi özel durumlarda suçu tamamlamayan/tamamlayamayan failin bu durumuna ilişkin önemli düzenlemeler Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 35 ve 36'da yer almaktadır. TCK m. 36'da failin icra hareketlerini gönüllü olarak yarıda bırakmasını yahut neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda cezalandırılmayacağı, icra hareketlerinin başkaca bir suç oluşturuyor olması durumunda ise bu kısma ilişkin olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Çalışmamızın ana konusunu, bahsetmiş olduğumuz düzenlemede yer verilen gönüllü vazgeçme kurumu ve özellikle sübjektif nitelikteki "gönüllü" olma unsurunun ne şekilde tespit edilmesi gerektiğine dair esaslar oluşturmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, gönüllü vazgeçme kurumuna ilişkin genel esaslar, yasal dayanağı, düzenlenme amacı ile buna ilişkin teoriler ele alınmış ve sonrasında sübjektif unsur olan gönüllülük detaylı biçimde ele alınmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle Alman hukukunda tartışılan ve gönüllülüğün tespit edilmesine ilişkin esaslar belirlemeye çalışan teoriler üzerinde durulmuş ve Türk hukukuna yansımaları ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise gönüllü vazgeçme kurumunun sübjektif unsuruna ilişkin değerlendirilmede bulunulan Yargıtay kararları değerlendirilmek suretiyle Yargıtayın konuya ilişkin yaklaşımı tespit edilmeye çalışılarak konu hakkındaki tespitlerimize yer verilmiştir.

I. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. Genel Olarak

TCK m. 36/1'de "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz*" şeklinde gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiş durumdadır¹. Bu kapsamda, suçun icrasına doğrudan doğruya hareketlerle başlayan ancak bu icra hareketlerini kendi rızasıyla yarıda bırakan yahut suçun tamamlanmasını şahsi çabasıyla önleyen kişi gönüllü vazgeçme kapsamında cezalandırılmayacaktır². Diğer yandan m. 41'de ise iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiş ve bu hâlde gönüllü vazgeçme durumunda olan suç ortağı bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yine aynı hükmün ikinci fıkrasında ise suçun "*a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması*" durumunda da yine gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı ifade

¹ Gönüllü vazgeçmenin bir ceza hukuku kurumu olarak esasında Kıta Avrupası hukuku kökenli olduğu, İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde reddedildiği ifade edilmektedir. Bkz. AKYÜREK, Güçlü: "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 10, Sayı 2, s. 184.

² ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 37; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 505; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 441; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 535; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019, s. 514; AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 725; YILMAZ, Enes: "Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 65, s. 2555; ERDAGÖZ, Özcan: "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 14, s. 1065; SELEK, Ozan: "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 10, Sayı 1, s. 191; DİMDİK, Hakan: "Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevi Unsuru: "Gönüllülük", *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, Sayı 2, s. 273; KAHRAMAN, Recep: "Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Unsurunun İçsel ve Dışsal Kararlara Göre Değerlendirilmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 1, s. 158; TOZMAN, Önder: "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 178; ERDOĞAN, Yavuz: "Gönüllü Vazgeçme", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2010, Sayı 13, s. 93; YEĞRİM, Vakkas Korhan: "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17 (Cinsel), s. 180; İÇEL, Kayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2023, s. 539; AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 124; ÖZCAK, Gürkan: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 176; BALCI, Meral: "İcrai Suçlarda Gönüllü Vazgeçmede Failin Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını Önlemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 3, Sayı 73, s. 1575; KAZAKER, Gözde: *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Elverişsiz), s. 246.

edilmiştir. Görüldüğü üzere, iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından artan tehlikelilik ve neticenin meydana gelme rizikosuna dolayısıyla failin açık bir çaba sergilemesi hükümde aranmıştır³.

Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği ile neden cezalandırılmadığı hususları, üzerinde durulması konunun özünün anlaşılması, teşebbüs kurumu ile farklarının ortaya koyulabilmesi ve özellikle unsurlarının tespit edilebilmesi bakımından önem arz etmektedir⁴. Gönüllü vazgeçme TCK m. 36’dan da açıkça anlaşıldığı üzere bir cezasızlık nedenidir ve neden cezasızlık nedeni olarak düzenlendiğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ortaya koyulmuştur⁵.

B. Gönüllü Vazgeçmenin Cezalandırılmamasına İlişkin Teoriler

1. Vazgeçme ile Teşebbüs Ortadan Kalkmaktadır

Bu görüşü savunan yazarlara göre, vazgeçmeyle birlikte suçun kurucu unsuru ortadan kalkmaktadır. Ancak yazarların bir kısmı ortadan kalkan kurucu unsurun kast olduğunu ifade ederken, diğerleri ise suçun fiil yahut hukuka aykırılık unsurundan yoksun olduğunu ileri sürmektedir⁶.

2. Suç Politikaları Gereğince Cezalandırılması Uygun Değildir

Suç politikaları, ceza kanunları aracılığıyla ulaşılmak istenen sonuca ulaşmayı sağlayacak düzenlemeler yapılmasına, bu sonuçlara ulaşılmamasına ve temelde de ceza normundan beklenen faydaların sağlanabilmesine hizmet eder⁷. Bu kapsamda; altın köprü teorisi, af teorisi, cezanın amacı teorisi olmak üzere üç temel teori, gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmaması gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunmakta ve temelde suç politikalarını dikkate alarak bir görüş ortaya koymaktadırlar⁸.

Altın köprü teorisine göre; suç politikaları kapsamında, suçun tamamlanmasını engelleyen yahut yarıda bıraka faile bu geri dönüş için “altın köprü” kurulması gerekmektedir. Esasında faile suçu işlemekten vazgeçmesi ya da tamamlamaktan alıkoymak için bir “cezasızlık” sözü verilmekte ve bu suretle suç işlemekten vazgeçmesine suç politikaları aracılığıyla bir köprü kurulması sağlanmaya çalışılmaktadır⁹. Diğer yandan teoriye göre bu altın köprüünün bir diğer amacı da mağdurun korunmasının sağlanmasıdır. Zira bu yolla failin icra hareketlerini tamamlamaması sağlanacak ve mağdur suçtan zarar görmeden kurtulabilecektir¹⁰.

Af teorisiyle gönüllü vazgeçmenin neden cezasızlık nedeni olması gerektiğini açıklamaya çalışan yazarlara göre ise gayrimeşru sınırlardan meşruluğa geri dönen ve kendi davranışlarıyla meydana getirdiği durumu telafi etmeye çalışan failin bu davranışı hoşgörüyü karşılık bulmalı ve cezalandırılmamalıdır. Esasında failin meşruluğa geçiş şeklinde gerçekleştirdiği bu davranışı gönüllü vazgeçme hükümleri ile ödüllendirilmektedir¹¹.

³ HEGER, Martin: “Art. 24”, LACKNER, Karl / KUHL, Kristian / HEGER, Martin (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2023 (Yazar, StGB), kn. 19b; SELEK, s. 193.

⁴ İÇER, Zafer: *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 184.

⁵ DİMDİK, s. 275; KAHRAMAN, s. 160. KAZAKER, Gözde: “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 39, s. 211; ŞARE, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Sayı 130, s. 122 vd.

⁶ SÖZÜER, Adem: *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 235; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 370; DEMİRBAŞ, s. 536; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 442; ZAFER, s. 517; SELEK, s. 194; AKYÜREK, s. 185; DİMDİK, s. 276; KAHRAMAN, s. 162; AYDIN, Devrim: “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 1, s. 87 vd.; ÖZCAK, s. 177; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 248.

⁷ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 508; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 442; YILMAZ, s. 2572; ERDAGÖZ, s. 1067; KAHRAMAN, s. 162; İÇEL, s. 540.

⁸ YEĞRİM, *Cinsel*, s. 181; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 140; ÖZCAK, s. 178.

⁹ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 370; ERDAGÖZ, s. 1067; DEMİRBAŞ, s. 537; AKYÜREK, s. 185; ZAFER, s. 517; SELEK, s. 194; ERDOĞAN, s. 97; İÇEL, s. 541; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 140; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 249.

¹⁰ SELEK, s. 194; DİMDİK, s. 277; ÖZCAK, s. 179.

¹¹ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 18; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 371; DEMİRBAŞ, s. 537; ERRA, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev.) ERMAN, Sahir, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1945, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 686; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 443; AKYÜREK, s. 186; ERDOĞAN, s. 97; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 141; ÖZCAK, s. 179; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 250.

Son teori olan cezanın amacı teorisine göre ise cezanın amaçlarından olan genel önleme amacı da özel önleme amacı da gönüllü vazgeçme durumunda olan veya davranışını yarıda bırakarak suçu işlemeyen yahut o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketlerin neticelerini önlemeye çalışarak suçun tamamlanmasına engel olan failin cezalandırılmamasını gerektirmektedir. Aksi durum, cezanın genel ve özel önleme amaçlarıyla bağdaşmayacaktır. Zira fail bu hâlde meydana getirdiği tehlikeli durumu ortadan kaldırmakta ve bozulan ya da bozulma tehlikesi ile karşılaşana kamu düzenini yeniden tesis etmektedir¹².

Bizim de bu görüşler doğrultusunda katılmakta olduğumuz görüş, meşru tarafa dönüş gerçekleştiren failin cezalandırılmasının cezanın amacı kapsamında genel ve özel önleme amaçlarıyla bağdaşmadığı şeklindeki görüştür. Ek olarak bize göre gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmıyor oluşu suç genel teorisi kapsamında bir şahsi cezasızlık nedeni olmasından kaynaklanmaktadır¹³. Gönüllü vazgeçmenin bir şahsi cezasızlık olduğu yönündeki görüşümüz ise gönüllü vazgeçmenin suçun tipikliğini, hukuka aykırılığını yahut kusurluluğu ortadan kaldırmıyor olmasından kaynaklanmaktadır ki, bu hususlar özellikle iştirak hâlinde meydana gelen suçlar bakımından önem arz etmektedir¹⁴.

C. Koşulları

1. Objektif Koşul: Failin Suçun İcra Hareketlerinden Vazgeçmesi yahut Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemesi

Çalışmamızın ana odağına geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından gönüllü vazgeçmenin koşullarından bahsedecek ve daha sonra özellikle bu koşullardan “gönüllülük” hususu üzerinde detaylı biçimde duracağız. Bilindiği üzere, TCK m. 36’da failin suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi yahut kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda teşebbüs dolayısıyla cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir¹⁵. Bu kapsamda öncelikle suçun icrasına doğrudan doğruya hareketlerle başlanmış olması gerektiği ifade edilmelidir¹⁶. Dolayısıyla failin hazırlık hareketleri aşamasında vazgeçmiş olması yahut suçun tamamlanmış olması durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri üzerinde durulmasına gerek olmayacaktır. Diğer yandan gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması bakımından failin hareketlerinin icrai ya da ihmali nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak vazgeçmenin iradi olması da bu noktada önem arz etmektedir¹⁷. Failin göstermesi gereken çabanın ciddi olması gerektiği de yine açıktır¹⁸. Son olarak, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanma alanının teşebbüs hükümleriyle sınırlı olduğu da ifade edilmelidir. Neticeli suçlarda, netice de dahil olmak üzere suçun tipiklikte yer alan tüm unsurları gerçekleşinceye kadar TCK m. 36 uygulama alanı bulabilecektir¹⁹. Kaldı ki, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyması durumunda ancak etkin pişmanlık hükümlerinden söz edilebilecektir.

¹² ÖZTÜRK / ERDEM, s. 371; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 442; SELEK, s. 195; DİMDİK, s. 278; ERDOĞAN, s. 97; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 250.

¹³ AKYÜREK, s. 187; AYDIN, s. 104; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 247.

¹⁴ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 1; ERRA, s. 687; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 371; SELEK, s. 196; ERDOĞAN, s. 99.

¹⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 444; AKBULUT, s. 734; AKYÜREK, s. 187; DİMDİK, s. 278; ERDOĞAN, s. 100; ŞARE, s. 143; ÖZÖCAK, s. 185.

¹⁶ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 28; PAEFFGEN, Hans-Ullrich: “Art. 96”, KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023, kn. 8. Aksi hâlde fail sadece harekete geçmeyerek dahi vazgeçmiş kabul edilebilecektir. Bkz. CORNELIUS, Kai: “Art. 24”, von HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Strafgesetzbuch: StGB*, 62. Baskı, Beck Juristischer Verlag, München, 2024 (Yazar, BeckOK StGB), kn. 62.

¹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 445; SELEK, s. 199.

¹⁸ Bu noktada özellikle çabanın failin tasavvur ettiği ve sağlayabildiği en iyi yöntem olması önem arz etmektedir. Özellikle bir insan yaşamının kurtarılması gibi bir durum söz konusu ise failin içine girdiği çaba herhangi bir kurtarma faaliyetinin ötesinde olmalıdır. Bu gibi bir durumda uzman ya da meslekten olmayan bir sağlık personelinin yardımı, tıbbi yardıma ihtiyaç duyan mağdur bakımından yeterli ve ciddi bir çaba olarak değerlendirilemeyecektir. Bkz. CORNELIUS, *BeckOK StGB*, kn. 63-65. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin bir örnek için ayrıca bkz. HADAMITZKY, Anke / SENGE, Lothar: “Art. 370”, ERBS, Georg / KOHLHAAS, Max / HADAMITZKY, Anke / SENGE, Lothar (Hrsg.): *Strafrechtliche, Nebengesetze*, Verlag C.H. Beck, München, 2012, kn. 77.

¹⁹ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 23.

Bu kurum, verilecek ceza bakımından etkili olan bir şahsi cezasızlık hâli yahut ceza indirim nedenidir ve ancak kanunda açıkça etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilen suçlar bakımından uygulanması söz konusu olabilmektedir²⁰.

Bu noktada TCK m. 41’de düzenlenen iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme hükmü üzerinde durulmasında da yarar vardır. Düzenlemeye göre; iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Yine düzenlemenin ikinci fıkrasına göre, suçun gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması ya da gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması durumunda da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama bulacaktır²¹. Tüm suç ortaklarının vazgeçme kararı alması hâlinde ise ortakların tümü bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmelidir²².

Gönüllü vazgeçmenin gerçekleşmesi bakımından bir diğer olasılık ise failin “*kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi*” hâlidir²³. Bu durumda failin salt suçtan vazgeçmesi yahut hareketsiz kalması yeterli olmayıp neticenin meydana gelmemesi ya da önlenmesi için özel bir çaba göstermesi gerekmektedir. Ancak fail tipik neticeyi gerçekleştirmek bakımından yeterli ve tipe uygun icra hareketlerini gerçekleştirmiş ise bu noktadan sonra salt hareketsiz kalması yeterli olmayacak olup, neticeyi önlemek amacıyla aktif ve ciddi bir çaba içerisine girmesi gerekmektedir²⁴. Kanun metninde failin “ciddi” bir çaba içerisine girmesi gerektiği belirtilmemiş ise de gerekçede bu husus “*icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir*” şeklinde ifade edilmiştir²⁵. Bu hareketin neticeyi önlemeye yetecek düzeyde bir hareket olması ile failin bunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması, gönüllü vazgeçmenin varlığından söz edebilmek için yeterlidir. Ek olarak, gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için failin neticeyi önleme yönündeki aktif çabasının faydalı olmuş olmasının ve neticenin meydana gelmesinin önlenmesi gerektiğini de ifade etmemiz gereklidir²⁶. Yine neticenin önlenmesi fail dışında üçüncü bir kişinin suça müdahalesinden kaynaklanıyor ise fail bakımından gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için üçüncü kişinin müdahalesinin failin bilgisi ve onayıyla gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi hâlde koşullarına göre ancak teşebbüs tartışma konusu yapılabilecektir²⁷.

²⁰ OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, s. 241; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 445; YEĞRİM, Vakkas Korhan: *Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (Gönüllü Vazgeçme), s. 42.

²¹ Ancak bu noktada failin sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli olmayıp, neticenin meydana gelmesinin önlenmesi için çaba harcaması gerekmektedir. HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 24, 26.

²² ÖZTÜRK / ERDEM, s. 373; AYDIN, s. 106.

²³ Zafer, konuyu aktif gönüllü vazgeçme ve pasif gönüllü vazgeçme olarak ikiye ayırmaktadır. Aktif gönüllü vazgeçme durumunda gönüllülüğü tespit etmek daha zordur. Fail yapmak istese de neticeyi meydana getiremeyecek durumdaysa vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir. Pasif vazgeçmede ise failin eylemlerine devam etme imkanı olmasına rağmen icra hareketlerini sonlandırması durumu söz konusudur. Bkz. ZAFER, s. 515. Suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesini önleme için her zaman aktif ya da pasif bir davranışın gerçekleşmesinin gerektiği şeklinde genel bir ifadeye bulunulması uygun değildir. Zira bu değerlendirme olayın özelliklerine göre yapılabilecektir. Hastasına ilaç vermeyen hemşirenin ya da bebeğini emzirmeyen annenin öldürme yönündeki kastı ancak ilaç vermek yahut emzirmek şeklindeki aktif davranış gerçekleştirmesi ile ortadan kalkacak ve gönüllü vazgeçmenin varolduğu sonucuna varılabilecektir. Örnekten de görüldüğü üzere bazen hareketi sonlandırmak m. 36’nın uygulanmasına yol açabilecekken bazen de aktif yönlü bir hareket gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bkz. DİMDİK, s. 279; TOZMAN, s. 182; ERDOĞAN, s. 101.

²⁴ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 8; HARDTUNG, Bernhard: “Art. 18”, ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1: §§ 1-37*, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2020, München (Yazar, MüKoStGB), kn. 55-58; SELEK, s. 200; BALCI, s. 1584.

²⁵ BALCI, s. 1585.

²⁶ Suçun tamamlanmasından önce önlenmesi için gösterilen çabalar prensipte başarıyı önlemeye uygun olsa da faile atfedilemeyecek talihsiz koşullar nedeniyle suç nihayetinde önlenemese dahi failin tamamlanan suç gereğince cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. HEGER, Martin / PETZSCHE, Anneke: “StGB § 24 Rücktritt”, MATT, Holger / RENZIKOWSKI, Joachim / HEGER, Martin / PETZSCHE, Anneke (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020, kn. 5-7; CORNELIUS, BeckOK StG, kn. 61, 62; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 445; ERDOĞAN, s. 101.

²⁷ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 20; HARTUNG, *MüKoStGB*, Art. 18, kn. 700; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 376; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 132.

2. Sübjektif Koşul: Gönüllülük

a. Kavram

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TCK m. 36 hükmünün uygulama bulabilmesi bakımından gerekli bir diğer -sübjektif nitelikli- unsur failin “gönüllü” olarak icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi hâlidir. Bu noktada gönüllülüğün tespiti bakımından yapılacak değerlendirme önem arz etmektedir. Zira öncelikle failin doğrudan doğruya suç bakımından elverişli hareketlerle suçu işlemeye başlayıp başlamadığı tespit edilecek; bu tespitten ardından ise vazgeçmenin var olup olmadığı değerlendirilerek aynı zamanda gönüllü olması aranacaktır²⁸. Fail bakımından cezasızlığın söz konusu olabilmesi için ise gönüllülük unsurunun gerçekleşmiş olması şarttır. Gönüllülük, gönüllü vazgeçme kurumunun uygulama bulabilmesi için gerekli olan sübjektif şarttır. Aksi takdirde, failin gerçekleştirdiği eylemlerin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecek ve fail teşebbüs dolayısıyla cezalandırılacaktır²⁹. Bu noktada “gönüllülük” kavramı ile “iradilik” kavramlarının aynı olmadığını ve dolayısıyla bir-biri yerine kullanımlarının uygun olmadığını da ifade etmek gerekmektedir³⁰.

Gönüllü kavramı TDK’da “*istekli*” şeklinde tanımlanmıştır³¹. Bu tanım, TCK m. 36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumu kapsamında düşünüldüğünde, failin icrasına başladığı hareketleri kendi isteği neticesinde yarıda bırakmış yahut neticenin meydana gelmesini önlemiş olması anlaşılmaktadır³². Failin cezasızlığı sonucunu doğuracak m. 36’nın uygulanması bakımından sübjektif bir unsur olan gönüllülüğün tespiti önem arz etmekte ve aynı zamanda sübjektif bir unsur olması dolayısıyla tespitinde de güçlük çekilebilmektedir. Bu noktada konuya ilişkin çeşitli teorilerden ve mehzaz kanunumuz olan Alman Ceza Kanunu’ndaki (Al.CK) düzenlemeler ile Alman doktrininden de faydalanılması konunun anlaşılabilmesi ve tartışmaların genişletilebilmesi bakımından katkı sağlayacaktır. Gönüllü vazgeçme kurumu Al.CK m. 24’te vazgeçme (*Rücktritt*) başlığıyla düzenlenmiştir ve diğer birçok düzenlememizde olduğu gibi TCK m. 36 ile benzer bir içeriğe sahiptir³³. Her ne kadar madde başlığından “gönüllülük” kavramına yer verilmemişse de “gönüllülük” (*Freiwilligkeit*) Alman ceza hukukunda da temel unsur olarak benimsenmiş ve gönüllü vazgeçmenin sübjektif unsuru olduğu ifade edilmiştir³⁴. Al.CK’da *Freiwilligkeit* olarak ifade edilen ve özgür irade olarak açıklanması mümkün olan bu koşul, failin psikolojik karar alma süreci ile ilişkilidir.

b. “Gönüllülüğün” Tespitine İlişkin Teorik Esaslar

Gönüllülüğün tespitine ilişkin olarak gerek Türk gerekse Alman doktrininde üzerine uzlaşa sağlanmış ortak bir görüş bulunmamaktadır³⁵. Örneğin; önceleri Frank Formülü sıklıkla başvurulmuş ve hür iradenin varlığının tespitinde kullanılan bir teoriyken, şu an otonom-heteronom sebep ayrımı daha sık başvurulmuş ve fayda sağlanan bir teori olmuştur. Bunun yanında yine fail bakımından irade özgürlüğünün tespitinde kullanılan psikolojik ve normatif teorilerin ise çoğu olayda benzer neticelere varmakta olduğu görülmektedir³⁶. Şimdi sırayla konuya dair benimsenen teoriler üzerinde duracağız.

²⁸ Failin vazgeçmesi gönüllü, önleme yönündeki çabaları ciddi ancak neticenin meydana gelmemesi fail dışı bir nedenden kaynaklanıyor ise bu hâlde de gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. HEGER, *StGB*, kn. 20; ÖZÖK, s. 190.

²⁹ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 20; HARTUNG, *MüKoStGB*, Art. 18, kn. 58; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446; DİMDİK, s. 280.

³⁰ SELEK, s. 202; DİMDİK, s. 280; AKYÜREK, s. 188; KAHRAMAN, s. 163; YEĞİRİM, *Cinsel*, s. 193.

³¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 10.09.2024); KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 446; SELEK, s. 202.

³² ERDAGÖZ, s. 1070.

³³ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 2.

³⁴ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 21; İŞİKA, Sertaç: *Gönüllü Vazgeçme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 182; BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 1, s. 95; SELEK, s. 203.

³⁵ BABA, Yasemin: “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 14, s. 119; BOZBAYINDIR, s. 96.

³⁶ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 18; OTTO, s. 247; HEFENDEHL, Roland: § 24: *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue* (https://strafrecht-online.org/documents/111006/_24_-_Rücktritt_vom_Versuch_und_tätige_Reue_KK_562-589.pdf, ET: 25.04.25); ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 506; DEMİRBAŞ, s. 539; BOZBAYINDIR, s. 96; KAHRAMAN, s. 164.

aa. Psikolojik Teori

Alman doktrininde baskın görüş psikolojik teoriden yanadır ki; bu görüş gönüllülüğü kişinin sahip olduğu irade özgürlüğü (*Freiwilligkeit*) olarak ifade etmektedir³⁷. Bu teori failin irade özgürlüğünün tespitinde İmparatorluk Mahkemesi döneminden günümüzde Alman Federal Mahkemesi kararlarına kadar, kararlara yansıyan ve içtihatlarla sıklıkla benimsenen teori olmuştur³⁸. Burada önemli olan, failin kararı üzerinde yani gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başladığı hareketleri yarıda bırakma yönünde karar verebilmek bakımından serbest seçim yapma imkanının ve özgür iradesinin bulunmasıdır³⁹. Psikolojik teori, gönüllülüğün ne olduğundan ziyade tespitinin ne şekilde gerçekleştirileceğine önem atfetmektedir. Teori kapsamında vazgeçmenin gönüllü kabul edilebilmesi için dış baskılar neticesinde değil, fail tarafından otonom bir biçimde kendiliğinden karar verilmiş olması gerekmektedir⁴⁰. Buna karşın, fail dış dünyadan ya da üçüncü bir kimseden kaynaklanan zorlayıcı bir neden yahut manevi bir baskı dolayısıyla vazgeçme yönünde karar vermişse bu vazgeçme “gönüllü” olarak nitelendirilemeyecektir⁴¹. Bu noktada özellikle failin durumu bünyesinde serbest bir şekilde karar alıp alamadığı değerlendirilecek ve gönüllü olup olmadığı hakkında karar verilecektir⁴².

Bu kapsamda özellikle Alman doktrininde ve yargı kararlarında gönüllülüğün tespitinde failin vazgeçmedeki saikinden hareket edilmekte olduğu ifade edilmelidir. Bu değerlendirme bakımından özellikle otonom ve heterenom saik kavramları dikkat çekmektedir⁴³.

Otonom saik, tamamen failden kaynaklanan nedenleri kapsamaktadır ve failin vazgeçmesinin bu kapsamda otonom saikle olduğu ifade edilebiliyorsa aynı zamanda gönüllü olduğu da ifade edilmektedir. Bu yoruma ise esasında “gönüllü”nün kelime anlamından ulaşılmaktadır. Bilindiği üzere gönüllülük; kişinin kendi iradesinden kaynaklanma, kendi kararı neticesi olma, kişisel arzusuyla, özgür iradeyle, zorlanmaksızın anlamlarını taşımaktadır⁴⁴.

Otonom saik teorisi çerçevesinde failin kendi kararı ile bilerek ve isteyerek icrasına başladığı hareketleri yine kendi isteğiyle terk ediyor yahut neticenin meydana gelmesini önleyerek olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, failin doğrudan doğruya icrasına başladığı hareketleri tamamlamaması ya da neticenin meydana gelmesinin önlenmesi dışarıdan kaynaklanan zorlayıcı bir neden veya baskıya değil de failin kendi istek ve iradesine dayanıyorsa gönüllü olduğu ifade edilebilecektir⁴⁵. Bu kapsamda otonom saik, vicdan azabı, pişmanlık, acıma duygusu, cezalandırılma korkusu gibi duygu ve düşünceler nedeniyle oluşmuş olabilir ki, bu duygu ve düşüncelerin oluşumunun dış dünyaya dayanması failin gönüllü olduğunun kabulü bakımından sorun teşkil etmeyecektir. Ancak dışarıdan kaynaklanan zorlayıcı bir durum yahut manevi bir baskı faili vazgeçmeye mecbur bırakıyorsa bu hâlde vazgeçme gönüllü olarak kabul edilemeyecektir⁴⁶.

Heterenom saik durumunda ise her ne kadar fail hareketin icrasından vazgeçiyor ise de bu durum dış dünyadaki çeşitli nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda failin vazgeçmesi özgür iradesi kaynaklı değildir ki, bu noktada heterenom saikin var olduğu ve vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilecektir⁴⁷.

³⁷ OTTO, s. 247; HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 18; BABA, s. 1129; BOZBAYINDIR, s. 95.

³⁸ BOZBAYINDIR, s. 97; KAHRAMAN, s. 165.

³⁹ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞSIZ / BAŞBÜYÜK, s. 506; IŞIKA, s. 172; SELEK, s. 204.

⁴⁰ BABA, s. 1129; BOZBAYINDIR, s. 97.

⁴¹ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 17-19; ÖZÖCAK, s. 192.

⁴² IŞIKA, s. 172; KAHRAMAN, s. 164.

⁴³ OTTO, s. 247. Bu kavramların kullanımının teoride mevcut olan boşluğun doldurulmasına yönelik olarak kullanıldığı ve boşluğu gizleme amacıyla kullanıldığı ifade edilmektedir. SELEK, s. 208.

⁴⁴ IŞIKA, s. 172; ERDAGÖZ, s. 1072.

⁴⁵ IŞIKA, s. 173; SELEK, s. 205; DİMDİK, s. 281.

⁴⁶ BABA, s. 1129; YILMAZ, s. 2576; ERDAGÖZ, s. 1074; SELEK, s. 205.

⁴⁷ OTTO, s. 247.

Suç işleme yönünde karar alan ve doğrudan doğruya icrasına başlayan fail, çeşitli nedenlerle⁴⁸ -suçu tamamlamayacağına inanma, kendisine uygulanan manevi baskı, yakalanma riski gibi- suçu tamamlamaktan vazgeçebilir ki, bu durumda heteronom saik söz konusu olduğundan vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilerek fail cezasızlıktan faydalanamayacaktır⁴⁹. Zira failin özgür iradesi dışındaki bir nedenden kaynaklanan vazgeçme iradesi failin suçu tamamlayacağı yönündeki iradesini sübjektif olarak imkânsız hâle getirmekte ve failin suçu tamamlayabileceği yönündeki inancını ortadan kaldırmaktadır⁵⁰.

Psikolojik yaklaşım, her ne kadar baskın görüş ve Al.CK m. 24/1'in lafzıyla doğrudan uyumlu ise de çeşitli eleştiriler de almıştır⁵¹. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere psikolojik yaklaşım konunun temelinde özgür iradeyi almış ve failin vazgeçme yönündeki saikini dikkate alarak gönüllü olarak vazgeçip vazgeçmediği yönünde bir tespitte bulunmuştur. Bu noktada konuya yönelik eleştiriler "gönüllülüğün" hukuki bir kavram olmasına karşın konuya psikolojik bir temelden yaklaşılmasına ve failin gönüllü olarak vazgeçip vazgeçmediğinin psikometri bakış açısıyla tespit edilmesine yöneltmiştir⁵². Zira fail üzerindeki baskının ve hareketlerin yarıda bırakılmasına neden olan durumun kaynağı konu bakımından çok da kıymetli olmadığı gibi önemli olan bu kararın fail tarafından verilir verilmediğidir⁵³. Ek olarak, bu şekilde yapılacak herhangi bir değerlendirme ve tespit kesin olmadığından, hukuki anlamda da belirlilik ilkesini ihlal edecek ve keyfi nitelikte olacaktır⁵⁴. Diğer yandan, failin suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken meydana gelmesi muhtemel riskleri öngörmesi veya suçun tamamlanmayacağını anlaması gibi nedenlerle suçu işlemekten vazgeçmesi psikolojik teori çerçevesinde değerlendirildiğinde, fail gönüllü olarak kabul edilemeyecektir. Bize göre de bu tür durumların failin özgür iradesine dayanıyor olması dolayısıyla suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçildiği kanaatine varılması gerekmektedir. Zira fail suçun icrasına devam etme imkânı bulunuyor olmasına karşın hareketlerini yarıda bırakmaktadır⁵⁵.

bb. Frank Formülü

Failin kastının belirlenmesi noktasında psikolojik teori kapsamında sıklıkla başvurulanan Frank formülü failin gönüllülüğünün belirlenmesi noktasında da başvurulanan teorilerden biridir. Özellikle Türk hukukunda ve Yargıtay uygulamasında gönüllülüğün tespitinde temel tespit yöntemi olduğu görülmektedir⁵⁶. Failin gönüllülüğünün tespit edilmesi noktasında Frank formülü psikolojik bir yaklaşım önermekte ve konuyu bu kapsamdan ele almaktadır. Bu noktada failin saiki irade sebebi olarak kabul edilmekte ve bu saikin vazgeçme kararı bakımından faili ne şekilde etkilediği değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmektedir.

Frank formülüne göre fail neticeyi gerçekleştirebileceği hâlde bu sonucu istemediği için suç yolunda icrasına başladığı failin icra hareketlerini sürdürmekten vazgeçmişse bu durumda vazgeçme gönüllüdür ve cezasız bırakılması uygundur⁵⁷. Ancak neticenin meydana gelmesini istemesine rağmen

⁴⁸ Bu nedenleri "iç faktör/dış faktör" olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. DİMDİK, s. 283; KAHRAMAN, s. 159.

⁴⁹ Her ne kadar otonom saik ile manevi baskı neticesinde suçun doğrudan doğruya başlanan icra hareketlerinin tamamlanmamasının aynı durumu ifade ettiği düşünülebilirse de; otonom saik durumunda fail tamamen kendi iç dünyasından kaynaklanan nedenlerle tamamlanmazken, manevi baskı durumunda suçun tamamlanmaması yine dış unsurların etkisinden kaynaklanmaktadır. Burada iki durumu birbirinden ayıran temel husus menavi baskının kişinin özgür iradesini yansıtmıyor olmasıdır. Bkz. İŞİKA, s. 174.

⁵⁰ İŞİKA, s. 174; YEĞRİM, *Gönüllü Vazgeçme*, s. 207; YILMAZ, s. 2578; SELEK, s. 207; DİMDİK, s. 282; KAHRAMAN, s. 167.

⁵¹ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 506.

⁵² Bu teori özellikle failin meşru düzene dönüşüne ilişkin olarak gönüllü vazgeçme ile sağlanan bu ayrıcalığın nedenini açıklayamaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. OTTO, s. 248.

⁵³ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 18; BABA, s. 1130; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 506.

⁵⁴ Ek olarak gönüllülüğün tespiti noktasında bir tespit yapılabilmesi için ortaya koyulan otonom ve heteronom kavramlarının da aynı "gönüllülük" gibi belirsiz kavramlar olduğu ve bu nedenle de zaten mevcut olan teorik anlamlandırma güçlüğüne daha karmaşık hâle getirdiği gerekçesiyle psikolojik teori eleştirilmiştir. Bkz. BABA, s. 1131; İŞİKA, s. 175.

⁵⁵ HEGER, *StGB*, Art. 24, kn. 6; İŞİKA, s. 176; DİMDİK, s. 288; YEĞRİM, *Gönüllü Vazgeçme*, s. 236.

⁵⁶ BABA, s. 1135; İŞİKA, s. 176.

⁵⁷ OTTO, s. 247; ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 507; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 479; AKBULUT, s. 728; YILMAZ, s. 2578; YEĞRİM, *Cinsel*, s. 183; ÖZCAK, s. 194.

başkaca etkenler dolayısıyla bunu elde edemiyorsa, burada gönüllü bir vazgeçmeden söz edilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁸. Bu teorinin temel dayanağı eski A1.CK m. 46 olmuştur. Ancak bu teori, günümüz Alman ceza hukuku doktrini tarafından failin gönüllü vazgeçmeye ilişkin gönüllülüğünün tespiti için uygun kriterler ortaya koymuyor olması dolayısıyla eleştirilmektedir⁵⁹. Bu noktada özellikle Frank formülünün de failin meydana gelen riskleri dikkate almak suretiyle vazgeçtiği hâllerde, gönüllülüğün tespit edilmesi noktasında yetersiz kaldığının ifade edildiği belirtilmelidir⁶⁰. Ek olarak belirtmek gerekir ki, failin suçtan vazgeçme imkanının bulunması yani suçun başarısız teşebbüs durumunda olmaması gerekir. Zira başarısız teşebbüs hâlinde failin vazgeçme noktasında tercih imkânı bulunmamaktadır⁶¹. Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından kısaca başarısız teşebbüs kavramının ortaya koyulması gerekmektedir⁶². Esasında A1.CK m. 24’te açıkça tanımlanmamış ve zımnen ifade edildiği kabul edilen bir kavram olan başarısız teşebbüs, failin neticeyi gerçekleştirme imkanına sahip olmadığını fark etmesini ifade eder⁶³. Başarısız teşebbüs durumu hem suçun icrası esnasında hem de icra hareketleri tamamlandıktan sonra, failin tasavvur ettiği amaca ulaşmasının mümkün olmadığını anlaması yahut en azından bu durumu kabul etmesi ile meydana gelir⁶⁴. Başarısız teşebbüsün varlığı hâlinde gönüllü olarak vazgeçilebilecek bir durum söz konusu olamayacağından öncelikli olarak başarısız teşebbüs hâlinin söz konusu olup olmadığının tespiti gerekmektedir⁶⁵. Dolayısıyla öncelikle vazgeçmenin mümkün olup olmadığı yani failin başarısız teşebbüs durumunda olup olmadığı değerlendirilecek, vazgeçmenin mümkün olduğu sonucuna varılması durumunda da vazgeçmenin hangi aşamada gerçekleştiği ve gönüllü olup olmadığı araştırılacaktır⁶⁶.

cc. Normatif Teori

Failin doğrudan doğruya icrasına başladığı eylemden gönüllü olarak vazgeçtiği hâllerde gönüllülüğün tespitinin psikolojik yaklaşımla yapılmasının fazlaca eleştirilmesi üzerine konuya dair normatif bir yaklaşımda bulunulması ve normatif bazı kriterler belirlenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle normatif teori ortaya çıkmıştır⁶⁷. Failin ne gibi durumlarda gönüllü olduğu değerlendirilerek cezasız bırakılma gibi bir ayrıcalığa sahip olabileceğine dair koşulların tespit edilmesinin takip edilen suç siyasetiyle de daha uyumlu olduğu ifade edilmiştir. Normatif teoriye göre bir kimsenin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için failin psikolojik durumu dikkate alınmaz, bu değerlendirmeye ilişkin bir problemdir⁶⁸. Zira failin gönüllülüğünün psikolojik bir yaklaşımla tespit edilmesi çabası çok soyut kriterlere dayandırılarak gerçekleştirildiğinden sağlıklı tespitler de yapılamamaktadır⁶⁹.

⁵⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 479.

⁵⁹ Frank formülüne yönelik olarak *Roxin* ise Frank döneminde başarısız teşebbüs kurumunun daha ortaya koyulmamış olması nedeniyle popüler olduğu şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. Bkz. BABA, s. 1137.

⁶⁰ İŞİKA, s. 177.

⁶¹ HEGER, *SrGB*, Art. 24, kn. 6; BABA, s. 1136; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 134.

⁶² Başarısız teşebbüs ile elverişsiz teşebbüs kavramlarının da her zaman aynı durumu ifade etmediği ve iki kavram arasındaki ayrım kısaca belirtilmelidir. Elverişsiz teşebbüs, çeşitli hukuki ya da fiili nedenler dolayısıyla failin tasarladığı haksızlığın suç neticesinde gerçekleşmediği yahut gerçekleşmeyeceği hâllerde meydana gelir. Bu anlamda elverişsizlik, suçun konusunda olabileceği gibi araçta da söz konusu olabilir. Başarısız teşebbüs failin subjektif değerlendirmesinden kaynaklanırken, elverişsiz teşebbüs ise var olan objektif nedenlere dayalı olarak neticenin meydana gelmemesini/gelememesini ve failin tasavvur ettiği neticenin meydana gelmemesini ifade eder. Ancak çoğu zaman elverişsiz teşebbüs hâlinin başarısız teşebbüs olarak da karşımıza çıkabildiği de ifade edilmelidir. Fail suçun icrası esnasında elverişsizliği fark ederse bu iki durum örtüşerek meydana gelmektedir. Bkz. İŞİKA, s. 62; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 253.

⁶³ *Işık*, başarısız teşebbüs kavramı yerine “geri dönüşsüz teşebbüs” kavramını kullanmayı tercih ederken, *Kazaker* de “akim kalmış teşebbüs” kavramını tercih etmiştir. Bkz. İŞİKA, s. 61; KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 253; BALCI, s. 1616.

⁶⁴ İŞİKA, s. 61; BALCI, s. 1616. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. KAZAKER, *Elverişsiz*, s. 254 vd.

⁶⁵ BABA, s. 1148; İŞİKA, s. 62.

⁶⁶ AKYÜREK, s. 188; BABA, s. 1136; DİMDİK, s. 288. Yaklaşımına ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. SÖZÜER, s. 248.

⁶⁷ HEGER, *SrGB*, Art. 24, kn. 18; BABA, s. 1131.

⁶⁸ SELEK, s. 209.

⁶⁹ Alman Federal Mahkemesi de gönüllülüğün tespiti bakımından normatif yaklaşımı kabul etmemektedir. Bkz. OTTO, s. 248; İŞİKA, s. 178.

Normatif yaklaşım çerçevesinde de konuya dair farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Bu görüşlerin ortak özelliğinin, vazgeçmedeki saiki dikkate alması noktasında olduğunun ifade edilmesi mümkündür⁷⁰. Görüşler, gönüllülüğün tespitine dair kriterler bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Suçlu mantığı, suç planından sapma, suç ortaklığı prensipleri normatif teori kapsamında ortaya çıkan görüşlerin belli başlılarıdır⁷¹.

Roxin tarafından ortaya koyulan suçlu mantığı teorisi, failin eylemin icrasından vazgeçmesinde gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde “suçlu mantığı normlarından” ayrılıp ayrılmadığını değerlendirmek suretiyle bir tespit yapmaktadır⁷². Teorisini ortaya koyarken mahkeme kararlarını dikkate alan ve esasında mahkemelerin de psikolojik yaklaşımı terk ederek normatif bir yaklaşım benimsediğini ifade eden *Roxin*, failin mevcut normları dikkate alarak bir değerlendirme yaptığını ve bu kapsamda eylemin icrasını “gönüllü olarak” yarıda bıraktığını ortaya koymaktadır. Bir diğer ifadeyle fail, suçun icrası esnasında fark edilmesi üzerine mantıklı bir karar vererek suç işlemekten vazgeçmektedir. Bu durumda failin vazgeçmesi esasında “gönüllü” olarak nitelendirilemeyecek olup tamamen mantık çerçevesinde, “suçlu mantığı normlarına” göre verilmiş bir karar olduğundan cezasızlıkla ödüllendirilmemelidir. Ancak tamamen korkuya kapılması nedeniyle suçun icrasını yarıda bırakan fail “suçlu mantığı normlarına” aykırı davranmış olur ve bu aykırılık cezasızlıkla ödüllendirilebilir. Bu teori çerçevesinde gönüllülüğün tespiti için failin vazgeçmesinin “etik” bir anlam taşıması gerekmemektedir. Suç bakımından failin yasal sınırlar içerisine dönmüş ve “suçlu mantığı normlarını” terk etmiş olması gönüllü vazgeçme hâli içinde olduğunun kabulü bakımından yeterli olacaktır. Ancak *Roxin*’in teorisi, suçluları ve suçlu anlayışını standardize etme çabası ve belirsiz bir kriter ortaya koymuş olması dolayısıyla eleştirilmiştir⁷³.

Konuya dair bir başka yaklaşım norma uygunluğa dönüş teorisidir. Görüşün savunucularından *Amelung*’a göre “gönüllülük” kriterlerinin hukuk sistemince somutlaştırılması gerekmektedir. Bu yaklaşıma göre önemli olan tehlikeliliğin ortadan kaldırılması olup, suçun icrasına başlamak suretiyle bir tehlikelilik yaratan fail bunu ortadan kaldırıyorsa burada gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Bu kapsamda maddi ve manevi etkiler dışında ortaya koyulan vazgeçme gönüllü olarak nitelendirilebilecektir⁷⁴.

Schünemann tarafından ortaya koyulan bir başka teori ise hukuk düzenine dönüş yaklaşımı olmuştur. *Schünemann*, faile netice olarak bir cezasızlık ödülü sunan bu kurumun normatif temellere dayandırılmasının şart olduğunu ifade ederek, bu çerçevede kriterler ortaya koymaya çalışmıştır. Teoriye göre failin gönüllü olduğundan söz edebilmek için failin içinde bulunduğu hukuka aykırılık hâlini ortadan kaldırması ve hukuk düzeninde yarattığı bozulmayı düzeltmesi gerekmektedir.

Konuya dair farklı bir yaklaşım ise *Jäger* tarafından ortaya koyulmuştur. Al.CK m. 35’te yer alan zorunluluk hâli ve dolaylı faillik düzenlemeleri kapsamında konuyu ele alan *Jäger*, zorunluluk hâli ve dolaylı faillik bakımından benimsenen kriterlerin gönüllülük için de benimsenebileceği kanaatindedir. Bu anlamda failin suçun işlenmesi bakımından araç konumuna düştüğü tespit edilebiliyorsa vazgeçmenin gönüllü olarak gerçekleştiği kabul edilemeyecektir. Zira fail bakımından zorunluluk hâli teşkil eden bir durumun varlığı hâlinde Al.CK m. 35 ile bağlantılı olarak failin vazgeçmesinin de gönüllü olduğu düşünülemez⁷⁵. Zira failin kendisi yahut yakınları için bir zorunluluk hâli içerisinde hareket

⁷⁰ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 506; AKYÜREK, s. 188.

⁷¹ İŞİKA, s. 178.

⁷² SÖZÜER, s. 249; İŞİKA, s. 178; YILMAZ, s. 2578.

⁷³ İŞİKA, s. 180; SELEK, s. 210.

⁷⁴ İŞİKA, s. 181; SELEK, s. 211.

⁷⁵ Bu noktada konu bakımından üzerinde çok fazla tartışılmış bir örnekten bahsetmek gerekmektedir. Bir bombacının bir bombayı toplantı salonuna yerleştirdiği ve bombayı aktive edeceği esnada anne ve babasının salonda olduğunu görmesi üzerine vazgeçerek bombayı patlatmıyor. Bu örneğe ilişkin olarak birçok yazar farklı kanaate ulaşmıştır. Görüşlerden biri; failin vazgeçişinin gönüllü olduğu yönündedir. Zira yazara göre fail toplumca değer gören kanaatlere önem vererek sosyal açıdan da kabul gören meşru bir alana dönmüştür. Bir başka görüş ise yakınlarını kurtarmak için vazgeçen failin bu davranışının gönüllü olmadığı yönündedir. Konuya dair *Roxin* de farklı bir gerekçeye dayanarak vazgeçmenin gönüllü olmadığı şeklinde görüş beyan etmiştir. *Roxin*’e göre, failin eylemiyle annesi ve babasının ölümüne sebebiyet vermesi kusur ve haksızlık oranını artıracak ve ona beklediği bir riziko yükleyecektir. *Roxin*’e göre her ne kadar

ettiği ifade edilebiliyorsa vazgeçmesinin gönüllü olmadığı ifade edilebilecektir ki, bu da zorunluluk hâlinin m. 35 ile uyumlu ve fail bakımından uygulanabilir olmasına bağlı olacaktır⁷⁶.

dd. Ara Değerlendirme

Gönüllü vazgeçme bakımından gönüllülüğün ne şekilde tespit edileceğine dair somut kriterler belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira gönüllü vazgeçme kurumu bakımından esas zorlu husus failin “gönüllü” olarak hareket edip etmediğinin tespiti ve ancak bu tespite bağlı olarak fail hakkında teşebbüs hükümleri yerine gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına karar verilebilecektir.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz teoriler oldukça önemli ise de kanaatimizce hiçbirisi birbirinden bağımsız olarak durumu açıklamak ve ortaya birtakım kriterler koymak bakımından yeterli değildir. Kaldı ki esas önem arz eden de teori ve kriterlerin uygulanması neticesinde varılacak olan sonuçtur. Sübjektif değerlendirmelerin uygulanması suretiyle gönüllülüğün tespiti failin başkaca etkenler dolayısıyla vazgeçmeye karar verdiği durumları açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır⁷⁷. Bu kapsamda normatif teori çerçevesinde öne sürülen yaklaşımların, gönüllü vazgeçmenin açıklanması noktasında özellikle dış etkenlerin failin saiki üzerindeki etkilerini dikkate alıyor olması dolayısıyla daha uygun olduğu ifade edilmelidir. Fakat burada gönüllü vazgeçme hükmünün düzenlenme amacı da dikkate alınarak değerlendirmede bulunulması daha yerinde sonuçlar elde edilmesini sağlayacağı gibi, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından da daha yerinde olacaktır. Zira bilindiği üzere gönüllü vazgeçme kurumuna mevzuatta yer verilmesinin temel nedeni, failin suç yolundaki hareketini yarıda bırakması ve meşru zemine dönmüş olmasıdır. Bu noktada daha normatif temelli bir yaklaşım izlenmesi de bu anlamda daha adil sonuçlar elde edilmesini sağlayacağı gibi normun düzenleniş amacıyla da uyum içinde olacaktır⁷⁸.

Bu çerçevede failin gönüllü olarak hareket edip etmediğinin tespitinde failin saiki dikkate alınacağı gibi meydana gelen olayın şartları, gelişimi ve başkaca dış etkenler de dikkate alınacak ve bu çerçevede failin hangi neden yahut saikle meşru düzleme döndüğü ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Fail kendi iradesine dayanarak bu yönde bir karar almış ise vazgeçmenin de gönüllü olduğu kabul edilecektir. Bir başka ifadeyle failin saiki, suç yolundan çıkarak meşru zemine dönmektir diyebiliyorsa fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁷⁹. Özellikle bu noktada psikolojik teori çerçevesinde Frank formülünün uygulanmasının uygun olduğunu düşündüğümüzü de ifade etmek gerekir. Bu hâlde; failin yakalanma korkusuyla, malın değerinin az olduğunu fark etmesi nedeniyle, mağdurun direnmesi üzerine vazgeçmesi hâlinde bu vazgeçmenin gönüllü olmadığını ifade etmek gerekecektir⁸⁰. Burada her ne kadar çok önemli ise de salt psikolojik temelli yaklaşımla hareket edilmesi hâlinde çeşitli durumlarda failin vazgeçme durumunun “özgür irade” ile meydana gelmiş olduğu ortaya koyulamayacağından meşru zemine dönüşü de bu çerçevede açıklamasız kalabilecektir. Dolayısıyla konunun karma bir yaklaşımla değerlendirilmesinin en sağlıklı sonuçları vereceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmek gerekir⁸¹.

prg. 35 konuyu açıklamak bakımından destekleyici nitelikteyse de yeterli değildir. Suçla birlikte gerçekleşmesi planlanan netice ancak öldürmeye de neden olmak suretiyle gerçekleşebilecek olduğundan vazgeçildiyse, bu vazgeçmenin prg. 35'ten bağımsız olarak gönüllü olmadığının ifade edilmesi gerekmektedir. Bkz. BABA, s. 1134.

⁷⁶ BABA, s. 1134.

⁷⁷ YILMAZ, s. 2580.

⁷⁸ Benzer yönde görüş için bkz. YILMAZ, s. 2580.

⁷⁹ *Akyürek* de vazgeçmenin failin kendi iradesine dayanması hâlinde hangi nedenle olursa olsun gönüllü olduğunun kabulünün gerektiğini, bunun konuya dair üzerinde uzlaşa olan en temel hususlardan olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda failin ahlaki, etik, dini herhangi bir özel saikle hareket etmiş olması aranmayacaktır. Bkz. AKYÜREK, s. 188.

⁸⁰ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, s. 507; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 134.

⁸¹ HARTUNG, *MüKoSiGB*, Art. 18, kn. 85, 86; İŞİKA, s. 184.

II. YARGI KARARLARI IŞIĞINDA “GÖNÜLLÜLÜĞÜN” TESPİTİNE İLİŞKİN ESASLAR

Gönüllülüğün tespitine ilişkin kriterler ortaya koyulabilmesi bakımından konunun uygulamada ne şekilde ele alındığının tespiti önemlidir. Bu amaçla gönüllü vazgeçme hususunu ele alan Yargıtay kararları üzerinde durularak bir sonuca varmaya çalışılacaktır.

Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 2020 tarihli bir kararına konu olan olayda sanık, elindeki sahte diplomayı bir kuruma ibraz etmiş, daha sonra yine Anadolu Üniversitesi tarafından düzenlenmiş gibi görünen iki yazıyı daha kuruma vererek ilk eyleminin ortaya çıkmasını engellemeye çalışmıştır. Ancak durumun ortaya çıkması üzerine sanığın diploması ile yapılan intibak işlemleri iptal edilmiş ve olay bakımından incelemeye esas husus, TCK m. 36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığıdır. Kararda Daire, “... *Yargısal kararlarda da, suç yolunda (inter criminis) ilerleyen sanık daha fazla ilerleme olanağına ve kanaatine sahip olduğu halde, suç yolunda ilerlemeyerek icrayı yarıda bırakmışsa ya da icra hareketleri tamamlandıktan sonra kendi çabası ile sonucun meydana gelmesini önlemişse vazgeçmenin gönüllü olduğu, buna karşılık fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerden başka bir faktör nedeniyle icra hareketlerine devam etmemişse ya da sonuca ulaşamamışsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı, bu halde icra hareketleri failin elinde olmayan engelleyici nedenlerle bitirilemediğinden ya da sonuç failin elinde olmayan nedenlerle meydana gelmediğinden kalkışmanın söz konusu olduğu.*” ifadeleriyle durumu değerlendirmek suretiyle m. 36’nın uygulanabilir olmadığını ifade etmiştir⁸². Yargıtay, olay bakımından failin kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle yani heterenom saik ile hareket etmek suretiyle doğrudan doğruya icrasına başlamış olduğu icra hareketlerini tamamlamamış olduğunu dikkate alarak gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir.

Yine bir başka kararında Yargıtay, “*Sanığın katılanla tartıştığı sırada, yaklaşık 5 metre mesafeden tabanca ile ateş ettiği katılanın yaralanarak yere düştüğünü görmesi üzerine, sonuç aldığını düşünerek birlikte geldiği kişilerle beraber olay yerini süratle terk etmiş olması, yerleşim yeri dışında, hasat yapılmış buğday tarlasında, sırtından isabet almış ve çene kemiği parçalanarak yaralanmış durumdaki katılanın yarasına müdahale etmek, kan kaybını durdurmaya yönelik çaba harcamak, katılanı araçla en yakın yerleşim yerine veya bir sağlık kurumuna götürmek gibi en temel ve basit, hiçbir davranış ve gayret sergilememiş oluşu, sanığın yeğeni ... ile çiftlik kahyası...’ın şüpheli sıfatı ile müdafilerinin huzurunda Kollukta, sanığın ise olaydan yaklaşık 10 ay sonra; katılanın yaralanmasından sonra olay yerine cankurtaran çağırılması yönünde...’e talimat verdiği iddiasının ise olay sırasında olay yerinde bulunan tanıklar ..., ... ve ...’nun olay günü Kolluk tarafından alınan ilk ifadelerinde hiç yer almamış oluşu, katılanın bu hususu doğrulayan bir beyanının bulunmaması, katılanın da hastaneye cankurtaran ile değil olay yerine gelen kardeşinin aracı ile götürülmüş olması karşısında gönüllü vazgeçmeden faydalanmak suretiyle cezadan kurtulmaya yönelik bu savunmaya itibar edilemeyeceği, sanığın bu savunmasının doğru kabul edilmesi durumunda dahi ‘Cankurtarana haber verin’ şeklindeki söylemden ibaret eyleminin, neticenin meydana gelmesini önlemek için ciddi bir çaba içerisinde olduğu ya da içinde bulunduğu koşullarda bütün olanaklarını seferber ettiği anlamına gelmeyeceği kabul edilmelidir.... ‘Fail, sonucu gerçekleştirebilme ve icra hareketlerini devam ettirebilme olanağına sahip olduğu hâlde, bunu ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllüdür. Ancak, istediği hâlde, buna olanak bulunmadığı için hareketlerini devam ettirmemiş ise, vazgeçme gönüllü değildir’ şeklindeki açıklamalarla gönüllü vazgeçmenin saptanmasında göz önüne alınacak kriterler ortaya konulmuştur.” ifadeleriyle olayda gönüllü vazgeçmenin ne şekilde tespit edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Söz konusu olayda CGK; olay esnasında sanığın en basit önlemleri dahi almadığını dikkate alarak, eyleminin beklenen neticeyi gerçekleştirdiğini kabul etmesi üzerine olay yerinden ayrıldığını, “Cankurtarana haber verin” şeklindeki savunmasının yargılama aşamasında ortaya çıkmış ve cezalandırılmayı önlemeye yönelik bir beyandan ibaret olduğunu zira önceki tutanaklarda yahut tanık ifadelerinde de belirtilmemiş olduğunu dikkate alarak olay bakımından gönüllü vazgeçmeden söz edilmesinin mümkün olmayacağı kanaatine varmış-*

⁸² Yargıtay, 15. CD, T. 07.10.2020, E. 2020/5893, K. 2020/9594 (Kazancı).

tır⁸³. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, failin buradaki yardım çağrısı “aktif ve ciddi bir çaba” olarak değerlendirilemeyecek ve gönüllü olduğu ifade edilemeyecektir.

“... Yüzünü gizlemek amacıyla ağız maskesi, güneş gözlüğü ve şapka kullanan sanığın, 26.06.2014 tarihinde Atatürk Bulvarı civarında bir süre dolaştığı, saat 16.45 sıralarında mağdura ait kuyumcu dükkana girip içinde siyah bir cisim olan beyaz renkli poşeti iş yeri müşteri koltuklarında oturmakta olan tanıklara doğrultarak ‘bu gerçek silah, oyuncak değil’ dediği, ardından iş yeri girişindeki vitrine yönelip açmaya çalıştığı, bu sırada tanığın alarm düğmesine basmak için oturduğu yerden kalkıp tezgahın arkasına geçtiğini fark eden sanığın, elindeki poşeti yeniden tanığa doğrultup vitrin camını açmadan ve bir şey de alamadan iş yerinden çıkarak hızla uzaklaştığı olayda; kendisini tanınmayacak bir hale sokarak mağdura ait iş yerine giren sanığın içinde tabanca olduğu izlenimini oluşturacak şekilde poşeti tanıklara doğrultması, karşı koymalarını engellemek için ‘bu gerçek silah, oyuncak değil’ diyerek ziynet eşyasının bulunduğu vitrin camını açmaya çalışması karşısında; işlemeyi kast ettiği nitelikli yağma suçunun icrasına doğrudan doğruya başlayan sanığın, tanığın suçun işlenmesini önlemek için iş yerindeki alarm düğmesine basmaya çalıştığını fark etmesi üzerine, yakalanmamak amacıyla iş yerinden kaçtığı...” şeklinde vuku bulan olayda gönüllü vazgeçme bulunup bulunmadığına dair CGK, sanığın, olay yerinde bulunan tanığın alarm butonuna basmak için ayağa kalkmasından korkup kaçtığını, gönüllü bir vazgeçmenin söz konusu olmadığını ve hatta eyleme son vermenin dış etkenlerin etkisiyle, failin bir katkısı olmadan gerçekleştiğini dikkate almaktadır. Yine CGK’ya göre, sanık içeri girdiği anda yöneldiği vitrin camını açabilse ve tanık alarına basmak için ayağa kalkmasa sanık icrai hareketlerini tamamlayacak ve altınları alabilecektir. CGK kararında, failin içten pişmanlık duymasının ya da utanarak suçtan vazgeçmesinin özellikle aranmadığını, faili vazgeçmeye yönelten saikin gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması bakımından önem arz etmediğini belirtmiştir. Bu kapsamda fail gerek ahlaki duygularla gerekse cezadan korkarak vazgeçmiş olabilir. Önemli olan, failin eylemi tamamlayıp tamamlamama noktasında seçme özgürlüğüne sahip olup olmadığıdır. Bu açıdan failin ceza almaktan korkarak, herhangi bir şeyden öğrenerek, pişmanlık duyarak ya da mağdura acıyarak suçu işlemeye devam etmemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla failin neden vazgeçtiği veya vazgeçmenin bir pişmanlığın sonucu mu meydana geldiği önemli değildir. Zira teşebbüs ile gönüllü vazgeçme arasındaki en önemli fark, teşebbüs failin elinde olmayan bir sebeple meydana gelirken, gönüllü vazgeçme doğrudan failin istemi ile gerçekleşmektedir⁸⁴. Aynı kararda CGK “gönüllülük” kriteri bakımından “... Vazgeçmenin sübjektif şartı olan ve dördüncü bentte açıklanan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi icrai hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psikik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faile ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması hâlinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır...” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur⁸⁵. Bu

⁸³ Yargıtay, CGK, T. 16.06.2020, E. 2016/1-1173, K. 2020/292 (Kazancı); Yargıtay, 1. CD, T. 08.07.2024, E. 2023/650, K. 2024/5099 (Kazancı): “... sanık ...’in hedef aldığı vücut bölgeleri, yara yerleri, mağdur hakkında C. Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı tarafından düzenlenen 22.06.2021 tarihli rapora göre yaraların niteliği, kullanılan aletin elverişliliği, olaydan birkaç saat önce sanık ... ile mağdur arasında tartışma yaşanmış olması, sanık ...’in eyleme katkıları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların eyleme bağlı ortaya çıkan kastlarının öldürmeye yönelik olduğu, suç vasfının kasten öldürmeye teşebbüs olarak kabulünde isabetlilik bulunmadığı, sanık ...’in suça müşterek fail olarak katıldığına kabulünün isabetli olduğu, somut olayda gönüllü vazgeçme, korkutma ve tehdit hâlinin koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından...”.

⁸⁴ Yargıtay, CGK, T. 21.11.2017, E. 2015/6-258, K. 2017/486 (Kazancı). Aynı yönde değerlendirmeler için ayrıca bkz. Yargıtay, 15. CD, T. 02.12.2015, E. 2015/7688, K. 2015/8260 (Kazancı).

⁸⁵ Yargıtay, CGK, T. 21.11.2017, E. 2015/6-258, K. 2017/486 (Kazancı). Benzer yönde değerlendirme için bkz. Yargıtay, CGK, T. 11.07.2014, E. 2013/1-126, K. 2014/364 (Kazancı): “Vazgeçmenin gönüllü olması gerekir. Yani herhangi bir engel olmaksızın, pişmanlık duyarak kişinin suç işlemekten vazgeçmiş olması gerekir.”; İÇEL, s. 544.

noktada, failin yukarıda açıklamış olduğumuz heterenom saik içerisinde bulunduğu ve dolayısıyla hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmayacağı şeklindeki görüşle de uyumlu bir karar olduğunu ifade etmek gerekecektir⁸⁶.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin incelemesine konu olan bir başka olayda ise sanık sık sık tartıştığı eşi ile yine tartışır, eşinin sanığı şikâyet etmek amacıyla karakola gittiği esnada sanık, aynı evde bulunduğu ortak çocukları mağduru beş defa karın boşluğundan olacak şekilde yaralamıştır. Daha sonra sanık çocuğu sıkıca sararak babasının yanında giden eşine götürerek çocuğu hastaneye götürmeleri gerektiğini, hâlsizleştirdiğini ve hasta olduğunu söylemiştir. Hastaneye vardıklarında çocuğun bıçakla yaşamını tehlikeye sokacak biçimde yaralandığı tespit edilmiş ve tedavi altına alınmıştır. İlk derece mahkemesi kasten öldürme suçuna teşebbüs gereğince sanık hakkında hüküm kurmuş fakat karar gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiğinden hareketle temyiz edilmiştir. Daire “*Her ne kadar sanık, mağdur ...'i bıçakla yaraladığını söylemeden mağdurun halsiz düştüğünü beyan ederek mağdur ...'dan yardım istemiş ise de, sanığın pişmanlık göstererek mağdur ...'in hastaneye ulaştırılmasını ve tedavi altına alınmasını sağladığı gözetildiğinde kendi rızası ile vazgeçip neticenin gerçekleşmesini önlemek amacıyla çaba sarfettiği anlaşılmakla, gönüllü vazgeçmeye ilişkin 5237 Sayılı Kanun'un 36. maddesi gözetilerek, sanığın tamamlanmış olan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan*” ceza verilmesinin yerinde olacağını ifade ederek ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur⁸⁷. Kararda görüldüğü üzere Daire, sanığın “gönüllü” olarak hareket edip etmediğine ilişkin açık bir tartışma içine girmezken, failin neticenin meydana gelmesini önleme yönündeki çabasını, her ne kadar çok istekli ve kayda değer bir çaba olmasa da dikkate almış ve fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde kanaat açıklamıştır. Bize göre bu noktada sanığın çocuğun hasta olduğunu söylemek ve eşinin kucığına vermeyerek bıçaklandığını gizlemesinin ve daha hızlı ve makul bir çaba içerisine girmemesinin en azından tartışma konusu yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde gönüllü vazgeçme bakımından gönüllülük unsuru aranmasının bir önemi kalmayacaktır. Zira esas önem arz eden failin gönüllü olduğunun ortaya koyulabilmesidir.

9. Dairenin incelemesine konu olan olayda ise “... *Sanığın başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde mağdurenin aşılabılır direnişi dışında ciddi bir engel neden olmaksızın eylemine kendiliğinden son vermesi nedeniyle 5237 Sayılı Kanun'un 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükümleri nazara alındığında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten ceza verilemeyeceği...*” şeklinde değerlendirmede bulunularak sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi hükmü bozulmuştur. Görüldüğü üzere Daire kararda failin “gönüllü” olup olmadığının tespiti noktasında, icra hareketlerini sonuna kadar götürerek suçu tamamlama noktasında bir engel olmaksızın hareketleri sonlandırmasını dikkate almıştır. Olayda sanığın başlamış olduğu hareketlerin tamamlanamamasına mağdurun direnişi neden olmuştur⁸⁸.

“.... *mağdurenin ifadesine itibar olunan ilk anlatımı doğrultusunda daha önceden görmediği bilgisayar yanındaki gardirop kenarından çıkarttığı tüfeği mağdureye doğrulttuğu, sanığın tüfeğin kurma kolunu kurduğu ve mağdurenin karnı ile cinsel organı arasına bitişik şekilde tüfeği dayayıp bir el ateşlediği, mağdurun cinsel bölgesindeki iç organlarının parçalandığı, olay nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, mağdurun yaralanmasıyla duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirdiği, kemik kırığına maruz kaldığı, kemik kırığının vücut fonksiyonlarını (ağır) 5 derecede etkilediği... sanığın ateş ettikten sonra 112 acil servisi arayarak mağduru kucığına alıp annesiyle birlikte taksi çağırıp hastaneye götürdüğü, takside giderken mağdurun kanayan yerlerine montunu bastırarak tampon yaptığı, hastanede de gerekli müdahalenin yapılarak mağdurun hayata döndürüldüğü, bu şekilde sanığın kendi*

⁸⁶ Aksi yönde görüş için bkz. ÖZCAK, s. 192.

⁸⁷ Yargıtay, 1. CD, T. 12.09.2024, E. 2022/9062, K. 2024/5506 (Kazancı).

⁸⁸ Yargıtay, 9. CD, T. 03.07.2024, E. 2021/11956, K. 2024/6762 (Kazancı). Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay, 6. CD, T. 03.06.2024, E. 2022/12549, K. 2024/7092 (Kazancı).

çabası ile suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesine engel olduğu olayda sanığın sonucu engellemeye yönelik birçok aktif çabası bulunduğundan gönüllü vazgeçme şartlarının oluştuğu...” biçiminde değerlendirmede bulunulan olayda Daire, özellikle sanığın neticenin meydana gelmesi yönündeki aktif ve önemli çabasını dikkate almak suretiyle olay bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının yerinde olduğu şeklinde karar vererek ilk derece mahkemesi hükmünü onamıştır⁸⁹. Kararda görüldüğü üzere, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin meydana gelmesini önlemesi şeklinde söz konusu olan gönüllü vazgeçme hâllerinde, failin “gönüllü” olduğunu ortaya koyan durum failin neticeyi önleme noktasında istekli, aktif ve yeterli düzeyde çaba göstermesidir. Bu gibi durumlarda, olayda Yargıtayın da değerlendirmiş olduğu gibi failin aktif çabası nedeniyle gönüllü vazgeçme hâli içinde olduğu kabul edilecektir.

Yargıtayın cinsel saldırı suçu bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerine ilişkin değerlendirmesi üzerinde durulması da bu noktada önem arz etmektedir. Yargıtayın bu kapsamda değerlendirmede bulunduğu bir kararında “... aniden mağdureye sarılarak yanağından öptüğü mağdurenin buna sinirlenip kalktığı sırada tutarak kucağına oturttuğu, direnmesi üzerine saçlarından tutarak yere düşürüp mağdurenin arkasından sarıldığı, kendi pantolonunu çıkarıp mağdurenin de eteğini çıkarmaya çalıştığı, mağdurenin buna rağmen bağırarak evden çıkmak üzere giriş kapısına gittiği, burada arkasından gelen sanığın kapıyı açarak mağdureye tekme vurmak suretiyle evin dışına attığı ...” şeklinde vuku bulan olay incelenmiştir. Görüldüğü üzere, mağdurun direnişi üzerine fail, mağdura karşı suç teşkil eden başkaca eylemler gerçekleştirmek suretiyle “gönüllü” olarak suç yolundan uzaklaşmak bir yana, meşru düzleme dönmek yönünde bir iradesinin olmadığı da açıktır. Dolayısıyla failin eylemlerini gönüllü olarak yarıda bıraktığından söz edilmesi mümkün değildir⁹⁰. 9. Ceza Dairesi de olay bakımından her ne kadar nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşmadığını değerlendirse de teşebbüs hükümlerinin dik-

⁸⁹ Yargıtay, 1. CD, T. 10.06.2024, E. 2023/682, K. 2024/4336 (Kazancı). Benzer yönde bkz. Yargıtay, 1. CD, T. 03.04.2024, E. 2022/13503, K. 2024/2313 (Kazancı): “... sanığın elverişli vasıta ile mağdurların hayatı bölgelerini hedef alarak birden fazla kez ateş etmesi ve meydana gelen yaralanmalar itibarıyla eylemin öldürmeye teşebbüs suçu oluşturduğu anlaşılmış ise de ciddi bir engel neden olmadan eyleme kendiliğinden son vermesi ve sanığın her iki yaralıyı ambulansın gelebileceği bir yerden araçla götürerek ambulansa teslimindeki çabası gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında TCK’nin 36. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçme koşullarının oluştuğu anlaşılmakla eylemin kasten yaralama olarak kabulünde isabetsizlik bulunmadığı...”; Yargıtay, 1. CD, T. 3.4.2024, E. 2022/13503, K. 2024/2313 (Kazancı): “... sanığın kızına ambulansı ara dediği, olayın meydana geldiği yerin engebeli bir arazi yolu olduğu, keşif için olay mahalline 300-400 metre kala araçla gitmeye fiziki koşullar bakımından uygun olmadığından yürüyerek olay mahalline gidildiği, olay yerinde yolların toprak, bitki örtüsünün yoğun ve zeminin yapraklarla kaplı olduğu, yol kenarında dere olduğu, yolların tek ve küçük bir aracın geçebileceği darlıkta olduğu görüldüğü, katılanların olay yerine geldiği aracın geliş istikametinde park edildiği, olay mahallinden çıkabilmesi için aracın dar ve engebeli yolda geri geri 200-300 metre gitmesi gerektiği ve sonrasında manevra yapılarak aracın yönünün gidiş istikametinde düzeltilerek ancak olay yerinden ayrılabilmediği, sanığın katılanlara ait aracın dörtlülerini yakarak yaralı katılanları yolda karşılaştıkları ambulansa teslim ettiği...”.

⁹⁰ Yargıtay, 9. CD, T. 01.04.2024, E. 2021/7459, K. 2024/2913 (Lexpera). Benzer yönde bkz. Yargıtay, 9. CD, T. 20.11.2024, E. 2021/19679, K. 2024/9900 (Lexpera); Yargıtay, 9. CD, T. 18.04.2024, E. 2023/10566, K. 2024/3364 (Lexpera); “... sanığın, dayısı olduğu katılanın evine gittikten sonra ‘Benim olacaksın’ diyerek, katılanı saldırap, iki eli ile katılanın belini kavradığı ve yatağa doğru itip, iki kolunu tuttuğu, katılanı zor kullanıp, katılanın iki bacağına arasına girmeye çalıştığı, bu sırada telefonun çaldığı, katılanın arayan kişinin eşi olduğunu söylemesi üzerine, sanığın telaşlanıp korkarak odadan çıktığı, kabul edilen eylem nedeniyle sanık hakkında nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (5237 sayılı Kanun) 102 nci maddesinin ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (c) bendi, 35 inci ve 53 üncü maddeleri uyarınca 9 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluklarına karar verilmiştir.... Sanık hakkında kurulan hükmünde, olay günü sanığın, katılanın aşılabilir mukavemeti dışında organ veya sair cisim sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eyleminin tamamlanmasına engel harici herhangi bir neden bulunmaksızın eylemini sonlandırdığı anlaşılmakla 5237 sayılı Kanun’un 36 ncı maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme düzenlemesi de nazara alındığında mevcut hâliyle eylemin 5237 sayılı Kanun’un 102 ncı maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi, hukuka aykırı bulunmuştur...” şeklinde Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmede gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde değerlendirme yapılmışsa da, bize göre burada failin eylemlerini sonlandırması “gönüllü” olarak gerçekleştirilmediğinden yerinde bir değerlendirme olmamıştır. Karar için bkz. Yargıtay, 9. CD, T. 1.4.2024, E. 2021/9333, K. 2024/2901 (Lexpera). Benzer yönde bir başka kararda da “Sanık hakkında her ne kadar nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de; katılanın aşamalarındaki beyanları, tanık ifadeleri ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, olay tarihinde katılanın boğazını sıkıp bayılması nedeniyle direnç gösterebileceği bir durumda ve evde bulunan yedi ile sekiz yaşlarında iki çocuğunun uyudukları esnada başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde eylemine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılmaması karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK’nin 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükmü gözetilerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten ceza verilemeyeceği, ancak o ana kadar gerçekleşen eylemlerin aynı Kanunun 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu anlaşılmakla sanığın TCK 102/1. maddesinde düzenlenen Basit Cinsel Saldırı suçunu işlediği sabit görülmüş ve müstet suçtan cezalandırılmasına karar verilmiştir...” şeklinde bir değerlendirmede bulunulmuş ve Yargıtayın oturmuş içtihadının devam ettirdiği görülmüştür. Bkz. Yargıtay, 9. CD, T. 21.12.2023, E. 2023/8227, K. 2023/8741 (Lexpera); Yargıtay, 9. CD, T. 12.12.2023, E. 2023/12608, K. 2023/8352 (Lexpera); Yargıtay, 9. CD, T. 28.11.2023, E. 2023/7237, K. 2023/7841 (Lexpera). Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. YEĞİRİM, Cinsel, s. 186-193.

kate alınması suretiyle, failin olayda gerçekleştirdiği hareketlerin TCK m. 102/1 anlamında basit cinsel saldırı suçunu teşkil ettiğini, dolayısıyla failin bu kapsamda cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu noktada failin suça yönelik kastının basit cinsel saldırı suçuna mı yoksa nitelikli cinsel saldırı suçuna mı yönelik olduğunun tespiti gerekmektedir ki, fail hakkında nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs hükümleri uygulanır ve TCK m. 102/1 gereğince yaptırma tabi tutulabilir⁹¹. Aksi hâlde doğrudan m. 102/1'in uygulanması durumu gündeme gelebilecektir. Ek olarak, doktrinde nitelikli hâl gerçekleşmediği sürece TCK m. 102/2'nin gündeme gelmesinin mümkün olmadığı dolayısıyla nitelikli hâlin meydana gelmediği durumlar bakımından gönüllü vazgeçme ve teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına imkân olmadığı şeklinde görüşlerin de mevcut olduğu ifade edilmelidir⁹². Kanaatimizce, failin kastının açık bir biçimde nitelikli cinsel saldırı suçuna yönelik olduğu ve suçun bir nedenle - failden ya da dışarıdan kaynaklanan- tamamlanmadığı durumlar bakımından durumun özelliklerine uygun olarak teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması mümkündür.

SONUÇ

“Gönüllülük” gönüllü vazgeçme kurumu için failde bulunması gereken, kurumun uygulanması için gerekli sübjektif nitelikli bir unsurdur ve özellikle kanunda başkaca detaya yer verilmemiş olması nedeniyle tespit edilmesi güç ve bir o kadar karmaşıktır. Konuya ilişkin çok çeşitli teori ve yaklaşım ortaya koyulmuştur. Bize göre kurumun doğasına en uygun olan, psikolojik teori ile normatif teorisinin bir arada uygulanmasıdır.

Bu kapsamda öncelikle psikolojik teori çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı, ardından normatif teori çerçevesinde bir karar verilmelidir. Zira normatif teori, failin normun düzenlenme amacına uygun olarak vazgeçmesine ilişkin bir değerlendirme yapmak suretiyle failin “gönüllü” olup olmadığına ilişkin bir karara varmaktadır. Bir başka ifadeyle failin eylemlerini yarıda kesmesi ve suçu tamamlamaması, hukuk düzlemine dönme yönündeki arzusundan kaynaklanıyor olmalıdır. Diğer yandan gerek Türk gerekse Alman hukukunda olduğu gibi failin vazgeçme yönündeki saikine bir anlam yüklenmesi, bu anlamda yapılan kesin sınıflandırmalarda hareket edilmesi de uygun değildir. Bu anlamda, failin ahlaki sebeplerle, korkarak, yakalanacağını düşünerek, suçu daha sonra işlemeye karar vererek, mağdura acıyarak, duygulanarak eylemlerini yarıda bırakması her olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilerek bir karar verilmesi daha yerinde olacaktır.

Yargıtayın da kararlarına konu olan olaylarda sıklıkla, pek de yerinde olmayarak harici şartların dikkate alındığı ve bir karara varıldığı görülmektedir. Özellikle failin eylemlerine devam edebilecekken suçu yarıda bıraktığı hâllerde çoğunlukla gönüllü vazgeçmenin var olduğu yönünde karar verildiği ve bu durumun fail haricindeki bir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığının dikkate alındığı ifade edilmelidir. Ancak “gönüllülük” kavramına yüklenmesi gereken anlamın daha derin olması ve failin suçun icrasını yarıda bırakmadaki iradesinin kaynağının dikkate alınmasının gerektiği açıktır. Bu açıdan yapılacak bir değerlendirmede bu kararın esasında faile bağlı içsel nedenlerden kaynaklanması hâlinde failin “gönüllü” hareket ettiği sonucuna varılmalıdır.

Son olarak, nitelikli cinsel saldırı suçunun fail tarafından yarıda bırakıldığı hâllerde Yargıtayın görüşünün gönüllü vazgeçmenin koşullarının varlığı hâlinde, nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin olduğu da ifade edilmelidir. Yüksek mahkeme, failin o aşamaya kadar gerçekleştirdiği hareketler basit cinsel saldırı suçunu teşkil etmeye yetecek düzeydeyse bu kapsamda ceza tayini yapılması gerektiğini kararlarında belirtmektedir.

⁹¹ SELEK, s. 223.

⁹² YEĞRİM, *Cinsel*, s. 187; SELEK, s. 227.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- AKYÜREK, Güçlü: “Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 10, Sayı 2, s. 183-202.
- AYDIN, Devrim: “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 1, s. 85-113.
- BABA, Yasemin: “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 14, s. 1125-1150.
- BALCI, Meral: “İcrai Suçlarda Gönüllü Vazgeçmede Failin Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını Önlemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 3, Sayı 73, s. 1573-1638.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 1, s. 87-169.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DİMDİK, Hakan: “Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevi Unsuru: “Gönüllülük”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, Sayı 2, s. 272-294.
- ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1: §§ 1-37*, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2020, München (Yazar, MüKoStGB).
- ERBS, Georg / KOHLHAAS, Max / HADAMITZKY, Anke / SENGE, Lothar (Hrsg.): *Strafrechtliche, Nebengesetze*, Verlag C.H. Beck, München, 2012.
- ERDAGÖZ, Özcan: “Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 14, s. 1063-1091.
- ERDOĞAN, Yavuz: “Gönüllü Vazgeçme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2010, Sayı 13, s. 93-124.
- ERRA, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev.) ERMAN, Sahir, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1945, Cilt 10, Sayı 3-4, s. 679-720.
- HEFENDEHL, Roland: § 24: *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue* (https://strafrecht-online.org/documents/111006/_24_-_Rücktritt_vom_Versuch_und_tätige_Reue_KK_562-589.pdf, ET: 25.04.25).
- İŞİKA, Sertaç: *Gönüllü Vazgeçme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2023.
- İÇER, Zafer: *Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAHRAMAN, Recep: “Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Unsurunun İçsel ve Dışsal Kararlara Göre Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 1, s. 157-188.
- KAZAKER, Gözde: “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 24.11.2004 Tarihli ve 5 StR 239/04 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 39, s. 203-215.
- KAZAKER, Gözde: *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Elverişsiz).
- KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- LACKNER, Karl / KUHL, Kristian / HEGER, Martin (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2023 (Yazar, StGB).

- MATT, Holger / RENZIKOWSKI, Joachim / HEGER, Martin / PETZSCHE, Anneke (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020.
- OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZOCAK, Gürkan: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SELEK, Ozan: “Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 10, Sayı 1, s. 189-235.
- SÖZÜER, Adem: *Suç Teşebbüs*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.
- ŞARE, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Sayı 130, s. 120-156.
- TOZMAN, Önder: “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 160-187.
- von HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Strafgesetzbuch: StGB*, 62. Baskı, Beck Juristischer Verlag, München, 2024 (Yazar, BeckOK StGB).
- YEĞRİM, Vakkas Korhan: “Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 167-197 (Cinsel).
- YEĞRİM, Vakkas Korhan: *Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (Gönüllü Vazgeçme).
- YILMAZ, Enes: “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 65, s. 2553-2603.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.



Tahkim Yargılamasını İçeren Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları^(*)



Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Arbitration Proceeding

Ekin Deniz İLHAN



Doktor Öğretim Üyesi

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık
Çözüm Yöntemleri,
Basamaklı Uyuşmazlık
Çözüm Şartları,
Med-Arb,
Medola,
Arabuluculuk Tahkim.

Öz

Günümüzde tarafların arabuluculuk ve tahkim usullerini sentezleyerek tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyuşmazlık çözüm şartları kaleme aldıkları görülmektedir. Hem arabuluculuk hem de tahkim klotlarının yer aldığı *med-arb* tahkim klotları mevcut olduğu gibi bu klotlara benzeyen başka alternatif karma çözüm yolları da vardır. Esasen bu sistem, arabuluculuk ve tahkim yollarını aynı süreç içinde barındıran karma bir yapı oluşturmaktadır. Özellikle ticari nitelikteki uyuşmazlıklarda avantaj sağlayan bu uyuşmazlık çözüm şartları, milletlerarası usul hukuku bakımından mevcut yöntemlerin dışında başka bir usul oluşturmaktadır. Çalışmada tahkim yargılamasını içeren basamaklı çözüm şartları incelenecek olup bu şartların olumlu ve olumsuz yanları tartışılacak ve ülkemizde bu şartların görünüşü ve doğurduğu hukuki sonuçlar incelenecektir.

Keywords

Alternative Dispute
Resolution Methods,
Multi-Tiered Dispute
Resolution,
Med-Arb, Medola,
Mediation Arbitration.

Abstract

Nowadays, the parties are attended to synthesize mediation and arbitration procedures and added dispute resolution terms that include arbitration proceedings. While there are med-arb arbitration clauses that include both mediation and arbitration clauses, there are also other alternative mixed resolution methods similar to these clauses. Essentially, this system creates a mixed structure that includes mediation and arbitration in the same proceeding. These dispute resolution terms, provide advantages especially in commercial disputes and constitute a different procedure apart from the existing methods in terms of international procedural law. In this study, the stepwise solution conditions involving arbitration proceedings will be examined, the positive and negative aspects of these conditions will be discussed and the legal consequences in terms of Turkish law will be examined.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.10.2024, Kabul Tarihi: 17.03.2025.



GİRİŞ

Dostane çözümler, devlet yargısına göre daha hızlı, daha az maliyetli, daha esnek ve daha uyusmazlığa özel profesyonel çözümler olduğundan taraflarca tercih edilmektedir. Taraflar irade serbestisi prensibine uygun olarak arabuluculuk ile tahkim prosedürlerini sentezleyerek birleştirebilmekte ve yeni hibrit hükümler öngörebilmektedir. Gün geçtikçe artan ticari ilişkiler tarafların aynı zamanda gizlilik bakımından hassasiyet göstermesine ve gizliliğe önem veren alternatif usuller kaleme almasına yol açmıştır. Bu kapsamda alternatif uyusmazlık çözüm yolları ve bu çözüm yolları içerisinde oluşan hibrid klotlar dünya çapında gelişme göstermektedir. Uluslararası literatürde uyusmazlık çözüm metotlarının en yaygın türü olarak “med-arb” olarak bilinen alternatif uyusmazlık çözüm yolunun son dönemde yaygınlaştığı görülmektedir. Toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenen yeni usul yöntemleri, dünya uygulamasından uygulamalar ile çeşitlenmekte ve gelişmektedir. İçerisinde hem arabuluculuk hem de tahkim usulünü barındıran bu yol, son zamanlarda ISTAC ve diğer alternatif uyusmazlık çözüm merkezleri tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ve bu merkezlerin iş birliği sayesinde yaygınlaşmaya başlamıştır.

Çalışmamızda tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyusmazlık çözüm şartlarının geçerliliği tartışılacaktır. Sonrasında bu şartların görünüş şekilleri ve çeşitleri ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bu şartlar açıklandıktan sonra tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyusmazlık çözüm şartlarının olumlu ve olumsuz yönleri ile meydana gelebilecek muhtemel sorunlar değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK

Arbuluculuk süreci, taraflar arasındaki uyusmazlığın çözümlenmesi için “arbulucu” adı verilen uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir kişinin uyusmazlığı çözdüğü ve sürece dahil olduğu bir çözüm yöntemini ifade etmektedir¹. Tahkim ise taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyusmazlıkların devlet yargısı yerine hakem adı verilen kişiler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi ve tarafların bu konuda anlaşmalarıdır². Başka bir anlatımla, sözleşme serbestisi ilkesi ışığında tarafların ortaya koydukları irade beyanı ile bir hak üzerinde ortaya çıkan veya çıkacak uyusmazlığın çözümünde karar verme yetkisinin, devlet mahkemeleri yerine bir veya birden fazla hakeme bıraktığı özel bir yargılama usulüdür³.

Tahkim anlaşmasının kaleme alınış şekli bakımından irade beyanının açık ve anlaşılır olması gereklidir. Tarafların tahkim yolu yanı sıra diğer alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemlerini de içeren anlaşmalar kaleme alması, karma usul (*hybrid process*) olarak adlandırılmaktadır⁴. Tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyusmazlık çözüm şartları yolu ile taraflar uzun süreli ticari ilişkilerinde sözleşmenin uygulanmaya devam etmesini de sağlamaktadırlar.

Arbuluculuk tahkim prosedürüne göre öncelikle arabuluculuk aşaması tüketilmeli; daha sonra tahkim yoluna başvurulmalıdır. Başka bir deyişle arabuluculuk yolu ile problem çözümlenemez ise tahkim prosedürüne başvurulacaktır⁵.

¹ GREGER, Reinhard / UNBERATH, Hannes / STEFFEK, Felix: *Recht der alternativen Konfliktlösung Mediationsgesetz, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2016, s. 26; FRITZ, Roland / PIELSTICKER, Dietrich: *Handbuch Mediationsrecht*, 2. Baskı, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2020, s. 48; ERKAN, Mustafa: *Arbuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 1 vd; YILDIRIM, Ferhat: *Arbulucu Mesleki Sorumluluk Sigortası*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 12. Arbuluculuk faaliyetinin en önemli süjesi arbulucudur. Arbulucu, müzakere ortamını koruyup geliştiren, sürdüren ve en sonunda sonuçlandıran kişidir. EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 62.

² AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021 (Milletlerarası Tahkim), s. 5. Doktrinde Ansay, tarafların anlaşarak uyusmazlıkların çözümünü kendi istekleriyle bir veya birkaç kimseye bırakması olarak ifade etmiştir. Bkz. ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 404.

³ ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 786.

⁴ ROSS, William / CONLON, Donald: “Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration”, *The Academy of Management Review*, 2000, Cilt 25, Sayı 2, s. 417; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru / DEĞİRMENCİOĞLU, Müge: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotlarının Geçerliliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 1, s. 610.

⁵ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: *International Arbitration Law and Practice*, 3. Baskı, Juris Publishing, Boston, 2014, s. 19.

Doktrinde basamaklı tahkim klotlarının, taraflara aralarındaki ilişkinin uzun süreli devam etmesi, tahkime gidilecek büyük bir uyuşmazlık olmaması durumunda zaman ve maliyetten dolayı tasarruf edilmesi gibi nedenlerle avantaj sağladığı öne sürülmektedir⁶. Dezavantajları olarak ise uyuşmazlık çözüm yolu sürecinin arabuluculuğa başvurulduğu için tahkim anlaşmasının kaleme alınış biçimine dikkat edilmemesi durumunda sürecin uzadığı gösterilmektedir⁷. Öğretideki bir başka görüşe göre ise arabulucuların otomatik olarak hakem olması durumunda zaman ve usul bakımından kolaylık sağlanacak olup hakemler her koşulda önyargısız olacaktır⁸. Ancak aksi görüşe göre ise hakemlerin arabulucu olmaması gerekir⁹. Bu hususta bir adım ileri gidilerek eleştirilerin ortadan kalkması için *med-arb-opt-out* yöntemi önerilmiştir¹⁰. Buna göre *med-arb-opt-out* sistemi, arabulucu sürecinden sonra tahkim sistemine geçildiğinde, taraflara yargılamayı veto yetkisi vermektedir¹¹. Bu açıdan düşünüldüğünde, Model Kanun¹² ile ISTAC bünyesinde yayınlanan *Med Arb Kuralları*¹³ arabulucunun aksi kararlaştırılmadıkça aynı zamanda hakem olarak görev yapmasını yasaklamıştır. Türkiye Arabulucular Etik Kuralları'nda ise sınırlı bir imkân tanınmıştır¹⁴. Buna göre, arabulucu ancak tarafların açık rızaları yazılı olarak mevcut ise tahkim sürecinde hakem olabilecektir¹⁵. Kanaatimizce arabuluculuk müessesinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bakımından arabulucunun aynı uyuşmazlık için hakem olması sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

UNCITRAL Model Kanun ve ISTAC Tahkim Kuralları'nın bu düzenlemelere paralel olarak yerinde olduğu kanaatindeyiz. Nitekim hakem sözleşmesi, güven ilişkisinin karakteristik unsur olduğu bir iş görme sözleşmesidir ve sözleşmenin her iki tarafı da kural olarak bu sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkilidir¹⁶. Bu kapsamda güven ilişkisine dayanan bu ilişkide aynı kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak yer almasının ilişkiyi zedeleyeceği, bu noktada tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyuşmazlık çözüm şartları uygulanırken bu hususun dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz.

II. TAHKİM YARGILAMASINI İÇEREN BASAMAKLI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ŞARTLARI TÜRLERİ

İlk tür olarak *med-arb* prosedüründe, arabuluculuğa başvurmadan tahkim yoluna başvurulamaz. *Med-arb-med* prosedüründe ise taraflar tahkim yargılamasından önce veya sonra arabulucuya başvurma konusunda karar verebilirler¹⁷.

Takım halinde yürütülen *co-med-arb* modeline göre ise arabulucu ile hakemin takım halinde uyuşmazlığı yürütmesi esastır. Bu sisteme göre arabulucu ile hakem farklı kişiler ise bu durum *med-arb* sürecini bölünebilir hale getirecektir ve arabuluculuk sürecindeki gizlilik korumasının tahkim sü-

⁶ KAYALI, Didem: "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *Journal of International Arbitration*, 2010, Cilt 27, Sayı 6, s. 552.

⁷ BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine / REDFERN, Alan: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 101.

⁸ DEMİRKOL, Berk / AKÜZÜM, Ural: *Türkiye'de Med-Arb Yapısı Mevzuatı & Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 68.

⁹ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 22.

¹⁰ ŞENSÖZ MALKOÇ / DEĞİRMENCİOĞLU, s. 610.

¹¹ ŞENSÖZ MALKOÇ / DEĞİRMENCİOĞLU, s. 610.

¹² *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use* için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf (ET: 18.08.2023).

¹³ İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-Med-Arb.pdf> (ET: 18.08.2023).

¹⁴ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%B Crkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (ET: 18.08.2023).

¹⁵ ŞENSÖZ MALKOÇ / DEĞİRMENCİOĞLU, s. 610.

¹⁶ İŞİK, Aslı Han: "Hakemlerin Özel Hukuk Sorumluluğu", (Ed.) ERKAN, Mustafa / TEPETAŞ, Candan / YÖNEY, Can / ÖZTÜRK, Ayşenur / ERÇETİNGÖZ, Seçil: *Tahkim Yargılaması İkinci Bölüm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 205.

¹⁷ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 591; DEMİRKOL / AKÜZÜM, s. 58.

recinde de devam etmesini sağlaması bu yolla mümkün olacaktır¹⁸. Bu modelde taraflar ile birlikte hakem ile arabulucu yer alarak bir sunum yapmakta; bu sunumda taraflar ve hakem arabulucu birlikte yer almaktadır. Bu sürecin temel ilkesi, *med-arb* sürecinin bir kısmının gizli, diğer kısmının ise gizli olmayan bölümler olarak ayrılabilmesidir. Gizli olmayan oturumlara arabulucu ve hakem katılabilirken, gizli oturumlara sadece arabulucu katılabilmektedir. Bu model, arabulucu ile hakemin farklı kişiler olması halinde basamaklı uyuşmazlık çözüm şartlarının seriliğinin ve akıcılığının sağlanabilmesi için “Harvard Müzakere Projesi” kapsamında ortaya atılmıştır¹⁹.

Bir diğer model olarak, *tavsiye edici med-arb* modeline göre ise arabulucu ile hakem farklı kişilerden seçilir ve arabulucu bazı önerilerde bulunur²⁰. Bu model Kaliforniya’da uygulanmaktadır. Arabulucunun önermiş olduğu model uyarınca, arabulucu ve hakemler farklı kişilerdir. Arabuluculuk aşamasında taraflar gönüllü olarak bir anlaşmaya varamazlar ise, arabulucu hakeme uyuşmazlığın çözülmesi için bir tavsiye sunar²¹.

“Paralel arabuluculuk” modelinde ise devam eden tahkim yargılamasına aynı anda arabuluculuk görüşmesi de dahil olur ve *med-arb* prosedürü meydana getirilir. Bir diğer ifade ile arabuluculuk ile tahkim süreci birlikte yürütülür²². Ancak bu modelde, hakem arabulucu kişinin kararı kesin değildir, geçici nitelik taşır. Bu modele, Amerika Tahkim Birliği tarafından yayımlanan Ticari Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulü’ünde yer verilmiştir²³. Kurallar’ın 9. maddesi uyarınca, belirli bir parasal sınırı aşan tahkim yargılamasında, tarafların veya hakemlerin talebi üzerine, tahkim süreci ile eş zamanlı olarak arabuluculuk süreci başlatılabilir. Bu model sayesinde, tahkim yargılamasında tarafların rızalarına dayalı ve dostane çözüme ulaşılmayacağına dair eleştirilerin de önüne geçilmiş olmaktadır²⁴.

MEDALOA (*Mediation After Last Offer Arbitration*) olarak bilinen başka bir model ise, tahkim ile arabuluculuk usullerinin karma prosedür olarak birleştirilmesinin bir sonucudur²⁵. Bu sürece göre; arabuluculuk süreci sonuçlanamaz ise taraflar birer son teklifte bulunabilir ve hakem karar verirken bu iki tekliften birini seçmek zorundadır. Arabuluculuk aşamasının hiçbir şekilde çözüme ulaşamaması durumunda taraflar tahkim yoluna başvurmaktadır. Bu nedenle hakemin takdirinin yüksek olduğu bir süreç olarak değerlendirilmektedir. Ancak tarafların yazılı teklifinde yer alan bilgileri hakemler değiştiremeyecektir²⁶. Öğretide MEDALOA’nun arabulucu kararında sunulan nihai teklif ile sınırlı olduğu ve bu kararın kapsamının dışına çıkamadığı için katı olduğunu savunan görüşler de mevcuttur²⁷. Ancak kanaatimizce -yukarıda açıklandığı üzere- MEDALOA’da, tarafların arabuluculukta anlaşamazlarsa arabulucunun değerlendirici konuma geçeceğini uyuşmazlığın başında bilmesi gereklidir²⁸. Bu usulün

¹⁸ ELLIOT, David: “Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?”, *Alberta Law Review*, 1995, Cilt 35, Sayı 1, s. 178; CANATAN, Betül: “Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 87.

¹⁹ ELLIOT, s. 178.

²⁰ LANDRY, Sherry: “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model”, *Defense Counsel Journal*, 1996, Cilt 3, Sayı 2, s. 266; ŞENSÖZ MALKOÇ / DEĞİRMENCİOĞLU, s. 610.

²¹ LANDRY, s. 267.

²² SAYGIN, Beyza: *Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)*, Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023, s. 11.

²³ *American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes* için bkz. https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf (ET: 26.01.25).

²⁴ ÖZBEK, Serdar: “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi Arabuluculuk Tahkim”, *Yargıtay Dergisi*, 2017, Cilt 43, Sayı 1 (Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi), s. 63; CANATAN, s. 88.

²⁵ BLANKLEY, Kristen: “Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case”, *Baylor Law Review*, 2011, Cilt 63, Sayı 317, s. 323; DENFONDER, Renate / LACK, Jeremy: “The Interaction between Arbitration and Mediation: Vision v Reality”, *Dispute Resolution International Journal*, 2001, Cilt 1, Sayı 1, s. 92.

²⁶ ÖZBEK, *Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 68; CANATAN, s. 89.

²⁷ BLANKLEY, s. 347; SAYGIN, s. 11.

²⁸ SAYGIN, s. 11; LACK, Jeremy: “Appropriate Dispute Resolution: The Spectrum of Hybrid Techniques Available for the Parties”, (Ed.) GOLDSMITH, Jean-Claude / INGEN-HOUSZ, Arnold / POINTON, Gerald H.: *ADR in Business Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, Netherlands, 2011, s. 368.

altında yatan görüşe göre, standart tahkim prosedüründekinden farklı olarak, hakemler genel olarak prosedürü bölmeye yetkilidir ve bu konuda hakemlere takdir hakkı tanınmıştır. Öğretide bu duruma ilam sonucunun bölünmesini ifade etmesi nedeni ile “bebeği bölme (*split the baby*)” nitelendirmesi yapılmıştır²⁹. Bu modele göre hakemin görevi, tarafların talepleri doğrultusunda hem arabulucu hem de hakem gibi davranarak asgari birleşenlerde onları birleştirmektir.

MEDALOA, modelinin bir varyasyonu olarak doktrinde “karanlık beyzbol tahkimi (*dark baseball arbitration*)” karşımıza çıkmaktadır³⁰. Bu modelde, taraflar tekliflerini kapalı zarf usulü ile hakeme sunmaktadırlar. Hakem ise teklifi görmeden, takdiri olarak karar vermektedir. Daha sonrasında teklifler incelenerek, hakemlerin kararına paralel olarak verilen karar hakem kararı olarak ilan edilmektedir³¹. Öğretide ilgili yöntemin, uyuşmazlığın çözümünde ideal bir yöntem olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, tahkim yargılaması için fazla süre harcanacak, tarafların sunduğu tekliflerden bir tanesinin direkt olarak hakem kararı varsayılmasının sakıncalı sonuçlar doğuracağı ifade edilmiştir³².

Bağlayıcı olmayan klotlar ve modeller bakımından *med-arb* klotları incelendiğinde ise “bağlayıcı olmayan *med-arb* modeli” karşımıza çıkacaktır. Bu klot uyarınca, arabuluculuk aşamasından olumlu sonuç alınmaması durumunda hakem, danışman olarak istişari nitelikte yargılamayı sonuçlandırır³³. Hakemlerin bağlayıcı olmayarak verdiği bu istişari kararların bağlayıcı olmasının istenmesi durumunda, üçüncü bir kişi hakem olarak atanabilir. Bu durumda yargılama bağlayıcı nitelik kazanır. Taraflar bu süreçte arabulucunun bağlayıcı bir karar vermeyeceğine güvenerek süreci suiistimal edebilir. Bu durum, tahkim yargılamasını içeren basamaklı uyuşmazlık çözüm şartlarından beklenen pek çok olanağın önüne geçmesi bakımından öğretide eleştirilmiştir³⁴.

Bir başka varyasyon olarak gölge arabuluculuk modeli (*shadow mediation*) mevcuttur. Gölge arabuluculuk modeli de çok taraflı uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmuş bir modeldir³⁵. Bu modele göre arabulucu ile hakemlerin farklı kişiler olması gerekir. Arabulucu ile hakemler farklı kişiler olduğundan, arabulucunun tahkim yargılamasına müdahil olmaması kuraldır. Bu model, hakem ile arabulucunun farklı kişi olması sebebiyle mali açıdan farklı sorumluluklar doğurabilecektir³⁶. Yöntem, öğretilde, hakemlerin anlaşmaya varamadıkları hususlarda arabuluculardan yardım isteyebilecek olmaları sonucunda zaman kaybedileceği nedeniyle eleştirilmiştir³⁷ ve kanaatimizce de sakıncalıdır.

Ayrı bir varyasyon olarak “sebebe gösterilen *med-arb* (*show cause med-arb*)” modelinde aynı kişi taraflı üçüncü kişi sıfatı ile arabulucu ve hakem olmaktadır³⁸. Bu modele göre taraflar kararda hata tespit ederse karar tarafların iradesine göre tekrar gözden geçirilecektir. Usulün olumsuz yönü ise zor ve muğlak uyuşmazlıklar için uygun olmaması, ön karar sürecinin çok kompleks bir yapı oluşturacak olması ve bu nedenle kesin bir kararın verilmesindeki zorluktur³⁹. Kanaatimizce, karmaşık uyuşmazlıklar bakımından hakem arabulucu kararının kesin nitelik taşıması ve bu tür kararların çözümünde kompleks bir yapı oluşturması sebebi ile sebebe gösterilen *med-arb* klotları sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

²⁹ SAYGIN, s. 11.

³⁰ “Karanlık” olarak nitelendirilmesinin yapılmasının nedeni, tekliflerin kapalı zarf usulü hakemlere sunulmasıdır. Hakemler, kapalı zarf usulü başlamadan hiçbir şekilde tekliflerden haberdar olmamaktadır.

³¹ DENFONDER / LACK, s. 91-92.

³² DENFONDER / LACK, s. 91-92.

³³ ÖZBEK, *Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 65-66; CANATAN, s. 89-90.

³⁴ Aynı yönde bkz. ÖZBEK, *Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 66; CANATAN, s. 89-90.

³⁵ DENFONDER / LACK, s. 100.

³⁶ CANATAN, s. 90; FLAKE, Richard: *MED/ARB -A viable ADR vehicle? Nuances of Med/ Arb-A Neutral's Perspective* (http://cedires.com/index_files/FLAKE_http-www.cbylaw.com-filebin_files_flake_rpf-AAA_Med-Arb.pdf, ET: 23.08.2023).

³⁷ CANATAN, s. 90.

³⁸ ÖZBEK, *Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 67.

³⁹ Bu kararın kesin karar olmaması nedeni ile haklı neden ortaya konulması kısaca “*to show cause*” olarak nitelendirilmiştir. ALECU, Ioan Nicolae / CIOCAN, Felix-Dimitrie / CIOCAN, Horia Nicolae / MIHUT, Miki: *Med-arb and Arb-med Procedures in Conflicts Among Professionals in Agriculture*, 2015 (https://mpira.ub.uni-muenchen.de/69333/1/MPRA_paper_69333.pdf, ET: 25.08.2023).

Med-arb diff sistemine göre ise arabuluculuk ve tahkim prosedürü ayrı kişiler tarafından yürütülmektedir⁴⁰. Buna göre arabuluculuk sonucunda elde edilen gizli bilgiler hakem ile paylaşılmayacaktır. Ayrıca bu süreçte hakemler arabulucu toplantılarına katılım sağlayabileceklerdir fakat taraflara ait gizli bilgilerin paylaşılmaması konusunda hassasiyet gösterilecektir. Arabulucu ile hakem ayrı kişiler olduğundan, tarafsız üçüncü kişi için ayrıca atama yapılacaktır. Bu durum ise zaman kaybına yol açabilir çünkü taraflar arabuluculuk aşamasında gerçekleştirilen süreçleri baştan yaşayarak uyuşmazlığı tarafsız üçüncü kişi hakeme tekrar anlatmak zorunda kalmaktadırlar⁴¹. Arabuluculuk süreci sonunda kanaate varılan hususlar zapt edilerek tahkim süreci öncesinde hakemlere bildirilir. Ancak bu süreç, farklı kişilerin atanması ve taraf iradelerinin özgür bırakılamaması nedeni ile birtakım eleştirilere uğramıştır⁴². Ancak tarafsız ve bağımsızlığın sağlanması, iki ayrı sürecin farklı kişilerce görülmesi ve bu iki aşamanın ayrı fakat karma bir prosedürle incelendiği bu sistemin basamaklı tahkim klostarı bakımından pek çok problemi giderdiği kanaatindeyiz.

III. TAHKİM YARGILAMASINI İÇEREN BASAMAKLI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ŞARTLARININ DEĞERLENDİRMESİ

Med-Arb yöntemi ile uyuşmazlıklar kısa sürede taraf iradesi gözetilerek sonuçlandırılır ve verilen karar taraflar açısından bağlayıcı niteliktedir. İrade muhtariyeti ilkesi ışığında arabuluculuk yolu başarısız olursa tarafların tahkim yolunun seçileceği yönündeki iradesinin açık ve anlaşılır şekilde ortaya konulması gereklidir. Uyuşmazlıkların tahkim yoluna gidilmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Ticari tahkim yargılamasında eşitler arasında bir ilişki vardır ve önemli olan özel hukuk kişisi sıfatı ile devlet, şirket veya gerçek kişi arasındaki tahkim anlaşmasının mevcudiyetidir⁴³. Açık ve kesin irade açıklaması ise, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdın geçerliliği için aranan unsurlardandır⁴⁴.

Med-arb yolunun tercih edilmesi için her durumda klasik bir klozun mevcut olması zorunlu değildir. Örneğin uyuşmazlık çıktıktan sonra da tahkim usulüne başvurulabilir ve fiili olarak *med-arb* prosedürü gerçekleşmiş olur.

A. Bazı Tahkim Kuralları Bakımından Düzenleniş Biçimi

İstanbul Tahkim Merkezi ISTAC Tahkim Kuralları'na göre⁴⁵, taraflar sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları konusunda *med-arb* usulüne başvurulacağı konusunda anlaşabilirler. ISTAC *Med-Arb* Kuralları'na göre;

“Bu Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın amacı, arabuluculuk ve tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların İstanbul Tahkim Merkezi nezdinde çözümünde, uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk ve tahkime beraber yer verilmesi durumunda, takip edilecek usul ve uygulama kurallarının belirlenmesidir.”.

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Kuralları'nda⁴⁶ tarafların dilerlerse tahkim-arabuluculuk kurallarına başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim

⁴⁰ BLAKENSHIP, John: “Developing your ADR Attitude Med-Arb, a Template for Adaptive Alternative Dispute Resolution”, *Tennessee Bar Journal*, 2006, Cilt 42, Sayı 28, s. 5.

⁴¹ CANATAN, s. 86-87.

⁴² ÖZBEK, *Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 61.

⁴³ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırım Tahkiminde Aşamalı Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümler”, (Ed.) GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce / ERTEM ÖZER, Burcu / AYAYDIN, Dilhun / BAYTEMİR TARHAN, Setenay / KORKMAZ, Müberra / İSTEMİ, Zeynep / KILIÇ BAŞOĞLU, Cansu / ERDEM, Burak / AYDIN, Arda Anıl: *Ceren Damar IV. Bilim İnsanları Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 45.

⁴⁴ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 152.

⁴⁵ İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), Arabuluculuk Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-Med-Arb.pdf> (ET: 26.08.2023).

Kuralları'na⁴⁷ göre ise 45 günlük süre içerisinde tahkim sürecinin başında arabuluculuk prosedürüne başvurabilirler. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'ndaki ilgili kurallar Amerikan Tahkim Derneği Kuralları'na⁴⁸ paralel düzenlemeler içermektedir.

B. Olumlu ve Olumsuz Yönlerinin Değerlendirilmesi

Med-arb prosedüründe uyuşmazlık sürecin kontrolü kaybedilmeksizin çözümlenirken taraflara güven sağlanmaktadır. Arabuluculukta geçen süre sayesinde, tarafların bilgi sahibi olunması sağlanır; bu vesile ile arabuluculuk sürecinde geçen süre boşa geçmemiş olur⁴⁹. *Med-arb* süreci ile maliyetler ve süreç kontrol altına alınabilmektedir. Bu süreç alternatif uyuşmazlık çözüm süreçleri arasında en kolay uyarlanabilen süreçtir⁵⁰. Nitekim tahkim yargılaması sürecinde bile tarafların arabuluculuğa geri dönme şansı bulunmaktadır. Bir adım ileri gidilecek olursa taraflar uyuşmazlıklarının bir kısmı bakımından arabuluculuk prosedürünün bir kısmı bakımından tahkim prosedürünün geçerli olması gerektiğini kararlaştırabilirler⁵¹. *Med-arb* yolu, uyuşmazlık külliye arabuluculuk yöntemi ile çözüldüğü takdirde ya da uzlaşmaya varılmayan az sayıdaki konular tahkim aşaması ile çözüldüğü ölçüde amacını gerçekleştirmiş olmaktadır⁵². Diğer yandan, *med-arb* yöntemi pek çok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştiriler ayrı başlıklarla aşağıda incelenecektir.

1. Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Birinci sakınca, arabulucunun hakem olarak görev yapmasıdır. İleride hakemlik yapacak arabulucunun bu süreç esnasında gözlemledikleri ve kanaati onun tarafsızlığını zedeleyebilir⁵³. Taraflar, gelecekte kendilerini etkilemesinden çekindikleri için tüm bilgileri arabulucu ile paylaşmaktan imtina edebilirler ve bu nedenle yeterince açık olamayabilirler⁵⁴. Arabuluculuk süreci olumlu sonuçlanmadığında bir yargılama faaliyeti olan tahkim yargılaması başlayacaktır. Tahkim yargılaması sonucunda esas itibarıyla beklenen, hakemlerin tarafların nezdinde bağlayıcı bir karar vermeleri ve uyuşmazlığın esastan çözülmesidir⁵⁵. Bu süreçte bir taraf kazanırken diğer taraf kaybedecektir; bu durum, taraflar üzerinde arabuluculuk sürecinde her koşulda anlaşmaya varmaları konusunda bir baskı oluşturabilecektir⁵⁶. Arabuluculuk müessesesinin temelini oluşturan iradilik unsuru bu kapsamda zarar görebilecektir⁵⁷. Ancak bir diğer yandan, her ne kadar tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin yukarıda bahsi geçen sorunlar yaşanabilse de hakemler her durumda milletlerarası tahkim yargılamasında tarafsız davranmak zorundadır. Uluslararası Barolar Birliğinin Uluslararası Ticari Tahkimde Çıkar Çatışmalarına İlişkin Kılavuz İlkeleri'nin 2. maddesi uyarınca hakemler, menfaat çatışması oluşturacak bir durum söz konusu olur ise yargılamadan çekilmek zorundadır⁵⁸. Menfaat çatışması olduğunu iddia eden taraf otuz gün

⁴⁶ İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ITOTAM) Med Arb Kuralları için bkz. https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf (ET: 27.08.2023).

⁴⁷ ICC Arbitration and Mediation Rules için bkz. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/arbitration-rules-and-mediation-rules/> (ET: 27.08.2023).

⁴⁸ American Bar Association *Arbitration Rules and Mediation Procedures* için bkz. https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial-Rules_Web.pdf (ET: 27.08.2023).

⁴⁹ BARIL, William / DICKEY, Scott: *Med-Arb: The Best of Both Worlds or Just a Limited ADR Option?* (<https://www2.mediate.com/pdf/V2%20MED-ARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf>, ET: 02.07.2025).

⁵⁰ BLAKENSIP, s. 12.

⁵¹ DENFONDER / LACK, s. 83.

⁵² ÖZBEK, *Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi*, s. 21.

⁵³ DEMİR GÖKYAYLA, s. 595.

⁵⁴ ÖZBEK, Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022 (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü), s. 30.

⁵⁵ CANYAŞ BAYATA, Aşlı: "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi", Ankara Barosu Dergisi, 2022, Cilt 80, Sayı 3, s. 417.

⁵⁶ YILDIRIM, Ferhat: *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Ombudsmanlık), s. 42-43.

⁵⁷ YILDIRIM, *Ombudsmanlık*, s. 43.

⁵⁸ Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri için bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135> (ET: 28.06.2023). İlke kuralları, *soft law* nitelikte olup bağlayıcı değildir. Kurallar ancak tarafların anlaşması ile bağlayıcı hale gelecektir. Ayrıca bkz. KARACA, Akif: "Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin

içinde hakem aleyhinde itiraz etmemesi durumunda itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Bu kapsamda hakem arabulucunun bu kurallara uygun olarak tarafsızlığı zedeleyecek bir davranıştan kaçınacağı kanaatindeyiz.

2. Süre ve Maliyet

Ayrıca *Med-arb* klostarı ile ilgili olarak, sürecin yürütülmesi bakımından süre sorunu tartışılmıştır. Bu görüşlerin temelinde, arabulucu ve hakemin farklı kişilerden seçilmesi sürecinin usul ekonomisi bakımından ve zaman açısından pek çok soruna yol açabilme olasılığı yatmaktadır. Nitekim arabuluculuk sürecini geçirmiş olan taraflar aynı süreci tekrar yaşamak zorunda kalacaklardır ve bu süreçte şüphesiz zaman harcanacaktır. Oysa tahkim yargılamasının en büyük avantajının, yargılamanın devlet mahkemelerine göre daha hızlı sonuçlanması olduğu unutulmamalıdır⁵⁹. Devlet mahkemelerinde iş yükünün artması, yargılamanın uzun sürelerde sonuçlanması, devlet mahkemesine göre tahkim yargılamasının en büyük avantajlarından biridir. Milletlerarası tahkimde hakem kararları taraflara tebliğ edildiği anda kesin ve bağlayıcı olur. Ayrıca uyuşmazlığı çözen hakemler, mahkemelere nazaran çok daha az davaya bakmaktadırlar⁶⁰. Bu sebeple, uyuşmazlıklar mahkemelere kıyasla tahkimde daha hızlı çözümlenecektir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için meydana gelecek olan maliyetlerin azaltılması bakımından basamaklı uyuşmazlık çözüm şartlarının ek masraf ve süre kaybına sebep olması söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki taraflar doğrudan tahkim yargılamasına başvurma konusunda kararlı iseler ve tahkim şartı öngörülmüş ise bir uyuşmazlık çıktığında, arabuluculuk sonucunda sulh olma ihtimalleri olmadığı için, bu durum yargılama açısından ek masraf ve süreye neden olur. Bu kapsamda, tarafların basamaklı uyuşmazlık çözüm şartı klostuna başvurmak yerine tahkim şartı öngörmesi, ancak uyuşmazlık çıktığı zaman ihtiyari olarak arabuluculuk yöntemine başvurmak istemesi daha stratejik bir tercih olabilir⁶¹.

3. Gizlilik ve Bağlayıcılık Unsuru

Bu sürecin olumlu yanlarından biri hakemlerin yargılamayı arabuluculuk sürecine katıldıktan sonra uyuşmazlığa hâkim bir şekilde, taraf beklentilerini de gözeterek yürütebilmesidir. Bununla birlikte arabuluculuk aşamasında arabulucu gizlilik arz eden hususları da öğrenebilecektir. Bu kapsamda tahkim yargılamasında hakem, söz konusu gizli bilgilerden bağımsız şekilde karar vermelidir. Ancak arabulucu ve hakemin farklı tarafsız üçüncü kişi olması da pek çok sorunu beraberinde getirecektir. Tahkim ve arabuluculuk prosedürünün taraf iradesinden kaynaklandığı düşünülecek olursa, güven duyulan tarafsız üçüncü kişi arabulucu ile *med-arb* sözleşmesinin doğru kaleme alınmasıyla birçok sorun çözülecektir⁶². Bu süreç sonucunda verilen hakem kararı, arabuluculuk kararına göre daha kolayca tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olacaktır.

Son olarak bir diğer problem ise sulh konusunda ve yargılama sonucundaki verilen kararın bağlayıcılığı konusunda yaşanabilecektir. Saf arabuluculukta taraflar, istedikleri gibi uyuşmazlığı sonlandırabileceklerdir. Oysa *med-arb* prosedüründe taraflar anlaşılmazsa arabulucu-hakem uyuşmazlığı hakem olarak görerek sonlandıracağına inanmış durumdadır. Görüldüğü üzere *med-arb* prosedürüne karşı getirilen eleştirilerin çoğu bir kişinin iki farklı rolü üstlenmiş olmasından gelmektedir. Belirtilebilir ki irade muhtariyetine ve taraf iradesine dayalı olan bu prosedürün, getirilen eleştiriler karşısında sakıncalı olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra *med-arb* şartı olan sözleşmelerde arabuluculuk aşamasının zorunlu olup olmadığı öğretilen tartışılan bir husustur. Çalışmamızın bir sonraki bölümünde bu konu üzerinde durulacaktır.

Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 1, s. 223.

⁵⁹ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 11; ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 16.

⁶⁰ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 11.

⁶¹ DEMİRKOL / AKÜZÜM, s. 74.

⁶² DEMİR GÖKYAYLA, s. 597.

C. Değerlendirme

Med-arb sözleşmeleri bakımından arabuluculuk sürecinin tüketilmesi için temel olarak iki görüş yer almaktadır. Bu görüşler arabuluculuk aşamasının zorunlu ya da ihtiyari olması konusunda ikili bir ayrım yapmaktadır⁶³. Zira basamaklı tahkim klozları bakımından çelişki veya açıklık olmaması durumunda, tahkim klozu patolojik olabilecektir⁶⁴.

Doktrinde yer alan birinci görüşe göre, *med-arb* klozları bakımından arabuluculuk aşaması zorunlu olmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, arabuluculuğa gidilmesi zorunluluktur ve arabuluculuk süreci bu süreç bakımından faydalı bir prosedürdür. Amaç tahkim yargılamasının başlatılması ise tahkim yargılamasına gecikmeksizin başlanmalı; tarafların tahkim anlaşmasına tahkim öncesi aşama tüketilmeden davaya geçilmeyeceği yönünde açık hüküm eklemesi gereklidir⁶⁵. Nitekim zorunlu bir aşama olan arabuluculuk aşamasına başvurulmaması durumunda hakem veya hakem heyetinin yetkisi zorunlu olan arabuluculuk yolu tüketilmeden doğmayacaktır. Hakem heyeti, zorunlu aşamaların tüketilmemesi sebebiyle arabuluculuk müzakereleri sonlanana kadar yargılamayı durdurabilecektir⁶⁶. Hakem heyetinin arabuluculuk aşamasının ön şart olmadığına karar vermesi durumunda ise itiraz reddedilecek ve uyuşmazlığın esasına geçilecektir⁶⁷.

İkinci görüş ise arabuluculuk safhasını bağlayıcı bir süreç olarak görmektedir. Öğretide tahkim öncesi aşamanın zorunlu ya da ihtiyari olması tartışmasından öte, bu yolun tüketilmemesinin tek istisnasının taraflardan biri çaba sarf etmesine rağmen, diğer tarafın bu süreçte katılmaması olduğunu belirtilmiştir⁶⁸. Uyuşmazlık sonucu hukuki yollara başvurmak isteyen taraf arabuluculuğun etkin bir usul olmayacağını ve sadece bağlayıcı bir kararı geciktirebileceğini düşünüp doğrudan tahkim yoluna başvurmak isteyebilecektir⁶⁹. Unutulmamalıdır ki milletlerarası ticari tahkimde en önemli faktör taraf iradesi ve kontrolünün yargılamada oynadığı roldür⁷⁰.

Yeşilirmak ise arabuluculuk safhasının taraf iradesinden doğduğunu ve tarafların bu çözüm yoluna başvurmakta zorlanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bu değerlendirme yapılırken tahkim yeri hukuku kurallarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁷¹. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, tahkim öncesi aşama zorunlu olduğundan, bu aşamanın tüketilmesi gereklidir⁷². Milletlerarası hakem kararlarına bakıldığında, basamaklı çözüm şartları bakımından arabuluculuk usulünün atlanarak tahkim yargılamasına geçilmesi, hakem heyetlerince kabul edilebilirlik bakımından incelenmiştir. Buradaki engel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi usulüne benzetilebilir⁷³. Bu şartın yerine getirilmemesi, Mahkemeye başvuruda davanın “kabul edilebilirliği (*admissibility*)” ile ilgili bir sorundur. Öte yandan hakem heyeti, bu meseleyi kabul edilebilirlik kriterleri bakımından değerlendirse bile, taraflara tahkim yargılaması öncesi yüküm-

⁶³ TAN DEHMEN, Mine: “Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 25, Sayı 1, s. 459; DEMİRKOL / AKÜZÜM, s. 90.

⁶⁴ ŞENSÖZ MALKOÇ / DEĞİRMENCİOĞLU, s. 613; YUDISTIANA, Febie: *The Extent to Which Hybrid Arbitration Clauses Apply to Advance Investor-State Arbitration in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Yüksek Lisans Tezi, Kingston University, UK, 2015, s. 55.

⁶⁵ ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 703.

⁶⁶ CARTER, James: “Issues Arising from the Integrated Dispute Resolution Clauses: Part I”, (Ed.) VAN DEN BERG, Albert Yan: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond (ICCA Congress Series 2004)*, Kluwer Law International, 2005, s. 457.

⁶⁷ TAN DEHMEN, s. 464-465.

⁶⁸ AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 138.

⁶⁹ DEMİRKOL / AKÜZÜM, s. 62.

⁷⁰ ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, s. 4-5.

⁷¹ YEŞİLIRMAK, Ali: *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 31.

⁷² ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 450-451; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 403; BORN, Gary / ŞÇEKİCİ, Marija: “Pre-Arbitration Prosedürel Requirements: A Dismal Swamp”, (Ed.) CARON, David / SCHILL, Stephan / SMUTNY, Abby / TRIANTAFILOU, Epaminontas: *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 229-230.

⁷³ DEMİRKOL / AKÜZÜM, s. 64.

lülüklerini yerine getirmeleri için zaman tanımak amacıyla yargılamayı askıya alabilir; bu da süreci uzatabilir⁷⁴. UNCITRAL Model Kanunu'nun 14. maddesinde, tarafların *med-arb* klozu öngördüğü durumlarda, tahkim davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmamışsa, hakem heyetinin tarafların arabuluculuk şartını yerine getirmelerine ilişkin yükümlülüklerine etki tanınması gerektiğini belirtilmiştir⁷⁵.

Yargıtay ise tahkim öncesi aşamalar öngörülmüş ise bu aşamaların tüketilmesi gerektiği kanaatinde⁷⁶. Yargıtaya göre uyuşmazlığın arabuluculuktan sonra tahkim yargılaması ile çözümleneceği konusunda taraf iradelerinin net şekilde kaleme alınması gerekmektedir⁷⁷. Kanaatimizce *med-arb* prosedürünün yapısından kaynaklı olarak, taraf iradesinin üstün tutulması prensibi gereği tarafların arabuluculuk konusundaki iradelerine ve bu klozu sözleşmelerine derç etmelerine yönelik kararları üstün tutulmalıdır. Ancak bu konuda bir zorunluluk olmamalıdır. Kanaatimizce bu prosedür ihtiyari olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Çalışmada tahkim yargılamasını içeren basamaklı çözüm şartları incelenmiştir. *Med-arb* içerisinde önce arabuluculuk sonrasında tahkim prosedürlerini barındıran karma bir prosedürdür. Tahkim yargılaması öncesinde başka alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesini öngören basamaklı çözüm şartları konusunda tartışmalı olan husus, tahkim öncesi başvurulması öngörülen aşama tüketilmeden tahkim yargılamasına gidilip gidilmeyeceği üzerinde toplanmıştır.

Tahkim yargılaması öncesi başvurulması öngörülen aşama tüketilmeden tahkim yoluna başvurulması gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla birlikte, *med-arb* klozu içerisinde arabuluculuk yöntemine başvurmadan tahkim yargılamasına başvurulması yetki bakımından değerlendirilmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki tahkim iradesi ortadan kalkmamakta ancak arabuluculuğun zorunlu olarak başvurulması gereken bir mekanizma olarak öngörülmesi nedeniyle, tarafların tahkim yargılamasına başvurulması engellenmektedir. Bu durum ise tamamen iradi olan arabuluculuk ve tahkim yargılamalarının özüne aykırıdır. Oysa tahkim yargılamasının temelini taraf iradeleri oluşturduğundan ve arabuluculuk sürecinin doğası uyuşmazlığın çözümündeki iradi bir süreç olarak yer alması, önceki aşamanın tüketilmemesi açısından bir ihlal doğurmayacağı kanaatindeyiz. Bu aşama bağlayıcı bir süreç öngörmemektedir. Nitekim hem tahkim hem de arabuluculuk müessesesi temelinde iradilik unsuruna dayanmaktadır. *Med-arb* şartına ve arabuluculuğun zorunlu olarak başvurulması gereken bir mekanizma olarak öngörülmesine rağmen bir taraf arabuluculuğa başvurmadan, doğrudan tahkimde dava açmayı tercih ederse, bu konunun yetki bakımından değil kabul edilebilirlik bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak aynı kişinin hem hakem hem de arabulucu olduğu bir yargılamada tarafsızlık ve bağımsızlık zedelenebileceğinden, yukarıda incelenen *med-arb diff* modeli pek çok açıdan problemlerin giderilmesinde yardımcı olacaktır.

Çalışmamızın konusu olan basamaklı uyuşmazlık çözüm şartları kapsamında, Türkiye ve dünyada yaşanan gelişmeler sayesinde *med-arb* klostarı gelişmektedir. Şüphesiz, arabuluculuk müessesesinin yaygınlaşması ile bu klostara da pratikte daha çok rastlanacaktır. Tahkim yargılamasını içeren basamaklı çözüm şartları, Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde bu şartı engelleyen bir düzenleme olmadığından, tahkim iradesinin taraflarca açık olması sebebine dayanarak geçerli olacaktır.

⁷⁴ C v D, [2021] HKCFI 1474 (https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-company-d-v-company-c-judgment-of-the-hong-kong-court-of-first-instance-monday-24th-may-2021?utm_source=chatgpt.com, ET: 04.07.2025). Ayrıca bkz. HARRISON, Douglas: *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Jurisdictional Issue?* (<https://adric.ca/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-jurisdictional-issue/>, ET: 29.01.2025).

⁷⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (ET: 29.01.2025).

⁷⁶ Yargıtay, 11 HD, T. 25.05.2009, E. 2008/ 2157, K. 2009/6343 (Lexpera).

⁷⁷ Yargıtay, 15. HD, T. 13, 11.2017, E. 2016/5313 K. 2017/3922; Yargıtay, 23. HD, T. 26.05.2014, E. 2014/887, K. 2014/4043; Yargıtay, 15. HD, T. 09.02.2017, E. 2016/5600, K. 2017/512 (Yargıtay Karar Arama). Ayrıca bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 584.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021 (Milletlerarası Tahkim).
- ALECU, Ioan Nicolae / CIOCAN, Felix-Dimitrie / CIOCAN, Horia Nicolae / MIHUT, Miki: *Med-arb and Arb-med Procedures in Conflicts Among Professionals in Agriculture*, 2015 (https://mpr.ub.uni-muenchen.de/69333/1/MPRA_paper_69333.pdf, ET: 25.08.2023).
- ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- BARIL, William / DICKEY, Scott: *Med-Arb: The Best of Both Worlds or Just a Limited ADR Option?* (<https://www2.mediate.com/pdf/V2%20MED-ARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf>, ET: 2.07.2025).
- BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine / REDFERN, Alan: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BLAKENSHIP, John: “Developing your ADR Attitude Med-Arb, a Template for Adaptive Alternative Dispute Resolution”, *Tennessee Bar Journal*, 2006, Cilt 42, Sayı 28, s. 28-41.
- BLANKLEY, Kristen: “Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case”, *Baylor Law Review*, 2011, Cilt 63, Sayı 317, s. 317-366.
- BORN, Gary / ŠČEKIĆ, Marija: “Pre-Arbitration Prosedürel Requirements: A Dismal Swamp”, (Ed.) CARON, David / SCHILL, Stephan / SMUTNY, Abby / TRIANTAFILOU, Epaminontas: *Practising Virtue Inside International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 227-263.
- CANATAN, Betül: “Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 81-92.
- CANYAŞ BAYATA, Aslı: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 80, Sayı 3, s. 395-422.
- CARTER, James: “Issues Arising from the Integrated Dispute Resolution Clauses: Part I”, (Ed.) VAN DEN BERG, Albert Yan: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond (ICCA Congress Series 2004)*, Kluwer Law International, 2005, s. 446-457.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 575-616.
- DEMİRKOL, Berk / AKÜZÜM, Ural: *Türkiye’de Med-Arb Yapısı Mevzuatı & Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DENFONDER, Renate / LACK, Jeremy: “The Interaction between Arbitration and Mediation: Vision v Reality”, *Dispute Resolution International Journal*, 2001, Cilt 1, Sayı 1, s. 73-98.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ELLIOT, David: “Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?”, *Alberta Law Review*, 1995, Cilt 35, Sayı 1, s. 163-179.
- ERKAN, Mustafa: *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- FLAKE, Richard: *MED/ARB -A viable ADR vehicle? Nuances of Med/ Arb-A Neutral’s Perspective* (http://cedires.com/index_files/FLAKE_http-www.cbylaw.com-filebin_files_flake_rpf-AAA_Med-Arb.pdf, ET: 23.08.2023).
- FRITZ, Roland / PIELSTICKER, Dietrich: *Handbuch Mediationsrecht*, 2. Baskı, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2020.
- GREGGER, Reinhard / UNBERATH, Hannes / STEFFEK, Felix: *Recht der alternativen Konfliktlösung Mediationsgesetz, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2016.
- HARRISON, Douglas: *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Jurisdictional Issue?* (<https://adric.ca/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-jurisdictional-issue/>, ET: 29.01.25).

- IŞIK, Aslı Han: “Hakemlerin Özel Hukuk Sorumluluğu”, (Ed.) ERKAN, Mustafa / TEPETAŞ, Candan / YÖNEY, Can / ÖZTÜRK, Ayşenur / ERÇETİNGÖZ, Seçil: *Tahkim Yargılaması İkinci Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 199-222.*
- KARACA, Akif: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 1, s. 205-238.
- KAYALI, Didem: “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Journal of International Arbitration*, 2010, Cilt 27, Sayı 6, s. 551-577.
- LACK, Jeremy: “Appropriate Dispute Resolution: The Spectrum of Hybrid Techniques Available for the Parties”, (Ed.) GOLDSMITH, Jean-Claude / INGEN-HOUSZ, Arnold / POINTON, Gerald H.: *ADR in Business Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, Netherlands, 2011, s. 339-379.
- LANDRY, Sherry: “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model”, *Defense Counsel Journal*, 1996, Cilt 3, Sayı 2, s. 263-269.
- ÖZBEK, Serdar: “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi Arabuluculuk Tahkim”, *Yargıtay Dergisi*, 2017, Cilt 43, Sayı 1, s. 15-106 (Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi).
- ÖZBEK, Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022 (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü).
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ROSS, William / CONLON, Donald: “Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration”, *The Academy of Management Review*, 2000, Cilt 25, Sayı 2, s. 416-427.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: *International Arbitration Law and Practice*, 3. Baskı, Juris Publishing, Boston, 2014.
- SAYGIN, Beyza: *Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)*, Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023.
- ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru / DEĞİRMENCİOĞLU, Müge: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klozlarının Geçerliliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 1, s. 593-641.
- TAN DEHMEN, Mine: “Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 25, Sayı 1, s. 451-472.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Yatırım Tahkiminde Aşamalı Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümler”, (Ed.) GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce / ERTEM ÖZER, Burcu / AYAYDIN, Dilhun / BAYTEMİR TARHAN, Setenay / KORKMAZ, Müberra / İSTEMİ, Zeynep / KILIÇ BAŞOĞLU, Cansu / ERDEM, Burak / AYDIN, Arda Anıl: *Ceren Damar IV. Bilim İnsanları Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 41-61.
- YEŞİLIRMAK, Ali: *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- YILDIRIM, Ferhat: *Arabulucu Mesleki Sorumluluk Sigortası*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- YILDIRIM, Ferhat: *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Ombudsmanlık).
- YUDISTIANA, Febie: *The Extent to Which Hybrid Arbitration Clauses Apply to Advance Investor-State Arbitration in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Yüksek Lisans Tezi, Kingston University, UK, 2015.



Kasten Öldürme Suçunun Tasarlayarak İşlenmesi Nitelikli Haline İlişkin Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği^(*)



The Applicability of the Provisions of Unjust Provocation Regarding the Intentional Killing Offence Committed by Premeditation

Çağrı KAN



Doktor Öğretim Üyesi

Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Tasarlama,
Haksız Tahrik,
Soğukkanlılık Teorisi,
Plan Kurma Teorisi,
Yargıtay.

Öz

Roma hukukundan beri var olan bir düşünceye göre suç, ya tasarlanarak, ya kızgınlıkla ya da tesadüfen işlenir. Tasarlama, kastın en yoğun halidir. Tasarlama konusunda, pek çok teori ileri sürülmüştür. Bununla birlikte bir genel indirim nedeni olan haksız tahrik ve tasarlamamanın bir arada uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Haksız tahrik, koşulları gerçekleştiğinde tüm suçlar için uygulanacaktır. Ancak, tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda, tasarlamamanın hangi teori ile açıklandığı önemlidir. Bu konuda özellikle soğukkanlılık teorisi ile plan kurma teorisi öne çıkmaktadır. Yargıtayın bu yöndeki içtihatlarına bakıldığında, zaman zaman soğukkanlılık teorisi ve zaman zaman plan kurma teorisinin tercih edildiği görülmektedir. Yargıtay, zaman zaman karma teorileri de kullanmaktadır. Çalışmada, tasarlama ile haksız tahrikin uyumlu olduğu teorik çerçeve analiz edilecektir.

Keywords

Premeditation,
Unjust Provocation,
Cold-Bloodedness
Theory,
Planning Theory,
Supreme Court.

Abstract

According to the thought that has existed since Roman Law, a crime can be committed either with premeditation, by anger or by coincidence. Premeditation is the most intense form of intent. Many theories have been put forward about premeditation. Nevertheless, it has been discussed whether unjust provocation and premeditation, which is a general reason for reduction, can be applied together. Unjust provocation will be applied for all offences when the conditions are fulfilled. However, it is controversial whether premeditation and unjust provocation can be applied together. In this regard, it is important which theory explains the premeditation. In this context, cold-bloodedness theory and planning theory are particularly prominent. When the jurisprudence of the Supreme Court in this direction is examined, it is seen that the theory of cold-bloodedness is preferred from time to time and the theory of planning is preferred from time to time. The Supreme Court also uses mixed theories from time to time. In the study, the theoretical framework in which premeditation and unjust provocation are compatible will be analysed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 26.08.2024, Kabul Tarihi: 12.03.2025.



GİRİŞ

Roma hukukundan beri yerleşik bulunan bir düşünceye göre suç ya kızgınlıkla ya tasarlanarak ya da tesadüfen işlenmektedir¹. Suçun işlenme şekli olan tasarlama kavramı Orta Çağ'da daha derin incelemelere konu olmuş ve günümüze kadar ulaşmıştır². Müsterek hukuk döneminde, yaralama ve öldürme suçları başta olmak üzere, tasarlamanın hemen hemen her suç tipi açısından genel bir sübjektif unsur türü olarak bulunması gerekmektedir³. Tasarlama, bu açıdan sıklıkla, *dar anlamdaki kast kavramı yerine kullanılıyor* ve ani öfke veya cesaretle işlenen fiillerden ayrı sayılarak her suç açısından bir ceza artırımı nedeni olarak kabul ediliyordu⁴. Bu dönemde, manevi unsurun tasarlama kavramı (*dolus praemeditatus*) olarak belirlendiği görülmekte idi⁵. 19. yüzyılda ise, milli hukuk birliğinin sağlandığı dönemde, tasarlama kavramı ile manevi unsurun belirlendiği bu görüşler terk edilerek kavram, kasten öldürme ve nitelikli cinayet suç tipleri arasında ayırım sağlayan bir unsur olarak anılmaya başlanmıştır⁶. Bu anlayışın saik ile kast arasındaki ayrımı silikleştirdiği ve tasarlama'yı bir kast türü olarak nitelediği ifade edilmektedir. Bunu destekler nitelikte, kastın fiil anında ortaya çıkan ve güncellik taşıyan bir kavram olduğu, tasarlama açısından zamanlamanın kast bakımından bir önemi olmadığı ifade edilmektedir⁷.

Kasten öldürme suçu, her zaman cezalandırılan bir fiil olmakla birlikte, nitelikli hallerine 1274 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nda rastlanmaktadır⁸. Müsterek Hukuk Dönemi'nde öncelikle yaralama ve öldürme suçları olmak üzere, hemen hemen her suç tipi açısından "tasarlama" kavramının genel bir sübjektif unsur türü olarak bulunması gerektiği kabul edilmekteydi⁹. Bu dönemde tasarlama, çoğunlukla dar anlamdaki kast kavramı yerine kullanılırken, ani bir şekilde işlenen fiillerden ayrı tutuluyor ve işlenen suçlar açısından bir ceza artırımı nedeni olarak değerlendiriliyordu¹⁰. Gerek önceki Türk Ceza Kanunu'na kaynaklık eden tarihi menşee, gerek 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ve gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) olsun mevcut mevzuatın neredeyse tamamı tasarlama'yı bir ağırlaştırıcı durum olarak kabul etmekte ancak onu tanımlamamakta, bu konuda unsurlarının detaylandırılmasını ise doktrine ve içtihatlar bırakmaktadır.

Tasarlama konusunda doktrince yapılan tartışmalardan klasik anlayış, sakın ve soğukkanlı bir şekilde işlenen suçların tasarlanarak işlendiğini savunmaktadır. Bununla birlikte, daha yeni ve kendine bu yönde taraftar bulmuş bir doktrin tarafından bu, suçların sadece çok küçük bir boyutunun tasarlanarak işlendiği, bunun dışında tasarlamanın olmadığı belirtilmektedir. Çünkü, tasarlama kastıyla nitelenen her suç fiili, asgari derecede bir heyecan ve duygusal değişime sahiptir. Klasik anlayış, tasarlamanın kapsamını analiz etmekten ziyade, bu kapsamda minimum olarak nitelendirilebilecek bir kısma odaklanarak, daha sonraki bir zihin durumunun nedeni olan kasıtlı davranışı, onun etkisine, yani o zihin durumuna indirgeme hatasına düşmektedir¹¹. Burada ifade edilen aslında kastın haksızlığın bir

¹ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Genel Kısım), s. 490.

² DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 490.

³ HIS, Rudolf, *Das Strafrecht des Deutschen Mittelalters*, s. 74'ten aktaran OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 156.

⁴ Aktaran OZANSÜ, s. 156. Ceza hukukunda kusurluluğu açıklamak adına kusurluluğun normatif anlayışı ve psikolojik anlayışı olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Psikolojik anlayış nedensel hareket teorisini esas almaktadır.

⁵ OZANSÜ, s. 156.

⁶ Aktaran OZANSÜ, s. 157.

⁷ OZANSÜ, s. 158.

⁸ AKBULUT, Berrin: "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri", *Adalet Dergisi*, 2020, Sayı 65, s. 9.

⁹ Aktaran OZANSÜ, s. 156.

¹⁰ Aktaran OZANSÜ, s. 156.

¹¹ LOMBARDI, Filippo: "Dolo D'Impeto e Crudeltà: Un Commento Alla Recente Pronuncia Delle Sezioni Unite", *In Giurisprudenza Penale Web*, 2016, Sayı 11 (https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/11/lombardi_crudelt%C3%A0_0_gp_2016_11.pdf, ET: 19.11.2023), s. 8.

unsuru mu yoksa kusurluluğun bir unsuru mu olduğu temel tartışmasıdır¹². Bu konuda belirtildiği gibi “Önceleri tasarlama kavramı dar anlamda kast yerine kullanılarak, manevi unsurun kural olarak *dolus praemeditatus* (taammüd) olarak belirlendiği kabul ediliyordu”¹³. Bu, manevi unsur ile tasarlanmanın eş anlamlı kavramlar olması anlamına geliyordu. Ancak, bu unsur zamanla ayrı bir manevi unsur olmaktan ziyade, kasten öldürme ve nitelikli kasten öldürme arasındaki ayrımı sağlayan nitelikli bir unsura dönüşmüştür. Türk doktrininde yaygın olan görüşe göre tasarlama kastı; ani kast ve tasarlama kastı olarak ortaya çıkan iki kast türünün bir biçimi olup, fail, tasarlama halindeyken daha yoğun bir kastla hareket etmektedir. Bu anlayışın kast ile saik arasındaki ayrımı cılızlaştırdığı ileri sürülmektedir¹⁴. Kastı iradenin dışsallaşması şeklinde harekete mündemiç olarak tanımlayan bu anlayış, kastı eylem anında ortaya çıkan ve hareketin bir parçası olan yapı olarak tanımlamaktadır¹⁵. Bu anlayışa göre kast, eylem anında ortaya çıktığı için uzun zaman düşünülmüştür, ki bu zaman dilimi bazen çok uzun bir zaman dilimi olan, on yıllar olabileceği gibi, bazen on beş dakika da olabilmektedir. Kastı hareketin içine hapseden anlayış ise, bu manada kastta bir yoğunluk farkının bulunmadığını kabul etmektedir. Kast, bu bakış açısı altında, değerlendirme faaliyetinin bir ürünü olmaktadır. Ancak bu noktada kast değerlendirme vasıtası değil, değerlendirmenin nesnesi olarak nitelendirilmektedir¹⁶. Bu anlayış, tasarlanmanın, kusurun yoğunluğu ile bir ilgisi olmadığını savlamaktadır. Dolayısı ile bu görüş kastın yoğunluğunu reddederken ilk görüş kastın yoğunluğu kavramını kabul etmekte ve onun bir nitelikli hal olarak düzenlenmesini savunmaktadır. Burada, failin amacı, kastın yoğunluğunu etkilemektedir. Kastın yoğunluğu, hem failin bunu istemesine bağlı olarak hem de neticeye ulaşmak için izlediği yol ve yöntemi hayata geçirmesiyle artmaktadır. Bunu ifade eder şekilde bir anlayıştan hareketle, tasarlanmanın kaynağının tespitinde tasarlamayı yapısal olarak irdeleyen görüş daha tutarlı bulunmuş ve hakim olmuştur. Burada belirtilen, kronolojik unsur, suç kastının ortaya çıkması ile uygulanması arasında geçen bir zaman aralığını, özellikle failin suç dürtüsünden geri çekilmesi için, soyut anlamda bir zaman belirlemek açısından gereklidir. İdeolojik unsur ise failin öngörülen suç niyetine inatla bağlı kalması ve en son olarak da tipik fiilin işlenmesi olarak tespit edilebilir¹⁷.

Tasarlanmanın varlığı konusundaki tartışmalarda kast kavramı; özellikle kastın yoğunluğu üzerinde ağırlık kazanmaktadır. Ancak, kastın yoğunluğu üzerinde doktrinde görüş birliği yoktur. Kastın yoğunluğu, tasarlama kavramında olduğu gibi bazı durumlarda suçun nitelikli hali olarak düzenlenebilirken, karşıt görüş bu kavramı tümünden reddetmektedir. Kuşkusuz bu soruya verilebilecek en sağlıklı cevap, kusurluluğun nasıl tanımlandığı ile ilgilidir. Kusurluluğu failin fiilinden dolayı kınanabilirliği olarak tanımlarsak¹⁸, kusurlu iradenin psikik içeriği ihmal edilmeden, normatif bir değerlendirilmeye tabi tutulması mümkündür¹⁹. İtalyan Ceza Kanunu’nun 43. maddesi kastı, failin icrai veya ihmali hareketinin sonucuna bağlarken, aynı zamanda irade unsuru motifi ile birlikte tanımlamakta ve fail tarafından istenmiş ve öngörülmüş olan suçu kasıtlı addetmektedir. Başlığa bakıldığında ise kastın suçun psikolojik unsuru başlığında ele alındığı görülmektedir²⁰. Her ne kadar kastın yoğun olarak sınıflandırılmayacağı ileri sürülse de TCK m. 61 f. 1 f hükmü bu konudaki mevcut tartışmaları sonlandırmıştır. Burada “failin kast veya taksire dayalı kusurunun

¹² Türk doktrininde “klasik suç teorisi” ağırlıklıdır. Bunun sonucu olarak kast ve taksir birer kusur çeşidi olarak konumlandırılmaktadır. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde, ağırlıklı olarak Alman suç öğretisi sistemi ve haksızlık ile kusur öğretisinin kavram ve sınıflandırmaları da kullanılmaya başlanmıştır. BOZBAYINDIR, Ali Emrah: *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 56.

¹³ OZANSÜ, s. 156.

¹⁴ OZANSÜ, s. 157.

¹⁵ OZANSÜ, s. 158.

¹⁶ Maurach’tan aktaran OZANSÜ, s. 159.

¹⁷ LOMBARDİ, s. 8.

¹⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 243. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020 (11. Baskı), s. 365: Normatif teori, kusuru failin fiilinden dolayı kınanması olarak yorumlamaktadır. Kusurluluğun normatif belirlenmesinin objesi ise kuşkusuz iradedir. İradeyi kusurlu hale getiren şey hukuk kuralıdır.

¹⁹ TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2018, s. 214.

²⁰ <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-iii/capo-i/art43.html> (ET: 26.12.2024).

ağırlığından” bahsedilmesi kastın yoğunluğuna ve niceliksel olarak derecelendirilebileceğine işaret edilmektedir²¹. Kastın yoğunluğunu belirlemede, genelde suç olan fiilin kendisi ile gerçekleştirilen bilinç halinin derecesi esas alınmaktadır. Failin muhakeme sürecinin karmaşıklığı, bunun içinde yer alan saikleri değerlendirme süreci ne kadar karmaşıkla karara götüren seçimin o kadar hesaplı olduğu ve fiil ve neticele-ri üzerinde bu bilinçle hareket edildiği sonucu oluşmaktadır. Sorun, bu bağlamla birlikte ele alındığında, saiklerin çatışması süresinin, kastın yoğunluğunu tespit etme belirleyici olduğunun görülmesidir. O halde, bu- radan hareketle, kastın yoğunluğunun suç tasarlanarak işlendiğinde en fazla ancak ani bir kararla işlendi-ğinde en az yoğunlukta olmak üzere iki yoğunluk arasında var olmaktadır²².

Tasarlamanın yokluğunu tartışan teorileri bir tarafa bırakacak olursak, onun yapısı ile ilgili mev- cut teorilerden birinin ya da diğerinin benimsenmesi, tasarlamanın haksız tahrikle bir arada bulunması açısından farklı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Haksız tahrikin bulunması için TCK m. 29’a göre suçun hiddet ve şiddetli elem altında işlenmesi gerekir. Bu konuda Yargıtay kararları arasında bir birlik ol- madığı, bazı durumlarda tasarlamanın bulunması ile haksız tahrikin bir arada bulunamayacağına karar verildiği, bazı kararlarında ise bunun tam aksi yönde bir görüşün benimsendiği dikkat çekmektedir. Bunda, tasarlamanın esas hakkında kabul edilen teorinin etkisi bulunmaktadır. Çalışma ile, nitelikli hal olarak tasarlama kavramı, tasarlamanın dayandığı teoriler etrafında, Yargıtay kararları ışığında ele alınacak, tasarlamanın haksız tahrikle bağdaşp bağdaşmadığı incelenecektir.

I. NİTELİKLİ HAL OLARAK TASARLAMA KAVRAMI

Suç, verilen ani bir kararla hemen icra edilerek işlenmişse ani kast söz konusudur²³. Buna karşılık, failin suçu işleme kararından sonra gerekli gördüğü hazırlıkları yaparak ve bu şekilde suçun işlenme- sini kolaylaştırarak icraya başlaması durumunda düşünce kastı söz konusudur²⁴. İnsanın suç fiillerini planlaması halinde amaçladığı sonuçları gerçekleştirebilmesi ani olarak işlenen fiillere göre daha etkili olabilmesi mümkündür. Her ne kadar, ani suçlar da failin tehlikeliliği açısından en az planlananlar kadar ağır olabilse de planlanarak işlenen suçlara karşı daha etkili bir mücadele gerektiği açıktır. Bu bakımdan, tasarlanarak işlenen suçların, korunan hukuki değere daha fazla zarar tehlikesi doğurabile- ceğini ve failin kastı bakımından da daha yoğun bir niyeti gösterdikleri söylenebilir²⁵. Bu nedenle dü- şünce kastı, devletin suç ve ceza politikası gereği bazı suçların nitelikli hali kabul edilerek cezanın arttırılma nedenlerinden birini oluşturur²⁶. Bu görüşe kastın daha az veya daha fazla olarak nitelendirilebilecek yoğunluk yönünden bir derecelendirmeye elverişli olmadığını savunan bazı yazarlar tarafın- dan itiraz edilmiştir. Kastın hukuk öncesi “arzu” şeklinde yansımalarının ceza hukuku anlamında kastet- tiğimiz kast olmadığı, dolayısı ile tasarlamanın kastın bir türü olarak ele alınamayacağı ve kastın yo-ğunluğuna dair bir etkisinin de söz konusu olmadığı ifade edilmektedir²⁷. Bu bağlamda, kastın yo-ğunluğunun, hareketi önceleyen koşullarla bir ilgisinin olmadığı, bir kimsenin irade ettiği bir haksızlığı uzun zaman düşünmüş olmasının ya da beş saniyede karar vermesinin kast bakımından bir öneminin olmadığı, tasarlamanın kastın türü olarak nitelenemeyeceği ifade edilmektedir²⁸. Aksi görüşte olan

²¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018 (11. Baskı), s. 261.

²² HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 11. Baskı, s. 261-262.

²³ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 573 vd.

²⁴ İÇEL, Kayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 452.

²⁵ AYDIN, Öykü Didem: “Türk Ceza Kanunu’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53 (Çağdaş İlkeler), s. 97.

²⁶ İÇEL, s. 452.

²⁷ DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021, s. 420. *Dülger* bu konuda şu örneği vermektedir: Tasarlama kastın yoğun hali olarak düşünüldüğünde ve normun ihlalinin yoğun bir irade halinde ele alınması duru- munda, tasarlama daha ağır ceza vermenin pratikte zorluk yaratacağını belirtmektedir. Örnek olarak da kanser hastası bir yakınının acılar içinde kıvrandığını gören bir kimsenin kişiyi eziyet çekmemesi için tasarlayarak öldürdüğünde, kastını ve kusurluluğunu aynı de- recede yoğun kabul etmenin ne derece doğru olacağı ifade edilmektedir.

²⁸ OZANSÜ, s. 158.

yazarlar tarafından ise çoğunlukla kastın derecesinin suç kabul edilen eylemin bilinçli olarak gerçekleştirilme derecesine bağlı olduğu ifade edilmiştir²⁹. Ancak tasarlamamanın ne zaman tasarlama sayılacağı konusunda, gerek doktrinde gerekse uygulamada fikir birliği bulunmamaktadır³⁰.

Bir başka düşüncede bir kimseyi daha tehlikeli kılan ve hakkındaki cezanın arttırılmasını gerektiren şeyin saikin kötülüğü olduğudur. Kötü bir saikle fakat ani bir kastla ya da kızgınlıkla hareket eden kimse iyi bir saikle fakat düşünüp taşınarak, plan kurarak yahut soğukkanlılıkla suç işleyen kimseye göre daha tehlikeli olabilir. Bu nedenle cezanın ağırlaştırılmasını veya hafifletilmesini gerektiren nedenin saiklerin niteliği olduğu ve tasarlamamanın bir ağırlaştırıcı sebep olamayacağı ifade edilmiştir³¹. Tasarlama kastında cezanın arttırılma nedenini, faildeki ahlaki kötülükten çok, failin suç işlemesindeki kolaylıkla ilişkilendiren yazarlar da bulunmaktadır³². Kuşkusuz, işleyeceği suça ilişkin her türlü imkanı düşünen, buna dair plan kurarak hazırlık yapan ve hatta kendisinin nasıl kaçacağını detaylarını da düşünen fail, bu bakımdan karşı tarafı savunmasız bırakmakta ve gafil avlamaktadır. Bu noktada, fail bunları hiç düşünmeden harekete geçen ani kastla hareket eden birinin, yahut mükerriren suç işleyen bir kimsenin tehlikeliliğini göstermektedir. Tasarlama kastı ile hareket eden failin kararlılığı ve tehlikeliliği, suç işlemedeki kararlılığını topluma ve hukuk düzenine bir kere daha gösteren hükümlünün tehlikeliliğinden daha az değildir. *“Bu tür bir isyanın değerlendirilmesinde, fiilin ve sonuçlarının bilinç derecesi yeterli olamaz, çünkü fiilin anti-sosyal karakterinin ve yasanın emirlerine aykırılığının az ya da çok farkında olunması da önemli bir rol oynar”*³³. *“Buna göre, güdülerin değerlendirilmesi ne kadar karmaşıksa, karara yol açan seçim o kadar dikkate alınır ve fiilin ve sonuçlarının farkındalığı o kadar yoğun olur. Hareketinin her detayını daha önceden hesaplayan kimse, bu yönde daha net bir zihne ve ani kastla hareket eden kimseye göre daha yoğun bir kurala aykırı gelme bilinç ve ısrarına sahiptir”*³⁴. Failin bu noktada suç yeri, zamanı ya da suç aleti hakkında fiil sırasındaki ani değişiklikleri tasarlamamanın varlığını etkilemez. Önemli olan suç işleme kararı ile harekete geçme arasındaki zaman aralığında failin fiilini ana hatlarıyla planlaması, karar vermesi ve karar verdiği bu fiil için harekete geçmesidir³⁵. Bu nedenle eski sevgilisinin yüzüne uzun zamandır kezzap atmayı planlayan fail, bu planı harekete geçirmeyerek, sokak ortasında eski sevgilisini vurarak öldürdüğünde tasarlamadan bahsetmek mümkün değildir. Zira, uzun süredir planlanan fiil, kezzap atarak yaralama fiilidir. Gerçekleştirdiği suç ise kasten öldürme suçudur. Teori, doktrinde birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Buna göre, tasarlamamanın yalnızca belli yerlerde geçtiğinde değil, ele alınacağı yerde iyi hazırlanmış her suçun plan doğrultusunda tasarlanarak işlenen bir suç gibi kabul edilebileceği belirtilmiştir³⁶. Bir görüşe göre tasarlamamanın suçun soğukkanlılıkla işlenmesi olarak kabulü doğru olmaz. Kişinin karakter özelliği olan soğukkanlılığın suça ithali doğru değildir. Bundan dolayı plan kurma ve suç konusunda ısrarlı davranma söz konusu ise fiilin tasarlanarak işlendiği kabul edilmelidir. Ancak plan kurma deyince mutlaka önceden kurgulanan planın uygulanması anlaşılmamalıdır. Planın ana çizgileriyle uygulanma-

²⁹ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, s. 358-359.

³⁰ İtalyan Ceza Kanunu'nda tasarlamamanın ağırlaştırıcı neden olarak kalmasına ilişkin üniversiteler, Bakanlık Komisyonu ve Parlamento Komisyonu hemfikir olmuş, tasarlamamanın failin daha sapkın ve tehlikeli olduğunu ortaya koyan ve suçun işlenmesini kolaylaştıran ve mağdurun fiilden önce kendini savunmasını zorlaştıran bir unsur olduğu konusunda birleşmişlerdir. Yeni kanunun yayınlanması, daha kolay bir çözüm için önemli unsurlar sunmasına rağmen, daha önceki mevzuatta gündeme gelen bazı sorulara ilişkin tartışmayı tamamen ortadan kaldırmamıştır. Bu da (a) saiklerin faydacılığının kastın bir unsuru olup olmadığı; (b) kastın tahrikle uyumlu olup olmadığı; (c) belirtilmemiş bir kişinin öldürülmesinde kastın kabul edilip edilemeyeceği; (d) suç işleme niyetine belirli bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi koşulunun eşlik etmesi halinde kastın hariç tutulup tutulmayacağı konusundaki tartışmalar devam etmektedir: *“Omicidio premeditato”*, https://www.treccani.it/enciclopedia/premeditazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/#:~:text=La%20premeditazione%20%C3%A8%20una%20circostanza,118 (ET: 18.10.2023).

³¹ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 491.

³² Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 491.

³³ ANTOLISEI, s. 358-359.

³⁴ ANTOLISEI, s. 359.

³⁵ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 575.

³⁶ GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat: *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 140; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 425.

sı ve yeniden düşünüp değerlendirme yapacak durumda bulunduğu halde suç işleme kararından dönülmemesi olarak anlaşılmalıdır. Bu durumda, planlanan suç dışında bir başka suç işlendiğinde, tasarlama bahsedilemeyecektir³⁷.

Tasarlama kavramından neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya ne 5237 sayılı TCK m. 82 f. 1-a'nın metninde ne de madde gerekçesinde yer verilmiştir. Böylelikle kavramın izahı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır³⁸. Kastın yoğun şekli olarak ifade edilen tasarlama (taammüt) kavramı 765 sayılı TCK'da da tarif edilmemiştir. Mülga TCK m. 450 f. 4'te ve m. 457 f. 2'de taammüt adını verdiği tasarlama, öldürme ve yaralama suçları açısından, suçun nitelikli hali olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK m. 82 f. 1'de ise kasten insan öldürmenin tasarlanarak işlenmesi, yalnızca öldürme suçları açısından, yine suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Mevcut İtalyan mevzuatı da tasarlamanın ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olduğunu kabul etmekle birlikte³⁹, tasarlama tanımlanamamaktadır. Maddede öldürmenin TCK m. 82 f. 1-a'da olduğu gibi tasarlanarak işlenmesinden bahsedilmektedir⁴⁰.

Tasarlama, bir şeyin nasıl gerçekleştirilebileceğini zihinde hazırlamak, zihinde kurmak, düşünmek anlamlarına gelmektedir⁴¹. Düşünmek; yani kişinin yakın ya da gelecek bir zamanda gerçekleştirmek istediği bir şeyi, düşünceyle detaylandırarak, önceden uygulama yöntemlerini belirleyerek, kendi içinde suç teşkil eden, yasa dışı, kötü veya her halükarda ceza gerektiren bir eylemi gerçekleştirme niyetini geliştirmesini ifade etmektedir⁴². Bir başka ifadeyle tasarlama, zihni bir haritalama yapılmasıdır. Bu haritanın içine nelerin dahil olacağı ise objektif ve sübjektif görüşler ve yargı içtihatları ekseninde şekillenecektir. Tasarlama bir görüşe göre, düşünce kastının bir türüdür⁴³. Suç işlemeyi tasarlamak suçun bir plan çerçevesinde işlenmeye başlanması anlamına gelmektedir. Ancak failin suç işleme kastı, hazırlık hareketlerinin ötesinde, işlenmek istenen suçun icra hareketlerini ortaya koymalıdır⁴⁴. Böylelikle tasarlama, önceden düşünülmüş alınan, ortaya çıkan dışsal bulgulara göre, üzerinde bir tereddüde yol açmayacak şekilde belli bir suçu işlemeye yöneldiği anlaşılan, failin tehlikeliliğini ve kastın yoğunluğunu vurgulayan planlı bir hazırlıktır. Bu hazırlık, mağdurun savunmasını zorlaştıran bir suç işleme kararı ve bu kararın yerine getirilmesi sırasında algılanabilen ve hukuken değerlendirilebilen bir zaman diliminin kesintiye uğramadan kararlı, değişmez ve geri dönülmez olmasını içeren bir iradi süreç olarak tanımlanabilir⁴⁵. Tasarlama halinde fail, doğrudan kastla hareket etmektedir. Öldürme neticesi bakımından olası kastın bulunması halinde ise tasarlamanın varlığından söz edilemez⁴⁶.

Tasarlamanın tarifindeki esas güçlük, tasarlamanın sübjektif esasa veya objektif esasa göre temellendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada, bazı yazarlar, failin suç işleme kararından sonraki öznel durumunu, tasarlama esas aldıkları halde, diğer bazıları, karardan sonra suçun icra hareketlerine

³⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 11. Baskı, s. 382.

³⁸ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 149.

³⁹ m. 577 f. 1 b. 3.

⁴⁰ İtalyan ceza hukukunda da tasarlama doktrin ve içtihatla geliştirilmiş bir kavramdır. İtalyan Yargıtayı tasarlama için belli kriterler aramaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, “suçun salt önceden belirlenmesi”, cinayetin işlenmesi için gereken asgari araçların, ikinci aşamadan hemen önceki aşamada (suç yoluna girmeden önceki aşamada) hazırlanmasından ibarettir ve kasten öldürmenin ağırlaştırıcı sebebinin tespit etmek için yeterli değildir. Cinayet niyeti, failinin ruhunda kayda değer bir süre boyunca kök salmayı ve bu konuda sürekli ısrar etmeyi gerektirir. “Suçun infaz yöntemlerinin hazırlanmasında ve araçların yeterli şekilde düzenlenmesinde”, “uygulama olay ve fırsatlarının önceden incelenmesinde” tasarlama kastının belirtileri açık olarak tespit edilmiştir (İtalyan Yargıtay 1. CD, T. 29.04.2022, No. 37825). İtalyan Anayasa Mahkemesi de tasarlama suç üzerinde ikinci kez düşünmeden ve kesintisiz olarak işlemeye yönelik olarak soğuk ve ısrarcı bir kararlılığa dönüşen, belirli bir niyet yoğunluğundan esinlenen bir fiil olarak tanımlamıştır: “*Omicidio preordinazione e premeditazione*” <https://www.altalex.com/documents/news/2023/06/14/omicidio-tramontano-preordinazione-vs-premeditazione> (ET: 20.10.2023).

⁴¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 21.09.2023).

⁴² <https://www.treccani.it/vocabolario/premeditare/> (ET: 22.01.2025).

⁴³ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 423-424.

⁴⁴ AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: “Teşebbüs Kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 96-97.

⁴⁵ SELÇUK, Sami: *Karşı Oylarım*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 49.

⁴⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 153.

başlanacağı zaman içindeki hallerde, tasarlamamanın esasını görmüşlerdir. Bu noktada, teorilerde failin fiili işleme bakımından leh ve aleyhteki tüm halleri değerlendirerek suç işlemeye karar vermiş olması hali ile failin verdiği kararın ne şekilde icraya konulacağı ve suçun ne şekilde işleneceği ile ilgili soruların cevapları aranmaktadır. Diğer bazı yazarlar ise her iki soruyu da sorarak bir cevap bulmaya çalışmışlardır⁴⁷.

Tasarlamayı temellendiren nedenler konusunda da ciddi görüş ayrılıkları bulunmaktadır; zira bu görüşlerden bazıları, tasarlama söz konusu olduğunda, mağdurun, sonucu sağlamak için fiilin yöntemlerini önceden tasarlayan kişi tarafından gerçekleştirilen suç organizasyonuna karşı kendini savunmada karşılaştığı daha büyük zorluğa ve daha ciddi ceza gereksinimine dayandığını söylerken, diğerleri kişiyi suç fiiline iten daha yoğun ve ısrarlı bir kastla ilişkili olduğunu söylemektedirler. Bir kısım görüş ise; cezai gereklilikleri failin sosyal açıdan daha tehlikeli olmasıyla ilişkilendirmektedir⁴⁸. Ancak, bu çeşitli gerekçelerin, birbirini dışlayan veya birbiriyle çelişen gerekçeler olmaktan ziyade, kasıtlı suçlarla ilgili olarak, daha katı bir ceza adaletine duyulan ihtiyacı belirlemede birleştiği gözlemlenmektedir. Zira en modern kriminalistik eğilimlerde dahi cezalandırma, niceliksel ve niteliksel olarak ele alınan fiilin ciddiyetine ilişkin olan cezalandırma amaçlarını ve tehlikeliliğe ilişkin önleme amaçlarını tatmin etmelidir⁴⁹.

Teoriler ve eleştiriler ışığında tasarlamayı; failin suç işleme kararı alarak, bu andan itibaren hazırlık hareketlerini kendi uygun gördüğü bir zaman yapması, suçun işlenmesine kadar geçen süre içerisinde enine boyuna düşünmesi, karşılaşılabileceği güçlükleri ortadan kaldırması, suçu işlemesi bakımından ikincil durumları göz önüne alması, suç kararını gerçekleştirmek için bir plan kurarak bu plan dahilinde hareket etmesi ve dış dünyada belirli durum ve konumlar yaratması olarak tanımlayabiliriz⁵⁰. Yargıtay kararlarında tasarlamamanın belirli bir kişiye yönelmiş olmasından bahsedilerek bir plan dahilinde ve herhangi bir kişi şeklinde yapılan belirlemenin tasarlamamanın varlığı için geçerli olmayacağı ifade edilmektedir⁵¹.

A. Tasarlamamanın Temeline ve Niteliğine İlişkin Teoriler

Tasarlamamanın kapsamının ne olduğu konusunda, öğretide ve Yargıtay kararlarında uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu nedenle tasarlamamanın hukuki esası üzerinde durmak ve bu esasın dayanak noktalarını belirleyebilmek, hem tasarlamamanın uygulanabilmesi hem de haksız tahrikle tasarlamamanın bir arada bulunup bulunmayacağı açısından önemlidir. Bu yöndeki tartışma ise bu hükmün uygulamadaki durumundan ziyade, tasarlama kavramı ve kapsamı üzerinden yürütülmüştür. Bu, esasen, ani kast ve düşünce kastı arasındaki ayrımın, kastın yoğunluğu üzerinden değerlendirilmesi ve sonucunda üzerinde fikir birliği olmasa da kastın yoğun bir türü olduğu düşünülen tasarlamamanın haksızlık içeriğini etkilediği düşüncesine dayanır⁵². Tasarlamamanın esası üzerinde ileri sürülen birçok görüş arasında da fikir birliği bulunmamaktadır. Tasarlamamanın tespiti için, somut olayın oluşum şekline göre, bu teorilerden birine veya daha fazlasına dayanmak gerekmektedir. Şüphesiz cevap aranması gereken sorulardan biri de tasarlamamanın neden nitelikli hal olduğudur. Bu soru da teoriler ekseninde açıklanmaya çalışılmıştır. Bir görüşe göre, tasarlama kastın yoğun halini ifade etmektedir. Kasten öldürme yoğun bir bilme ve isteme etrafında işlenmektedir. Bu yoğun bilme ve isteme hali tasarlama ile ilgili teorilere dayandırılmaktadır⁵³. Kastın yoğunluğunu belirlemede, genellikle, suç fiili gerçekleştirilirken sahip olunan şu-

⁴⁷ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 309.

⁴⁸ “*Omicidio premeditato*”, https://www.treccani.it/enciclopedia/premeditazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/#:~:text=La%20premeditazione%20%C3%A8%20una%20circostanza,118 (ET: 18.10.2023).

⁴⁹ “*Omicidio premeditato*”, https://www.treccani.it/enciclopedia/premeditazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/#:~:text=La%20premeditazione%20%C3%A8%20una%20circostanza,118 (ET: 18.10.2023).

⁵⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 416; GÖKCEN / BALCI, s. 140; AYDIN, *Çağdaş İlkeler*, s. 98.

⁵¹ DÜLGER, s. 426.

⁵² DÜLGER, s. 417.

⁵³ BAYRAKTAR, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 71: “Bu yoğun hal, bir görüşe göre; failin, fiilini soğukkanlılıkla işlemesi şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, adam öldürme gibi ağır bir hareket ve sonucu olan ölümü bilerek ve isteyerek yerine getiren ve bu süreci sinirsel bir değişmezlik içinde gerçekleştiren, mağduru hiçbir acıma, heyecan, sinirlenme olmaksızın öldüren kişi, taammüden fiilini işlemiş kişidir. Buna karşılık ileri sürülmüş ikinci görüşe göre; adam öldürmede failin belirli bir plan çerçevesinde fiilini işlemesi, plana uygun olarak

run derecesi esas alınmaktadır. Şuur meydana gelirken bir saik de etkili olabileceği gibi, birden çok saikin en az veya en çok olarak ortaya çıkan bir çatışması da etkili olabilmektedir. Saikleri değerlendirme süreci ne kadar karmaşıksa, faili karar almaya sevk eden seçiminin o kadar hesaplı olduğu, fiil ve neticeleri üzerindeki bilinç halinin o kadar canlılık gösterdiği, sorunun bu yönü ile saiklerin çatışma süresi yönünden kastın yoğunluğunu gösterdiği sonucuna varılmaktadır. O halde kastın yoğunluğu suç tasarlanarak işlendiğinde en fazla, ani bir kararla işlendiğinde de en az olmak üzere iki sınır arasında değişmektedir⁵⁴. Failin ruh halinin arz ettiği daha tehlikeli olma durumunu ortaya koyan ve suçun işlenmesini daha yüksek ihtimalle mümkün kılan tasarlama, bu niteliği sebebiyle TCK'da kasten öldürme suçunda cezayı artıran bir nitelikli unsur kabul edilmiştir⁵⁵. Burada, kastın yoğunluğunu tespitite, faildeki kastın oluşmasını sağlayan hesaplama süresinin önemi büyüktür. Ancak bu yegane ölçü değildir. Kast, ödeve aykırı psikik davranış olduğuna göre, bu bilincin belirlenmesinde yalnızca fiile ve neticelerine yönelmiş bilincin derecesi, yeterli olmamak gerekir. Davranışın toplumsal değerinin veya kanunun emri ile çatıştığının az veya çok bilincinde olmak, buna ilişkin bir bilinç düzeyini ifade ettiği için önemli bir belirteçtir. Bir davranışın yasaklandığını bile bile suç işleyen insanın durumu buna örnektir denilirken, tasarlama konusunda kastın yoğun olarak ortaya çıkmasının cezalandırmaya tesir etmesine itiraz edilmektedir⁵⁶.

Tasarlama konusundaki en eski anlayışa göre, tasarlama iki unsurun bulunması gerekir. Bunlardan birincisi suç işleme kararı ile harekete başlama arasında bir zaman aralığının bulunması, diğeri de soğukkanlılıkla hareket edilmesidir. Bu görüşe sahip olan yazarlar, tasarlama nedeni ile cezanın artırılmasını faildeki soğukkanlılığa dayandırarak, bunun failin zeka düzeyi ile ilgisi olmadığını, ancak failin iradesine ilişkin olduğunu belirtmektedirler⁵⁷. Tasarlama nedeniyle cezalandırmanın artırılma sebebini, kastın saikle bir ilgisi olmadığını kabul eden yazarlar, failin ahlaki kötülüğündeki fazlalıkta değil, suç işleme konusundaki kolaylıkta bulmaktadırlar⁵⁸. Bu görüşlerden, özellikle soğukkanlılık teorisi ile plan kurma teorisi doktrinde ve uygulamada öne çıkmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte, suç kastı ile fiil arasında belli bir zamanın geçmesini arayan, zaman ölçüsü görüşü yanında, failin suç işleme kararından icra hareketlerine başlayacağı zamana kadar yapacağı hareketlerin kötülüğünü idrak ederek vazgeçmesi veya suç işlemesi mümkün olduğu halde bunu gerçekleştirmeyerek suç işlemeye devam etmesinin failin ahlaken düşük niteliğini gösterdiği, teemmül görüşü bulunmaktadır⁶⁰.

1. Soğukkanlılık Ölçüsü (Psikolojik Görüş)

Klasik cezacılar, tasarlayarak suç işlemekten, suçu soğukkanlılıkla işlemeyi anlamaktadır⁶¹. *Taner*'e göre, "soğukkanlılık teorisi, bir kimsenin işlemeye niyet ettiği bir suçu işlemekten önce soğukkanlılıkla düşünüp taşınarak niyetinden vazgeçmeden işlemesidir"⁶². *Cezanın artmasını haklı gösteren faildeki soğukkanlılıktır*"⁶³. *Önder*, "failin kararını soğukkanlı bir şekilde uygulaması durumunda soğukkanlılık olduğunu belirtir"⁶⁴. *Carmignani*'nin meşhur tanımına göre ise suçun soğukkanlı, sakin bir ruhla işlenmesi vazgeçilmez olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrin, heyecansız işlenebilecek bir suç

silahını alması, mağduru gözlemesi, failin zamanını tespit etmesi durumunda kastın yoğunluğundan söz edilir. Plan kurmanın söz konusu olabilmesi, planın tamamen, tüm ayrıntıları ile uygulanmaması ve fakat ana hatlarına bağlı kalınarak fiilin icra edilmesi yeterlidir."

⁵⁴ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 11. Baskı, s. 261.

⁵⁵ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 423.

⁵⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 11. Baskı, s. 262.

⁵⁷ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, Genel Kısım, s. 492.

⁵⁸ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, Genel Kısım, s. 491-492.

⁵⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 150.

⁶⁰ ÖNDER, s. 309.

⁶¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010 (1. Baskı), s. 45.

⁶² TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949, s. 321.

⁶³ İÇEL, s. 452.

⁶⁴ ÖNDER, s. 309.

olmadığı gerekçesi ile bu görüşü kabul etmemektedir⁶⁵. Özellikle soğukkanlılıkla veya öfke, korku ve üzüntü etkisi altında hareket edip etmemek kişinin karakterine sıkı sıkıya bağlı olan durumlar olduğu için bu ağırlatıcı nedeni kişiden kişiye değişebilen, ölçülmesi ya da varlığı konusunda bir kanıya varılması mümkün olmayan bir ruhsal duruma dayandırmanın haksızlık olacağı düşünülmektedir. Buna göre; sıcak iklim bölgelerinde yaşayan insanlarda soğukkanlı insanların az olmasından hareketle bu bölgelerdeki insanların tasarlayarak suç işleyeceğini kabul etmemek gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶.

Bireyin karakter özelliği olan soğukkanlılığın, tasarlama cezanın artırılması nedeni sayılması halinde, cezalandırmanın failin karakter özelliğine göre uygulanabilmesi gibi cezalandırmanın amaçları ile bağdaşmayan bir durum olduğu da düşünülmektedir⁶⁷. Burada önemli olan, niyet ile icra arasında işleyeceği bu fiili soğukkanlılıkla düşünmüş olup olmadığıdır. Bu şekilde düşünmüş olduğu halde, herhangi bir pişmanlık duymayarak fiili işlemeye devam etmiş ise bu şekilde tasarlamının varlığına karar vermek gerektiğini belirtilmektedir⁶⁸. Bu teoriye göre, tasarlama iki koşulun bulunması gerekir. Bunlardan ilki, suç işleme kararı ile suçun işlenmeye başlanması arasında bir zaman aralığının bulunması, ikincisi ise failin soğukkanlı hareket etmesidir⁶⁹. Ancak teori çeşitli şekillerde eleştirilmiştir. Soğukkanlılığın mizaca bağlı karakteristik bir özellik olduğu, hatta ani işlenen bir suçta da soğukkanlı olarak hareket edilmiş olunabileceği, failin kişiden kişiye değişebilecek bu karakter özelliklerinin bu şekilde değerlendirilmesinin objektif olarak uygun olmayacağı söylenmiştir⁷⁰. Kaldı ki tasarlamının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edildiği, adam öldürme veya müessir fiil gibi ağır suçları işleyen hiçbir ihtiras veya tereddüde kapılmamasının nadir görülen bir durum olacağı ifade edilmiştir⁷¹.

Soğukkanlı olmak bir mizaç durumudur. Ancak failin soğukkanlılıkla hareket etmesi, özellik olarak failde bulunabilir. Heyecanlı bir kişinin işlediği ya da işleyeceği fiilin bir gereği olarak soğukkanlılıkla hareket etmesi mümkündür. Bu şekilde kasten öldürme gibi ağır suçlar soğukkanlı olarak işlenebilecektir. Ancak bundan anlaşılan failin her aşamada soğukkanlılığını koruyarak hiçbir öfke, heyecan ve ihtirasa kapılmadan mağduru öldürmesi midir? Bu yaklaşım bizi soğukkanlılığa nereden bakıldığına göre, farklı bir sonuca ulaştıracaktır. Bu konuda, insanın ruhunu hiçbir hırs sarmadan onun bir kimseyi öldürmesinin mümkün olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷². O halde soğukkanlılığı, tüm bu görüşlerin ışığında soğukkanlı hareket etmek olarak ele almak gerekecektir. Kaldı ki bir kimsenin yapacağı hareket hakkında düşünüp taşınarak hareketlerini yapabilmesi için, tam bir soğukkanlılıkla manevi aleminde hiçbir hırs ve öfke duymadan bulunması hem gerekmez hem de bu durum hayatın gerçeklerine uygun değildir. Bu niteleme, failin soğukkanlı olmasını tariflemektedir. Savaş sırasında en şiddetli çatışmaların yaşandığı bir anda endişe içinde bulunulsa dahi, insanın plan kurarak düşündüğü ve soğukkanlı hareket edebildiği bilinmektedir⁷³.

Soğukkanlılık teorisine göre, tasarlamının suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zamanın geçmiş bulunması ve failin soğukkanlılıkla hareket etmiş olması şeklinde iki unsuru vardır⁷⁴. Yani burada failin soğukkanlı olması değil, hareketine yansıyan bir soğukkanlılık aranmaktadır.

⁶⁵ ANTOLISEI, s. 357.

⁶⁶ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 492.

⁶⁷ İÇEL, s. 454.

⁶⁸ TANER, s. 321.

⁶⁹ İÇEL, s. 452; DÜLGER, s. 417.

⁷⁰ Aktaran DÜLGER, s. 417.

⁷¹ GÖKCEN / BALCI, s. 140.

⁷² Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 493.

⁷³ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 493.

⁷⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 150.

2. Teemmül Ölçüsü (İdeolojik Görüş)

Teemmül, kelime anlamı olarak düşünüp taşınma demektir. Taammüdün esaslı unsurunun teemmül olduğu İtalyan Pozitivist Okul mensupları ve Alman ceza hukukçusu *Holtendorf* tarafından ortaya konulmuştur. Fail suçu işlemeye niyet ettikten sonra, aradan geçen uzun zamana rağmen, bundan vazgeçmeyerek, icra safhasına geçmekte ve bu şekilde suçu tasarlamış olmaktadır. Ani bir öfkeyi uzun süre koruyarak suç işleyen kimsenin, fırsatını bulup suç işlemesi bu görüşü yansıtmaktadır⁷⁵. Bu durum failin ahlaken ve ruhen düşük niteliklere sahip olduğunu gösterdiği için cezanın ağırlaştırılması gerekir⁷⁶. Teori failin bu arada yapacağı hareket üzerine tekrardan düşünebilmesi ve netice itibarı ile eğer ruhen çok kötü bir insan değilse hareketinin kötülüğünü anlayabilecek iken, suç işlemekten vazgeçmemesi, bir başka deyişle teemmüle yetecek zaman varken suçu işlemiş olması sebebi ile cezanın arttırılması esasına dayanır⁷⁷.

3. Zaman Ölçüsü (Kronolojik Görüş)

Suç işlemek üzere verilen karar ile bu kararın icra ve tatbiki arasında geçen zaman arasında bir ölçü tayin edilerek karar verilmektedir. Buna göre 6, 12 yahut 24 saatlik aralıklar buna işaret etmektedir⁷⁸. Doktrin ve uygulamada tartışılan bir figür olsa da tasarlamının suç işlemeye kastının başlangıcı ile icrası arasında üzerinde düşünmeye yetecek kadar yeterli bir zaman aralığı olması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹. Suç kastı ile fiil arasında belirli bir zaman geçmiş olması gerekli olmakla birlikte, bunun öncesinde yeterli bir hazırlık yapılması gerektiği düşünülmelidir⁸⁰. Bu nedenle, zaman aralığı, suçun bu şekilde pekişmesi ve devam etmesinin somut koşullarıyla ilgili olarak net bir gösterge olmalıdır; ancak bu durum, zamanın geçmesinin kalıcı bir belirsizlik oluşturduğu durumda ve kastın terk edilerek daha sonra yeniden başlatıldığı durumlarda geçerli değildir⁸¹. *Erem*, sürenin failin suçluluk derecesi hakkında yeterli fikir veremediğini ve bunu anlayabilmek için başkaca dayanaklara ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir⁸². Zaman ölçüsü, tek başına tasarlamaya işaret etmekten ziyade soğukkanlılık, plan kurma ve teemmül görüşleri ile birlikte ele alınabilecek bir kavramdır. Failin, aradan geçen zamana rağmen, öldürme kararından vazgeçmeyerek, sebat ve ısrar ile öldürme kararını uygulamasının varlığını göstermektedir. Buna ilişkin olarak, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun aşağıda anılan kararlarıyla⁸³; “*Tasarlama halinde failin, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile failin icrası arasında bir süre geçtiği belirtilerek, failin bu süre içinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte olduğu, ancak tasarladığı suçu işlemekten vazgeçmediği belirtilerek suç işleme kararının ne zaman alındığı ve eylemin ne zaman işlendiğinin mevcut kanıtlarla saptanması gerektiği, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşıp ulaşılamayacağının araştırılması gerektiği*” belirtilerek zaman görüşü, olaya özgü kesintisiz bir zaman süreci içerisinde değerlendirilen bir nevi destek görüşü olarak ele alınmaktadır.

4. Plan Kurma Görüşü

Bu görüşte tasarlamının esası, failin suç işleme kararından sonra suçun icrası ve icranın gerçekleştirilmesi ile ilgili yaptığı plandır. Bu plana failin suç işleyeceği yer, zaman ve suçun işleniş şekli girer⁸⁴. Buna göre, failin suç işleme kararını vermesi ile harekete geçtiği zaman arasında kalan sürede fikirlerini

⁷⁵ GÖKALP, Mehmet: “Kan Gütme ve Taammüt”, *Adalet Dergisi*, 1968, Cilt 59, Sayı 9, s. 511; ÖNDER, s. 309.

⁷⁶ ÖNDER, s. 309.

⁷⁷ EREM, Faruk: “Teammüd”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1980, Cilt 37, Sayı 1 (Teammüd), s. 18.

⁷⁸ GÖKALP, s. 511.

⁷⁹ MANTOVANI, Ferrando: *Pirincipi Di Diritto Penale*, 2. Baskı, CEDAM Editore, Padova, 2007, s. 156.

⁸⁰ ANTOLISEI, s. 357.

⁸¹ MANTOVANI, s. 157.

⁸² EREM, *Teammüd*, s. 19.

⁸³ Yargıtay, CGK, T. 09.07.2002, E. 2002/1-138, K. 2002/301; Yargıtay, CGK, T. 03.12.2002, E. 2002/1-247, K. 2002/414 (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁴ ÖNDER, s. 309.

toplayarak, suç araçlarını seçmesi ve adeta bir proje meydana getirerek harekete geçmesi, mağduru gafil avlaması plan kurma olarak tanımlanmaktadır⁸⁵. Failin öldürmek için önceden hazırlanarak plan pusu kurması, öldüreceği kişinin yolunu gözetlemesi, mağduru hile ile öldürüleceği yere getirmek gibi suçun neticelenmesini daha kesin bir hale getirerek olay anında mağdurun kendisini savunma olanağı da bertaraf edilmiş olur. *Carrara*'ya göre bu plan cezanın tasarlamadan dolayı arttırılmasına sebep olmalıdır⁸⁶. Ayrıca kanaat verici delillerin bulunması da gerekmektedir⁸⁷. Teorinin tasarlamadan esasının savunma güçlüğünde aranmasından dolayı tasarlama için objektif bir ölçü ortaya koymaya çalıştığı söylenebilir. Böylelikle tasarlama ile işlenen suçlarda, suç, iyi hazırlanmış olacağından hedef tutulan kimsenin savunmada uğrayacağı güçlüğü değerlendirerek tasarlama kavramı suçun maddi unsuru olan fiile bağlanmış olmaktadır⁸⁸. Bununla birlikte, savunma güçlüğünü üstün tutanlara göre bu güçlüğün fiilen tahakkuk etmesi gerekli değildir. Kanun, planlamayı esas tutarak tasarlamayı kabul etmiş ise bu yönde kanuni bir karene mevcut sayılacaktır. Bu nedenle de tasarlama maddi unsura değil, failin kastına ilişkin bir kavram olmaktadır. Faile fazla ceza verilmesinin nedeni de iyi planlanmış bir saldırı karşısında savunma iktidarı azalan mağdurun devletin kendisini daha çok savunmasını beklemesidir⁸⁹.

Failin tasarlama kastının varlığına delalet eden suç niyetinin iyi hazırlanmış bir şekilde yansıtılarak pekiştirilmesi, aynı şeyin inatçı ve kesintisiz bir şekilde sürdürülmesi ile birlikte başlangıç kastı ile suçun icrası arasında failin düşünüp taşınabileceği yeterli bir zamanın olmasının gerekliliği ifade edilmektedir⁹⁰.

5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Tasarlamanın Tespiti

Tasarlamadan kökeni konusunda 12 Levha Kanunları'nda herhangi bir kayda rastlanmamıştır. Bununla birlikte, tasarlamaya ait kan cinayetlerinin iki büyük kategori (*ex impulsione* ve *ex ratiocinatione*) olarak ayrıştırılması *Çiçero* tarafından yapılmıştır. Bu kategoriler dürtüsel olarak işlenen cinayetler ve önceden düşünüp taşınarak işlenen cinayetler olarak sınıflandırılmıştır. Orta Çağ'da ise kilise hukukunun teokratik prensiplerinin etkisiyle zehirlenme ve pusuda bekleyerek öldürme halleri cezayı ağırlatan haller olarak telakki edilmiştir⁹¹. Önceden kararlaştırılma ve soğukkanlılıkla tatbik, tasarlamadan kabulünde dikkati çekmiş ve öne çıkmıştır. Hatta bu unsur 1819 tarihli Napoli Ceza Kanunu'nda, "tasarlanmış plan" olarak yer almakta, takip eden Toscana ve Sardinya Ceza Kanunları da tasarlamaya yer vermekte idi⁹². Ancak en önemli gelişme 1889 tarihli Zanardelli Ceza Kanunu'nda tasarlama kavramına ve onu oluşturan unsurlara yer verilmesiydi. Konuyla ilgili doktrinel anlaşmazlıkları takiben, 19. yüzyılın sonunda yasa koyucu kast kavramını tanımlamamaya karar vermiş ve kendisini m. 366 f. 1 ve f. 2'de ömür boyu hapis cezası gerektiren cinayet suçunun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak tanımlamakla sınırlandırmıştır⁹³. Yakın zamanda *Busto Arsizio*'da⁹⁴ görülen bir davada, tasarlama için İtalyan Ceza Kanunu'nun 577. maddesinin 1. paragrafının 3. fıkrasının iki unsur gerektirdiği ileri sürülmüştür: Kişinin zihninde kesin ve geri dönülmez bir suç kararının devam etmesinden oluşan ideolojik veya psikolojik bir unsur ile bu niyetin başlangıcı ile uygulanması arasında kayda değer bir zaman aralığının geçmesiyle temsil edilen kronolojik bir unsurdur⁹⁵. Ancak burada bir konuya dikkat çekmek gerekmektedir. Önceden

⁸⁵ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 255; İÇEL, s. 452, 454, 455.

⁸⁶ EREM, *Teammüd*, s. 18.

⁸⁷ GÖKALP, s. 511-512.

⁸⁸ EREM, *Teammüd*, s. 18.

⁸⁹ EREM, *Teammüd*, s. 18.

⁹⁰ MANTOVANI, s. 156. Suçun işlenmesinin gelecekte ortaya çıkacak bir durumun ortaya çıkmasına bağlı olması şeklinde şarta bağlı kast düşünülemez.

⁹¹ OKAY, Sadık / ASLAN, Bedri: "Adam Öldürmede Cezayı Artıran Sebeplerden Taammüt", *Adalet Dergisi*, 1946, Sayı 10, s. 1462.

⁹² OKAY / ASLAN, s. 1463.

⁹³ MONTANELLI, Luca: *Cenni in Materia di Premeditazione del Reato*, 2024 (<https://www.iusinitinere.it/cenni-in-materia-di-premeditazione-del-reato-49328#:~:text=2%20Codice%20Zanardelli%3A%20%E2%80%9C%20applicata%20morte%20di%20una%20persona,ET:21.01.2025>).

⁹⁴ Lombardia Bölgesi, Varese'de bir yerleşim.

⁹⁵ MONTANELLI.

tasarlama, önceden planlama ile eşdeğer değildir. İdeolojik unsurla ilgili olarak, önceden tasarlama kavramının suçun önceden planlanması kavramından farklı olduğu belirtilmelidir, çünkü önceden tasarlama, suçun işlenmesinden hemen önceki bir zamanda suçun işlenmesi için gerekli asgari araçların organize edilmesiyle ilgilidir⁹⁶. *Carmignani* tarafından yapılan tanım ise, tasarlamanın temellerini bize vermektedir. Buna göre, tasarlama, soğukkanlı ve sakin bir zihnin öldürme amacına yönelerek, suçu istenilen sona ulaştırmak için bir zaman aralığı içerisinde fırsat kollaması olarak tanımlanmıştır. Ancak bu tanımda dikkat çeken nokta öldürmeyi içeren fiili sürecin tanımlanmasıdır. *Carmignani*'nin tanımında yer alan unsurları bugün bile tasarlamanın unsurları olarak tanımlıyoruz: Psikolojik unsur olarak nitelenen soğukkanlılık ve zihin sakinliği, ideolojik unsur olarak nitelenen zihinsel düşünme, plan kurma ve kronolojik unsur olarak nitelenen failin kararlılığı ve bu kararlılık ile fiil arasında geçen zaman⁹⁷. Tasarlama kastının tespiti bakımından, failin fiili işlerken hangi unsurların bulunması gerektiği tespit edilmelidir. Tasarlama bir suç işleme kararı, bu karar ile kararın icrası arasında belirli bir zaman aralığının bulunması ve failin soğukkanlı bir şekilde vazgeçmeyerek fiiline devam etmesidir. Bu yönde mevcut teorilerden soğukkanlılık ve plan kurma teorisi ile zaman ölçütünün birlikte kullanılması öne çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında, tasarlama kastını tespit ederken soğukkanlılık teorisi ile plan kurma teorisini birlikte kullanmaktadır⁹⁸. Türk hukuk uygulamasında, daha çok plan kurmaya yönelmiş karma görüşün ileri sürüldüğü dile getirilmektedir. Kastın yoğunluğunu ortaya koyma bakımından, fiili icrada ısrarı gösteren makul bir zaman aralığının bulunması, failin bu arada sağlıklı düşünerek fiilini gerçekleştirme yönünde karar vermesi ve kararından vazgeçmemesi gerekecektir⁹⁹. Bununla birlikte bazı Yargıtay kararlarında soğukkanlılık ölçütünün kullanıldığı görülmektedir¹⁰⁰. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 21.04.2010 tarihli ve E. 2009/6664, K. 2010/2826 sayılı kararında “sanıkların olaydan önce iki kez bir araya geldikleri, silahın sanık tarafından temin edilmesi konusunda karar aldıkları, bu kararda sebat ve ısrar gösterdiklerini, aradan geçen zamana rağmen plana uygun olarak ve soğukkanlılıkla eylemin gerçekleştirildiğini ifade ederek” karma görüşü benimsemiştir¹⁰¹. Yargıtaya göre tasarlamanın tespiti somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından yapılmalıdır¹⁰².

Tasarlama kavramının, cezayı artıran bir hal olarak kanunda muhafaza edilmesini savunan *Hakeri*'ye göre, tasarlamanın söz konusu olabilmesi için bazı şartlar gereklidir. İlki, failin, fiilinin sonucunda ortaya çıkabilecek neticeleri düşünmesi bakımından suç işleme kararı ile suç icrası arasında belli bir zaman aralığına sahip olmasıdır. İkinci aşamada, fail, fiili ile fiilinin sonuçları arasında ortaya çıkabilecek tüm durumları düşünmüş, bunları tartmış ve buna rağmen suç işleme kararı almış olmalıdır. Son aşamada ise, fail, mağduru savunmasız yakalayabilmek için tüm önlemleri almış ve hazırlıkları yapmış olmalıdır¹⁰³.

⁹⁶ MONTANELLI.

⁹⁷ Bunu destekler nitelikte İtalyan Sardunya Yasası, tasarlamanın fiilden önce belirli veya belirsiz bir kişiye saldırmak için oluşturulan bir tasarım olduğunu ve bunun da belli durum ve koşullara bağlı olarak nitelenebileceğini belirtmiştir: “*Omicidio premeditato*”, https://www.treccani.it/enciclopedia/premeditazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/#:~:text=La%20premeditazione%20%C3%A8%20una%20circostanza,118 (ET: 18.10.2023).

⁹⁸ Söz konusu kararda Yargıtay tasarlamanın hukuki esasını değerlendirerek plan kurma ile soğukkanlılığı ifade eden ruhi sükunet halinde olmayı birlikte ele almıştır: “*Yerleşik yargısal kararlarda kabul edildiği ve tereddütsüz bir şekilde uygulandığı üzere, tasarlama söz edilebilmesi için; Failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi gerekmektedir.*” [Yargıtay, CGK, T. 14.01.2004, E. 2013/1-530, K. 2014/1 (Kazancı)].

⁹⁹ BAYRAKTAR, Köksal: “Kasten Öldürme”, BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KIZIROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / MEMİŞ KARTAL, Pınar / ALTUNÇ, Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya / KURT, Gülşah / SINAR, Hasan: *Özel Ceza Hukuku Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar 1 (TCK m. 81-105)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (2017), s. 41.

¹⁰⁰ BAYRAKTAR, 2017, s. 41.

¹⁰¹ Yargıtay, 1. CD, T. 21.04.2010, E. 2009/6664, K. 2010/2826 (Legalbank).

¹⁰² HAKERİ, Hakan: *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 212. Alman Ceza Kanunu'nda ise tasarlama ile ilgili bir hüküm mevcut değildir; ancak mağduru tasarlama ile öldürmesi hali hakim tarafından “ağır bir durum” olarak kabul edilebilecektir: “*Omicidio premeditato*”, <https://www.altalex.com/documents/news/2023/06/14/omicidio-tramontano-preordinazione-vs-premeditazione> (ET: 18.06.2024). İtalyan Yargıtayı tasarlama, 29.04.2022 tarih ve 37825 sayılı kararında belirli bir niyet yoğunluğundan esinlenen, ikinci bir düşünce olmaksızın ve fail ara vermeksizin suçu işlemeye yönelik, soğuk ve ısrarlı bir kararlılıkla sonuçlanan bir eylem olarak tanımlamıştır.

¹⁰³ HAKERİ, s. 216.

Tasarlama konusunda, mevcut teorilerden birinin diğeri yerine benimsenmesi bizi haksız tahrik açısından farklı sonuçlara götürecektir. Haksız tahrikin bulunması için suçun hiddet veya şiddetli elem altında işlenmesi gerekir. Tasarlamanın varlığı için soğukkanlılık koşulu aranacak olursa, bu iki zıt durum aynı anda ve aynı kişide bulunması imkansız olacağı için, soğukkanlılık teorisi kabul edildiği takdirde tahrikin tasarlama ile birleşmemesi gerekecektir¹⁰⁴. Kanımızca soğukkanlılık failin hukuk düzenine karşı çıkma konusunda bir zihni yapısı söz konusudur. Ancak bu durum tek başına soyut bir veriyi temsil etmektedir. Failin yalnızca soğukkanlı davranmış olması tasarlama bakımından statik bir duruma işaret etmektedir. Ancak tasarlama, içinde belli bir zaman aralığı bulunan, bunda sebat gösterilen ve mağduru savunmasız bırakacak başka unsurları da içeren dinamik bir süreçtir. Tasarlamanın varlığı için daha objektif ve somut verilere ihtiyaç bulunmaktadır. Yine failin soğukkanlı olması ile soğukkanlılıkla hareket etmesi farklı şeylerdir. Tasarlama bakımından aranan hareketlerdeki kararlılığı ve vazgeçmemeyi de ifade eden soğukkanlılıkla hareket etmektir. Soğukkanlılıkla hareket etmek, daha dinamik ve zihni bir yapıya bağlanabilen bir süreci de ifade etmektedir ki bu tek başına bir anlam ifade etmekten daha fazlasıdır. Fail, ancak bir zihni tasarımda, soğukkanlılıkla hareket edebilecektir. Bu zihni tasarım da failin gerçekleştireceği yolun mağdur tarafından karşı konulamaz ve savunmasını oldukça güç hale getiren bir konum yaratmasıdır. Bu nedenle, failin suç işleme kararı alması ve bunun üzerinden uzun denilebilecek bir sürenin geçmesi de tek başına tasarlama kastının tespiti bakımından yeterli değildir. Çünkü, failin yaptığı tasarımda, hem suçun icrası hem de mağdur üzerinde gerçekleştireceği fiilin işleniş şekli ve neticenin kaçınılmaz olması konusunda ortaya koyduğu ciddi bir yapı bulunmaktadır. Bu aynı zamanda mahkemenin tasarlama unsurlarına ayırarak tespit edebilmesi açısından da gereklidir. Bu durum, soğukkanlılık teorisinden ne anlaşıldığına bağlı olarak değişecektir. Soğukkanlılık teorisi, dar manada statik bir durumu ifade ederse, bununla haksız tahrikin gerektirdiği hiddet ve şiddetli elem ile soğukkanlılığın bir arada bulunamayacağı söylenebilir. Soğukkanlılık teorisinin benimsendiği durumda tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanamayacağını kabul eden ancak temelini farklı bir görüşe dayandıran bir görüşe göre ise, failde meydana gelen hiddet veya şiddetli elem tasarlamanın ortaya çıktığı süre içerisinde kin ve intikam halini alması durumudur¹⁰⁵. Buna karşılık tasarlama, failin karar vermesi ile harekete geçmesi arasında bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde ana hatları ile olsa da failin yapacağı hareketi düşünüp taşınması ve planlaması şeklinde anlaşılırsa haksız tahrikle tasarlama bir arada bulunabilir. Tasarlamanın varlığı için, soğukkanlılık koşulunun aranması gerektiği durumda, iki zıt durumun da aynı kişide ve aynı anda bulunması imkansız olacağı için haksız tahrik ile tasarlama birleşmez¹⁰⁶. Yargıtay da bu konuda tasarlama kastının net olarak tespit edilemediği durumlarda yerinde olarak şüpheden sanık yararlanır kuralını işletmektedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 11.12.2017 tarihli ve E. 2016/2998, K. 2017/4904 sayılı kararında¹⁰⁷; “Suçun tasarlanarak işlendiğinin kabulü için önceden alınan öldürme kararından vazgeçmeye yeterli makul bir süre geçmesine rağmen dönülmeyerek, kararda ısrar ve sebat gösterilmesi suretiyle ve belli bir hazırlıkla öldürme fiilinin gerçekleştirilmesinin gerektiği, yargılamaya konu somut olayda ise sanığın öldürme kararını ne zaman aldığının kesin olarak saptanamadığı, tasarlamanın koşullarının oluştuğuna ilişkin yeterli gerekçe olmadığı gibi inandırıcı delillerin de bulunmadığı, oluşan şüpheli durumun lehine yorumlanması gerektiği anlaşılmakla TCK’nın 81. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması...” nedeniyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Tasarlamanın muayyen olması ve şarta bağlı olmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁸. Buna karşın, yalnızca şarta bağlı olma, tasarlamanın olmadığı tespitine yol açmamalıdır. Suç işleme kararının şarta bağlı olmasının fiil üzerinde etki edip etmediği araştırılmalıdır. Fiilden soyut bir şart varsa tabii olarak

¹⁰⁴ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 494.

¹⁰⁵ GÜR, İzzet: “Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşir mi?”, *İleri Hukuk Mecmuası*, 1945, Sayı 6, s. 17- 18.

¹⁰⁶ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 495.

¹⁰⁷ Yargıtay, 1. CD, T. 11.12.2017, E. 2016/2998, K. 2017/4904 (Kazancı).

¹⁰⁸ GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 2957.

fiili etkilemez. Ancak, şart ve fiil birlikte tasarlamayı oluşturuyorsa bize failin kurduğu plan hakkında bir bilgi veriyorsa şart, tasarlamayı oluşturmalıdır¹⁰⁹. Buna ilişkin olarak şu örnekler verilebilir: Bir kişinin, “istediğimi yapmazsa onu öldüreceğim” şeklindeki düşüncesi, öldürme fiilinin şarta bağlandığını ifade eder. Bu tek başına tasarlama hakkında değerlendirme yapmamıza yeterli değildir. Ancak kişinin, “istediğimi yapmazsa onu evinden çıkarken kaçırıp öldüreceğim” şeklindeki tasavvuru suç işleme kararının şarta bağlı olmasının yanında, tasarlamayı da içermektedir. Bu sebeple, her somut olay ayrıca değerlendirilerek tasarlamanın varlığı tespit edilmelidir¹¹⁰.

İtalyan Yargıtayı bu konuda tasarlama önceden planlanmış suçun ağırlaştırıcı koşulunun yapılandırılması için, biri kronolojik, diğeri ideolojik nitelikte olmak üzere iki unsurun bir arada bulunduğu kanıtlanması gereğinden bahsetmektedir. Kronolojik unsur, failin suç kastının başlangıcı ile uygulanması arasında kayda değer bir zaman aralığında, yani suç kastından vazgeçmenin uygunluğu üzerinde düşünmeye izin verecek kadar yeterli bir zaman aralığında bulunmasıdır. Kastın süresinin takdiri, belirli bir davada hakimnin değerlendirmesine bırakılmıştır ve bu *a priori* olarak ölçülemez. Buna ilişkin kararda, öldürme kastının başlangıcı ile suçun icrası arasında bulunan yalnızca bir saatlik sürenin yetersiz olduğuna karar verilmiştir (Yargıtay Ceza Mahkemesi)¹¹¹. İdeolojik unsur ise, kesin suç kararının ayrıca suçun işlenmesine kadar kesintisiz olarak mevcut olduğunun gösterilmesini failde arar¹¹². İçtihat hukukuna göre, pusu ile eş anlamlı olarak belirli bir süre boyunca uzayan, mağduru bekleyen ve pusunun gerçek amacı konusunda şüpheye yer vermeyen araç ve yöntemlerin varlığı soyut bir kast göstergesidir. Bu durumda kısa bir bekleme süresi bile, ideolojik ve kronolojik olmak üzere her iki profil altında tasarlama kastı oluşturmak için yeterli olacaktır¹¹³.

Tasarlama konusundaki ilginç kararlardan biri de kısmi akıl hastalığı durumunda, eğer tasarlama hastalıkla ilgili durum doğrudan ilgili belirli bir patolojinin kapsamına giren semptomatik bir duruma ait değilse, bunun doğrudan tasarlama kastını yok saymak için yeterli olmadığı ve birlikte düşünülebileceği ifade edilmektedir. Karar bu noktada özellikle kısmi akıl hastalıklarında doğrudan tasarlamanın olmadığı tespitinden ziyade, akli melekelerle ilgili zayıflıktan kaynaklanan ve hastalığın doğrudan sonucu niteliğindeki bir fiilin tasarlama kastını dışlayacağını belirtmektedir¹¹⁴. Günümüzde verilen bu kararın aksine kadim İtalyan ceza hukukçuları *Manzini* ve *Majno*'ya göre, tasarlama ile akıl hastalığı birbiriyle bağdaşmayan kurumlar olarak kabul ediliyordu. *Manzini*'ye göre; akıl hastası olan bir kimse genel kasta sahip olmadığından, daha özel nitelikte olan tasarlama kastından söz edilemeyeceği ifade ediliyordu. Ancak buna zıt olarak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 47. maddesi kısmi akıl hastalığının, genel ve özel kast açısından bir engel teşkil etmediğini belirtmektedir¹¹⁵. *Şensoy* kısmi akıl hastalığı ile tasarlama kastının bulunmayacağına ait düşünceye düşüncenin kendi içindeki çelişkisi nedeniyle katılmamaktadır. Zira genel kastı dışlamayan bir kısmi akıl hastalığının bu kastın daha vahim derecesi olan tasarlamayı da dışlamaması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim İtalyan Yargıtayının üst üste verdiği kimi kararlarında kısmi akıl hastalığında düşünme yetisinin tam olarak ortadan kalkmadığı, sadece zaafa uğratılacağı ve bu durumda tasarlama kastının uygulanabileceği yönünde karar verildiği görülmektedir¹¹⁶.

Tasarlamanın şahısta hata durumunda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda verilen örnek üzerinden “Bu yönde A isimli bir şahsı tasarlayarak öldürmek isteyen ancak A yerine B'yi öldüren fail

¹⁰⁹ Benzer yönde bkz. ŞEN, Ersan: *Tasarlayarak Öldürme Suçu ve Haksız Tahrik*, 2022 (<https://sen.av.tr/tr/makale/tasarlayarak-oldurme-sucu-ve-haksiz-tahrik>, ET: 11.10.2023).

¹¹⁰ ŞEN.

¹¹¹ Corte Suprema Di Cassazione, I. CD, T. 09.07.2019, No. 574 (Altalex).

¹¹² Corte Suprema Di Cassazione, 5. CD, T. 03.06.2015, No. 42576 (Altalex).

¹¹³ Corte Suprema Di Cassazione, 5. CD, T. 11.03.2014, No. 26406 (Altalex).

¹¹⁴ Corte Suprema Di Cassazione, I. CD, T. 17.05.2022, No. 36323 (Altalex).

¹¹⁵ ŞENSOY, Naci: “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 149.

¹¹⁶ ŞENSOY, s. 149.

hakkında tasarlama nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Bu yöndeki yazarların çoğunluğu, 765 sayılı TCK döneminde geçerli olan ‘fiili nitelikli hal’ ve ‘şahsi nitelikli hal’ ayrımı yapmaktadırlar”¹¹⁷. “Tasarlamanın mağdurun kişiliği ve sıfatıyla bir ilgisinin bulunmadığı, failin kişiliğine bağlı ve onun ruhsal durumuna ilişkin bir sebep ve kastın yoğun bir derecesini oluşturduğunu belirterek hata halinde de uygulanacağını kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, kastettiği şahıs yerine hata ile bir başka şahsı tasarlayarak öldüren fail tasarlamadan dolayı ceza alabilecektir”¹¹⁸. Zira cezayı arttıran sebep mağdurun sıfatı değil, failin subjektif durumu ile ilgilidir”¹¹⁹. “Bir başka görüşe göre ise, 765 sayılı TCK döneminde yer alan fiili nitelikli hal ve şahsi nitelikli hal ayrımından hareketle, tasarlamanın mağdurun kişiliği ve sıfatıyla ilgili olduğu, dolayısı ile hata durumunda uygulanmayacağını kabul etmektedirler. Yargıtay da eski tarihli kararlarında bu yönde içtihatla bulunarak suçun asıl mağdura karşı değil de hata veya sapma nedeniyle bir başkasına karşı işlenmiş olması durumunda tasarlamadan dolayı cezanın arttırılamayacağını belirtmiştir”¹²⁰.

Tasarlamanın psikolojik unsur ve kronolojik unsur olmak üzere iki unsuru vardır. Psikolojik unsur, failin zihninde kesin ve geri döndürülemez bir suç kararı ve niyetinin bulunması ile temsil edilirken, kronolojik unsur failin suç planını hazırladığı an ile bunu uygulamaya koymaya karar verdiği an arasındaki zaman aralığı ve failin suçun işlenmesinde aldığı karar üzerinde düşünmesine ve bunu çözmesine olanak tanıyacak bir zaman aralığı bulunması ile tanımlanabilir¹²¹.

Tasarlamanın esasının ne olduğu konusunda, tek başına ele alınan teoriler kanımızca tasarlamanın tespitinde yeterli değildir. Bu konuda karma teoriler yol gösterici olacaktır. Fail soğukkanlı bir şekilde hareket ederek plan kurabilir. Karar verme ile bu süre içinde suçun nasıl işleneceğini ana hatları ile kararlaştırmış olabilir. Bu noktada fail, önceden kararlaştırdığı aracı değiştirebilir, suç yeri ve zamanı hakkındaki tasarımlarını bile değiştirebilir. Ancak üzerinde düşündüğü suçun ana iskeletine sahip olarak bu doğrultuda hareket etmektedir. Fail, suç işleme kararını aldığı an ile harekete geçtiği zaman arasında planladığı hareket üzerinde düşünmüş ve onu yapmış ve tehlikeli halini büyük ölçüde ortaya koymuş ise tasarlama kastının varlığından bahsedilecektir¹²².

B. Yargıtay Uygulamasının Tasarlamaya Bakışı

Yargıtay içtihatlarında her somut olayın koşulları göz önünde bulundurulmakta ve belli bir teoriye bağlı kalınmamaktadır. Konuya ilişkin içtihatlara bakıldığında, eğilimin daha çok soğukkanlılık görüşüne yakın olduğu görülmekle birlikte¹²³, bazı kararlarında plan kurma teorisinin hatta her iki teorisinin unsurlarının birlikte değerlendirildiği¹²⁴ de olmaktadır¹²⁵. Bir görüşe göre; hem soğukkanlılık teorisini

¹¹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 151-152.

¹¹⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 152.

¹¹⁹ ÖNDER, s. 311.

¹²⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 152.

¹²¹ Tasarlamanın ispatı kolay değildir; İtalyan hukuku bu konuda yasal karineleri kabul etmemekte, tasarlamayı doğrulamak veya reddetmek için olgunun tüm oluş şekline ilişkin değerlendirme ve takdir yetkisini hakime bırakmaktadır (https://www.treccani.it/enciclopedia/premeditazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/, ET: 22.10.2023). ORLANDI, Riccardo: “La Provocazione Della Scriminante. I Limiti Della Giustificazione Del Reato In Contesti Illeciti”, *Archivio Penale*, 2021, Sayı 3 (<https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=9545cf46-71d1-4e9d-a2d9-f1f575190757&idarticolo=31227>, ET: 21.06.2024), s. 16-17.

¹²² DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 494; ÖZALP, Nabi: *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2010, s. 86. İtalyan Yargıtayının 8 Mart 2022 tarihinde 28561 no ile verdiği kararında, failin kışkanlık nedeniyle işlediği karısını öldürme vakasında, kışkanlığın haksız tahrik uygulamasına yol açıp açmayacağı tartışılırken, tasarlamayı tespit açısından failin fiili ile uygulaması arasında belirli bir zaman aralığı olup olmadığı irdelenmiş, failin dürtüsel ve kontrolsüz olmadığı ise tanık ifadelerinin tasarlama kastı olduğu yönündeki tespitleriyle birlikte değerlendirmiştir (<https://www.brocardi.it/notizie-giuridiche/gelosia-essere-attenuate-femminicidio/2863.html>, ET: 21.06.2024).

¹²³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 150.

¹²⁴ Yargıtay, CGK, T. 24.03.2015, E. 2013/1-453, K. 2015/63 (Yargıtay Karar Arama): “Mağduru öldürme planı yaparak bu plan dahilinde eylemlerini gerçekleştiren sanıkların öldürme kararını ne zaman aldıkları, bu kararın üzerinden makul süre geçip geçmediği, ruhi sükunete ulaştıktan sonra soğukkanlılıkla hareket edip etmedikleri hususu belirlenip şüphede kaldığından, kasten öldürme suçunun tasarlanarak gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.”.

hem de plan kurma teorisini esas alan Yargıtaya göre tasarlama halinin kabulü için, “*failin, bir kimse-nin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeyen önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükunete rağmen bu kararından vazgeçmeyip, sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi*” gerekmektedir. Ayrıca, “*suç işleme kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlı-lıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut delillerle belirlenmeli, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükunete ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır*”¹²⁶. Yargıtayın oldukça eski tarihli kararlarında ise farklı teorileri dayanak olarak kabul ettiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.03.1946 tarihli ve E. 67, K. 6 sayılı kararında “*Taammüt, işlenmesi tasavvur olunan fiil hakkında sebat ve ısrarı kapsayan kat’i kararı ifade eder*” derken teemmül görüşüne dayanmaktadır.¹²⁷ Yargıtayın yeni tarihli kararlarında tasarlamanın kabulü için birden fazla teoriye dayanıldığı ve bu teoriler için de bazı esasların kabul edildiği dikkati çekmektedir. Bununla birlikte, bazı kararlarında tasarlamaı okumak için uygun rabitalara sahip olduğu halde bunu tespit etmekten kaçındığı da dikkati çekmektedir. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.09.2021 tarihli ve E. 2018/1-274, K. 2021/424 sayılı kararında¹²⁸ Yargıtay, bir an önce evlenmeyi arzulayan sanıkla, kendisine yapılan evlenme teklifini kabul etmeyen maktulün, aralarında bir birlik-te lik olup olmamasını değerlendirmeden, doğrudan ayrılma düşüncesini açıklayan maktule hiddet duya-rak yanına aldığı bıçağı tedbiren görüşmelerinin olumlu geçmesi durumunda kullanılmayacağını kabul ederek sağ bileğine bağladığını¹²⁹ maktulün kendisinden ayrılmak konusunda ısrarcı olması durumun-da kapıldığı hiddetle birden fazla bıçak darbesi¹³⁰ vurması ile ölümüne sebep olması durumu değ erlen-dirildiğinde, sanığın eyleminin duygusal çöküntü altında ve soğukkanlı düşünmesini engelleyecek şekilde aniden gerçekleştiği, telefon görüşmeleri ve akabinde buluşma anı esas alındığında arada yak-laşık bir saatlik zaman dilimi olduğu ve tasarlamanın kabulü için makul sürenin geçmediği, sanığın bıçağı sağ bileğine bağlamasının, şarta bağlı hareket olduğundan mütevellit tasarlamanın koşullarının oluşmadığı ve sanığın eyleminde kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹³¹.

“*Suç işleme kararının verilmesinden, fiilin gerçekleştirilmesine kadar belli bir zamanın geçmesi ve aracı önceden temin ederek yanında taşıması gibi hususlar basit olsa da bir planın mevcut olduğu nu kanıtlar ve tasarlamanın varlığının tespitini kolaylaştırır*”¹³². Ancak Yargıtay konu ile ilgili başka bir kararında, aksine içtihatla bulunarak, suçun bir başka kişiye karşı hata veya sapma nedeniyle iş-lenmesi halinde, tasarlama oluşsa bile bir ceza artışının yapılmayacağını belirtmiştir. Buna göre; Yar-gıtay Ceza Genel Kurulu’nun 24.12.2013 tarih ve E. 2013/664, K. 2013/622 sayılı kararında¹³³ Yargı-tay tasarlama nitelikli halinin bir yönüyle fiile ilişkin bir nitelikli hal olsa da, öldürölmek istenen şah-

¹²⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 150.

¹²⁶ BERKİ, Nedim: “Tasarlayarak Öldürme Suçu ve Uygulama”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 87, Sayı 3, s. 35-36.

¹²⁷ Aktaran ÖNDER, s. 310.

¹²⁸ Yargıtay, CGK, T. 28.09.2021, E. 2018/1-274, K. 2021/424 (Yargıtay Karar Arama).

¹²⁹ 19 cm uzunluğunda ağaç saplı bir bıçak.

¹³⁰ 15 bıçak darbesi.

¹³¹ KAHRAMAN, Recep: “Tasarlamanın Tespitinde Kavramın Psikolojik Boyutunun Öne Çıkartılmasına Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, *Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Mahkeme Kararları Sempozyumu Tebliğ Özetleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 7 Ekim 2022*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 12. Ancak bunu değerlendiren Yargı-tay tasarlama kastının tespiti için olayı zaman ve düşünsel açıdan birbirine bağlayacak olan sanığın maktulü tehdit etmesi, bunu görgü tanıklarına söylemesi, birkaç kez ailesine haber göndermesine rağmen reddetmesi ve önceden birini bıçaklaması unsurlarını değ erlen-dirmemiştir: “*Yargıtay, bu olayda tasarlamanın tespitinde failin iç dünyasını öne çıkartan bir yaklaşımı benimsemektedir. Yargıtay’a göre olayda önceden planlanmamış, olay anında oluşan hiddet duygusunun etkisi ve hukuka aykırılık bilinci ile öldürme fiili aniden ger-çekleştirilmiştir. Tasarlama, psikolojik ve dış dünyaya yansıyan iki farklı boyut ihtiva etmektedir. Suç işleme kararında ısrar etme ve so-ğukkanlı olma, psikolojik boyutu iken, hazırlık ve plan yapma ile plan kapsamında suçun işlenmesi ise dışsal boyutu oluşturmaktadır. Bu özelliğinden dolayı, tasarlamanın ne olduğunun anlaşılmasında somut olay tek yönlü olarak değ erlendirmemelidir.*”.

¹³² KAHRAMAN, s. 11.

¹³³ Yargıtay, CGK, T. 24.12.2013, E. 2013/664, K. 2013/622 (Yargıtay Karar Arama).

sın kişiliği de tasarlama ön plana çıktığı için tasarlama nitelikli halinin kişiye ilişkin bir yönünün de olduğu, bu nedenle öldürmeyi kastettiği kişiyle ilgili birtakım planlar yapıp, kastettiği kişide hata yaparak başka birini öldüren sanığın eyleminde tasarlamamanın şartları oluşsa bile, suçun basit haliyle cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay bir diğer kararında tasarlamamanın varlığını salt soğukkanlılığa dayandırmaktadır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 02.06.2015 tarih ve E. 2014/6562, K. 2015/3532 sayılı kararında “*Tasarlamamanın oluşması için, bir kimseye karşı belli bir suçu işleme kararının verilmesi, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında tasarlamayı kabule elverişli makul bir sürenin geçmesi, bu süre içerisinde sebat ve ısrar gösterilerek soğukkanlılıkla kararlaştırılan suçun işlenmesi gerekmekte olup, incelemeye konu somut olayda tasarlamamanın koşulları bulunmadığından, sanıkların TCK’nın 37/1 maddesi delaletiyle kasten öldürme suçundan ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekirken, yazılı şekilde sanıklar hakkında tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir...*”¹³⁴ denilmektedir.

Yargıtay tasarlama konusunda kararlarında bazı kriterler kullanmaktadır. “Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.04.2014 tarihli ve E. 2013/270, K. 2014/197¹³⁵ numaralı kararında tasarlamayı dört başlıkta özetlemektedir. Buna göre;

“1- Failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması,

2- Düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesi

3- Failin ulaştığı ruhi sükûnete rağmen, bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması,

4- Failin gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir.

Ancak başka kararlarında makul süreyi uzunca bir süre olarak yorumlamakta ve soğukkanlılıkla gerçekleştirildiği konusundaki mevcut bulguların kanaat oluşmasını na yeter derecede olmasını aramaktadır”¹³⁶.

“Bir görüşe göre genel hatları ile yazılan bu unsurların soğukkanlılıkla ilgili olanlar ayrık tutulursa, plan kurma teorisine yakın olduğu ifade edilmektedir”¹³⁷.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 13.11.2018 tarih ve E. 2018/3870, K. 2018/4651 numaralı kararında¹³⁸ ve verdiği birçok kararda anılan dört başlığı çoğunlukla benimsemiştir. “Yerleşmiş uygulamalara göre, ‘Tasarlama’ halinin kabulü için öldürme kararının şarta bağlı olmadan alınması, ruhsal dinginliğe ulaşıldığını kabule elverişli makul bir süre geçmesine karşın, eylem kararlılığından dönülmemesi ve belli bir hazırlık yapılarak sebat ve ısrarla bir plan dahilinde öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi”nin tasarlama için arandığını belirtmektedir. “Tasarlama; failin, suçun icrası ve neticenin kesin olarak gerçekleşmesi için yaptığı hazırlığa, suçu işleme kararının kapsamına ve fiili gerçekleştirme şekline göre belirlenmelidir”¹³⁹. “Tasarlamamanın nitelikli hal sayılmasının nedeni failin öldürme kararındaki ısrarı nedeniyle kusurunun ağırlığı mı yoksa failin iyi kurguladığı bir plan dahilinde mağduru kapana kısıtararak ona hayatta kalma şansı tanımayan, bu yöndeki imkanları kontrol altına alan bir fiilin işleme şekli nedeniyle süreci kontrol etmesi midir? Esasen bu süreç kısa bir zaman dilimi, yahut uzun bir zaman dilimi de olabilir.

¹³⁴ Yargıtay, 1. CD, T. 02.06.2015, E. 2014/6562, K. 2015/3532 (Legal).

¹³⁵ Yargıtay, CGK, T. 22.04.2014, E. 2013/270, K. 2014/197 (Yargıtay Karar Arama).

¹³⁶ DÜLGER, s. 419.

¹³⁷ DÜLGER, s. 419.

¹³⁸ Yargıtay, 1. CD, T. 13.11.2018, E. 2018/3870, K. 2018/4651 (Yargıtay Karar Arama).

¹³⁹ KAHRAMAN, s. 12.

Önemli olan, failin her şeye rağmen fiili ve nasıl işleyeceği konusunda ısrarla hareket etmesi ve kendine bu yönde bir yol çizmiş olmasıdır. Yani tasarlama, fiilin işlenme şekline ilişkin bir süreçtir¹⁴⁰. Bu süreçte, failin, kararlılıkla yapmış olduğu plan dahilinde fiilinden dönmemesidir. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere, failin her durumda fiilini icra etmesi tasarlama olarak değerlendirilmektedir.

II. HAKSIZ TAHRİK

A. Haksız Tahrik Kavramının Hukuki Esası

“Haksız tahrik, haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalarak haksız fiilde bulunan kişiye karşı bir kimsenin suç işlemesidir. Bunun sonucu olarak, haksız tahrike tepki şeklinde suç işleyen kişinin cezasının indirilmesi-dir”¹⁴¹. “Haksız tahrik halinde failin cezasının hafifleyebilmesi açısından iki esası birden göz önünde bulundurmak gerekir. Fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya üzüntü altında kaldığı için faili harekete geçiren saikler daha az ağır sayılmış, suçun işlenmesine mağdur da kendi hukuka aykırı fiili ile sebebiyet verdiği için failin daha az kusurlu sayılarak cezasında indirim öngörülmüştür”¹⁴².

Haksız tahrik etkisi altında suç işleyen kimsenin kusur yeteneğinin azaldığı bu kişinin normal bir kişiye göre davranışlarını yönlendirme, yani irade yeteneğinin etkilenmiş olmasından dolayı cezasının azaltılması gerekir¹⁴³. Tahrik durumunda failin iradesinde bir zayıflık meydana gelmesi nedeniyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili bir faktör olarak sayılmaktadır¹⁴⁴. TCK m. 29’da yer alan öfke veya şiddetli üzüntü etkisi altında bulunan kişi, bu etkiden dolayı suç işlememek konusundaki iradesini tam olarak kullanamamaktadır. Bununla birlikte haksız tahrik durumunda suçun diğer yapısal unsurları konusunda bir etkilenme görülmez. Tipiklik ve hukuka aykırılık devam ederken haksız tahrik yalnızca kusurluluk unsuru üzerinde bir etki gösterir¹⁴⁵.

1. Şartları

a. Tahrik Edici Bir Fiilin Bulunması

“Haksız tahrik nedeniyle cezanın indirilebilmesi için failin mağdurdan doğan tahrik niteliğini taşıyan bir fiile muhatap olması gerekir”¹⁴⁶. Bu fiilin faili tahrik eden hukuka aykırı bir hareket olması¹⁴⁷, yine fiilin icrai ya da ihmali mahiyette ama objektif yönden tahriki oluşturan bir fiil olması gerekir¹⁴⁸. Bu fiilin mutlaka kişinin huzurunda yapılması aranmadığı gibi mutlaka kişinin şahsına yönelmesi de aranmaz. Bu bakımdan kişinin sevdiği kişilere, akrabalarına, yakınlarına hatta hiç tanımadığı kişilere gerçekleşmesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanmalıdır¹⁴⁹. Kanunda haksız bir fiilden bahsedilmiş, hangi fiillerin tahrik oluşturacağı şeklinde bir belirlemede bulunulmamıştır. Tahrik fiili hukuken korunan farklı unsurlara yönelmiş olabilir. Failin vücut bütünlüğüne, saygınlığına, malvarlığına, sosyal veya ahlaki değerlerine yönelmiş olabilir. Önemli olan haksız bir hareketin bulunmasıdır¹⁵⁰.

¹⁴⁰ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 152.

¹⁴¹ DEMİRBAŞ, Timur: *Haksız Tahrik*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 24.

¹⁴² DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 591.

¹⁴³ DÜLGER, s. 576.

¹⁴⁴ İÇEL, s. 499.

¹⁴⁵ İÇEL, s. 499.

¹⁴⁶ İÇEL, s. 499.

¹⁴⁷ AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1 (Haksız Tahrik), s. 231.

¹⁴⁸ DÜLGER, s. 577.

¹⁴⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN, s. 600.

¹⁵⁰ AYDIN, *Haksız Tahrik*, s. 231.

b. Fiil Haksız Olmalıdır

Failin haksız tahrik indiriminden yararlanabilmesi, gerçekleştirilen tahrik fiilinin haksız olmasına bağlıdır. Madde metninde bu durum “*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem*” şeklinde ifade edilmiştir. “*Failin hiddet veya eleme kapılmasının suçu etkileyen bir durum olarak kabul edilmesinin en önemli sebebi bu psikolojik durumun hukuka aykırı bir fiil yüzünden meydana gelmesidir*”¹⁵¹. Hukuka aykırı her türlü davranış haksız bir fiil oluşturur. Fiilin haksız sayılması için suç teşkil etmesi ya da borçlar hukuku manasında bir haksız fiil olması şart değildir¹⁵². “*Haksız tahriki oluşturan fiilin kasten işlenmiş olması gerekmez. Doktrindeki baskın görüşe göre haksız fiili oluşturan davranışın taksirli olması mümkündür*”¹⁵³. Bir görüşe göre bir fiilin haksız sayılması için hukuka aykırı olması yeterlidir. Ancak gerekli olan fiilin haksızlığı koşulu fiilin salt ahlaka veya toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı olması ile sağlanamaz¹⁵⁴. Diğer görüşe göre, haksızlığın yalnızca hukuka aykırılıkla sınırlandırılmayacağını ifade ederek haksızlığın hukuka aykırılıktan çok daha geniş bir kavramı ifade ettiğini, böylelikle hukuka, ahlaka, toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı her türlü hareketin haksız olarak tanımlanabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁵. Haksızlık konusunda hukuka aykırılığa değil, failin psikolojik durumuna önem verilmesi ve haksızlık konusunda kesin sınırlar çizilmemesi haksız tahrik kavramının sınırlarını fazlası ile genişleteceği için kanımızca ilk görüş daha tutarlıdır. Hukuka aykırılık objektif bir kavramdır ve haksız tahrik uygulamasının sınırlarının failin eğilimine göre genişletilmeye değil, belirli hale getirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır. “*Namus cinayeti olarak nitelenen fiillerde, haksız tahrikin varlığı kabul edilmemeli, gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza indirilmemelidir. Nitekim kanun koyucu da töre saikini insan öldürme suçunun ağırlatıcı nedeni saymıştır*”¹⁵⁶ (TCK m. 82 f. 1-k). Yetişkin bir erkekle bir kadının rızai birlikteliği haksız fiil sayılmamalı örf ve adet, hukukun önüne geçirilmemelidir. Yine failin ilk önce haksız harekette bulunmaması gerekir¹⁵⁷.

c. Haksız Fiilin Öfke ve Şiddetli Üzüntüye Neden Olması

TCK haksız fiilin failde bir öfke hali ile şiddetli bir üzüntü halinde olmasını aramıştır. Fail haksız fiilin oluşturduğu öfke ve şiddetli üzüntü halinde olmalı hem de bu halin etkisi altında suç işlemelidir. Bazı yazarlara göre hiddet ve öfke insanı harekete geçiren bir ruh durumuyken, üzüntü insanı hareket-sizliğe sevk eden bir heyecandır. Bu nedenle tepkinin psikolojik temelini öfke olup, şiddetli üzüntü olamayacağı ifade edilmektedir. Ancak derin üzüntüye kendini kaptırmış bir insanın düşünce aşamasından elem aşamasına geçmesi imkansız olmadığından kanundaki bu kullanımın yerinde olduğu söylenebilecektir¹⁵⁸. TCK m. 29’da öfke hali derecelendirilmemişken, üzüntü şiddetli olması hali ile derecelendirilmiştir. Öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işlenmesi gerekmektedir. Dolayısı ile suçun işlendiği anda bu etkinin devam edip etmediğini belirlemek önemlidir. Yoğunluğun az veya çok olması etkinin bulunmasını engellemez. Bu nedenle süre sınırı koymak mümkün değildir. Önemli olan işlenen suçun öfke ve şiddetli üzüntü altında işlenip işlenmediğidir. Her somut olay bakımından süre hakim tarafından belirlenecektir¹⁵⁹.

¹⁵¹ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 606.

¹⁵² ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN, s. 601.

¹⁵³ Aktaran DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 606.

¹⁵⁴ ÇETİN, İbrahim: *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 81.

¹⁵⁵ ÇETİN, s. 81.

¹⁵⁶ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016 (9. Baskı), s. 438.

¹⁵⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 9. Baskı, s. 439.

¹⁵⁸ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 615.

¹⁵⁹ AYDIN, *Haksız Tahrik*, s. 238; DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 615; DEMREN DÖNMEZ, Burcu: “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 283.

d. Haksız Tahriki Oluşturan Fiil ile Öfke veya Şiddetli Üzüntü Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Burada failin içinde bulunduğu öfke ve şiddetli üzüntü hali tahriki oluşturan haksız fiilin sonucu olmalıdır. Bu “*Haksız tahrik oluşturan fiil olmasaydı suç da işlenmezdi denilecek biçimde haksız tahrik oluşturan fiil ile suç arasında bir bağlantı bulunmalıdır*”¹⁶⁰. “*Bu bakımdan eğer sanığın işlediği suç haksız fiilden değil, başka bir sebepten kaynaklanıyorsa tepki ile tahrik arasında nedensellik bağı mevcut değildir ve kişi haksız tahrik indiriminden yararlanamaz*”¹⁶¹. Tepkinin zamanı bakımından kanunda bir açıklık olmasa da TCK hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesinden bahsetmektedir. Psikolojik koşullar failde devam ettiği sürece nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu bazen kısa bir zaman dilimine karşılık gelirken, bazen çok uzun bir zaman dilimine de karşılık gelebilir. Nitekim Yargıtay bir olayda karısını aldatma nedeniyle tasarlayarak öldüren kocanın fiilinin, aldatmanın üzerinden on yedi sene geçmiş olmasına rağmen haksız tahrik etkisi altında işlendiğine hükmetmiştir¹⁶². Tabi burada failin üzerindeki psikolojik etkinin devam edip etmediğinin dikkatlice değerlendirilmesi gerekir.

B. Tasarlayarak İnsan Öldürme Açısından Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanması

Bu başlığı açıklayabilmek için tasarlamamanın hukuki esası ile haksız tahrikin bağdaşıp bağdaşmadığı noktasını ele almak gerekmektedir.

Garofalo’ya göre, özellikle kasten öldürme suçunda ortaya çıkan tasarlama, failin suçu icra etme şekli, kişinin psikolojik veya biyolojik yapısı hakkında fikir verebilir. Buna göre tasarlayarak ve aynı zamanda işkence etmek sureti ile yahut canavarca his sevki ile tasarlayarak mağduru öldürmek kişinin vahşet duygusuna doğuştan sahip olduğunu da göstermektedir. Bu nedenle tasarlama kastı ile mağdurun ıstırap çektilerle öldürülmesi fiillerini gerçekleştiren failin herhangi bir duraksama altına girmemesini normal bir insan olmamakla açıklamakta ve tasarlama düşüncesinin varlığını tespit etmenin de oldukça zor bir mesele olduğu düşünülmektedir. Tasarlamanın varlığı daima bir vicdani eksikliğe ya da herhangi bir anormallığe işaret etmeyeceği için tasarlama haksız tahrikle bağdaşabilir¹⁶³. Bu görüşün haksız tahrikin niteliklerini ele almaması açısından oldukça dar olduğu ifade edilebilir. Haksız tahrikte cezanın azaltılmasının nedeni failin kusurundaki azalmadan kaynaklanmaktadır. Tasarlama ise failin aldığı suç işleme kararını ana hatları ile planlamasını gerektirir¹⁶⁴. Burada sorulması gereken soru failin içine düştüğü öfke durumunun onun işlemeye karar verdiği suçu bir plan dahilinde tasarlayarak işlemesine engel oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu nedenle tasarlama ile hafifletici neden olan haksız tahrikin bir arada bulunup bulunmayacağı tartışmasında ancak plan kurma teorisinin ve teemmül teorisinin kapsamında¹⁶⁵, bunun olanaklı sayılacağı, soğukkanlı birinin ise aynı zamanda haksız tahrikin etkisi altında olmaması nedeniyle, soğukkanlılık teorisi kapsamında bu tür bir birleşmenin mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Soğukkanlılık teorisi kapsamında anlaşılması gerekenin failin soğukkanlı olması değil, soğukkanlı hareket etmesi gerektiğini belirtmiştik. Uygulamada soğukkanlılık teorisinin koşulları varsa haksız tahrikin uygulanabileceği sonucuna ulaşılabildiği gibi¹⁶⁶, farklı değerlendirme yapan Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Bunda soğukkanlılık teorisinin kapsamının etkili olduğu kanısındayız. Aksi yönde bir yaklaşıma göre ise, haksız tahrik altında yer alan öfke durumunun bir öfke suçunu belirlediği ve bu nedenle suçun psikolojik etiolojisinde yer alan her türlü kasıt ve tasarlamayı ortadan kaldırdığıdır¹⁶⁷.

¹⁶⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 9. Baskı, s. 442.

¹⁶¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN, s. 606.

¹⁶² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 9. Baskı, s. 443.

¹⁶³ EREM, Faruk: “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1945, Cilt 2, Sayı 4, s. 67-68.

¹⁶⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 153.

¹⁶⁵ ÖNDER, s. 311.

¹⁶⁶ İÇEL, s. 452; MALKOÇ, İsmail: *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 977.

¹⁶⁷ MANTOVANI, s. 212.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.12.2009 tarihli ve E. 2009/1-200, K. 2009/290 sayılı kararında sanığın öldürme olayından 12 gün önce aleyhine sonuçlanan boşanma davası ve öncesinde gelişen olaylar nedeniyle, boşanma davasının istemediği şekilde neticelenmesinin hemen ardından eşini öldürme kararını verdiği, öldürme kararından sonra suç tarihine kadar geçen 12 günlük zaman zarfında ulaştığı ruhi sükunete rağmen, öldürme kararından vazgeçmediği, kararını gerçekleştirmek amacıyla olay sonrasında rahatlıkla kaçabilmek için olay yerine geldiği, ticari taksiyi olay yerinin hemen yakınında beklettiği, konuşmak bahanesiyle yaklaştığı ve o sırada evinin bahçesinde temizlik yapmakta olan maktuleye tamamı arkadan olmak üzere, ensesine isabet edecek şekilde 7 el ateş ederek eylemini gerçekleştirdiği; öldürme eyleminin tasarlanarak gerçekleştirildiğinin kabulünde zorunluluk olduğunu ifade ederek bu itibarla yerel mahkemenin direnme hükmünün özel daire bozma kararı doğrultusunda haksız tahrikin bulunmadığı yönünde karar vermiştir¹⁶⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.06.2014 tarihli ve E. 2013/1-822, K. 2014/297 numaralı kararında ise tasarlama unsurunun dayanağını detaylı olarak irdelememekle birlikte, haksız tahrikin birlikte uygulanmasının isabetli olacağına karar vermiştir¹⁶⁹. Örneğin, fail karısına cinsel saldırıda bulunan şahsı öldürmek için cezaevinden çıkmasını beklerken, öldürme fiilinin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin plan yaparak ve planını soğukkanlılıkla icra ederek cezaevinden çıktığı gün bu şahsı öldürür ise haksız tahrik etkisi altında tasarlayarak kasten öldürme suçunu işlemiş olacaktır¹⁷⁰. Doktrine göre, pusu veya önceden düzenlenmiş pusu ile eşanlamlı olarak, belirli bir süre boyunca devam eden, mağduru bekleyen ve pusunun gerçek amacı konusunda şüpheye yer vermeyen araç ve yöntemlerin varlığını içeren bulgular soyut bir kasıt göstergesidir: Bu durumda, kısa bir bekleme süresi bile, ideolojik ve kronolojik olmak üzere her iki profil altında tasarlama kastı oluşturmak için yeterli olacaktır¹⁷¹. Kararda sürenin uzunluğu veya kısalığının tek başına tasarlama kastını belirlemekten ziyade tasarlama kastını destekleyen diğer unsurların; ideolojik ve kronolojik unsurların¹⁷² bir arada bulunması gerektiği değerlendirilmiştir. Bir başka kararında İtalyan Yargıtayı tasarlama kastının haksız tahrik etkisi altında bulunabileceğini değerlendirirken, bir tetikle-yici sebebin varlığı altındaki birikim şeklindeki öfke halinin haksız tahrik halinin sonucu olarak tasarlama ile uyumlu olduğuna karar vermiştir¹⁷³. Gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarına bakıldığında, haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunup bulunmayacağı konusunda farklı görüşler bulunduğu dikkati çekmektedir. Bunun nedeni tasarlamanın hangi teori ekseninde kabul edilmiş olduğudur. TCK m. 82 f. 1-a'da tasarlama failin daha tehlikeli ruh halini ortaya koyduğu bir durum olarak, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Gerek tasarlamanın tanımı, gerekse esas hakkında doktrinde birçok teori ileri sürülmüştür. Bu teorilerden birinin ya da diğerinin benimsenmesi bizi tasarlama konusunda farklı sonuçlara götürecektir. Bu teorilerden çoğunlukla soğukkanlılık ve plan kurma teorisi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Haksız tahrikin bulunması için fiilin hiddet ve şiddetli elem altında işlenmesi gerekir. Tasarlamayı soğukkanlılıkla açıklayan teori ile haksız tahrikin hiddet ve şiddetli elem duygusu altında geçerli olması bağdaşmaz. *“Bu iki zıt ruhsal durumun aynı kişide ve aynı anda bulunması imkansız olacağı için soğukkanlılık teorisi kabul edildiği taktirde tahrikin tasarlama ile*

¹⁶⁸ Yargıtay, CGK, T. 15.12.2009, E. 2009/1-200, K.2009/ 290 (Kazancı).

¹⁶⁹ Yargıtay, CGK, T. 03.06.2014, E. 2013/1-822, K. 2014/297 (Yargıtay Karar Arama): *“Sanık ile maktulün aynı köylü ve akraba oldukları, sanığın 28 yıldır dini nikah ile gayri resmi olarak birlikte yaşadığı ve ortak üç çocukları bulunan R. ile maktulün ilişkisi olduğu yolunda şüphesinin oluştuğu, sanığın suç tarihinden yaklaşık bir yıl önce çıkan bu şüphesinin doğru olup olmadığı konusunda araştırma yaptığı, bu amaçla bir çok kişi ile konuşarak gerçeği öğrenmeye çalıştığı, halk arasında da bu konuda söylentiler olduğunu öğrendiği, maktulün bu söylentilerden ve sanığın çabalarından haberdar olmasına rağmen bunları sona erdirmek için hiçbir girişimde bulunmadığı, sanığın da eşi R. ile maktulün ilişkisi olduğuna inanarak maktulü tasarlayarak öldürdüğü olayda, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanması isabetli ise de ... haksız tahrik nedeniyle en az oranda indirim yapılması gerekirken...”*.

¹⁷⁰ Corte Suprema di Cassazione, 5. CD, T. 03.06.2015, No. 42576 (Altalex).

¹⁷¹ Corte Suprema di Cassazione, 5. CD, T. 11.03.2014, No. 26406. *“Omicidio preordinazione e premeditazione”* (<https://www.altalex.com/documents/news/2023/06/14/omicidio-tramontano-preordinazione-vs-premeditazione>, ET: 21.06.2024).

¹⁷² Somut olarak uygulanma.

¹⁷³ Corte Suprema di Cassazione, 1. CD, T. 30.05.2019, No. 35512. *“Omicidio preordinazione e premeditazione”* (<https://www.altalex.com/documents/news/2023/06/14/omicidio-tramontano-preordinazione-vs-premeditazione>, ET: 20.10.2023).

*birleşmemesi gerekecektir*¹⁷⁴. Hiddet heyecanı devam ederken failin suçu işlemede kararlı olabileceği mümkün görüldüğünden tasarlama ve haksız tahrikin bağdaşabileceği kabul edilmiştir. Ancak bunun için tasarlamanın soğukkanlılıkla açıklanmaması gerekmemektedir¹⁷⁵. “*Diğer bir görüşe göre ise tasarlama, failin belli bir süre düşünüp plan kurması, suç işleme kararında direnmesi dolayısı ile tehlike halinin daha büyük ölçüde açığa çıkmasıdır. Öfke ve üzüntünün etkisi altında da insanın düşünme ve yapacağı hareketi planlama yeteneği devam eder*”¹⁷⁶. “*Fiili işleme kararı alınıp, vasıtalar hazırlanarak etraflıca düşünülmüş (teemmül) akabinde harekete geçilmiş ise kastın en ağır şekli tasarlama bahsedilir*”¹⁷⁷. “*Tasarlama failin vereceği karar ile davranışın gerçekleştirilmesi arasında bir zamanın geçmesi ve bu zaman dilimi içinde failin yapacağı hareketi kurgulaması, planlaması şeklinde anlaşıldığında, tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir*”¹⁷⁸. Soyaslan’a göre, “*tahrik edilen failin düşünerek, taşınarak, soğukkanlılıkla ya da plan kurarak mağduru öldürmesi mümkündür. Bu durumda önce tahrik edilen failin cezası tasarlama dolayısı ile arttırılacak, daha sonra haksız tahrik nedeniyle azaltılacaktır*”¹⁷⁹. Yokuş Sevük’e göre ise nitelikli hal olan tasarlama ile ceza sorumluluğunu azaltan haksız tahrikin somut olayın özelliklerine göre bir arada bulunması söz konusu olabilir¹⁸⁰.

Yargıtay tasarlama halinin kabulü için öldürme kararının önceden alınması, eylemden vazgeçmeye yeterli makul süre geçmesine rağmen eylem kararlılığından dönülmemesi ve belli bir hazırlıkla öldürme fiilinin gerçekleştirilmesinin gerektiği şeklinde tasarlamanın hukuki esasını tek bir görüşe dayandırmak yerine soğukkanlılık, teemmül ve plan kurma görüşlerinin bir arada bulunduğu kararlar vermiştir¹⁸¹. “*Yargıtay’a göre, haksız tahrik indiriminin uygulanmasında önemli olan, sanığı suç işlemeye iten onun beyninde kızgınlık ve elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir. Aradan zaman geçmiş olması haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel değildir*”¹⁸².

Haksız tahrik oluşturan bir davranışın meydana getirdiği hiddetin etkisi altında ve bu saikle suç işlenmesi halinde, mahkeme, eğer haksız tahrik nedeniyle cezada indirim uygulayacaksa çifte değerlendirme yasağını ihlal etmemek adına bu konunun artık saik kriteri içerisinde ve temel cezanın belirlenmesi esnasında değil, temel ceza belirlendikten sonra haksız tahrik uygulamasının yapılması esnasında değerlendirilmesi gerekir¹⁸³. Haksız tahrik esasen suça etki eden indirim nedeni değil, kusurluluğu azaltan bir neden olduğundan TCK m. 61 f. 5 gereği daha sonraki aşamada cezanın belirlenmesi sürecine katılmaktadır. Hatta bu aşamada teşebbüs, iştirak ve zincirleme suçtan sonra uygulanmaktadır¹⁸⁴. Tasarlama, nitelikli kastın öldürme suçunun unsuru olarak düzenlenmiş ise, çifte değerlendirme yasağı ilkesi TCK m. 61 f. 3 gereği, temel cezanın belirlenmesinde tasarlama kriteri kullanılamayacaktır¹⁸⁵. Cezanın belirlenmesinde kasta dayalı kusurun ağırlığı kriterinin gereksiz olduğu failin iç dünyasına ilişkin olan bu kavramın tespitinin zaten zor olduğu bu nedenle kasta dayalı kusurun ağırlığı kriterinin gereksiz olduğu ileri sürülmüş ise de kastın ve taksirin cezanın belirlenmesi kriterleri arasından çıkarılması gerektiği fikri, cezanın belirlenmesi açısından tüm kriterlerin reddedilmesi sonucunu doğura-

¹⁷⁴ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 494; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 518.

¹⁷⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, *1. Baskı*, s. 46.

¹⁷⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *9. Baskı*, s. 442.

¹⁷⁷ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN, s. 611.

¹⁷⁸ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 495.

¹⁷⁹ SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 487.

¹⁸⁰ YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 82.

¹⁸¹ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 406.

¹⁸² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *9. Baskı*, s. 443.

¹⁸³ YERDELEN, Erdal: *Cezanın Belirlenmesi Türk ve Alman Uygulaması*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 237.

¹⁸⁴ YERDELEN, s. 249.

¹⁸⁵ YERDELEN, s. 222.

caktır¹⁸⁶. Kanun koyucunun suçlar için müeyyide belirlerken tasarlama ile işlenmesini farklı değerlendirmeye tabi tutması cezanın belirlenmesi açısından her ne kadar yetersiz ise de somut olayın niteliklerine göre TCK m. 61 f. 1'de kriterlerin öngörülmesi kusuru odak noktaya yerleştirerek cezanın belirlenmesinin kusur ile orantılı olduğu ana iskeletine dayanmaktadır¹⁸⁷.

İtalya'da aynı suçta hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan nitelikli hallerin birlikte gerçekleştiği ve birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasını imkansız kıldığı durumda hakime oldukça önemli bir rol tanınmıştır. Bu durumda hakim artırım nedenlerini üstün kabul edecek olursa, ceza indirimini hiç dikkate almadan artırım nedenlerini uygulayacaktır. Hakim artırım nedenleri ile indirim nedenleri arasında bir denklik olduğunu kabul edecek olursa, bu halde cezaya etki eden herhangi bir neden yokmuş gibi suçun temel şekli için öngörülen cezayı uygulayacaktır. Hakimin zorunlu olarak uygulanması gereken nedenler konusunda böyle bir değerlendirme yapması gerekmektedir¹⁸⁸. *“Failin kastının yoğunluğu belirlenirken somut olayda mevcut bulunan hususların, ilgili suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Nitekim TCK'nın 82 f. 1-a maddesine göre, tasarlayarak adam öldürme, kasten adam öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlendiğinden 'tasarlama' eylemi, failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı sebebiyle temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulamayacak, ancak failin tasarlayarak işlediği söz konusu suçun neticesine ulaşabilmek için gösterdiği çaba ve kararlılık TCK'nın 61 f. 1-f maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir”*¹⁸⁹.

SONUÇ

Tasarlamanın ne zaman tasarlama sayılacağı konusunda doktrinde ve uygulamada fikir birliği bulunmaması, tasarlamanın bir nitelikli hal olarak düzenlenmekle birlikte kavramın içeriği konusunda madde metninde ve gerekçede bir açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle, kavramın nasıl anlaşılması gerektiği noktasında bir tespiti ihtiyaç bulunmaktadır. Kasta dayalı kusurun ağırlığı bir yönüyle, her ne kadar failin iç dünyasında kalan bir tarafı olan bir kavram olsa da bu iradi sürecin kararlı, mağdurun savunmasını zorlaştıran, planlı, zamana yayılmış, psikolojik ve kronolojik bir süreç olduğu muhakkaktır. Buna göre tasarlamanın esas failin suç işleme kararı olarak hazırlık hareketlerini planlaması, suçun işlenmesine kadar geçen sürede etraflıca düşünmesi, karşısına çıkan güçlükleri ortadan kaldırması ve verdiği karar doğrultusunda ilerlemesi olarak tanımlanabilir. Tasarlama konusunda soğukkanlılık teorisi olarak benimsenen teoride failin soğukkanlı olması değil, soğukkanlı hareket etmesi aranmaktadır. Teemmül, düşünüp taşınan failin aradan geçen uzun zamana rağmen bundan vazgeçmemesidir. Bu durum haksız tahrik etkisi altında olup da bu etkiden çıkamayarak bir zaman sonra suç işleyen failin fiili ile uyumaktadır. Zaman ölçüsü ise tasarlama tek başına işaret etmekten ziyade soğukkanlılık, plan kurma ve teemmül görüşlerini tamamlayıcı niteliktedir. Plan kurma teorisi, failin suç işleme kararı vermesi ile harekete geçmesi arasındaki süre içerisinde suçun ana iskeletine sahip olarak bu doğrultuda hareket etmesini anlatmaktadır. Fail bu plan doğrultusunda hareket ederek araç ve gereç temin etmekte, mağduru kısıvrak yakalamakta ve kendisi de suçu işledikten sonra kendisine ne olacağı konusundaki önlemleri almış durumdadır. Bunu yapan failin neticeyi daha güvenilir bir şekilde gerçekleştirmesi kaçınılmazdır. Ancak planlamada tasarlama kastının tespit edilebilmesi açısından karar verme ile suçun nasıl işleneceğini ana hatları ile belirlemiş olmalıdır. Çünkü, fail suç yoluna girdikten sonra, aracı, suç yeri ve zamanı hakkındaki tasarımlarını değiştirebilir. Yargıtayın verdiği kimi kararlarda tasarlamanın esas soğukkanlılık teorisine dayandırılırken, kimi kararlarında plan kurma teorisi öne çıkmaktadır. Bu teorilerde zaman görüşü destek görüş olarak kullanılmaktadır. Tasarlama halinin kabulü için öldürme yönündeki kararın önceden alınması, makul süre geçmesine rağmen eylemini

¹⁸⁶ YERDELEN, s. 219.

¹⁸⁷ YERDELEN, s. 220.

¹⁸⁸ TOROSLU, Haluk: *Ceza Müeyyidesi*, Savaş Yayınları, Ankara, 2010, s. 208.

¹⁸⁹ ÖNCÜ ATEŞ, Tuğba Gül: *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 130.

kararlılıkla işlemeye devam etmesi, planlayarak belirli bir hazırlıkta bulunarak öldürme fiilini gerçekleştirmesi aranmaktadır. Yargıtay, tasarlamanın hukuki esasını tek bir görüşe dayandırmak yerine soğukkanlılık, teemmül ve plan kurma görüşlerinin bir arada bulunduğu kararlar da vermiştir. Tasarlamanın esasının ne olduğu konusunda tek başına ele alınan teoriler kanımızca tasarlamanın tespitinde yeterli değildir.

Haksız tahrik TCK m. 29'da düzenlenmiş olup kusurluluğu etkileyen genel bir nedendir. Koşulları bulunduğu taktirde tüm suçlar için uygulama alanı bulur. TCK m. 29'da bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu noktada failin haksız tahrik etkisi altında bulunması için hiddet ve şiddetli elem altında suçu işlemesi gerekmektedir. Haksız tahrikin koşulları değerlendirildiğinde ve tasarlama soğukkanlılıkla açıklandığında, soğukkanlılıkla bu durum bağdaşmayacağı için tasarlama kastının bir arada bulunmaması gerekecektir. Buna karşılık tasarlama failin karar vermesi ile harekete geçmesi arasında yapacağı hareketi düşünüp taşınması, bir zaman süreci içerisinde hareketini planlaması şeklinde anlaşıldığında hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında olması ile plan kurma hali birbiriyle bağdaşır nitelikte olacaktır¹⁹⁰. Bu durumda tasarlama kastı ile haksız tahrikin bir arada bulunduğundan bahsedilebilecektir. Haksız tahrikin koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki belirlemeyi hakim yapacaktır. *“Haksız bir saldırı ile karşılaşmış bu saldırının doğurduğu ruhsal durum içerisinde yapacağı hareketi planlayan bir kimseyi tasarlama halinde saymamak sosyal savunma bakımından doğru olmayacağı gibi, tüm koşulların bulunmasına rağmen aynı kişinin cezasını haksız tahrik nedeniyle indirmemek ve yalnızca takdiri hafifletici sebeplerden yararlandırmak da adaletli olmayacaktır”*¹⁹¹.

¹⁹⁰ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 495.

¹⁹¹ DÖNMEZER / ERMAN, *Genel Kısım*, s. 496.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri”, *Adalet Dergisi*, 2020, Sayı 65, s. 99-165.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: “Teşebbüs Kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 77-120.
- ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, 14. Baskı, Giuffrè Editore, Milano, 1997.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s. 225-254 (Haksız Tahrik).
- AYDIN, Öykü Didem: “Türk Ceza Kanunu’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s. 63-140 (Çağdaş İlkeler).
- BAYRAKTAR, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 57-78.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Kasten Öldürme”, BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KIZIROĞLU, Serap / YILDIZ, Ali Kemal / MEMİŞ KARTAL, Pınar / ALTUNÇ, Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah / ERMAN, Barış / EROĞLU ERMAN, Fulya / KURT, Gülşah / SINAR, Hasan: *Özel Ceza Hukuku Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar 1 (TCK m. 81-105)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (2017).
- BERKİ, Nedim: “Tasarlayarak Öldürme Suçu ve Uygulama”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 87, Sayı 3, s. 17-61.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah: *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020 (11. Baskı).
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016 (9. Baskı).
- ÇETİN, İbrahim: *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Haksız Tahrik*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu: “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 267-294.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Genel Kısım).
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021.
- EREM, Faruk: “Adalet Psikolojisi Bakımından Heyecanlar ve İhtiraslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1945, Cilt 2, Sayı 4, s. 50-79.
- EREM, Faruk: “Teammüd”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1980, Cilt 37, Sayı 1, s. 15-31 (Teammüd).
- GÖKALP, Mehmet: “Kan Gütme ve Taammüt”, *Adalet Dergisi*, 1968, Cilt 59, Sayı 9, s. 509-515.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat: *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜR İzzet: “Adam Öldürme Suçlarında Tahrikle Taammüt Birleşir mi?”, *İleri Hukuk Mecmuası*, 1945, Sayı 6, s. 16-19.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018 (11. Baskı).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010 (1. Baskı).
- HAHERİ, Hakan: *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAHRAMAN, Recep: “Tasarlamanın Tespitinde Kavramın Psikolojik Boyutunun Öne Çıkarılmasına Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, *Yeni İçtihatlar: Ulusal, Uluslararası ve Yabancı Mahkeme Kararları Sempozyumu Tebliğ Özetleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 7 Ekim 2022*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 11-12.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- LOMBARDI, Filippo: “Dolo D’Impeto e Crudeltà: Un Commento Alla Recente Pronuncia Delle Sezioni Unite”, *In Giurisprudenza Penale Web*, 2016, Sayı 11, s. 1-10 (https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/11/lombardi_crudelt%C3%A0_gp_2016_11.pdf, ET: 19.11.2023).
- MALKOÇ, İsmail: *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- MANTOVANI, Ferrando: *Pirincipi Di Diritto Penale*, 2. Baskı, CEDAM Editore, Padova, 2007.
- MONTANELLI, Luca: *Cenni in Materia di Premeditazione del Reato*, 2024 (<https://www.iusinitinere.it/cenni-in-materia-di-premeditazione-del-reato-49328#:~:text=2%20Codice%20Zanardelli%3A%20%E2%80%9C%20applica,la%20morte%20di%20una%20persona,ET:21.01.2025>).
- OKAY, Sadık / ASLAN, Bedri: “Adam Öldürmede Cezayı Artıran Sebeplerden Taammüt”, *Adalet Dergisi*, 1946, Sayı 10, s. 1460-1477.
- ORLANDI, Riccardo: “La Provocazione Della Scriminante. I Limiti Della Giustificazione Del Reato in Contesti Illeciti”, *Archivio Penale*, 2021, Sayı 3, s. 1-29 (<https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=9545cf46-71d1-4e9d-a2d9-f1f575190757&idarticolo=31227>, ET: 21.06.2024).
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- ÖNCÜ ATEŞ, Tuğba Gül: *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖZALP, Nabi: *Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SELÇUK, Sami: *Karşı Oylarım*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ŞEN, Ersan: *Tasarlayarak Öldürme Suçu ve Haksız Tahrik*, 2022 (<https://sen.av.tr/tr/makale/tasarlayarak-oldurme-sucu-ve-haksiz-tahrik>, ET: 11.10.2023).
- ŞENSOY, Naci: “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 110-156.
- TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- TOROSLU, Haluk: *Ceza Müeyyidesi*, Savaş Yayınları, Ankara, 2010.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- YERDELEN, Erdal: *Cezanın Belirlenmesi Türk ve Alman Uygulaması*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

**Ceza Muhakemesinde Duruşmanın İkiye Bölünmesi?****Division of the Main Trial into Two Parts in Criminal Proceedings?***Gözde KAZAKER BOZKURT**

Doktor Öğretim Üyesi

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Duruşma,
Duruşmanın İkiye
Bölünmesi,
Kesiksizlik İlkesi,
Alenilik (Açıklık)
İlkesi,
Cezanın Belirlenmesi,
Cezanın
Bireyselleştirilmesi.

Öz

Bu çalışmada, ceza muhakemesinde duruşmanın suçluluğa ilişkin verilen bir ara kararla iki bölüme ayrılması ve karşılaştırmalı hukukta böyle bir bölünme lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler ele alınmaktadır. Bu, duruşmanın suçluluk sorununun karara bağlanması ve yaptırımın belirlenmesi şeklinde ikiye bölünmesini ifade etmektedir. Öncelikle kişinin “suçlu” veya “suçsuz” olduğuna dair deliller ortaya konularak tartışılmakta ve bir ara karar (*Interlokut*) verilmektedir. Sadece suçluluk kararı verilmesi hâlinde cezanın miktarını etkileyecek hususlara ilişkin deliller ele alınmaktadır. Bu bölünmenin beraat eden sanıklar için olumlu yönü, cezalandırma açısından önem arz eden özel hayata ilişkin hususların kamuya açıklanmamasıdır. Bir Anglo-Sakson muhakeme modeli olan yargılamanın ikiye bölünmesi, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde de tartışılan ve bazılarında pozitif hukuka yansıyan bir mesele olarak çalışmamıza konu olmuştur.

Keywords

Main Trial,
Bipartite Division of
the Main Trial,
Principle of
Continuity,
Principle of Publicity,
Sentencing,
Individualisation of the
Punishment.

Abstract

This paper deals with the division of the main trial in criminal proceedings into two parts by means of an interlocutory judgment on guilt and the arguments for and against this division in comparative law. This means the division of the main trial into two parts: determination of guilt and sentencing. First, the evidence as to whether the person is “guilty” or “not guilty” is presented, discussed and a decision is made with an interlocutory judgment (*interlocutor*). Only in the case of guilt is evidence taken regarding circumstances that affect the severity of the sentence. For acquitted defendants, this division has the advantage that details of their private lives that are relevant to the sentencing do not become public. The division of the trial, an Anglo-Saxon procedural model, is the subject of our study because it is also discussed in countries of the continental European legal system and is reflected in positive law in some of them.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 09.04.2025, Kabul Tarihi: 22.05.2025.



GİRİŞ

Duruşma devresi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira bu devrede yapılacak yargılama neticesinde sanığın kendisine isnat edilen suçu işleyip işlemediğine ilişkin bir belirlemede bulunmaktadır. Eğer sanık kendisine isnat edilen suçu işlemişse hakkında uygulanacak yaptırımın belirlendiği bir safha olarak ayrıca önem taşır. Zira hükmolunan yaptırım, doğrudan sanığın kişisel çıkarlarını ilgilendirmesinin yanında toplumun yargıya olan güveninin bir ölçüsü olarak da hizmet eder. Bu bağlamda duruşma hem suçluluğun tespitinin hem de bunun sonuçlarının tespitinin yapıldığı devre olarak tüm ceza muhakemesi sürecinde özel bir konuma sahiptir. Üstlenmiş olduğu bu kritik işlev nedeniyle duruşma devresi, ceza muhakemesi hukuku literatüründe pek çok tartışmanın içinde yer almakta, yapısı ve sistemi itibarıyla eleştirilere maruz kalmaktadır.

Çalışma, Kıta Avrupası'nda ceza muhakemesinde duruşma devresini yeniden yapılandırma gerekliliği kapsamında tartışılan, esasen bir Anglo-Sakson muhakeme modeline dayanan duruşmanın ikiye bölünmesini irdelemektedir. Duruşma devresinde iki kademeli bir yapı oluşturulması, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerin bazılarında pozitif hukuka yansımış, bazılarında ise bir reform önerisi olarak kalmaktan öteye gidememiştir. Bununla kast edilen, duruşmanın şeklen *yargılama devresi* ve *son karar devresi* olarak kendi içinde ikili bir ayrımla ele alınması değildir. Ceza yargılaması sürecinde esaslı bir değişikliği ifade eden bu sistem kapsamında bugün duruşmanın *suçluluk sorununun karara bağlandığı ve yaptırımın belirlendiği* iki bölüme ayrılması, başka bir söylemle *ceza muhakemesinin (yargılamasının) bölünmesi* hususu tartışılmaktadır.

Çalışmada öncelikle ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi sisteminin mahiyetine (I) ve bölünme fikrinin Kıta Avrupası'nda doğmasına neden olan tarihi sürece (II) değinilecektir. Ardından sistemin Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan ve uygulanması önerilen çeşitleri, duruşmanın bölünmelerinde incelenecek hususlar ve bölünmenin kanuni dayanağının mevcut olup olmaması göz önünde bulundurularak ikili bir ayrıma tabi tutulmak suretiyle incelenecektir (III).

Bu bölümlerin akabinde, Kıta Avrupası'nda bölünme fikrini farklı şekillerde de olsa muhakeme kanunlarına yansıttığını çalışmamız sırasında tespit ettiğimiz örnek iki ülke olarak İsviçre ve Avusturya'daki kanuni düzenlemelere yer verilecektir (IV). Karşılaştırmalı hukukta bu bölünme lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşlere değinilmesinin ve bunların ilgili olduğu başlık bazında hukukumuz açısından değerlendirilmesinin (V) ardından, sonuç bölümünde çalışmada elde edilen bulgular çerçevesinde sistemin Türk ceza muhakemesi hukuku bakımından uygulanabilirliği tahlil edilecektir.

I. CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMANIN İKİYE BÖLÜNMESİ SİSTEMİNİN MAHİYETİ

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, *ceza muhakemesinin (yargılamasının) ikiye bölünmesi*¹ ve *ceza davasının ikiye bölünmesi*² başlıkları altında da irdelenmektedir. Anglo-Sakson muhakeme sürecinin bileşenlerinin değiştirilmiş bir biçimde Kıta Avrupası hukuk sistemine yansıtılmış şekliyle konu, güncel tartışmalarda *ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi* hâlini almıştır. Nitekim çalışmanın devamında ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere bu usulün tarihsel arka planı jüri mahkemelerinin yapısına dayanmaktaysa da duruşma devresinde iki kademeli bir yapı oluşturulması gerekliliği altında bugün tartışılan, jüri mahkemelerinin yeniden canlandırılması değildir³.

¹ BLAU, Günter: "Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, Schuldspruch und Strafausspruch", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, Sayı 81, s. 31-48; FISCHINGER, Helmut: "Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, Schuldspruch und Strafausspruch", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, Sayı 81, s. 49-60; ACHENBACH, Hans: "Zweiteilung des Strafverfahrens-Plädoyer für eine 'kleine Lösung'", *Juristische Rundschau*, 1974, Sayı 10, 1974, s. 401-406; TOSUN, Öztekin: *Suçluların Gözlemi*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966, s. 430.

² TOSUN, s. 443.

³ ROXIN, Claus: "Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß", (Ed.) LÜTTGER, Hans: *Probleme der Strafprozeßreform*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, s. 62. Bu hususta bkz. II. "Kıta Avrupası'nda Duruşmayı İkiye Bölme Fikrinin Tarihi Gelişimi".

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, Almanca konuşulan bölgelerde genellikle “*Schuldinterlokut*” terimi altında ele alınmakta ve tartışılmaktadır⁴. Bu terim, Latince “ara bir karar veya hüküm vermek” anlamına gelen “*interloqui*” veya “*interlocutio*” kelimesinden türetilmiştir⁵. Hukuk sözlüğünde terim, ceza yargılamasının taraflarının (olgusal olarak sınırlı) savunmalarını takiben mahkemenin “suçluluk” sorunuyla sınırlı olarak verdiği bir ara karar olarak tanımlanmaktadır⁶. Alman öğretisinde ise kavram, duruşmanın suçluluğa ilişkin bir bölüme ve müteakiben cezanın belirlendiği veya kanuni sonuçların tespit edildiği ikinci bir bölüme ayrılması olarak açıklanmaktadır⁷.

Türk ceza muhakemesi hukuku açısından bakıldığında kural olarak ara verilmeksizin başka bir söylemle kesiksiz (*inkıtasız, kesintisiz, yoğunlaştırılmış*) seyreden duruşma devresinde (CMK m. 190/1) bir bölünmenin gerçekleştirilmesinin kast edildiği görülmektedir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta tartışılan, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin olguların ayrıca araştırıldığı ikinci bir bölümün oluşturulmasının gerekli olup olmadığıdır. Bahsi geçen bölünme, duruşmanın ara verilmeksizin tek celsede bitirilmesini ifade eden ve esasen yargılamanın makul sürede tamamlanmasına hizmet eden *kesiksizlik ilkesi* (*Kontinuitätsgrundsatz*)⁸ ile çelişmektedir. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk literatüründe yer alan hâkim görüşe göre, duruşmanın ilk bölümünden farklı olarak ikinci bölümünün kapalı yapılması gerekmektedir⁹. Bu durum ise duruşmaya hâkim ilkelerden olan *alenilik (açıklık) ilkesinin* (AY m. 141/1; CMK m. 182/1) (*Öffentlichkeitsgrundsatz*) sınırlandırılması anlamına gelmektedir¹⁰. Zira bu ilke, duruşmada gerçekleştirilen muhakeme işlemlerinde, bulunması zorunlu olan kimseler dışındaki kimselerin de bulunabilmesini ve duruşmayı izleyebilmesini ifade eder. En basit söylemle ilke, muhakemeye katılan sühlerin halk tarafından denetlenebilmesini ve sanığın toplum önünde kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulabilmesini sağlar¹¹. Sistemin duruşmanın ikinci bölümünde alenilik ilkesi yönünden getirdiği kısıtlamayla sanığın kişilik haklarını korumayı amaçladığı belirtilmektedir¹².

Bu çerçevede duruşmanın ilk bölümü “suçluluk” sorununa ayrılmalı ve ancak bu suçluluk tespit edildikten sonra bir ara karar veya hüküm şeklinde (ön) bir suçluluk kararı verilmelidir. Buna müteakiben kapalı bir şekilde gerçekleştirilen yani aleniliğin olmadığı ikinci bölümde ise cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin deliller ortaya konulacak ve bir yaptırım hükmü verilecektir¹³. Bu

⁴ BLAU, s. 31; ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2022, s. 410; KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Baskı, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2015, s. 120, dn. 4; KNITTEL, Eberhard: *Zweiteilung der Hauptverhandlung nach Englischem Vorbild*, Peter Hanstein Verlag, Köln-Bonn, 1973, s. 215; HUBER, Michael: *Reformüberlegungen des strafprozessualen Hauptverfahrens*, Diplomarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz, 2010, s. 33.

⁵ HEUMANN, Hermann Gottlieb / SECKEL, Emil: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926, s. 282.

⁶ WERNER, Raik: *Weberkompakt, Rechtswörterbuch*, 11. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2024. Benzer tanım için bkz. KÖBLER, Gerhard: *Juristisches Wörterbuch*, 16. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2016, s. 381-382.

⁷ DÖLLING, Dieter: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung- Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten*, Schwartz Verlag, Göttingen, 1978, s. 2; SESSAR, Klaus: “Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, Sayı 93, s. 713; SCHÖCH, Heinz / SCHREIBER, Hans-Ludwig: “Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel? Erfahrungen mit der Erprobung eines informellen Schuldinterlokuts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, Cilt 11, Sayı 3, s. 63; SCHÄFER, Karl: “Kap.13, N. 20a”, RIEß, Peter (Hrsg): *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, 24. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1988 (Yazar, Löwe-Rosenberg Großkommentar); MELLER, Laura: *Urteilsabspachen im österreichischen Strafprozess*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021, s. 238.

⁸ KARAKEHYA, Hakan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 82-83; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 485-486; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 567.

⁹ DAHS, Hans: “Fortschrittliches Strafrecht in rückständigem Strafverfahren. Zur Dringlichkeit einer Zweiteilung der Hauptverhandlung durch ein ‘Schuldinterlokut’”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, s. 1710; MOOS, Reinhard: “Die Reform der Hauptverhandlung Teil II”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2003, Sayı 20, s. 369; BLAU, s. 45.

¹⁰ WOLF, Celina Anna: *Das Schuldinterlokut- Die Zweiteilung der Hauptverhandlung im Strafprozess*, Diplomarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Graz, Graz, 2024, s. 55.

¹¹ KARAKEHYA, s. 80; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 487.

¹² WOLF, s. 55.

¹³ WOLF, s. 29-30.

noktada önemli olan suçluluğa ilişkin delillerin ve cezanın belirlenmesinde etkili olan olguların ortaya konulması ve tartışılması sürecinin başlangıçtan itibaren birbirinden ayrı yürütülmesidir¹⁴.

II. KITA AVRUPASI'NDA DURUŞMAYI İKİYE BÖLME FİKRİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

“*Mahkûmiyet, suçlu bulunma (suçluluk) kararı (conviction, Schuldspruch)*” ile “*ceza hükmü (sentence, Strafausspruch)*” arasında bir ayırım yapılmasına dayanan Anglo-Sakson yargılama modeli, mevcudiyetini esasen İngiliz ceza mahkemelerinin jüri oluşumuna borçludur. Bu, bir tür yetki paylaşımı anlamına gelir: Jürinin suçluluk kararı vermesi veya sanığın suçunu ikrar etmesi hâlinde artık cezanın belirlenmesi (meslekten olmayan yargıçların katılımı olmaksızın) meslekten yargıçların görevidir¹⁵. Bununla birlikte Anglo- Sakson usulünde bu bölünme, jürinin varlığından, yargıç ile jüri arasındaki yetki paylaşımından kopmuştur. Yargılama da iki aşamaya bölünmüştür. Suçluluk sorununa ve ceza sorununa ilişkin iki ayrı karar ortaya çıkar. Burada aslında ceza yargılaması, aralarında esaslı farklılıklar bulunan iki ayrı özerk bölümden oluşmaktadır¹⁶.

Burjuva devrimlerinden sonra Kıta Avrupası'nda jüri mahkemelerin uygulamaya konması, doğal olarak nihai kararın suçluluk hükmü ve ceza hükmü olarak bölünmesini gerektirmiştir¹⁷. Örneğin, Almanya'da 1877 İmparatorluk mevzuatında jüri sisteminin zaten mevcut olduğu ve bunun aslında 1924 Emminger Reformu'na kadar devam ettiği ve bu dönemde önce suçluluğa ardından cezaya karar verildiği belirtilmelidir¹⁸. Yine bir başka örnek, 1896 tarihli Macaristan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) görülebilir¹⁹. Bununla birlikte Kıta Avrupası hukuk sisteminin şartlarına ve usul geleneklerine uyarlanan jüri mahkeme, bu dönemde kararın bölünmesinden daha ileri gitmemiştir²⁰.

Kıta Avrupası'nda devam eden süreçte doğrudan veya dolaylı yasal düzenlemelerle jüri mahkemeleri tasfiye edilirken veya arka plana itilirken uluslararası dernekler kuran kriminologlar, ceza yargılamasının fiili olarak bölünmesinden yana bir tutum sergilemişlerdir. 1925 yılında Londra'da gerçekleştirilen IV. Uluslararası Cezaevleri (İnfaz) Kongresi'nde ceza yargılamasının ikiye bölünmesi oy birliği ile kabul edilmiştir. Kongre'de failin kişiliğinin detaylı bir incelemeye tabi tutulmasını gerektiren cezanın bireyselleştirilmesinin ancak bu amaca hasredilmiş bağımsız bir usul aşamasıyla mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca cezanın belirlenmesi aşamasında yani ikinci kısımda sakin bir atmosferin sağlanması ve güven tesis edilmesi için aleniliğin kaldırılması önerilmiştir²¹. Kıta Avrupası ülkelerinde söz konusu Kongre vesilesiyle ilk defa cezanın bireyselleştirilmesinin artan önemine ilişkin fikirler ortaya çıkmıştır²².

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra toplumsal savunma hareketlerinin yönlendirmesiyle ceza yargılamasının bölünmesi fikri yeniden gündeme gelmiştir²³. III. Uluslararası Toplumsal Savunma Kongresi'nde (Anvers, 1954), failin biyo-psikolojik ve sosyal kişiliğinin incelenmesinin gerekliliği konusunda karar alınmış ve bu doğrultuda ceza yargılamasının ihtiyari olarak bölünmesi sistemi önerilmiştir²⁴. Yar-

¹⁴ HUBER, s. 35.

¹⁵ HORN, Eckhard: “Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, Sayı 85, s. 7-8; BÁRD, Károly: “Über die Zweiteilung der Verhandlung”, *Acta Juridica, Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1987, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 197; BLAU, s. 31; ROXIN, s. 62.

¹⁶ BÁRD, s. 197-198.

¹⁷ BÁRD, s. 198.

¹⁸ TOPHINKE, Wilhelm: “Zum Schuldinterlokut”, *Welche Reform braucht das Strafverfahren? Texte und Ergebnisse des 30. Strafverteidigertag, Lübeck, 6-8 März 2015*, Berlin, 2016, s. 223; BÁRD, s. 200.

¹⁹ BÁRD, s. 198.

²⁰ BÁRD, s. 197-198.

²¹ BLAU, s. 39; BÁRD, s. 198; TOSUN, s. 442.

²² WOLF, s. 30.

²³ BLAU, s. 40; BÁRD, s. 199.

²⁴ HEINITZ, Ernst: “Zweiteilung der Hauptverhandlung”, *Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, s. 840; BÁRD, s. 199.

gılamanın ikinci bölümünde aleniliğe ilişkin kısıtlamanın yanı sıra davranış bilimi uzmanlarının üye olarak yani karar verme yetkisine sahip kişiler olarak yer alması gerekliliği üzerinde durulmuştur²⁵.

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP-*Association Internationale de Droit de Pénal*)²⁶, 1961 yılında VIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde ceza yargılamasının bölünmesini tavsiye eden bir karar almıştır²⁷. Lizbon'da gerçekleştirilen bu Kongre'de "cezaî hükümlerin hazırlanmasında uygulanan yöntemler ve teknik usuller" incelenmiş ve *hukuka aykırılık, suçluluk* ya da *yaptırımlarla* ilgili kararların ayrılmasının faydalı olacağı sonucuna varılmıştır²⁸. Dernek, 1969 yılında Roma'da düzenlediği X. Kongre'nin dört temel başlığından birini özellikle bölünmüş yargılama projesine ayırmıştır. Her ne kadar hazırlık kolokyumlarında yargılamanın bölünmesi sadece sınırlı bir alanda ve sıkı koşullar altında önerilmiş olsa ve ulusal raporlar farklı görüşleri yansıtsa da ve katılımcılar sayısız karşı argüman ileri sürse de nihai karar bölünmeden yana çıkmıştır²⁹. Nitekim Kongre'nin bölünme önerisi, Avrupa'nın büyük bir bölümünde -mevzuatta ve literatürde- pek iyi karşılanmamıştır. Kongre'deki temsilcileri ulusal raporlarında ikiye bölünme projesinin sorunlu olduğunu beyan ettiğinden sosyalist devletler açısından bu durum şaşırtıcı değildir. Ancak batılı devletlerden geniş çapta destek verenler yalnızca Almanya'nın usul hukukçuları olmuştur³⁰.

Almanya'nın ceza yargılamasının bölünmesine yönelik sergilediği tutum, zamansal bir tesadüfe dayandırılmaktadır. Roma'daki kongrenin yapıldığı yılın (1969) Alman Ceza Kanunu'nun yaptırım sisteminin bireyselleştirme ruhuyla değiştirildiği döneme tekabül etmiş olması, birçok kişinin yargılamanın ikiye bölünmesini, maddi hukuk değişikliklerinin makul bir usuli sonucu olarak görmesine neden olmuştur. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yargılamanın bölünmesi yönündeki bu eğilim, aynı zamanda ülkenin kendine özgü suçluluk yapısı ve Alman hukukunun gelişim karakteristiği ile de ilişkilendirilmektedir. Zira savaş suçlarına, karmaşık ekonomik suçların faillerine ve terörist grupların üyelerine karşı yürütülen yargılamalar, o dönemde adaletin işleyişini son derece şüpheli hâle getirmiştir. Bu nedenle geleneksel yargılama sistemi sert bir şekilde eleştirilmiş ve o dönem kimi Alman usul hukukçuları yargılamanın etkinliğini artırması muhtemel reform fikirlerine doğru bir eğilim göstermiştir³¹.

Almanya'da konuya ilişkin teknik tartışmalar, kaçınılmaz şekilde İsviçre ve Avusturya'yı da etkilemiştir. Bu tartışmalar, her iki ülkede de pozitif hukukta bir karşılık bulurken; Avusturya'da getirilen düzenleme³², reform tartışmalarını sonlandırmaya yetmemiştir. Zira çalışmanın devamında ayrıntılı

²⁵ BÂRD, s. 199.

²⁶ Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP), 1924 yılında Paris'te kurulmuştur. Bu Dernek, üç önemli ceza hukukçusu olan *Franz von Liszt*, *Gerard Van Hamel* ve *Adolphe Prins* tarafından 1889 yılında Viyana'da kurulmuş olan ve I. Dünya Savaşı'nın başlangıcıyla fes-holan Uluslararası Ceza Hukuku Birliği'nden doğan bir teşkilattır. AIDP, ceza bilimleri uzmanlarını bir araya getiren dünyanın en eski teşkilatıdır ve kendi alanında (suç siyaseti ve ceza hukukunun kanunlaştırılması, karşılaştırmalı ceza hukuku, uluslararası ceza hukuku, ceza adaletinin uygulanmasında insan hakları) özel bir konumu haizdir (<https://www.tchd.org.tr/aidp/>, ET: 21.01.2025).

²⁷ Kongre'nin bu kararına göre, "Gerektiğinde hâkimin olayın maddiyat ve isnadiyeti üzerinde birinci, yaptırımın tayini üzerinde ikinci aşamada karar verebilmesi mümkün olmalıdır." (TOSUN, s. 443).

²⁸ BÂRD, s. 199.

²⁹ Kongrenin nihai kararına göre, "En azından daha ciddi suçlara ilişkin yargılamalarda, mahkemeye delil ve beyanları başlangıçta fiil ve suçluluk konularıyla sınırlama yetkisi verilmelidir. Mahkeme, sanığın kişiliğine ilişkin delil tespitini, ilk bölümde bu delillerin göz önünde bulundurulması amaca uygun olmadığı sürece (akıl hastalığının kusur yeteneği üzerinde etkili olması gibi) ancak suçluluğa ilişkin kararın verilmesinden sonra uygun yaptırımın belirlenmesi amacıyla gerçekleştirmelidir." (KLEINKNECHT, Theodor: "Informelles Schuldinterlokut" im Strafprozeß nach geltendem Recht, Zur modernen Gestaltung der Hauptverhandlung", (Ed.) LÜTTGER, Hans / BLEI, Hermann / HANAU, Peter: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, s. 652). Kongrenin bu kararının şimdiye dek aldığı kararlardaki alışlagelmiş netlikten uzak olduğu yönünde bkz. BÂRD, s. 199. Bu kongrede temsilcileri bölünme yönünde görüş bildiren ülkelerden bazıları Almanya, Fransa, Brezilya, Mısır, İsveç, Norveç; temsilcileri bölünme karşıtı olan ülkelere bazıları ise Yunanistan, Polonya, Çekoslovakya ve Yugoslavya'dır. İtalyan temsilciler ise fikir ayrılığı yaşamışlardır (HEINITZ, s. 837, dn. 10).

³⁰ BÂRD, s. 200. Duruşmanın ikiye bölünmesi, Almanya'da 1960 yılının ortalarından itibaren büyük ceza hukuku reformu öncesinde ceza muhakemesi hukukunun temel sorunları kapsamında yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Konuya ilişkin tartışma disiplinler arası bir boyut kazanmış, yalnızca avukatlar değil çok sayıda psikiyatrist de böyle bir ayrımın uygulanması yönünde görüş bildirmiştir (BERNARD, Stephan / STUDER, Rafael: "Präkäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat-oder Schuldinterlokut", (Ed.) HEER, Marianne / HABERMEYER, Elmar / BERNARD, Stephan: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 17).

³¹ BÂRD, s. 200.

³² BGBl. I Nr. 2004/19, (01.01.2008), Strafprozessreformgesetz (Ceza Muhakemesi Reform Kanunu).

olarak açıklanacağı üzere Avusturya CMK'nın ilgili hükmü, duruşmanın ikiye bölünmesi sistemini tam anlamıyla yansıtmamaktadır³³. Nihai olarak Almanya'da ise duruşmanın bölünmesi fikri uygulanmamıştır³⁴. Nitekim günümüz Alman CMK'da teknik anlamda böyle bir ayırım yoktur. Alman CMK m. 260 uyarınca suçluluğa ve cezaya (veya tedbire) ilişkin karar, mahkemenin hükmü (*Urteil*) altında aynı anda açıklanır³⁵. Almanya'da konuya ilişkin tartışmaların yavaş yavaş sona ermiş olduğu ve neredeyse hiç yeni literatürün kalmadığı ifade edilmektedir³⁶. Bununla birlikte konu, günümüzde hâlâ Alman ceza muhakemesi hukukunun güncel sorunları arasında sıralanmakta³⁷ ve sempozyumlara konu olmaya devam etmektedir³⁸. Bu bağlamda Almanya'da duruşmanın mevcut seyri hâlâ tartışmalı olsa da³⁹ bu tür geniş kapsamlı reform fikirleri yakın zamanda terk edilmiştir. Böyle radikal bir değişimden ziyade mevcut ve denenmiş yapıların tamamını korumak suretiyle ceza muhakemesi hukukunun modernleştirilmesi ve daha da geliştirilmesi için çaba sarf edildiği belirtilmektedir⁴⁰.

III. SİSTEMİN KITA AVRUPASI'NDA UYGULANAN VE UYGULANMASI ÖNERİLEN ÇEŞİTLERİ

A. Bölümlerde İncelenen Hususlar Bakımından (*Schuldinterlokut-Tatinterlokut*)

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesine ilişkin tartışmalar, mevcut durumda tek bir karar ile yapılan suçluluğun tespiti ve yaptırımın belirlenmesi işlerinin ayrı ayrı iki kararla yapılması ve bunlara birer kısım ayrılması üzerinedir⁴¹. Bu nedenle klasik şekil olarak ifade etmekte sakınca görmediğimiz "*Schuldinterlokut*" olarak nitelendirilen ilk usulde duruşma, "suçluluk" ve "yaptırım" sorunlarının ayrı kararlara bağlandığı iki bölümden oluşmaktadır.

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesinin klasik şeklinin yanı sıra farklı bir şekline daha yer verilebilmektedir. "*Tatinterloku*" olarak nitelendirilen bu ikinci usulde ise "suç (maddi vakıa)" sorunu ayrı bir bölümde ele alınmaktadır. Yani duruşmanın ilk bölümünde öncelikle "suç (maddi vakıa)" sorunu (*Sanık, kendisine isnat edilen suçu işledi mi?*) karara bağlanmakta⁴², ardından diğer

³³ HUBER, s. 34. İsviçre ve Avusturya'daki kanuni düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. IV. "Kıta Avrupası'nda Pozitif Hukuktaki Yansımalar- İsviçre ve Avusturya Örnekleri".

³⁴ BERNARD / STUDER, s. 17.

³⁵ ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 410, N. 82; BLAU, s. 36. Bununla birlikte bu kuralın istisnasız geçerli olduğu söylenemez. Örneğin, Alman Genç Mahkemeleri Kanunu'nun (JGG- Alman GMK) gençlere özgü hapis cezası hükmünün verilmesinin ertelenmesini düzenleyen 27. maddesinde suçluluk ile ceza hükmü arasında benzer bir ayırım tesis edilmiş durumdadır. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin Anglo-Sakson usulündeki ayırımın bir yansıması olup olmadığı Alman doktrininde tartışmalıdır (ayrıca bkz. BLAU, s. 37). Gençlere özgü hapis cezasına hükmetmek için gerekli koşulların oluşması durumunda, mahkeme cezanın belirlenmesi aşamasını gerçekleştirmeyerek hükmün verilmesini erteleyebilir. Alman GMK'nın 27. maddesinde düzenlenen "*gençler için hapis cezası hükmünün verilmesinin ertelenmesi*" kurumu, Alman GMK m. 21'de düzenlenen "*gençler için hapis cezasının yerine getirilmesinin ertelenmesi*" kurumundan farklıdır. Genç için hapis cezası hükmünün verilmesinin Alman GMK uyarınca ertelenmesinde mahkeme, öncelikle sanığın suçlu olduğunu belirler. Bu belirlemeyi yaptığı sırada da sanığa bazı emirler verip yükümlülükler yükleyerek ve bir deneme süresi tayin ederek, genç için hapis cezasının belirlenmesini erteleyebilir. Ertelemeye ilişkin bu karar verilirken ayrıca "*gençlere özgü disiplin hapsi (Jugendarrest)*" kararı da verilemez. Hapis cezası hükmünün verilmesinin ertelenmesi için şu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir: Failin fiili işlemiş olduğunun ve kast veya taksirinin bulunduğu ispat edilmiş olması, failin olaydaki kusurunun ağır olmaması, failin zararlı eğilimleri bulunduğu dair emarelerin bulunması ancak zararlı eğilimlerin kapsamı hakkında henüz nihai bir hüküm verilmemiş olması, mahkemenin daha az etkili olan alternatif yaptırımların yeterli olup olmayacağını denetlemiş olması ve alternatif yaptırımların yeterli olmadığının anlaşılmış olması [YENİSEY, Feridun: *Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar*, 2007 (<http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr>, ET: 10.01.2025), s. 20].

³⁶ BERNARD / STUDER, s. 17.

³⁷ https://www.jura.uni-frankfurt.de/60912599/Themenliste_Aktuelle_Probleme_des_Strafprozessrechts.pdf? (ET: 05.01.2025)

³⁸ TOPHINKE, s. 123-127.

³⁹ KRÖPIL, Karl: "Wichtige Grundzüge des Strafverfahrens-unter Berücksichtigung einiger Aspekte aus dem Strafverfahren gegen Christian Wulff", *Juristische Schulung*, 2015, s. 217.

⁴⁰ BEULKE, Werner: *Strafprozessrecht*, 11. Baskı, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2010, § 19, s. 256, N. 397. Benzer yönde bkz. ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 410, N. 83.

⁴¹ TOSUN, s. 444.

⁴² Yalnızca sanığın kendisine isnat edilen fiili (suçu) işleyip işlemediği sorusunun cevabının verildiği bir bölüm olması nedeniyle bu bölüm sonunda verilen karar, sanığın suçluluğunu belirleyen bir karar (*Schuldpruch*) olarak nitelendirilemez (BERNARD / STUDER, s. 20).

bölümünde sırasıyla “suçluluk” ve “yaptırım” sorunları açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu suretle aslında ceza muhakemesinde duruşmanın üç bölüme ayrılmış olduğu dahi ifade edilmektedir⁴³.

Duruşmanın ikiye bölünmesi hâlinde ilk bölüm sonunda verilen karar ile *suçluluk sorununun mu suç sorununun mu çözümlenmiş olduğu* hususu, duruşmanın bölümlerinin içeriğinin nelerden ibaret olduğuyula doğrudan ilintilidir. Karşılaştırmalı hukukta, özellikle *Alman* ve *Avusturya* hukukunda duruşmanın ikiye bölünmesi hâlinde bölümlerin içeriğinin nasıl şekilleneceği yani birinci ve ikinci bölümde ele alınması gereken hususların neler olacağı oldukça tartışmalıdır⁴⁴. Bununla birlikte bölünmenin suçluluğun ve yaptırımın tespiti şeklinde planlanması yani klasik şekil olan “*Schuldinterlokut*”un kabulü durumunda bölümlerde incelenecek hususlar genellikle şu şekilde belirlenmektedir:

Kişinin suçluluğunun tayin edileceği ilk bölümde, suça ve suçluluğa ilişkin delillerin ortaya konulması ve tartışılması planlanmaktadır. Bu çerçevede ilk bölümde, tipikliğin maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurları ele alınacaktır. Hukuka uygunluk sebepleri, sanığın kusur yeteneğinin (isnat yeteneği) bulunup bulunmadığı ve kusurluluğu kaldıran sebepler (örneğin; zorunluluk hâli, haksızlık yanılması, meşru müdafada sınırın kast olmaksızın aşılması vb.) yine bu kısımda ele alınması gereken hususlardır⁴⁵.

Suçluluğun kanuni sonuçlarının tespit edildiği ikinci bölümde ise cezanın veya güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi, verilecek cezanın türü (adli para cezasına mı yoksa hapis cezasına mı hükmedilmesi gerektiği), hapis cezasının ertelenmesi, para cezasının miktarının ne olacağı, hapis cezasının süresinin ne olması gerektiği, cezayı hafifletici nedenlerin olup olmadığı ve benzeri hususlar ele alınmaktadır. Suçluya doğru bir teşhis koymak ve doğru terapötik (tedavi edici) tedbirleri bulmak için suçlunun kişiliğinin ve onu suç işlemeye iten güdülerin kesin bir analizinin yapılması gereklidir. Bu çerçevede ikinci bölümde suçlunun adeta kriminolojik tasnife tabi tutulması gerekmektedir⁴⁶.

Alman hukukunda *Roxin*, duruşmanın ilk bölümü sonunda verilen karar ile sanığın isnat edilen suçu işleyip işlemediği sorusuna cevap verilmesini (*Tatinterlokut*) yeterli görmektedir. Kusur yeteneğinin araştırılmasının ise duruşmanın ikinci bölümüne bırakılması gerektiği görüşündedir. Zira kusur yeteneğinin incelenmesi, failin kişiliğinin oldukça kapsamlı bir şekilde araştırılmasını gerektirir. Yazara göre bu araştırmanın ilk bölüme dâhil edilmesi hâlinde fiile ilişkin ayrı bir yargılamanın yapılmasının sağlayacağı koruyucu etkiden geriye hiçbir şey kalmayacaktır. Yine yazar, benzer gerekçeyle kusur yeteneğini azaltan nedenlerin de ikinci bölümde ele alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁷.

B. Bölünmenin Kanuni Dayanağının Mevcudiyeti Bakımından (*formelles-informelles Schuldinterlokut*)

1. Duruşmanın Resmî Olarak Bölünmesi (*formelles Schuldinterlokut*)

Duruşmanın resmî olarak bölünmesi için asli koşul, bu usul sisteminin zorunlu olarak kullanılmasını öngören kanuni bir dayanağın bulunmasıdır. Buna ek olarak kanun, yargılamanın içeriğinin nasıl bölüneceğine ve suçluluğu tespit eden kararın bağlayıcı etkisinin ne olacağına ilişkin de düzenleme içermelidir⁴⁸. Bu resmî şekil çerçevesinde, yargılamanın ilk bölümü sonunda verilen suçluluk kararının bağlayıcı etkisi esas alınarak birbirinden ayırt edilebilecek üç alt tür tanımlanmaktadır:

⁴³ WOLF, s. 185.

⁴⁴ Avusturya hukukunda bölümlerde incelenecek hususlar bakımından İsviçre örneğinin takip edilmesi önerilmektedir (MOOS, s. 369). Tartışmalar için bkz. HEINITZ, s. 841-842.

⁴⁵ FISCHINGER, s. 59; WOLF, s. 45.

⁴⁶ FISCHINGER, s. 59.

⁴⁷ ROXIN, s. 70. Suçla ilgili olmadığı sürece kusur yeteneği araştırılmasının duruşmanın ilk bölümünden istisna tutulması gerektiği yönünde benzer görüş için bkz. SESSAR, s. 720; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 64. Aksi yönde bkz. TOSUN, s. 448. Bu hususta ayrıca bkz. V.B.1. “Suç, Suçluluk ve Ceza Sorunlarının Ayrılmazlığı”.

⁴⁸ DAHS, s. 1709; BILAND-ZIMMERMANN, Beatrice: *Das Schuldinterlokut in der Hauptverhandlung*, Juris Druck und Verlag, Zürich, 1975, s. 3; WOLF, s. 48.

a. İlk Bölüm Sonunda Verilen Kararın Mutlak Bağlayıcı Etkiye Sahip Olması

Mutlak bağlayıcı etkiye sahip suçluluğa ilişkin karar, mahkemenin suçluluğu veya suçsuzluğu belirleyen ara kararlarla tamamen bağlı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu, hâkimin yargılamanın ikinci aşamasında ortaya çıkan yeni delillerden veya bulgulardan bağımsız olarak, suçluluk veya beraat kararına geri dönülmez bir şekilde bağlı olması nedeniyle yanlış bir karar vermek durumunda kalabileceği anlamına gelmektedir. Ayrıca mahkemenin ikinci bölüme geçildiğinde davaya ilişkin genel kanaatini yitirmesi de mümkündür. Bunun nedeni, yargılamanın birinci ve ikinci bölümleri arasında içerik bakımından birbirinden ayıramayacak bağlantıların bulunmasıdır. Bu hususların birinci bölümde geri dönülemez bir şekilde karara bağlanmış olması, sonuç olarak bütünüyle yanlış bir karar verilmesine yol açabilir⁴⁹.

b. İlk Bölüm Sonunda Verilen Kararın Nispi Bağlayıcı Etkiye Sahip Olması

Duruşmanın ilk bölümü sonunda verilen kararın nispi bir bağlayıcılık taşıması ile kast edilen söz konusu kararın *geri alınabilir* nitelik taşımasıdır. Bağlayıcılığı nispi olan suçluluk kararının öngörülmesi hâlinde bu, müessesenin amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır. Zira böyle bir usulün getirilmesinin gerçek anlamını yitirmemesi için ilk kısmın sonucunu ortaya koyan karar, belirli bir bağlayıcılık taşımalıdır. Başka bir söylemle bu bağlayıcı etki, bölünmeden beklenen faydalara ulaşılması için gereklidir. Burada önemli olan, kişinin kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak haksız yere suçlu addedilmesini önleyen istisnalar oluşturulmasıdır. Dolayısıyla suçluluğa ilişkin kararın istisnai durumlarda sanığın hem lehine hem de aleyhine değiştirilmesi veya olağanüstü durumlarda bozularak beraat kararı verilmesi mümkün olmalıdır. Bu tarz bir esnekliğin getirilmesinin temel amacı, sürece katılanların yargıya olan güvenini güçlendirmektir⁵⁰.

Yargılamanın ilk bölümü sonunda verilen suçluluk kararına nispi bir bağlayıcı etki tanınması durumunda şu dengenin sağlanması gerekmektedir: Bir yandan yaptırımın belirlenmesine hasredilen yargılamanın ikinci aşaması, sürekli olarak yeni ortaya çıkan delillerin ve iddiaların ileri sürülmesiyle engellenmemelidir. Diğer yandan yargılamanın ilk aşamasında verilen suçluluğu tespit eden kararın gözden geçirilmesinin kaçınılmaz olduğu durumlarda, bunun basit bir şekilde değiştirilmesi veya iptal edilmesi mümkün olmalıdır⁵¹.

c. İlk Bölüm Sonunda Verilen Kararın Bağlayıcı Etkisinin Bulunmaması

Suçluluğu tespit eden karara bağlayıcı bir etkinin tanınmaması, suçluluğa ilişkin tüm hususların yargılamanın ikinci aşamasında herhangi bir kısıtlama olmaksızın tekrar değerlendirilebileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, ara kararın engelleyici (bariyer) etkisini tamamen ortadan kaldırarak bölünmeden beklenen faydalara ulaşılmasına sebebiyet verebilir⁵².

2. Duruşmanın Gayriresmî Olarak Bölünmesi (*informelles Schuldinterlokut*)

Duruşmanın gayriresmî bölünmesinde ne usul kanunu ne de başka bir kanun ile yargılamanın iki kısma ayrılması öngörülmüştür. Bununla birlikte mahkemeye yargılamanın içeriğini bölerek ve uygun bir şekilde tartışarak duruşmayı ayırıp ayırmama hususunda bir karar verme serbestisi tanınmıştır⁵³. Bu durumda nihai karar henüz bu noktada verilemeyeceğinden verilen ara kararın bağlayıcı bir etkisi yoktur⁵⁴. Ancak bu karar, taşıdığı özel amaçla mevcut karar şekillerinden ayrılır. Zira nihai ve bağlayıcı olmaksızın duruşmanın bir sonraki bölümünün hangi yönde ilerlemesi gerektiğini açık bir şekilde göstermeyi amaçlamaktadır⁵⁵.

⁴⁹ BILAND-ZIMMERMANN, s. 4; WOLF, s. 48-49.

⁵⁰ BILAND-ZIMMERMANN, s. 4-5; WOLF, s. 49; DAHS, s. 1710.

⁵¹ BILAND-ZIMMERMANN, s. 6; WOLF, s. 49.

⁵² BILAND-ZIMMERMANN, s. 6.

⁵³ KLEINKNECHT, s. 665; WOLF, s. 51.

⁵⁴ KLEINKNECHT, s. 665; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63-64.

⁵⁵ BILAND-ZIMMERMANN, s. 8; KLEINKNECHT, s. 665; WOLF, s. 51-52.

Alman öğretisinde konuyu ilk ele alan ve bölünmüş yargılama lehinde görüş bildiren yazarlardan biri olan *Dahs*, bölünmenin gayriresmî şekilde uygulanmasını en azından böyle bir sistemin gerçekleştirilebilmesi veya denenmesi anlamında bir avantaj olarak değerlendirmiştir. Bu suretle gelecekte resmî bir ayırımın uygulanması için kullanılabilecek son derece faydalı ampirik değerlerin kazanılabileceği görüşündedir⁵⁶. Bununla birlikte öğretide yargılamanın düzenini bozacağı gerekçesiyle bu uzlaşmacı çözümü reddeden görüşler de mevcuttur⁵⁷.

Gayriresmî usulde alınan suçluluğa ilişkin karar, *yargılamaya katılan diğer kişilerin (sanık ve müdafî) iştiraki olmaksızın veya iştirakiyle verilen* olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁵⁸: İlk durumda yargılamaya katılan diğer kişilerin yani sanığın veya müdafîin suçluluğa ilişkin verilen kararı etkileme imkânı ve bu karar alınmadan önce beyanda bulunma hakkı yoktur. Bu noktada sanığın veya müdafîin beyanlarına başvurulmamasının, alınan kararın bağlayıcı nitelikte olmaması nedeniyle hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyeceği belirtilmektedir⁵⁹. Nitekim mahkemece alınan kararın açıklanması dahi gerekli değildir. İkinci durumda ise mahkemece ara karar alınmadan önce taraflara bu kararı etkileme imkânı verilmektedir. Açıkça bir ara tespit yapılması hâlinde suç ve suçluluk hususlarına ilişkin delil işlemlerinin tamamlanmasının ardından mahkeme başkanı, yargılamaya katılanlara söz verir ve ardından gerçekleştirilen müzakere sonrasında suçluluk veya beraat kararı açıklanır⁶⁰.

IV. KITA AVRUPASI'NDA POZİTİF HUKUKTAKİ YANSIMALAR- İSVİÇRE VE AVUSTURYA ÖRNEKLERİ

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, özellikle *İngiltere (ve Galler)* ve *Amerika Birleşik Devletleri*'nde yaygın bir uygulamadır⁶¹. Zira daha önce de belirtildiği gibi Kıta Avrupası'nda duruşmayı ikiye bölme fikri, temelde bir Anglo-Sakson muhakeme modeline dayanmaktadır⁶². Çalışmanın bu başlığı altında, Kıta Avrupası'nda bir reform düşüncesi olarak ortaya çıkan duruşmanın ikiye bölünmesini öngördükleri düzenlemelerle ceza muhakemesi kanunlarına yansıtan iki ülke olarak *İsviçre* ve *Avusturya* örnekleri sunulacaktır.

B. İsviçre

Kıta Avrupası'nda ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi sistemine rastlanan ülkelerden biri *İsviçre*'dir. *İsviçre CMK*, "*Duruşmanın İkiye Bölünmesi*" başlıklı 342. maddesi ile bölünmenin iki farklı türüne yer verdiği *ihtiyari* bir düzenleme getirmektedir⁶³:

İsviçre CMK m. 342/1-a'da belirtilen şekilde duruşma bölünmüşse ilk bölümün odak noktasını *suç ve suçluluk sorunları* oluşturmaktadır (*Schuldinterlokut*)⁶⁴. Yargılamanın ilk bölümünde mahkeme, bağlayıcı olacak şekilde (tam veya kısmi) suçluluk veya beraat kararı vermektedir. Dolayısıyla bu türde duruşmanın ilk bölümü, suçluluk sorusunun cevabına kadar ve bu sorunun cevabını da içerecek şekilde gerçekleştirilir. İlk kısımda verilen kararın sonuçlarının ele alındığı ikinci bölümde ise sanığın kişisel hâlleri gündeme gelir. Suçluluk kararı verilmesi durumunda yaptırım sorunu da bu bölümde ele alınmaktadır⁶⁵.

⁵⁶ DAHS, s. 1705.

⁵⁷ FISCHINGER, s. 59.

⁵⁸ BILAND-ZIMMERMANN, s. 8.

⁵⁹ BILAND-ZIMMERMANN, s. 9; WOLF, s. 52.

⁶⁰ BILAND-ZIMMERMANN, s. 10-11; WOLF, s. 52-53.

⁶¹ İngiltere (ve Galler) ve Amerika Birleşik Devletleri ceza yargılamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. WOLF, s. 31-36.

⁶² Bkz. II. "Kıta Avrupası'nda Duruşmayı İkiye Bölme Fikrinin Tarihi Gelişimi".

⁶³ *İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun tam metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/267/de> (ET: 10.03.2025).

⁶⁴ SCHNELL, Beat / STEFFEN, Simone / BÄHLER, Jürg: *Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2024, s. 478.

⁶⁵ WOLF, s. 36-37.

İsviçre CMK m. 342/1-b uyarınca duruşma bölünmüşse ilk aşamada yalnızca suç (*maddi vakıa*) sorunu ele alınmaktadır (*Tatinterlokut*). Söz konusu düzenlemeyle duruşmayı bölümlendirmede İsviçre sisteminde farklı bir tür daha öngörülmekte, “yaptırım” haricinde “suç” ve “suçluluk” sorunlarının da birbirinden ayrı ele alınmasına imkân veren bir usul getirilmektedir. Bu usulde ilk bölümde suç yani maddi vakıa sorununun (*Sanık, kendisine isnat edilen suçu işledi mi?*) karara bağlanmasının ardından, diğer bölümde suçluluk sorunu ve son olarak da yaptırım sorunu açıklığa kavuşturulmaktadır⁶⁶. İsviçre doktrininde bu usulün özellikle suç itirafında bulunmayan bir sanık söz konusu olduğunda, suçluluk sorununun açıklığa kavuşturulması için külfetli bir araştırmanın (*örneğin, kusur yeteneği sorununun açıklığa kavuşturulması için alınması gerekli bilirkişi raporu gibi*) gerekli olması hâlinde faydalı olduğu belirtilmektedir. Zira ilk kısımda sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemediği tespit edildiğinde artık bu araştırmanın yapılmasına ihtiyaç kalmamaktadır⁶⁷.

Duruşma, savcının veya sanığın talebi üzerine veya mahkeme tarafından re’sen ikiye bölünebilir. Duruşmanın ikiye bölünmesi kararına karşı kanun yoluna başvurulamaz (İsviçre CMK m. 342/2)⁶⁸. Duruşmanın iki bölüme ayrılması hâlinde sanığın kişisel hâlleri, suçun maddi (objektif) veya manevi (sübjektif) unsurları ile ilgili olmadıkça yalnızca suçluluk kararı verildiğinde duruşmanın konusunu oluşturabilir (İsviçre CMK m. 342/3)⁶⁹.

İsviçre CMK m. 342 doğrultusunda duruşmanın ikiye bölünmesine karar verilmesi durumunda suçluluk ya da suç sorunuyla sınırlı olmak üzere, İsviçre CMK m. 351 uyarınca kısmi bir hüküm (*Teilurteil*) verilir ve bu derhâl açıklanır. Beraat kararı verilmesi hâlinde usule ilişkin sonuçlar, suçluluk kararı verilmesi hâlinde ise hem usuli sonuçlar hem de yaptırım yargılamanın ikinci aşamasında müzakere edilerek karara bağlanmaktadır. Bunun için de kısmi bir hüküm verilir ve bu da derhâl açıklanır. Suçluluk kararı verilmesi hâlinde ilk kısmi hükme karşı, cezayı ve muhtemel fer’i sonuçları da içeren ikinci kısmi hükümle birlikte kanun yoluna başvurulması mümkündür⁷⁰. Nitekim İsviçre CMK m. 342/4 uyarınca suç ve suçluluk sorununa ilişkin kararlar, müzakere edildikten sonra açıklanır ancak hükmün tamamına karşı kanun yoluna başvurulabilir.

C. Avusturya

Avusturya CMK m. 256/1’de temel kural düzenlenmektedir. Buna göre kural olarak, aynı Kanun’un 255. maddesinde belirtilen kişilerin (*savcı, şahsi katılan*⁷¹, *sanık ve müdafî*) her birinin delille-

⁶⁶ WOLF, s. 37.

⁶⁷ *İsviçre yargı kararı örneği*: Failin bir festivalde aşırı derecede sarhoş olan ziyaretçilerden birine oldukça sert bir yumruk attığı ve savunmasız mağdurun kontrolsüz bir şekilde sırt üstü yere düştüğü ve başını asfalta çarptığı, daha sonra yerde zaten koma hâlinde olan mağdurun kafasına tekme atarak ona kötü muamelede bulunduğu, bu yaralanmaların mağdurun ölümüne sebebiyet verdiği iddia edilmektedir. Fiili işlediği sırada sarhoş olan fail, tekmeleri değil ama yumruğu attığını kabul etmiştir ve meşru müdafaada bulunduğundan söz etmiştir: Savunmasına göre, karşısındaki kişinin ona saldırması üzerine sadece refleks olarak ve korkudan kendini savunmuştur. Yargılamanın başlamasından kısa bir süre önce ceza infaz kurumundan alınan raporda, suçlunun ağır psikolojik sorunları olduğu ve yeniden suç işleme ve başka şiddet eylemlerinde bulunma riskinin yüksek olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, suça (maddi vakıaya) ilişkin bir ara kararlar (*Tatinterlokut*) duruşmanın ikiye bölünmesine karar vermiştir: Kanun yoluna başvuru imkânının bulunmadığı bu ara kararda mahkeme, mevcut delillere dayanarak olayların iddianamede açıklandığı şekilde gerçekleştiğini tespit etmiş ve sanığın meşru müdafaada durumunu reddetmiştir. Yargılamaya devam edilmeden ve yaptırıma karar verilmeden önce bir psikiyatri raporu hazırlanmıştır (NZZ, 18.01.2013, s. 17; SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478).

⁶⁸ SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 477.

⁶⁹ Bu düzenlemenin sanığın kişilik haklarını korumayı amaçladığı yönünde bkz. SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478.

⁷⁰ WOLF, s. 37.

⁷¹ *Privatbeteiligte*. Avusturya ceza muhakemesinde re’sen kovuşturulan bir suçtan doğrudan etkilenen her bir kişi (mağdur), özel hukuk kapsamındaki taleplerine (örneğin zararın tazmini) dayalı olarak duruşmanın sonuna kadar ceza davasına katılabilmekte ve böylece şahsi katılan hâline gelebilmektedir (https://www.oesterreich.gv.at/themen/gesetze_und_recht/strafrecht/3/Seite.2460208.html, ET: 25.03.2025). Şahsi katılan, Avusturya CMK m. 71’de düzenlenen şahsi davacıdan (*Privatankläger*) farklıdır. Bu ikinci durum, ferdin tek başına kovuşturması olarak ifade edilebilir. Bu hâlde belirli suçlarda kovuşturma, savcı tarafından değil bizzat suçtan zarar gören tarafından yapılmaktadır. Bu bağlamda şahsi dava usulünün uygulandığı suçlar, normalde geçerli olan muhakemenin (kovuşturmanın) resmiliği ilkesine (Avusturya CMK m. 2) bir istisna teşkil etmektedir (<https://www.rechtesy.at/wiki/privatklage/>, ET: 25.03.2025). Bu iki kurum, 5271 sayılı CMK’da yer verilmeyen ancak 1412 sayılı CMUK’da bulunan ve suç mağduriyetini gidermeye yönelik iki düzenleme olan şahsi hak davası ile şahsi davaya benzetilebilir.

rin ortaya konulması ve tartışılması aşamasından sonra son beyanlarında bulunmaları ve bunu yaparken de hükümde karara bağlanacak tüm hususlara değinmeleri gerekir⁷².

Avusturya CMK m. 256/2’de ise Eyalet Mahkemesi ve Federal Yüksek Mahkeme huzurunda jüri ve tek yargıçlı yargılamalarda, son beyanların sadece suçluluk sorununu yanıtlamakla sınırlı olma olasılığı öngörülmektedir. Bu fıkra uygulanırken suçluluk ve ceza sorunları bölünmüş durumdadır. Suçluluk sorununa ilişkin son beyanların ardından ve dolayısıyla ancak bu onaylandığında, ceza sorununa ilişkin savunmalar gelmektedir. Bu usulün uygulanması, yargılamanın tüm taraflarınca talep edilebilir ve mahkeme başkanı tarafından karara bağlanır. Başkan veya Senato da re’sen ikiye ayırmaya karar verebilir⁷³.

Yukarıda belirtilen ayırımın gerçekleşmesi durumunda savcının, şahsi katılanın, sanığın ve müdafinin başlangıçta yalnızca suçluluk konusuna ilişkin beyanda bulunması gerekir, ardından hükmün ilk kısmı açıklanır. Kural olarak bağlayıcı olan suçluluk hükmünün (*Schuldspruch*) verilmesi hâlinde ilgililerin cezaya ilişkin yeniden savunma yapma olanağı olacaktır. Ceza sorununa ilişkin delil ikamesi, hâlâ yapılabilir durumdadır ve teorik olarak duruşmanın ertelenmesi de bu noktada isteğe bağlıdır. İkinci son beyanların tümünün tamamlanmasının ardından mahkeme, hükmün ikinci kısmını açıklar. Başvurulacak kanun yolu, hükmün bu kısmında açıklanır. Kural olarak kanun yoluna başvurma süresi de hükmün ikinci kısmının açıklanmasından itibaren işlemeye başlar⁷⁴.

Avusturya CMK m. 256/2, bugüne kadar uygulamada önemli bir işlev üstlenmemiştir. Avusturya uygulamasında ne mahkeme başkanınca re’sen böyle bir ayırma karar verilmekte ne de yargılamaya katılanlar tarafından bu yönde bir başvuruda bulunulmaktadır⁷⁵. Nitekim Avusturya CMK m. 256/2, öğretinin büyük bir kısmınca “ölü hüküm” olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu düzenleme, suçluluğa ve cezaya ilişkin son beyanların ve verilen kararların ayrı ayrı olması nedeniyle “*Schuldinterlokut*” düşüncesine yaklaşmaktadır. Bununla birlikte m. 256/2’nin uygulanması hâlinde dahi esas itibarıyla ayrı içeriklere sahip olan suçluluk ve ceza sorunlarına ilişkin temel delil prosedürü hâlâ ortak bir şekilde yürütülmektedir. Bugün Avusturya öğretisinde duruşma devresinin ikiye ayrılmasına ilişkin reform önerileri, Avusturya CMK m. 256/2 ile getirilen ayırmadan daha kapsamlıdır. Buradaki amaç, duruşmayı cezanın belirlenmesine ilişkin olguların dâhil olmayacağı şekilde delil yargılamasının başlangıcından itibaren ayırmaktır⁷⁶. Son olarak suçluluğun ve yaptırımın ayrı ayrı tespit edilmesinin en katı şeklinin Avusturya’da zaten jüri yargılaması yoluyla fiilen uygulandığı belirtilmelidir⁷⁷.

V. DURUŞMANIN İKİYE BÖLÜNMESİ LEHİNDE VE ALEYHİNDE GÖRÜŞLER

A. Lehe Görüşler

1. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Yargısal Faaliyeti Üzerinde Gerekli Yoğunlaşmanın Sağlanması

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi lehinde ileri sürülen görüşlerden en önemlisi, mahkemeler için zorlu bir yargısal faaliyet olarak nitelendirilebilecek cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi üzerinde gerekli yoğunlaşmayı sağlayacağı iddiasıdır⁷⁸. Ceza veya cezanın belirlenmesi ve

⁷² Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tam metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stpo> (ET: 13.03.2025).

⁷³ WOLF, s. 38.

⁷⁴ WOLF, s. 38-39.

⁷⁵ WOLF, s. 39-40; HUBER, s. 35.

⁷⁶ HUBER, s. 35.

⁷⁷ Jüri uygulaması, Avusturya’da karma mahkemeler bulunmasına rağmen ayrıca devam etmektedir. Avusturya’da jüri yargılamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. HUBER, s. 37-47; WOLF, s. 40-42.

⁷⁸ DÖLLING, s. 84; ACHENBACH, s. 401; SCHWAIGHOFER, Klaus: “Eckpunkte einer Reform der Hauptverhandlung”, *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2023, Sayı 10, s. 575; WOLF, s. 58; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63; SCHUNCK, Bernd: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung, -Die Erprobung des informellen Tatinterlokuts bei Strafkammern-*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1982, s. 30; DILLENBURG, Claudia: *Jugendstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Inaugural-Dissertation, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln, 2003, s. 248; HUBER, s. 34.

gerekleştirilmesi, yargılamanın “suçluluk” ve “ceza (yaptırım)” bölümü olarak ikiye ayrılması ve bunun sonucunda ortaya çıkan ayrılmış delillerin toplanması usulü, son beyanlar ve kararlar sayesinde özerk bir konuma sahip olacaktır⁷⁹.

Kişinin suçluluğunun tespitinin sonucu olan ceza, doğrudan sanığın temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi ve dolayısıyla kişisel çıkarlarını ilgilendirmesi nedeniyle şüphesiz sanık için pratikte en önemli olandır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil dolayısıyla uygulanacak yaptırımın türü ve miktarı, elbette başlangıçta soyut olarak kanunla belirlenmek zorundadır. Bununla birlikte nihai olarak işlenen bir suç için uygulanacak spesifik somut ceza konusunda cezalandırmaya ilişkin kurallar devreye girmektedir⁸⁰. Bu aşamada ise bu kuralların düzenleniş kadar uygulamada üstlendikleri işlev de önemli hâle gelmektedir.

2003 yılında *Moos*, Avusturya sistemi için kayda değer bir eleştiri getirerek ceza kanununda cezanın belirlenmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmasına rağmen cezalandırmanın hâlâ ceza hukuku teorisinin, ceza adaletinin ve özellikle ceza muhakemesi hukukunun üvey çocuğu olduğunu söylemiştir⁸¹. Nitekim Avusturya’da cezanın belirlenmesi sorununun duruşmanın mevcut uygulamada hiç yer bulmadığı belirtilmekte; bu noktadaki belirsizlik ve ihmâl, *hâkimin kişiliği, yerel ceza uygulamaları ve teamüller*⁸² gibi farklı etkenlere dayandırılmaktadır⁸³. Türkiye örneğinde ise cezanın belirlenmesine ilişkin kararlar hakkında çok az sistematik veri ve ampirik bilimsel çalışma bulunduğundan bu hususta net bir şey söylemek mümkün değildir⁸⁴. Bununla birlikte Türk ceza muhakemesi açısından da en azından cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sorununa duruşmanın mevcut seyrinde gereken ağırlığın verilmediğinin belirtilmesinde sakınca yoktur.

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, *suç, suçluluk ve ceza sorunlarının ayrılmazlığı*⁸⁵ gibi çeşitli zorlukları bünyesinde barındırmakla birlikte mahkemenin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yargısal faaliyeti üzerinde daha fazla yoğunlaşmasını sağlayabileceği noktasında haklı görülebilir. Zira sırf bu amaca hasredilmiş bir bölümün mahkeme tarafından cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin kuralların daha kapsamlı incelenebilmesini, suçlu açısından daha uygun yaptırımların tercih edilebilmesini ve daha adil bir karar verilebilmesini sağlayacağı muhakkaktır.

2. Sanığın Kişilik Haklarının Korunması

Duruşma devresinde iki kademeli bir yapı oluşturulması lehine ileri sürülen bir diğer argüman da genel kişilik hakkından kaynaklanmaktadır. Duruşma devresinin başlangıcında, henüz hakkında sadece yeterli suç şüphesi bulunan sanığın özel hayatını ve en mahrem manevi sırlarını kamuoyu önünde ifşa etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu tür geniş kapsamlı devlet müdahalesinin gerekliliği ve haklılığı hâlâ tartışmaya açıktır⁸⁶. Almanya’da ceza muhakemesinde radikal bir reformun yapılması gerekliliğini vurgulayan *Dahs*, suçsuz bir sanığın mahkeme salonunda acımasızca sorguya çekilmeyi ve

⁷⁹ MOOS, s. 369; WOLF, s. 58.

⁸⁰ WOLF, s. 58.

⁸¹ MOOS, s. 369.

⁸² Bir yaptırımın belirlenmesi, bilindiği üzere hâkimin takdirine bağlıdır. Hâkimin değerlendirmesinin hiçbir zaman tam olarak anlaşılama-yan bireysel bileşeni, cezanın miktarına ve türüne ilişkin kararların bu kadar geniş ve çeşitli olmasını açıklamaktadır. Ayrıca Avusturya’da yerel ceza uygulamaları da büyük farklılıklar göstermektedir. Batı federal eyaletlerinde hırsızlık ve bedensel zarara ilişkin cezalar doğu ülkelerine göre daha az katı iken, Batı Avusturya’da özellikle cinsel suçlar daha sıkı bir şekilde ele alınmaktadır. Batıda adli para cezaları, Avusturya’nın geri kalanına göre çok daha sık uygulanırken; hapis cezasına ise en yüksek oranda doğuda başvuruluyor olması dikkat çekicidir. Doğu-Batı ayrımı olarak adlandırılan bu ayrım, diğer etkenlerin yanı sıra, bölgelerin kişisel tutumlarına ve yerel teamüllerine bağlıdır. Bu hususta bkz. WOLF, s. 58-59.

⁸³ WOLF, s. 59.

⁸⁴ KABAK YÜCE, Emine: “Cezanın Belirlenmesinde Yapay Zeka Temelli Sistemlerin Kullanımının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 17, Sayı 48, s. 87.

⁸⁵ Bu hususta bkz. V.B.1. “Suç, Suçluluk ve Ceza Sorunlarının Ayrılmazlığı”.

⁸⁶ ROXIN, s. 64.

ruhen soyunmayı kabul etmek zorunda kalmasını, hukuk devletinde kabul edilemez bir durum olarak nitelendirmiştir⁸⁷.

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi suretiyle sanığın henüz suçluluğunun kesin olmadığı bir safhada gereksiz yere teşhir edilmesinin önlenebileceği savunulmaktadır⁸⁸. Zira sadece cezaî sonuçlara ilişkin durumların aleni olarak gerçekleştirilen duruşma devresinin başlangıcında araştırılması ve açıklığa kavuşturulması, sanığın suçlu bulunmaması hâlinde gereksiz yere ifşa edilmesine yol açabilir⁸⁹. Kişiliğin doğası gereği korunan alanına devletin gerçekleştirdiği bu müdahalenin basında çıkan haberlerle katlanan ve bu nedenle bazen ilgili kişi için yıkıcı olan etkisini, beraat kararı dahi telafi edemez⁹⁰. Bir kişinin henüz suç işleyip işlemediği netleşmeden cezalandırılması olarak nitelendirilen bu durum, duruşmanın yürüyüşü ile ilişkilendirilmektedir⁹¹.

Alman CMK m. 243/2⁹² doğrultusunda Alman ceza yargılamasında aleni bir duruşmanın başlangıcında kişisel hâlleri hakkında sorgulanan sanığa oldukça mahrem soruların sorulduğu belirtilmektedir⁹³. Benzer bir düzenleme, CMK m. 191/3'te de yer almaktadır. Düzenleme uyarınca duruşmanın başlangıcında sanığın açık kimliğinin saptanmasının ardından, *kişisel ve ekonomik durumu* hakkında kendisinden bilgi alınmaktadır⁹⁴. Kamuya açık bir duruşmanın başlangıcında, sanığın kişisel ve ekonomik durumu gibi suçluluğun tespitinde bir etkisi olmayan hususlara ilişkin olarak sanıktan bilgi alınması söz konusu olmaktadır. Suçun kanuni sonuçlarına ilişkin olan başka bir söylemle cezalandırma açısından önem arz eden hususların ancak suçluluğun en azından kuvvetle muhtemel olması hâlinde ele alınabilir olması önemlidir. Zira sanığın suçlu bulunmaması durumunda geçmişindeki olumsuz olayların kamuoyuna duyurulması, sanığın sosyalleşme sürecinde olumsuz bir etkiye sahip olabilecektir. Kendi yaşam alanında saygınlığını yitirme, hor görülme, hatta toplum tarafından dışlanma gibi doğabilecek olumsuz sonuçlar, suçsuz kişinin suç işleme yoluna girmesine dahi neden olabilecektir⁹⁵.

Alman CMK'nın 243/5. maddesinin son iki cümlesi, duruşma devresinde sanığın kişilik haklarının korunması bağlamında dikkat çekicidir. Zira Alman CMK'ya 1964'te dâhil edilmiş bu hüküm⁹⁶, o dönemde duruşma devresinde bölünmeye yönelik ilk adım olarak nitelendirilmiştir⁹⁷. Nihai olarak Alman ceza muhakemesi sisteminde duruşma devresinde bir bölünme öngörülmemiş olsa da hüküm kanundaki mevcudiyetini korumaktadır. Duruşmanın seyrinde sanığı gereksiz yere teşhir edilmekten

⁸⁷ DAHS, Hans: Der Spiegel, Seelisch ausgezogen, <https://www.spiegel.de/politik/seelisch-ausgezogen-a-1bb24f66-0002-0001-0000-000043144262?context=issue> (ET: 17.02.2025); WOLF, s. 61.

⁸⁸ ROXIN, s. 64; DÖLLING, s. 169; KLEINKNECHT, s. 655; SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478; KNITTEL, s. 225; SESSAR, s. 713; WOLF, s. 61; KÜHNE, s. 120, dn. 4; SCHUNCK, s. 30; Der Spiegel, Seelisch ausgezogen, <https://www.spiegel.de/politik/seelisch-ausgezogen-a-1bb24f66-0002-0001-0000-000043144262?context=issue> (ET: 17.02.2025).

⁸⁹ KLEINKNECHT, s. 655. Benzer yönde bkz. SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478.

⁹⁰ ROXIN, s. 64.

⁹¹ Der Spiegel, Seelisch ausgezogen, <https://www.spiegel.de/politik/seelisch-ausgezogen-a-1bb24f66-0002-0001-0000-000043144262?context=issue> (ET: 17.02.2025).

⁹² “Tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarlar. Başkan sanığa, kişisel hâlleri hakkında sorular sorar.” (YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 320).

⁹³ ACHENBACH, s. 401.

⁹⁴ Nitekim doktrinde söz konusu aşamanın cezanın belirlenmesi açısından önem arz ettiği açık bir şekilde belirtilmektedir. Bu safha, özellikle TCK'nın gün para cezası sistemi bakımından önemlidir. Zira TCK m. 52 gereği hâkim, para cezasında birimi sanığın ekonomik ve şahsi hâllerini göz önünde bulundurarak takdir eder (ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 586). Bu konularda sanık bilgi vermek zorundadır. Ancak genellikle duruşmaya kadar, bu hususlarda gerekli bilgiler zaten temin edilmiş olur. Bu nedenle mahkeme, esasa ilişkin olmayan bu konular hakkında dosyadaki mevcut bilgilerle yetinebilir. Bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK

⁹⁵ KLEINKNECHT, s. 655. Benzer yönde bkz. SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63. Göttingen'de iki aşamalı bir yargılama üzerinde yapılan denemeler, bu sistemin sanığın kişilik haklarını daha fazla koruduğunu ortaya koymuştur. Özellikle ilk bölüm sonunda beraat kararı verilmesi hâlinde bu etki görülmüştür: Duruşmanın iki bölüme ayrıldığı ve sanığın beraat etmesiyle sonuçlanan on dört davada, cezalandırmaya ilişkin hususlar, sadece bir kez yargılamanın ilk bölümünde ele alınmıştır (DÖLLING, s. 168).

⁹⁶ ARNOLDI, Olaf: “§ 243, N. 109”, KNAUER, Christoph / KUDLICH, Hans / SCHNEIDER, Hartmut (Hrsg): *Münchener Kommentar zur StPO*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2024 (Yazar, MüKoStPO).

⁹⁷ SCHÄFER, Löwe-Rosenberg *Großkommentar*, Kap.13, N. 20a.

korumayı amaçladığı belirtilen⁹⁸ düzenlemeye göre “*sanığın sabıkası, sadece karar açısından önemli olduğu ölçüde araştırılır. Sabıkanın ne zaman araştırılacağına, Başkan karar verir*”⁹⁹. Hükümden sanığın sabıkasının duruşma devresinin başında yani sanığın şahsı hakkında sorgulanması sırasında değil, yargılamanın sonraki bir aşamasında ve ancak yargılamayla ilgili olması hâlinde araştırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır¹⁰⁰. Ortaya konulan deliller, sanığın suçsuz olduğunu gösterdiğinde veya başka nedenlerle sanığın beraat etmesi beklendiğinde daha önceki mahkûmiyet kararlarının açıklanmaması gerekir¹⁰¹. Duruşmanın seyrinin düzenlendiği CMK m. 191’de ise böyle bir istisnaya yer verilmemektedir.

3. Mahkemenin Tarafsızlığının Sağlanması

Suçluluğa ilişkin kesin bir belirlemede bulunmadan önce, cezalandırma açısından önem arz eden hususları ele almanın mahkemenin tarafsızlığını tehlikeye atabileceği iddia edilmektedir¹⁰². Bu doğrultuda duruşmanın bölünmesi suretiyle özellikle failin geçmişine ve kişiliğine ilişkin hususların duruşmanın ilk aşamasından çıkarılmasının, mahkemenin tarafsızlığını güvence altına alacağı savunulmaktadır¹⁰³. Mahkemede bir ön yargıya sebebiyet verebilecek potansiyel bir suç geçmişi, duruşmanın ikinci aşamasında ele alındığında suçluluk sorununun daha objektif bir şekilde karara bağlanmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴.

Hâkimin tarafsızlığının sağlanması, yargılama sonunda verilen hükmün adil olabilmesi ve tarafları tatmin edebilmesi için elbette özel bir önem taşımaktadır. Bununla birlikte ikili ayırım sayesinde tarafsızlığın sağlanacağı argümanı şu açıdan tartışmaya açıktır: Meslekten hâkimler, genellikle söz konusu olguları dava dosyası içeriğinden zaten bilmektedirler. Her şeyden önce eğitimleri ve öz kontrolleri, suçluluğun tespitinde yalnızca failin geçmişine ve kişiliğiyle ilgili olan olgulardan etkilenme tehlikesini dışlamaktadır¹⁰⁵. Nitekim kanunumuz, duruşma öncesi dava dosyasının içeriğine ilişkin bilgi sahibi olmayı yasaklamamaktadır. Aksine bu safhada mahkeme tarafından dosya üzerinden iddianame ve ekindeki belgelerin incelenmesi, duruşma devresinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için önemlidir. Bununla birlikte burada tarafsızlığın sübjektif yönünden ziyade mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünüm olarak tanımlanan objektif yönünün tehlikeye girdiği söylenebilir¹⁰⁶. Zira sanığın geçmişinin tüm olumsuz unsurlarıyla birlikte, deliller onun isnat edilen suçu gerçekten işlediğini göstermeden önce kamuya açıklanması, mahkemenin sanığın suçluluğuna baştan itibaren ikna olduğu yönünde bir izlenim yaratabilir. Bu izlenim, sadece kendini suçsuz gören veya başka herhangi bir nedenle beraat edebileceğine inanan sanıklarda değil, kamuoyunu temsil eden dinleyicilerin eleştirel kesiminde de ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁷.

⁹⁸ ARNOLDI, *MüKoStPO*, § 243, N. 109. Alman öğretisinde düzenlemede sanığın sabıkasının araştırılacağı zamanın mahkeme başkanının takdirine bırakılmış olması eleştirilmekte; hüküm ile aleni bir duruşmada sanığın gereksiz teşhir edilmesinin ve suçsuz sayılma hakkının ihlal edilmesinin engellenemediği belirtilmektedir. Görüş için bkz. ACHENBACH, s. 403.

⁹⁹ YENİSEY / OKTAR, s. 321.

¹⁰⁰ ARNOLDI, *MüKoStPO*, § 243, N. 109.

¹⁰¹ GORF, Claudia: “§ 243, N. 57”, GRAF, Jürgen Peter (Hrsg): *Beck’scher Online Kommentar StPO Graf*, 54. Baskı, 2025 (Yazar, BeckOK StPO).

¹⁰² KLEINKNECHT, s. 656; ROXIN, s. 62-63.

¹⁰³ HUBER, s. 34; WOLF, s. 61.

¹⁰⁴ WOLF, s. 61; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63.

¹⁰⁵ KLEINKNECHT, s. 656-657. Bu argümanın özellikle meslekten olmayan hâkimlerin bulunduğu sistemler için geçerli olduğu belirtilmektedir (ROXIN, s. 62). Zira sanığa ilişkin olguların duruşma başlamadan önce temel olarak bilinmediği bir ortamda, daha önceki mahkûmiyet kararları öğrenildikten sonra bunların istemsiz de olsa suçluluğun tespitinde dikkate alınması tehlikesi artmaktadır (MOOS, s. 369; WOLF, s. 61).

¹⁰⁶ AİHM’e göre ön yargı sahibi olmama şeklinde tanımlanan tarafsızlık, *sübjektif* ve *objektif* olmak üzere iki yöne sahiptir. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey olarak tarafsız olması; objektif tarafsızlık mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümüdür. Bkz. AİHM, *Piersack/Belçika*, B. No: 8692/79, T. 01.10.1982, § 30 (HUDOC).

¹⁰⁷ KLEINKNECHT, s. 657.

4. Savunmada Ortaya Çıkan İkilemin Önlenmesi

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi lehine ileri sürülen görüşlerden bir diğeri, sanığın savunmadaki durumu ile ilintilidir¹⁰⁸. Duruşmanın kesiksiz seyrettiği mevcut durumda savunma makamı, talepleri hususunda bir ikileme düşmektedir. *Savunma ikilemi* (*Verteidigerdilemma*) şeklinde nitelendirilen bu sorun ile kast edilen, sanığın veya müdafinin aynı anda hem beraat hem de olası daha hafif bir ceza talep etmesi ve aslında bunun bir gereklilik olarak ortaya çıkmasıdır¹⁰⁹.

Beraat kararı verilmemesi ihtimaline karşı oluşturulan ve mümkün olan en hafif cezanın verilmesi için gerçekleştirilen *yardımcı* veya *olası savunma* (*Hilfs- bzw. Eventualplädoyer*), beraat talebini son derece şüpheli hâle getirmektedir. Savunmanın hafifletici nedenler konusunda ayrıntılı olması durumunda mahkeme, sanığın kendisini suçlu gördüğünü ve yalnızca muvakkaten veya göstermelik bir beraat talebinde bulunduğunu varsayma eğiliminde olacaktır¹¹⁰. Dolayısıyla bu çelişki, savunmanın beyanlarının ikna ediciliğini ve ciddiyetini zayıflatarak sanığın aleyhine bir duruma yol açabilir¹¹¹. Beraat talebinin etkisini zayıflatmamak için yalnızca bu yönde bir talepte bulunulması mümkünse de bu ihtimalde sanık hakkında yine de mahkûmiyet kararı verilebileceğinden cezayı hafifletici nedenlerin sanığın aleyhine olacak şekilde mahkeme tarafından göz ardı edilmesi tehlikesi bulunmaktadır¹¹².

Savunma ikileminin duruşmanın ikiye bölünmesiyle kolayca çözülebileceği belirtilmektedir: Zira bu durumda savunma, duruşmanın ilk bölümünde yalnızca beraat kararı verilmesini sağlamayı hedefleyecektir. Mahkemenin bunu kabul etmediği (bağlayıcı) bir ara kararla tespit edildiğinde faile ilişkin cezayı hafifletici nedenler, yargılamanın bir sonraki aşamasındaki ikinci savunmada sunulacaktır¹¹³.

5. Usul Ekonomisi İlkesinin Gereklerine Hizmet Etmesi

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, münferit durumlarda usul ekonomisinin sağlanmasına hizmet edebilecektir. Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olduğunun ispatlanamaması nedeniyle beraat kararı verilmesi hâlinde mahkemenin sanığın kişiliğine ve cezanın belirlenmesine ilişkin olguları araştırmak için harcadığı tüm çaba gereksiz olacaktır¹¹⁴. Bu açıdan mahkemenin bu hususları araştırmayı, sanığın isnat edilen suç işlediğini karara bağladıktan sonraya bırakması önerilmektedir¹¹⁵.

6. Cezaî Sonuçların Tespitinde Tarafların Etkin Katılımının Sağlanması

Duruşmanın resmî olarak bölünmesi ve ilk bölüm sonunda verilen suçluluk kararına bağlayıcı etki tanınması durumunda yargılamaya katılan kişiler, hangi suçluluk kararı üzerinden hareket etmeleri

¹⁰⁸ ROXIN, s. 63.

¹⁰⁹ WOLF, s. 62; SCHUNCK, s. 162; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63.

¹¹⁰ ROXIN, s. 63. Aynı yönde bkz. FISCHINGER, s. 51.

¹¹¹ DÖLLING, s. 82; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63; WOLF, 62. Ayrıca müdafinin beraat talebine alternatif bir savunmada bulunması, sanığın kendisini suçsuz veya beraat ihtimalini yüksek görmesi hâlinde, sanıkla arasında mevcut olan güven ilişkisini de bozabilecektir (KLEINKNECHT, s. 656; SCHUNCK, s. 162).

¹¹² ROXIN, s. 63; FISCHINGER, s. 51.

¹¹³ FISCHINGER, s. 51; ROXIN, s. 63; KÜHNE, s. 120, dn. 4. Duruşmanın ikiye bölünmesinin mümkün olduğu İsviçre ceza muhakemesi sistemi için benzer şekilde bu husus, müessesenin faydalı yanlarından biri olarak sıralanmaktadır (SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478; BERNARD / STUDER, s. 26). Avusturya CMK m. 256/2'nin bu sorunu, Avusturya ceza muhakemesi sistemi açısından çözebileceği belirtilse de söz konusu hüküm bugün Avusturya'da neredeyse hiç uygulanmamaktadır. Bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. IV.C. "Avusturya". Bununla birlikte Göttingen'de iki aşamalı bir yargılama üzerinde yapılan denemelerde, bağlayıcı olmayan suçluluk kararıyla ayrılmış bir duruşmanın savunma ikilemini tamamen önleyemeyeceği ortaya çıkmıştır. Yargılamaların yalnızca yaklaşık olarak üçte birinde müdafî, suçluluğun tespitine ilişkin karara uyarak ikinci aşamada sadece cezanın belirlenmesi sorunuyla ilgilenmiş ve sanık için beraat talebinde bulunmamıştır. Buradan, bu zorluğun bağlayıcı olmayan bir ara kararla ikiye ayrılan bir duruşma ile çözülemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Ancak Dölling'e göre bu ara kararın bağlayıcı olması dahi bu çatışmayı tamamen ortadan kaldıramamıştır (DÖLLING, s. 173).

¹¹⁴ ROXIN, s. 63; SCHNELL / STEFFEN / BÄHLER, s. 478.

¹¹⁵ ROXIN, s. 63.

gerektiğini bilerek duruşmanın ikinci bölümüne geçmektedir. Bu belirlilik, müdafinin ve savcının gereksiz beyanlarını önleyecek ve bağlayıcı suçluluk kararına ilişkin hususlara daha fazla yoğunlaşmalarını sağlayacaktır¹¹⁶. Hâlihazırda uygulanan usulle karşılaştırıldığında bunun ulaşılan sonuçların doğruluğu konusunda daha güçlü bir güvence oluşturacağı savunulmaktadır¹¹⁷.

B. Aleyhe Görüşler

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi aleyhine olarak *sanığın suçunu ikrar etme ve suçun aydınlatılmasında iş birliği yapma isteğini azaltacağı, sanıkla kişisel temas kurulmasını zorlaştıracacağı*¹¹⁸ ve *kayda değer miktarda ilave personel çabası gerektireceği*, dolayısıyla *yargılama maliyetlerini artıracacağı*¹¹⁹ gibi argümanlar ileri sürülmektedir. Bunların dışında söz konusu bölünmenin gerçekleşmesini engelleyebilecek derecede öneme sahip iki itiraz, *suç, suçluluk ve ceza sorunlarının ayrılmazlığı* meselesinden ve sistemin *yargılamaların uzamasına sebebiyet vereceği* endişesinden kaynaklanmaktadır.

1. Suç, Suçluluk ve Ceza Sorunlarının Ayrılmazlığı

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, sıklıkla suç, suçluluk ve ceza sorunlarının ve bunlara ilişkin delillerin ortaya konulmasının ve tartışılmasının birbirinden net bir şekilde ayrılamayacağı itirazıyla karşılaşmaktadır¹²⁰. Bu noktada en sorunlu rolü, *çifte bağlantılı deliller (doppeltrelevant Beweismittel)* üstlenmektedir. Bu tür delillerle kast edilen, hem yargılamanın ilk bölümünde suçluluk boyutunun çözümlenmesi hem de ikinci bölümünde ceza sorununun yanıtlanması açısından son derece ilgili ve önemli olan *durumlar, kişiler veya olgular*dır. Bölünmüş duruşmanın her iki kademesinde de hayati önem taşıyan bu deliller, duruşmanın ikiye bölünmesi taraftarı olanların bile kabul etmesi gereken sınırlandırma zorlukları ortaya çıkarmaktadır¹²¹. Suç ve suçlulukla ilgili durumları, suçun cezaî sonuçlarından yani yaptırıma ilişkin olanlardan ayırmak duruşma devresinde dahi mümkün değildir. Nitekim bu ayrılmazlık, ceza muhakemesinde duruşma devresinde iki kademeli yapı oluşturulmasına karşı olanların en güçlü argümanını teşkil etmektedir¹²².

Haksızlık teşkil eden bir fiilin işlenmesi hâlinde bu haksızlığı gerçekleştiren kişinin şahsi özellikleri dikkate alınmaksızın bu fiil hakkında bir değerlendirmede bulunmaktadır. Fiile ilişkin bu değerlendirmenin düşünülen ayırmda ilk kısma dâhil olduğu ilk bakışta kolaylıkla söylenebilir gözükmektedir. Bununla birlikte sanığın kendisine isnat edilen suçu işleyip işlemediği sorusu, kimi zaman faile ilişkin özelliklerin de incelenmesini ve onaylanmasını gerektirebilir¹²³. Aslında bu iki alanın birbirinden tamamen ayrılmasının bazı durumlarda mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Bu durum her şeyden önce belirli suç tipleri için geçerlidir¹²⁴. Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 232’de düzenlenen *kötü muamele suçu* verilebilecek örneklerden biridir. TCK m. 232 uyarınca belirli bir muamelenin kötü muamele teşkil edip etmediği, merhamet, acıma ve şefkat duygularını incitip incitmediği belirlenirken kötü muamelede bulunan ile buna muhatap olan kişi arasındaki ilişki ve hayat tarzları göz önünde

¹¹⁶ KLEINKNECHT, s. 657; BERNARD / STUDER, s. 26.

¹¹⁷ KLEINKNECHT, s. 657; SCHUNCK, s. 30.

¹¹⁸ Psikolojik yönden konuyu ele alan bu görüşe göre sanık, duruşmanın başlangıcında kişisel hâlleri üzerine konuşmadığında içinde bulunduğu durumdan kaynaklı çekingenliğinden kurtulamayacaktır. Bu da sanıkla kişisel temas kurulmasını daha da zorlaştıracaktır. Bkz. SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63.

¹¹⁹ DILLENBURG, s. 249.

¹²⁰ HEINITZ, s. 841; SCHÖCH / SCHREIBER, s. 63; FISCHINGER, s. 56; WOLF, s. 65; BÄRD, s. 204; SCHUNCK, s. 30; DILLENBURG, s. 249; HUBER, s. 35.

¹²¹ BILAND-ZIMMERMANN, s. 53.

¹²² ROXIN, s. 69.

¹²³ HORN, s. 10; HUBER, s. 35.

¹²⁴ ROXIN, s. 69.

bulundurulmak durumundadır¹²⁵. Dolayısıyla bir kişinin kötü muamele suçunu işleyip işlemediği ilgili kişinin şahsi özellikleri hakkında kesin bir fikir edinilmeden belirlenemez¹²⁶.

Yukarıda bahsedilen durum, bir suçun münferit unsurları bakımından da ortaya çıkabilir¹²⁷. Örneğin, sanığa isnat edilen suçun hırsızlık olması hâlinde *kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadı* yani faili o suçu işlemeye iten motiv (güdü), suçun oluşumunu sağlayan ve gerçekleşmediğinde kişinin hırsızlık suçundan sorumlu tutulmasını engelleyen sübjektif bir unsurdur. Burada *failin güttüğü amaç ve saik*, cezanın belirlenmesinde niceliksel bir faktör olarak işlev görmez¹²⁸. Benzer şekilde kasten öldürmenin nitelikli şekillerinde yer alan ve failin sübjektif durumuna ilişkin olan *canavarca hisle, kan gütmeye veya töre saikiyle* öldürme kavramlarının, faile ve failin kişiliğine ilişkin hususlar olarak değerlendirilip fiilden ayrılarak duruşmanın ikinci bölümüne dâhil edilmeleri mümkün gözükmemektedir. Burada fiile ve faile ilişkin hususlar, suç teorisi açısından birbirinden ayrılamaz derecede iç içe geçmiş durumdadır¹²⁹.

Suç teşkil eden fiilin seyrine ve faile ilişkin özellikler, failin tüm kişilik unsurlarının yargılamanın ilk yarısında açıklığa kavuşturulmasını gerektirecek kadar iç içe geçmişse, yargılamanın ikinci bölümü daha önce tartışılmış olan cezaya ilişkin hususların tekrarından ibaret olacaktır. İkinci bölüm ek olarak yalnızca cezanın miktarına ve türüne ilişkin kararı içerecektir. Bu suretle bölünmeyle arzu edilen cezaî sonuçların daha yoğun ve kapsamlı bir şekilde incelenmesi gerçekleştirilebilirse de sanığın kişilik haklarının zedelenmesi ve kamuoyunun tarafsızlığını yitirmesi önlenemez¹³⁰.

Benzer şekilde suça veya fiile ilişkin objektif koşullar ve nedenler, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde her zaman bir role sahiptir¹³¹. TCK uyarınca cezanın bireyselleştirilmesi sürecinin ilk aşaması, temel cezanın belirlenmesidir. Cezanın alt ve üst sınırları arasında temel ceza belirlenirken hâkimin kullanacağı ölçütler, TCK m. 61/1’de tahdidi olarak sayılmaktadır. TCK, benimsemiş olduğu fiil ceza hukuku anlayışının sonucu olarak temel cezanın belirlenmesinde ağırlıklı olarak fiile ilişkin objektif hususlara yer vermiş; faile ilişkin sübjektif hususları oldukça sınırlandırmış durumdadır. Failin geçmişi ile şahsi ve sosyal durumu ise 765 sayılı (mülga) Kanun’un aksine temel cezanın belirlenmesinde artık bir ölçüt dahi değildir¹³². Kuşkusuz TCK, faile ilişkin sübjektif hususlara, takdiri indirim sebeplerinin uygulanması (TCK m. 62), hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50),

¹²⁵ ZAFER, Hamide: “Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 8, Sayı 1, s. 127, 132.

¹²⁶ Bu örnekler kolaylıkla çoğaltılabilir: Yine TCK m. 233’te düzenlenen aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün ihlali suçu da kanaatimizce bu mahiyettedir. Fiile ve faile ilişkin özelliklerin ayrılmazlığına Alman CK’da ise m. 170’te düzenlenen nafaka yükümlülüğünün ihlal suçu örnek gösterilmektedir. İlgili kişinin mesleki durumu ve kişisel geçmişi hakkında kesin bir bilgi sahibi olunmadan, bir kişinin nafaka yükümlülüğünden suç teşkil edecek şekilde kaçıp kaçmadığını belirlemek mümkün değildir (ROXIN, s. 69).

¹²⁷ ROXIN, s. 69.

¹²⁸ Benzer şekilde Alman CK m. 242’de yer alan hırsızlık suçunun oluşması için failin “mal edinme maksadı (*Zueignungsabsicht*)” ile hareket etmesinin aranması, bu ayrılmazlığa örnek verilmektedir. Bkz. HORN, s. 9-10. Kişilik alanı araştırılmaksızın saikin derinlemesine incelenmesinin mümkün olmadığı yönünde ayrıca bkz. ROXIN, s. 70.

¹²⁹ HORN, s. 9-10. Bu kapsamda bölünme hâlinde çifte bağlantılı delillerin ilk kısma dâhil edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Örneğin; hırsızlık suçunda failin maksadına ilişkin yapılacak bir belirlemede, sanığın mali durumu gibi kişisel hâlleri ilk bölümde tartışılabilir. Yine bir hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenirken sanığın eğitiminin, bilgi düzeyinin ve zihinsel gelişiminin ilk bölümde ele alınması gerekebilir (ROXIN, s. 71). Alman öğretisinde bu konuda esnek bir çözüm getiren *Dahs*’a göre hangi unsurların birinci bölümde hangi unsurların ikinci bölümde ele alınacağı mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Bu suretle sanığın kişiliğini koruma düşüncesi ile hareket etmesi gereken mahkeme, “*acımasızca, kötü niyetle, vicdansızca, zalimane*” gibi failin düşünce yapısının değerlendirilmesini gerektiren hususları duruşmanın ikinci kısmına bırakabilir (DAHS, s. 1708). TCK’dan verilebilecek örnekler, yine kasten öldürmenin nitelikli hâllerinde karşımıza çıkmaktadır. Kasten öldürme suçunun “*canavarca hisle*” veya “*bir suçu işleyememekten duyulan infiale*” işlenmesi, failin sübjektif durumuna ilişkin bir belirleme gerektirmektedir.

¹³⁰ WOLF, s. 65; HORN, s. 10.

¹³¹ HEINITZ, s. 842; FISCHINGER, s. 56.

¹³² 765 sayılı (mülga) Kanun m. 29/son fıkrasına göre, “*Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Cezanın asgari hadden tayini hâlinde dahi takdirin sebepleri karda mutlaka gösterilir.*”.

hapis cezasının infazının ertelenmesi (TCK m. 51) ya da infaz yönteminin belirlenmesi ve sonradan değiştirilmesi (TCK m. 51/6, m. 52/4) gibi temel cezanın tespiti sonrasındaki bireyselleştirme araçları bakımından bir ölçüt olarak yer vermiştir¹³³. Bunların öngörülen bölünme hâlinde ikinci kısımda inceleneceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte TCK m. 61/1 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususların büyük ölçüde fiil ile bağlantılı olduğu ve Türk ceza muhakemesi açısından bahsi geçen bölünmeye engel teşkil ettiği ortadadır¹³⁴.

2. Yargılamaların Uzamasına Sebebiyet Vermesi

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi, münferit durumlarda usul ekonomisinin gereklerine hizmet edebilirse de aslında çoğu durumda yargılamaların uzamasına sebebiyet verebilecek bir potansiyele sahiptir. Yargılamaların uzaması, ikiye bölünmenin gerçekleştirilmesinde en haklı itirazlardan biridir. Zira duruşma devresi için tartışılan bu yeni model, iki ayrı savunmanın ve iki ayrı müzakerenin yapılmasının yanı sıra iki ayrı kararın verilmesini gerektirmektedir. Duruşmadaki bu işlemlerin farklı bölümler için iki kez gerçekleştirildiği bir yargılamanın daha uzun süreceği açıktır¹³⁵. Nitekim ceza yargılamasının bölünmesi üzerine gerçekleştirilen kongrelerde, bu sistemin ceza yargılamalarının uzamasına sebebiyet vereceği endişesine çoğu ülke raporunda da işaret edilmektedir¹³⁶.

Yargılama sürelerinin makul olması, her hukuk dalı için önemli olmakla birlikte ceza muhakemesi hukuku açısından ayrı bir önemi haizdir. CMK m. 190/1, c. 1’de “*duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir*” demek suretiyle duruşmanın kural olarak kesiksiz yürüyeceği kabul edilmiştir. Bu hüküm, kişilerin makul süre içinde yargılanmasını sağlamayı hedeflemektedir. Zorunlu hâllerde duruşmaya ara verilebilirse de bu, “*davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette*” olmalıdır (CMK m. 190/1 c. 2).

Duruşma devresinde gerçekleştirilecek bir bölünme, duruşmanın ara verilmeksizin tek celsede bitirilmesini ifade eden *kesiksizlik ilkesinin* ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Söz konusu ilkeye göre soruşturma evresinde ve duruşma hazırlığı devresinde toplanan delillerle doğrudan temas eden mahkeme, hükmünü tek celsede verir ve hukuki uyumsuzluğu çözer. Mevcut durumda dahi bu ilkenin uygulamada hayata geçirilebildiğini söylemek güçtür. Zira uygulama için adeta duruşmanın tek celsede bitirilmesi bir kural olmaktan çıkmış, uyumsuzluğun birkaç celseye yayılarak çözülmesi istisnası kural hâlini almıştır¹³⁷. Ülkemizde bir dosyanın ceza mahkemelerinde ortalama görülme süresi, 2022 yılında 254 gün; 2023 yılında ise 265 gün olarak adli istatistiklere yansımıştır¹³⁸. Tek celsede olmasa bile mümkün olan en kısa sürede duruşmanın tamamlanması, adil yargılamanın en önemli gereklerindendir. Duruşma devresinde bahsi geçen bölünme ile kesiksizlik ilkesinden taviz verilmesi durumunda ilk sorun, şüphesiz makul sürede yargılanma hakkı bakımından ortaya çıkacaktır. Söz konusu sürelerin ülkemizde mevcut durumda dahi oldukça uzun olması, yargılamaların uzamasına sebebiyet vereceği gerçeğini bünyesinde barındıran bir sistem açısından duyduğumuz endişenin haklılığını kanıtlar niteliktedir.

¹³³ DOĞAN, Duygu Çağlar: “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 1037-1040.

¹³⁴ Alman öğretisinde bölünme aleyhinde görüş bildiren yazarlardan biri olan *Heinitz*, Alman CK m. 46 ile bağlantılı olarak benzer bir tespitte bulunmuştur. Yazara göre ikiye bölünme durumunda cezanın belirlenmesine ilişkin olgulardan yalnızca ikinci aşamada tartışılması gerekenler şüphesiz mevcuttur. Bununla birlikte bahsi geçen maddede sayılan “*failin saiki ve amacı, fiilden anlaşılan zihniyeti ve fiil sırasında sahip olduğu irade, yükümlülüğe aykırılığın yoğunluğu, fiilin işleniş tarzı ve fiilin kusurlu bir şekilde meydana getirilen sonuçları*” fiilin icrasının ayrılmaz bir parçasıdır ve bu nedenle ilk aşamada dikkate alınmak zorundadır. Böylelikle ikinci aşamaya sadece “*failin geçmişi, şahsi ve ekonomik durumları ve fiilden sonraki davranışları*” kalmaktadır (HEINITZ, s. 842).

¹³⁵ ROXIN, s. 66; HEINITZ, s. 839.

¹³⁶ HEINITZ, s. 837.

¹³⁷ KARAKEHYA, s. 82-83; ÜNVER / HAKERİ, s. 567.

¹³⁸ T.C. Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri 2023 (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1042024101742Adalet%20%C4%B0statistikleri%202023.pdf>, ET: 20.03.2025), s. 6.

Mahkemenin duruşmanın ikiye bölünmesi nedeniyle yargılamayı makul süre içinde tamamlayamaması, maddi gerçeğe ulaşma ihtimalini de zayıflatacaktır. Başka bir söylemle suçun işlenmesi ile yaptırımın belirlenmesi arasında ne kadar uzun zaman geçerse maddi gerçeği bulmak o denli zorlaşacaktır. Tanıklar zaman geçtikçe olayın kendisini değil, yalnızca soruşturma aşamasında kolluk veya savcı önünde verdiği ilk ifadeyi hatırlar hâle gelmektedir. Her hâkim, bir olayla ilgili anlatımın sık tekrarlanmasının bu açıklamaya bağlılığı zorlaştırdığını ve bunun da maddi gerçeği bulmayı güçleştirdiğini bilmektedir. Öte yandan hızlandırılmış bir muhakeme de içtihadın kalitesinden ödün verilmesine neden olabilmektedir. Bu anlamda bir hukuk devletinde adil yargılamanın gereklerinin yerine getirilmesinin yargılamada yol açacağı zorunlu gecikme, elbette makul görülmelidir. Bununla birlikte ceza muhakemesinde planlanan her değişikliğin getireceği faydaların gecikmeye bağlı zararlara ağır basıp basmadığının ciddiyetle tartışılmasının da bir gereklilik olduğu unutulmamalıdır¹³⁹.

SONUÇ

Duruşmanın ikiye bölünmesi sistemi, Kıta Avrupası ülkelerinde ceza muhakemesinde radikal bir reform önerisi olarak uzun yıllar tartışılmıştır. Bu tartışmalar, duruşma devresinde oluşturulması düşünülen iki kademeli yapı vasıtasıyla suçluluk sorununu ve bunun cezaî sonuçlarını ayrı bölümlerde ele alarak ayrı kararlara bağlamanın mümkün olup olmadığı üzerinedir. Bölünmenin gerçekleştirilmesi hâlinde suçluluğun tespit edildiği ilk bölümün aleni olarak gerçekleştirilmesi, yaptırım sorununun ele alındığı ikinci bölümün ise sanığın kişilik haklarını korumak amacıyla kapalı yapılması önerilmektedir.

Ceza muhakemesinde duruşmanın ikiye bölünmesi lehine ileri sürülen ve çalışmamızda ayrıntılı olarak ele aldığımız görüşler, kendi bağlamları içinde değerlendirildiğinde oldukça ikna edici görünmektedir. Hatta sistemin Kıta Avrupası ülkelerinde geniş yankı bulmaması ve büyük ölçüde reddedilmesi ilk etapta şaşırtıcı olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte oldukça basit bir işleyişe sahip gözüken ve ceza muhakemesinin bazı önemli sorunlarını çözeceği iddia edilen bu sistem, hukukumuz için salt bir teknik değişiklik önerisinden ibaret değildir. Zira duruşmanın ikiye bölünmesi sistemi, bugün adil bir yargılama için vazgeçilmez addedilen usule ilişkin ilkeleri dahi sarsmakta, bizi söz konusu ilkeler üzerinde düşünmeye itmektedir.

Öncelikle sistem, Türk ceza muhakemesinde duruşmaya hâkim olan iki temel ilke açısından bir değerlendirmeyi gerektirmektedir: Bunlardan ilki duruşmanın kesiksizliği, diğeri ise aleniliğidir. CMK m. 190'da kural olarak duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verileceği ancak zorunlu hâllerde duruşmaya ara verilebileceği düzenlenmiştir. Ara verilebilecek istisnai durumlarda dahi sınırı *davanın makul sürede sonuçlandırılmasının olanaklı olması* çizmektedir. Bugün uygulama için bir *temenni* hâlini almış olsa da kesiksizlik ilkesi, bireylerin makul sürede yargılanma hakkının kanuni bir güvencesini teşkil etmektedir. Duruşma devresini yeniden yapılandırmak suretiyle kesiksizlik ilkesinden vazgeçilmesinin ve iki ayrı savunmayı, iki ayrı müzakereyi, iki ayrı kararı gerektiren bir sisteme geçilmesinin yargılama sürelerini uzatacağı bir gerçektir. Bölünme aleyhine ileri sürülen bu argüman, hâlihazırda yargılama sürelerinin çok uzun olduğu ülkemiz açısından göz ardı edilemez ve edilmemelidir. Nitekim makul sürede yargılanma hakkı, ülkemizde en yaygın olarak ihlal edilen hakların başında gelmektedir. Bu bağlamda duruşmanın ikiye bölünmesinin bu sorunu ülkemiz açısından daha da çözülemez bir noktaya taşıyacağı muhakkaktır. Türkiye nüfusunun onda birinden daha az bir nüfusa sahip olan İsviçre'de sistemin ihtiyari olarak uygulanmakla beraber sağlıklı bir şekilde işlemesi, yanılıcı olmamalıdır. Ayrıca böyle bir sistemin mahkemelerin iş yükünü artıracığı ve gerektirdiği ilave personel çabası nedeniyle yargılama maliyetlerini de yükselteceği açıktır.

Sistemin uygulanması hâlinde duruşmanın ikinci bölümünde alenilik ilkesi bakımından önerilen istisnanın gerekliliği ise tartışmalıdır. Genellikle sanığın kişilik haklarını korumak amacıyla bu kapalı-

¹³⁹ HEINITZ, s. 838-839.

lığın gerekli olduğu belirtilmekteyse de adil yargılamanın temel taşlarından biri olan aleniyet ilkesinden vazgeçilmemesi gerekmektedir. Nitekim sistemi uygulayan bir ülke olarak İsviçre’de bu konuda bir istisna öngörülmemiştir. Sistem, suçluluğun tespit edildiği ilk bölümden faile ilişkin kişisel hâlleri çıkararak kişilik haklarına ilişkin bu korumayı sağlayabileceği iddiasındadır. Ancak suç, suçluluk ve ceza sorunlarının ayrılmazlığı, sistemden beklenen bu faydayı da kanaatimizce ortadan kaldırmaktadır.

Bölünme suretiyle ulaşılması beklenen faydalardan en önemlisi, ikinci bölümün cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yargısal faaliyetine hasredilmesi suretiyle bu konuda gerekli yoğunlaşmanın sağlanmasıdır. Bu noktada sanığın kişilik haklarını korumak adına onun kişisel hâllerine ilişkin tüm hususların duruşmanın ikinci kısmına bırakılması gerekmektedir. İkinci kısımda ise faile ilişkin sübjektif hususlar irdelenecek, fail adeta kriminolojik bir sınıflandırmaya tabi tutulacaktır. Suça ve suçluluğa ilişkin olguların da bu ikinci kısma dâhil olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bu bölünme hâlinde ilk bölümde aslında fiilin muhakemesinin, ikinci bölümde ise failin muhakemesinin yapılması gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta sistem aleyhine ileri sürülen argümanlardan Türk hukuku açısından en kayda değer olanı, suç, suçluluk ve ceza sorunlarının ayrılmazlığıdır. Zira cezanın belirlenmesine ilişkin TCK m. 61’deki düzenlemeye bakıldığında, suça veya fiile ilişkin objektif koşulların ve nedenlerin bu aşamanın dışında bırakılamayacağı görülmektedir. TCK, cezanın bireyselleştirilmesinin ilk aşaması olan temel cezanın belirlenmesinde, benimsediği fiil ceza hukuku anlayışının sonucu olarak faile ilişkin hususları oldukça sınırlandırmış durumdadır. Kanunda cezanın bireyselleştirildiği diğer aşamalarda faile ilişkin hususlara yer verilmekteyse de temel cezanın belirlenmesi büyük ölçüde “fiil” üzerine inşa edilmiş durumdadır. Yine benzer şekilde bazı durumlarda ilk bölümde suçluluğa ilişkin yapılacak belirlemede salt bir fiil incelemesinin yeterli olmaması, faile ilişkin hususların irdelenmesinin de bir gereklilik olarak ortaya çıkması mümkündür.

KAYNAKÇA

- ACHENBACH, Hans: “Zweiteilung des Strafverfahrens-Plädoyer für eine ‘kleine Lösung’”, *Juristische Rundschau*, 1974, Sayı 10, s. 401-406.
- BÁRD, Károly: “Über die Zweiteilung der Verhandlung”, *Acta Juridica, Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1987, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 193-212.
- BERNARD, Stephan / STUDER, Rafael: “Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat-oder Schuldinterlokut”, (Ed.) HEER, Marianne / HABERMEYER, Elmar / BERNARD, Stephan: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 2-29.
- BEULKE, Werner: *Strafprozessrecht*, 11. Baskı, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2010.
- BILAND-ZIMMERMANN, Beatrice: *Das Schuldinterlokut in der Hauptverhandlung*, Juris Druck und Verlag, Zürich, 1975.
- BLAU, Günter: “Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, Schuldspruch und Strafausspruch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, Sayı 81, s. 31-48.
- DAHS, Hans: “Fortschrittliches Strafrecht in rückständigem Strafverfahren. Zur Dringlichkeit einer Zweiteilung der Hauptverhandlung durch ein ‘Schuldinterlokut’”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, s. 1705-1711.
- DILLENBURG, Claudia: *Jugendstrafrecht in Deutschland und Frankreich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Inaugural-Dissertation, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln, 2003.
- DOĞAN, Duygu Çağlar: “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 1029-1058.
- DÖLLING, Dieter: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung- Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten*, Schwartz Verlag, Göttingen, 1978.
- FISCHINGER, Helmut: “Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, Schuldspruch und Strafausspruch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, Sayı 81, s. 49-60.
- GRAF, Jürgen Peter (Hrsg): *Beck’scher Online Kommentar StPO Graf*, 54. Baskı, 2025 (Yazar, BeckOK StPO).
- HEINITZ, Ernst: “Zweiteilung der Hauptverhandlung”, *Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, s. 835-845.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb / SECKEL, Emil: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- HORN, Eckhard: “Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, Sayı 85, s. 7-26.
- HUBER, Michael: *Reformüberlegungen des strafprozessualen Hauptverfahrens*, Diplomarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz, 2010.
- KABAK YÜCE, Emine: “Cezanın Belirlenmesinde Yapay Zeka Temelli Sistemlerin Kullanımının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 17, Sayı 48, s. 77-128.
- KARAKEHYA, Hakan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- KLEINKNECHT, Theodor: “‘Informelles Schuldinterlokut’ im Strafprozeß nach geltendem Recht, Zur modernen Gestaltung der Hauptverhandlung”, (Ed.) LÜTTGER, Hans / BLEI, Hermann / HANAU, Peter: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, s. 651-667.
- KNAUER, Christoph / KUDLICH, Hans / SCHNEIDER, Hartmut (Hrsg): *Münchener Kommentar zur StPO*, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2024 (Yazar, MüKoStPO).
- KNITTEL, Eberhard: *Zweiteilung der Hauptverhandlung nach Englischem Vorbild*, Peter Hanstein Verlag, Köln-Bonn, 1973.
- KÖBLER, Gerhard: *Juristisches Wörterbuch*, 16. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2016.

- KRÖPIL, Karl: “Wichtige Grundzüge des Strafverfahrens-unter Berücksichtigung einiger Aspekte aus dem Strafverfahren gegen Christian Wulff”, *Juristische Schulung*, 2015, s. 213-218.
- KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Baskı, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
- MELLER, Laura: *Urteilsabsprachen im österreichischen Strafprozess*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- MOOS, Reinhard: “Die Reform der Hauptverhandlung Teil II”, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2003, Sayı 20, s. 369-381.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- RIEB, Peter (Hrsg): *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, 24. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1988 (Yazar, Löwe-Rosenberg Großkommentar).
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 30. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2022.
- ROXIN, Claus: “Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß”, (Ed.) LÜTTGER, Hans: *Probleme der Strafprozeßreform*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, s. 52-72.
- SCHNELL, Beat / STEFFEN, Simone / BÄHLER, Jürg: *Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2024.
- SCHÖCH, Heinz / SCHREIBER, Hans-Ludwig: “Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel? Erfahrungen mit der Erprobung eines informellen Schuldinterlokuts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, Cilt 11, Sayı 3, s. 63-67.
- SCHUNCK, Bernd: *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung. -Die Erprobung des informellen Tatinterlokuts bei Strafkammern-*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1982.
- SCHWAIGHOFER, Klaus: “Eckpunkte einer Reform der Hauptverhandlung”, *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2023, Sayı 10, s. 568-576.
- SESSAR, Klaus: “Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, Sayı 93, s. 698-722.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- TOPHINKE, Wilhelm: “Zum Schuldinterlokut”, *Welche Reform braucht das Strafverfahren? Texte und Ergebnisse des 30. Strafverteidigertag, Lübeck, 6-8 März 2015*, Berlin, 2016, s. 123-127.
- TOSUN, Öztekin: *Suçluların Gözlemi*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- WERNER, Raik: *Weberkompakt, Rechtswörterbuch*, 11. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2024.
- WOLF, Celina Anna: *Das Schuldinterlokut- Die Zweiteilung der Hauptverhandlung im Strafprozess*, Diplomarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Graz, Graz, 2024.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YENİSEY, Feridun: *Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar*, 2007 (<http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr>, ET: 10.01.2025).
- ZAFER, Hamide: “Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 8, Sayı 1, s. 119-172.

**Sigorta Tahkim Yargılamalarında Adli Yardım^(*)***Legal Aid in Insurance Arbitration Proceedings***Barış KÜÇÜK**

Doktor Öğretim Üyesi

*Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı***Anahtar Kelimeler**

Sigorta Tahkim,
Alternatif Uyuşmazlık
Çözüm Yolları,
Adli Yardım,
Adil Yargılanma
Hakkı,
Zayıf Tarafı Koruma
İlkesi.

Öz

Adli yardım, ekonomik olarak güçsüz durumda olan veya hukuki bilgi bakımından zayıf olan kimselerin adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak arama hürriyeti, adalete erişim ve hukuki dinlenilme hakkının temini bakımından önemli bir kurumdur. Adli yardım ile kişiler yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulurlar ve/veya kendilerine avukat temin edilir. Adli yardımın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kapsayıp kapsamadığı ile ilgili herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre, çalışmamızda; tartışmalı bir mesele olan bu konu ile ilgili olarak zayıf tarafı koruma ilkesinin geçerli olduğu sigorta tahkim yargılamalarında adli yardım müessesesinin uygulanma imkânı ve gerekliliği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken öncelikle bireylerin adli yardım kapsamında faydalanabileceği hizmetlere değinilmiş; ardından adli yardım ile adil yargılanma hakkında sıkı bir bağ kurulmuş; son olarak ise sigorta tahkim yargılamalarının kendine has özelliklerine somut verilerle değinilerek bu yargılamalarda adli yardımın büyük önem arz ettiği belirtilmiştir.

Keywords

Insurance Arbitration,
Alternative Dispute
Resolution,
Legal Aid,
Right to a Fair Trial,
Principle of Protecting
the Weaker Party.

Abstract

Legal aid is a crucial mechanism for ensuring the right to a fair trial, access to justice, and the right to be heard, particularly for individuals who are economically disadvantaged or lack legal knowledge. Through legal aid, individuals may be temporarily exempted from litigation costs, be provided with legal counsel, or benefit from both options. Although it remains controversial whether legal aid can be applied to alternative dispute resolution methods in the absence of explicit legal provisions, this study evaluates the applicability and necessity of the legal aid mechanism in insurance arbitration proceedings, where the principle of protecting the weaker party is upheld. In conducting this evaluation, the study first outlines the services available under legal aid, then establishes a close link between legal aid and the right to a fair trial, and finally emphasizes the significant importance of legal aid in insurance arbitration by addressing its unique procedural features with concrete data.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.04.2025, Kabul Tarihi: 19.05.2025.



GİRİŞ

Adli yardım müessesesi, ekonomik yetersizlik içindeki kimseler ile hukuki bilgi anlamında zayıf olan kimselerin haklarına daha kolay ulaşmasını sağlamaktadır. Öte yandan, kişi yargılama sonucunda haksız bulunsu bile, adli yardım sayesinde yargı mercileri önünde kendini ifade edebilme imkânı bulduğundan devlet, hak arama hürriyetini sağlamış olacaktır. Adil yargılanma hakkının temini bakımından önem arz eden bu müessesenin konuya ilişkin düzenleme olmaksızın mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kapsayıp kapsamadığı hususunun cevaplanması oldukça önemlidir. Ancak bunun cevabını tek çalışmayla verebilmek mümkün değildir.

Tahkim yargılamaları kendi içinde kurumsal-ad hoc tahkim; ihtiyari-zorunlu tahkim ve millî-milletlerarası tahkim olarak sınıflandırılmaktadır¹. Her bir tahkim türünün kendine has özellikleri vardır. Çalışmamızda her ne kadar ihtiyari tahkim türü olsa da hukuki ve ekonomik anlamda taraflar arasında eşitliğin olmadığı; uygulanacak hukuk ve hakem seçiminin mevcut olmaması nedeniyle tahkim yargılamasından ziyade mahkeme yargılamasına daha yakın olan sigorta tahkim yargılamasında adli yardımın uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken adli yardımın mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarında uygulanma imkânına ilişkin genel bakış açıları içeren çalışmalar da incelenmiştir. Konu bakımından daha özel bakış açısı gerektiren çalışmamızda öncelikle adli yardımın adil yargılanma hakkı ile ilişkisine değinilerek adli yardımın adil yargılanma hakkının temininde oldukça önemli bir yöntem olduğu vurgusu yapılmıştır. Ardından adli yardımın faydalanıcıya sunulacak hizmetler bakımından kapsamı ve uyuşmazlık türleri bakımından uygulama alanı irdelenmiştir. Son olarak ise sigorta tahkim yargılamalarında adli yardımın gerekliliği ve uygulanabilirliği teorik ve uygulama yönünden irdelenmiştir.

I. ADLİ YARDIMIN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim ile dava açma ve savunma hakkını içeren hak arama hürriyetini ifade eder². Bu kapsamda, dava açma, icra takibi başlatma ve tahkime başvurma gibi hukuki imkânlardan yararlanma ile bu süreçlerde kendini savunma hakkı da güvence altına alınır³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴ (HMK) m. 334 uyarınca, kendisi ve ailesinin geçimini ciddi şekilde zorlamadan yargılama veya takip giderlerini karşılayamayan kişiler, davacı ya da davalı olmalarına bakılmaksızın⁵ adli yardımdan yararlanabilir⁶. Bunun için, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması gerekir.

Medeni yargılama hukukunda da geçerli olan bazı insan hakları ve sosyal devlet ilkesi gereği, bu kişilerin hak arama hürriyeti⁷ ile mahkemeye erişim⁸ haklarının güvence altına alınması gerekir. Bu ise, adli yardım yolunun hak aramayı kolaylaştıracak şekilde etkili biçimde açık tutulmasına bağlıdır⁹.

¹ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 851; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 618; TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku Cilt II*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Cilt II), s. 353 vd.

² ATALAY, Esra: “Yargısal Temel Haklar”, *Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 449.

³ ATALAY, s. 449.

⁴ 12.01.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

⁵ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 794.

⁶ Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nde adli yardımın amacının, bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılması olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁷ Dava açmanın masraflı olması nedeniyle peşin nispi harcı yatıramayan davacının adli yardım kararı alamamasının hak arama hürriyetinden yoksun kalmasına neden olduğu görüşü için bkz. KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 222.

⁸ Yargılama ve takip faaliyetlerinin yerine getirilmesi için alınan harcın mahkemeye erişim hakkını engeller nitelikte olmaması için uyulması gerekli ölçütler için ayrıca bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 775-776.

⁹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 793; YILMAZ, Ejder: “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 2 (Yargılama Giderleri), s. 210, 219; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul*

Dolayısıyla yargılama giderlerini ödeyecek durumda olmayan kişilerin dava açabilmeleri veya kendilerine açılan davada kendini savunabilmeleri adil yargılanma hakkının bir gereğidir¹⁰. Adil yargılanma hakkının kapsamı oldukça geniş olduğundan bu bölümde özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim, etkili başvuru ve hakkaniyete uygun yargılama hakkı açılarından adli yardım müessesesi değerlendirilecektir.

B. Hak Arama Hürriyeti ve Mahkemeye Erişim Hakkı

Hak arama hürriyeti, diğer temel hak ve hürriyetlerden olması gerektiği gibi yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlama işlevi görür¹¹. 1982 Anayasası'nın¹² "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde; "*Herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmü yer almaktadır¹³. Görüldüğü üzere, pozitif hukukun bireylere sağladığı temel yargısal hakların dayanağı Anayasa'dır¹⁴. Bireylerin herhangi bir engele takılmadan haklarını arayabilmeleri hukuk devletinin bir gereğidir¹⁵. Adli yardım kapsamında sağlanan yargısal teminat, bireylere etkin ve adil bir yargılanma imkânı sunar. Böylece, yargı mercine başvurduklarında yargılama giderleri ile hukuki bilgisizlik, hak arama hürriyetinin önünde engel oluşturmaz¹⁶.

Mahkemeye başvurmak hak arama hürriyetinden faydalanma yollarından biridir¹⁷. 1982 Anayasası haricinde Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de düzenlenmiştir. AİHS m. 6/1¹⁸ uyarınca bireyler, kendisine tanınan hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi için sözleşmeye taraf devletlerden mahkemeye erişim hakkını haksız şekilde zorlaştıran engellerin ortadan kaldırılmasını isteyebilirler¹⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ekonomik yetersizlik nedeniyle yargılama masraflarının karşılanamaması ve bu nedenle hak arama hürriyetinin kullanılamaması durumunda, AİHS m. 6'nın ihlal edildiği sonucuna varmaktadır²⁰. Öte yandan

Hukuku, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 368; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 575; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet *Medeni Usul Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 794; TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 (Cilt I), s. 1225. Adli yardım yolunun etkili şekilde açık tutulması gerekliliğinden bahsedilen, başvuruçunun adli yardıma erişiminin kolay olmasıdır. HMK m. 334'te bu doğrultuda adli yardımdan yararlanma konusunda "*taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması*" ifadesiyle getirilen düşük ispat ölçüsü buna örnek olarak gösterilebilir.

¹⁰ BUDAK / KARAASLAN, s. 368; ŞEKER, Hilmi: *Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Davalarda Süreç Adaleti: Usul Hukuk ve İstinaf Yorumu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 376.

¹¹ GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 151; EREN, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar: Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1055.

¹² 09.11.1982 tarihli ve 17863 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

¹³ Bu sayede adil yargılanma hakkının, doğrudan uygulanabilir anayasal bir kural niteliği kazandığı görüşü için bkz. ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 56.

¹⁴ ATALAY, s. 449. Öte yandan adil yargılanma hakkı sadece ulusal hukuklarda değil; aynı zamanda uluslararası metinlerde de (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 10, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6) kendisine yer bulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. KILINÇ, Ayşe: "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 2011, Cilt 3, Sayı 1 (İnsan Hakkı), s. 5; EREN, s. 1055; TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 463; YILMAZTEKİN, Ahmet Ertan: "Hukuk Muhakemesinde Adli Yardım", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, Cilt 36, Sayı 170, s. 177. Adli yardım kurumunun birçok Anayasal temelini olduğu ilişkin detaylı bilgi için bkz. KILINÇ, Ayşe: *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Adli Yardım), s. 123 vd.

¹⁵ ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 107; KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 144 vd.

¹⁶ YILMAZTEKİN, s. 181.

¹⁷ GÖZLER, s. 110; EREN, s. 1056; AKTEPE ARTIK, Sezin: *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 35; KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 529; YEŞİLOVA, Bilgehan: "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Cilt 21, Sayı 86, s. 56-57.

¹⁸ "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*"

¹⁹ AKBULUT, Olgun: "Adil Yargılanma Hakkı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 1, Kemal Oğuzman'a Armağan (Adil Yargılanma), s. 180; ATALAY, s. 449; ALYANAK, Servet: *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 185. Avrupa Konseyi'nin aynı yönde kararı için bkz. Adli Yardım ve Danışmanlık Hakkında 78 (8) No.lu Karar (<https://rm.coe.int/cmres-78-8-adli-yard-m-ve-dan-smanl-k-hakk-nda-karar/1680a43b34>, ET: 07.03.2025).

²⁰ Başvuruçunun yargılama masraflarının çok yüksek olması sebebiyle yargısal ayrılık kararı alamamasının mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına geldiği yönündeki karar için bkz. AİHM, *Airey v. İrlanda*, B. No: 6289/73, T. 09.10.1979, (HUDOC). AİHM, bu kararında devletin ücretsiz hukuki yardım sağlamamasını m. 6'nın ihlali olarak değerlendirdi.

adli yardımın sağlanamaması nedeniyle kişinin dava hakkını veya başkaca haklarını etkin ve etkili bir şekilde kullanamaması da mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelmektedir²¹.

Mahkemeye erişim hakkı olarak nitelendirilen kavram, aslında kişinin herhangi bir konudaki hakkına erişimini ilgilendiren yargılamalarda veya işlerde hukuk sisteminde var olan mercilere başvurabilmeyi de kapsayan adalete erişim hakkını ifade etmektedir²². Nitekim, bu mercilerin kapsamında mahkemeler, noterler, avukatlar, idari makamlar²³, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukuki bilgilendirilme ve bunlar gibi usuli ve kurumsal merciler bulunmaktadır²⁴. Devletler, bireyin adalete erişim hakkını temin etmek için bir yöntem olarak çeşitli adli yardım modelleri oluşturmuştur²⁵. Yargıya ulaşmayı kolaylaştıran en önemli unsurlardan biri olan adli yardım müessesesi, adalete erişim hakkı ile de sıkı ilişki içindedir²⁶.

Adli yardımın tahkimde uygulanmasının hak arama hürriyeti açısından olumlu etki doğurabileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, adli yardım hükümlerinin tahkim yargılamalarında da uygulanmasının sağlanması, tahkime başvuranların sayısını artırmakla birlikte tahkim yargısını güncel tutup, işler kılacak²⁷ ve bu sayede mahkemelerin iş yükü de azalacaktır²⁸. Öte yandan tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi nedeniyle mahkemelerin iş yükünün önemli ölçüde azalması²⁹, diğer bireylerin mahkemeye erişim hakkını da olumlu yönde etkileyecektir³⁰. Hukuki dinlenilme hakkının dayanağını oluşturan Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak, iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Bu ifadeden, yargı mercilerinin yalnızca mahkemelerle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında da hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi gerektiği de kabul edilmektedir³¹. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde açıklama ve ispat haklarının korunmasında adli yardım müessesesi büyük önem taşır. Ayrıca çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin hayata geçirilmesinde adli yardım kritik bir rol oynar. Bu nedenle, adli yardımın tahkimin tüm türlerinden tamamen dışlandığını söylemek isabetli olmayacaktır.

C. Etkili Başvuru Hakkı

Etkili başvuru hakkı, kişiye, maruz kaldığı bir hak ihlalinin giderimi amacıyla yetkili bir merciye başvurabilmesini ve başvurudan etkili bir karar alabilmesini temin eder³². 1982 Anayasası'nın 40.

²¹ ÇELİK, Özlem: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 1, s. 322.

²² ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Sosyal Devletin Gereği Adalete Erişim", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 2, Sayı 4 (2006), s. 908.

²³ GÜLERSOY, Emine Burcu: *Türk İdare Hukukunda Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 274.

²⁴ ÖZBEK, 2006, s. 908; ÇAKIN, Akın: *Adalete Erişim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 34.

²⁵ Adalete erişim akımına yönelik ülkelerin benimsemiş olduğu adli yardım modelleri için bkz. ÖZBEK, 2006, s. 909-910 vd.

²⁶ TANRIVER, *Cilt I*, s. 1225; AKBULUT, *Adil Yargılanma*, s. 204; ŞEKER, s. 469-470.

²⁷ TAŞKIN, Alim: "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, Cilt 11, Sayı 3, s. 839.

²⁸ Adliyelerdeki iş yüküne olumlu anlamda etki edecek yöntemlerden birinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini desteklemek olduğu görüşü için bkz. AKTEPE ARTIK, s. 290; ÇAKIN, s. 46.

²⁹ KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem: *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 69.

³⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının azlığı ve çeşitli olmayışının adalete erişim konusunda tıkanıklığa sebep olduğu hakkında bkz. ÇAKIN, s. 97.

³¹ AKTEPE ARTIK, s. 366. Öte yandan, hukuki dinlenilme hakkının tahkim yargılamasında da geçerli olduğu HMK m. 423'te açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre "*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır*". Aynı düzenleme Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 8/B'de de yer almaktadır. Ayrıca HMK m. 439 ve MTK m. 15'te tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesinin hakem kararının iptali gerekçesi olduğu düzenlenmiştir. Tahkimde tarafların eşitliği ilkesi, iddia, delil ve savunmaların sunulmasında taraflara eşit muamelede bulunma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. GÜVENALP, Ferda Nur: "Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı", (Ed.) AKINCI, Ziya / EKMEN, Yasin: *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 112.

³² EGELİĞİ, Ömer Emrullah: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 13-14; TANRIKULU, M. Sezgin: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 91.

maddesinde “Anayasa ile tanınmış olan hak ve hürriyetleri ihlal eden herkes, yetkili makama geciktirilmeksizin başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm, hak ihlaline uğrayan kişilerin hak aramalarını kolaylaştırmanın ve bu konudaki engelleri kaldırmanın devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu vurgulamaktadır³³. Bu nedenle düzenleme, etkili başvuru hakkının sağlanması bakımından yalnızca yargısal süreci değil, yargı yoluna başvuru öncesini de kapsamaktadır³⁴.

Yargı mercine başvuru masraflarının karşılanamayacağı veya bireyin avukat yardımı olmaksızın hakkına tam olarak ulaşamayacağı durumlarda, adli yardım sağlanmaması, devletin kişiye etkili bir hukuk yolu sunma yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelir³⁵. Dolayısıyla adli yardım müessesesi, etkili hukuksal korumayı talep edebilme hakkı ile de sıkı sıkıya bağlıdır³⁶.

D. Hukuki Dinlenilme Hakkı

Adil yargılanma hakkını karakterize eden temel unsur olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkı, iddia ve savunma hakkına sahip kişilerin eşitliği temeline dayalı olarak hukuki dinlenilme hakkının tesis edilmesini kapsar³⁷. Hukuki dinlenilme hakkının kapsamı geniş olduğundan bu başlık altında bu eşitliğin sağlanması amacıyla gerekli olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile açıklama ve ispat hakkının adli yardım müessesesi ile ilişkisi değerlendirilecektir.

1. Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkesi

Kanun önünde eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkının kesişimini oluşturan³⁸ silahların eşitliği ilkesi, davada her iki tarafın eşit şekilde iddialarda bulunma, savunma yapabilme ve delil ileri sürme imkânının verilmesini gerektirir³⁹. Adli yardım ile yargılamaya etkin katılım arasında, özellikle avukat temini ve delil avansından muafiyet konularında doğrudan bir ilişki vardır. Gerekli olmasına rağmen adli yardımın devreye girmemesi, bireylerin yargılamada etkisiz kalmasına yol açabilir⁴⁰. Nitekim AİHM, bir kararında⁴¹, McDonald’s gibi büyük bir şirkete karşı Birleşik Krallık’ta açılan davada, başvuranların adli yardım taleplerinin reddedilmesinin, davalarını mahkemede etkili şekilde sunma imkânından yoksun bırakılmalarına yol açtığını belirtmiştir. Mahkeme, bu durumun taraflar arasında silahların eşitliği ilkesini zedelediğini vurgulamıştır⁴².

Kişisel hakların hukuki eşitlik hakları grubunda yer alan adli yardım hakkı⁴³, etkin bir şekilde işletilmek şartıyla silahların eşitsizliğini giderebilir⁴⁴. Öte yandan adli yardım müessesesinin etkin bir şekilde işletilememesi, ekonomik güçsüzlük yaşayan kişilerin haklarını arayabilmesini zorlaştırmakta ve

³³ AKBAL, Mehmet: “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Cilt 23, Sayı 93, s. 149; TAŞKIN, s. 834.

³⁴ AKBULUT, Emre: “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Cilt 21, Sayı 89 (2009), s. 3.

³⁵ ALYANAK, s. 197; GÜLERSOY, s. 274.

³⁶ TANRIVER, *Cilt I*, s. 1225.

³⁷ TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Cilt 17, Sayı 53 (Adil Yargılanma), s. 204; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 155; YEŞİLOVA, s. 58; ÖZEKES, s. 56-57.

³⁸ YEŞİLOVA, s. 60.

³⁹ ATALAY, s. 453; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 155; KALABALIK, s. 540.

⁴⁰ ŞEKER, s. 471.

⁴¹ AİHM, *Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, T. 15.05.2005, § 72 (HUDOC).

⁴² AİHM, başvuru Helen Steel ve David Morris, McDonald’s şirketinin aleyhinde broşür hazırladıkları gerekçesiyle kendilerine açılan iftira davasının 10 yıl sürmesi, binlerce sayfa belge içeren karmaşık bir süreç olması ve şirketin büyük bir hukuk ekibiyle temsil edilmesine karşın Birleşik Krallık’ın başvuru sahiplerine adli yardım konusunda yetersiz kalmasının silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla özellikle ticari davalarda, bireylerin devlet desteği olmadan büyük şirketlere karşı etkili savunma yapmasının güç olduğu ve devletin, bu tür durumlarda ücretsiz hukuki yardım sağlaması gerektiği vurgusu yapılmıştır.

⁴³ KALABALIK, s. 60.

⁴⁴ YILMAZTEKİN, s. 180.

yargılama sürecinde tarafların eşit işleme tabi tutulmasını engellemekte⁴⁵ olduğundan bu durum silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali oluşturmaktadır⁴⁶.

2. Açıklama ve İspat Hakkı

Taraflara, iddia ve savunmalarının temelini oluşturan olgu ve olayları ileri sürebilme imkânı tanınması açıklama hakkı olarak tanımlanır⁴⁷. İddia ve savunmalar konusunda hâkimi ikna etme amacıyla delil sunabilme imkânı ise ispat hakkı kapsamında değerlendirilir⁴⁸.

Hakkaniyete uygun yargılanma, taraflara yargılama boyunca eşit işlemde bulunulmasını gerektirir⁴⁹. Bu kapsamdaki eşit işlem, tarafların kendi iddialarını ileri sürme ve karşı tarafın iddialarına karşı savunma yapma hususunda eşit imkânların tanınmasını ifade etmektedir⁵⁰. Dolayısıyla adli yardım, kendisinden faydalanan kimseye ispat ve açıklama faaliyetiyle ilgili olan bilirkişi, tanık ve tercüman gibi masraflardan muafiyet imkânını da sağlamalıdır⁵¹. Nitekim iddia ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biridir⁵². Delillerin ikame edilmesi için istenen delil avansını tarafların ödeyememesine rağmen adli yardımdan faydalandırılmaması bireyin ispat hakkının ihlali anlamına gelecektir⁵³.

II. ADLİ YARDIMIN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

Adli yardımın sigorta tahkim yargılamalarında gerekliliği hususunu irdelemeden önce bireylerin adli yardımdan faydalanmak suretiyle sahip olabileceği imkânlar ve bu imkânların uygulama alanını değerlendirmek gerekmektedir.

A. Adli Yardımın Kapsamı

HMK m. 335'e göre adli yardım, hüküm kesinleşinceye kadar yargılama ile takip giderlerinden ve teminat göstermekten muafiyeti, yapılması gerekli giderlerin devlet tarafından avans olarak ödenmesini ve gerekmesi halinde avukat teminini⁵⁴ kapsamaktadır.

1. Avukatla Temsil ve Hukuki Danışmanlık Hizmeti

HMK m. 335'te adli yardım kapsamında olduğu belirtilen ve gerekli olması halinde avukat teminine ilişkin usule dair hususlar, Avukatlık Kanunu'nda⁵⁵ düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu m. 177/1'e göre, adli yardım hizmeti baro bünyesinde oluşturulan adli yardım bürosu tarafından yürütülür. Adli yardım bürosu, HMK m. 335/1-ç ve Avukatlık Kanunu m. 177/1 uyarınca çeşitli yetkilere sahiptir. Mahkeme kararıyla avukat temin edilmesine hükmedilen faydalanıcıya avukat sağlayabilir. Ayrıca, kendisine doğrudan başvurulması halinde adli yardımdan yararlanma işlemlerini yürütebilir veya baş-

⁴⁵ KILINÇ, *İnsan Hakkı*, s. 8.

⁴⁶ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 210; AKTEPE ARTIK, s. 100. Adli yardım hakkının silahların eşitliği ilkesi kapsamında yer aldığı yönünde bkz. BAHAR, Esra: *Adil Yargılanma Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Analizi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 238.

⁴⁷ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 156; TANRIVER, *Cilt I*, s. 451; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 203; ERMENEK, İbrahim: "Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması", (Ed.) BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz / BUDAK, Ali Cem / YEŞİLİRMAL, Ali / KIRATLI, Metin / MANAV ÖZDEMİR, A. Eda: *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 40; ÖZEKES, s. 107.

⁴⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 157; TANRIVER, *Cilt I*, s. 451; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 203; ÖZEKES, s. 123.

⁴⁹ GÜVENALP, s. 104.

⁵⁰ GÜVENALP, s. 104.

⁵¹ ALYANAK, s. 186.

⁵² AKTEPE ARTIK, s. 35.

⁵³ ÖZEKES, s. 127-128; YEŞİLOVA, s. 78-79.

⁵⁴ HMK m. 340: "Adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazine'den ödenir."

⁵⁵ 07.04.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmî Gazete.

vuruculara avukat tayin edebilir⁵⁶. Görüldüğü üzere baroların vermiş olduğu adli yardım kararı, yargılama giderlerinden muafiyet sağlamamakta, yalnızca ücretsiz avukat temini sağlamaktadır⁵⁷. Öte yandan adli yardım bürolarınca sunulan adli yardım hizmeti dava dışı hukuki uyumsuzluklarda hukuki yardımı da bünyesinde barındırır⁵⁸.

AİHS’de yargılama faaliyetleri için ücretsiz avukat temin etme hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak somut uyumsuzluğun özelliklerine göre kişinin avukata ihtiyaç duymasına rağmen devlet tarafından avukat temin edilmemişse bu durum AİHM tarafından hak arama hürriyetinin ihlali olarak değerlendirilebilmektedir⁵⁹. Yargılamanın avukat ile temsil edilerek yürütülmesi, bilgisizlikten ve buna dayalı taleplerden ya da itirazlardan kaynaklanan olumsuzlukları asgari düzeye indirecek; davaların daha kısa sürede sonuçlanmasına yardımcı olacaktır⁶⁰.

HMK ile Avukatlık Kanunu’nda avukat teminine ilişkin yer alan hükümlerin uygulanması birbirinden bağımsız yürütülür⁶¹. Dolayısıyla, mahkemeye avukat teminine ilişkin adli yardım başvurusunun reddedilmiş olması baronun kişiye avukat temin etmek konusunda adli yardım sağlamasını engellemez⁶². Öte yandan baronun bu talebi reddetmesine rağmen mahkemenin avukat temini konusunda kişinin adli yardımdan faydalandırılmasına karar vermesi halinde baro, mahkemenin bu kararını yerine getirmek zorundadır⁶³.

HMK ile Avukatlık Kanunu’nda avukat teminine ilişkin bir diğer fark adli yardım kapsamında kişiye görevlendirilen avukatın ücretinin ödenmesine ilişkindir⁶⁴. HMK m. 340 uyarınca, mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti Hazine’den ödenirken baro kararı ile görevlendirilen avukatın ücreti Türkiye Barolar Birliği adli yardım fonundan karşılanır⁶⁵. Kanaatimizce bütçe bakımından Hazine’ye kıyasen Türkiye Barolar Birliği adli yardım fonunun daha kısıtlı olması, HMK kapsamında avukat teminine ilişkin sağlanan adli yardımın adil yargılanma hakkının temini konusunda daha elverişli olduğunu göstermektedir.

2. Yargılama ve Takip Giderlerinden Muafiyet

Adli yardım kararı, yararlanan kişi açısından yargılama ve takip giderlerinden geçici muafiyet sağlar⁶⁶. Bu yardım; iddia, talep veya savunmasında haklılık payı bulunan tarafın⁶⁷, yalnızca ekonomik yetersizlik nedeniyle gerekli argümanları sunamama riskini önlemek amacıyla devlet tarafından sağlanan bir destek olarak tanımlanmaktadır⁶⁸.

⁵⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 797-798. Salt avukat temininin adalete erişim hakkı önündeki engellerin ortadan kaldırıldığı göstermediği görüşü için bkz. ŞEKER, s. 471 vd.

⁵⁷ BAKIRCI, Kadriye: “Kadınların Şekli ve Maddi Adalet Erişiminde Sosyal ve Ekonomik Hak Olarak Adli Yardım Hakkı”, *Mülkiye Dergisi*, 2023, Cilt 47, Sayı 1, s. 300-301.

⁵⁸ AYDIN, Muammer: “Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2007, Cilt 29, Sayı 5, s. 2121.

⁵⁹ AİHM, *Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, 15.05.2005, 68416/01. Ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, Yaşar: *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 118.

⁶⁰ ERCAN, İbrahim: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat ile Temsil Zorunluluğu”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 3, s. 1278; AKKAN, s. 108; GÖREN ÜLKÜ, Nazlı: “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 310.

⁶¹ SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek: *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 234.

⁶² AKKAN, Mine: *Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 190.

⁶³ SARIÖZ BÜYÜKALP, s. 235.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 286 vd.

⁶⁵ KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 290.

⁶⁶ KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 9; BUDAK / KARAASLAN, s. 368; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 575; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 793; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 794; KURU, s. 583.

⁶⁷ HMK m. 339 uyarınca, adli yardım nedeniyle ertelenen tüm yargılama giderleri ile devlet tarafından ödenen avanslar dava veya takip sonucunda haksız çıkan kişiden tahsil edilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin haksız çıkması durumunda getirilen kolaylıklar ise HMK m. 339/1’de yer alan taksitle ödeme imkânı ile HMK m. 339/2’de yer alan faydalanıcıdan bu giderlerin tahsilinin onun mağduriyetine yol açacak olması durumunda bu tahsilattan muaf tutulmasının sağlanmasıdır. Aksi yöndeki düşüncenin sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1474.

⁶⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 797; KURU, s. 583.

B. Adli Yardımın Uygulama Alanı

Türk hukukunda adli yardımın uyuşmazlık çözüm yolları bakımından hukuk davalarını⁶⁹, idari davaları⁷⁰, ceza⁷¹ davalarını, icra takiplerini⁷² ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruları⁷³ kapsadığı bilinmekle birlikte; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁷⁴, adli yardımın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kapsayabilmesi için, Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca kanuni dayanak gereklidir. Bu madde, mali yükümlülükler ile istisna ve muafiyetlerin ancak kanunla düzenlenebileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, bir muafiyet türü olan adli yardımın tahkim yargılamasında uygulanması ve bu konuda hakem heyetinin veya mahkemenin karar vermesi mümkün değildir. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculukta adli yardım kanuni bir dayanağa sahiptir⁷⁵. Öte yandan, Avukatlık Kanunu'nda yer alan ve HMK'dan farklı bir başvuru prosedürü ile daha dar bir kapsam öngören ayrık düzenleme uyarınca, barolardan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için adli yardım talep edilebilir. Çünkü barolar, bu talep hakkında karar verme konusunda kanunen yetkilidir⁷⁶. Ancak bu durumda başvuru sadece avukat temini hizmetinden faydalandırılabilir.

Bir diğer görüşe göre, zorunlu tahkimin söz konusu olduğu hallerde, bir başka ifadeyle kişiye tahkim dışında farklı bir başvuru yolu öngörülmediği hallerde şartları taşıyan kimseler, adli yardımdan faydalandırılabilir⁷⁷. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, hakem heyetlerinin adli yardım kararı vermeye yetkisi yoktur; ancak esas davayı görmeye görevli ve yetkili mahkemeden alınacak olan adli yardım kararları tahkim yargılamasında geçerli olmalıdır⁷⁸. Şöyle ki; tahkimin çıkış amaçları; dava yolunun uzun sürmesi, masraflarının fazla olması, uyuşmazlık çözüm usullerine toplumun katılımını artırma gayesi, adalete erişimin kolaylaştırılması ve dava yoluna kıyasla daha etkili bir uyuşmazlık çözüm sürecinin sağlanması olarak belirtilmektedir⁷⁹. Bireylerin makul sürede bitmesi kuvvetle muhtemel yargısal yöntemlere başvurmaları beklenen davranıştır. Bu doğrultuda, bireyler yargılamanın uzun sürdüğünü bildikleri mahkemelere müracaat etmek yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yolla-

⁶⁹ Hukuk yargılamasında adli yardım HMK m. 334 ile 340 arasında düzenlenmiş olup, açılmış veya açılacak tüm hukuk davalarını, çekişmeli-çekişmesiz yargı işlerini, delil tespiti, ihtiyati tedbiri kapsamaktadır.

⁷⁰ HMK'de yer alan adli yardıma ilişkin hükümler, idari yargıda yer alan mahkemelerde de uygulama alanı bulmaktadır (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 31).

⁷¹ AİHS m. 6/3-c. Detaylı bilgi için bkz. BAKIRCI, s. 295.

⁷² İhtiyati haciz talepleri ile icra ve iflas takiplerinin de adli yardım kapsamında olduğuna ilişkin bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 575.

⁷³ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü m. 62/2. Bireysel başvuru harcı ile hak arama hürriyeti arasındaki ilişki için ayrıca bkz. YAZICIOĞLU, İsmail / UÇAR, Gamze Nur: "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcının Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 11, Sayı 1, s. 267-288.

⁷⁴ AKBAL, s. 152; BİLGE, Necip: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 303; ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 177; ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 135; BERKİN, Necmeddin: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 231; ÖZBAY, İbrahim / KORUCU, Yavuz: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 110. Tahkimde adli yardıma ilişkin yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu görüşü için bkz. TAŞKIN, s. 838; ÇAKIN, s. 224-225.

⁷⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 13/3'te alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan ihtiyari arabuluculuk ücretinin de adli yardım kapsamında olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre başvuru, arabuluculuk ücretinin adli yardım müessesesinden karşılanması için sulh hukuk mahkemesine başvurulabilir. Detaylı bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, Leyla: "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 95 vd.

⁷⁶ Aynı yönde görüş için bkz. ÇAKIN, s. 225; KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 186.

⁷⁷ ÇAKIN, s. 224; KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 186.

⁷⁸ KABAKCIOĞLU, Hüsnü Mehmet: "Muzahareti Adliye", *Adliye Ceridesi*, 1942, Cilt 33, Sayı 4, s. 380. Öte yandan tüm görüşlerin bulunduğu ortak nokta hakem heyetlerinin, mahkemeler gibi adli yardım kararı veremeyeceği olmakla birlikte bunun dayanağı olarak HMK'de bu yetkinin mahkemelere ait olduğu yönündeki düzenleme öne sürülmektedir.

⁷⁹ KORAL, Rabi: "İç Hukukumuzda Tahkim", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 1947, Cilt 13, Sayı 3, s. 1038-1039; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler", *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012, s. 491; KAYIHAN / SELANİK, s. 70; ÇAKAN, Oya: *Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 55.

rından tahkime başvurmayı tercih edebilirler⁸⁰. Tahkim sözleşmesi taraflarının savunma ve dava hakkı açısından eşit muamele görme ve yargılamada hukuki dinlenilme haklarının güvence altına alınması gerekliliği, tahkim yargılamasında da ekonomik ve hukuki yardımı zorunlu kılmaktadır⁸¹. Ancak önemle belirtelim ki, bu husus her tür tahkim yargılaması bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce kanun koyucu, tahkim türlerinin çeşitliliği ve her birinin taraflar ile uyumsuzluk konusuna göre farklı dinamiklere sahip olduğunu göz önünde bulundurarak bu konuda bilinçli bir düzenleme yapmamıştır. Böylece, tüm tahkim türlerine adli yardım imkânı tanımanın doğurabileceği sakıncalar engellenmiştir. Aynı zamanda adli yardımın tamamen dışlanmaması sayesinde, hukuki bilgi ve ekonomik güç açısından zayıf bir tarafın bulunabileceği tahkim yargılamalarında zayıf tarafın mağduriyet yaşamamasının önüne geçilmiştir.

III. SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU BAŞVURULARINDA ADLİ YARDIMIN GEREKLİLİĞİ VE UYGULANMASI

A. Sigorta Tahkim Komisyonu Başvurularında Adli Yardımın Gerekliliği

Türk hukukunda sigorta tahkim yargılamaları, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁸² (SK) m. 30'da ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik⁸³ (STİY) ile düzenlenmiştir. Bu çerçevede Sigorta Tahkim Komisyonu, tahkim sözleşmesi veya klotuna gerek olmaksızın sigortalı ve hak sahiplerinin başvurabileceği bir yoldur. Hakem ve uygulanacak hukuk seçimi gibi konularda taraf iradesinin geçerli olması nedeniyle, mahkemeye benzer yargılama işlevi daha ağır basmaktadır⁸⁴. Bu yönüyle, istisnai bir yargı yolu⁸⁵ ve ihtiyari tahkim türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁶. Öte yandan Sigorta Tahkim Komisyonu'na, m. 30'da da belirtildiği üzere sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukların⁸⁷ çözümü için sadece sigorta ettiren veya sigortalı başvurabilir⁸⁸. Ancak belirtmek gerekir ki sigorta kuruluşlarından Sigorta Tahkim Komisyonu'na üye olma zorunluluğu bulunmamakla birlikte üye olmayan sigorta şirketlerine karşı, zorunlu sigorta branşları dışında, bu yola başvurmak mümkün değildir⁸⁹.

Sigortacılıkta tahkime ilişkin düzenlemelerin yer aldığı SK m. 30'da ve SK m. 30/23'te yapılan atıf nedeniyle kıyasen uygulanacak olan HMK m. 407-444 aralığında adli yardım konusunda hüküm bulunmamaktadır⁹⁰. Bir görüşe göre⁹¹, sigorta tahkim yargılaması diğer tahkim türlerinden farklı özel-

⁸⁰ TAŞKIN, s. 837; KORAL, s. 1038. Koral'a göre bunun nedeni, uzmanlık gerektiren meselelerde mahkemeye başvuru mahkemeden bilirkişi atamasını ve bu bilirkişinin raporuna göre karar verilecek olması nedeniyle bunun yerine doğrudan bu konuda uzman olan kişiye hüküm verme imkânının verilmesinin daha makul olmasıdır.

⁸¹ TAŞKIN, s. 838.

⁸² 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmi Gazete.

⁸³ 17.08.2007 tarihli ve 26616 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴ Tarafların hakem seçimi imkânına sahip olmamasının adil yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma hakları ile silahların eşitliği ilkesine; dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüş için bkz. YEŞİLOVA ARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan: "Sigortacılık Tahkimi: Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 369.

⁸⁵ PARLAK, Fatma Tülay: *Sigorta Tahkim Yargılaması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 77.

⁸⁶ YEŞİLOVA ARAS / YEŞİLOVA, s. 288; ULAŞ, Işıl: "Sigortacılıkta Tahkim", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2, s. 240; YAŞAR, Tuğçe Nimet: "Sigorta Hukukunda Tahkim", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 36, s. 221; PARLAK, s. 71; KAYIHAN / SELANİK, s. 83; ÇAKAN, s. 91. Sigorta tahkimin mecburi tahkim veya ihtiyari tahkim olarak nitelendirilemeyeceği, kendisine münhasır bir tahkim sistemi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. EKŞİ, Nuray: *Türkiye'de Kurumsal Tahkim*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 185. Sigorta tahkimin karma tahkim niteliğinde olduğu görüşü için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet: "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 2, s. 840; SAAT, Dursun: "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2462.

⁸⁷ ÇAKAN, s. 127. Örneğin, sigorta ettirenin/sigortalıların prim iade alacakları, tazminat talepleri, sigortalı aleyhine yapılan değişikliklerin iptali vb. Sigorta Tahkim Komisyonu'nun uygulama alanı hakkında detaylı bilgi için bkz. PARLAK, s. 92-93. Tahkime konu uyumsuzluğun sigorta sözleşmesinden doğması zorunluluğunun tek istisnasının güvence hesabı olduğuna ilişkin bkz. EKŞİ, s. 184.

⁸⁸ YEŞİLOVA ARAS / YEŞİLOVA, s. 301.

⁸⁹ EKŞİ, s. 187-188; PARLAK, s. 71; KAYIHAN / SELANİK, s. 97; ÇAKAN, s. 92.

⁹⁰ PARLAK, s. 276.

⁹¹ PARLAK, s. 276.

likler taşıdığı için adli yardımın uygulanabilmesi adına özel bir düzenleme yapılması gerekir. Ancak bu düzenleme yapılana kadar, hak arama hürriyetinin sağlanabilmesi amacıyla HMK m. 334-340'ta yer alan adli yardıma ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda, tahkim ve adli yardım ilişkisine daha geniş bir bakış açısıyla yaklaşan ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁹², Türk hukukunda yalnızca mahkemeye erişim değil, bunu da kapsayan “adalete erişim” hakkı kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle, adalete erişim hakkını yalnızca mahkemelerle sınırlamak, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bu kapsamın dışında bırakmak ve bunlar için ayrıca kanuni bir dayanak aranmasını beklemek isabetli olmayacaktır.

Adalet, çalışmamızda ele aldığımız haklar bakımından bir uyuşmazlığın, tarafları tatmin edecek bir şekilde çözümlenmesidir⁹³. Bir uyuşmazlığın tarafları tatmin edecek şekilde çözümlenmesi, öncelikle yargılamanın makul sürede sonuçlanmasına bağlıdır. Bunun yanında, kişilerin hak arama hürriyetlerini kullanmalarının önündeki engellerin kaldırılması, mahkeme ve mahkeme dışı çözüm yollarına kolay erişim sağlanması, etkili başvuru mercilerinin yasalarla temin edilmesi de önem taşır. Ayrıca, hukuki işlem ve ilişkilerde taraflar arasında eşitliğin sağlanması ile tarafların kendilerini ifade edebilmeleri ve haklarına ulaşabilmeleri için gerekli ispat araçlarını kolaylıkla kullanabilmeleri de bu sürecin temel unsurlarındandır. Dolayısıyla, sigorta tahkim yargılamasında bu unsurların sağlanabilmesi için, yargılama sürecindeki olası engellerin de ortadan kaldırılması gerekir. Bu engeller, başvurusunun yargılama giderlerinden muaf tutulması ve kendisine avukat temin edilmesi gibi adli yardım yollarıyla aşılabiliyorsa, ilgili kişinin adli yardımdan faydalandırılması zorunlu hale gelir.

Günümüz hukuk sistemlerinde ekonomik güçsüzlük yaşayan kimselerin adalete erişebilmesi için öngörülen adli yardım müessesesi⁹⁴, yargılamanın veya takip işlemlerinin tarafları arasında, yargılama giderleri ve avukat ile temsil katkısıyla ekonomik dengesizliğin giderilmesini sağlamaktadır. Bu durum yargılama faaliyetlerinde kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçmesi bakımından adli yardımın etkili bir yöntem olduğunu göstermektedir⁹⁵. Tahkim yargılamalarında da tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olduğu bilinmektedir⁹⁶. Sigorta tahkim yargılamalarında adli yardımın gerekliliği, bu bölümde uygulamaya yönelik açılardan ele alınarak daha somut şekilde ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

1. Sigorta Tahkim Başvuru ve Yargılama Sürecinin Karmaşık Olması

Sigorta Tahkim Komisyonu, avukat yardımına ihtiyaç duymaksızın çevrimiçi başvuru yapılabilmesi, dosyaların internet sitesi üzerinden takip edilebilmesi gibi imkânları kişilere sunmuş⁹⁷ olsa da hem başvuru hem de yargılama sürecinde birçok zorluğu da bünyesinde barındırmaktadır.

Sigorta tahkim sürecinde karşılaşılan zorlukların başında, kabul edilebilirlik şartlarının ağır olması gelmektedir. *Başvuru sahiplerinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin rıza metnini* başvuru formuyla birlikte Sigorta Tahkim Komisyonu'na sunmaları gerekmektedir⁹⁸. Ayrıca, başvurudan önce sigorta şirketine gerekli belgelerle⁹⁹ birlikte ön başvuru yapılması zorunludur¹⁰⁰. Bunun yanı sıra, istisnalar hariç olmak üze-

⁹² ÖZBEK, 2006, s. 908.

⁹³ ÖZBEK, 2006, s. 912.

⁹⁴ KILINÇ, *İnsan Hakkı*, s. 3.

⁹⁵ AKBAL, s. 150.

⁹⁶ KAYIHAN / SELANİK, s. 116.

⁹⁷ PARLAK, s. 125.

⁹⁸ PARLAK, s. 128.

⁹⁹ Sigorta tahkim yargılaması öncesi sigorta şirketine ön başvuru zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılabilmesi için ön başvuruda belgelerin eksiksiz olarak sigorta şirketine sunulmuş olması gerekmektedir. Aksi takdirde Sigorta Tahkim Komisyonu, usulden ret kararı verecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KAYIHAN / SELANİK, s. 174-199. Miktar belirtilmeksizin sigorta şirketinden ödeme talep edilmesi ve sigorta şirketi tarafından az bir ödemenin yapılması halinde yapılan ödemenin eksik olduğu ihtarıyla sigorta şirketine tekrar başvurulmaması halinde de ön incelemede ret sebebi olduğu hakkında bkz. EKŞİ, s. 189.

¹⁰⁰ SK m. 30/13: “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de

re başvuru yapılacak sigorta şirketinin sisteme üye olup olmadığının kontrolü¹⁰¹, Komisyon Başkanlığı'nın yayımladığı duyurular üzerinden hangi başvuruların kabul edileceğine dair içtihatların takip edilmesi¹⁰², başvuru ve tebligat ücretlerinin ödenmesi ile bu ödemelerin belgelenmesi¹⁰³ gibi şartlar da süreci zorlaştırmaktadır. Öte yandan, tebligatların başvuruca yalnızca e-posta yoluyla yapılması¹⁰⁴, sigorta poliçesinde dain-i mürtehin varsa ondan muvafakat alınması zorunluluğu¹⁰⁵, temini güç bazı belgelerin ibrazı¹⁰⁶, başvuruların çoğunun belirsiz alacak türünde olması nedeniyle bilirkişi raporu sonrası talep edilen tutarın artırılma gerekliliği¹⁰⁷, ara kararlarla verilen sürenin ve bilirkişi raporuna itiraz süresinin medeni yargıya kıyasla daha kısa olması¹⁰⁸ gibi unsurlar, sürecin karmaşıklığını artırmaktadır. Tüm bu nedenlerle, avukat yardımı olmaksızın sürecin doğru şekilde yürütülmesi güçleşmekte ve hakemlerin resen araştırma yükümlülüğünün de bulunmaması¹⁰⁹, hak kaybı riskini ciddi şekilde artırmaktadır.

Yukarıda bahsedilen hususlar, sigorta tahkim yargılamalarının, vekil aracılığıyla başvuru yapmayan başvuruçular açısından oldukça karmaşık olduğunu ispatlar niteliktedir. İşlemlerin karmaşıklığı unsuru, AİHM tarafından devletin kişilere hukuki yardım sağlaması gerekliliğinin değerlendirilmesinde bir kriter olarak ele alınmaktadır¹¹⁰. Dolayısıyla işlemlerin karmaşık olması nedeniyle sigorta tahkim yargılamalarında avukat temini noktasında başvuruçuların adli yardım müessesesinden faydalandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

2. Zayıf Tarafı Koruma İlkesi

Sigorta ettiren ile sigorta şirketleri arasında *bilgi tahsisinde asimetri sebebi* ile sigorta ettiren zayıf konumdadır¹¹¹. Nitekim SK m. 1/1'de de belirtildiği üzere bu Kanun'la sigortalının korunması amaçlanmıştır¹¹². Birey olarak sigortalının korunması, sigorta endüstrisinin gelişmesini de sağlar¹¹³. Bu korumanın gerçekleştirme yollarından biri de sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişilere etkin bir yargı mekanizması sunmaktır. Bu doğrultuda kurulan sigorta tahkimin amacı, bu kişilerin mağduriyetinin önlenmesidir¹¹⁴. Adalete erişim hakkı, sosyal devlet olmanın gereklerinden olan zayıf kişilerin hakkına ulaşabilmesini temin ettiğine¹¹⁵ ve sigorta tahkimin var oluş amaçlarından birinin de zayıf olanı koruma olduğuna göre başvuruçuların sigorta tahkim yargılamalarında, adalete erişim hakkının temininde önemli rol oynayan adli yardım müessesesinden faydalanabilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Komisyonu başvuru için yeterlidir". Öte yandan başvuru tarafından sigorta şirketine yapılan işbu dava şartı niteliğindeki başvuru sırasında ibraz edilen belgelerde eksiklik olması halinde dava şartının yerine getirilmemiş sayılması, dolayısıyla başvurunun usulden reddedilmesi ihtimali doğmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. PARLAK, s. 330.

¹⁰¹ SK m. 30/1.

¹⁰² ÇAKAN, s. 97.

¹⁰³ KAYIHAN / SELANİK, s. 99.

¹⁰⁴ PARLAK, s. 153. Tahkim yargılamasının esnek olması nedeniyle bildirimlerin posta, faks veya internet ortamında yapılabileceği hakkında bkz. KAYIHAN / SELANİK, s. 130.

¹⁰⁵ PARLAK, s. 205.

¹⁰⁶ Örneğin maluliyet raporu, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan temin edilecek bazı belgeler. Uygulamada bu belgelerin ibraz edilmemesi halinde usulden ret kararları verilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. KAYIHAN / SELANİK, s. 121. Ayrıca örnek karar için bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu, T. 24.12.2024, K. 2024/625200.

¹⁰⁷ KAYIHAN / SELANİK, s. 322; PARLAK, s. 254-255.

¹⁰⁸ PARLAK, s. 249.

¹⁰⁹ PARLAK, s. 206-207.

¹¹⁰ EKİNCİ, Ahmet: "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3, s. 840. Aynı yönde AİHM kararının ilgili paragrafı için bkz. AİHM, *Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, T. 15.05.2005, § 64 (HUDOC).

¹¹¹ KAYIHAN / SELANİK, s. 334-335.

¹¹² ARAL, İrem: *Türk Hukuku ve AB Direktiflerinde Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Denetimi*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 15; YEŞİLOVA ARAS / YEŞİLOVA, s. 297.

¹¹³ ARAL, s. 8.

¹¹⁴ PARLAK, s. 70.

¹¹⁵ ÖZBEK, 2006, s. 913.

¹¹⁶ Adli yardım kurumunun kabul edilmesinin sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin bkz. KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 148; YILMAZ, *Yargılama Giderleri*, s. 209; AKYOL ASLAN, s. 83.

3. Hasar Danışmanlık Şirketlerinin Olumsuz Etkilerinin Giderilmesi

Hasar danışmanlık şirketleri olarak bilinen, ancak hukuki bir temeli bulunmayan bazı organizasyonlar, trafik kazalarına karışan kişilere veya yakınlarına kazadan sonra ulaşmaktadır. Bu iletişim, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Bu şirketler, kazaya taraf kişilere tazminatlarını kısa sürede sigorta şirketlerinden alabileceklerini, bu süreçte herhangi bir masraf ya da avukatlık ücreti talep etmeyeceklerini iddia ederek, yargılama sürecini yürütmektedir¹¹⁷. Öte yandan bu organizasyonlar yargılamanın sona ermesinden sonra ise kazazedenin veya yakınının alacağı tazminattan masraf ve hizmet bedeli adı altında fahiş kesintiler yaparak haksız kazanç sağlamaktadır. Sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayacak olan kişinin bu tür şirketlerin yapmış olduğu fahiş kesintiler nedeniyle hak ettiğinden daha az tazminat elde etmesi Sigorta Tahkim Komisyonu'nun kuruluş gerekçelerine aykırılık teşkil edecektir¹¹⁸.

Sigorta tahkim yargılamalarında başvurucuya sunulmasının gerekliliğinden bahsettiğimiz adli yardımın kapsamı sadece yargılama giderlerinden muafiyet değildir. Hukuki danışmanlık hizmeti ve yargılama sürecinin avukat ile yürütülmesini sağlamak da bu kapsamdadır. Avukatlık Kanunu'na aykırı şekilde faaliyet göstererek hem avukatların hem de vatandaşların mağduriyetine yol açan eylemlerin önlenmesinin bu sürecin sigorta tahkim yargılaması konusunda eğitim almış avukatlardan faydalanılmasının teşviki ile mümkün olduğu kanaatindeyiz. Avukatlık Kanunu m. 178 gereğince kişi, avukat temini için doğrudan baroya başvurabilir. Ancak hasar danışmanlık şirketlerinin devreye girmesinden önce kişiye avukat temin edilmesi, bu konuda yaşanacak olumsuzlukları engelleyecektir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişinin adli yardımdan faydalanma sürecinin rizikonun gerçekleştiği an veya kısa süre sonra başlaması, adli yardım sisteminin bu aşamada otomatik olarak devreye girmesi hasar danışmanlık şirketlerinin veya diğer hukuk dışı oluşumların bu kişiye ulaşabilmesinin önüne geçecektir.

4. Adil Yargılanma Hakkını Dava Yoluna Göre Daha Çok Temin Etmesi

Çalışmamızın önceki kısımlarında da değinildiği üzere, sigorta tahkim yargılamalarının; yargılama süresi, maliyet ve etkili başvuru yolu olması bakımından mahkemelerde yapılan yargılamalara göre, adil yargılanma hakkını daha çok temin ettiği söylenebilir. Çalışmamızın bu kısmında istatistiki veriler ve maliyet hesabı bakımından bu husus daha detaylı olarak irdelenecektir.

a. Sürecin Daha Kısa Sürmesi

Tarafların haklarını ve yetkilerini herkesçe uygun olarak nitelendirilebilen bir sürede kullanabilmesi amacıyla yargı organlarının bu süre içinde taraflara haklarını teslim etme yükümlülüğü tarafların sahip olduğu makul sürede yargılanma hakkı olarak tanımlanmaktadır¹¹⁹. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın makul sürede tamamlanmasını da gerektirir¹²⁰. Adil yargılanma hakkı, bireyler tarafından talep edilebilir bir hak olduğuna göre makul sürede yargılanma hakkı da bireyler tarafından talep edilebilir. Olayın özellikleri ve davanın karmaşıklığının yargılamanın sürmesi gereken makul sürenin hesabında önem arz ettiği¹²¹ göz önüne alındığında, uzmanlık gerektiren konularda mahkemeye göre daha hızlı ve doyurucu sonuç elde edilmesini sağlayan¹²² tahkim, devletin vatandaşa etkili başvuru

¹¹⁷ <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/hukuka-aykiri-faaliyetlerde-bulunan-hasar-danismanlik-sirketleri-ile-mucadelemiz-devam-ediyor-85483>; https://d.barobirlik.org.tr/2024/20241125_ek.pdf (ET: 05.05.2025).

¹¹⁸ Nitekim SK m. 30'un gerekçesinde sigortalıların bazı uyumsuzluklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmalarının sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsan bir faktör olduğu belirtilmiştir.

¹¹⁹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 152; TANRIVER, *Cilt I*, s. 459; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 200.

¹²⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 199; TANRIVER, *Cilt I*, s. 457; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 151; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 360-361; BUDAK / KARAASLAN, s. 76.

¹²¹ AKBULUT, *Adil Yargılanma*, s. 184; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 921; BUDAK / KARAASLAN, s. 87; TANRIVER, *Cilt I*, s. 460.

¹²² KORAL, s. 1038-1039, TANRIVER, *Cilt II*, s. 356; KAYIHAN / SELANİK, s. 70. Tahkimin olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 617-618.

yolu gösterme yükümlülüğü kapsamında önemli bir yöntem olarak görünmektedir. 1982 Anayasası m. 141/4¹²³ uyarınca bireylerin haklarına erişme süresinin uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, bu konuda tedbirler alınması devletin yükümlülüğü altındadır¹²⁴. Dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkını sağlayan sigorta tahkim yargılamasına başvuruların önünde engel teşkil edebilecek adli yardım müessesesinin yokluğu meselesinin çözümü de devletin yükümlülüğündedir.

Sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile sigorta şirketi arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün sadece adli yargı mercilerine bırakılması; yargılama sürecinin uzun sürmesine¹²⁵ ve bu nedenle sigortalıların mağduriyetine neden olmakla birlikte bu olumsuzluklar sigortanın var olma amacına uygun değildir¹²⁶. Dolayısıyla sigorta tahkimin kuruluşuyla sigortalıların mağduriyetinin giderilmesi amaçlanmıştır¹²⁷. Nitekim SK m. 30/16 ve 30/12’de uyuşmazlık hakemlerinin karar verme süresi görevlendirilmelerinden itibaren en geç 4 ay; itiraz hakemlerinin karar verme süresi ise 2 ay ile sınırlandırılmıştır.

Sigorta Tahkim Komisyonu’na 2024 yılında yapılan başvuru sayısı, faaliyet raporunda, 2023 yılına kıyasla %9,21 yükselerek 615.303 olarak açıklanmıştır¹²⁸. Öte yandan anılan raporda uyuşmazlıkların çözüm süresi ortalama 89 gün olarak belirtilmiştir¹²⁹. Asliye hukuk mahkemelerinin aynı yıldaki ortalama dava sonuçlandırma süresinin 330 gün¹³⁰ olduğu düşünülünce sigorta tahkim müessesesinin makul sürede yargılanma hakkına etkisi, başvuruçunun mahkemelere başvurmayarak mahkemelerin iş yükünü azaltması nedeniyle oldukça olumludur.

b. Uzmanlık Barındırdığı İçin Daha Tatmin Edici Olması

Sigorta tahkim sisteminin tarafsızlığını ve sigorta hukuku alanında ihtisaslaştırıldığını temin edecek nitelikte olması amacıyla¹³¹ belirlenen sigorta hakemi olabilme kriterleri, SK m. 30/8’de belirtilmiştir. Buna göre, sigorta uyuşmazlık hakemlerinde, mali güç haricinde sigorta ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşıması, en az dört yıllık yüksek okul mezunu olması ve sigorta hukukunda kesintisiz en az beş yıl veya sigortacılıkta kesintisiz¹³² en az on yıl tecrübesinin olması şartları aranmaktadır¹³³. Öte yandan sigorta hakemleri taraflarca seçilmediğinden hakemler dosya konusu bakımından hayat ve hayat dışı sigorta grubuna göre sınıflandırıldıktan sonra sıra usulüne göre atanır¹³⁴. Bu usul ile atanan hakemin uzmanlık alanı, uyuşmazlık bakımından uygun değilse sıradaki uzmanlık alanı uyuşmazlığı çözebilmeye elverişli olan ilk hakem atanır¹³⁵. Dolayısıyla Türk hukukunda sigorta

¹²³ “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

¹²⁴ EREN, s. 1053; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 478; KALABALIK, s. 538.

¹²⁵ Medeni yargılamada trafik kazasından kaynaklanan tazminat davalarının kesinleşme süresinin istinaf ve temyiz aşaması dahil olmak üzere ortalama 6 ila 8 yıl arasında sürmesinin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açtığı görüşü için bkz. ÖZDEMİR, Genççer: “Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar”, (Ed.) TUZCUOĞLU, Tuğçe / CİHAN, A. Hulki: *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 49.

¹²⁶ SK m. 30’un gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki uyuşmazlıklar adli yargı mekanizmalarıyla çözümlenmektedir. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması, sigortalıların mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, sigortalılar, bazı uyuşmazlıklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu durum, sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.” Aynı yönde bkz. KAYIHAN / SELANİK, s. 70.

¹²⁷ Parlak, s. 70.

¹²⁸ Sigorta Tahkim Komisyonu 2024 Yılı Faaliyet Raporu (https://www.sigortatahkim.org/content/CmsFiles/FaaliyetRaporu_2024%20Web.pdf, ET: 08.05.2025), s. 22.

¹²⁹ Sigorta Tahkim Komisyonu 2024 Yılı Faaliyet Raporu, s. 39.

¹³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2024 Adalet İstatistikleri (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7042025092455Adalet_Istatistikleri_2024%20Türkçe_İngilizce.pdf, ET: 20.05.2025), s. 25.

¹³¹ PARLAK, s. 171.

¹³² Sigorta Tahkime İlişkin Yönetmelik m. 13/3.

¹³³ Şartlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. PARLAK, s. 171-177.

¹³⁴ STİY m. 16/8.

¹³⁵ STİY m. 16/8.

tahkim sistemi hem hakemlerde aranan şartlar bakımından hem de uyuşmazlığı çözmeye elverişli uzmanlık alanına sahip kimselerin hakem olarak atanması usulü bakımından, uyuşmazlıkların uzman eliyle hızlı şekilde çözümlenmesini sağlamaktadır¹³⁶.

Gerekçeli karar hakkı, taraflara, yaptıkları açıklamaların, öne sürdükleri iddiaların ve sundukları delillerin yargı mercileri tarafından eksiksiz ve gerçek¹³⁷ anlamda değerlendirilmesini, bu değerlendirmelerin gerekçede de yer almasını ve bu sayede hukuki tatmini sağlayıcı gerekçeli karara erişmelerini temin eder¹³⁸. Yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alındığında sigorta tahkim yargılamalarında gerekçeli karar hakkını başvurucaya temin edebilmesi medeni yargıya göre daha kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla devletin etkili başvuru hakkını temin etmek konusunda pozitif yükümlülüğü tahkime usul yönünden anlaşılır ve erişilebilir bir başvuru yolunun tesisi¹³⁹ ve tahkimde adli yardım müessesesinin uygulanabilmesi hususunda somut kurallar ihdas etmesi olarak karşımıza çıktığından¹⁴⁰, bu kuralların ihdas edilmesi gerekliliktir.

c. Maliyetinin Dava Yoluna Göre Daha Az Olması

SK m. 30'un gerekçesinde de belirtildiği üzere sigorta tahkim yargılamalarındaki maliyet, mahkeme yolunda gidilmesi halinde karşılaşılabilecek olan maliyete göre daha azdır¹⁴¹. Örneğin, uyuşmazlık konusunun değeri 300.000,00 Türk lirası (TL) olan bir talep bakımından sigorta tahkim yargılamasına başvurulması halinde başvuru ücreti uyuşmazlık tutarının %1,5'u üzerinden hesaplanacağından 4.500,00 TL, tebligat ücreti 240,00 TL olmak üzere başvuru aşamasında maliyet 4.740,00 TL; mahkemeye başvurulması halinde 615,40 TL başvurma harcı, 5.123,25 TL peşin harç, 2.500,00 TL gider avansı olmak üzere başvuru aşamasında toplam maliyet 8.238,65 TL olacaktır¹⁴². Bu nedenle basit ve süratli hukuki çözümün tesis edilmesi, sigortanın var olma amacıyla örtüştüğünden¹⁴³ hak arama hürriyetine olumlu etkisi bulunan sigorta tahkim yargılamalarının özendirilmesi için adli yardım müessesesinin sisteme dahil olmasını gerekli görmekteyiz. Öte yandan belirtmek gerekir ki, her ne kadar Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru ücreti, mahkemeye kıyasla daha az olsa da bu ücreti oldukça az olarak değerlendirmek ve bu nedenle adli yardımın gerekli olmadığını ileri sürmek doğru olmayacaktır.

B. Sigorta Tahkim Komisyonu Başvurularında Adli Yardımın Uygulanması

Sigorta Tahkim Komisyonu, mahkemeye benzer yargılama işlevi daha ağır basan, istisnai yargı yolu ve ihtiyari tahkim türüdür¹⁴⁴. Avukatlık Kanunu uyarınca bu yola başvuru konusunda başvurucaya avukat temin edilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁴⁵. Dolayısıyla kişiler, baroya başvuru yaparak avukat temini konusunda adli yardımdan faydalanabilirler. Ancak Avukatlık Kanunu uyarınca sağlanan adli yardımın avukat temini dışındaki masrafları kapsamına almaması ve baro tarafından görevlendirilen avukatın ücretinin Hazine'ye kıyasla çok daha sınırlı olan Türkiye Barolar Birliği adli yardım fonundan karşılanması, HMK hükümlerince sağlanan adli yardıma göre adil yargılanma hak-

¹³⁶ PARLAK, s. 172.

¹³⁷ BUDAK / KARAASLAN, s. 77.

¹³⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 203; TANRIVER, *Cilt I*, s. 453; ERMENEK, s. 41.

¹³⁹ Nitekim, hak ihlaline maruz kaldığına inanan bir kişinin bu ihlale karşı daha etkili ve hızlı bir sonuç alabileceği başvuru yolunu bilmesi, sahip olduğu başvuru imkânının fiilen anlamını yitirmesine neden olacaktır. Bkz. AKBULUT, 2009, s. 4.

¹⁴⁰ Devletin etkili başvuru hakkının temini yönünden daha genel bir bakış açısı için bkz. AKBULUT, 2009, s. 3-4.

¹⁴¹ Örneğin STİY m. 16/13 uyarınca her iki taraf için de geçerli olmak üzere, tarafların avukat ile temsili halinde yargılama sonunda taraflar aleyhine hükmedilecek vekalet ücreti, asliye mahkemelerinde görülen işlere kıyasla 4/5 daha azdır. Bu hükmün yargılama giderleri arasında, çoğu kez en büyük oranı teşkil eden karşı vekalet ücreti konusunda sigorta tahkim yargılamasına başvuranlar bakımından büyük avantaj olduğu hakkında bkz. YEŞİLOVA ARAS / YEŞİLOVA, s. 351.

¹⁴² Mahkemeye başvurulması halinde maliyet hesabı UYAP üzerinden yapılmıştır.

¹⁴³ YEŞİLOVA ARAS / YEŞİLOVA, s. 278.

¹⁴⁴ Yukarıda bkz. III.A. "Sigorta Tahkim Komisyonu Başvurularında Adli Yardımın Gerekliliği".

¹⁴⁵ KILINÇ, *Adli Yardım*, s. 186; ÇAKIN, s. 225.

kının temini konusunda çok daha yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla çalışmamızın önceki kısımlarında belirtmiş olduğumuz gerekçelere dayalı olarak HMK hükümleri uyarınca da mahkemeler tarafından başvuruca adli yardım sağlanmasına yönelik karar verilebileceği kanaatindeyiz.

Hasar danışmanlık şirketleri olarak bilinen organizasyonların yaratmış olduğu olumsuz etkinin giderilmesi bakımından ise bu organizasyona mensup kişilerin sürece dahil olmasından önce, bir başka deyişle rizikonun gerçekleştiği anda veya kısa bir süre sonra, kişiye otomatik olarak avukat temin edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun için sigorta şirketlerine yapılan hasar ihbarının veya trafik polislerinin ve kişilerin tutmuş olduğu kaza tutanaklarının otomatik olarak barolara yönlendirilmesiyle adli yardım sürecinin başlatılması yeterli olacaktır. Ancak bu durumun mümkün olabilmesi için yasal düzenleme yapılması gerekecektir.

SONUÇ

Adli yardım hizmetinin ekonomik ve hukuki bilgi bakımından korunmaya muhtaç kimselere sunulması, devletin adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti ana başlıkları altında pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bu sayede bireyler adalet önündeki engelleri aşarak adalete erişebilir ve hukuki dinlenilme hakkı bakımından kendisini karşı taraf ile eşit bir şekilde ifade edebilir. Öte yandan hukuki bilgi yetersizliği avukat temini veya hukuki danışmanlık hizmetiyle; ekonomik yetersizliği yargılama giderlerinden geçici muafiyet ile giderme imkânı yaratan adli yardımın uyuşmazlık çözüm yolları bakımından hangilerini kapsadığı hususu önemlidir.

Türk hukukunda mahkeme tarafından yapılan yargılamalar ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuk, adli yardımın kapsamındadır. Ancak tahkim yargılamalarında adli yardımın uygulanabileceğine veya uygulanamayacağına ilişkin yasal düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce kanun koyucu bu meseleyi, tahkim türlerinin oldukça çeşitlilik göstermesini ve her tahkim türünün hem taraflar hem de uyuşmazlık konusu bakımından farklı özelliklere sahip olmasını göz önünde bulundurarak bilinçli olarak düzenlememiştir. Böylece, dinamik yapısı ve artan çeşitliliğiyle öne çıkan tahkim yargılamalarının her türü açısından adli yardımı mümkün kılmanın doğurabileceği zararlar önlenmiş; aynı zamanda, tahkim yargılamalarında adli yardım hükümlerinin uygulanmayacağına dair açık bir düzenlemeye yer verilmemesi sayesinde, taraflar arasındaki hukuki bilgi ve ekonomik güç dengesizliği göz ardı edilmemiş ve korunması gereken tarafların mevcut olduğu tahkim yargılamalarında bu kimselerin adli yardımdan mahrum bırakılmasının önüne geçilmiştir.

Sigorta tahkim yargılamalarında zayıf olanı koruma ilkesi geçerlidir. Başvuru ve yargılama sürecinin karmaşıklığı, hasar danışmanlık şirketlerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle bireylerin mağduriyet yaşaması, bu yargılamaları daha hassas hale getirmektedir. Ayrıca, sigorta tahkim yargılamaları mahkemelere kıyasla adil yargılanma hakkının korunmasında daha aktif bir rol üstlenmektedir. Sigorta tahkim yargılamaları, kanun tarafından adli yardım hükümleri dışlanmadığı için adli yardıma elverişlidir. Bu nedenlerle, şartların varlığı halinde sigorta tahkim yargılamalarında da başvuruca adli yardımdan faydalandırılabilir. Aksi düşünce, somut olayın özelliklerine göre bireyin hak arama hürriyetinin, etkili başvuru ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelecektir. Ayrıca, bu yaklaşım bireyin adalete erişimi önündeki engellerin kaldırılması konusunda devlete düşen yükümlülüklerin yerine getirilmemesine izin vermek anlamına da gelir. Öte yandan hasar danışmanlık şirketlerinin olumsuz etkilerini gidermek amacıyla, kişilerin bu organizasyonlarla temas etmeden önce, rizikonun gerçekleştiği anda ya da hemen sonrasında otomatik olarak avukat temin edilmesi faydalı olacaktır. Bu doğrultuda, sigorta şirketlerine yapılan hasar ihbarları ile trafik polisleri ve kişilerin düzenlediği kaza tutanaklarının doğrudan barolara iletilmesi, adli yardım mekanizmasının hızla harekete geçmesini sağlayacaktır. Ancak bu uygulamanın hayata geçirilebilmesi için yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBAL, Mehmet: “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Cilt 23, Sayı 93, s. 147-173.
- AKBULUT, Emre: “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Cilt 21, Sayı 89, s. 1-21 (2009).
- AKBULUT, Olgun: “Adil Yargılanma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 1, Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 175-208 (Adil Yargılanma).
- AKKAN, Mine: *Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- AKTEPE ARTIK, Sezin: *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- AKYOL ASLAN, Leyla: “Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 79-134.
- ALYANAK, Servet: *Avrupa Birliği Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- ARAL, İrem: *Türk Hukuku ve AB Direktiflerinde Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Denetimi*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ATALAY, Esra: “Yargısal Temel Haklar”, *Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 437-455.
- ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- AYDIN, Muammer: “Adli Yardım Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2007, Cilt 29, Sayı 5, s. 2117-2125.
- BAHAR, Esra: *Adil Yargılanma Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Analizi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- BAKIRCI, Kadriye: “Kadınların Şekli ve Maddi Adalet Erişiminde Sosyal ve Ekonomik Hak Olarak Adli Yardım Hakkı”, *Mülkiye Dergisi*, 2023, Cilt 47, Sayı 1, s. 288-324.
- BERKİN, Necmeddin: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- BİLGE, Necip: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- ÇAKAN, Oya: *Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÇAKIN, Akın: *Adalet Erişim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÇELİK, Özlem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 1, s. 285-327.
- DEMİRCİOĞLU, Yaşar: *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- EGELİĞİ, Ömer Emrullah: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- EKİNCİ, Ahmet: “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3, s. 821-848.
- EKŞİ, Nuray: *Türkiye’de Kurumsal Tahkim*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- ERCAN, İbrahim: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat ile Temsil Zorunluluğu”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 3, s. 1275-1300.
- EREN, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar: Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ERMENEK, İbrahim: “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması”, (Ed.) BOZKURT GÜMRÜKÇÜ-OĞLU, Yeliz / BUDAK, Ali Cem / YEŞİLIRMAK, Ali / KIRATLI, Metin / MANAV ÖZDEMİR, A. Eda: *Tahkimde Güncel Sorunlar (I-IV)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 33-52.
- GÖREN ÜLKÜ, Nazlı: “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 309-325.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet *Medeni Usul Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 23. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÜLERSOY, Emine Burcu: *Türk İdare Hukukunda Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- GÜVENALP, Ferda Nur: “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı”, (Ed.) AKINCI, Ziya / EKMEN, Yasin: *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 103-132.
- KABAKCIOĞLU, Hüsnü Mehmet: “Muzahareti Adliye”, *Adliye Ceridesi*, 1942, Cilt 33, Sayı 4, s. 377-388.
- KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem: *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- KILINÇ, Ayşe: “Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 2011, Cilt 3, Sayı 1, s. 1-10 (İnsan Hakkı).
- KILINÇ, Ayşe: *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Adli Yardım).
- KORAL, Rabi: “İç Hukukumuzda Tahkim”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 1947, Cilt 13, Sayı 3, s. 1038-1081.
- KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- ÖZBAY, İbrahim / KORUCU, Yavuz: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Sosyal Devletin Gereği Adalete Erişim”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 2, Sayı 4, s. 907-929 (2006).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler”, *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012, s. 490-521.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 2, s. 831-855.
- ÖZDEMİR, Genç: “Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar”, (Ed.) TUZCUOĞLU, Tuğçe / CİHAN, A. Hulki: *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 9-16.
- ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- PARLAK, Fatma Tülay: *Sigorta Tahkim Yargılaması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- SAAT, Dursun: “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2453-2471.

- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: *AIHS ve AIHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ŞEKER, Hilmi: *Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Süreç Adaleti: Usul Hukuk ve İstinaf Yorumu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- TANRIKULU, M. Sezgin: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Cilt 17, Sayı 53, s. 191-215 (Adil Yargılanma).
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024 (Cilt I).
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku Cilt II*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Cilt II).
- TAŞKIN, Alim: “Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alma Zamanı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, Cilt 11, Sayı 3, s. 831-854.
- ULAŞ, Işıl: “Sigortacılıkta Tahkim”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2, s. 239-264.
- YAŞAR, Tuğçe Nimet: “Sigorta Hukukunda Tahkim”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 36, s. 211-240.
- YAZICIOĞLU, İsmail / UÇAR, Gamze Nur: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcının Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 11, Sayı 1, s. 267-288.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan: “Sigortacılık Tahkimi: Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdecici Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 275-379.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Cilt 21, Sayı 86, s. 47-101.
- YILMAZ, Ejder: “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, Sayı 2, s. 200-224 (Yargılama Giderleri).
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- YILMAZTEKİN, Ahmet Ertan: “Hukuk Muhakemesinde Adli Yardım”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, Cilt 36, Sayı 170, s. 173-222.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Toplu Sınır Dışı Etme Yasağı ve Yasağın Türk Hukukundaki Durumu^(*)



The Prohibition of Collective Expulsion in European Court of Human Rights Judgments and the Status of the Prohibition in Turkish Law

Bahar KÜPE



Doktor Öğretim Üyesi

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 No.lu Protokol, Toplu Sınır Dışı Yasağı, Geri Gönderme Yasağı, Ülkesel Egemenlik, Suçlayıcı Davranış Testi.

Öz

Bu çalışma toplu sınır dışı etme yasağını tanıtmakta ve çalışmanın çerçevesini toplu sınır etme yasağı oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta önemli bir ilke olan toplu sınır dışı etme yasağı çok yönlü bir biçimde ele alınmaktadır. İlk olarak, toplu sınır dışı etme kavramı tanımlanarak, bu yasağın bireylerin haklarının korunması açısından taşıdığı önem vurgulanmaktadır. Ardından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol başta olmak üzere, toplu sınır dışı etme yasağını içeren diğer uluslararası düzenlemeler incelenmektedir. Devletlerin ülkesel egemenliği ile bu yasağın çatışma potansiyeli, egemenlik yetkisinin sınırları bağlamında tartışılmakta; toplu sınır dışı etme yasağı ile geri gönderme yasağı arasındaki farklar ve benzerlikler değerlendirilerek bu iki ilkenin uygulamadaki yansımaları ortaya koyulmaktadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin emsal niteliğindeki güncel kararları doğrultusunda, söz konusu yasağın kapsamı ve sınırları somut örneklerle açıklanmaktadır. Son olarak, Türk hukukunda toplu sınır dışı etme yasağına açıkça yer verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan hukuki boşluk ve bunun yaratabileceği insan hakları ihlalleri ele alınmaktadır.

Keywords

Protocol No 4 to the European Convention on Human Rights, Prohibition of Collective Expulsion, Non-Refoulement, Territorial Sovereignty, Culpable Conduct Test.

Abstract

This study introduces the prohibition of collective expulsion and the framework of the study is the prohibition of collective expulsion. The prohibition of collective expulsion, a fundamental principle of international law, is examined from multiple perspectives. Firstly, the concept of collective expulsion is defined, and the significance of its prohibition in safeguarding individual rights is emphasized. Subsequently, international legal instruments that prohibit collective expulsion- primarily Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights- are examined. The potential conflict between states' territorial sovereignty and the prohibition of collective expulsion is discussed in the context of the limits of sovereign authority; differences and similarities between the prohibition of collective expulsion and the non-refoulement principle are evaluated, and the practical implications of both principles are analyzed. Furthermore, in accordance with the recent landmark judgments of the European Court of Human Rights on the matter, the scope and limitations of the prohibition are illustrated through concrete examples. Finally, the legal gap resulting from the absence of an explicit prohibition of collective expulsion in Turkish law is addressed, along with the potential human rights violations this omission may entail.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 07.05.2025, Kabul Tarihi: 21.07.2025.



GİRİŞ

“İnsanlık tarihi boyunca kişiler korunma, daha elverişli bir yaşam ve yeni arayışlarıyla vatanlarını terk etmişlerdir [...]. Uluslararası göçün bazı yönleri ciddi insani, mali, lojistik, demografik ve hatta güvenlik sorunlarına yol açsa da bu olgu bir bütün olarak, ne askeri savunma gerektiren bir tehdit ne de yürürlükteki normatif çerçeveden ayrılmayı haklı gösteren küresel bir olağanüstü hâldir; bu insan hakları ve hukukun üstünlüğüne tam uyum içinde ele alınması gereken, uzun süredir devam eden küresel bir yönetim sorunudur”¹.

Birleşmiş Milletler Göç Örgütü’nün yaptığı bu açıklama, Dünya toplumunun, küresel nüfusun %3,6’sını temsil eden 281 milyon göçmen meselesine nasıl yaklaşılması gerektiği sorusunu, günümüzün en acil sorunlarından biri haline getirmektedir².

İnsanların sınır ötesi hareketlerini düzenleyen en önemli uluslararası anlaşma, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Cenevre Sözleşmesi)³ ve Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Protokolü’dür⁴. Hâlihazırda 149 devlet bu anlaşmalardan en az birine taraftır⁵. 1951 Cenevre Sözleşmesi, bir kişinin hayatının veya refahının risk altında olacağı bir yere geri gönderilmesinin yasaklanması şeklinde ifade edilen geri göndermeme ilkesini, mültecinin tanımını ve bir ülkede yasal olarak ikamet eden mültecilerin bir devletin topraklarından keyfi biçimde sınır dışı edilmesinin yasaklanması gibi mülteci korumasının temel ilkelerini içermektedir. Bu güvencelerin kişi bakımından uygulama alanı; ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü veya belirli bir sosyal gruba üyeliği ile bağlantılı zulüm nedeniyle menşe ülkesinin dışında bulunan kişilerle, dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin mülteci tanımı ile sınırlıdır. Dolayısıyla bu tanım; ülke içinde yerinden edilmiş kişileri, ekonomik göçmenleri, iklim mültecilerini; savaştan, çete şiddetinden veya zorluklardan kaçan herkesi kapsamaz.

Göçmenlere yönelik bu koruma boşluğu, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin kabulünden sonra uzun yıllar boyunca ele alınmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶ (AİHS), göçmenlerin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermezken, Avrupa ikamet Sözleşmesi⁷, yabancıların sınır dışı edilmesi konusunu bölgesel düzeyde ele alan ilk sözleşme olmuş ancak bu sefer de korumanın kapsamı diğer üye devletlerin vatandaşlarıyla sınırlı kalmıştır⁸.

Göçmenlerin hakları ancak 1963 yılında, AİHS’ne Ek 4 No.lu Protokol’ün (4 No.lu Protokol)⁹ hazırlanmasıyla dikkat çekmeye başlamış ve 4 No.lu Protokol, toplu sınır dışı edilme meselesini ele alan ilk uluslararası antlaşma olmuştur¹⁰.

¹ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmaya İlişkin Özel Raporünün 26 Şubat - 23 Mart 2018 tarihli Raporu, para. 6 (https://documents.un.org/symbol-explorer?s=A/HRC/37/50&i=A/HRC/37/50_1841470, ET: 16.02.2025).

² <https://worldmigrationreport.iom.int/> (ET: 16.02.2025).

³ Türkiye, Sözleşme’yi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamıştır. 29 Ağustos 1961 tarihli ve 359 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu ile Sözleşme’nin resmî Türkçe çevirisi, 5 Eylül 1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴ Türkiye’nin Protokol’ü onaylaması, 1 Temmuz 1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu kararı 5 Ağustos 1968 tarihli ve 12968 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Ayrıca, 25 Eylül 1968 tarih ve 6/10733 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, Protokol’ün Türkiye bakımından 31 Temmuz 1968 tarihinden itibaren geçerli olmasına karar verilmiştir.

⁵ <https://rimap.unhcr.org/refugee-treaty-legislation-dashboard> (ET: 03.05.2025).

⁶ Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁷ Türkiye Sözleşme’yi 13 Aralık 1955 tarihinde imzalamıştır. 12 Nisan 1989 tarihli ve 3527 sayılı Onay Kanunu, 17 Eylül 1989 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸ RIEMER, Lena: “The Prohibition of Collective Expulsion in Public International Law”, *Inaugural-Dissertation*, Freien Universität Berlin, 2020, s. 2.

⁹ 4 No.lu Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde imzaya açılmış ve 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 4 Numaralı Protokol’ü 19 Ekim 1992 tarihinde imzalamıştır. 26 Şubat 1994 tarih ve 21861 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 9 Haziran 1994 tarih ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Protokol’ün resmî Türkçe çevirisi, 14 Temmuz 1994 ta-

Toplu sınır dışı etme (*mass expulsion/collective expulsion*), bir ülkenin yabancıları kitlesel olarak sınır dışı etme uygulamasıdır. Toplu sınır dışı etme şeklinde yorumlanabilecek türde eylemler hem ulusal egemenlik hem de insan hakları açısından önemli tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Özellikle son yıllarda, kitlesel akınların artmasıyla birlikte toplu sınır dışı etme uygulamaları çeşitli ülkelerde gündeme gelmiştir. Bu uygulamalar sadece sosyal ve etik boyutuyla değil, hukuki boyutuyla da ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde agresif göç uygulamalarının ve toplu sınır dışı etme uygulamalarının seçim planı olarak sunulmasının¹¹, Almanya'da tersine göç planı toplantılarının yapılmasının¹² ve Türkiye'de son dönemlerde siyasetçilerin Suriye'den ve Afganistan'dan gelenleri bir senelik süre içinde, uluslararası koşulları oluşturarak gönderme vaadinde bulunmasının¹³, toplu sınır dışı etme işlemi olup olmayacağı ve neticede bu tür işlemlere maruz kalan kişilere uluslararası bir korumanın gerekip gerekmeyeceği, konuyu gündemde tutmaktadır. O halde toplu sınır dışı etmenin hukuki şartları mevcut mu veya hangi koşullar oluşursa geri dönüşler, toplu sınır dışı olmayacaktır bunun tespit edilmesi gerekmektedir.

I. TOPLU SINIR DIŞI ETME KAVRAMI VE TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞI

Toplu sınır dışı etme, bir ülkenin belirli bir grubu, bireysel durumlarını incelemeyen ve kişisel hukuki süreç değerlendirmesi yapmadan topluca veya kitlesel şekilde¹⁴ sınır dışı etmesi anlamına gelmektedir.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi için yabancıların uluslararası koruma başvurusu bireysel olarak değerlendirilmelidir¹⁵ ancak işlem, kişilerin durumu ayrı ayrı değerlendirilmeden ve kişisel haklarına saygı gösterilmeden yapılırsa bu, toplu sınır dışı etme olarak değerlendirilebilir. Toplu sınır dışı işleminin anlamı konusunda tartışmalar olmakla birlikte, yabancıları bir grup olarak ülkeyi terke zorlayan herhangi bir işlemin, toplu sınır dışı olarak niteleneceği ifade edilmektedir¹⁶. Bunun aksine sınır dışı etme işlemi sırasında, her bir yabancıнын durumu, işlemin her aşamasında makul ve nesnel bir şekilde ayrı ayrı incelenirse, bu durum işlemin toplu sınır dışı olarak kabul edilmesini engelleyebilir¹⁷.

Tüm yabancıların, düzensiz göçmenler de dâhil olmak üzere toplu bir şekilde sınır dışı edilmeleri yasaktır¹⁸. Toplu sınır dışı etme yasağı, insan haklarının korunmasına yönelik çeşitli uluslararası düzenlemelerde yer almakla birlikte; yasak, sınır dışı edilen bireylerin kimliklerinden ziyade, bu işlemin nicel boyutuna yani çok sayıda kişinin aynı anda sınır dışı edilmesine odaklanan bir koruma mekanizmasıdır. Bu mekanizmada toplu sınır dışı etme yasağına, Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartının 19. maddesinin 1. paragrafında¹⁹ “*Toplu sürgün yasaktır*” hükmüyle; aynı içerikte 4 No.lu Protokolün

rih ve 21990 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Fakat onay belgeleri halen Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmemiştir. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/> (ET: 13.02.2025).

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine İlişkin Rehber için bkz. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf> (ET: 03.03.2025), s. 5.

¹¹ <https://www.nytimes.com/2024/07/17/us/trump-immigration-republicans-explained.html>; <https://www.cato.org/commentary/trump-could-do-mass-deportation-weve-done-it> (ET: 14.02.2025).

¹² <https://tr.euronews.com/2024/01/17/almanlar-afdnin-gocmenleri-toplu-halde-sinir-disi-etme-projesini-protesto-etti> (ET: 14.02.2025).

¹³ https://ankahaber.net/haber/detay/umit_ozdagdan_multeci_yorumu_tasarlanan_turkiyenin_icinde_etnik_bir_cehennemin_olusturulmasidir_47312 (ET: 14.02.2025).

¹⁴ Göç Terimleri Sözlüğü, s. 85 (https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, ET: 15.02.2025).

¹⁵ PARLAK, Türkan Melis: *Avrupa Birliği Göç Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 283.

¹⁶ ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 173.

¹⁷ ÇİÇEKLİ, s. 173.

¹⁸ PARLAK, s. 283; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Human Rights of Irregular Migrants, Report Doc.10924, 4 Mayıs 2006, para. 12.11 (<https://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xml2html-en.asp?fileid=17456>, ET: 15.02.2025).

¹⁹ https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (ET: 15.02.2025); TAŞDEMİR, Hakan / DEMİR, Hasan: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2002, Sayı 3, s. 85 vd.

4. maddesinde “Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasaktır” hükmüyle yer verilmiştir²⁰. Yabancıları sınır dışı edilmeye karşı koruyan en etkili uluslararası düzenleme, AİHS’dir. Sözleşmede, doğrudan sınır dışı etmeyi konu alan tek düzenleme ise 4 No.lu Protokol’ün yabancıları topluca sınır dışı edilmeye karşı koruyan 4. maddesidir²¹.

4 No.lu Protokol’ün düzenlendiği 1963 yılına kadar, toplu sınır dışı edilme konusunu ele alan herhangi bir uluslararası düzenleme olmamıştır²². 4 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin uygulama kapsamı ve amacı konusunda belirsizlikler bulunması nedeniyle, konuya açıklık getiren bir rapor hazırlanmıştır. Bu raporda, söz konusu maddenin esas amacının, yakın tarih boyunca sıkça tartışılan ve zaman zaman uygulanan yabancıların toplu sınır dışı edilmesi işlemini resmi olarak yasaklamak olduğu belirtilmiştir²³. Bunun yanı sıra toplu sınır dışı etme işlemlerinin yasaklanmasının başka bir amacı da devletlerin belirli sayıdaki yabancıyı, bunların bireysel koşullarını incelemeksizin ve kendilerine ilgili makam tarafından alınan tedbire karşı delillerini ileri sürme fırsatı tanımaksızın ülkeden gönderilmelerini engellemek olarak ortaya konmaktadır²⁴.

Toplu sınır dışı etme kavramına ilişkin ne AİHS’nde ne de Ek Protokollerinde herhangi bir tanım yapılmış değildir. Bu nedenle toplu sınır dışı etme kavramı, AİHM içtihadı çerçevesinde yorumlanmaktadır. AİHM kararlarında²⁵ toplu sınır dışı etme; “*grubu oluşturan yabancı bireylerden her birinin özel durumunun, makul ve nesnel olarak değerlendirilmesi neticesi karar verilmiş olması hariç olmak üzere, yetkili makamlar tarafından alınan ve yabancıları grup olarak bir ülkeden ayrılmaya zorlayan her türlü tedbir*” şeklinde tanımlanmıştır²⁶. Bir diğer deyişle, aynı ülkeden gelen çok sayıda yabancıların sığınma taleplerinin benzer ifadelerle reddi, şayet talepleri olay bazında tek tek incelemeye konu olmuşsa toplu sınır dışı olarak ifade edilemez²⁷.

AİHM’nin, yabancılardan her birine sınır dışı edilme işlemine karşı yetkili makamlara itirazlarını bireysel olarak sunma imkânının tanınması koşuluyla, bunlar hakkında benzer sınır dışı kararlarının alınmasının toplu sınır dışı olmayacağını ifade etmektedir²⁸. Alibaks vd. v. Hollanda kararında başvurular, sınır dışı işleminin toplu nitelikte olduğunu ve üzerinde başvuruların isimlerinin yer aldığı standart formdaki sınır dışı kararlarının, sadece bireyselleştirilmiş karar görüntüsü verme amacıyla hazırlandığını iddia etmiştir²⁹.

4 No.lu Protokolün 4. maddesi toplu halde sınır dışı etmeyi yasaklayarak toplu sınır dışı etmeye karşı güvence sağlarken³⁰ yabancıların bireysel bir şekilde sınır dışı edilmelerine ilişkin herhangi bir ibareye yer vermemiştir. İlgili düzenleme ile yasaklanan, bireysel değerlendirme yapmaksızın toplu değerlendirme ile birden çok yabancıların tek seferde sınır dışı edilmesidir. O halde, durumları bireysel

²⁰ CHEN, Lung-Chu: *An Introduction to Contemporary International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 229.

²¹ AKDOĞMUŞ, Celil: *Sınır Dışı Etme İşlemlerine İlişkin Türk İdare Mahkemelerince Verilen Kararların AİHM İçtihatlarına Uygunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. ii.

²² Rehber, s. 5; İNELİ CİĞER, Meltem: “An Analysis of the European Court of Human Rights Judgment in the Case of N.D. and N.T. v. Spain”, *Law & Justice Review*, 2021, Sayı 21, s. 254.

²³ Rehber, s. 5.

²⁴ Rehber, s. 5.

²⁵ AİHM, *Khlaifia ve Diğerleri*, B. No: 16483/12, T. 15.12.2016, § 237; AİHM, *Gürcistan/Rusya (I)*, B. No: 13255/07, T. 03.07.2014, § 167; AİHM, *Çonka/Belçika*, B. No: 51564/99, T. 05.05.2016, § 59; AİHM, *Sultani/Fransa*, B. No: 45223/05, T. 20.12.2007, § 81.

²⁶ SCUTO, Filippo: “Alien’s Protection against Expulsion and Prohibition of Collective Expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, (Ed.) NIHOFF, Martinus: *Aliens Before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards Protection*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, 2018, s. 9-10; DARDAĞAN KİBAR, Esra: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, Sayı 2, s. 64; AKDOĞMUŞ, s. 25

²⁷ Rehber, s. 5.

²⁸ AİHM, *Alibaks vd./Hollanda*, B. No: 14209/88, T. 16.12.1988, AİHM, *Sultani/Fransa*, § 81.

²⁹ ERGÜL, Ergin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 92.

³⁰ Rehber, s. 5.

olarak değerlendirilen, birden çok yabancının, sınır dışı edilmesine karar verildikten sonra; bu yabancının toplu bir şekilde sınır dışı edilmeleri, toplu sınır dışı etme yasağı kapsamında değildir³¹.

Toplu sınır dışı etme uygulamaları, yalnızca üçüncü ülke vatandaşlarını değil, zaman zaman Avrupa Birliği (AB) vatandaşlarını da hedef alabilmektedir. Uygulamada, bazı AB üyesi devletlerin, kendi ülke mevzuatına aykırı şekilde giriş yapan veya ikamet eden yabancılara yönelik olarak bireysel değerlendirme yapmaksızın grup halinde sınır dışı işlemleri gerçekleştirdikleri gözlemlenmektedir. Nitekim, Fransa'nın Bulgar ve Romen kökenli kişilere yönelik sınır dışı işlemleri, bireysel değerlendirmeden yoksun ve etnik kimlik temelli bir uygulama izlenimi verdiği gerekçesiyle hem Fransa'da hem de uluslararası düzeyde ciddi tartışmalara neden olmuştur³². Her ne kadar söz konusu kişiler Avrupa Birliği vatandaşı statüsünde bulunsalar da, somut olaylarda ulusal makamların bu kişilere tanınması gereken güvenceleri dikkate almadıkları ve uygulamada göz ardı ettikleri ifade edilmiştir³³. Hiç kuşkusuz, belirli bir gruba yönelik olarak benzer hatta aynı gerekçelere dayanan sınır dışı etme kararlarının varlığı hâlinde, her bir birey hakkında ayrı ve makul bir inceleme gerçekleştirilmiş olsa dahi, bu işlemlerin topluca yürütülmesi durumunda, ortada bireysel sınır dışı kararlarının toplamı mı yoksa AİHS'nin 4 No.lu Protokolü'nün 4. maddesinde açıkça yasaklanan toplu sınır dışı etme fiili mi olduğu sorusu, uygulamada belirlenmesi güç bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır³⁴. Bu hangi durumlarda seri şekilde verilen bireysel sınır dışı kararlarının, toplu sınır dışı olarak değerlendirileceği sorusunu da gündeme getirmektedir³⁵. Bu konuda iki farklı görüş olduğunu ifade etmek isteriz.

İlk görüşe göre, Hem 4 No.lu Protokol hem de AB Temel Haklar Şartındaki "toplu sınır dışı etme" ifadesi, sınır dışı etme tedbirlerinin toplu olarak uygulanması şeklinde anlaşılmalıdır³⁶. Yoksa toplu bir şekilde sınır dışı edilen yabancının sınır dışı edilme gerekçelerinin aynı olması, tek başına yasağın ihlal edildiği anlamı taşımamaktadır³⁷. Öyleyse durumları bireysel olarak değerlendirilmek ve AİHS'ne Ek 7 No.lu Protokol'ün³⁸ 1. maddesi ile öngörülen güvencelere aykırı hareket etmemek kaydı ile yabancının toplu bir şekilde ülkeden çıkışa zorlayan işlemler, toplu sınır dışı etme yasağı kapsamında değildir³⁹. Esas olan sınır dışı işleminin bireyselliğidir⁴⁰. Bu nedenle aynı eylem temel alınarak, birden fazla yabancı için sınır dışı kararı verilmesi mümkün olmakla birlikte, kararların her bir yabancının kendi koşulları göz önünde bulundurularak bireysel değerlendirilmeye alınması, gerekçesiyle birlikte itiraz için öngörülen hukuki yollar gösterilerek yabancıya tebliğ edilmesi gerekmektedir⁴¹.

İkinci görüşe ise esasında AİHM'nin toplu sınır dışı yasağının ihlaline karar verdiği olaylardan ulaşılmaktadır: AİHM, 2002 yılında verdiği *Çonka v. Belçika* kararında⁴², AİHM, *Çonka v. Belçika* kararında, bireysel durumların değerlendirildiği iddialarına rağmen, bu değerlendirmelerin olayın bütününden ve uygulamanın genel niteliğinden ayrı düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır. Mahkeme, ben-

³¹ AKDOĞMUŞ, s. 25.

³² <https://avim.org.tr/tr/Bulten/avrupa-da-bir-insan-grubu-bir-kez-daha-topraklardan-atiliyor-fransa-nin-romanlarla-sorunu-29-Eylul-2010> (ET: 10.01.2025).

³³ Bkz. EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS: *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006 (<https://tandis.odhr.pl/retrieve/22619>, ET: 17.02.2025), s. 178.

³⁴ DARDAĞAN KİBAR, s. 64.

³⁵ ERGÜL, s. 92; OVEY, Clare / WHITE, Robin: *The European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 408.

³⁶ PARLAK, s. 284.

³⁷ AKDOĞMUŞ, s. 25; ANAYURT, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 146.

³⁸ 08.04.2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmi Gazete.

³⁹ ASAR, Aydoğan: *Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 s. 196; ÇİÇEKLİ, s. 60

⁴⁰ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 262; ASAR, s. 196.

⁴¹ EKŞİ, Nuray: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye Davası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 10.

⁴² AİHM, *Çonka v. Belçika*, § 59-61.

zer kökene sahip bir grup yabancının durumlarının her biri hakkında işlem yapılmış olsa dahi, tamamının aynı anda sınır dışı edilmesinin, söz konusu işlemin bireysel değil toplu bir sınır dışı niteliği taşıdığı yönündeki şüpheyi ortadan kaldırmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, AİHS'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁴³. Söz konusu davada AİHM, toplu sınır dışı kavramını, pozitif hukuk metninden bağımsız şekilde açıklayarak, yabancılar grup halinde ülkeden ayrılmaya zorlayan herhangi bir işlemin toplu halde sınır dışı etme olarak nitelenebileceğini ifade etmiştir. Ancak sınır dışı etme işlemi yapılırken grubu oluşturan yabancılardan her birinin şahsi durumu makul bir şekilde ve objektif olarak incelenmiş ise bu işlem toplu halde sınır dışı etme teşkil etmeyecektir⁴⁴. Bu içtihatı açıklama içinde hükme giden sonuçlar bakımından yargılamada kullanılan deliller değerlendirildiğinde; ortak menşeli çok sayıda insanın aynı sınır dışı işlemine muhatap olması, davacıların sınır dışı işleminden önce resmî makamların toplu halde sınır dışı yapılacağı yönündeki açıklamaları ve bu yönde uygulama yapılması konusundaki talimatları, toplu sınır dışısına götüren açık beyanlar, ilgili bütün yabancılardan polis istasyonuna aynı zamanda gelmelerinin istenmesi, aynı ifadeler yazılıp benzer emirler verilmesi, yabancılardan bir avukatla görüşmelerinin zorluğu ve koşulların bireysel ve makul olarak değerlendirilmemesinden dolayı AİHM ihlal kararı vermiştir.

Benzer şekilde Gürcistan'ın başvurusu üzerine Büyük Daire önüne gelen davada⁴⁵, AİHM tarafından, Gürcistan vatandaşlarına karşı Rusya Devleti yetkililerinin kasıtlı şekilde kayıtsız kaldığı istikrarlı bir idari uygulama olduğu belirlenmiş ve Rusya'nın, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Buna beş ay gibi kısa bir sürede dört binden fazla Gürcistan vatandaşının, adeta sokaklardan toplanıp, göstermelik mahkeme usulünün tamamlanmasını takiben gayri insani bekleme yerlerinde tutulması; ayrıca, ilgili kişilerin kısa zaman dilimleri içerisinde ya kargo uçaklarıyla ya da tarifeli uçuşlarla ülkelerine geri gönderilmiş olmaları, gerekçe gösterilmiştir⁴⁶. AİHM, başvuru Gürcistan vatandaşlarının hepsi hakkında ayrı ayrı mahkeme kararları verilmesine rağmen, sınır dışı kararı verilen sürenin her birinin durumunu makul, tarafsız ve bizzat değerlendirmek açısından uygun olmadığına, hatta imkânsız olduğuna karar vermiştir. Devletlerin göç politikalarını belirleme hakkı bulunmasına rağmen, bunlardan göç akınlarını kontrol etmeye ilişkin olanlarının, AİHS'den doğan yükümlülüklerine aykırı uygulamalarına gerekçe olması kabul edilemez. Nihayetinde söz konusu süreçte, Gürcü vatandaşların sınır dışı edilmeleri, her birinin bireysel durumunun makul ve tarafsız bir şekilde incelenmesinin ardından ve bu incelemeye dayanarak gerçekleştirilmemiştir. Bu durumun, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine aykırılığı tespit edilmiştir.

İtalya'ya karşı açılan *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya* davasında⁴⁷ AİHM, Somali ve Eritre uyruklu 24 kişinin, henüz İtalya topraklarına ulaşmadan uluslararası sularda İtalyan askeri güçleri tarafından durdurularak Libya'ya geri gönderilmelerini incelemiştir. Mahkeme, bu eylemin bireysel durumlara ilişkin değerlendirme yapılmaksızın gerçekleştirildiğini tespit etmiş ve söz konusu uygulamanın 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi anlamında toplu sınır dışı etme teşkil ettiğine karar vererek İtalya'nın yükümlülüklerini ihlal ettiğine hükmetmiştir⁴⁸.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin farklılık arz eden kararlarından biri M.A./Kıbrıs davasıdır⁴⁹. Söz konusu olayda, başvuranların her birinin kişisel durumları ayrı ayrı değerlendirilmiş; özellikle sığınma başvuruları bireysel bir inceleme süreciyle yürütülmüş ve bu süreç beş yılı aşkın bir zaman dilimini kapsamıştır. Yapılan itirazlar da tek tek ele alınarak gerekçeli şekilde

⁴³ YILMAZ, Didem: "6216 Sayılı Kanun'daki 'Tarafl Olma' Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 64, Sayı 3, s. 845.

⁴⁴ AİHM, *Çonka v. Belçika*, § 59-61.

⁴⁵ AİHM, *Gürcistan/Rusya*, B. No: 13255/07, T. 03.07.2014.

⁴⁶ YILMAZ, s. 845.

⁴⁷ AİHM, *Hirsi Jamaa vd. v. İtalya*, B. No: 27765/09, T. 23.2.2012.

⁴⁸ YILMAZ, s. 846.

⁴⁹ AİHM, *M.A./Kıbrıs*, B. No: 41872/10, T. 24.11.2023, Sonuç.

reddedilmiştir. İdari makamlar, alınan kararları kişilere tebliğ etmek üzere bireysel bildirimlerde bulunmuş, her bir kişi hakkında ayrı araştırmalar yürütmüş ve gözaltı ile sınır dışı işlemleri kişisel bazda tesis edilmiştir. Gözaltına alınanlara, haklarındaki kararlar bireysel olarak hazırlanmış yazılarla iletilmiştir. Her ne kadar başvuran ve diğer bazı kişilerin birlikte polis merkezine götürülmüş olmaları, bazılarının grup hâlinde sınır dışı edilmiş bulunmaları veya bildirim yazılarının benzer ifadeler içermesi, işlemde biçimsel benzerlikler yaratmış olsa da AİHM, bunların başlı başına “toplu sınır dışı” niteliğinde bir uygulama teşkil etmediğine hükmetmiştir. İlgili kişilerden bazılarının statüsüne ilişkin değerlendirmelerde hata yapılmış olması talihsiz bir durum olarak kabul edilmiş, ancak bu hata tek başına işlemin toplu sınır dışı olarak nitelendirilmesini gerektirecek ağırlıkta görülmemiştir.

4 No.lu Protokol’ün 4. maddesi, bir kişinin taraf devlete girişinin düzenli olup olmadığına veya ülkede yasal statüyle bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla bu maddenin sağladığı koruma sığınmacılar, mülteciler, düzensiz göçmenler ve vatansızlar olmak üzere tüm yabancılar içindir⁵⁰. Ayrıca, bir sınır dışı etme işleminin “toplu” nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken, bundan etkilenen kişi sayısına ilişkin herhangi bir alt sınır ya da belirli bir gruba aidiyet gibi özel bir koşul aranmamaktadır⁵¹.

Toplu sınır dışı etmenin, bireysel sınır dışı etmeye kıyasen nadir gündeme gelmesi sebebiyle, Ek 4 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin AİHM’ne yapılan başvurular az sayıdadır⁵² ta ki 2025 yılına kadar. Yapılan bu başvuruların ise çok az bir kısmında ihlal kararı verilmiştir. Her ne kadar 4 No.lu Protokol’ün 4. maddesi yalnızca toplu sınır dışı etme yasağını düzenlemesi nedeniyle bugüne kadar sınırlı uygulama alanı bulmuş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde güvence altına alınan “yaşam hakkı”, 3. maddesinde yer alan “işkence ve kötü muamele yasağı” ile 8. maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hakkı”, yabancıların sınır dışı edilmeleri bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sıklıkla uygulanmaktadır⁵³.

II. TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞINI İÇEREN DİĞER ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Yabancıların toplu şekilde sınır dışı edilmesi, sadece AİHS’ne Ek 4 No.lu Protokol’de veya AB Temel Haklar Şartı’nda değil; bunlarla birlikte çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde de düzenlenmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin⁵⁴ (MSHS) 13. maddesi, yabancıların sınır dışı edilme süreçlerinde belirli usule ilişkin güvencelerin sağlanmasını öngörmektedir. İlgili düzenlemeye göre “*bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancı ancak hukuka uygun olarak verilmiş bir sınır dışı etme kararı gereğince ve ulusal güvenliğin zorlayıcı şartları hariç, sınır dışı etme kararına karşı itiraz etmesine ve bu itirazının önünde temsil edilebileceği yetkili bir makam veya yetkili makamın görevlendirdiği bir kişi ve kişiler tarafından denetlenmesine imkânı verilmesi halinde sınır dışı edilebilir.*” Bu düzenleme, kimi bölgesel insan hakları belgelerinde yer alsa da, yabancıların toplu şekilde sınır dışı edilmesini açıkça yasaklayan bir ifadeye yer vermemektedir⁵⁵. Bununla birlikte sınır dışı edilme işleminin MSHS’ne uygun olması için her yabancı hakkında bireysel karar alınmış olmalı, söz konusu karar yasaya uygun bir şekilde tesis edilmeli, yabancıya sınır dışı etme kararına karşı savunmada bulunma imkânı verilmeli ve bu savunma yetkili makamlar tarafından

⁵⁰ İNELİ CİĞER, s. 256; HARRIS, David / O’BOYLE, Michael / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla M.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 744.

⁵¹ AİHM, *N.D. ve N.T./İspanya*, B. No: 8675/15 ve 8697/15, T. 13.02.2020, § 193-199.

⁵² ERGÜL, s. 92.

⁵³ ERGÜL, s. 110; AKDOĞMUŞ, s. 2; İNELİ CİĞER, s. 258.

⁵⁴ 07.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁵ Örneğin AİHS Ek 4 No.lu Protokol’ün 4’üncü maddesinde, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 22’nci maddesinde ve Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12’nci maddesinde yabancıların toplu sınır dışı edilmeleri yasaklanmıştır.

gözden geçirilmelidir⁵⁶. Ayrıca Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin⁵⁷ 22. maddesinin 1. paragrafında “Göçmen işçiler ve aile fertleri, toplu sınır dışı edilme tedbirlerine maruz bırakılamazlar ve her bir sınır dışı edilme durumu bireysel olarak incelenerek ve karara bağlanır” hükmü yer almaktadır⁵⁸.

Toplu sınır dışı etme yasağına ilişkin milletlerarası alanda kabul edilmiş diğer düzenlemeler, hem Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁵⁹ 22/9. maddesinde hem de Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁶⁰ 12/5. maddesinde aynı şekilde, “Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır” hükümleriyle yasak getirilmiştir.

Arap İnsan Hakları Şartı'nın⁶¹ 26. maddesinin ilk taslak halinde ise “Bir taraf devletin ülkesinde yasal olarak bulunan yabancı, hukuka uygun bir karar doğrultusunda sınır dışı edilebilir. Bu karar ulusal güvenliğin zorunlu kıldığı durumlar haricinde, yetkili bir makam tarafından incelenmesi gerekir. Her hâlikârda toplu sınır dışı yasaktır” hükmüyle toplu sınır dışı etme yasaklanmıştır. Ancak güncel haliyle söz konusu Sözleşmenin m. 26/2 hükmü ile sadece, yabancıların sınır dışı edilmesi ile ilgili güvence getirmiştir⁶². Buna göre “Hiçbir taraf devlet, uyrukluğunu taşımayan ve fakat ülkesinde yasal olarak bulunan kişiyi, ulusal güvenlik sebepleri gerektirmedikçe, hukuka uygun bir karar doğrultusunda sınır dışı edemez. Kişinin bu karara karşı yetkili makama dilekçe vermesine izin verilir”⁶³.

Henüz uluslararası hukukta açık biçimde düzenlenmemiş ya da uygulamada karşılaşıldığı hâlde yeterince ele alınmamış meseleleri konu alan konvansiyon taslaklarını hazırlayan ve sıkça uygulanan kuralların veya sıkça başvurulanan doktrin, teamül kuralları ve yargı kararlarını kodifiye etmeye çalışan Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission-ILC*)⁶⁴ yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin olarak 2014 yılında nihai hâline getirdiği Taslak Kurallar ‘da, toplu sınır dışı etme yasağını ayrıntılı bir şekilde ele almıştır⁶⁵. Toplu sınır dışı yasağını düzenleyen Taslak Kuralların 9. maddesine göre,

“Madde 9- Toplu Sınır dışı Yasağı

⁵⁶ AKDOĞMUŞ, s. 16-17; United Nations General Assembly, “Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, No: A/2929” (<https://digitallibrary.un.org/record/748971>, ET: 24.11.2024).

⁵⁷ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 4662 sayılı Kanun (08.07.2004 tarihli ve 25516 sayılı Resmî Gazete) ile onaylanması uygun bulunmuş ve onay belgeleri, BM Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiştir.

⁵⁸ YİĞİT, Nedime Tuğçe: *Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 31.

⁵⁹ RIJKEN, Conny / PIJNENBURG, Annick / OUDEJANS, Nanda: “Organization of United States Department of International Law”, *Melbourne Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 2, s. 631.

⁶⁰ Madde 12/5: “Yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasaktır. Ulusal, sosyal, budunsal veya dinsel gruplara bir bütün olarak yönelen sınır dışı etme, kolektif sınır dışı etmedir”. KABOĞLU, İbrahim Ö: “Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1985, Sayı 3, s. 405-406.

⁶¹ Madde 26/2: “Hiçbir Devlet tarafı, vatandaşı olmayan ancak yasal olarak topraklarında bulunan bir kişiyi, kanuna uygun olarak alınmış bir karara uygun olarak ve bu karardan sonra yetkili makama dilekçe sunmasına izin verilmediği sürece, ulusal güvenliğin zorlayıcı sebepleri bunu engellemediği sürece sınır dışı edemez. Toplu sınır dışı etme her koşulda yasaktır.” United Nations, Digital Library (<https://digitallibrary.un.org/record/551368?v=pdf>, ET: 24.11.2024).

⁶² DOST, Süleyman: “Uluslararası Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Arap İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 35, s. 104.

⁶³ DOST, s. 104; AL-MIDANI, Mohammed, Amin / CABANETTES, Mathilde: “Arab Charter on Human Rights 2004”, *Boston University International Law Journal*, 2006, Sayı 24, s. 156.

⁶⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission-ILC*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 21 Kasım 1947 tarihli ve 174(II) sayılı kararıyla kurulmuş ve aynı tarihte Statüsü kabul edilmiştir. ILC’nin Statüsü’nün 1. maddesine göre, ILC’nin amacı, uluslararası hukukun gelişimini ve kodifikasyonunu sağlamaktır. ILC’nin temel alanı milletlerarası hukuk olmakla beraber, Statüsü’nde, milletlerarası özel hukuk alanına müdahil olmasını ve bu alanda da çalışmalar yapmasını engelleyen bir hüküm yoktur. EKŞİ, Nuray: “ILC’nin “Yabancıların Sınırdışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kuralları’nın Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2013, Sayı 33 (Taslak Kuralları), s. 2.

⁶⁵ EKŞİ, *Taslak Kuralları*, s. 4.

1. *Taslak kuralların amacı bakımından, toplu sınır dışı, yabancılara bir grup olarak sınır dışı edilmesini ifade eder.*
2. *Yabancıların toplu sınır dışı edilmesi yasaktır.*
3. *Bir devlet, grubun her üyesinin somut durumunu değerlendirmek ve bu değerlendirmeden sonra sınır dışı kararını almak kaydıyla, taslak kurallara uygun olarak bir grubun mensuplarını aynı anda sınır dışı edebilir.*
4. *İşbu taslak kural, milletlerarası hukuk kurallarına hâle getirmeksizin, sınır dışı edecek devletin taraf olduğu silahlı çatışma halinde yabancıların sınır dışı edilmesine uygulanır.”*

Belirtmek gerekir ki, Taslak Kuralları’nın toplu sınır dışı yasağını içeren 9. maddesi, mevcut uluslararası hukuk ilkelerinin ötesine geçen yeni bir düzenleme sunmamaktadır⁶⁶.

III. TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞI İLE DEVLETİN ÜLKESEL EGEMENLİĞİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sınır dışı edilme, yabancıların bu konudaki isteklerine bakılmaksızın ülke dışına çıkarılmasıdır. Uluslararası hukukun köklü ilkelerinden biri olan egemenlik ilkesi doğrultusunda, her devlet, kendi topraklarına yabancı kişilerin girişine izin verip vermemek ve bu kişilerin ülkede kalıp kalamayacağına karar vermek konusunda münhasır bir yetkiye sahiptir. Egemenlik, “*bir varlığın Devlet olarak nitelendirilebilmesi için sahip olması gereken kritik özellik*” olarak ifade edilmektedir⁶⁷.

İkinci Dünya Savaşı’nın bitiminden bu yana, bireylerin korunması uluslararası hukukta giderek önem kazanmış ve devlet egemenliğini sınırlandırmıştır⁶⁸. Devlet gerekli görüldüğü hallerde, yabancıların ülkede ikametlerine sınırlar koyabilir veya son verebilir. Bir devletin; genel güvenlik, ulusal güvenlik veya kamu düzeni gibi nedenlerle, ülkesinde bulunması sakıncalı görülen yabancıları ülkeden çıkarma yetkisi, ülkesel egemenliğin bir ifadesi olarak kabul edilmektedir⁶⁹. Ancak artık uluslararası hukukta yer alan sığınma, sınır dışı etme ve göç kontrolü gibi konulardaki tartışmaların; devletin ülkesel egemenliği ile göçmen hakları arasındaki belirgin ikilemi ele alması da kaçınılmazdır⁷⁰. Bu nedenle devletin ülkesel egemenliği ve göç kontrolü arasındaki ilişkiye dair geniş bir tartışma bulunmaktadır. Göçmen hakları, bir devletin yabancıları ülkeye kabul ve onları sınır dışı etme konusundaki egemenlik hakkını nasıl sınırlandırmıştır ve buna karşılık devletler bu değişime nasıl tepki vermişlerdir veya karşı koymuşlardır?

Devletlerin ülkesel egemenlik haklarının azaldığını kabul eden ve bunu memnuniyetle karşılayan fikirler⁷¹ karşısında, devlet egemenliğinin, sınırlarını kontrol etme konusunda güçlü hakları olduğunu savunanlar bulunmaktadır⁷².

Son dönemlerdeki göç kontrolü eğilimleri, devletlerin göçü kontrol etme konusundaki egemenlik haklarının kısıtlanmasına; topraklarının hemen dışındaki alanda, kısıtlı güçlerini genişleterek tepki

⁶⁶ EKŞİ, *Taslak Kuralları*, s. 12; HENCKAERTS, Jean-Marie: *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, Netherlands, 1995, s. 1 vd.

⁶⁷ KOSKENNIEMI, Martti: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 300.

⁶⁸ RIEMER, s. 3.

⁶⁹ AYBAY, Rona: “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 142.

⁷⁰ RIEMER, s. 4; GOODWIN-GILL, Guy / McADAM, Jane: *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 30; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas: *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press, 2013, s. 11-13.

⁷¹ BENHABIB, Seyla: *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, 2013, s. 12.

⁷² RAWLS, John: *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, s. 41.

verdiklerini gösterdiğini savunmaktadırlar⁷³. Böylece devletlerin, esasında egemenlik yetkisini kullanarak, göç kontrolünü ülke topraklarının dışına taşıdığı ve bunu komşu veya üçüncü devletlere devrederek; hem ülkeye kabulü düzenleme gücünü koruduğu hem de uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerinden kaçtığı sonucuna varılmaktadır⁷⁴.

Devletler vatandaş olmayanların kabul ve sınır dışı edilme koşullarını düzenleme hakları konusunda ısrarcı olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda öne çıkan örnekler, 2016 tarihli New York Mülteciler ve Göçmenler Deklarasyonu'nun⁷⁵, 2018 yılında Güvenli, Düzenli ve Kurallı Göç için Küresel Mutabakat'ın (KGM)⁷⁶ ve Mülteciler için Küresel Mutabakat'ın⁷⁷ kabul edilmesine yol açmıştır. Her üç belgenin de bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, başlangıçta çoğu devlet tarafından olumlu ve destekleyici karşılanan KGM'na karşı yaklaşım zaman içerisinde değişmiş, süreç boyunca devletler mutabakatı desteklemekten vazgeçmiş veya çekimser kalmışlardır⁷⁸. Bu durum, bazı devletlerin göç ve ilticayı yöneten bağlayıcı olmayan kurallara bile bağlı kalma konusundaki isteksizliğini örneklemektedir. Başka bir ifadeyle göç, günümüzün küreselleşmiş dünyasında güçlü devlet egemenliğinin "son kalelerinden" biri olarak kabul edilmekte ve devletlerin göçü düzenleyen bağlayıcı uluslararası kurallara boyun eğme konusundaki isteksizliği buna örnek teşkil etmektedir⁷⁹.

Sığınma arayan bir kişinin ülkesine gönderilmesi, çoğu zaman ciddi tehlikelerle karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Savaş bölgelerine, baskıcı rejimlerin bulunduğu ülkelere veya yaşam koşullarının insanlık dışı olduğu yerlere gönderilmek, kişilerin yaşam haklarını tehlikeye atabilir. Bu tür durumlar, evrensel insan hakları prensipleriyle de çelişmektedir. Yabancıların bireysel durumu göz önünde bulundurulmadan, yalnızca bir gruba aidiyetleri nedeniyle sınır dışı edilmeleri veya kesin olarak tanımlanabilir bir gruba ait olmasalar bile bir grupla aynı sınır dışı etme prosedürüne tabi olmaları, ayrımcılığa yol açabilir. Bununla birlikte toplu sınır dışı etmenin temel insan haklarını hiçe sayarak uygulanması, adalet duygusunu da zedeleyebilir.

IV. GERİ GÖNDERME YASAĞI İLE TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞI ARASINDAKİ İLİŞKİ: FARKLAR VE BENZERLİKLER

Toplu sınır dışı etme yasağı ve geri gönderme yasağı, sınır dışı etme ile ilgili en temel prensipler arasında yer almaktadır. Her iki ilke de sınır dışı etme işlemleri boyunca sık sık gündeme gelebilmektedir. Zira her iki yasak da yabancıların hayatlarının ve özgürlüklerinin tehdit altında bulunduğu devletlere sınır dışı edilmeme noktasında güvence sağlamaktadır⁸⁰. Yabancıların ülkeye giriş ve ülkede kalış-

⁷³ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas / AALBERTS, Tanja: Search and Rescue as a Geopolitics of International Law, *Aalberts and Gammeltoft-Hansen the Changing Practices of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 196.

⁷⁴ GAMMELTOFT-HANSEN / AALBERTS, s. 197; RIEMER, s. 7.

⁷⁵ BM Genel Kurul Kararı, "Draft resolution referred to the high-level plenary meeting on addressing large movements of refugees and migrants by the General Assembly at its seventieth session New York Declaration for Refugees and Migrants", A/71/L.1, 13 Eylül 2016.

⁷⁶ https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf (ET: 22.11.2024).

⁷⁷ <https://www.unhcr.org/about-unhcr/overview/global-compact-refugees> (ET: 25.11.2024).

⁷⁸ 2018 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 152 ülkenin desteğiyle kabul edilen Küresel Göç Mutabakatı (KGM), devletlerin büyük çoğunluğu tarafından olumlu karşılanmıştır. Avrupa Birliği üyesi 14 devlet (İsveç, Almanya, Fransa, İspanya, Belçika, Finlandiya, Estonya, Hırvatistan, İrlanda, Lüksemburg, Portekiz, Slovenya, Yunanistan ve Kıbrıs) mutabakatı herhangi bir çekince veya ek açıklama olmaksızın onaylamıştır. Buna karşın, Hollanda Birleşik Krallık, Danimarka ve Malta gibi bazı AB ülkeleri, göç yönetiminde ulusal egemenliklerini vurgulayan açıklama notu ile belgeyi imzalamıştır. Bulgaristan, Romanya, Avusturya, İtalya ve Litvanya ise çekimser oy kullanmış; Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya mutabakata karşı çıkmıştır. Söz konusu dönemde BM Genel Kurulu Başkanlığı görevini yürüten Slovakya ise oylamaya katılmamıştır. Göç hareketlerinin merkezinde yer alan ve bu konuda ciddi deneyimi olan Amerika Birleşik Devletleri ile Avustralya ise göçün daha koordineli ve insan odaklı yönetilmesine yönelik çağrılara rağmen, ulusal çıkarlarını ön planda tutarak metni imzalamamayı tercih etmiştir. Mutabakat hakkında daha fazla bilgi için bkz. YILMAZ EREN, Esra: "Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Üzerine Bir Değerlendirme", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 3, Sayı 1, s. 81; MELIN, Pauline: "The Global Compact for Migration: Lessons for the Unity of EU Representation", *European Journal of Migration and Law*, 2019, Cilt 21, Sayı 9, s. 204; McADAM, Jane: "The Global Compacts: A New Era for International Protection?", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt 30, Sayı 4, s. 572.

⁷⁹ CASTLES, Stephen / MILLER, Mark J.: *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Guildford Press, New York-London, 2009, s. 16.

⁸⁰ AKDOĞMUŞ, s. 7.

larına izin verme hususunda takdir yetkileri olan devletler her ne kadar kamu düzeni ve kamu güvenliği gerekçeleri ile özellikle sınır dışı etme yetkisinden vazgeçmek istemeseler de ilgili düzenlemelerde devletlere sınır dışı etme konusunda sınırsız bir takdir yetkisi verilmemektedir. Bu kapsamda sınır dışı etme yetkisine geri gönderme yasağı ve toplu sınır dışı etme yasağı gibi önemli ilkeler ile sınırlandırmalar getirilmektedir⁸¹.

Kişi dokunulmazlığına müdahale içeren sınır dışı etme işlemi hem suçluların iadesi hem de geri çevirme işleminden farklıdır. Suçluların iadesi, bir suç işledikten sonra başka bir ülkeye kaçan sanık veya mahkûmun, suçun işlendiği ülkenin talebi veya bulunduğu devletin başvurusu üzerine, ceza kovuşturması yapılabilmesi veya mahkûmiyet durumunda verilen cezanın infazı için başka bir devlete teslim edilmesidir⁸². Geri çevirme işlemi ise yabancının henüz ülke sınırlarına girişi aşamasında çeşitli nedenlerden dolayı ülkeye girişine izin verilmeyerek geri çevrilmesi olarak tanımlanabilir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun⁸³ (YUKK) 7. maddesinde ülkeye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar sayılmıştır. Buna göre, pasaport ve benzeri geçerli belgesi olmayanlar, vize veya ikamet izni bulunmayanlar veya süresi dolmak üzere olanlar ile ülkeye girişi yasaklanmış veya kamu düzeni ve güvenliği yönünden sakıncalı bulunmuş olanlar sınırdan geri çevrilir. Bu yabancılara işleme karşı itiraz edebilecekleri hususu bildirilir ve süreçte sınır kapılarında belirlenen alanlarda kalmalarına izin verilir. Geri çevirme, henüz ülkeye giriş yapmamış yabancılara uygulanan bir işlem iken sınır dışı etme ülkede bulunan yabancıya uygulanan bir işlem olarak farklılık göstermektedir⁸⁴.

Geri gönderme yasağı ise hem suçluların iadesi hem geri çevirme hem de sınır dışı işleminden farklı bir uygulamadır. Geri gönderme yasağı varken toplu sınır dışı etmenin, evleviyetle yasak olacağı düşünülebilir. Bu iki kavram arasında benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da bulunmakta ama nihayetinde iç içe geçmiş birbirini tamamlayan iki kavram olduğu ifade edilmektedir⁸⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Ek Protokollerinde, yabancılardan sınır dışı edilebileceği haller yanında, toplu sınır dışı etme yasağı ayrıca düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda geri gönderme yasağı ile toplu sınır dışı etme yasağı arasındaki ilişkinin, farklar ve benzerlikler ortaya konularak açıklanması gerekliliği doğmaktadır. AİHM'nin iki hüküm arasındaki ilişkiye dair yeterince gelişmemiş açıklamaları, Mahkeme'nin yargıçları arasında taban tabana zıt görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bazıları toplu sınır dışı yasağının, zorunlu olarak geri gönderme yasağını da içerdiğini savunurken; bazıları ise bu iki hükmü ya tamamen özerk ve ayrı hükümler olarak görmekte ya da aralarında bir bağlantı olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş ayrılığı, AİHS'nin 3. maddesi ile 4 No.lu Protokol'ün 4. maddeleri arasındaki ilişki konusundaki tartışmayı da doğrulamakta ve bu irtibatı daha fazla detaylandırmayı gerektirmektedir⁸⁶.

AİHS'nin, işkenceyi ve dolaylı olarak geri göndermeyi yasaklayan 3. maddesi, uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilerin, Sözleşmeciler Tarafından topraklarına girişinin engellenmesine ilişkin davalarda uzun süre hâkim olmuştur. Ancak son zamanlarda, AİHM'nin, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesiyle ilgili uygulamaları giderek daha önemli hale gelmiştir. Başvurunun AİHS'nin 3. maddesi veya 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesiyle ilgili olarak incelendiği durumlarda ülkeye giriş koşullarının aynı olmadığı ve Mahkeme'nin çoğu zaman aynı davada, hem AİHS'nin 3. maddesi hem de 4 No.lu Proto-

⁸¹ ÇELİKEL, Aysel: *Yabancılar Hukuku*, 28. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 108; DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper / İZMİRLİ, Lale Ayhan: *Türk Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s. 114 vd; EKŞİ, Nuri: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 99; AKDOĞMUŞ, s. 5.

⁸² ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1115.

⁸³ 11.04.2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁴ BORAK, Muteber Meva: *Anayasa Mahkemesinin Sınır Dışı Etmeye İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının İncelenmesi* Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 5.

⁸⁵ ČUČKOVIĆ, Bojana: "The Relationship between the Prohibition of Refoulement and the Prohibition of Collective Expulsion in the Context of Access to Territory: Standards of the European Court of Human Rights and Their Relevance for the Legal System of the Republic of Serbia", *International Scientific Conference-Law and Social Values*, 2023, s. 57.

⁸⁶ ČUČKOVIĆ, s. 66

kol'ün 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelediği göz önünde bulundurulduğunda, bunların birbiriyle ilişkisi sorunu ortaya çıkmaktadır. Esasında Mahkeme'nin bizzat kendisi, geri gönderme yasağı ile toplu sınır dışı etme yasağı arasındaki ilişki hakkındaki tartışmayı canlandırmıştır. Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan davasında⁸⁷, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin kapsamının yorumlanması ile geri gönderme yasağı ilkesinin kapsamı arasındaki ilişkinin alakasız olmadığı kısaca belirtildikten sonra; Büyük Daire'nin N.D. ve N.T. v. İspanya davasındaki⁸⁸ tartışmalı kararında, AİHM, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlalini değerlendirirken, özellikle Sözleşme'nin 3. maddesinin korumasını talep etmek amacıyla, yasal giriş yollarının mevcut olup olmadığını incelemenin çok önemli olduğunu düşünmüştür². Mahkeme'nin böyle bir yaklaşımı, başlangıçta yargıçları geri gönderme yasağı ile toplu sınır dışı etme yasağı arasındaki ilişki sorununa atıfta bulunmaya teşvik ederken, daha sonra doktrin konuya çekingen bir şekilde ilgi göstermeye başlamıştır. Anlayışların çelişkili olması, iki hüküm arasındaki ilişkinin kapsamlı bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir.

AİHS'nin 3. maddesinde ima edilen geri gönderme yasağı ile 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde güvence altına alınan yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasağı arasındaki benzerlik ve farklılıklar iki farklı düzeyde tespit edilebilir. Genel düzeyde, bazı ortak unsurlara sahip olsalar da her bir hükmün kendine özgü farklılığını oluşturan başka bileşenler ve özellikler de vardır.

Benzerlikler söz konusu olduğunda hem geri gönderme hem de sınır dışı etme aynı şekilde yorumlanmaktadır. Sadece kişi bir Devletin topraklarına girdikten sonra geri göndermeyi değil, aynı zamanda bu tür tedbirlerin resmî bir karar temelinde mi yoksa Devlet yetkilileri tarafından özel bir eylem yoluyla mı alındığına bakılmaksızın ülkeye kabul edilmemeyi de kapsamaktadır⁸⁹.

Her iki hüküm de devletin, belirli bir riske maruz kalan bir kişiyi geri göndermemesi/ reddetmemesi için negatif bir yükümlülük ve söz konusu kişi için böyle bir riskin var olup olmadığını belirlemek için pozitif bir yükümlülük içermektedir. Bu nedenle, hem AİHS'nin 3. maddesi hem de 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi, devletlerin, ilgili yabancıların bireysel koşulları ışığında sınır dışı edilmeye izin verilebilirliğinin, yeterince incelenmesini gerektiren prosedürleri sağlamasını gerektirdiğinden, güçlü bir usul çağrışımına sahiptir⁹⁰. Yine her iki ilke de bölgesel ve sınır ötesi olarak uygulanmaktadır⁹¹.

Farklılıklar listesi ise çok daha uzundur. Öncelikle iki hükmün temel amacı farklıdır. AİHS m. 3'te yer alan geri gönderme yasağı; kişileri, geri gönderilmeleri halinde işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalma riskinin bulunduğu topraklara geri göndermeye yol açan karar ve eylemlerden korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi, gruptaki her bir yabancıların özel durumunun makul ve objektif bir şekilde incelenmesi ve bununla birlikte sınır dışı işleminin gerçekleşmemesini sağlamayı amaçlamaktadır⁹².

Geri gönderme yasağı sadece bir tür uluslararası korumaya hak kazanan kişileri korurken, toplu sınır dışı etme yasağı taraf devletin topraklarına girmeye çalışan her yabancıyı ve dolayısıyla her göçmeni korur. Bu nedenle, 3. madde genellikle 1951 Cenevre Sözleşmesinin ötesinde, daha geniş bir mülteci kategorisini kapsayan, tamamlayıcı bir koruma biçimi olarak nitelendirilmektedir⁹³. Ancak 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin koruma sağlanan kişi kategorilerini daha da genişlettiği unutulmamalıdır.

⁸⁷ AİHM, *Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan*, B. No: 16643/09, T. 21.10.2014.

⁸⁸ AİHM, *N.D. ve N.T. v. İspanya*, § 211.

⁸⁹ AİHM, *N.D. ve N.T. v. İspanya*, § 166-188.

⁹⁰ BOKOVÁ, Terezie / BRAŽINA, Radislav: "Expulsion of Aliens, Non-Refoulement and Issues related to (Administrative) Discretion", *Journal of Administrative Sciences*, 2021, Sayı 1, s. 90-103.

⁹¹ KIM, Seunghwan: "Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context", *Leiden Journal of International Law*, 2017, s. 51; SCUTO, s. 13.

⁹² Bkz. *Andric v. Sweden* [1999], p. 4; *Čonka v. Belgium* [2002], § 59.

⁹³ RISTIK, Jelena: "The Right to Asylum and the Principle of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights", *European Scientific Journal*, 2017, Cilt 13, Sayı 28, s. 115. Benzer şekilde RIJKEN / PIJNENBURG / OUDEJANS, s. 616.

Bir diğer fark, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin kapsamının, AİHS'nin 3. maddesinin kapsamından daha geniş olmasıdır. 3. madde, sadece kişinin geri döndüğünde kötü muameleye maruz kalması veya ülkeye girişinin reddedilmesi durumunda koruma sağlarken⁹⁴; 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi mutlaka kötü muamele riskiyle bağlantılı değildir. Diğer riskler, yani diğer hakların ihlali ve belirli kişi kategorilerine ilişkin riskler de kötü muamele olmasa bile o şekilde yorumlanmaktadır⁹⁵. Başka bir deyişle AİHS'nin 3. maddesindeki yasak, bir kişinin gideceği ülkede veya komşu ülkede maruz kalacağı muameleyle ilgiliyken, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi, sınır dışı eden ülkenin eylem ve prosedürleriyle ilgilidir⁹⁶.

4 No.lu Protokol, toplu sınır dışı etme işlemine karşı doğrudan koruma sağlamaktadır. AİHS'nin 2., 3. ve 8. maddelerinin⁹⁷ sağladığı koruma ise dolaylı koruma mekanizmasıdır⁹⁸.

Son olarak, bu iki yasak hukuki nitelikleri bakımından da farklılık göstermektedir. Geri gönderme yasağının mutlak niteliği, işkence yasağının mutlak niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, toplu sınır dışı yasağının niteliğine ilişkin görüşler bölünmüştür. Bazı yazarlar hükmün mutlak terimlerle formüle edildiğini savunarak mutlaklığını sorgulamazken⁹⁹ ve 4. maddenin mutlak ve değiştirilemez bir yasak olarak ifade edildiğini belirtirken¹⁰⁰, bazı yazarlar ise AİHM içtihadına işaret ederek, yasağın uygulanması için yerine getirilmesi gereken koşullar olduğunu öne sürmekte ve yasağın mutlak olmadığını ima etmektedir¹⁰¹.

Bu konudaki mevcut doktrinel tartışmaya iki yorum eklenebilir. İlk olarak, keyfi olarak yaşam hakkından mahrum bırakma konusunda, mutlak olan yaşam hakkı ile bir benzerlik kurulabilir. Bu, yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesinin, ancak sınır dışı edilmeye yol açan yetkili makamların davranışlarında keyfilik olması durumunda mutlak olarak kabul edilebileceği anlamına gelir. İkinci olarak AİHM, sınır dışı etmenin keyfilikliğini incelemek için ilk içtihatlarında belirlediği yüksek eşikten önemli ölçüde uzaklaşmış ve devlet yetkililerinin eylemlerinin 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine aykırı olarak değerlendirilebilmesi için karşılanması gereken standartları düşüren koşullar getirmiştir. Mahkeme, gruptaki her bir kişiye sınır dışı edilmesine karşı argüman sunma fırsatı verilmesi yönünde ısrar ettiği kararlar yerine¹⁰² yakın zamanda, bireysel inceleme yapılmamasının yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesine ilişkin yasağın ihlali olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde yorumlarda bulunmuştur. Böyle bir gelişme, yasağın istisnasız olduğu, bir başka ifadeyle mutlak olduğu iddiasını desteklememektedir.

⁹⁴ VON STERNBERG, Mark R.: "Reconfiguring the Law of Non-Refoulement: Procedural and Substantive Barriers for Those Seeking to Access Surrogate International Human Rights Protection", *Journal on Migration and Human Security*, 2014, Cilt 2, Sayı 4, s. 345.

⁹⁵ FILIPPO, Marcello Di: "Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, Cilt 14, Sayı 2, s. 486-490.

⁹⁶ FILIPPO, s. 485-486.

⁹⁷ Yaşam hakkı: "1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddetle karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" (madde 2). İşkence yasağı: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." (madde 3). Özel ve aile hayatına saygı hakkı: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." (madde 8).

⁹⁸ AKDOĞMUŞ, s. 2.

⁹⁹ FILIPPO, s. 499.

¹⁰⁰ CRAWFORD, James: "Chance, Order, Change: The Course of International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2013, Sayı 365, s. 349-350.

¹⁰¹ ALINIKULA, Isabella: *Migrants at the Borders of Europe: The European Framework for Protection Against Pushbacks and Collective Expulsions*, Master's Thesis in International Law and Human Rights, Åbo Akademi, Finlandiya, 2021, s. 27.

¹⁰² HEIJER, Martin Den: "Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case", *International Journal of Refugee Law*, 2013, Cilt 25, Sayı 2, s. 284-285.

V. TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞININ KONU OLDUĞU AİHM KARARLARINDAN GÜNCEL ÖRNEKLER

Avrupa İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde toplu sınır dışı yasağının geleceğini tespit edebilmek için güncel gelişmeleri incelemek gerektiği kanaatindeyiz.

AİHM, 12 Şubat 2025 tarihinde toplu sınır dışı etmelerle ilgili üç davada duruşma düzenlemiştir: RA ve Diğerleri v. Polonya¹⁰³, HMM ve Diğerleri v. Letonya¹⁰⁴ ve COCG ve Diğerleri v. Litvanya¹⁰⁵ davaları. Bu davalar, Belarus (ve Rusya) tarafından göçmenlerin kasıtlı olarak bir araç haline getirilmesi ve hibrit tehditler oluşturulması yoluyla Avrupa Konseyi'nin değerlerine ve demokrasisine yönelik kasıtlı bir saldırı yapıldığı iddialarını içermektedir. Başka bir deyişle Belarus (ve Rusya), Avrupa'ya göçmenleri kasten yönlendirerek onları bir "araç" gibi kullanmış, yani göçmen akınını bir insanlık meselesi olarak değil, Avrupa Konseyi'ne (özellikle de onun savunduğu insan hakları ve demokrasi değerlerine) zarar vermek amacıyla organize edilmiş bir saldırı gibi göstermişlerdir. Bu tür saldırılar "hibrit" yani doğrudan askeri değil, ama ciddi zarar vermeyi amaçlayan karma yöntemler olarak adlandırılmaktadır. Farklı iddialarla birlikte üç davada da başvurular, AİHS m. 3 (işkence, aşağılama ve kötü muamele yasağı) ve 4 No.lu Protokol m. 4'ün (toplu sınır dışı etme yasağı) ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvuranların çok etkileyici bir sunum yaptıkları, ancak davalarını kazanmak için seçtikleri bazı yolların, gelecekte özellikle de toplu sınır dışı etme yasağı ilkesinin içeriği ve sınırları konusunda insan hakları korumasını zayıflatabilecek riskler taşıdığı ifade edilmiştir.

Başvuranların, davalarının kabul edilme ihtimalini artıran iki stratejik yaklaşımı, gelecekte toplu sınır dışı etme yasağının nasıl uygulanacağı konusunda bazı endişelere yol açmaktadır.

Bu iki stratejik yaklaşımda temel iddialar şöyledir:

1. N.D. ve N.T. v. İspanya davasının sonuçlarının dolaylı olarak geçerli olduğunu (yani doğru veya kabul edilebilir olduğunu) ima etmeleri.
2. 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin her zaman geri gönderme yasağı (*non-refoulement*; yani bir kişiyi işkence veya kötü muamele göreceği bir ülkeye geri göndermeme zorunluluğu) ile bağlantılı olmayabileceği anlayışını benimsemeleri.

O halde başvuruların dayandığı N.D. ve N.T. v. İspanya davasından da bahsetmek gereklidir. Bu davada biri Mali'den, diğeri Fildişi Sahili'nden iki başvuran; Fas'tan İspanya'ya geçmeye çalışırken İspanyol güvenlik güçleri tarafından yakalanıp hiçbir bireysel işlem yapılmadan doğrudan Fas'a geri itilmişlerdir. Başvuranlar, bu durumun toplu sınır dışı yasağını (4 No.lu Protokol m. 4) ve insanlık dışı muamele yasağını (AİHS m. 3) ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

Bunun üzerine AİHM, başvuruların sınırdan yasa dışı, organize bir şekilde ve şiddet kullanarak geçmeye çalıştıkları için yetkililere kimliklerini tespit etme ve bireysel başvuru yapma imkânı tanımadığından bahisle, İspanya'nın onları topluca geri göndermesinin, normal şartlarda yasak olmasına rağmen, bu özel durumda hak ihlali sayılmayacağına karar vermiştir. Karar, toplu sınır dışı yasağının gücünü azaltmış olduğundan tartışmalıdır. Çünkü bu Karar sonucunda devletler yabancıların, sınırlarından düzensiz veya zorla geçmeye çalıştığını gerekçe göstererek toplu sınır dışı etme işlemi gerçekleştirebilir ve kendilerini haklı görebilirler.

Bahsi geçen diğer üç davada ise başvurular, kendi davalarını desteklemek için stratejik olarak bu N.D. ve N.T. v. İspanya kararını dolaylı şekilde kabul etmiş gözükmektedir. Ayrıca geri göndermeme

¹⁰³ AİHM, RA ve Diğerleri v. Polonya, B. No: 42120/21, T. 12.02.2025.

¹⁰⁴ AİHM, HMM ve Diğerleri v. Letonya, B. No: 42165/21, T. 03.05.2022.

¹⁰⁵ AİHM, COCG ve Diğerleri v. Litvanya, B. No: 17764/22, T. 02.12.2022.

ilkesi ile 4. Protokol'ün 4. maddesinin her zaman bağlantılı olmayacağını iddia etmeleri de bu temel koruma mekanizmasını zayıflatabilecek bir kapı açmaktadır¹⁰⁶.

Konu	Açıklama
Toplu Sınır Dışı Yasağı (Protokol 4, Madde 4)	Devletler, insanları grup halinde ve bireysel durumlarını incelemeden sınır dışı edemez. Her bireyin kişisel başvuru ve incelenme hakkı vardır.
Geri gönderme yasağı	Hiç kimse, işkence veya insanlık dışı muamele göreceği bir ülkeye geri gönderilemez (Bu ilke çoğunlukla AİHS m. 3 ile bağlantılıdır).
N.D. ve N.T. v. İspanya	AİHM, yasa dışı ve organize sınır geçişi girişimi durumunda devletlerin anında geri gönderme yapabileceğini ve bunun ihlal sayılmayabileceğine karar vermiştir.
Bu Kararın Sonucu	Devletler, bazı durumlarda bireysel işlem yapmadan toplu geri göndermeyi haklı gösterebilir hale gelmiş; toplu sınır dışı yasağı esnemmiştir.
Başvuranların Stratejisi	Davalarını güçlendirmek için N.D. ve N.T. kararını doğrudan reddetmemiş ve 4. Protokol'ün her zaman geri gönderme yasağı ile bağlantılı olmadığını kabul etmiş izlenimi yaratmışlardır.
Gelecekteki Risk	Toplu sınır dışı yasağı zayıflayabilir. Devletler, sınır yönetimi bahanesiyle insan haklarını daha kolay ihlal edebilir.

N.D. ve N.T. v. İspanya davası ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni bir yaklaşımla Suçlayıcı Davranış Testini (*Culpable Conduct Test*) geliştirmiştir.

Bu test, sınırı geçmeye çalışan başvuranın kendi davranışlarıyla, özellikle yasa dışı ve organize bir şekilde hareket ederek, kendi korunma hakkını zayıflatmış olup olmadığını sormaktadır. Eğer bir kişi devletin sunduğu yasal giriş yollarını kullanmamış ve şiddet veya zorla sınırı aşmaya çalışmışsa, o zaman Mahkeme, devletin yaptığı hızlı geri göndermeyi daha hoşgörülü değerlendirebileceği sonucuna ulaşmıştır. Eski- den AİHM kişilerin davranışından çok, hak ihlaline uğrayıp uğramadığına odaklanırken, N.D. ve N.T. v. İspanya davasından sonra bu anlayış değişmiş, başvuruların davranışı daha fazla önem kazanmıştır.

Bahsi geçen üç davada, kabul edilebilirlik aşamasının dışında, hükümetlerin sunduğu hukuki argümanlar büyük ölçüde Suçlayıcı Davranış Testine dayanmaktadır. Davalara konu olaylar farklı olsa da tüm davalı hükümetler; N.D. ve N.T. v. İspanya davasında oluşturulan içtihadı atıfta bulunmuştur. N.D. ve N.T. v. İspanya davasında, Büyük Daire, Başvuranların (sınırı geçmeye çalışanların), grubun kalabalığını kullanarak ve mevcut yasal prosedürleri (normal yoldan giriş kurallarını) geçerli bir mazeretleri olmadan ihlal ederek sınırı geçmeye çalıştıkları için kendilerini tehlikeye attıklarına karar vermiştir.

Polonya, Letonya ve Litvanya ise benzer şekilde başvuruların, ülkelerine yasal yollarla giriş yapma imkânları varken buna rağmen geçerli bir sebep göstermeden bu yolları kullanmadıklarını savunmuştur.

Hükümet temsilcileri yasal sınır geçiş noktalarının varlığını, Elçiliklere erişim imkânlarını ve insani vizeler de dâhil olmak üzere vize başvurusu yapabilme fırsatlarını detaylı bir şekilde anlatarak bu iddialarını desteklemişler.

Özellikle Letonya, başvuruların sınırı geçerken sayı üstünlüklerini kasten kullandıklarını¹⁰⁷; Litvanya ise başvuruların eylemlerinin tesadüfi olmadığını, aksine göçmenlerin araçsallaştırılması denilen daha büyük bir stratejik bağlamdan faydalanarak hareket ettiklerini ileri sürmüştür¹⁰⁸.

¹⁰⁶ KLÜGER, Jessica: *What is the Future of the Prohibition Against Collective Expulsion in the European Human Rights Legal Framework?*, 2025 (<https://www.ejiltalk.org/24558-2/>, ET: 12.03.2025).

¹⁰⁷ AİHM, *HMM ve Diğerleri v. Letonya*, § 6.

Duruşmalardan önce, N.D. ve N.T. v. İspanya davasında oluşturulan içtihadın tersine çevrilmesi pek olası görünmemiş ancak duruşmalardan sonra, bunun artık tamamen imkânsız hale geldiği ifade edilmiştir:

- Davalı hükümetler (Polonya, Letonya, Litvanya) bu önceki içtihadın korunması gerektiğini güçlü şekilde savunmuşlar,
- Başvuranlar bu içtihadı doğrudan eleştirmemişler,
- Onun yerine, Mahkeme'nin önceki yaklaşımı zımnen kabul edilip sadece kendi vakıalarının N.D. ve N.T. v. İspanya davasından farklı olduğunu göstermeye çalışmışlardır¹⁰⁹.

Özellikle, Letonya hükümeti savunmasında N.D.ve N.T. v. İspanya davasında, yüzlerce göçmenin şiddetli bir şekilde İspanya sınırını zorladığı ve acil bir kamu tehlikesi yarattığını ifade etmiştir.

2020 yılında Büyük Daire'nin verdiği N.D. ve N.T. v. İspanya kararı, gerekçesiyle birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Ancak bugün geldiğimiz noktada, o zamanlar İspanya'nın kullandığı ve sonrasında AİHM'nin de benimsediği problemli söylem, insan hakları konusunda ilerici bir yaklaşımı savunanlar arasında bile artık normalleşmiş görünmektedir.

N.D. ve N.T. v. İspanya davasındaki olayların çok net olduğundan bahisle, ilk aşamada Daire'nin başka bir sonuca varması pek mümkün görünmemiştir. Bu görüş, dava Büyük Daire'ye sevk edilmeden önce dile getirilmiştir¹¹⁰. Ancak Büyük Daire, davayı inceledikten sonra oybirliğiyle hak ihlali bulunmadığına hükmetmiştir. Bu karardan sonra Mahkeme'nin alt daireleri, toplu sınır dışı etme davalarında suçlayıcı davranış testini uygulamaya başlamışlardır; ancak Büyük Daire, bu tartışmalı test ve yaklaşımı 2025 yılına kadar bir daha ele almamıştır. Polonya, Letonya ve Litvanya ve davaları, AİHM'nin, hatalı içtihadı gözden geçirmesi için çok önemli bir fırsat olarak görülmüş ancak bu hata-dan dönülmemiştir¹¹¹. Özellikle 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde düzenlenen toplu sınır dışı yasağı ile AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının, her zaman bağlantılı olduğu savunulabilseydi, söz konusu hakkın hiçbir zaman askıya alınmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilirdi.

Bazen başvuruçular AİHM'ne AİHS'nin m. 3 hükmünün ihlal edildiği iddiasını eklemekten sadece 4 No.lu Protokol'ün m. 4 hükmüne binaen toplu sınır dışı şikâyeti yapabilirler. Ancak hükümetler, sınır dışı işlemi yapmadan önce, her bir göçmenin durumunu bireysel ve makul biçimde değerlendir-medikçe, onların işkence veya kötü muamele riski taşıyıp taşımadıklarını bilemezler. Bu yüzden, toplu sınır dışı yasağının gözetilmesi, teorik olarak her zaman zorunludur, çünkü bu yasağın, dolaylı olarak geri gönderme yasağının da korunmasını sağlar¹¹².

VI. SUÇLAYICI DAVRANIŞ TESTİ VE UNSURLARI

AİHM, N.D. ve N.T. v. İspanya davasından kısa bir süre sonra, 24 Mart 2020 tarihinde, bir grup Afgan vatandaşının Ukrayna'ya sınır dışı edilmesiyle ilgili *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*¹¹³ davasında kararını açıklamıştır. Karar, Mahkeme'ye N.D. ve N.T. v. İspanya davasında geliştirilen suçlayıcı

¹⁰⁸ AİHM, *COG ve Diğerleri v. Litvanya*, § 2.

¹⁰⁹ https://www.echr.coe.int/w/h.m.m.-and-others-v.-latvia-no.-42165/21-?p_1_back_url=%2Fweb%2Fsearch%2Fsearch%3Ffolder%3D709108%26q%3D%252242165%2F21%2522&p_1_back_url_title=Search (ET: 12.03.2025).

¹¹⁰ PIJENBURG, Annick: *Is N.D. and N.T. v. Spain the new Hirsi?*, 17.10.2017 (<https://www.ejiltalk.org/24558-2/>, ET: 12.03.2025).

¹¹¹ SCISSA, Chiara / GATTA, Luigi Francesco: "Access to Asylum in Times of Crisis, Force Majeure and Instrumentalization in the EU: Restrictive Trends in Asylum Law and in the Case-Law", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, Sayı 3, s. 228.

¹¹² LUBBE, Anna: *The Elephant in the Room Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?*, 19.02.2020 (<https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>, ET: 17.02.25).

¹¹³ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, B. No: 24917/15, T. 24.03.2020.

davranış testi istisnasının uygulanabilirliğini düşünme ve toplu sınır dışı etme davası üzerindeki etkisini ölçme fırsatı vermesi bakımından önem arz etmektedir. N.D. ve N.T. v. İspanya davasında toplu sınır dışı yasağının ihlal edilmediğine karar veren Mahkeme, benzer şekilde Asady ve Diğerleri v. Slovakya davasında da yine toplu sınır dışı yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

N.D. ve N.T. v. İspanya davasında tasarlandığı ve uygulandığı şekliyle, bu yeni kriter, Devletlerin belirli koşullar altında bireysel işlem yapmaktan kaçınmasına ve böylece toplu sınır dışı yasağının ihlalini engellemesine olanak tanımaktadır. Söz konusu karara göre suçlayıcı davranış testinin düzensiz giriş, yasal giriş prosedürlerinin mevcudiyeti ve sınır dışı edilen ülkede risk bulunmaması şeklinde üç unsuru bulunmaktadır.

AİHM suçlayıcı davranış testinin uygulayabilmek için ilk olarak yabancıların kara sınırından düzensiz giriş yapmaları koşulunu aramaktadır. N.D. ve N.T. v. İspanya davasında Büyük Daire, kara sınırının “yetkisiz bir şekilde”¹¹⁴ benzer şekilde, “resmi giriş prosedürleri kullanılmadan”¹¹⁵ veya “yetkisiz bir konumdan” bölgeye girmeye çalışan kişilerden bahsetmektedir¹¹⁶. Aynı zamanda belki suçlayıcı davranış testinin dördüncü bir unsuru olarak da kabul edilebilecek şekilde; çok sayıda göçmenin¹¹⁷ aynı zamanda “toplu halde” sınır geçmeye çalışması veya güç kullanması¹¹⁸, “kontrol edilmesi zor bir durum”¹¹⁹ yaratması, “kamu güvenliğinin tehlikeye atılması”¹²⁰, dış destekli veya “önceden planlanmış bir operasyon kapsamında kara sınırının geçilmesi”¹²¹ gibi durumlar düzensiz girişi mazur göstermeyecek durumlar olarak sıralanmıştır.

İkincisi Büyük Daire, “yasal giriş araçlarına gerçek ve etkili erişim” olmasını¹²² ve son olarak da bireysel işlem yapılmaksızın sınır dışı edilenler için varış ülkesinin güvenli olarak değerlendirilmesini şart koşmaktadır¹²³.

Suçlayıcı davranış testinin unsurlarını, Asady ve Diğerleri v. Slovakya davası özelinde incelemeye geçmeden evvel dava konusu ve mahkeme kararı aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

İspanya’ya Fas üzerinden yasadışı şekilde tel örgüleri aşarak kitlesel olarak giriş yapılması üzerine, iki sığınmacının hızlandırılmış prosedürle sınır dışı edilmesinde, AİHM’nin, AİHS’ne Ek 4 No.lu Protokolün 4. maddesi kapsamında toplu sınır dışı yasağı ihlali bulmadığına kara verdiği N.D. ve N.T. v. İspanya kararında AİHM’in, bu sonuca varırken özellikle başvuruçuların yasadışı davranışlarını yeni bir değerlendirme kriteri olarak ele aldığı dikkati çekmektedir.

Asady ve Diğerleri v. Slovakya davası, on dokuz Afgan vatandaşının 2014 yılında Slovakya’ya yasadışı yollarla girme girişimini konu almaktadır. Başvuruçular, Ukrayna sınırına yakın bir yerde, gece vakti, polisin aracı takip etmesinin ardından kaçan bir kamyonun içinde saklanmış halde bulunmuşlardır. Kimlik belgeleri yoktur ve Slovak polisi tarafından yakalanmışlardır. Yakalandıktan sonra, başvuranlar ve diğer Afganlar bir polis karakoluna götürülerek tercüman eşliğinde Farsça mülakatları yapılmış ardından polis memurları tarafından işlemleri yapılmıştır. Slovak hükümeti tarafından sunulan belgelere göre, her mülakat yaklaşık on dakika sürmüş, sorular standartlaştırılmış ve başvuranların yanlarında bulundurdıklarını beyan ettikleri para miktarı dışında aynı cevaplar verilmiştir. Mülakatla-

¹¹⁴ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 166, 201, 206, 211.

¹¹⁵ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 231.

¹¹⁶ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 242.

¹¹⁷ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 166, 201, 206, 210, 211, 231, 242.

¹¹⁸ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 201, 210, 211, 231.

¹¹⁹ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 201.

¹²⁰ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 201.

¹²¹ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 206.

¹²² AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 201, 210, 211.

¹²³ AİHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 226,230.

rın ardından, tüm başvurular hakkında ayrı ayrı ancak aynı ifadelerle sınır dışı kararları verilmiş ve aynı günün akşamı Ukrayna'ya gönderilmişlerdir. Dolayısıyla, çok sayıda göçmenin yer aldığı, gizlice ve dışarıdan destekle gerçekleştirilen organize ve düzensiz bir sınır geçişi ile bunu karşılığında idari makamların kısa süreli mülakatları sonucunda verdikleri sınır dışı kararları bulunmaktadır.

Asady ve Diğerleri v. Slovakya davasında Başvurucular, 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi ve AIHS'nin 13. maddesi uyarınca, davalarının uygun bir şekilde bireysel olarak incelenmeden gerçekleştirildiğini ileri sürerek, sınır dışı edilmelerini şikâyet etmişlerdir. Ayrıca, sığınma taleplerinin göz ardı edildiğini, sığınma prosedürlerine, bilgi ve yardıma erişimlerinin engellendiğini ve sınır dışı edilmelerine karşı etkili bir başvuru yollarının bulunmadığını iddia etmektedirler. Sınır dışı edilmelerine yol açan prosedürün koşulları, toplu sınır dışı edildiklerini açıkça ortaya çıkmaktadır. Yalnızca 10 dakika süren mülakatta davalarını daha ayrıntılı açıklamak için ek süre verilmemiş; esasen evet/hayır cevapları gerektiren sorular sorulmuş ve polis memurları daha doğru tespit için proaktif bir çaba göstermemiş ve birçok kişi için yalnızca birkaç saatliğine müsait olan tek bir tercümandan yardım alınmıştır. Hızlandırılmış şekilde ve toplu olarak sınır dışı edilmişlerdir. Tüm sınır dışı kararlarının aynı ifadelerle Başvuranların varışlarından sonraki 24 saat içinde verilip uygulanması da toplu sınır dışı ihtimalini güçlendirmiştir¹²⁴.

Sınır dışı kararlarına karşı başvuru alan AIHM, Asady ve Diğerleri v. Slovakya davasında polis merkezinde kısa süren bir mülakatla, ülkeye yasadışı yollarla toplu olarak girenlerin sınır dışı edilmesinde, kolluktaki mülakatın sığınmacıların geri gönderme yasağı çerçevesinde sunacakları savunmaları almak için yeterli olduğunu değerlendirmiştir. Başka bir deyişle Mahkeme kısa ve tek taraflı bir soru sorma yönteminden ibaret olan bir mülakat işlemini, sığınma başvurusuna ilişkin hususların dile getirilebileceği, gerçek ve etkin bir yol olarak kabul etmiştir. Ancak AIHM'nin daha önceki değerlendirmelerine bakıldığında, sığınmacıların tek taraflı ifadesinin alınmasından ziyade, geri gönderme yasağı ilkesi çerçevesinde neden sığınma talep ettiklerine ilişkin arkada yatan gerçek nedenlerin araştırılması gibi bir usuli teminatın somut olayın şartlarında zayıflatıldığı görülmektedir. Oysa AIHM Dairesi, İspanya aleyhine açılan N.D. ve N.T. başvurusunda, toplu sınır dışı etme yasağını içeren maddenin öngördüğü usuli güvenceler kapsamında, her bir sığınma talebinin bireysel olarak değerlendirilmesi yükümlülüğüne uyulmamasını bir ihlal olarak kabul etmiş ve ayrıca başvurucuların başvurabileceği etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığını tespit etmiştir. Ne var ki, kararın Büyük Daire'ye taşınmasının ardından verilen nihai kararda bu tespitlerin tam aksine, ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmış; bu yaklaşım ise, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile güvence altına alınan ve günümüzde evrensel hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen geri gönderme yasağına ilişkin usuli güvencelerin zayıflatılması riskini doğurmuş ve özellikle devletlerin keyfi sınır dışı uygulamalarına alan açabilecek nitelikte bir içtihadı dönüşmüştür¹²⁵.

Slovak Hükümeti ise savunmasında her başvuranın, yasadışı göçmenlerle görüşme konusunda uzun süreli deneyime sahip polisler tarafından, bireysel ve uygun şekilde sorgulandığını ve tercümanın sağladığı yardımın yeterli olduğunu belirtmiştir. Görüşmeler sırasında kaydedilen cevapların aynı şekilde ifade edilmesinin ise toplu nitelikte bir yaklaşımı gerektirmediğini, aksine bu durumun, başvuruların grup halinde seyahat etmiş olmaları ve dolayısıyla aynı olgular ve saikler üzerine ifadelerini koordine etmiş olduklarını, kaçakçıların yardımıyla organize bir şekilde Slovakya'ya gelen göçmenlerin tipik bir özelliği olduğu şeklinde açıklanabileceği ifade edilmiştir. Hükümet, başvuruların sahip oldukları para miktarları açısından farklılık göstermesini ise polisin onlara bireysel olarak davrandığını gösterir bir argüman olarak sunmuştur. Başvuranların sığınma prosedürlerine ilişkin iddialarına gelince, başvuruların hiçbirinin kendi ülkelerinde zulüm görme riskinden bahsetmediğinden daha ziyade

¹²⁴ <https://strasbourgoobservers.com/2020/05/06/tell-me-your-story-but-hurry-up-because-i-have-to-expel-you-asady-and-others-v-slovakia-how-to-quickly-conduct-individual-interviews-and-not-apply-the-nd-nt-own-cul/> (ET: 11.07.2025).

¹²⁵ KÖKSAL, Tuğçe Duygu: "Avrupa Birliği Sınırlarının Korunması Yolu Olarak "Geri İtmeler" ve Pandemi Sonrası İçin Değerlendirme", *EURO Politika*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 127-128.

ekonomik nedenlerle Afganistan'dan ayrılıp Almanya'ya gitmek istedikleri ve dolayısıyla Slovakya'da sığınma talebinde bulunmayı düşünmedikleri anlaşıldığından, incelemenin derinleştirilmesine gerek kalmadığı ifade edilmiştir. Sınırdaki yakalanan grubun üyesi olan on iki Afgan'ın daha sığınma talebinde bulunmuş olması ve bunun sonucunda Ukrayna'ya gönderilmek yerine, bir kabul merkezine transfer edilmiş olması, sığınma prosedürlerinin erişilebilir olduğuna delil gösterilmiştir.

Mahkeme, her şeyden önce, Protokol 4'ün 4. maddesinin her koşulda bireysel görüşme hakkını garanti altına almadığını; ayrıca, benzer kararların verilmesinin başlı başına sınır dışı etme işleminin toplu niteliğine ilişkin bir sonuca varılmasına yol açmadığını hatırlatmaktadır. Bununla birlikte, kısa görüşmelere rağmen, başvuranlara sınır dışı edilmelerine karşı gerekçeleri sunmaları için gerçek ve etkili bir olanak tanındığına ve bunların ulusal makamlarca uygun bir şekilde incelendiğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak AIHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya* davasında Büyük Daire tarafından yeni geliştirilen suçlayıcı davranış testinin unsurları bakımından Mahkeme, kendi kusurlu davranış testini uygulamamaktadır. Sadece, başvuranların Slovak sınırını yetkisiz bir şekilde geçmiş olsalar da Slovakya topraklarında yakalandıkları ve Devletin, kişilere uygun sınır prosedürü aracılığıyla yasal giriş yollarına erişim sağladığı belirtilmektedir¹²⁶. Karar, suçlayıcı davranış testi istisnasının bazı gerekliliklerine atf teşkil etse dahi, istisnaya sadece karşı görüşte yer verildiği ve uygulanamaz bulunduğu görülmektedir. Başvuranların, sınırdan yetkisiz bir şekilde giriş yaptığı açıktır. Peki, düzensiz girişi haklı gösterebilecek durumlar mevcut mudur? Bu soruya da olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zira *N.D. ve N.T. v. İspanya* kararında, İspanya sınırlarına güç kullanılarak yapılan hatta baskın niteliğindeki sınır geçişine, yaklaşık altı yüz göçmenin katıldığı, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya* davasında ise herhangi bir güç kullanmadan sadece otuz iki kişinin sınır geçişine katıldığı; ayrıca Slovakya davasında kamu güvenliği nedeniyle herhangi bir tehlikenin oluşmamıştır. Dış destek ve planlama (birisinden sürülen bir kamyonun içinde gece vakti sınırı geçmeye çalışma) olduğunu iddia edilebilse dahi yine de, suçlayıcı davranış istisnası, gerekli koşulları sağlamadığı için geçerli olmayacaktır. Afganların yurtdışındaki diplomatik misyonlar veya konsolosluklar aracılığıyla uluslararası koruma başvurusunda bulunma seçeneği bulunmamaktadır. bu da yasal giriş araçlarına gerçek ve etkili erişim olmadığı için suçlayıcı davranış testinin ikinci unsurunun da oluşmadığına işaret etmektedir.

VII. TÜRK HUKUKUNDA TOPLU SINIR DIŞI ETME YASAĞININ DURUMU

1963'de imzaya açılmış ve 1968'de yürürlüğe girmiş 4 No.lu Protokolü Türkiye, 1992'de imzalamıştır. Protokolün Onay Kanunu ile Türkçe çevirisi ise 1994'te yayımlanmıştır¹²⁷. Türkiye bir uluslararası andlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan iç hukuk işlemlerini gerçekleştirmesine rağmen onay belgeleri hala Avrupa Konseyi'ne tevdi edilmemiştir¹²⁸.

Türkiye'nin onay işlemlerini gerçekleştirmesine rağmen tevdi işlemini gerçekleştirmemiş olması 4 numaralı Protokolün, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru açısından uygulanabilir olup olmadığı tartışmalarını gündeme getirmektedir. AYM'nin bu hususta verdiği bireysel başvuru kararlarında, 4 No.lu Protokolün kapsamında yer alan haklara ilişkin başvuruları, Türkiye'nin henüz taraf olmamasını gerekçe göstererek, konu bakımından yetkisizlik sebebiyle reddettiği görülmektedir¹²⁹.

¹²⁶ AIHM, *Asady ve Diğerleri v. Slovakya*, § 62.

¹²⁷ 23 Şubat 1994 tarihli ve 3975 sayılı Onay Kanunu, 26 Şubat 1994 tarih ve 21861 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 9 Haziran 1994 tarih ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Protokol'ün Resmî Türkçe çevirisi, 14 Temmuz 1994 tarih ve 21990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹²⁸ GÖZTEPE, Ece: "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi*, 2014, Rona Aybay'a Armağan Özel Sayısı, s. 1121; BAYRAM DUMLU-DAĞ, Mihri Sinem: *Türk Yabancılar Hukukunda Sınır Dışı Etme*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2018, s. 15; <https://insanhaklari Merkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numarali-protokol/> (ET: 10.03.2025).

¹²⁹ YILMAZ, s. 820.

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik çeşitli hükümler içermesine karşın, AİHS'ne Ek 4 No.lu Protokol'de düzenlenen haklardan biri olan, yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini yasaklayan hükme anayasal düzeyde açıkça yer vermemektedir. Bu durum, Protokol kapsamında tanınan haklar arasında, Türk Anayasası'nda açıkça düzenlenmeyen yegâne hüküm olarak dikkat çekmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere bir ülkenin vatandaşı olmayan kişileri, belirli gerekçelerle ülkesinden çıkarması, o devletin egemenlik yetkileri çerçevesinde uluslararası hukuk tarafından kabul edilen bir ilkedir¹³⁰. 4 No.lu Protokol'de yer alan toplu sınır dışı etme yasağı, devletin egemenlik yetkisi çerçevesinde yabancıları ülkeden çıkarma yetkisini tamamen ortadan kaldırmaz. Aksine, bu yetkinin ayrımcı veya keyfi biçimde, özellikle de belli bir gruba yönelik olarak sistematik şekilde kullanılması durumunu engellemeyi amaçlayan bir güvencedir. Dolayısıyla söz konusu yasağın, devletin yabancılarla ilgili kamu düzeni gerekçesiyle aldığı sınır dışı etme kararlarıyla temel bir çatışma içinde değildir; bilakis, bu tür işlemlerin bireysel değerlendirmeye dayalı ve hukuki güvenceye tabi olarak gerçekleştirilmesini öngörür¹³¹.

4 No.lu Protokolün tevdi işleminin yapılmamasının muhtemel sebebinin toplu sınır dışı etme yasağını düzenleyen 4. madde olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, Türkiye'nin iç karışıklık yaşayan veya başka ülkelerle savaştan birçok sınır komşusunun olması, transit göç yolunda bulunması ve kitlesel akınlara maruz kalma riski karşısında siyasi bir taktik olarak işlemin tamamlanmadığı ifade edilmektedir¹³². Ancak bugün için bu fikre katılmanın zor olduğu kanaatindeyiz. Zira Türkiye karşılaştığı kitlesel akınlarda dahi, hiçbir yabancıyı zorla geri gönderme fikri olmadığına vurgu yapmaktadır. Özellikle 8 Aralık 2024 tarihinde Esed hükümetinin düşmesi ile birlikte Suriye'de yaşanan gelişmeler sonrasında resmî kanallardan yapılan açıklamalar da düzenli, güvenli, gönüllü ve onurlu geri dönüş için olağanüstü bir çabayı göstermektedir¹³³.

Sonuç olarak, Türkiye tarafından 4 No.lu Protokol iç hukuka dâhil edilmiş olmasına karşın, Protokol'e ilişkin onay belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmediği için, bu hükümlerin uluslararası düzeyde bağlayıcılığı doğmamıştır. Bu durum, Protokol hükümlerinin Türkiye'de iç hukuk yollarında ileri sürülebileceği; ancak bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınamayacağı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, toplu sınır dışı etme gibi Protokol kapsamındaki bazı ihlallerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer maddeleri -örneğin, yaşam hakkı (madde 2), işkence yasağı (madde 3) veya etkili başvuru hakkı (madde 13)- aracılığıyla Mahkeme önüne getirilebilmesi mümkündür¹³⁴. Dolayısıyla, Türkiye'nin uluslararası sorumluluktan tamamen kaçınabilmesi söz konusu değildir; zira tevdi işlemlerinin yapılmamış olması, AİHS'den doğan yükümlülüklerini bertaraf etmemektedir¹³⁵.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda toplu sınır dışı etme yasağına yer verilmemiş olmasının bir eksik mi yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu da tartışılabilir. Türkiye, AİHS'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün kabulü sürecini tamamlamamıştır. 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesi, açık biçimde toplu sınır dışı etmeyi yasaklarken, Türkiye'nin tevdi işlemlerini gerçekleştirilmemiş olması, bu hakkın iç hukuka tam olarak entegre edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak Türkiye geri göndermeme ilke-

¹³⁰ KABAALIOĞLU, Haluk / EKŞİ, Nuray: "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2014, Sayı 24, s. 503. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 ve 2014 yıllarında verdiği iki önemli Büyük Daire kararında, devletlerin egemenlik yetkilerine dayalı savunmalarını değerlendirirken, egemenlik ilkesinin uluslararası yükümlülüklerin ihlaline gerekçe olamayacağını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, özellikle insan haklarına saygı yükümlülüğünün devletin iç düzenlemeleri ya da egemenlik yetkisiyle bertaraf edilemeyeceğini vurgulamış; uluslararası hukuk bağlamında, taraf devletlerin AİHS kapsamındaki sorumluluklarından feragat edemeyeceği sonucuna varmıştır. AİHM, *Hirsi Jamaa v.d./İtalya*, § 179; *Gürcistan/Rusya*, § 177; YILMAZ, s. 841.

¹³¹ YILMAZ, s. 841.

¹³² GÖZTEPE, s. 1131-1132; YILMAZ, s. 841.

¹³³ <https://www.goc.gov.tr/bm-multeciler-yuksek-komiseri-filippo-grandi-suriyelilerin-gonullu-geri-donusu-konusunda-turkiyeden-ogrenilecek-cok-sey-var> (ET: 10.03.2025).

¹³⁴ YILMAZ, s. 845.

¹³⁵ YILMAZ, s. 846.

si kapsamında bu yasağa dolaylı da olsa uymakla yükümlüdür (AİHS madde 3 ve 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 33).

Ayrıca Türk hukukunda her ne kadar toplu sınır dışı etmenin yasak olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmasa da, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin¹³⁶ m. 54/1 hükmü idarenin, sınır dışı etme kararını her yabancı için ayrı ayrı alması gerektiğinin öngörülmesi, söz konusu yasağın mevcudiyetinin tespiti açısından yeterli görülebilmektedir¹³⁷. Toplu sınır dışı yasağını içeren kanuni bir düzenleme olmaması, özellikle kitlesel göç veya güvenlik tehditleri gibi kriz durumlarında veya kamu güvenliği gerekçesiyle bireysel değerlendirme yapılmadan, idarenin geniş takdir yetkisiyle keyfi sınır dışı işlemlerine yol açabilir. Bu da hukuki güvencelerin zayıflaması demektir.

SONUÇ

Toplu sınır dışı etme yasağı, bireysel, makul ve nesnel bir değerlendirme olmaksızın, belirli bir grubun toplu şekilde ülkeden çıkarılmalarını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yasak, bireysel değerlendirme ilkesine dayalı olarak her bir yabancının kişisel durumunun dikkate alınmasını zorunlu kılmakta; dolayısıyla devletlerin egemenlik yetkisini sınırlayan önemli bir insan hakları normu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkenin kökeni, kitlesel sınır dışı uygulamalarının yarattığı ağır insan hakları ihlallerine karşı geliştirilmiş olup, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 No.lu Protokolü olmak üzere, çeşitli uluslararası belgelerde açık biçimde düzenlenmiştir. Her ne kadar söz konusu yasağın lafzı açık bir tanım içermese de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, bu ilkenin yorumunda belirleyici rol oynamakta; yasak kapsamına giren durumları, yalnızca kişilerin sayısı veya grup mensubiyetleriyle değil, aynı zamanda her bir bireyin hukuki durumunun makul ve tarafsız biçimde incelenip incelenmediği ölçütüyle değerlendirmektedir.

Mahkemenin Conka v. Belçika, Gürcistan v. Rusya ve Hirsi Jamaa v. İtalya gibi emsal kararlarında görüldüğü üzere, sınır dışı işlemlerinde görünürde bireysel değerlendirme yapılmış olsa dahi, uygulamada sistematik bir ayrımcılık, genelgeye dayalı idari talimatlar veya bireysel hak arama yollarının fiilen engellenmesi gibi unsurlar, işlemi toplu sınır dışı niteliğine büründürmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, biçimsel bir değerlendirme yerine, somut olayın bütün koşullarını dikkate alarak esasa ilişkin bir denetim gerçekleştirmektedir. Öte yandan, M.A. v. Kıbrıs kararında olduğu gibi, her bir yabancıya ilişkin olarak bireysel dosyaların ayrıntılı biçimde incelendiği, kararların kişisel gerekçelerle alındığı ve etkili başvuru yollarının tanındığı durumlarda, aynı anda yapılan sınır dışı işlemleri dahi toplu olarak nitelendirilmemektedir. O halde toplu sınır dışı etme yasağının etkin biçimde uygulanabilmesi, yalnızca pozitif düzenlemelere değil, aynı zamanda idare ve yargının bireyselleştirme yükümlülüğünü içselleştirerek her yabancının özel durumunu dikkate almasına bağlıdır.

Günümüzde, göç kontrolü alanında uluslararası iş birliğine yönelik çabalar devam etmekle birlikte, devletlerin bağlayıcı olmayan belgelere dahi mesafeli yaklaşımları, göç konusunun hâlâ egemenlik sınırlarında sıkı şekilde tutulduğunu göstermektedir. Bu nedenle, göç politikalarının hem devlet egemenliğini hem de insan haklarını gözetken dengeli bir yaklaşımla yürütülmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Geri gönderme yasağı ile toplu sınır dışı etme yasağı ilkeleri, devletlerin ülkesel egemenlik yetkilerini mutlak biçimde kullanmalarının önünde önemli bir sınır teşkil etmektedir. Her ne kadar her iki yasağın dayandığı hukuki gerekçeler ve koruma sağladığı kişi kategorileri farklılık arz etse de, sonuç itibarıyla her ikisi de devletlerin sınır dışı işlemlerinde keyfilikten uzak durmasını ve usule uygun hareket etmesini zorunlu kılmaktadır.

¹³⁶ 17.03.2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazete.

¹³⁷ YİĞİT, s. 31.

AIHM'nin N.D. ve N.T. v. İspanya kararında benimsediği suçlayıcı davranış testi ve son olarak Polonya, Letonya ve Litvanya hakkında görülen davalardaki gelişmeler, bu korumanın esnediğine ve daha güvenlik odaklı bir yaklaşımın öne çıktığına işaret etmektedir. Göçmenlerin davranışları, haklarının değerlendirilmesinde belirleyici bir unsur haline gelmiş ve bu durum, devletlerin bireysel değerlendirme yapmadan toplu sınır dışı işlemlerini meşrulaştırmaları açısından ciddi riskler doğurmuştur. Ancak AIHM'nin N.D. ve N.T. v. İspanya kararında geliştirdiği suçlayıcı davranış testi ve bu içtihadın son dönemde R.A. v. Polonya, HMM v. Letonya ve COCG v. Litvanya gibi davalarda hem hükümetlerce benimsenmesi hem de başvuranlarca doğrudan reddedilmemesi, bu yasağın geleceği bakımından kaygı verici bir eğilime işaret etmektedir. Başvuranların, stratejik gerekçelerle bu içtihada açıkça karşı çıkmamayı tercih etmeleri ve toplu sınır dışı yasağını her zaman geri göndermeme ilkesiyle bağlantılı görmemeleri, bu koruma ilkesinin mutlak karakterine zarar verebilir. AIHM'nin de bu yaklaşımı benimsemeye devam etmesi, devletlerin sınır güvenliği ve kamu düzeni gibi gerekçelere dayanarak daha kolay biçimde toplu sınır dışı işlemleri gerçekleştirmesinin önünü açabilir. Oysa Protokol 4, Madde 4 ile getirilen bu yasağın, yalnızca bireysel değerlendirme ilkesinin bir yansıması değil; aynı zamanda işkence ve kötü muamele yasağının dolaylı bir garantisidir.

Bu nedenle, AIHM'nin suçlayıcı davranış testini ve devletlerin politik kaygılarla sınır dışı uygulamalarını genişletme ihtimali doğurabilecek içtihadını yeniden gözden geçirmesi ve toplu sınır dışı etme yasağını, geri gönderme yasağı ile daha güçlü bir biçimde ilişkilendirmesi insan hakları hukukunun güçlendirilmesi açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Türkiye ise, geri gönderme yasağına bağlı kalacağını açıklamakta ve fiilen buna uygun hareket etmeye çalışmakta ise de, toplu sınır dışı yasağı gibi önemli bir korumanın açıkça iç hukuka entegre edilmemesi, keyfi uygulamalara zemin hazırlayabilir.

Sonuç olarak, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yaşanan yön değişimi hem de Türkiye'nin 4 No.lu Protokol'ü tam anlamıyla yürürlüğe koymamış olması, toplu sınır dışı yasağının geleceği açısından ciddi soru işaretleri doğurmaktadır. Bu bağlamda, insan haklarının özünü koruyabilmek için hem ulusal hem de uluslararası düzeyde bu yasağın açık, bağlayıcı ve etkili biçimde uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞMUŞ, Celil: *Sınır Dışı Etme İşlemlerine İlişkin Türk İdare Mahkemelerince Verilen Kararların AIHM İçtihatlarına Uygunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- AL-MIDANI, Mohammed Amin / CABANETTES, Mathilde: “Arab Charter on Human Rights 2004”, *Boston University International Law Journal*, 2006, Sayı 24, s. 147-164.
- ALINIKULA, Isabella: *Migrants at the Borders of Europe: The European Framework for Protection Against Pushbacks and Collective Expulsions*, Master’s Thesis in International Law and Human Rights, Åbo Akademi, Finlandiya, 2021.
- ANAYURT, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ASAR, Aydoğan: *Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYBAY, Rona: “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 141-172.
- BAYRAM DUMLUDAĞ, Mihri Sinem: *Türk Yabancılar Hukukunda Sınır Dışı Etme*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2018.
- BENHABİB, Seyla: *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- BOKOVÁ, Terezie / BRAŽINA, Radislav: “Expulsion of Aliens, Non-Refoulement and Issues related to (Administrative) Discretion”, *Journal of Administrative Sciences*, 2021, Sayı 1, s. 90-103.
- BORAK, Muteber Meva: *Anayasa Mahkemesinin Sınır Dışı Etmeye İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının İncelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- CASTLES, Stephen / MILLER, Mark J.: *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Guildford Press, New York-London, 2009.
- CHEN, Lung-Chu: *An Introduction to Contemporary International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CRAWFORD, James: “Chance, Order, Change: The Course of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2013, Sayı 365, s. 347-353.
- ČUČKOVIĆ, Bojana: “The Relationship between the Prohibition of Refoulement and the Prohibition of Collective Expulsion in the Context of Access to Territory: Standards of the European Court of Human Rights and Their Relevance for the Legal System of the Republic of Serbia”, *International Scientific Conference-Law and Social Values*, 2023, s. 57-76.
- ÇELİKEL, Aysel: *Yabancılar Hukuku*, 28. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- DARDAĞAN KİBAR, Esra: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, Sayı 2, s. 53-74.
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper / İZMİRLİ, Lale Ayhan: *Türk Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.
- DOST, Süleyman: “Uluslararası Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Arap İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 35, s. 81-110.
- EKŞİ, Nuray: “ILC’nin ‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kuralları’nın Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2013, Sayı 33, s. 1- 30 (Taslak Kuralları).
- EKŞİ, Nuray: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye Davası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- EKŞİ, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

- ERGÜL, Ergin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS: *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006 (<https://tandis.odhr.pl/retrieve/22619>, ET: 17.02.25).
- FILIPPO, Marcello Di: "Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, Cilt 14, Sayı 2, s. 479-510.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas / AALBERTS, Tanja: *Search and Rescue as a Geopolitics of International Law in: Aalberts and Gammeltoft-Hansen the Changing Practices of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas: *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- GOODWIN-GILL, Guy / McADAM, Jane: *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÖZTEPE, Ece: "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi*, 2014, Rona Aybay'a Armağan Özel Sayısı, s. 1121-1150.
- HARRIS, David / O'BOYLE, Michael / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla M.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- HEIJER, Martin Den: "Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case", *International Journal of Refugee Law*, 2013, Cilt 25, Sayı 2, s. 265-290.
- HENCKAERTS, Jean-Marie: *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, Netherlands, 1995.
- İNELİ CİĞER, Meltem: "An Analysis of the European Court of Human Rights Judgment in the Case of N.D. and N.T. v. Spain", *Law & Justice Review*, 2021, Sayı 21, s. 253-275.
- KABAALIOĞLU, Haluk / EKŞİ, Nuray: "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2014, Sayı 24, s. 141-169.
- KABOĞLU, İbrahim Ö: "Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1985, Sayı 3, s. 401-418.
- KIM, Seunghwan: "Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context", *Leiden Journal of International Law*, 2017, s. 49-70.
- KLÜGER, Jessica: *What is the Future of the Prohibition Against Collective Expulsion in the European Human Rights Legal Framework?*, 2025 (<https://www.ejiltalk.org/24558-2/> ET: 12.03.2025).
- KOSKENNIEMI, Martti: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- KÖKSAL, Tuğçe Duygu: "Avrupa Birliği Sınırlarının Korunması Yolu Olarak "Geri İtmeler" ve Pandemi Sonrası İçin Değerlendirme", *EURO Politika*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 125-140.
- LUBBE, Anna: *The Elephant in the Room Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.*, 19.02.2020 (<https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>, ET: 17.02.25).
- McADAM, Jane: "The Global Compacts: A New Era for International Protection?", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt 30, Sayı 4, s. 571-574.
- MELIN, Pauline: "The Global Compact for Migration: Lessons for the Unity of EU Representation", *European Journal of Migration and Law*, 2019, Cilt 21, Sayı 9, s. 194-214.
- OVEY, Clare / WHITE, Robin: *The European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2006.

- PARLAK, Türkan Melis: *Avrupa Birliği Göç Hukuku Reformunda Düzensiz Göçmenlerin Statüleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- PIJNENBURG, Annick: *Is N.D. and N.T. v. Spain the new Hirsi?*, 17.10.2017 (<https://www.ejiltalk.org/24558-2> ET: 12.03.2025).
- RAWLS, John: *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RIEMER, Lena: “The Prohibition of Collective Expulsion in Public International Law”, *Inaugural-Dissertation*, Freien Universität Berlin, 2020.
- RIJKEN, Conny / PIJNENBURG, Annick / OUDEJANS, Nanda: “Organization of United States Department of International Law”, *Melbourne Journal of International Law*, Cilt 19, Sayı 2, s. 614-638.
- RISTIK, Jelena: “The Right to Asylum and the Principle of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights”, *European Scientific Journal*, 2017, Cilt 13, Sayı 28, s. 108-120.
- SCISSA, Chiara / GATTA, Luigi Francesco: “Access to Asylum in Times of Crisis, Force Majeure and Instrumentalization in the Eu: Restrictive Trends in Asylum Law and in the Case-Law”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, Sayı 3, s. 226-263.
- SCUTO, Filippo: “Alien’s Protection against Expulsion and Prohibition of Collective Expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, (Ed.) NIJHOFF, Martinus: *Aliens Before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards Protection*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, 2018, s. 2-17.
- TAŞDEMİR, Hakan / DEMİR, Hasan: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2002, Sayı 3, s. 85-100.
- VON STERNBERG, Mark R.: “Reconfiguring the Law of Non-Refoulement: Procedural and Substantive Barriers for Those Seeking to Access Surrogate International Human Rights Protection”, *Journal on Migration and Human Security*, 2014, Cilt 2, Sayı 4, s. 329-360.
- YILMAZ EREN, Esra: “‘Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat’ Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 3, Sayı 1, s. 65-122.
- YILMAZ, Didem: “6216 Sayılı Kanun’daki ‘Taraf Olma’ Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 64, Sayı 3, s. 815-854.
- YİĞİT, Nedime Tuğçe: *Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.

**Çek Cumhuriyeti Hükümet Sistemi Üzerine Bir İnceleme^(*)***A Study on the Government System of the Czech Republic***Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU**

Doktor Öğretim Üyesi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar KelimelerHükümet Sistemleri,
Yarı-Başkanlık
Sistemi,
Çek Cumhuriyeti,
Doğu Bloku,
Kadife Devrimi.**Öz**

Çek Cumhuriyeti'nde 2012 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmeye başlanmıştır. Bu çalışmada, söz konusu anayasa değişikliği sonrası ortaya çıkan hükümet sistemindeki dönüşüm analiz edilerek Çek Cumhuriyeti hükümet sistemi tarihsel ve anayasal bağlamda incelenmiştir. 1993 yılında, Çekoslovakya'nın barışçıl bir biçimde dağılmasından sonra Çek Cumhuriyeti kurulmuş ve hükümet sistemi olarak da parlamenter hükümet sistemi benimsenmiştir. Ancak, cumhurbaşkanını halkın seçmesi ile birlikte ülkenin hükümet sisteminde önemli bir kırılma yaşanmıştır. Bu değişiklik, cumhurbaşkanının anayasal yetkilerine dokunmamış olsa da halk tarafından seçilmesiyle birlikte doğrudan meşruiyete sahip olan cumhurbaşkanı fiilen daha güçlü ve etkin bir siyasi aktör haline gelmiştir. Çalışmada, anayasal organların yetki dağılımı ve uygulamada yaşanan örnekler çerçevesinde yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler incelenmiştir.

KeywordsGovernmental
Systems,
Semi-Presidential
System,
Czech Republic,
Eastern Bloch,
Velvet Revolution.**Abstract**

With the constitutional amendment made in 2012 in the Czech Republic, the President began to be elected by the people. In this study, the transformation in the government system that emerged after the constitutional amendment was analyzed, and the government system of the Czech Republic was examined in a historical and constitutional context. In 1993, after the peaceful dissolution of Czechoslovakia, the Czech Republic was established, and the parliamentary system of government was adopted. However, with the election of the president by the public, there was a significant break in the country's government system. Although this change did not touch the constitutional powers of the president, the president, who had direct legitimacy by being elected by the people, became a more powerful and effective political actor. In the study, the relations between the legislative and executive bodies were examined within the framework of the distribution of powers of the constitutional bodies and the examples experienced in practice.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.05.2025, Kabul Tarihi: 10.07.2025.



GİRİŞ

Yasama erki ile yürütme erki arasındaki ilişkiler hükümet sistemlerini ortaya çıkarmaktadır. Kuvvetler birliği sistemleri bir yana bırakıldığında kuvvetler ayrılığı sistemleri temelde kuvvetlerin sert ayrılığı (başkanlık sistemi) ve kuvvetlerin yumuşak ayrılığı (parlamentar sistem) olarak ikiye ayrılır. Başkanlık sistemi ve parlamenter hükümet sisteminin yanında her iki hükümet sisteminden de bazı özellikler taşıyan yarı başkanlık sistemi de kuvvetler ayrılığına dayanan demokratik hükümet sistemleri arasında yer almaktadır. Bu çalışmada, 1993 yılında Çekoslovakya'nın ikiye ayrılması sonucunda kurulan Çek Cumhuriyeti'nin hükümet sistemi ele alınacaktır.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında 1918 yılında Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra Çekoslovakya kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Çekoslovakya Alman işgaline maruz kalmış ve 1989 yılına kadar ise Doğu Bloku içinde yer almıştır. 1989 yılında Kadife Devrimi olarak adlandırılan barışçıl bir hareket sonucunda komünist yönetime son verilmiştir. 1992 yılının sonuna gelindiğinde ise Çek Cumhuriyeti ve Slovakya resmen ayrılmıştır. 1 Ocak 1993 tarihi itibarıyla Çek Cumhuriyeti bağımsız bir devlet olmuştur.

2012 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğine kadar Çek Cumhuriyeti, iki kanatlı bir meclisten oluşan parlamentoya, yürütme organının yasamanın içinden çıktığı ve yasama organına karşı sorumlu olduğu bir hükümet sistemine ve meclis tarafından seçilen bir cumhurbaşkanına sahip olmuştur. Bu özellikleri itibarıyla Çek Cumhuriyeti hükümet sistemi 2012 yılına kadar parlamenter hükümet sisteminin saf bir örneğini oluşturmaktadır. Ancak 2012 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğine kadar parlamenter hükümet sisteminin saf hali ile yönetilen Çek Cumhuriyeti'nde devlet başkanının halk tarafından seçilir hale gelmesiyle parlamenter hükümet sisteminden kopuş yaşanmıştır. İki başlı yürütme organına sahip olan ülkede, bir tarafta başbakan başkanlığındaki bakanlar kurulu, diğer tarafta ise halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı yer almaktadır. Her ne kadar cumhurbaşkanının anayasal yetkilerinde bir değişiklik yapılmamış olsa da bu yeni yapı hükümet sisteminde bir farklılaşma oluşturmuştur. Bu çalışmanın amacı, 2012 yılında devlet başkanının halk tarafından seçilmesiyle birlikte, devlet başkanının sahip olduğu anayasal yetkiler ele alınarak parlamenter sistemin saf halinden uzaklaşan Çek Cumhuriyeti hükümet sistemini nitelendirmektir. Bu doğrultuda, çalışmada, Çek Cumhuriyeti'nin tarihine yer verildikten sonra anayasal organlar ele alınacaktır. Hükümet sisteminin belirlenmesi bakımından yargı erki ele alınmaksızın, çift meclisli bir görünüm arz eden yasama organına ve halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı ile başbakan başkanlığındaki bakanlar kuruluna değinilecektir.

I. ÜLKENİN TARİHİ

Bugünkü Çek Cumhuriyeti'nin¹ kökenini oluşturan Çekoslovakya, Batı² Avrupa'daki pek çok ulus devlet ile kıyaslandığında oldukça geç kurulmuştur. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun yıkılmasıyla ortaya çıkan Çekoslovakya 1992 yılında Doğu Bloku'nun çöküşüne kadar varlığını sürdürmüştür. Bu süreçte, 1938 yılında Alman işgaline maruz kalmış ve bu işgal 1945 yılına kadar devam etmiştir. 1938-1945 yılları arasında Çekoslovak devleti, farklı tarihsel kimliğe sahip iki bölgeden, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti'nden oluşmaktaydı³. Demokratik Çekoslovakya Cumhuriyeti 1945'te kısa süreliğine yeniden kurulmuştur. Alman kökenlilerin sınır dışı

¹ Çek hükümetinin 2 Mayıs 2016'da aldığı 403 numaralı kararı ile resmi yazışmalarda Çek Cumhuriyeti ifadesi kullanılmakla birlikte ülkenin isminin kısa formu olan "Çekya" ifadesi BM veri tabanlarına eklenmiştir. https://mzv.gov.cz/jnp/en/foreign_relations/public_diplomacy/czechia_vs_czech_republic/index.html. ET: 16.12.2024).

² Batıda anayasacılık hareketleri 18. yüzyılda başlamıştır, Rusya'da da anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkmasının arkasında Batıdakine benzer sebepler yer alsa da 1917'de gerçekleşen Ekim Devrimi Rus ve Avrupa siyasi kültürleri arasında keskin bir ayrımı ortaya koymaktadır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise Doğu Avrupa'da halk demokrasileri kurulmuş ve böylece Batı ve Doğu Avrupa ülkeleri arasındaki benzerlikler de sonlanmıştır. GÖNENÇ, Levent: *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 36.

³ BRUSIS, Martin: "Czechoslovakia: State Formation and Administrative-Territorial Organization", (Ed.) FLORA, Peter / KRAUS, Franz / WALTON, Rick / CARAMANİ, Daniele / MARTI-HENNEBERG, Jordi / SCHWEIKART, Jürgen: *European Regions: The Territorial Structure of Europe since 1870-2000*, Palgrave Macmillan, London, 2016, s. 1.

edilmesinden sonra Komünist Parti güç kazanmış ve 1948 yılında yönetim komünistlerin eline geçmiştir. 1989 yılına kadar da Çekoslovakya, Doğu Bloku'nun bir parçası olmuştur⁴.

Çekoslovakya 1955 yılında Varşova Paktı'nı imzalayan ülkeler arasında yer almıştır. Dostluk, İş Birliği ve Karşılıklı Yardım Antlaşması anlamına gelen Varşova Paktı, Doğu Bloku'nun ortak savunma örgütüdür. Antlaşma, 14 Mayıs 1955 tarihinde Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) ile Avrupa'daki Arnavutluk, Bulgaristan, Çekoslovakya, Demokratik Almanya Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya ve Romanya'dan oluşan yedi sosyalist devlet arasında imzalanmıştır⁵. Ancak her ne kadar Paktın dostluk ve iş birliği çerçevesinde kurulduğu söylene de askeri yönü ön plana çıkan bir antlaşma olduğu ortadadır ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1949 yılında oluşturulan Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü'ne (NATO) karşı savunma amacıyla oluşturulmuştur⁶.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının ardından yeni dünya düzeni oluşturulmaya çalışılmış ve bu süreçte doğu ile batı arasında güç savaşları sahnelenmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) önderliğinde Batı Bloku, SSCB önderliğinde ise Doğu Bloku oluşmuştur. 1945 yılından 1991'de Doğu SSCB'nin çöküşüne kadar geçen ve "Soğuk Savaş Dönemi" olarak adlandırılan dönemde her ne kadar sıcak çatışmalar yaşanmasa da NATO üyeleri ile Varşova Paktı etrafında toplanan üyeler arasında siyasi, askeri ve ekonomik açıdan oldukça gergin bir dönem yaşanmıştır⁷. Bu dönemde dünyanın üçe bölündüğünü söylemek mümkündür. Bu bölünmede, birinci grubu ABD liderliğinde varlıklı ve demokratik toplumlar, ikinci grubu Varşova Paktına üye olsun ya da olmasın SSCB liderliğinde Batıya göre daha yoksul ve komünist toplumlar oluşturmaktadır. Üçüncü grup ise yoksul, istikrarsız, bağımsızlığına henüz kavuşmuş ve tarafsız olduğu iddiasında bulunan ülkelere oluşmaktadır⁸.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Varşova Paktı ile birlikte demokratikleşmeye yatkın olan Çekoslovakya, Polonya, Macaristan ve Doğu Almanya gibi ülkelerin demokratikleşmesi, Sovyet müdahalesi nedeniyle mümkün olmamıştır⁹. Ancak 1960'ların başına gelindiğinde, Doğu Bloku'ndan çatlak sesler gelmeye başlamıştır. Bu arada, Doğu Avrupa'da, Doğu Almanya ve Macaristan'da, çeşitli direnişler meydana gelmiş ancak SSCB'nin kuvvet kullanmasıyla ayaklanmalar bastırılmıştır. Varşova Paktı için en önemli tehlike 1968 yılında ortaya çıkmıştır. 1968'de "Prag Baharı" olarak adlandırılan Çekoslovakya'daki liberalleşme çabasının neticesinde Varşova Paktı, ülkeyi işgal etmiştir¹⁰. Bu dönemde herhangi bir sosyalist ülkede kapitalizmin hâkim olmasına yönelik bir gelişme yaşanırsa, SSCB'nin o ülkeye müdahalede bulunmasına imkân veren "Breznev Doktrini" uygulanmıştır¹¹.

1967 yılının Aralık ayında, çok da önemli değilmiş gibi görünen bir tartışma yaşanmıştır. Bu tartışmanın konusu, devlet başkanı ve aynı zamanda Komünist Partisi genel sekreteri olan Antonin Novotny'nin aynı anda her iki makamın sahibi olup olamayacağıdır. 1968 Ocak ayına gelindiğinde, parti genel sekreterlik görevine Alexander Dubček seçilmiştir¹².

⁴ DRYZEK, John S. / HOLMES, Leslie T.: *Post Communist Democratization Political Discourses Across Thirteen Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 240-241.

⁵ EMBEL, Ersin: "Varşova Paktı", *Güvenlik Yazıları Serisi*, 2019, No 9 s.1-8.

⁶ PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 64.

⁷ YILMAZ, Hakan: "Soğuk Savaş Dönemi'nde Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin Yayılmacılık Politikası: Afganistan Örneği", *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 3, s. 3299-3301.

⁸ HUNTINGTON, Samuel: *Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeniden Kurulması*, (Çev.) TURHAN, Mehmet / SOYDEMİR, Y. Z. Cem, Okuyan Us Yayınları, İstanbul, 2004, s. 24.

⁹ HUNTINGTON, Samuel: *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara, 2002, s. 82.

¹⁰ BEST, Antony / MAIOLO, Joseph A. / SCHULZE, Kristen E.: *Uluslararası Siyasi Tarih 20. Yüzyıl*, (Çev.) BELGE, Taciser Ulaş / KURT, Emel, Yayın Odası, İstanbul, 2008, s. 267-268.

¹¹ BEST, s. 3310-3311.

¹² ÇEKOSLOVAKYA BİLİMLER AKADEMİSİ TARİH KURUMU: *Kara Kitap Çekoslovakya*, (Çev.) ÖZBAKIR, Erdoğan: İletişim Yayınları, İstanbul, 1988, s. 204; bu dönemde Komünist Partisi Merkez Komitesi'nin Aralık ve Ocak ayı toplantıları oldukça hareketli geçmiştir. Bu toplantılar sonrasında Novotny her ne kadar devlet başkanlığı makamını kaybetmese de genel sekreterlik görevini kaybetmiştir. Dubček'in genel sekreterlik görevine getirilmesinde ise yasa dışı işlerle adının anılmamasından dolayı saygınlığa sahip olması

1968 yılının Nisan ayında yayınlanan Dubçek'in "Eylem Programı"ndan sonra tepkiler çığ gibi büyümeye başlamış ve ülkesinde Sovyet askeri bulunmayan tek Pakt üyesi olma özelliğini koruyan Çekoslovakya'ya Sovyet askeri girmiştir. Temmuz ayının ortalarında ise Pakt üyesi ülkeler, Dubçek'in bağlılığından duydukları tereddüdü bildirmişlerdir¹³.

1968'de Dubçek'in başını çektiği iktidar, siyasal bir liberalleşmeyi başlatmış ancak "Prag Baharı" olarak adlandırılan dönem, 20 Ağustos 1968 tarihinde SSCB ve Varşova Paktı müttefiklerinin işgali ile sona ermiştir¹⁴. Ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarına cevap veren, Çekoslovakya'nın toplumsal yapısına da uyum sağlayacak bir sosyalizm düşüncesini ifade eden¹⁵, basına sansürün kalkması gibi pek çok nedenle "Prag Baharı" olarak adlandırılan dönem¹⁶ sonrasında basın üzerindeki kontrol yeniden oluşturulmuş, anti-sosyalist kişilere karşı birtakım tedbirler alınmış ve 1969 yılında Dubçek'in görevine son verilmiştir. 1968 yılında açıklanan "Eylem Programı"ndaki reformların ortadan kaldırılması anlamına gelen normalleşme sürecini başlatan kişi ise Komünist Parti genel sekreteri Gustav Husak olmuştur¹⁷. Normalleşme adı verilen bu dönemde, hükümete yönelik memnuniyetsizlik içeren söylemlerin yazılmasına, özel sohbetlerde bile memnuniyetsizliğin dile getirilmesine izin verilmemiştir. Yazarların, oyuncuların ve müzisyenlerin sanatsal ifade özgürlüklerine yönelik tedbirler alınmıştır¹⁸. Yaşanan bu olaylara tepki göstermek amacıyla Vaclav Havel liderliğinde bazı sanatçılar ve entelektüeller tarafından Çekoslovak hükümetinin insan hakları ihlallerine karşı, adını yayımlandığı yıldan alan "77 Bildirgesi" isimli bir bildiri hazırlanmıştır. Söz konusu bildiri, oldukça kısıtlı bir katılımcı tarafından imzalanmışsa da hükümetin baskılarına maruz kalan bu imzacılar ün kazanmışlardır¹⁹.

Çekoslovakya'da komünist rejim boyunca çeşitli reform girişimleri yaşanmıştır. 1987 yılında Çekoslovak Komünist Partisi Genel Sekreterliği görevine, Gustav Husak yerine Milos Jakes getirilmiştir. Jakes, Husak tarafından başlatılan sınırlı reform programını takip edeceğini söylemesine rağmen, bu dönemde Çekoslovakya'da önemli bir değişiklik meydana gelmemiş, sadece Roma Katolik Kilisesi ve muhalifler üzerindeki baskı artarak devam etmiştir. En fazla öne çıkan muhalif grup ise "77 Bildirgesi" grubu olmuştur²⁰. Bu dönemde, 77 Bildirgesinin lideri olan oyun yazarı Vaclav Havel tutuklanarak dokuz ay cezaevinde kalmış, 1989 Devrimi'nde ise "Vatandaş Forumu" lideri olmuştur. Çekoslovakya'da "Polonya Dayanışma Hareketi" gibi kitlesel bir hareket yaşanmamıştır²¹. 1989 yılının sonuna gelindiğinde, sivil toplum daha aktif hale gelmiştir. Mayıs, Ağustos ve Ekim aylarında hükümet karşıtı protestolarda artış yaşanmıştır. 17 Kasım 1989'da ise Prag'da, çoğunluğu öğrencilerden oluşan elli bin kişinin katıldığı son yirmi yılın en büyük protestosu düzenlenmiştir. Güvenlik güçlerinin protestoculara müdahalesi, Çekoslovakya'nın geçiş sürecinde ilk ve son güç kullanımı olmasına rağmen Kadife Devrim'in fitilini ateşlemeye yetmiştir. 24 Kasım 1989 tarihinde Milos Jakes ve tüm Komünist Parti yönetimi istifa etmiştir²².

yatmaktadır. Novotny'nin sahip olduğu makamlardan birini kaybetmesi halk tarafından olumlu karşılanmıştır. Bu gelişmeyle halkın siyasi hayata olan ilgisinde de artış yaşanmıştır. BLOOMFIELD, Jon: "Prag Baharı' Bir Yeniden Değerlendirme", (Çev.) YÜCEL, Can: *Birikim*, 1978, Sayı 42/43/44, s. 99.

¹³ Çekoslovakya Bilimler Akademisi Tarih Kurumu, s. 205-206.

¹⁴ Çekoslovakya Bilimler Akademisi Tarih Kurumu, s. 206-207.

¹⁵ GRAUDY, Roger: *Prag 1968 Doğmayan Hürriyet*, (Çev.) BALTA, Adil: E Yayınları, İstanbul, 1968, s. 19-20.

¹⁶ Demokrasiye yönelme hareketi olarak da ifade edilen bu dönemde üç yönde gelişim yaşanmıştır; bunlar partinin demokratik yolda ilerlemesi, partinin yönetici kısmında yeni bir eğilimin kabul edilmesi, devlet içinde sosyalist demokrasidir. GRAUDY, s. 19.

¹⁷ USLU, Ateş: "Prag Darbesi'nden Prag Baharı'na: Çekoslovakya'nın 20 Yılı", *Devrimci Marksizm*, 2008, Sayı 6-7, s. 174.

¹⁸ Bu dönemde "Plastic People of the Universe", "Evrenin Plastik İnsanlar" isimli rock grubuna yönelik 1977 yılında gerçekleştirilen örgütlü olarak huzuru bozmak suçundan verilen mahkûmiyet ve bazı fiiller protestoların fitilini ateşlemiştir. TKACH, Peter: *The Velvet Revolution: A Case Study in Strategic Nonviolence*, 2014, s. 3 (<http://commons.lib.jmu.edu/madrush/2014/RecentGlobal/1>, ET: 15.01.2025).

¹⁹ DRYZEK, John S. / HOLMES, Leslie T.: *Post Communist Democratization Political Discourses Across Thirteen Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 241.

²⁰ GÖNENÇ, s. 138.

²¹ TKACH, s. 4.

²² GÖNENÇ, s. 138-139.

Aralık 1989'a gelindiğinde komünist rejime yönelik Sovyet desteğinin çekildiği anlaşıldığında, Prag ve başka yerlerdeki rejime yönelik gösterilerle iktidarın Vatandaş Forumu'na devredilmesi için ikna çabaları olmuştur²³. Komünist yönetim sona ererken, 77 Bildirgesi'nin ittifakı olan Vatandaş Forumu ve Vatandaş Forumu'nun Slovak muadili "Şiddete Karşı Halk" güçlenmiş ve komünist yönetim kınanmıştır. Ardından başbakan istifa etmiş ve komünist olmayanlardan oluşan geçici hükümet kurulmuştur²⁴. Daha sonra Gustav Husak'ın Cumhurbaşkanlığından istifası üzerine Vatandaş Forumu'nun lideri Vaclav Havel önce Çekoslovakya'nın sonra da Çekya'nın Cumhurbaşkanı olmuştur. "Kadife Devrimi" olarak adlandırılan bu dönemde en çok önem verilen konu iktidar olmuştur. Anayasal konulara değinilmemiş ve komünist dönemin anayasası yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Anayasa'nın yürürlükte kalması "Kadife Boşanma" döneminde oldukça önem arz etmiştir. Zira Anayasa, Çek ve Slovak başbakanlarının karşılıklı veto yetkisini içermektedir²⁵.

Federal Parlamento tarafından 1992'nin sonlarında yasal hale gelen "Kadife Boşanma"nın 1989 Devrimi kadar barışçıl olmasının sebebi, kısmen net bir etnik ayrım çizgisi ve tartışmalı bir bölgenin olmamasıdır. Federal Parlamentodaki iki taraf, devlet varlıklarının paylaşımı konusunda basit bir 2:1 formülü üzerinde anlaşmıştır. Cumhurbaşkanı Vaclav Havel'in karşı çıkmasına rağmen bu boşanma hem Çek başbakanı Klaus'un hem de Slovak başbakanı Meciar'ın işine gelmiştir. Çünkü bu sayede karşılıklı veto yetkileri kalkmıştır. Klaus ve Meciar hakkında bilgi vermek gerekirse, Klaus hızlı özelleştirme ve piyasalaştırma konusunda gönüllü bir piyasa liberalidir. Meciar ise anayasal politikalara bağlılığı tartışmalı olan ve özelleştirme konusunda yavaş hareket etmek isteyen bir popülist ve milliyetçidir²⁶.

"Kadife Boşanma" bazen apolitik bir başarısızlık olarak nitelendirilse de Çekya açısından ekonomik ve siyasi dönüşümün başlangıcı olmuştur. Devlet, küçük bir azınlıkla homojen bir yapıya sahipti. Prag Baharı, 77 Bildirgesi ve Vatandaş Forumu Slovak topraklarına nazaran Çekya ile daha yakından ilgiliydi. Çek toprakları aynı zamanda Slovakya'dan daha yüksek bir ekonomik gelişmişlik seviyesine sahipti ve daha erken sanayileşerek komünist dönemden kalma ağır sanayiye daha az önem vermişti. Bazı gözlemciler göre Orta ve Doğu Avrupa boyunca uzanan, etnik milliyetçiliğe, popülizme ve otoriterliğe mahkûm olan Slovakya, çizginin karşı tarafında yer almaktaydı²⁷.

1989 yılında Doğu Bloku'nun yıkılmasından sonra tüm Doğu Bloku ülkelerinde olduğu gibi Çekoslovakya'da da bir demokratikleşme ve anayasa yapım süreci başlamıştır. Doğu Bloku ülkelerindeki geçiş süreci, Batı demokrasilerindeki gibi zamanla olmayıp hızlı bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte Komünist yönetimin doktrinlerinin reddi ile birlikte ekonomik, hukuki ve toplumun özgürleşmesi yönünde adımlar atılmıştır²⁸.

Çekoslovakya Anayasası 16 Aralık 1992 tarihinde kayda değer bir uzlaşıyla kabul edilmiş ve ülkenin siyasal sistemi açısından da sağlam bir temel olarak geniş çapta kabul görmüştür. Anayasa'nın kabulünden önceki tartışmalarda, Çekoslovak Federasyonu'nun özellikle son üç yılı iki açıdan ele alınmıştır. İlk olarak, Anayasa, Komünist Çekoslovak Federasyonu'nun kurumsal yapısı içinde hazırlanmış ve üzerinde uzlaşmaya varılmıştır. Çek Ulusal Konseyi, Temel Haklar ve Özgürlükler Şartı gibi kurumlardan bazıları yeni Anayasa'ya dahil edilmiştir. Artık gereksiz hale gelen Federal Meclis gibi kurumlar, doğrudan yeni Anayasa'nın şeklini etkilemiştir²⁹. İkincisi, Anayasa'yı hazırlayanlar için, federasyon konusun-

²³ DRYZEK / HOLMES, s. 241.

²⁴ GÖNENÇ, s. 139.

²⁵ DRYZEK / HOLMES, s. 241.

²⁶ DRYZEK / HOLMES, s. 241.

²⁷ DRYZEK / HOLMES, s. 242.

²⁸ TUNÇ, Hasan / TÜRKÖĞLU, Kamile: "Doğu Bloku'nun Yıkılması Sonrasında (Post-Komünist) Devletlerde Anayasa Yapım Yöntemleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 1135.

²⁹ KOPECKY, Petr: "The Czech Republic: From the Burden of the Old Federal Constitution to the Constitutional Horse Trading among Political Parties", (Ed.) ZIELONKA, Jan: *Democratic Consolidation in Eastern Europe, Volume 1 Institutional Engineering*, Oxford University Press, New York, 2001, (Political Parties), s. 319.

da yeni bir Anayasa üzerinde üç yıl süren pazarlıkları unutmak zor olmuştur. Örneğin, Anayasa'daki kuvvetler ayrılığı tartışmaları, cumhurbaşkanının federasyonun son zamanlardaki deneyimlerinden etkilendirilmiştir. Kısaca, Anayasa'yı yapanların özgürlüğü geçmiş tarafından sınırlandırılmıştır³⁰.

II. ANAYASAL ORGANLAR

A. Yasama Organı

Günümüzde modern demokrasilerin parlamentolardan ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Parlamentolar³¹, toplumdaki çeşitli kurumların etkileşimi için bir platform sağlar ve böylece siyasi partiler, çıkar grupları ve toplumsal hareketler arasında bir bağ kurar. Daha da önemlisi parlamentolar, yürütme, yargı ve devlet kurumları gibi diğer demokratik kurumlarla toplumu ilişkilendirirler. Temsil kavramının yapı taşı olan parlamentoların birçok işlevi bulunmaktadır. Bu işlevlerinden en önemlisi ise kanun yapmaktır. Bu işlevinin yanında parlamentoların, hükümetleri denetleme işlevi ile siyasetçilerin eğitildiği ve sosyalleştiği bir yer olma işlevi de bulunmaktadır³².

Doğu Bloku ülkelerindeki parlamentoların bir dönem adeta onay makamı gibi hareket ettikleri görülmektedir. Hiçbir Doğu Bloku komünist rejimi kendi parlamentosundan vazgeçmese de parlamentonun Komünist Parti aygıtına olan yüksek bağlılığı sebebiyle parlamentolar, 1980'lere kadar yani komünist yönetimlerin toplum üzerindeki hakimiyetlerini kaybettiği ana kadar yasama ve hükümeti denetleme fonksiyonlarını asgari düzeyde kullanmışlardır³³. Ancak, 1990'larda yaşanan demokratikleşme dalgaları sonrasında parlamentolar, bir anda ülkedeki kilit siyasi organlardan biri haline dönüşmüşlerdir. Parlamentoların bu kadar önemli bir role sahip olmasının iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, demokratik anayasaları yapma ve onaylama görevinin verilmiş olmasıdır. İkincisi ise parlamentolar, demokrasiye geçiş sürecinin başından itibaren güçlü yetkilerle donatılmıştı, çünkü önceki komünist anayasalar kâğıt üzerinde de olsa parlamentoları güçlü bir konuma getirmiş ve bu anayasalar komünizm sonrası dönemde yeni parlamentoların işlemeye başladığı oyunun kurallarının belirleyicisi olmuşlardır³⁴.

Anayasalar farklı sebeplerle çift meclis sistemini benimseyebilmektedirler. Çift meclis, federal bir devlet söz konusu olduğunda anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkarken, kimi ülkeler tarihsel nedenlerle çift meclis sistemine yer vermektedirler. Bazı ülkeler ise federal devlet yapısı gibi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen kontrol ve denge aracı olarak Anayasa koyucunun iradesi doğrultusunda çift meclisli bir yapıyı tercih etmektedirler³⁵.

Çek Cumhuriyeti'nin 1993 yılında kabul edilen ve 2012 yılında değişikliğe uğramış olan Anayasası'na göre, Çek Cumhuriyeti iki meclisli bir yapıya sahiptir. Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 15. maddesinin yer aldığı "Yasama Yetkisi" başlıklı ikinci bölümünde yasama organı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 15. maddesi, Çek Cumhuriyeti yasama organının iki meclisten oluştuğunu hüküm altına almıştır. Tem-

³⁰ KOPECKY, *Political Parties*, s. 319.

³¹ Demokrasilerde yapılması gereken en önemli tercihler arasında seçim sistemi tercihi, özellikle nispi temsil sistemine karşı çoğunlukçu seçim yöntemleri ve yasama ile yürütme arasındaki ilişki tercihi özellikle de başkanlık sistemine karşı parlamenter hükümet sistemi tercihi yer almaktadır. Siyaset bilimciler hangi alternatifin daha iyi olduğu konusunda fikir birliği içinde olmasa da bu noktada yapılan tercihlerin demokratik siyasi sistemin ne kadar iyi işlediği üzerinde kapsamlı etkileri olacağı konusunda uzlaşmaktadırlar. LIJPHART, Arend: "Democratization and Constitutional Choices in Czechoslovakia, Hungary, and Poland, 1989-1991", *Journal of Theoretical Politics*, 1992, Cilt 4, Sayı 2, s. 208-209.

³² KOPECKY, Petr: "Parliaments in Central and Eastern Europe: Changing Legislative Institutions", *Sociologický časopis / Czech Sociological Review*, 2005, Cilt 41, Sayı 2, (Legislative Institutions), s. 361-362.

³³ KOPECKY, *Legislative Institutions*, s. 362.

³⁴ KOPECKY, *Legislative Institutions*, s. 362.

³⁵ ARSEL, İlhan: "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Kimi Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 3, s. 81. Çift meclis sisteminin federal devlet yapısından kaynaklanan bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı ülkelere en önemli örnek Amerika Birleşik Devletleri'dir. Tarihsel nedenlerle çift meclis sisteminin en önemli örneği ise İngiltere'dir. Anayasa koyucunun tercihi olarak çift meclis sisteminin iki örneği ise Osmanlı Devleti döneminde 1876 Kanun-ı Esasi'nin kabulü ile ve 1961 Anayasası döneminde yaşanmıştır.

silciler Meclisi ve Senato, yasama organının iki kanadıdır³⁶. 1993 Çek Anayasası'na göre, yasama organı her ne kadar çift meclisten oluşsa da Senato'nun kurulması 1996 yılını bulmuştur. Senato'nun bu tarihe kadar kurulamamasının sebepleri arasında, üst meclisin yetkileri konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıklar ve üniter bir devlette çift meclisin gerekliliği konusundaki tartışmalar yer almaktadır. Ancak, bütün bu tartışmalara rağmen çift meclisli bir yasama organının tercih edilmesinin temelinde Birinci Cumhuriyet geleneği ve Çekoslovakya'nın kurumsal mirasının yaşatılması düşüncesi yer almaktadır³⁷.

Çek Cumhuriyeti'nde Meclis'in her bir kanadı Anayasa, kanunlar ve kendi iç işleyişini düzenlediği içtüzük çerçevesinde yönetilir. Meclis'in her bir kanadı, kendi komite ve komisyonlarını kurar, başkan ve başkan yardımcılarını seçer. Ayrıca üyeler tarafından gruplar oluşturulabilir. Genel kurul oturumları her iki meclisin de çalışmalarının bel kemiğini oluşturmaktadır³⁸.

1. Çift Meclisli Yapı: Temsilciler Meclisi ve Senato

1993 yılı öncesine bakıldığında, Çeklerin uzun bir parlamento tarihi olduğu görülmektedir. Şu anki parlamentolarından önce Bohemya, Moravya ve Silezya Eyalet Meclisleri, Avusturya İmparatorluk Meclisi, 1918'de bağımsız Çekoslovak Devleti'nin kurulmasından itibaren Çekoslovak Ulusal Meclisleri ve sosyalizm döneminde ise Çek Ulusal Konseyi şeklinde parlamentoları bulunmaktaydı. Bugünkü Temsilciler Meclisi, Çek Ulusal Konseyi'nin adının değiştirilmesiyle oluşmuştur³⁹. Çek Cumhuriyeti parlamentosu 1 Ocak 1993 yılında kurulmuştur. Daha önce Çek Ulusal Konseyi olarak bilinen kurum, Çekoslovak Federasyonu'nun yasama organı olarak şekillenmiştir. Çekoslovak Federasyonunun kurulmasından sonra 1968'de⁴⁰ Çek Ulusal Konseyi oluşturulmuştur. Bu Konsey, tek bir milletvekilinden oluşan seçim bölgelerinden dört yıllıkına seçilen toplam iki yüz milletvekilinden oluşmaktadır. 1990 ve 1992 yıllarında da seçimler sekiz seçim bölgesinde nispi temsil sistemine göre gerçekleştirilmiştir⁴¹.

Çekoslovakya'da 1946 yılından bu yana ilk serbest seçimler 1990 yılında gerçekleştirilmiştir⁴². Bu seçimler %5 barajlı nispi temsil sistemine göre yapılmıştır. Parlamentonun⁴³ görev süresi dört yıl olarak belirlenmiştir. Ancak ilk seçim dönemi, yeni federal ve cumhuriyetçi Anayasanın hazırlanmasına kadar iki yıl ile sınırlandırılmıştır⁴⁴. İlk ulusal seçimlerde seçimlere katılım oranı oldukça yüksek olmuştur. Nüfusun yaklaşık %96,7'si seçimlerde yarışan on altı siyasi parti için oy kullanmıştır. Çeşitli sağ siyasi gruplardan oluşan Vatandaş Forumu (OF), oyların yaklaşık %53'ünü alarak birinci olmuş, komünistler ise oyların %14'ünü alarak ikinci olmuştur⁴⁵.

³⁶ Çek Cumhuriyeti Anayasası İngilizce metni için bakınız, (<https://www.hrad.cz/en/czech-republic/constitution-of-the-cr> ET: 06.02.2025).

³⁷ HRABÁLEK, Martin / STRELKOV, Alexander: "The Czech Parliament and European Integration", (Ed.) HEFTLER, Claudia / NEUHOLD, Christine / ROZENBERG, Olivier / SMITH, Julie: *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Palgrave Macmillan, London, 2015, s. 494.

³⁸ NOVOTNÝ, Lukáš: "Power Structure in Motion? Parliament, Government and the President in the Czech Republic", (Ed.) LORENZ, Astrid / FORMÁNKOVÁ, Hana: *Czech Democracy in Crisis*, Springer Nature, Cham, 2020, s. 112-113.

³⁹ NOVOTNÝ, s. 113.

⁴⁰ 1968 yılında 1948 Anayasası'nda gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile Çekoslovakya üniter devletten federal devlete dönüştürülmüştür. Bu değişiklikte birlikte iki kanatlı bir federal meclis yapısı oluşturulmuştur. Senato üyeleri nüfusun tamamına orantılı olarak seçilirken, Meclisin diğer kanadının temsilcileri ise yarısı Slovak topraklarından yarısı Çek topraklarından olacak şekilde seçilmiştir. STANGER, Alison K.: "Czechoslovakia's Dissolution as an Unintended Consequence of the Velvet Constitutional Revolution", *East European Constitutional Review*, 1996, Cilt 5, Sayı 4, s. 40.

⁴¹ LINEK Luka's / MANSFELDOVA, Zdenka: "The Parliament of the Czech Republic, 1993-2004", *The Journal of Legislative Studies*, 2007, Cilt 13, Sayı 1, s. 12-13.

⁴² BRUNCLÍK, Miloš / KUBÁT, Michal: "The Crisis of the Czech Politics 25 Years After the Velvet Revolution", *Księgarnia Akademicka Stable*, 2015, Cilt 23, Sayı 1, s. 165.

⁴³ Orta ve Doğu Avrupa'da komünizm sonrasında oluşturulan ilk parlamentolarda çoğunluk muhalif hareketlerin içinden çıkmıştır. Bazı parlamentolarda muhalifler ilk serbest seçimlerde çoğunluğu elde ederken, Bulgaristan gibi bazı parlamentolarda eski komünist partiler hâkim olmuştur. Muhalif hareketlerin galip geldiği parlamentolarda eski muhalifler komünist milletvekillerinin yerini aldığı için halkın gözünde meşruiyet kazanmışlardır. Çekoslovakya'da ise değişim süreci "Kadife Devrim"den sonra yuvarlak masa görüşmeleri sırasında giden komünist rejim ile muhalefet arasında yapılan anlaşmalar sonucunda değişim süreci ilk serbest seçimlerden önce gerçekleşmiştir. KOPECKY, s. 365.

⁴⁴ MULLER-ROMMEL, Ferdinand / MANSFELDOVA, Zdenka: "Czech Republic", (Ed.) BLONDEL, Jean / MÜLLER ROMMEL, Ferdinand: *Cabinets in Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2001, s. 62.

⁴⁵ MULLER-ROMMEL / MANSFELDOVA, s. 62.

Günümüzde üniter bir devlet olan Çek Cumhuriyeti yasama organının adı “*Poslanecka*”dır. Yaklaşık on milyon nüfusa sahip olan Çek Cumhuriyeti’nde çift meclisli yapının birinci kanadını Temsilciler Meclisi oluşturmaktadır. Anayasa’nın 16. maddesine göre, Temsilciler Meclisi dört yıllığına seçilen iki yüz milletvekilinden oluşmaktadır. Anayasa’nın 19. maddesine göre Temsilciler Meclisi’ne seçilebilmek için Çek Cumhuriyeti vatandaşı olmanın yanı sıra oy kullanma hakkına sahip olma ve yirmi bir yaşını doldurmuş olma şartı aranmaktadır. Aynı anda meclisin her iki kanadının üyesi olmak mümkün değildir. Temsilciler Meclisi, seçimleri nispi temsil sistemine göre gerçekleştirilmektedir. Seçimin esasları gizli, eşit, genel ve doğrudan oy ilkelerine dayanmaktadır. Temsilciler Meclisi’nin yaklaşık %25’i kadınlardan oluşmaktadır ve yine bu kanadın yaklaşık %33’ü kırk beş yaş altıdır ve en son seçimler 2021 yılının Ekim ayında gerçekleştirilmiştir⁴⁶.

Anayasa’nın 16. maddesine göre çift meclisli yapının ikinci kanadını ise Senato oluşturmaktadır. Senato’nun seksen bir üyesi bulunmaktadır. Senato üyeleri altı yıllığına seçilmektedir fakat her iki yılda bir Senato üyelerinin üçte birinin seçimleri yenilenmektedir. Senatör olabilmek için vatandaşlık ve oy kullanma hakkına sahip olma şartlarının yanında Temsilciler Meclisi üyeliğine göre daha yüksek olan kırk yaşın doldurulması gerekmektedir. Temsilciler Meclisi seçimlerinin aksine Senato üyeleri dar bölgeyi çoğunluk sistemine göre belirlenmektedir. Seçimin esasları genel, eşit ve doğrudan oy ilkesine dayanmaktadır. Oy hakkı münhasıran Çek Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınmıştır ve oy kullanabilmek için on sekiz yaş şartı aranmaktadır.

Senato halk arasında popüler bir konuma sahip değildir. Çünkü Senato’nun gereksiz olduğu düşünülmektedir. Bu durum Senato seçimlerine katılım oranının düşüklüğünden de anlaşılmaktadır. 1996 yılında ilk kez gerçekleştirilen Senato seçimlerinde⁴⁷ katılım oranı ilk turda %35, ikinci turda ise %30 civarında olmuştur. 1998 yılında ikinci kez gerçekleştirilen seçimlerde, seçmenlerin neredeyse %80’i sandığa gitmemiştir. Çek Cumhuriyeti’nde Sosyal Demokratlar anlaşılabilir bir şekilde Senato’nun kaldırılmasından yana tavır sergilerken, diğerleri ise bölgeler parlamentosunu ya da yerel yönetimler tarafından dolaylı seçimi savunmaktadırlar⁴⁸.

1 Ocak 1993 tarihinde Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra 1996 yılında ilk Senato seçimleri yapılmıştır. 18 Aralık 1996 tarihinde ise Waldstein Sarayı’nda ilk genel kurul gerçekleştirilmiştir⁴⁹.

2. Meclisin Görev ve Yetkileri

Çek Cumhuriyeti yasama organı asimetrik çift meclis özelliği göstermektedir. Zira Senato seçim kanunlarının ve anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü konusunda Temsilciler Meclisi ile eşit bir konuma sahip olmasına rağmen sıradan kanunların kabulü konusunda daha zayıftır. Senato’nun asimetrik niteliğinin bir başka görünümü ise hükümetin kuruluşunda Senato’nun hiçbir rolünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak Temsilciler Meclisi’nin aksine Senato’nun feshedilmesi mümkün değildir⁵⁰.

Hükümet yalnızca Temsilciler Meclisi’ne karşı sorumludur. Çek Cumhuriyeti Anayasası’nda Senato’nun konumu Temsilciler Meclisi’ne göre daha zayıf durumdadır. Senato’nun bütçe kanunu ya da hükümetin kurulması konusunda herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Bunların dışında Temsilciler Meclisi, Senato’nun kabul ettiği değişiklikleri ya da reddini geçersiz kılabilir. Senato’nun feshedilmesi

⁴⁶ INTER-PARLIAMENTARY UNION’ın internet sayfası (<https://www.ipu.org/parliament/CZ> ET: 06.02.2025).

⁴⁷ 1 Ocak 1993 tarihinde Çek Ulusal Konseyi’nin ismi değiştirilerek Temsilciler Meclisi’nin oluşturulmasına rağmen ve Anayasa’da geçici Senato kurulmasına ilişkin düzenleme bulunmasına rağmen Senato’nun 1996 yılına kadar oluşturulamamasının sebebi olarak Çekoslovakya’nın bölünmesinin yarattığı meşguliyet olduğu düşünülmektedir. Senato’nun oluşturulmadığı süre boyunca Senato’nun görevleri Temsilciler Meclisi tarafından yerine getirilmiş ve bu durum oldukça büyük bir iş yükü yaratmıştır. NOVOTNÝ, s. 113.

⁴⁸ DREXHAGE, Betty: *Bicameral Legislatures an International Comparison*, Ministry of the Interior and Kingdom Relations Directorate of Constitutional Affairs and Legislation, The Hague, 2015, s. 49

⁴⁹ (https://www.senat.cz/informace/pro_verejnost/infocentrum/infocentrum_informace_o_senatu-eng.php ET: 06.02.2025).

⁵⁰ LINEK / MANSFELDOVA, s. 12-13.

mümkün değildir ve bu da siyasi kriz dönemlerinde parlamento geleneklerinin belirli bir şekilde devam etmesini sağlamaktadır⁵¹.

Çek Cumhuriyeti Anayasası'na göre Anayasa'nın değiştirilmesi süreci ele alındığında basit bir Anayasa değişikliği ile büyük çaplı bir Anayasa değişikliği süreci arasında bir fark olmadığı görülmektedir. Anayasa tasarısı sıradan bir kanun tasarısı gibi, herhangi bir milletvekili veya milletvekili grubu, Senato, hükümet ve daha yüksek bir bölgesel özyönetim biriminin temsili konseyi tarafından sunulabilir. Anayasa'nın 41. maddesine göre tasarıların Temsilciler Meclisi'ne sunulması gerekir. Meclisin görev ve yetkileri bağlamında bu durum Meclisin, Temsilciler Meclisi kanadının daha ayrıcalıklı bir konuma sahip olduğunun göstergesidir. Anayasa tasarısının Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmemesi halinde, kanunlaştırma sürecinin Senato'da devam etmesi mümkün değildir. Ancak bunun dışında Anayasa Değişikliği tasarılarına ilişkin olarak Senato'nun konumu yaklaşık olarak Temsilciler Meclisi ile eşittir. Anayasa tasarısı Temsilciler Meclisi'ne sunulduktan sonra hükümet bu konuda görüş bildirme hakkına sahiptir. Anayasa'nın 39. maddesine göre, Anayasa tasarılarının Temsilciler Meclisi'nin beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmesi gerekir, bu sayı da 200 milletvekilinden 120'sinin Anayasa tasarısına kabul oyu vermesi anlamına gelmektedir. Tasarı Temsilciler Meclisi'nde kabul edildikten sonra gecikmeksizin Senato'ya gönderilmektedir. Senato'da tasarının kabulü için tüm Senatörlerin beşte üçü tarafından kabul edilmesi gerekmektedir⁵². Anayasa değişikliklerinin kabul yeter sayısı bakımından Meclisin her iki kanadı için de aynı oranda çoğunluğa ulaşılması aranmaktadır.

Tasarı, Senato'da gerekli çoğunluğun desteğini alamazsa, yasama süreci sona erer. Anayasa, Anayasa tasarılarının Meclisin her iki kanadı tarafından da onaylanması gerektiğini öngördüğü için, Temsilciler Meclisi olağan kanun tasarılarında olduğu gibi Senato'dan daha fazla oy kullanamaz. Ayrıca Senato, olağan yasa tasarıları için geçerli olan, tasarının Temsilciler Meclisi'nden alınmasından itibaren otuz günlük süre sınırına bağlı değildir⁵³. Anayasa değişiklikleri konusunda Senato'da yeterli çoğunluğa ulaşamaması halinde yasama sürecinin sona ermesi, Senato'nun Anayasa değişiklikleri konusunda mutlak veto oyuncusu konumunda olduğunun göstergesidir.

Temsilciler Meclisi'nde olağan bir kanunun kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyuna ihtiyaç duyulmaktadır. Anayasa'nın 39. maddesine göre Meclis'in her iki kanadının da toplantı yeter sayısı, üye tamsayılarının üçte biridir. Anayasa'nın 45. maddesinde Temsilciler Meclisi'nde kabul edilen olağan kanunların gecikmeksizin Senato'ya sunulması düzenlenmiştir. Devamındaki 46. maddede ise Senato'nun kendisine sunulan kanun tasarılarını görüşüp, sunulduğu tarihten itibaren otuz gün içinde işlem yapması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, Senato, kanun tasarılarını kabul etme, reddetme, değişiklik önerileriyle birlikte Temsilciler Meclisi'ne iade etme veya tasarıyı ele alamayacağına yönelik niyetini bildirme yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 47. maddesine göre Senato'nun olağan bir kanun tasarısını reddetmesi halinde, tasarı Temsilciler Meclisi'nde tekrar oylanmakta ve Temsilciler Meclisi'nin üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile kabul edilebilmektedir. Senato'nun tasarıyı değişiklik önerileriyle birlikte iade etmesi halinde ise tasarı, Temsilciler Meclisi'nin oylarıyla kabul edilir. Ancak Temsilciler Meclisi tasarının Senato'nun değişiklik yapmış olduğu halini kabul etmezse Senato'ya sunduğu ilk versiyonunu oylar. Bu oylama sonucunda Temsilciler Meclisi'nin üye tamsayısının salt çoğunluğuna ulaşılması halinde tasarı kabul edilmiş olur. Temsilciler Meclisi'nin reddedilen ya da kendisine geri gönderilen kanun tasarılarının görüşülmesi sırasında değişiklik teklifinde bulunması mümkün değildir. Temsilciler Mec-

⁵¹ HRABÁLEK / STRELKOV, s. 495.

⁵² KINDLOVÁ, Miluše: "Formal and Informal Constitutional Amendment in the Czech Republic", *The Lawyer Quarterly*, 2018, Cilt 8, Sayı 4, s. 515.

⁵³ Tartışılmış olan bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin de içtihadı bulunmaktadır. Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenmiş olan ve her iki meclisin de onayını gerektiren kanun tasarılarında süre sınırının Senato'yu bağlamadığı konusunda içtihadı bulunmaktadır. KINDLOVÁ, s. 516.

lisi'nin, Senato tarafından reddedilen ya da değiştirilerek geri gönderilen kanun tasarılarını üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul edebilmesi, asimetrik çift meclis sistemine sahip olduğunun göstergeleri arasında yer almaktadır.

Senato göreve başladığı tarihten itibaren ilk sekiz yılında, 1996 ile 2004 yılları arasında, yaklaşık bin yüz elli kanun tasarısından kırk dördünü reddetmiş ve iki yüz yedisinde ise değişiklik yapmıştır. İki yüz yedi değişiklik önerisinden yüz otuz ikisi Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Altmış bir konuda da Temsilciler Meclisi'nin metni kabul edilirken, on dört tasarı kabul edilmemiştir. Çek Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği üyeliğinden sonra Lizbon Antlaşması'nın Senato tarafından onaylanması zorunlu olmasına rağmen, Senato antlaşmanın onay sürecini uzun süre geciktirmiştir⁵⁴.

Anayasa'nın 50. maddesine göre Anayasa değişikliği hakkındaki kanunlar dışında cumhurbaşkanının kendisine gelen bir kanunu, gelişinden itibaren on beş gün içinde gerekçesini açıklayarak geri gönderme yetkisi bulunmaktadır. Geri gönderilen kanunlar Temsilciler Meclisi'nde yeniden oylanır ve bunlar üzerinde değişiklik önerisinde bulunulması mümkün değildir. Temsilciler Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kanunun aynen kabul edilmesi mümkündür. Aksi takdirde kanun kabul edilmemiş sayılır.

Anayasa'nın 42. maddesine göre bütçe ve kesin hesap kanunu tasarıları hükümet tarafından sunulmaktadır. Bu tasarıların görüşmeleri için yapılan toplantı halka açıktır ve yalnızca Temsilciler Meclisi bu kanunların kabulü konusunda karar alabilmektedir. Görüldüğü gibi bütçe ve kesin hesap kanunlarının kabulü konusunda Senato'nun herhangi bir yetkisinin olmaması sebebiyle Meclisin her iki kanadının sahip olduğu yetkiler konusunda bir farklılık ortaya çıkmaktadır.

Temsilciler Meclisi'nin, Senato'nun aksine, hükümetin kurulmasında rolü bulunduğu gibi hükümete güvensizlik oyu vererek kabinenin görevini sonlandırabilir. Ayrıca Anayasa devlet başkanına hükümetin kurulması denemesinin üç kez başarısızlığa uğraması halinde ya da hükümetin sunduğu bir kanun tasarısının kabul edilmemesi halinde Temsilciler Meclisi'ni feshetme yetkisi bulunmaktadır⁵⁵.

Temsilciler Meclisi ve Senato'nun görev ve yetkileri değerlendirildiğinde yasama yetkisi, hükümetin kuruluşu ve düşürülmesi gibi konular ile bütçe ve kesin hesap kanunun kabulü bağlamında üniter bir devlet olmasına rağmen çift meclis sistemini benimsemiş olan Çek Cumhuriyeti Meclisinin Temsilciler Meclisi kanadının Senato'ya göre daha üstün bir konuma sahip olduğu görülmektedir.

B. Yürütme Organı

Parlamente hükümet sisteminde ve yarı başkanlık sisteminde yürütme organı çift başlıdır. Yürütme organının bir tarafında devlet başkanı yer alırken, diğer tarafında başbakan başkanlığında bakanlar kurulu yer alır. Çek Cumhuriyeti'nde, yürütme organı çift başlıdır ve bir tarafta devlet başkanı yer alırken diğer tarafta da bakanlar kurulu yer alır.

1. Cumhurbaşkanı

a. Seçimi

Çek Cumhuriyeti'nde, 2013 yılı öncesinde cumhurbaşkanlığı seçimleri, meclisin her iki kanadı tarafından yapılmaktaydı. 2008 yılında, dolaylı olarak ve her iki meclisin ortak oturumuyla gerçekleşen cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında yaşananlar, cumhurbaşkanı seçim yönteminin değiştirilmesine neden olmuştur⁵⁶. Çünkü bu seçimler sırasında, siyasi baskı, rüşvet ve şantaj gibi iddialar ortaya atılmış ve bu iddialar, meclisin her iki kanadının üyelerini de rahatsız etmiştir. Bu dönemdeki kamuoyu

⁵⁴ DREXHAGE, s. 49.

⁵⁵ LINEK / MANSFELDOVA, s. 14.

⁵⁶ GRINC, Jan: "Constitutional Stability and Dynamics in the Czech Republic", *International Comparative Jurisprudence*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 24.

yoklamaları da vatandaşların cumhurbaşkanlarını doğrudan seçmek⁵⁷ istedikleri yönünde olmuştur. 2012 yılında gerçekleşen⁵⁸ anayasa değişikliğinin amacı, cumhurbaşkanının mevcut anayasal yetkilerine dokunmadan sadece cumhurbaşkanının seçim yöntemini değiştirmek olmuştur. Zira meclisteki tartışmalar sırasında anayasa değişikliğinin amacının, parlamenter sistemden yarı-başkanlık sistemine geçmek olmadığı defalarca dile getirilmiştir⁵⁹.

Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 54. maddesinde cumhurbaşkanının devletin başı olduğu ve doğrudan halk tarafından seçileceği belirtilmiştir. Yapılacak olan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde gizli, genel, eşit ve doğrudan oy ilkesi hakimdir.

2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği öncesinde cumhurbaşkanı, Meclis'in her iki kanadının da yer aldığı birleşik oturumunda seçilmekteydi. Seçimin ilk turunda her iki kanadın da üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktaydı. Anayasa'nın değişiklik öncesi 58. maddesine göre, ilk turda bu sayıya kimsenin ulaşamaması halinde on dört gün içinde ikinci tur oylamanın yapılması düzenlenmiştir. İkinci tur oylamada oylamaya katılanların salt çoğunluğu aranmaktaydı. İkinci tur oylamada da cumhurbaşkanının seçilememesi halinde on dört gün sonra üçüncü tur oylama yapılmaktaydı. Üçüncü turda da cumhurbaşkanının seçilememesi durumunda seçimlerin yeniliyordu⁶⁰.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönündeki değişikliği takiben, Anayasa'nın 56. maddesine göre, ilk turda geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday cumhurbaşkanı seçilir. Hiçbir aday ilk turda bu çoğunluğa ulaşamamışsa, ilk oylamadan on dört gün sonra ikinci tur oylama yapılır. Bu oylamaya ilk turda en çok oy alan iki aday katılabilir. Adayların eşit oy alması halinde, en yüksek oy oranına sahip olan tüm adaylar ikinci tura katılır. Eğer en yüksek oy alan aday sayısı ikiden azsa, ikinci en yüksek oyu alan adaylar da ikinci tura dahil edilir. İkinci turda en yüksek oyu alan aday cumhurbaşkanı seçilir. İkinci turda birden fazla aday en yüksek oy alırsa cumhurbaşkanının seçilmesi mümkün değildir. Bu durumda seçimlerden on gün sonra yeni bir seçim yapılır.

Seçimin ikinci turuna geçen adayın cumhurbaşkanlığı seçilme yeterliliği ortadan kalkarsa veya Cumhurbaşkanlığı adaylığından vazgeçerse, birinci turda bir sonraki en yüksek oy alan aday ikinci tura katılır. Eğer ikinci tura sadece bir aday bile kalsa, ikinci seçim turu yapılır.

Anayasa'nın 56. maddesinde kimlerin cumhurbaşkanı adayı gösterme yetkisine sahip olduğu da düzenlenmiştir. Buna göre, oy kullanma hakkına sahip en az elli bin Çek Cumhuriyeti vatandaşı imza toplamak suretiyle, Temsilciler Meclisi üyesi olan en az yirmi milletvekili veya en az on senatör bir kimseyi cumhurbaşkanı adayı gösterilebilir.

Anayasa'da senatör olma yeterliliğine sahip olan bir kimsenin cumhurbaşkanı olabileceği düzenlenmiştir. Buna göre kırk yaşını doldurmuş her Çek Cumhuriyeti vatandaşı cumhurbaşkanı adayı gösterilebilir. Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olup, aynı kişi en fazla iki kez cumhurbaşkanı seçilebilir. Senato başkanı, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanına her iki meclisin ortak toplantısında yemin ettirir. Anayasa'da, ayrıca yemin etmeyi reddeden ya da çekinceli yemin eden cumhurbaşkanının seçilmemiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

⁵⁷ Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi aslında Çekoslovakya'da komünizm sonrası yeni demokratik rejimin siyasi tartışmalarında da yer bulmuştur. Ancak bu dönemdeki taleplerin temel dayanağı sistem odaklı olmayıp taktiksel nitelikte olmuştur. Bu doğrultuda 1989 Aralık ayında komünistler tarafından cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi önerilmiştir. Bu önerideki amaç ise devlet başkanının halk tarafından seçilmesi yoluyla kendi adaylarının cumhurbaşkanı olmasını sağlamaktır. Çünkü dönemin öne çıkan liderlerinden Vaclav Havel kırsal kesimde tanınmamaktadır ve komünistler bu dönemde şanslarının oldukça yüksek olacağını düşünmüşlerdir. Ancak bu girişimleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır. GÉRYK, Jan / HALAMKA, Tomáš: "Direct Presidential Election in the Czech Republic: The Rise of Tribunes?", *Acta Politica*, 2023, Cilt 15, Sayı 3, s. 5.

⁵⁸ Söz konusu Anayasa değişikliği yaklaşık yüz yıllık bir gelenek olan cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçilmesi yönündeki geleneği bozmuştur. CZYNIIEWSKI, Marcin: "Dispute over the Powers of the President of the Czech Republic", *Polish Political Science Yearbook*, 2021, Cilt 50, Sayı 4, s. 83.

⁵⁹ GRINC, s. 24.

⁶⁰ NOVOTNÝ, s. 113.

b. Yetkileri

Çalışmanın başında da ifade edildiği gibi, 1993 yılında yürürlüğe giren Çek Cumhuriyeti Anayasası'na göre parlamenter sistemin saf halini ifade eden bir hükümet modeli kurgulanmıştır. Zira anayasal yapıya bakıldığında, çift başlı bir yürütme organı, yasamanın içinden çıkan ve yasama organına karşı sorumlu olan bir hükümet, yetkisiz ve sorumsuz parlamento tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı bulunmaktadır. Ancak, 2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanı halk tarafından seçilir hale gelmekle birlikte cumhurbaşkanının sahip olduğu anayasal yetkilerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır⁶¹.

Çift başlı yürütme organına sahip olan Çek Cumhuriyeti'nde, cumhurbaşkanının Anayasa'nın 62. maddesinde sayılan görevleri arasında başbakanı ve bakanları atamak yer almaktadır. Cumhurbaşkanının başbakanı ve bakanları atama yetkisinin yanında, bakanları başbakanın teklifi üzerine görevden alma ve istifalarını kabul etme yetkisi de bulunmaktadır.

Çek Cumhuriyeti Anayasası'na göre cumhurbaşkanının bir diğer görevi, Temsilciler Meclisi'ni toplantıya çağırma ve feshetme yetkisine de sahiptir. Ancak, Anayasa'nın 62. maddesinde sahip olduğu yetkiler arasında sayılan fesih yetkisini kullanabilmesi belli koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar ise Anayasa'nın 35. maddesinde sayılmıştır. Buna göre;

- Başbakanı Temsilciler Meclisi başkanının önerisi üzerine cumhurbaşkanı tarafından atanan yeni kurulmuş hükümet hakkında Temsilciler Meclisi'nin güvenoyu vermemesi halinde,
- Temsilciler Meclisi milletvekillerinin daha önce güvenoyu alan bir hükümetin tasarısı hakkında üç ay içinde karar verememesi halinde,
- Temsilciler Meclisi'nin bir oturumunun cevaz verileden daha uzun bir süre ertelenmesi halinde,
- Temsilciler Meclisi oturumunun üç aydan fazla bir süre boyunca ertelenmediği halde ve defalarca bu süre boyunca toplantıya çağırıldığı halde toplantı yeter sayısına ulaşamazsa,
- Temsilciler Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu tarafından teklif edilmesi halinde cumhurbaşkanı Temsilciler Meclisi'ni feshedebilir.

Cumhurbaşkanının Anayasa'da ifade edilen bir başka görevi, istifasını kabul ettiği ya da azlettiği bir hükümeti geçici olarak yenisi kuruluncaya kadar görevlendirir.

Anayasa'nın 62. maddesinde aynı zamanda cumhurbaşkanının önemli atama yetkilerine de yer verilmiştir. Bunlar yetkiler arasında, Anayasa Mahkemesi yargıçlarını, başkanını ve başkan yardımcılarını atamak ve Yüksek Mahkeme başkanını ve yardımcılarını atamak yer almaktadır. Yüksek Denetleme Kurumu'nun başkanını ve yardımcısını atamak ve Çek Ulusal Bankası Bankacılık Konseyi üyelerini atamak da cumhurbaşkanının atama yetkileri arasında bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının sahip olduğu bu atama yetkileri değerlendirildiğinde, siyasi sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği ve oldukça önemli siyasi sonuçları olabilecek atama yetkilerine sahip olması oldukça dikkat çekicidir⁶².

Cumhurbaşkanının af yetkisi de önemli anayasal yetkileri arasında yer almaktadır. Cumhurbaşkanı, mahkemeler tarafından verilen cezaları affetme ve hafifletme ve adli sicil kaydının silinmesine karar verme yetkilerine sahiptir.

Cumhurbaşkanının sahip olduğu önemli yetkilerden biri de anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar dışında kalan kanunları geri gönderme yetkisidir. Anayasa'nın 50. maddesine göre cumhurbaşkanı, bu

⁶¹ Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi tartışmaları yapılırken, cumhurbaşkanının sahip olduğu anayasal yetkileri arttırmak yönünde bir girişim olmamış hatta yetkilerinin azaltılması gündeme getirilmiştir. CZYINIEWSKI, s. 83.

⁶² BİNGÖL SCHRIJER, Bilge: "Parlamenter Sistemin Hassas Dengesi: Çek Cumhuriyeti ve Federal Almanya Cumhuriyeti Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 250.

yetkiyi kanunun kendisine gelişinden itibaren on beş gün içinde ve gerekçesini de açıklamak kaydıyla kullanabilir. Geri gönderme üzerine Temsilciler Meclisi'nde kanun tekrar oylanır. Temsilciler Meclisi'nin geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul etmesi halinde kanun yayımlanır, aksi halde kabul edilmemiş sayılır.

Ayrıca, cumhurbaşkanının veto yetkisinin güçleştirici bir nitelikte olduğu görülmektedir. Çünkü olağan kanunların Temsilciler Meclisi'nde kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kabul oyu yeterli olmasına rağmen, cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunun aynen kabulü için Temsilciler Meclisi'nin üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır⁶³. Çek Cumhuriyeti cumhurbaşkanının sahip olduğu geri gönderme yetkisini en önemli yasama yetkisi olarak nitelendirmek mümkündür. Kanunları geri gönderme yetkisinin yanında cumhurbaşkanının kullanabileceği bir diğer önemli yetki de Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yetkisidir. Cumhurbaşkanının ayrıca Meclisin her iki kanadının da toplantılarına katılması mümkündür⁶⁴.

Cumhurbaşkanının yukarıda sayılan ve tek başına kullanabileceği yetkilerinin yanında Anayasa'nın 63. maddesinde düzenleme altına alınan ve başbakan ile ilgili bakanın karşı imzası ile kullanabileceği yetkileri de bulunmaktadır. Bunlar; devleti dışarıda temsil etmek, uluslararası anlaşmaları müzakere edip onaylamak, uluslararası anlaşmaların müzakeresini hükümete veya hükümetin rızası dahilinde üyelerine devretmek, silahlı kuvvetlerin başkomutanı olmak, diplomatik misyon başkanlarını kabul etmek, diplomatik misyon şeflerini elçi olarak göndermek ve geri çağırarak, Temsilciler Meclisi ve Senato için seçim çağrısı yapmak, generalleri görevlendirmek ve terfi ettirmek, başka bir organa görev vermediği sürece devlet nişanı vermek ve ödüllendirmek, hakimleri atamak, bir ceza davasının açılmamasını veya açılmışsa durdurulmasını emretmek ve af çıkarmak şeklindedir.

Siyasi sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu, yalnızca vatana ihanetten ve anayasayı veya anayasal düzenin herhangi bir unsurunu ağır ihlalden dolayı işletilebilmektedir. Anayasa'nın 65. maddesine göre Senato, Temsilciler Meclisi'nin onayı ile cumhurbaşkanının söz konusu fiilleri işlediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu fiillerden vatana ihanet, cumhurbaşkanının Cumhuriyetin egemenliğine, bütünlüğüne ve demokratik düzene karşı yönelttiği her türlü eylemi olarak ifade edilmiştir. Cumhurbaşkanının başka herhangi bir suçtan dolayı herhangi bir anayasal organ tarafından suçlanması ya da görevden alınması mümkün değildir⁶⁵. Anayasa Mahkemesi yapılan yargılama sonucunda cumhurbaşkanının görevine son verip, seçilme yeterliliğini kaybettiğine karar verebilir. Cumhurbaşkanının söz konusu suçları işlediği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanabilmesi için Temsilciler Meclisi'nin ve Senato'nun beşte üç çoğunluğunun kabul oyu gerekir.

c. Çek Cumhuriyeti Siyasetinde Cumhurbaşkanının Rolü

Kadife Devrimi döneminde ve sonrasında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine yönelik taleplerle karşılaşmıştır. Ancak, 2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında cumhurbaşkanının yetkilerine dokunmaksızın cumhurbaşkanı halk tarafından seçilir hale gelmiştir. Anayasa değişikliği öncesinde yapılan anketler doğrultusunda halkın taleplerinin bu yönde olduğu anlaşılmakla birlikte, 2008 yılında her iki meclisin ortak oturumunda gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde yaşananların da bu değişiklikte etkisi büyüktür. Bu seçimde cumhurbaşkanının seçimine ilişkin oylamanın gizli oylama yerine açık oylama şeklinde yapılması, Temsilciler Meclisi

⁶³ Benzer bir durum 6771 sayılı kanunla 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında Türkiye'de yaşanmıştır. Söz konusu Anayasa değişikliği öncesinde geri gönderilen bir kanunun kabulü için toplantıya katılanların salt çoğunluğu yeterli olmasına rağmen, değişiklik sonrasında cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen bir kanunun aynen kabul edilebilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun (301 milletvekili) kabul oyuna ihtiyaç duyulmaktadır. Böylece cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi geciktirici olmaktan çıkıp güçleştirici geri gönderme yetkisine dönüşmüştür. ORMANOĞLU DURANLIOĞLU, Hatice Derya: "Devlet Başkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yetkinin Değişen Niteliği", *Adalet Dergisi*, 2024, Sayı 73, s. 419-420.

⁶⁴ BRUNCLÍK Miloš / KUBÁT Michal: *Semi-presidentialism, Parliamentarism and Presidents Presidential Politics in Central Europe*, Routledge, New York, 2019, s. 57-58.

⁶⁵ NOVOTNY, s. 119.

ve Senato tarafından kararlaştırılmıştır. Bu seçimler sırasında rüşvet ve şantaj söylemleri oldukça artmış, kamuoyunda ve medyada cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde çağrılar yoğunlaşmıştır⁶⁶.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilir hale gelmesine ilişkin değişiklik, cumhurbaşkanının yetkilerinden ziyade seçim şekline odaklanmış ve cumhurbaşkanının yetkilerinin artırılması konusunda da bir uzlaşmaya varılamamıştır. Her ne kadar cumhurbaşkanı halk tarafından seçilir hale gelse de cumhurbaşkanının halen siyasi sorumluluğu bulunmamakta ve sahip olduğu yetkiler de zayıf kalmaktadır⁶⁷.

2012 Anayasa değişikliği öncesinde Çek Cumhuriyeti'nde cumhurbaşkanı her ne kadar meclis tarafından seçilse de hükümet sistemini parlamenter sistemin saf hali olarak nitelendirebileceğimiz bu dönemde, her zaman önemli bir role sahip olmuştur. İlk kez Çekoslovak cumhurbaşkanı olan T. G. Masaryk ve halefi Edward Beneš ile başlayan güçlü cumhurbaşkanları geleneği, komünist dönemde de devam etmiştir. Kadife Devrim sırasında da Vaclav Havel, aslında başbakan değil cumhurbaşkanı olmak istemiştir. Bu dönemde protestocular Havel'in başkanlık ofisinde olması için sloganlar atmışlardır⁶⁸. Bütün bu açıklamalar doğrultusunda, Çek Cumhuriyeti'nde cumhurbaşkanının, ister halk tarafından seçilsin, isterse Meclis tarafından seçilsin ve anayasal yetkileri ne kadar dar kapsamlı olursa olsun, halkın gözünde törensel bir konuma sahip olmadığı görülmektedir.

Çek Cumhuriyeti siyasal tarihi ele alındığında, Meclis tarafından da seçilmiş olsalar, doğrudan doğruya halk tarafından da seçilmiş olsalar, cumhurbaşkanlarının, sahip oldukları yetkileri yoğun bir şekilde ve gerçek anlamda kullandıkları görülmektedir. Cumhurbaşkanlarının bu yöndeki tavırları, cumhurbaşkanının yetkilerinin ve rolünün tartışılmasına neden olmuştur. Hatta, 1992 yılında kabul edilen Anayasa'da, cumhurbaşkanının yasama inisiyatifi hakkının elinden alınmasının nedenlerinden biri, Cumhurbaşkanı Vaclav Havel'in bu hakkı kullanmaktan mutluluk duyması olmuştur⁶⁹.

Daha önce parlamento tarafından seçildiği için dolaylı olarak meşruiyet sahibi olan cumhurbaşkanı, halk tarafından seçilmeye başlanınca doğrudan meşruiyete sahip olmuştur. Böylece, parlamento ile birlikte çifte meşruiyet durumu gündeme gelmiş ve halkın gözünde de cumhurbaşkanının gücünde bir artış yaşanmıştır. 2013 yılında Çek Cumhuriyeti tarihinde ilk kez doğrudan doğruya cumhurbaşkanı seçilen Miloš Zeman, bu gücün farkında olduğunu her zaman hissettirmiş ve doğrudan meşruiyete sahip olduğunu hatırlatmıştır⁷⁰. Cumhurbaşkanlığı makamının doğrudan meşruiyetle donatılması, cumhurbaşkanı karşısında zaten zayıf olan ve görev süreleri de kısa olan başbakanın konumunu daha da zayıflatmıştır. Zira 1993 yılından itibaren görev süresinin sonuna kadar gelebilen iki başbakan olmuştur. Söz konusu başbakanlar, Václav Klaus ve Miloš Zeman'dır⁷¹.

2. Bakanlar Kurulu

Çift başlı yürütmenin ikinci kanadı olan bakanlar kurulunun (hükümet) icracı kanadı başbakan olduğu halde hükümet, cumhurbaşkanının ve Temsilciler Meclisi'nin onayı ile kurulur. Anayasa'nın 68. maddesinde hükümet, yürütme erkinin en yüksek organı olarak belirtilmiştir. Hükümet; başbakan,

⁶⁶ GÉRYK / HALAMKA, s. 5-6.

⁶⁷ GÉRYK / HALAMKA, s. 5-6.

⁶⁸ Tarih boyunca Çek Cumhurbaşkanları, Çek başbakanlarına göre daha tanınır olmuşlardır. DRAHOKOUPIL, Štěpán: *Reflections on the Current Political Crisis in the Czech Republic: The Introduction of Direct Presidential Elections and the Operation of a Semi-Presidential System*, 2013, (<https://cz.boell.org/en/2014/07/02/reflections-current-political-crisis-czech-republic-introduction-direct-presidential> ET: 01.05.2025).

⁶⁹ 2003 yılında Vaclav Havel döneminin sona ermesinden sonra cumhurbaşkanlığı makamının sahibi olan Vaclav Klaus, Havel'i çokça eleştirmesine rağmen cumhurbaşkanının yetkilerinde bir sınırlandırmaya gitmemiş aksine yetkilerini arttırmıştır. Devlet başkanlığı makamından merkezi bir güç yaratmaya çalışan Klaus ikinci dönemini tamamlarken vatana ihanet suçlamasıyla Anayasa Mahkemesine gönderilmiştir. CZYINIEWSKI, s. 84.

⁷⁰ DRAHOKOUPIL.

⁷¹ DRAHOKOUPIL.

başbakan yardımcılarını ve bakanlardan oluşur. Cumhurbaşkanı, başbakanı ve başbakanın önerisi⁷² üzerine bakanları atar.

Hükümetin kurulmasından itibaren otuz gün içinde Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu istenir. Bir hükümetin güvenoyu almış sayılması için Temsilciler Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun güven yönünde oyuna ihtiyaç vardır. Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu isteyen hükümet, Temsilciler Meclisi'ne karşı sorumludur. Yeni kurulan hükümetin güvenoyu alamaması halinde, cumhurbaşkanının başbakanı ve başbakanın önerisi üzerine yeni bakanları ataması gerekir ve Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu istemi işlemleri tekrarlanır. İkinci kez kurulan hükümetin de Temsilciler Meclisi'nden güvenoyu alamaması halinde cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi başkanının önerisi üzerine başbakanı atar. Anayasa'nın 71. maddesine göre hükümetin Temsilciler Meclisi'nden görev sırasında güvenoyu talep etmesi de mümkündür. Anayasa'nın 69. maddesine göre cumhurbaşkanı hükümet üyelerine yemin ettirir.

Hükümet bir organ olarak hareket eder ve hükümetin karar alabilmesi için tüm üyelerinin salt çoğunluğuna ihtiyaç duyulur. Bu nedenle başbakanın, bakanlıkların işleyişine resmi olarak müdahalesi mümkün değildir⁷³. Başbakan, hükümetin faaliyetlerini düzenler, toplantılarına başkanlık eder ve kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yerine getirir. Yürütmenin bir kanadı olan hükümetin Temsilciler Meclisi'ne olan bağımlılığı nedeniyle ve aynı zamanda başbakanın da bakanlar karşısındaki zayıf konumu nedeniyle hükümetin gücü ve istikrarı zarar görmektedir. Bunun yanında Temsilciler Meclisi'nin seçimlerinde nispi temsil sisteminin uygulanması, büyük partilerin lehine bir durum yaratmaktadır. Cumhurbaşkanının anayasal yetkilerinde artış olmamakla birlikte halk tarafından seçilen ve aktivist⁷⁴ tutum sergileyen cumhurbaşkanlarının varlığı aslında yürütme organını zayıflatmaktadır⁷⁵.

Çek Cumhuriyeti hükümet sisteminde, hükümet üyelerinin siyasi sorumluluğu bulunduğu için, Anayasa'nın 72. maddesine göre, Temsilciler Meclisi hükümete karşı güvensizlik kararı alabilir. En az elli milletvekili tarafından yazılı olarak sunulan güvensizlik önergesi, Temsilciler Meclisi'nde görüşülür. Hükümetin düşürülebilmesi için tüm milletvekillerinin salt çoğunluğunun oyuna ihtiyaç duyulmaktadır.

Başbakan'ın ya da hükümetin diğer üyelerinin istifa etmesi mümkün ise de başbakan istifasını cumhurbaşkanına sunarken bakanlar istifalarını başbakan aracılığıyla cumhurbaşkanına sunar.

III. YASAMA VE YÜRÜTME ORGANLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER BAĞLAMINDA ÇEK CUMHURİYETİ HÜKÜMET SİSTEMİNİN NİTELENDİRİLMESİ

Bu çalışmada, oldukça geniş bir kavram olan kuvvetler ayrılığı ve hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasına ilişkin tüm ayrıntılara değinmeksizin yalnızca yarı-başkanlık sistemi ele alınacaktır. Zira Çek Cumhuriyeti hükümet sisteminde 2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında bir kırılma yaşanmıştır. Bu değişiklik, cumhurbaşkanının mevcut anayasal yetkilerine dokunulmaksızın cumhurbaşkanı doğrudan doğruya halk tarafından seçilir hale gelmiştir.

⁷² Çek Cumhurbaşkanları başbakanın münhasır yetkisinde olmasına rağmen hükümetin kuruluşu sırasında bakanların seçimine de müdahale bulunmuşlardır. Bu konuda ilk çatışma 2001 yılında yaşanmıştır. Dönemin Cumhurbaşkanı Vaclav Havel, Başbakan Miloš Zeman hükümetinde Miroslav Gregr'in başbakan yardımcısı olarak atanmasını birkaç hafta kabul etmemiştir. 2005 yılında ise Cumhurbaşkanı Klaus, Jiri Paroubek hükümetinde David Rath'ı Sağlık Bakanı olarak atamayı reddetmiştir. Cumhurbaşkanının red gerekçesi ise Rath'ın Tabipler Odası Başkanı olmasının çıkar çatışmasına sebep olabilecek olmasıdır. Başbakan bu krizi Rath'ı bakan yardımcısı olarak atamakla aşmaya çalışmıştır, ardından da Rath Tabipler Odasındaki görevinden ayrılmıştır. CZYNIĘWSKI, s. 86.

⁷³ NOVOTNÝ, s. 117.

⁷⁴ Devlet başkanlarının aktivist tutum sergilemesi genellikle Amerikan başkanlığı bağlamında kullanılmaktadır ve veto yetkisi, kararnameler veya diğer resmi yetkilerin ve atama yetkilerinin kullanımına ilişkin olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu aktivist tutum başkanlık yetkilerinin geniş kullanımına dair de kullanılmaktadır. Özellikle parlamenter ve yarı-başkanlık sistemlerinde ise devlet başkanının takdir yetkilerinin yoğun kullanımı veya başkanların politika üzerinde nüfuz kullanması olarak ifade edilmektedir. Devlet başkanlarının yasa işlerine veya hükümet oluşumuna müdahale ile demokrasi dışı yollarla başkanların güç biriktirmesi de aktivist davranış örneği oluşturmaktadır, KÖKER, Philipp: *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017, s. 5.

⁷⁵ BRUNCLÍK / KUBÁT, s. 174.

Bu nedenle de değişiklik sonrasında Çek Cumhuriyeti'nin hükümet sisteminin nitelendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

A. Yarı-Başkanlık Sisteminin Kavramsal Çerçevesi

Yarı-başkanlık sistemi kavramı ilk kez *Le Monde* gazetesinin kurucusu olan *Hubert Beuve-Mery* tarafından kullanılmıştır. Kavram, ilk kez 1959 yılında kullanıldıktan sonra 1970 yılına gelindiğinde *Maurice Duverger* tarafından sistematik bir çerçevede açıklanmış ve zaman içinde *Duverger* kavrama ilişkin nihai tanımlama yapmıştır⁷⁶. *Duverger*'in yarı-başkanlık sistemi olarak ifade ettiği kavram, *Shugart* ve *Carey* tarafından başbakancı-başkanlık⁷⁷ sistemi olarak ifade edilmiş ve aynı zamanda bu sistemler ne ara model ne de dönüşümlü model olarak nitelendirilmiştir⁷⁸. 2005 yılında ise *Shugart*, *Duverger*'in yarı-başkanlık tanımından yola çıkarak, bir hükümet sisteminin yarı-başkanlık sistemi olarak nitelendirilebilmesi için halk tarafından seçilen ve güçlü anayasal yetkileri olan bir başkan ve meclisin güvenine dayanan başbakan başkanlığındaki hükümetin bulunması gerektiğine dikkat çekmiştir⁷⁹. *Duverger*'in yarı-başkanlık sisteminden hareketle yapılan tanımlamada *Shugart* iki alt türe yer vermiştir. Bunlardan biri başbakancı-başkanlık, diğeri ise başkancı parlamenter sistemdir. *Shugart*, çalışmasında hükümetin kuruluşu, devamlılığı, azli ile hesap verilebilirliği noktasında önemli değerlendirmeler yapmıştır⁸⁰. *Shugart*'ın başbakancı başkanlık sistemi (*premier presidential*) olarak ifade ettiği alt türde cumhurbaşkanının başbakanı hükümeti kurmakla görevlendirmek suretiyle hükümetin kuruluşunda rolü bulunmakla birlikte hükümetin azli noktasında herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Zira hükümet yasama organının çoğunluğunun iradesiyle düşürülebilmektedir. Böylece yarı-başkanlık sistemlerinde bir temsilciyi seçen organ ile onu görevden alan organın aynı olmadığı görülebilmektedir. Cumhurbaşkanının ve yasama çoğunluğunun aynı siyasi görüşten olması ve cumhurbaşkanının partisinin fiili başkanı olması halinde, Fransa örneğinde olduğu gibi, başkan sistemde baskın bir role sahip olabilmektedir ve böylece de sistem başkanlık sistemi gibi işleyebilmektedir⁸¹. Çek Cumhuriyeti'nde cumhurbaşkanının hükümeti azil yetkisinin olmadığı⁸² düşünüldüğünde *Shugart*'ın yarı başkanlık tiplemesinde başbakancı başkanlık sistemine dahil olduğu söylenebilir.

Shugart tarafından başkancı parlamenter sistem (*president parliamentary*) olarak ifade edilen alt türde ise hükümet hem devlet başkanına hem de yasama çoğunluğuna karşı sorumludur. Devlet başkanının hükümeti belirleme konusundaki rolüne hükümeti görevden alma rolü de eklenmiştir. Hükümet hem başkana hem de yasama organına hesap vermek zorundadır, Weimar Cumhuriyeti bu türün tipik örneğini oluşturmaktadır⁸³.

Yarı-başkanlık sistemi Batı Avrupa'da doğmuştur. Birinci Dünya savaşının bitiminden itibaren 1919'da önce Finlandiya ve Almanya'da, 1929 yılında bir süre Avusturya'da ve ardından İzlanda'da yarı-başkanlık sistemi benimsenmiştir. Fransa'da ise V. Cumhuriyet döneminde 1962 yılında gerçek-

⁷⁶ ELGIE, Robert: "The Politics of Semi Presidentialism", (Ed.) ELGIE, Robert: *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press, New York, 2004 (The Politics of Semi-Presidentialism), s. 1.

⁷⁷ Gözler, sistemin "yarı-parlamenter" olarak ifade edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s. 241.

⁷⁸ SHUGART, Matthew Soberg / CAREY, M. John: *Presidents and Assemblies Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Melbourne, 1992, s. 22; Shugart ve Carey'nin başbakancı-başkanlık olarak nitelendirdiği sistemde ilk aranan ölçüt, yürütme organının başının halk tarafından seçilmesidir. Başbakancı-başkanlık sisteminde başkan mutlaka yürütmenin başı olmak zorunda olmayıp, hükümetin başı olan başbakan ile var olmalıdır. İkinci ölçüt ise başkanın bazı siyasi yetkilerinin olmasıdır. Bu yetkileri başkanlık sisteminden ayıran özellik ise başkanın mutlaka yasama yetkisinin olmasının gerekmemesidir. Veto ya da tek taraflı kararname çıkarma yetkisi gibi yetkilerin varlığı, başkanın, meclisin güvenine sahip olduğu sürece var olabilecek hükümet ile çatışmasına sebep olabilir. Başbakancı-başkanlık sisteminin benimsendiği ülkelerde başkanın meclisi feshetme yetkisi de bulunmaktadır. SHUGART / CAREY, s. 24.

⁷⁹ SHUGART, Matthew Soberg: "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", *French Politics*, 2005, Sayı 3, s. 324.

⁸⁰ YÜCEL, Bülent: *Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 70.

⁸¹ SHUGART, s. 333-334.

⁸² BİNGÖL SCHRIJER, s. 251.

⁸³ SHUGART, s. 334, 340.

leştirilen değişiklik⁸⁴ ile yarı-başkanlık sistemine geçilirken, Portekiz’de Salazar diktatörlüğünden sonra 1976 Anayasası ile yarı-başkanlık sisteminin benimsendiği görülmektedir⁸⁵. Yarı-başkanlık sistemi Batı Avrupa’da doğmuş ancak 1990-1991 yılları arasında demokratikleşme dalgasıyla⁸⁶ gelişme kaydetmiştir. Bu dönemde pek çok ülke fark edilir bir şekilde yarı-başkanlık sistemini benimsemiştir⁸⁷.

Yarı-başkanlık sistemi, *Duverger* tarafından genel oyla seçilen⁸⁸ ve güçlü anayasal yetkileri olan cumhurbaşkanının⁸⁹ yasama organının güvenine dayanan ve yasama organına karşı sorumlu olan bir hükümetle var olduğu bir sistem olarak tanımlanmış ve bu tanımlamada 1958-1962 yılları arasında kurulan Fransız siyasi sistemi ele alınmıştır⁹⁰. *Duverger*, çalışmasında, yarı başkanlık sisteminin temel özelliklerini saptadıktan sonra bu özelliklerin ülkelerin anayasalarına göre belirlendiğini vurgulamıştır. *Duverger*’in bu vurgusunu da *Uluşahin* anlamlandırmaya çalışmıştır. Çünkü bir hükümet sistemi nitelendirmesi yapılırken, seçim sistemi ve parti sistemi gibi pek çok değişkenin de ele alınması gerekir. *Duverger*’in yaptığı bu açıklama doğrultusunda *Uluşahin*, hükümet sistemi belirlenirken anayasa kuralları dışında ülkenin dinamikleri doğrultusunda uygulamaya bakılarak da hükümet sisteminin tanımının yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır⁹¹.

Robert Elgie’ye göre ise yarı-başkanlık sistemini tanımlarken iki ölçütün bulunması, sistemi yarı başkanlık olarak nitelendirmek için yeterlidir. Bu iki ölçüt, yürütme organının, doğrudan doğruya halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanından ve yasama organına karşı sorumlu olan bir başbakanından oluşmasıdır⁹². *Elgie*’nin yaptığı tanıma göre, sistemin yarı-başkanlık olarak adlandırılabilmesi için cumhurbaşkanının güçlü anayasal yetkilerinin bulunmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Giovanni Sartori tarafından da bir yarı-başkanlık tanımlaması yapılmıştır. Sartori’ye göre bir siyasi sistem aşağıda yer alan koşulları taşıyorsa yarı-başkanlık olarak nitelendirilir⁹³:

- Cumhurbaşkanı, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak belirli bir görev süresi için halk tarafından seçilmelidir.

⁸⁴ Fransa’da V. Cumhuriyet Anayasası’nda gerçekleştirilen bu değişiklik sonrasında ortaya çıkan hükümet sistemine ilişkin tartışmalar devam etmiştir. Bu tartışmaların temelinde yarı-başkanlık sisteminin parlamenter sistem ve başkanlık sisteminin özelliklerini taşıyor olmasıdır. ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 484.

⁸⁵ TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 541-542.

⁸⁶ Aslında yarı-başkanlık sisteminin farklı ülkelerde kabul edilmesinin anayasacılık dalgalarına bağlı olarak gerçekleştiğinin söylenmesi mümkündür. Bu bağlamda demokratikleşme dalgalarının ilkinde, Birinci Dünya savaşı ertesinde yalnızca Almanya, Avusturya ve Finlandiya’da benimsenirken, İkinci Dünya savaşı sonrasında ikinci demokratikleşme dalgasıyla birlikte Fransa’da benimsenmiştir. Üçüncü demokratikleşme dalgası sonrasında ise Portekiz’de yarı başkanlık sistemi kabul edilmiştir. Doğu Bloğunun dağılmasından sonra ise pek çok ülkede yarı-başkanlık sistemine yer verilmiştir. KANADOĞLU, Osman Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 343.

⁸⁷ ELGIE, Robert: “Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies”, *Taiwan Journal of Democracy*, 2007, Cilt 3, Sayı 2 (Varieties of Semi-Presidentialism), s. 54.

⁸⁸ Yarı-başkanlık sisteminde doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi cumhurbaşkanına sağladığı çifte meşruiyet nedeniyle güç kazandırmaktadır. FENDOĞLU, Hasan Tahsin: *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 590.

⁸⁹ Cumhurbaşkanının halk tarafından seçiliyor olması ve güçlü anayasal yetkilerinin bulunması Özbudun tarafından da zorunlu unsurlar olarak ifade edilmiştir. Yalnızca cumhurbaşkanının halk tarafından seçiliyor olması sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025, s. 432.

⁹⁰ DUVERGER, Maurice: “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, 1980, Cilt 8, Sayı 2, s. 165. Duverger tarafından yapılan bu çalışma yarı-başkanlık sistemine ilişkin olarak İngilizce kaleme alınmıştır. ELGIE, *The Politics of Semi Presidentialism*, s. 2.

⁹¹ ULUŞAHİN, Nur: “Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: ‘Yarı-Başkanlık’tan ‘İki Başlı Yürütme Yapılanması’na”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 2, s. 210.

⁹² ELGIE, *Varieties of Semi-Presidentialism*, s. 53; Lijphart’a göre ise cumhurbaşkanları halk tarafından seçiliyor olmasına rağmen güçlü anayasal yetkileri bulunmuyorsa sistem parlamenter sistem ekseninde şekillenmektedir. LIJPHART, Arendt: *Çağdaş Demokrasiler- Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun / ONULDURAN, Ersin: Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 80; Elgie cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi halinde artık parlamenter sistemden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir ve buradan da parlamenter hükümet sistemlerinde doğrudan demokratik meşruiyete sahip tek bir organın olduğu sonucu çıkmaktadır. ÖZSOY, Şule: *Başkanlı Parlamentar Sistem - Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamentar Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 57.

⁹³ SARTORI, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği-Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 173-174.

- Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisini bir başbakanla paylaşır. Çift başlı yürütme yapısı mevcuttur.
- Cumhurbaşkanı, parlamentodan bağımsızdır ancak tek başına veya doğrudan doğruya hükümet etme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle, iradesini hükümet aracılığıyla açıklar.
- Başbakan ve kabinesi, cumhurbaşkanından bağımsızdır ve parlamentonun güvenoyuna dayanmaktadır.
- Çift başlı yürütme organı içinde yer alan farklı dengeler, yürütmenin farklı birimlerine özerklik imkânı tanır.

Sartori'nin tanımından yola çıkarsak cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, çift başlı yürütme ve yürütme yetkisinin bir başbakanla paylaşılması, cumhurbaşkanının parlamentodan bağımsızlığı, başbakan ve hükümetin cumhurbaşkanından bağımsız olmakla birlikte yasama çoğunluğunun güvenine dayanması bakımından yarı-başkanlık sistemi özelliği gösterse de yürütmenin farklı birimlerinin özerkliği bağlamında cumhurbaşkanının anayasal yetkilerinde parlamenter sistemi aşan bir güçlendirme yaşanmadığından Sartori tarafından sayılan beş kriterin tümünü sağlayamaması nedeniyle Çek Cumhuriyeti hükümet sistemi yarı-başkanlık sistemi olarak nitelendirilemeyecektir.

Yarı-başkanlık sistemine ilişkin farklı tanımlamalara yer verdikten sonra, sistemin çeşitli avantaj ve dezavantajlarından bahsetmek gerekir. Çift başlı yürütme, birbirine rakip olan siyasiler arasında güç paylaşımına imkân sağlayabilir. Zira bir taraf cumhurbaşkanlığını elinde bulundururken, diğer taraf başbakanlığı elde etmiş olabilir. Böylece farklı siyasi güçler sistemi destekleme şansı elde edebilir. Yarı-başkanlık sisteminin bir başka avantajı ise, parlamentonun parçalı görünümü nedeniyle istikrarsız hükümetlerle karşılaşılrsa bile cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesinin, sisteme istikrar ve meşruiyet kazandırabilecek olmasıdır⁹⁴.

Yarı-başkanlık sisteminin avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır. İlk olarak, cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi, iktidarın kişiselleşmesine neden olabilir. Hatta iktidarın kişiselleşmesi nedeniyle cumhurbaşkanının kendisini hukukun üstünlüğüne bağlı hissetmemesi gibi bir durumla karşılaşılmasına da sebep olabilir⁹⁵. İktidarın kişiselleşmesi durumu ile özellikle yasama organının çoğunluğunun lideri olan bir cumhurbaşkanının varlığı halinde daha yüksek ihtimalle karşılaşılabilir. Yarı-başkanlık sisteminin bir başka dezavantajı, birbirinden ayrı dünya görüşüne sahip olan cumhurbaşkanı ile yasama çoğunluğunun, aynı dönemde görevde olmalarından kaynaklı olarak birlikte yaşama zorunluluğunun (*cohabitation*) doğmasıdır. Cumhurbaşkanı ve yasama çoğunluğunun desteğine sahip olan başbakan arasında anlaşmazlığın meydana gelmesi halinde sistemde kilitlenmeler yaşanabilir. Ancak cumhurbaşkanı ile parlamento çoğunluğunun aynı siyasi görüşten olması halinde kriz yaşanması söz konusu olmayacak ve uyum içinde çalışılabilecektir. Fransa'da bu durumun iki kez yaşanması üzerine anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının görev süresi ile yasama organının görev süresi beş yıl olacak şekilde eşitlenmiştir⁹⁶.

B. 2012 Yılında Gerçekleştirilen Anayasa Değişikliği Sonrası Çek Cumhuriyeti Hükümet Sisteminde Yaşanan Kırılma

2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında *Robert Elgie* yarı-başkanlık sistemi-ne ilişkin web sayfasında Çek Cumhuriyeti'nin hükümet sistemini yarı-başkanlık sistemi olarak sınıf-

⁹⁴ ELGIE, *Varieties of Semi-Presidentialism*, s. 55.

⁹⁵ ELGIE, *Varieties of Semi-Presidentialism*, s. 56.

⁹⁶ AKTAŞ, Murat: "Yarı- Başkanlık Sistemi: Fransa Modeli ve Türkiye", (Ed.) AKTAŞ, Murat / COŞKUN, Bayram: *Başkanlık Sistemi*, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 140-141; Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği ve özellikle de parti sisteminin parçalı olduğu hükümet sistemlerinde yasama organının ve cumhurbaşkanının seçimlerinin eş zamanlı olarak yapılması bir siyasi mühendislik aracı olarak kullanılmaktadır. ANAYURT, s. 487; Cumhurbaşkanının yasama organında da çoğunluğu elde etmesini amaçlayan seçim döngüsü (*electoral cycle*) formülü konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz. SHUGART, Matthew: "The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government", *The American Political Science Review*, 1995, Cilt 89, Sayı 2, s. 327 vd.

landırmıştır⁹⁷. Orta Avrupa ülkelerindeki siyasi rejimleri sınıflandırırken *Elgie* tarafından yapılan tanımlamayı tercih eden ve post-Duvergerci olarak adlandırılan yazarlar Çek Cumhuriyeti gibi pek çok Avrupa ülkesini yarı-başkanlık sistemi olarak nitelendirirken, yarı-başkanlık sistemini başkanın sahip olduğu anayasal yetkiler üzerinden tanımlayan yazarlar ise Orta Avrupa rejimlerini parlamenter rejim olarak sınıflandırmaktadırlar⁹⁸.

Yüzen oyların çok fazla olduğu ve siyasi partilerin konsolide olmadığı bir ülkede yarı-başkanlık sisteminin tercih edilme olasılığı yüksektir. Halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı ve parlamentonun eş zamanlı olmayan seçim döngüleri iki erk arasında çatışma riskini artırmaktadır. Diğerine göre daha yakın tarihte seçim sınavından geçen yürütme kanadı, yakın tarihli meşruiyet sebebiyle daha fazla anayasal yetki talep edebilmektedir⁹⁹. Bunun somut örneği Çek Cumhuriyeti'nde 2013 yılında ilk kez doğrudan doğruya halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı Miloš Zeman döneminde yaşanmıştır. Zeman, hemen sağcı bir koalisyon hükümetiyle çatışmaya girmiştir. Bu nedenle hükümet, Temsilciler Meclisi ile cumhurbaşkanı arasında kalmış ve yaşanan krizlerin sebebi, yalnızca hükümet istikrarsızlığından değil hükümetin ve başbakanın anayasal olarak zayıflığından kaynaklanmıştır¹⁰⁰. Miloš Zeman döneminde bir başka anayasal kriz de Haziran 2013'te yaşanmıştır. Bu tarihte Peter Necas hükümeti aniden istifa etmiştir. Birkaç görüşmenin ardından cumhurbaşkanı, hükümeti kurma görevini parlamento içinden bir milletvekili yerine daha önce sosyal demokrat hükümetlerde bakanlık yapmış bir ekonomiste, Jiri Rusnok'a vereceğini açıklamıştır. Oysa bu dönemde daha önce iktidarda olan parti, başka iki parti ile koalisyon hükümeti kurabilecek durumdaydı ve halihazırda başbakan adayları da belli olmasına rağmen cumhurbaşkanı parlamento dışından bir kişiyi hükümet kurmak için düşünmüştür. Muhalefette bulunan partiler de bu duruma karşı çıktığı için cumhurbaşkanının söz konusu fikri, neredeyse Temsilciler Meclisi'nin tamamının karşısında yer almıştır¹⁰¹. Rusnok hükümeti, farklı çevreler tarafından hep Cumhurbaşkanı Zeman'ın hükümeti olarak görülmüştür. Bu hükümetin kurulması, cumhurbaşkanının parlamentoya karşı kendi konumunu güçlendirme ve yürütme erkine boyun eğdirme çabası olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu girişim, halk tarafından seçilen ilk cumhurbaşkanının görev süresinin ilk aylarında gerçekleşmesi bakımından anayasal organlar arasındaki ilişkinin biçimleniş bağlamında oldukça önem arz etmektedir¹⁰². Her ne kadar cumhurbaşkanının başbakan olarak kimi atayacağına ilişkin bir sınırlandırma Anayasa'da olmasa da tartışmanın temeli "anayasal teamül" ve parlamenter demokrasinin mantığına dayandırılmıştır. Zeman, anayasal teamül argümanına şiddetle karşı çıkmış, bu durumun ancak teamül olabileceğini ifade ettikten sonra cumhurbaşkanının Anayasa'yı değiştiremeyeceğini fakat Anayasa'da yer almayan teamülleri değiştirme gücünün olduğunu söylemiştir¹⁰³.

Yukarıda, Çek Cumhuriyeti'nde cumhurbaşkanının, yürütmenin diğer kanadı olan siyaseten sorumlu ve siyasi iktidarı kullanan başbakan başkanlığındaki bakanlar kurulunun ve parlamentonun yetkilerine değinilmiş ve cumhurbaşkanının güçlü anayasal yetkilere sahip olduğu görülmüştür. Zira cumhurbaşkanının başbakanı ve başbakanın önerisi üzerine bakanları atama, belli koşulların gerçekleşmesi halinde parlamentoyu feshetme ve kanunları geri gönderme yetkileriyle birlikte atama yetkisi de bulunmaktadır. Söz konusu anayasal yetkiler ifade edilirken, Çek Cumhuriyeti'nde cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçildiği dönemde dahi Cumhurbaşkanı'nın sahip oldukları anayasal yetkilerin sınırlarını zorlayan davranışlar sergilediği ve halk tarafından cumhurbaşkanına yüklenen anlamın parlamenter sistemdeki sembolik yetkilere sahip ve hâkim pozisyonunda yer alan cumhurbaşkanından oldukça büyük olduğu

⁹⁷ ELGIE, Robert: *Up-to-Date List of Semi-Presidential Countries with Dates*, 2018 (<http://www.semipresidentialism.com/up-to-date-list-of-semi-presidential-countries-with-dates/>, ET: 05.05.2025).

⁹⁸ BRUNCLÍK, Miloš / KUBÁT, Michal: "Contradictory Approaches: Discussing Semi-Presidentialism in Central Europe", *Annals of the University of Bucharest, Political Science Series*, 2016, s. 71.

⁹⁹ BRUNCLÍK / KUBÁT, s. 175.

¹⁰⁰ BRUNCLÍK / KUBÁT, s. 175.

¹⁰¹ CZYINIEWSKI, s. 86.

¹⁰² CZYINIEWSKI, s. 86.

¹⁰³ CZYINIEWSKI, s. 87.

görülmektedir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmeye başlanmasıyla birlikte de Cumhurbaşkanlarının anayasal konumlarını güçlendirme eğilimleri göze çarpmıştır.

Duverger'in yarı-başkanlık sistemi yaklaşımına göre Çek Cumhuriyeti'nde 2012 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının mevcut anayasal yetkilerinde bir artış yaşanmadığı için Cumhurbaşkanının güçlü ve fazla anayasal yetkilere sahip olma kriterini taşımadığından ülkenin hükümet sistemi yarı-başkanlık sistemi olarak nitelendirilemeyecektir. *Duverger*'in yarı başkanlık sistemi yaklaşımındaki cumhurbaşkanının güçlü anayasal yetkilerinin bulunması ölçütünü bir kenara bırakan *Elgie*'nin yaklaşımından hareket ettiğimizde, pek çok Doğu Bloku ülkesinde olduğu gibi Çek Cumhuriyeti'nin de yarı-başkanlık sistemini benimsediği rahatlıkla söylenebilecektir.

SONUÇ

Bu çalışmanın amacı 2012 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında Çek Cumhuriyeti hükümet sistemini incelemektir. Çek Cumhuriyeti hükümet sistemi incelenirken, ülkenin tarihsel geçmişine ve anayasal yapısına yer verilmiştir. Çek Cumhuriyeti, Çekoslovakya'nın 1993 yılında barışçıl bir şekilde ikiye ayrılmasının ardından kurulmuştur. Yeni kurulan bu devletin anayasasıyla hükümet sistemi olarak parlamenter sistem benimsenmiştir. Çünkü 1993 yılında yürürlüğe giren Anayasa'ya göre çift başlı bir yürütme organı öngörülmüştür. Yürütme organının bir tarafında meclisin her iki kanadının ortak oturumunda seçilen ve siyasi sorumluluğu bulunmayan bir cumhurbaşkanı bulunurken, diğer tarafında ise yasama organının içinden çıkan ve yasama organına karşı sorumlu olan bir hükümet yer almaktadır. Bu haliyle ülkenin hükümet modeli parlamenter sistemin saf haline oldukça yakındır.

Ülkenin parlamenter yapısında bir kırılma yaratan 2012 yılındaki anayasa değişikliği her ne kadar cumhurbaşkanının anayasal yetkilerinin genişlemesini içermese de cumhurbaşkanının, halkın desteğini alarak sahip olduğu demokratik meşruiyet nedeniyle siyasi etkisinin kayda değer seviyede arttırmasına neden olmuştur, böylece yürütmenin iki aktörünün güç dengelerinde bir değişim yaşanmıştır.

Çalışmada yer verildiği üzere, Çek Cumhuriyeti tarihinde cumhurbaşkanları parlamento tarafından seçildikleri dönemde de sembolik bir pozisyondan çok daha etkili bir görünümde olmuştur. Cumhurbaşkanlarının güçlü bir figür haline gelmesi özellikle Vaclav Havel'in karizmatik liderliğinde doruk noktasına ulaşmış ve Havel'den sonra da devam etmiştir. Özellikle Zeman döneminde anayasal teamüllerin zorlandığı örnekler görülmüştür.

Çek Cumhuriyeti'nde hükümetin kurulması sırasında cumhurbaşkanının aktivist davranışlar sergilemesi, parlamentonun iradesine rağmen hareket etmesi ve yaşanan siyasi kriz dönemlerinde sistemde belirleyici aktör konumunda olması yürütme organının yapısında başbakan ve cumhurbaşkanı arasındaki dengenin bozulmasına sebep olmuştur. Söz konusu gelişmeler, hükümet sisteminin işleyişinde yalnızca anayasada düzenlenen yasama ve yürütme ilişkilerinin belirleyici olmadığını aynı zamanda uygulamanın ve siyasi kültürün de etkin bir rolünün olduğunu göstermektedir.

Çek Cumhuriyeti hükümet sistemi analiz edilirken *Duverger*, *Sartori* ve *Elgie* gibi siyaset bilimcilerin yarı-başkanlık sistemine ilişkin tanımlamalarından yararlanılmıştır. *Elgie*'nin tanımına göre doğrudan doğruya halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ile yasama organına karşı sorumlu bir başbakan, sistemin yarı başkanlık olarak tanımlanması için yeterli unsurlardır. Bu bağlamda, *Elgie*'nin yaptığı tanımlama ve hükümet sisteminin uygulamadaki görünümü göz önünde bulundurulduğunda, ülkenin hükümet sisteminin, yarı-başkanlık sistemine yakın olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ, Murat: “Yarı- Başkanlık Sistemi: Fransa Modeli ve Türkiye”, (Ed.) AKTAŞ, Murat / COŞKUN, Bayram: *Başkanlık Sistemi*, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 119-152.
- ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ARSEL, İlhan: “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Kimi Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 3, s. 60-104.
- BEST, Antony / MAIOLO, Joseph A. / SCHULZE, Kristen E.: *Uluslararası Siyasi Tarih 20. Yüzyıl*, (Çev.) BELGE, Taciser Ulaş / KURT, Emel, Yayın Odası, İstanbul, 2008.
- BİNGÖL SCHRIJER, Bilge: “Parlamentar Sistem Hassas Dengesi: Çek Cumhuriyeti ve Federal Almanya Cumhuriyeti Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 219-274.
- BLOOMFIELD, Jon: “‘Prag Baharı’ Bir Yeniden Değerlendirme”, (Çev.) YÜCEL, Can, *Birikim*, 1978, Sayı 42/43/44, s. 98-105.
- BRUNCLÍK, Miloš / KUBÁT, Michal: “Contradictory Approaches: Discussing Semi-Presidentialism in Central Europe”, *Annals of the University of Bucharest, Political Science Series*, 2016, s. 67-79.
- BRUNCLÍK, Miloš / KUBÁT, Michal: “The Crisis of the Czech Politics 25 Years After the Velvet Revolution”, *Księgarnia Akademicka Stable*, 2015, Cilt 23, Sayı 1, s. 163-180.
- BRUNCLÍK, Miloš / KUBÁT, Michal: *Semi-presidentialism, Parliamentarism and Presidents Presidential Politics in Central Europe*, Routledge, New York, 2019.
- BRUSIS, Martin: “Czechoslovakia: State Formation and Administrative-Territorial Organization”, (Ed.), FLO-RA, Peter / KRAUS, Franz / WALTON, Rick / CARAMANİ, Daniele / MARTI HENNEBERG, Jordi / SCHWEIKART, Jürgen: *European Regions: The Territorial Structure of Europe since 1870-2000*, Palgrave Macmillan, London, 2016, s. 1-10
- CZYINIEWSKI, Marcin: “Dispute over the Powers of the President of the Czech Republic”, *Polish Political Science Yearbook*, 2021, Cilt 50, Sayı 4, s. 81-94.
- ÇEKOSLOVAKYA BİLİMLER AKADEMİSİ TARİH KURUMU: *Kara Kitap Çekoslovakya*, (Çev.) ÖZBAKIR, Erdoğan, İletişim Yayınları, İstanbul, 1988.
- DRAHOKOUPIL, Štěpán: *Reflections on the Current Political Crisis in the Czech Republic: The Introduction of Direct Presidential Elections and the Operation of a Semi-Presidential System*, 2013 (<https://cz.boell.org/en/2014/07/02/reflections-current-political-crisis-czech-republic-introduction-direct-presidential>, ET: 01.05.2025).
- DREXHAGE, Betty: *Bicameral Legislatures an International Comparison*, Ministry of the Interior and Kingdom Relations Directorate of Constitutional Affairs and Legislation, The Hague, 2015.
- DRYZEK, John S. / HOLMES, Leslie T.: *Post Communist Democratization Political Discourses Across Thirteen Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- DUVERGER, Maurice: “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, 1980, Cilt 8, Sayı 2, s. 165-187.
- ELGIE, Robert: “The Politics of Semi Presidentialism”, (Ed.) ELGIE, Robert: *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press, New York, 2004, s. 1-21.
- ELGIE, Robert: “Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies”, *Taiwan Journal of Democracy*, 2007, Cilt 3, Sayı 2, s. 53-71.
- ELGIE, Robert: *Up-to-Date List of Semi-Presidential Countries with Dates*, 2018 (<http://www.semipresidentialism.com/up-to-date-list-of-semi-presidential-countries-with-dates/>, ET: 05.05.2025).
- EMBEL, Ersin: “Varşova Paktı”, *Güvenlik Yazıları Serisi*, 2019, No 9, s.1-8.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

- GÉRYK, Jan / HALAMKA, Tomáš: "Direct Presidential Election in the Czech Republic: The Rise of Tribunes?", *Acta Politologica*, 2023, Cilt 15, Sayı 3, s. 4-30.
- GÖNENÇ, Levent: *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.
- GRAUDY, Roger: *Prag 1968 Doğmayan Hürriyet*, (Çev.) BALTA, Adil, E Yayınları, İstanbul, 1968.
- GRINC, Jan: "Constitutional Stability and Dynamics in the Czech Republic", *International Comparative Jurisprudence*, 2019, Cilt 5, Sayı 1, s. 16-26.
- HRABÁLEK, Martin / STRELKOV, Alexander: "The Czech Parliament and European Integration", (Ed.) HEFFTLER, Claudia / NEUHOLD, Christine / ROZENBERG, Olivier / SMITH, Julie: *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Palgrave Macmillan, London, 2015, s. 494-512.
- HUNTINGTON, Samuel: *Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeniden Kurulması*, (Çev.) TURHAN, Mehmet / SOYDEMİR, Y. Z. Cem, Okuyan Us Yayınları, İstanbul, 2004.
- HUNTINGTON, Samuel: *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara, 2002.
- KANADOĞLU, Osman Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KINDLOVÁ, Miluše: "Formal and Informal Constitutional Amendment in the Czech Republic", *The Lawyer Quarterly*, 2018, Cilt 8, Sayı 4, s. 512-525.
- KOPECKY, Petr: "Parliaments in Central and Eastern Europe: Changing Legislative Institutions", *Sociologický časopis / Czech Sociological Review*, 2005, Cilt 41, Sayı 2, s. 361-373.
- KOPECKY, Petr: "The Czech Republic: From the Burden of the Old Federal Constitution to the Constitutional Horse Trading among Political Parties", (Ed.) ZIELONKA, Jan: *Democratic Consolidation in Eastern Europe, Volume I Institutional Engineering*, Oxford University Press, New York, 2001, s. 319-346.
- KÖKER, Philipp: *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017.
- LIJPHART, Arend: "Democratization and Constitutional Choices in Czecho-Slovakia, Hungary, and Poland, 1989-1991", *Journal of Theoretical Politics*, 1992, Cilt 4, Sayı 2, s. 207-223.
- LIJPHART, Arendt: *Çağdaş Demokrasiler- Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun / ONULDURAN, Ersin, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- LINEK, Luka's / MANSFELDOVA, Zdenka, "The Parliament of the Czech Republic, 1993-2004", *The Journal of Legislative Studies*, 2007, Cilt 13, Sayı 1, s. 12-37.
- MULLER-ROMMEL, Ferdinand / MANSFELDOVA, Zdenka: "Czech Republic", (Ed.) BLONDEL, Jean / MÜLLER ROMMEL, Ferdinand: *Cabinets in Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2001, s. 62-72.
- NOVOTNÝ, Lukáš: "Power Structure in Motion? Parliament, Government and the President in the Czech Republic", (Ed.) LORENZ, Astrid / FORMÁNKOVÁ, Hana: *Czech Democracy in Crisis*, Springer Nature, Cham, 2020.
- ORMANOĞLU DURANLIOĞLU, Hatice Derya: "Devlet Başkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yetkinin Değişen Niteliği", *Adalet Dergisi*, 2024, Sayı 73, s. 403-424.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025.
- ÖZSOY, Şule: *Başkanlı Parlamenter Sistem - Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- SARTORİ, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği-Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, (Çev.) ÖZBUDUN, Ergun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

- SHUGART, Matthew Soberg / CAREY, M. John: *Presidents and Assemblies Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, Melbourne, 1992.
- SHUGART, Matthew Soberg: "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", *French Politics*, 2005, Sayı 3, s. 323-351.
- SHUGART, Matthew: "The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government", *The American Political Science Review*, 1995, Cilt 89, Sayı 2, s. 327-343.
- STANGER, Alison K.: "Czechoslovakia's Dissolution as an Unintended Consequence of the Velvet Constitutional Revolution", *East European Constitutional Review*, 1996, Cilt 5, Sayı 4, s. 40-46.
- TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- TKACH, Peter: *The Velvet Revolution: A Case Study in Strategic Nonviolence*, 2014 (<http://commons.lib.jmu.edu/madrush/2014/RecentGlobal/1>, ET: 15.01.2025).
- TUNÇ, Hasan / TÜRKOĞLU, Kamile: "Doğu Bloku'nun Yıkılması Sonrasında (Post-Komünist) Devletlerde Anayasa Yapım Yöntemleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 1133-1163.
- ULUŞAHİN, Nur: "Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: 'Yarı-Başkanlık'tan 'İki Başlı Yürütme Yapılanması'na", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 2, s. 199-233.
- USLU, Ateş: "Prag Darbesi'nden Prag Baharı'na: Çekoslovakya'nın 20 Yılı", *Devrimci Marksizm*, 2008, Sayı 6-7, s. 150-176.
- YILMAZ, Hakan: "Soğuk Savaş Dönemi'nde Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin Yayılmacılık Politikası: Afganistan Örneği", *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 3, s. 3299-3316.
- YÜCEL, Bülent: *Parlamente Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.



Zararla Karşılık Kavramı Çerçevesinde Ukrayna'nın Kursk Harekâtı^(*)



Ukraine's Kursk Operation in the Context of the Concept of Reprisal

Bahadır Bumin ÖZARSLAN



Doktor Öğretim Üyesi

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Karşı Önlemler,
Zararla Karşılık,
Hukuka Aykırılık,
Kuvvet Kullanma,
Kursk Harekâtı.

Öz

Uluslararası hukukta dikkat çekici konulardan biri de karşı önlemlerdir. Devletlerin aldığı karşı önlemler içinde zararlar karşılık, tanımında yer alan hukuka aykırılık unsuru sebebiyle önemli tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmalar içinde en öne çıkan hususlardan biri de zararlar karşılık verme yöntemleri arasında, kuvvet kullanmanın yer alıp alamayacağıdır.

Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasında üç yıldan fazla bir süredir devam eden savaş, genel olarak bakıldığında Ukrayna'nın devlet ülkesi içinde gerçekleşmektedir. Bu durumun tek istisnası, Ukrayna'nın Rusya Federasyonu sınırları içinde icra ettiği Kursk Harekâtı'dır. Söz konusu harekât, uluslararası toplumun ve Rusya Federasyonu'nun beklemediği bir eylem olması sebebiyle dikkat çekici bulunmuştur. Aşağıda, zararlar karşılık kavramı açısından Kursk Harekâtı değerlendirilecektir.

Keywords

Countermeasures,
Reprisal,
Illegality,
Use of Force,
Kursk Operation.

Abstract

One of the noteworthy issues in international law is countermeasures. Among the countermeasures taken by states, reprisal has been the subject of significant debates due to the illegality as an element of its definition. One of the most prominent points of these debates is whether or not the use of force can be included among the methods of reprisal.

The war between the Russian Federation and Ukraine, which has been going on for more than three years, has been generally taking place within the state territory of Ukraine. The only exception to this fact is the Kursk Operation, which Ukraine carried out within the borders of the Russian Federation. The operation in question has been assessed noteworthy due to the fact that it was an unexpected act according to international community and the Russian Federation. The Kursk Operation will be evaluated below in terms of the concept of reprisal.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 24.03.2025, Kabul Tarihi: 02.05.2025.



GİRİŞ

Uluslararası hukukun önemli konularından biri de karşı önlemlerdir. Temel uluslararası hukuk kişisi olan devletlerin maruz kaldıkları ihlaller karşısında aldıkları tedbirler olan karşı önlemler içinde en dikkat çekici olanı ise zararlar karşılığıdır. Zararla karşılık, aşağıda da ifade edileceği üzere, maruz kalınan ihlale hukuka aykırı bir yolla karşılık vermek anlamına gelmektedir. Kökeni itibarıyla oldukça geriye uzanan ve dönüşerek gelişen bu kavram, eylemin tek başına hukuka aykırılık niteliği taşıması sebebiyle her dönem tartışmalara konu olmuştur. Özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Şartı ile birlikte kesin ve açık bir hukuka aykırılık olarak kabul edilen kuvvet kullanma yolu ile zararlar karşılık verilip verilemeyeceği konusu, adı geçen tartışmalarda ciddi bir yer tutmaktadır.

Üçüncü yılını tamamlamış olan Rusya Federasyonu (RF)-Ukrayna Savaşı, önemli gelişmeleri beraberinde tetiklemiş ve sadece savaşa taraf devletleri değil bölgesel ve küresel düzeyde pek çok tarafı ilgilendiren tartışmaları da başlatmıştır. Bütün bu süreç boyunca savaşın uluslararası hukuk boyutu da değişik açılardan tartışmalara konu olmuştur. Ukrayna'nın ve RF'nin kendi açılarından ileri sürdükleri tezler, silahlı çatışmanın başlamasıyla birlikte daha da yaygın bir şekilde uluslararası toplumun gündemine girmiştir. Tarafların kendi tezlerini bilindir kılma ve uluslararası toplum nezdinde meşruiyet kazanma çabası da paralel bir şekilde artmıştır. Bu bağlamda, tartışılan konular içinde çok yer bulan ancak uluslararası hukuk boyutu ve özellikle karşı önlem çerçevesinde, pek dikkate alınmayan konulardan biri de Ukrayna'nın Kursk'ta yaptığı askerî harekâttir.

Her şeyden önce Kursk Harekâtı, savaşın devam ettiği süre boyunca en büyük sürprizlerden birini teşkil etmiştir. Taraflar arasındaki güç dengesi dikkate alındığında, savaşın Ukrayna içinde devam etmesinin beklenmesi sebebiyle bu harekât, beklenmedik bir hamle olarak nitelendirilmiştir. Ukrayna'nın RF'nin sınırları içinde yer alan bir bölgeye harekât yapması ve bölgeyi kısmen ele geçirmesi, savaşın seyri bakımından yeni bir aşamayı da başlatmıştır. Bu sebeple aşağıda, Ukrayna'nın Kursk'ta gerçekleştirdiği harekât ve ele geçirdiği bölgeler, zararlar karşılık kavramı çerçevesinde değerlendirilecektir. Söz konusu değerlendirmede, doğrudan doğruya zararlar karşılık kavramının özü ve ana hatları esas alınacak; bir kuvvet kullanma yöntemi olmakla birlikte silahlı çatışmalar hukukundan bağımsız olarak, hukuka aykırı bir yol niteliğindeki Kursk'un ele geçirilmesinin bir zararlar karşılık yolu kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulacaktır. Silahlı çatışmalar hukukunda, kuvvet kullanmanın meşru olup olmamasından ziyade, silahlı çatışmaların nasıl ve hangi yöntemlerle yürütülmesi gerektiği esas alındığından, konunun bu boyutuna yer verilmeyecektir.

I. ZARARLAR KARŞILIĞI KAVRAMI

Zararlar karşılık kavramı temelde, bir devletin başka bir devlet aleyhine gerçekleştirdiği hukuka aykırı bir fiile karşılık olarak, hukuka aykırılığa maruz kalan devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiil ile hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlete mukabele etmesidir¹. Böylesi bir durumda, her iki devletin fiili de hukuka aykırı olmakla birlikte, hukuka aykırılığa maruz kalan ve hukuka aykırı bir karşılık veren devletin fiili, meşru bir nitelik kazanmış olmaktadır². Zararlar karşılık eylemi, tek başına hukuka aykırı olup mazur görülemezken hukuka aykırı bir eylemi sona erdirmek üzere icra edilmesi sebebiyle meşru kabul edilmektedir³. Burada hukuka aykırılığa maruz kalan devlet, söz konusu durumu telafi

¹ OPPENHEIM, Lassa Francis: *International Law, A Treatise, Cilt II, War and Neutrality*, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018, s. 45; LÜTEM, İlhan: *Devletler Hukuku Dersleri II, (Yetkiler-Alanlar-Yetkilerin Kullanılması-Barış ve Güvenliğin Sağlanması)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958, s. 659-660; BERKİ, Şakir: *Devletler Umumi Hukuku*, Üçüncü Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1964, s. 125; GAETA, Paola / VINUALES, Jorge E. / ZAPPALA, Salvatore: *Cassese's International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2005, s. 296; SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 1129.

² LE FUR, Louis: *Devletler Umumi Hukuku*, (Çev.) DEVRİN, Şinasi Z., Matbaa Yeni Cezaevi, Ankara, 1942, s. 472; MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 414; GAETA / VINUALES / ZAPPALA, s. 296; GÜNDÜZ, Aslan: *Milletlerarası Hukuk*, (Ed.) GÜNEL, Reşat Volkan, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 12; SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 296.

³ KWAKWA, Edward: "Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict", *Stanford Journal of International Law*, 1990, Cilt 27, Sayı 1, s. 51.

etmek üzere meşru araçlar kullanarak kendi çözümünü üretmektedir. Bir çözüm üretirken de uluslararası hukukun ihlâl edilmesi sebebiyle kendisini mağdur olarak kabul etmekte ve karşılık verirken maruz kaldığı oranda bir hukuka aykırı eylem gerçekleştirmektedir. Karşılık olarak verdiği hukuka aykırılıkta ise maruz kaldığı ihlâlin aynı kurala ilişkin olup olmamasını dikkate almamakta, nitelik olarak eşit bir mukabelede bulunmaktadır. Karşılık veren devletin amacı, hukuka aykırılığı yaratan devleti, uluslararası hukukun sınırları içine çekmektir⁴. Bir başka deyişle zararla karşılık veren devlet, kendisine yönelen uluslararası hukuka aykırılığı sona erdirmeye ve tekrarlanmasını engelleyerek hukuka uygun davranılmasını sağlama amacıyla uluslararası hukuka aykırı bir yol kullanmaktadır⁵. Bu yönüyle baktığımızda zararla karşılık kavramı, uluslararası hukukun genel mantığından sapan bir nitelik taşımaktadır zira uluslararası hukukta yaşanan gelişmelere rağmen zararla karşılık kavramının mantığı, uluslararası hukukun günümüzdeki yerleşik doğasının aksine bir vasfa sahiptir ve bu sebeple konuyla ilgili tartışmalar devam etmektedir⁶.

Zararla karşılık verilmesi durumunda, doğal bir sonuç olarak, ilk hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlet bakımından sorumluluk ortaya çıkarken zararla karşılık veren devlet bakımından sorumluluk doğmaz. Zira zararla karşılık veren devlet, diğer devleti hukuka aykırılıktan vazgeçirmek amacıyla hukuka aykırı bir fiil icra etmiştir⁷. Zararla karşılık veren devletin temel amacı, ihlâli gerçekleştiren devletin eylemini son vermeye sevk etmek ya da söz konusu devleti cezalandırmak veya her iki amaca da birlikte ulaşmaktır⁸. Dolayısıyla zararla karşılık veren devletin eyleminin meşru kabul edilmesindeki amaç, hukuka aykırılığı gerçekleştiren devleti, uluslararası hukuka uygun hareket etmeye zorlamaktır⁹.

Zararla karşılık kavramı, uygulamada oldukça eskiye dayanmaktadır. Kökleri daha geriye götürülebilirse de bugünkü anlamına yakın uygulaması, 13. yüzyılda belirginleşmeye başlamıştır. Devlet örgütlenmesi nispeten daha iyi olan Avrupalı devletler, kendi vatandaşları arasında gerçekleşen ve zarara yol açan olaylar karşısında, telafi edici yöntemlerin devlet eliyle uygulanması yönünde çaba sarf etmişlerdir. Bir yandan kargaşaya yol açma tehlikesi, öte yandan ilkel yöntemlerin uygulanıyor olması sebebiyle kişilerin kendi arasındaki telafi yöntemlerinden ziyade, devlet eliyle çözüm getirilmesi tercih edilmiştir ki bu yollarından biri de zararla karşılıktır. Kişilerin kendi iradesiyle karar verdikleri bir zorlama yolu olan zararla karşılıkta da adil olmayan sonuçların ortaya çıkması sebebiyle devletler, zararla karşılık yoluyla ilgili düzenlemelere gitmiştir. Genellikle zorla el konulan malların devlet eliyle geri alınması, istisnâ de olsa zorla alıkonulan kişilerin de devlet eliyle özgürlüğüne kavuşturulması şeklinde uygulamalar yapılmıştır¹⁰.

Orta Çağ'da zararla karşılık, yalnızca bir devletin sınırları içinde ortaya çıkan bir çözüm yöntemi olmaktan çıkıp iki farklı devletin vatandaşları arasındaki ihtilaflar sebebiyle de uygulanan bir telafi yolu olmuştur. Orta Çağ'daki baskın anlayış olan kolektif sorumluluğun bir izdüşümü niteliğinde, yalnızca sorumlu olan vatandaşın değil bağlı olduğu prensin bütün tebaasına teşmil edilebilen bir tazmin yöntemi mahiyeti de taşımaktadır. Burada amaçlanan ise tüm toplumu sorumluluğa ortak ederek hatalı davranışları ya da tutumları engellemektir. Böylesi bir yaklaşım da herhangi bir dahli olmayan vatandaşlar nezdinde, bir tepkiye yol açmış ancak belli bir süre, söz konusu gerekçeyle uygulaması

⁴ KALSHOVEN, Frits: "Belligerent Reprisals", *Military Law and Law of War Review*, 1973, Cilt 12, Sayı 2, s. 265.

⁵ KESKİN, Funda: *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karşıma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1998, s. 94-95; EREN, M. Yusuf: "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 236.

⁶ BASALOU, Oliver: "The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law", *Military Law and Law of War Review*, 2010, Cilt 49, Sayı 3-4, s. 337-338.

⁷ BİLSEL, Cemil: *Devletler Hukuku, Birinci Kitap (Devletler)*, Kenan Basımevi ve Kışe Fabrikası, İstanbul, 1941, s. 322.

⁸ GAETA / VINUALES / ZAPPALA, s. 296.

⁹ ÜNAL, Şeref: *Uluslararası Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 309; BOZKURT, Enver / POYRAZ, Yasin / ERDAL, Selcen: *Devletler Hukuku*, 12. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 271.

¹⁰ MacCOBY, Simon: "Reprisals as a Measure of Redress Short of War", *The Cambridge Law Journal*, 1924, Cilt 2, Sayı 1, s. 60.

devam etmiştir. İki farklı prence tâbi vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıklarda zararlar karşılık yöntemi- nin kolektif sorumluluğu kapsar şekilde uygulanması, zaman içinde yeni riskler yaratması sebebiyle sorgulanmaya başlamış; özellikle zararlar karşılığa maruz kalan kişilerin ya da grupların intikam saikiyle hareket etmesi sonucunda savaş çıkması tehlikesinin belirmesi, ciddi bir tehdit olarak algılanmıştır¹¹.

17. yüzyılın sonuna gelindiğinde, zararlar karşılık yöntemi Orta Çağ'daki uygulamasından farklılaşmıştır. Yukarıda işaret edilen gerekçelerin yanında, deniz alanlarının daha iyi korunabilir hâle gelecek korsanlığın neredeyse sona erdirilmesi, yabancılara karşı belirgin ayrımcılıkların kaldırılmış olması ve genel olarak adaletin daha iyi tesis edilmeye başlanması gibi sebeplerle zararlar karşılık, biçim değiştirmiştir. Deniz ticaretinin gelişmesi, dış ticaret içinde önemli bir yer tutması ve armatörlerin mallarına sebepsiz yere el konulması gibi uygulamaların devletler bakımından zarar doğurması da bir başka önemli sebep olarak dikkat çekmektedir. Nitekim deniz ticaretinde önemli bir devlet olan Hollanda, diğer devletlerle yaptığı antlaşmalarda, zararlar karşılık yönteminin uygulanmaması yönünde hükümlerin yer almasını tercih etmiştir. Bununla birlikte, zararlar karşılık yöntemi tamamen kaldırılmamış ve varlığını korumuştur¹².

Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla birlikte bir kriz dönemine giren uluslararası hukuk, savaş sonrasında ise bir dönüşüm sürecine adım atmıştır. Özellikle kuvvet kullanımının sınırlandırılması ve meşru kuvvet kullanımı ile gayrimeşru kuvvet kullanımı arasında bir ayrıma gidilmesi çabası, önem taşımaktadır. Savaşın yasaklanması, kolektif güvenlik sisteminin kurulması gibi fikirler, daha ön plana çıkmıştır. Her ne kadar İkinci Dünya Savaşı'nın çıkışına engel olunamasa da ortaya çıkan daha büyük tahribat sebebiyle ve üçüncü bir dünya savaşını önlemek amacıyla yeni tedbirler alınması yoluna gidilmiş; BM'nin kuruluşu ve kuvvet kullanımının yasaklanması ile birlikte getirilen muhtelif sınırlandırmalar yoluyla uluslararası hukuk da yeni bir aşamaya geçmiştir. Bu bağlamda, savaşa varmayan tedbirler ve devletlerin uygulayacağı yaptırımlar ile alacağı önlemler de önem kazanmıştır¹³. Zararlar karşılık kavramı bakımından meseleye yaklaşıldığında, BM'nin kuruluşundan önce kendisine yönelen hukuka aykırılık durumunda, her devletin hayatî çıkarlarını koruma amacıyla zararlar karşılık verme hakkı bulunduğu fikri, yaygın bir kanaat niteliği taşımıştır. BM'nin kuruluşu sonrasında ise zararlar karşılık verme yönteminden önce barışçı çözüm yollarının denenmesi gerektiği fikri, daha ön plandadır. Bununla birlikte, BM Şartı'nda zararlar karşılık verme yolu, açıkça yasaklanmamış; dolayısıyla aşağıda sıralanan şartları taşıması kaydıyla meşru kabul edilmiştir¹⁴.

Yukarıda işaret edilen gelişmelerin zararlar karşılık kavramına da etkisi olmuş ve 20. yüzyılın ilk çeyreği itibarıyla zararlar karşılık kavramıyla ilgili bazı temel hususlar, yerleşik bir hâl almıştır. Her şeyden önce savaşa varmayan bir ölçüde, uğranılan zararın telafisi için çağrı yapılmak ve adı geçen çağrıdan sonuç alamamak kaydıyla bir devlet, zararlar orantılı bir karşılık verebilecektir. Hukuka aykırı bir nitelik taşıyan bu karşılık, adaleti sağlamak amacıyla ve tatmin edici bir çözüme zorlamak için yapılacaktır. İstisnâî mahiyet taşıyacak olan zararlar karşılık, gerçekleştiren devlet bakımından haklı görülse bile başka devletler tarafından hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Bu sebeple zararlar karşılık yönteminin uygulanmasında, hassasiyet gösterilecektir¹⁵.

Zararlar karşılık kavramı günümüzde, yukarıdaki gelişmelerin bir sonucu olarak, uluslararası hukuka aykırılıkla muhatap olan devletin adaleti tesis etmek üzere kendi iradesiyle harekete geçmesi ve hukuka uygunluğu sağlamak için, normal şartlarda hukuka aykırı kabul edilen bir eylemle karşılık vermesi olarak anlaşılmaktadır. Aslında karşı eyleme geçen devlet, hukuka uygun davranma yoluyla

¹¹ MacCOBY, s. 61.

¹² MacCOBY, s. 64-65; BASALOU, s. 342-343.

¹³ KUNZ, Josef L.: "Sanctions in International Law", *The American Journal of International Law*, 1960, Cilt 54, Sayı 2, s. 326-329.

¹⁴ LEISER, Burton M.: "The Morality of Reprisals", *Ethics*, 1975, Cilt 85, Sayı 2, s. 159-160.

¹⁵ MacCOBY, s. 68-69.

bir mukabelede bulunarak misilleme¹⁶ yolunu tercih edebilecekken hukuka aykırı bir eylem yoluyla karşılık vermiş olmaktadır. Bununla birlikte, hukuka aykırılığa maruz kalma sebebiyle kendi hukuka aykırı fiili, meşru kabul edilmektedir. Söz konusu meşruiyet ise temelini, özellikle maruz kalınan hukuka aykırılıktan almaktadır¹⁷. Bir başka deyişle normal şartlar altında, zararlar karşılık eylemine maruz kalan devlet, herhangi bir hukuka aykırılık gerçekleştirmemiş olsaydı, kendisine yönelen eylem hukuka aykırı kabul edilebilecek bir eylemdir ve eylemi gerçekleştiren devlet de sorumluluk altına girer¹⁸.

Zararla karşılık, hukuka aykırı bir karşılık verilmesi sebebiyle yeni hukuka aykırılıklar doğurma ihtimalinden kaynaklı olarak tartışmalı bir yöntem olmakla birlikte, hukuka uyulmasını sağlama amacına binaen meşru kabul edilmektedir. Bunun yanında, hukukun ileri derecede ihlâlüne son verme amacıyla yapılıyor ve kullanılabilecek başka bir araç bulunmuyor ise o takdirde, daha güçlü bir meşruiyete sahip olmaktadır¹⁹. Ayrıca zararlar karşılık yöntemi, özünde bir hukuka aykırılık barındırır da savaş gibi bir yola göre daha tercih edilebilir ve sınırlı bulunduğu için daha kabul edilir bulunmaktadır²⁰. Hukuka aykırı doğası gereği tartışma yaratsa bile şartlarını taşıması hâlinde meşruluğunu koruyan zararlar karşılık, son veya tek çare olduğu durumlarda ise çok sağlam bir meşruiyet zeminine dayanmış olmaktadır.

Zararla karşılık yönteminin uygulanabilmesi için aşağıda işaret edilen şartların karşılanması gerekir. Uygulamada, bu şartların yerine gelip gelmediğini takdir edecek olan, devletin kendisidir. Dolayısıyla kendisine yönelen hukuka aykırılığa, buna karşılık alacağı karara ve uygulayacağı zararlar karşılık yöntemine ilişkin değerlendirme, söz konusu devlete aittir. Bu yönüyle de bazı sakıncaların ve tehlikelerin belirme ihtimali söz konusudur²¹. Dolayısıyla bir devlet tarafından başka bir devlete yönelen eylemin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin kararı verecek olan bir üstün otorite olmaması sebebiyle kararı verecek ve hukuka aykırılık tespitini yapacak olan, eyleme maruz kalan devlettir²². Görüldüğü gibi zararlar karşılık yöntemine ilişkin şartlar, uygulamada işleyen karar alma süreci ve bahsi geçen ihtimallerin varlığı temelinde, uluslararası hukuktaki üstün otorite yokluğunun ve uluslararası toplum üyeleri arasındaki egemen eşitliğin doğal bir sonucu ve bir başka örneğidir.

Anlaşılabileceği üzere zararlar karşılık, bir devletin sınırları içindeki ilişkilerde uygulanmaya başlanmış; zaman içinde devletler arasındaki ilişkilerin gündemine girmiş ve savaşa varmayan bütün zorlama yollarını karşılar bir anlam kazanmıştır. BM dönemi öncesinde de belirli şartların arandığı bir derinliğe ulaşmıştır. Buna göre zararlar karşılığın meşru kabul edilebilmesi için dört temel şart bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bir devlete karşı hukuka aykırı bir fiilin gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci olarak hukuka aykırı fiilin sona ermesi ya da telafi edilmesi talebinin hukuka aykırı fiili gerçekleştiren devlet tarafından kabul edilmemiş olması; üçüncü olarak hukuka aykırı fiile maruz kalan devletin, maruz kaldığı fiille orantılı bir karşılık vermesi gerekir. Son olarak zararlar karşılık niteliğindeki fiil, üçüncü taraflara zarar vermemelidir²³. Bahsi geçen şartların tamamı karşılanmalıdır. Şartlardan birinin eksik olması

¹⁶ Maruz kalınan hukuka aykırılık karşısında, hukuka uygun bir yolla karşılık verme anlamına gelen bir karşı önlem olan misillemeyle ilgili örnek olarak bkz. OPPENHEIM, s. 42-44; LE FUR, s. 470-472; BERKİ, s. 124-125; MERAY, s. 412-413; GAETA / VINUALES / ZAPPALA, s. 298-299; SHAW, s. 1128-1129; PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 209-212; BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 270-271; DOĞAN, İlyas: *Devletler Hukuku*, 4. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 152-153.

¹⁷ OPPENHEIM, s. 45-46. Aynı yönde bkz. DOĞAN, s. 153-154. BOZKURT / POYRAZ / ERDAL ise zararlar karşılık eyleminin hukuka aykırı kabul edilmemesi gerektiğini zira ilk eylemin hukuka aykırı olması münasebetiyle verilen karşılığın hukuka aykırı olmaktan çıktığını, zaten hukuka aykırı bir eylemden hak doğmayacağını ve bu sebeple eylemin ilk andan itibaren hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 271, 72 numaralı dipnot.

¹⁸ GAETA / VINUALES / ZAPPALA, s. 296.

¹⁹ LE FUR, s. 478.

²⁰ BİLSEL, s. 321.

²¹ SUR, s. 297-298. Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 310.

²² ERDAL, Selcen: "Uluslararası Hukukta Karşı Önlemler ve Akçakale'de Yaşananlar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 22, Sayı 1, s. 17.

²³ LÜTEM, s. 660-668; MERAY, s. 414-415. Bu şartların ortaya çıkmasında, çok önemli bir hakemlik mahkemesi kararı bulunmaktadır. Alman-Portekiz Hakemlik Mahkemesi'nin 31.07.1928 tarihli ve "Naulia Davası" olarak bilinen kararın tam metni için bkz. BM Resmi

durumunda, zararlar karşılık yöntemini icra eden devletin fiili, meşru olmaz ve o devlet bakımından uluslararası sorumluluğun doğması söz konusu olur²⁴. Aşağıda, bu şartlar ele alınacaktır.

A. Hukuka Aykırılık

Zararlar karşılık verilebilmesi için temel şart, bir devletin hukuka aykırı bir fiile maruz kalmasıdır²⁵. Bir başka deyişle gerçekleştirilecek zararlar karşılık önleminin hedefi olan devlet, hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirmiş; yani ilk hukuka aykırılık, zararlar karşılığın hedefi olan devlet eliyle yapılmış olmalıdır²⁶. Hukuka aykırılık ise geniş bir ölçekte değerlendirilmelidir. Uluslararası hukuka aykırı bütün eylemler, bu kapsama girer. Antlaşma hükümlerine uymama, devlet ülkesine yönelik saldırı, devletin şerefine ve saygınlığının ihlali gibi değişik türde hukuka aykırılıklar, zararlar karşılık çerçevesi içinde düşünülebilir²⁷. Devlet, kendi yükümlülüklerine aykırı bir eylemle bu yolu hayata geçirebileceği gibi yükümlülüklerini yerine getirmeme şeklinde bir yol da izleyebilir. Herhangi bir yöntem ya da belirli bir dizi önlem uygulanması gerektiği yönünde bir düzenleme olmadığı için zararlar karşılık veren devlet, herhangi bir yolu tercih edebilir. Hatta daha önce uygulanmamış bir yöntemi de icra edebilir²⁸.

Zararlar karşılık verme yönteminin izlenebilmesi için ortada, bir hukuka aykırılığın olması gerekir. Eğer herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değilse diğer devletin zararlar karşılık verme yöntemini kullanması mümkün olmayacaktır²⁹. Hukuka aykırılık kabul edilemeyecek bir fiil karşısında, zararlar karşılık verme yolunu seçen devletin gerçekleştirdiği önlem, o devlet bakımından sorumluluğun doğmasına yol açar³⁰. Zira ilk hukuka aykırılığa karşı gerçekleştirilen türde bir niteliği olmayan ve hukuka aykırı olan bir eylem, öncesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı için başlı başına hukukun ihlali anlamına gelir ve sorumluluk gerektirir.

Zararlar karşılığa konu olan hukuka aykırı fiilin devletler arasında gerçekleşmesi gerekir. Bir başka deyişle hukuka aykırı fiili gerçekleştiren devlet, söz konusu fiili bir başka devlete yöneltmiş olmalıdır. Devletler arasındaki resmî ilişkilerden kaynaklanmayan ve şahıslar arasındaki ilişkiler, zararlar karşılık için gerekçe teşkil etmez³¹. Ortaya çıkışında şahıslar arasındaki ilişkilerin etkili olduğu zararlar karşılık, günümüzde devletler arasındaki ilişkilerle sınırlı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, devleti temsile yetkili organların ve kişilerin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiiller, bir başka devlete yani o devleti temsile yetkili organlar ile şahıslara yönelmelidir. Devleti temsile yetkili organlar ve kişiler arasındaki bu durum, resmî nitelik taşıyan ilişkiler için geçerli olacaktır. Kişilerin kendi aralarındaki gayriresmî ve özel ilişki modelleri, bu durumun dışında kalacaktır.

B. İhlâlin Devam Etmesi

Zararlar karşılık eyleminin hayata geçirilebilmesi için hukuka aykırılığın devam etmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılığa maruz kalan devlet, zararlar karşılık önleminin hedefi olacak devlet nezdinde,

İnternet Sayfası (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/1011-1033.pdf, ET: 20.03.2025). Kararla ilgili olarak bkz. BİLSEL, s. 322; LÜTEM, s. 664-665; MERAY, s. 414-415; PAZARCI, s. 213-214; MITCHELL, Andrew D.: "Does One Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law", *Military Law Review*, 2001, Cilt 170, s. 156, 158-159; ERDAL, s. 16-18; DOST, Süleyman / KORKMAZ, Zehra: "Savaşta Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararlar Karşılık ve Bazı Uygulamalar", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 2, s. 120-123; GAETA / VINUALES / ZAPPALA, s. 296-297. Ayrıca Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1934 yılında Paris'te yaptığı toplantıda da zararlar karşılık kavramının şartları bakımından belirli saptamalar yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MERAY, s. 415, 20 numaralı dipnot.

²⁴ DOST / KORKMAZ, s. 123.

²⁵ PAZARCI, s. 213; POYRAZ, Yasin / İPEK, Aydın: "Uluslararası Hukukta Savaşta Varmayan Kuvvet Kullanımı", *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 206; EREN, s. 236.

²⁶ FALK, Richard A.: "The Beirut Raid and the International Law of Retaliation", *American Journal of International Law*, 1969, Cilt 63, Sayı 3, s. 431; BOWETT, Derek: "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *American Journal of International Law*, 1972, Cilt 66, Sayı 1, s. 3.

²⁷ LÜTEM, s. 660.

²⁸ KESKİN, s. 95.

²⁹ KESKİN, s. 96; EREN, s. 238-239; ERDAL, s. 16.

³⁰ MERAY, s. 415.

³¹ LÜTEM, s. 661-662.

devam eden hukuka aykırılığın giderilmesi için öncelikle çaba sarf etmelidir³². Bu bağlamda hukuka aykırı bir eyleme maruz kalan devlet, bahsi geçen hukuka aykırılığın sona erdirilmesi yönündeki taleplerine karşılık bir cevap alamamış ya da tatmin edici bir çözüm elde edememiş; bir başka deyişle uluslararası hukuka aykırı bir eyleme maruz kalan devlet, hukuka aykırılığın giderilmesi yönündeki taleplerinden doyurucu bir karşılık görmemiş olmalıdır³³. Öte yandan hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlet, hukuka aykırılığa son verirse ya da zararın doğması durumunda, hukuka aykırılığa muhatap olan devletin zararını giderirse zararla karşılık eylemi, hayata geçirilemez. Geçirildiği takdirde, hukuka aykırı bir nitelik taşımaya başlar zira zararla karşılık eylemi, hukuka aykırılık devam ettiği veya zarar giderilmediği takdirde, hukuka uygun kabul edilebilir³⁴. Sadece sonuçsuz kalmış bir talep sonrası verilen zararla karşılık, meşru bir nitelik kazanır. Aksi takdirde, zararla karşılık amacıyla gerçekleştirilen eylem, hukuka aykırı kabul edilmelidir³⁵. Talebin yapılmadığı bir durumda, zararla karşılık eylemine başvurulamaz. Aynı şekilde, talep yapılmadan evvel, hukuka aykırılığın giderilmesi ve varsa zararın karşılanması durumunda da zararla karşılık eylemi gerçekleştirilemez.

Zararla karşılık eylemi öncesinde yapılan talep, müzakere yoluyla da gerçekleşebilir. Bu durumda, iki devlet arasında müzakere devam ettiği müddetçe zararla karşılık niteliği taşıyan bir eylem icra edilemez. Müzakereler ise makul süreyi aşmayacak ölçüde devam etmelidir. Öte yandan, hukuka aykırılığın telafi edilmesi için belirli bir süre tanınmalıdır. Bu süre zarfında, zararla karşılık verilmemeli; başlamış olan bir zararla karşılık eylemi varsa durdurulmalı ve devam ettirilmemelidir³⁶. Makul sürenin aşıldığına, müzakerelerin sonuçsuz ya da sürüncemede kalacağına dair bir tereddüt kalmadığında ve bu yönde açık ve kesin kanaat oluştuğu takdirde, müzakereleri keserek zararla karşılık eylemine yönelmek, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak ayrıca değerlendirilebilir.

C. Orantılı Karşılık

Zararla karşılık eylemi, kavramdan bağımsız olarak ve tek başına ele alındığında hukuka aykırı bir nitelik taşıdığı için zararla karşılık yönteminde, hukuka uygunluğun bulunmadığı ya da hukukî ilkelerin dikkate alınmadığı gibi bir itiraz ileri sürülmektedir. Bu itirazlara karşı bir veri olarak kullanılacak unsurlardan biri de orantılı karşılıktır³⁷. Zararla karşılık niteliği taşıyan eylemde, orantılılık aranmaktadır. Maruz kalınan hukuka aykırılık ile gerçekleştirilecek zararla karşılık eylemi arasındaki dengede, hukuka aykırılık ölçüsünde bir tatmin ya da telafi gerekmektedir³⁸. Orantılı zararla karşılık, önem taşımaktadır zira orantının aşılması durumunda, özellikle kendisini daha kuvvetli gören tarafın gerçekleştireceği zararla karşılık, kötüye kullanıma açık bir mahiyet taşır³⁹. Öte yandan, orantılı zararla karşılığın derecesinin tespiti, her durumda kolay veya mümkün olmayabilir. Buradaki ölçü, hukuka aykırılığa muhatap olan devletin daha sonra yeni bir hukuka aykırılığı önleyecek derecede karşılık vermesi olabilir. Doğal olarak buradaki takdir yetkisi, hukuka aykırılığa muhatap olan devlette olacaktır⁴⁰. Öte yandan, orantılı karşılık vermede bir başka önemli husus da somut olayın özellikleridir. Somut olayın özellikleri, orantı ve karşılık bakımından dikkate alınmak durumundadır⁴¹.

³² FALK, s. 431.

³³ BOWETT, s. 3; MERAY, s. 416; ERDAL, s. 17.

³⁴ DOĞAN, s. 154. Aynı yönde bkz. KESKİN, s. 97.

³⁵ LÜTEM, s. 665; GÜNDÜZ, s. 12.

³⁶ OPPENHEIM, s. 52. Aynı yönde bkz. SEVİG, Muammer Raşit: *Özel Devletler Umumi Hukuku*, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958, s. 212.

³⁷ BASALOU, s. 340-341.

³⁸ OPPENHEIM, s. 50-51; LÜTEM, s. 663; BERKİ, s. 125; FALK, s. 431; BOWETT, s. 3; MERAY, s. 417; PAZARCI, s. 214; BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 272.

³⁹ ALSAN, Zeki Mesud: *Yeni Devletler Hukuku, İkinci Cilt (Milletlerarası Camianın Düzenlenmesi)*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951, s. 374.

⁴⁰ DOĞAN, s. 154.

⁴¹ BOWETT, s. 3.

Zararla karşılık, etkin (olumlu) veya edilgen (olumsuz) bir eylemle gerçekleştirilebilir. Normal şartlar altında, hukuka aykırı nitelik taşıyan ve icra yoluyla gerçekleştirilen eylemler etkin; ihmâl veya ret yoluyla ortaya çıkan durumda ise edilgen zararla karşılık durumu söz konusu olur. Hukuka aykırı eylemi yapan devletin malına el koyma, söz konusu devlete olan borcu ödememe veya antlaşma hükümlerini yerine getirmeme gibi değişik ihtimaller söz konusu olabilir. Burada önemli olan husus, ister etkin isterse edilgen bir zararla karşılık yolu tercih edilsin, yukarıda da işaret edildiği üzere ihlâl ile zararla karşılık arasında orantılılığın olmasıdır⁴². Etkin veya edilgen bir şekilde zararla karşılık verecek olan devlet, kendisine yönelmiş hukuka aykırı eylemi aşmayacak ölçüde mukabelede bulunmalıdır⁴³. Esas alınan temel ölçü, orantılı bir karşılık vermektir. Bu sebeple hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlete yönelecek zararla karşılık eyleminin aynı davranışlarla ve aynı biçimde olması gerekli değildir⁴⁴.

Orantılı bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken zararla karşılık eylemi, yalnızca devlet tarafından icra edilebilir. Bir başka deyişle zararla karşılık, devletin sivil ve askerî görevlileriyle ve devlete ait resmî araçlarla gerçekleştirilebilir. Bu niteliği taşımayan şahıslar ve araçlar eliyle zararla karşılık önlemi uygulanamaz. Yetkisini aşmış resmî görevlilerin hukuka aykırılıkları, ilgili devlet tarafından telafi edilmişse yine zararla karşılık eylemi için meşru bir zemin doğmaz ancak ilgili devlet, yetkisi dışında bir fiili sebebiyle resmî görevlilerinin gerçekleştirdiği eylemle ilgili tatmin edici bir çözüm getirmezse hukuka aykırılığa maruz kalan devlet bakımından, zararla karşılık niteliği taşıyan eylemin gerçekleştirilmesi meşruiyet kazanır⁴⁵. Aynı durumun, resmî niteliği haiz olmayan ancak fiilen bir devletin görevlisi gibi hareket edip hiyerarşik bir bağla o devlete bağlı bir şekilde eylemler icra eden şahısların gerçekleştirdiği hukuka aykırılıklar bakımından da geçerli olacağı ve şartların karşılanabiliyor olduğu durumlarda, söz konusu devlete yönelik olarak zararla karşılık niteliği taşıyan eylemlerin icra edilebileceği söylenebilir.

Uygulamada, zararla karşılık önlemlerinin genellikle belli başlı örnekleri bulunmaktadır. Buna göre antlaşmaların uygulanmasının durdurulması veya feshi, malların ve gemilerin zaptı ve müsaderesi, ambargo, boykot şeklinde uygulamalar, kabul görmektedir⁴⁶. Öte yandan kuvvet kullanma yoluyla zararla karşılık yöntemine başvurulması ise tartışmalıdır ve genel eğilim, kuvvet kullanma yoluyla zararla karşılık önleminin hukuka uygun olmaması ya da çok sınırlı ve sıkı şartlarda gerçekleştirilebilmesidir. Zararla karşılık çerçevesinde kuvvet kullanmayla ilgili uluslararası hukukta getirilen ilk sınırlandırma, 18.10.1907 tarihli Drago-Porter Sözleşmesi⁴⁷ ile gerçekleşmiştir. Daha sonra Milletler Cemiyeti (MC) Misakı⁴⁸’nın 12.-15. maddeleri yoluyla bir sınırlandırma yapılmıştır. MC döneminden sonraki süreçte kurulan BM’nin kurucu antlaşması niteliğindeki BM Şartı’nın 2/4. maddesi ile birlikte getirilen kuvvet kullanma yasağı, zararla karşılık önlemi bakımından da değerlendirilmiş ve ağırlıklı olarak zararla karşılık yolları içinde kuvvet kullanılmaması yönündeki görüş ağır basmıştır. Bununla birlikte, BM Güvenlik Konseyi uygulamaları bakımından savaşa varmayan ölçüde, sınırlı ve orantılı bir kuvvet kullanılabileceği; abluka, işgal ve bombardıman gibi yöntemlerin hayata geçirilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴⁹.

⁴² OPPENHEIM, s. 50-51; ALSAN, s. 374; LÜTEM, s. 663; McKINNON, Fiona: “Reprisals as a method of Enforcing International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 1991, Cilt 4, Sayı 2, s. 221.

⁴³ SEVİG, s. 211-212; MERAY, s. 417.

⁴⁴ BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 272. Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 309.

⁴⁵ OPPENHEIM, s. 47-48; LÜTEM, s. 662.

⁴⁶ Zararla karşılık örnekleriyle ilgili olarak bkz. OPPENHEIM, s. 51-52, 54-60; ALSAN, s. 375-380; MERAY, s. 418-424; PAZARCI, s. 216-218; DOST / KORKMAZ, s. 134-139.

⁴⁷ Sözleşmenin tam metni için bkz. Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Resmî İnternet Sayfası (https://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague072.asp, ET: 20.03.2025).

⁴⁸ 26 maddeden oluşan MC Misakı’nın tam metni için bkz. Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Resmî İnternet Sayfası (https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp, ET: 20.03.2025); DENK, Erdem: *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi*, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2024, s. 405-416.

⁴⁹ Bkz. MERAY, s. 420-426; PAZARCI, s. 215-216; POYRAZ / İPEK, s. 206-207; ERDAL, s. 18-19, 21-22; DOST / KORKMAZ, s. 139-144.

Zararla karşılık önlemi ile kuvvet kullanma arasındaki ilişkide dikkat edilmesi gereken bir başka husus da zararlar karşılık verme yöntemi ile ulaşılmak istenen amaçtır. Emredici bir hukuk kuralının ihlâli sebebiyle kuvvet kullanma yoluyla zararlar karşılık yönteminin ilk bakışta, mümkün olmayacağı ve uygulanmaması gerektiği düşünülebilir. Nitekim ağırlıklı görüş de bu yöndedir. Bununla birlikte, meseleye yalnızca şeklen veya yüzeysel yaklaşmak, zararlar karşılık önlemi bakımından, her durumda adil bir sonuca ulaştırmayabilir. Yukarıda ele alınan şartların yerine gelmesi koşuluyla yoğunluk derecesi ve amaç yönünden yapılacak bir değerlendirme, daha yerinde olacaktır. Bir başka deyişle peşinen kuvvet kullanılmasını reddetmek, zararlar karşılık kavramının niteliğiyle çelişki yaratacaktır⁵⁰. Dolayısıyla bir zararlar karşılık yöntemi olarak kuvvet kullanmanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirirken somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve teorik bir ön kabulden hareketle kuvvet kullanılmasını reddetmek yerine, kuvvet kullanımına maruz kalmış bir devletin söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldırma amacıyla hareket etmesi ve hukuka uyma hedefine erişmeyle sınırlı hedefine ulaşması anına kadar, kuvvet kullanılmasının mümkün olması ve meşru kabul edilmesi, dikkate alınmalıdır. Aksine bir yaklaşım, zararlar karşılık kavramının doğasıyla ve uluslararası hukuk düzeninin ruhuyla uyumlu olmayacaktır.

D. Üçüncü Taraflara Zarar Verilmemesi

Zararla karşılığın yöneleceği devlet, ilk hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlettir. Zararla karşılık, sadece bahsi geçen devlete ve vatandaşlarına karşı harekete geçilebilmesi yönünde bir mantığa sahiptir⁵¹. Uluslararası hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştiren devlet ile bahsi geçen eyleme maruz kalan devlet arasındaki ilişkide, üçüncü devletlerin bu durumdan hiçbir şekilde etkilenmemesi gerekir⁵². Bir başka deyişle zararlar karşılık verme yöntemi, hukuka aykırılığa maruz kalan devlet tarafından ve yalnızca hukuka aykırılığı gerçekleştiren devlete yönelik olarak icra edilmelidir⁵³. Dolayısıyla üçüncü devletlerin çıkarları zarar görmemelidir⁵⁴. Kısacası, zararlar karşılık yönteminin uygulanması sırasında, ilk hukuka aykırılık ile mukabil hukuka aykırılık şeklindeki iki taraflı ve karşılıklı ilişki dışında, başka bir tarafa yönelen herhangi bir etki doğmamış olmalıdır.

Üçüncü taraflara zarar verilmemesi şartı, zararlar karşılık durumunda yalnızca devletler arası ilişkilerle sınırlılığın bir başka boyutudur. Hukuka aykırılığa maruz kalan devlet ile zararlar karşılık yöntemini uygulayacak devlet arasında sınırlı olan bu ilişkide, üçüncü taraf olarak temelde, hiçbir başka devlete zarar vermemek esastır. Bunun yanında, devlet niteliği taşımayan ancak bir devletin etkin denetimi ve hiyerarşisi içinde fiilen hareket eden kişilerin veya grupların hukuka aykırı eylemleri de ilgili devlet eliyle icra edilmiş hukuka aykırılık kabul edileceğinden, söz konusu kişilerin ya da grupların hukuka aykırı eylemleri sebebiyle etkin denetim sahibi devlete yönelik olarak zararlar karşılık yönteminin uygulanması mümkün olabilecektir. Bahsi geçen ilişkinin açık, kesin ve ispat edilebilir olduğu durumlarda meşru kabul edilebilecek bu yöntemde, şeklen üçüncü taraf olarak değerlendirilebilecek ancak fiilen etkin denetim altındaki kişilerin ya da grupların zarar görmesi, üçüncü tarafa yönelik bir zarar olarak değerlendirilmeyecektir.

II. RUSYA FEDERASYONU-UKRAYNA SAVAŞI VE UKRAYNA'NIN KURSK HAREKÂTI

Ukrayna'nın RF sınırları içindeki Kursk Bölgesi'ne yaptığı askerî harekât, 24.02.2022 tarihinde başlayan ve hâlen devam eden RF-Ukrayna Savaşı içindeki en önemli gelişmelerden biridir. Bu önemli gelişmeyi ve genel olarak süren savaşı daha iyi anlamanın yolu, savaş öncesi gelişmelere ve tarihi sürece göz atmaktan geçmektedir. Aşağıda, adı geçen meselelere ve Kursk Harekâtı'na kısaca yer verilecektir.

⁵⁰ POYRAZ / İPEK, s. 207-208. Aynı yönde bkz. ERDAL, s. 22-23.

⁵¹ LÜTEM, s. 662-663.

⁵² PAZARCI, s. 214.

⁵³ EREN, s. 240.

⁵⁴ MERAY, s. 417; DOĞAN, s. 154.

RF ile Ukrayna arasında başlayan savaş temelde, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin dağılmasıyla ortaya çıkan bölge jeopolitiğiyle ilgilidir. SSCB sonrası Karadeniz'in kuzeyinde Ukrayna ve RF, komşu iki devlet hâline gelmiştir. Her iki devlet de Karadeniz'de kıyılara sahip olan iki kıyıdaş devlet olmuşlardır. Bununla birlikte, sahip olduğu kıyılar ve Karadeniz jeopolitiğinde elde etmek istediği yer açısından mevcut durum, RF açısından yeterli görülmemiştir. Ayrıca Karadeniz'in Soğuk Savaş sonrası artan önemi, Batı'nın Soğuk Savaş döneminde nüfuz edemediği bir alan olarak Karadeniz'in konumu ve Batı'nın bu bölgedeki çok yönlü hedefleri de diğer etkenler olarak dikkat çekmektedir⁵⁵.

SSCB'nin yıkılmasıyla ve Soğuk Savaş'ın bitişiyle birlikte, Karadeniz'de ortaya çıkan nüfuz boşluğundan faydalanmak isteyen Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB), birlikte hareket ederek Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO)'nün ve AB'nin sınırlarını yakın veya eş zamanlı olarak RF aleyhine genişletmeye başlamışlardır. Orta ve Doğu Avrupa'da yaşanan genişleme süreci, bölgedeki eski Doğu Bloku ve SSCB devletlerinde Batı etkisinin artmasına ve Soğuk Savaş'ta SSCB'nin sahip olduğu ağırlığın yok olmasına yol açmıştır⁵⁶. Günümüzde devam eden RF-Ukrayna Savaşı da temelde, RF'nin eski SSCB coğrafyasında ağırlığını koruma çabasının bir sonucudur. Bir başka deyişle Batı'nın bahsi geçen genişleme stratejisinin bir devamı olan Ukrayna'nın da Batı eksenine girme yönündeki çabalarından rahatsız olan RF'nin jeopolitik itirazının silahlı çatışmaya dönüşmesidir.

RF'nin Ukrayna'ya fiilen müdahalesi, 2013'te başlayan siyasî krizin ardından 2014 yılında Kırım'ın RF tarafından ilhakıyla sonuçlanan bir dizi gelişmeyle başlamıştır⁵⁷. Bu süreçte, Ukrayna'nın RF ile sınır bölgesi olan Doğu Ukrayna'daki Donbas'ta da RF ile müzahir ayrılıkçı gruplar, otoriteyi eline alarak fiilen egemenlik yetkisini kullanmaya başlamışlar ve Ukrayna'dan ayrıldıklarını beyan ederek tek taraflı olarak bağımsızlıklarını ilân etmişlerdir. Savaşın başlamasına kadar geçen süre zarfında da Ukrayna, bu bölgede yeniden egemenlik tesis edememiştir⁵⁸.

Şubat 2022'de başlayan savaşın ilk işaretleri, kısa sayılamayacak bir süreden itibaren açıkça görülmeye başlanmıştır. Söz gelimi RF Devlet Başkanı Putin, 2018 yılında yaptığı bir açıklamayla Donbas'ı ele geçirmeye yönelik olarak Ukrayna tarafından yapılacak bir askerî müdahalenin RF tarafından askerî bir karşılıkla cevaplanacağını ifade etmiştir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak 2021 yılı içinde 100.000 civarında birlik, Ukrayna sınırları boyunca ciddi bir yığınak yapmaya başlamıştır. ABD ve diğer NATO üyeleri ise RF'nin bu askerî hareketliliğini kınamışlardır⁵⁹. Temmuz 2021'de ise Putin'in ve eski Devlet Başkanı Medvedev'in yaptığı açıklamalar, oldukça dikkat çekmiştir. Putin, Ukrayna'nın bağımsız bir devlet olarak var olma hakkının olmadığını ileri sürmüştü; Medvedev ise bu aşamada Ukrayna ile müzakerelerin anlamsız olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Söz konusu açıklamalar ve mevzilenme, RF'nin tansiyonu yükseltme ve yeni bir aşamaya geçirme niyeti olarak yorumlanmıştır. Bir başka deyişle RF'nin Kırım'ı ilhaktan ve Donbas'taki fiili etkisinden farklı olarak, Ukrayna sınırlarının içine doğru genişleme hedefi

⁵⁵ Bkz. KOVALSKY, Nikolai: "Russia and the Black Sea Realities", (Ed.) AYBAK, Tunç: *Politics of the Black Sea: Dynamics of Cooperation and Conflict*, I. B. Tauris & Co. Ltd., London, 2001, s. 168; DUGİN, Aleksandr: *Rus Jeopolitiği: Avrasyacı Yaklaşım*, (Çev.) İMANOV, Vügar, Küre Yayınları, İstanbul, 2005, s. 175-176; YILMAZ, Sait: "Karadeniz'de Değişen Dengeler ve Türkiye", *Karadeniz Araştırmaları*, 2007, Sayı 15, s. 46-48; TANRISEVER, Oktay Fırat: "Sovyet Sonrası Dönemde Rusya'nın Karadeniz Politikası", *Avrasya Dosyası: Karadeniz'in Yeni Jeopolitiği*, 2007, Cilt 13, Sayı 1, s. 174-175.

⁵⁶ Bkz. PREVELAKIS, George: "The Geopolitics of the Black Sea Region", *Southeast European and Black Sea Studies*, 2001, Cilt 1, Sayı 3, s. 149-151; ALKANİ Akın: *21. Yüzyılın İlk Çeyreğinde Karadeniz Güvenliği*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 80-82; COHEN, Ariel / IRWIN, Conway: *US Strategy in the Black Sea Region*, The Heritage Foundation, Washington, 2006, s. 1-2.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: "Soğuk Savaş Sonrasında Kırım'ın ve Kırım Tatar Türklerinin Statüsü", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2014, Cilt 10, Sayı 39, s. 122-132.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için örnek olarak bkz. ASLAN, Davut Han: *Rusya ile Batı Arasında Ukrayna: Tarih, Toplum ve Siyaset*, İyidüşün Yayınları, Ankara, 2024, s. 259-270.

⁵⁹ International Crisis Group: *Responding to Russia's New Military Buildup Near Ukraine*, Crisis Group Europe Briefing No 92, Kyiv / Moscow / Brussels, 2021, s. 3-4; TRENIN, Dmitri: *What Putin Really Wants in Ukraine: Russia Seeks to Stop NATO's Expansion, Not to Annex More Territory*, 2021, (<https://www.foreignaffairs.com/articles/russia-fsu/2021-12-28/what-putin-really-wants-ukraine>, ET: 09.03.2025).

⁶⁰ PIFER, Steven: *Will Putin Miscalculate?*, 2021 (<https://www.brookings.edu/articles/will-putin-miscalculate/>, ET: 09.03.2025); International Crisis Group, s. 5.

görünür hâle gelmiştir. RF'nin bu girişiminde, Avrupa kıtası içindeki dağınık ve bölünük siyasî durum ile ABD'nin etkin bir dış politika takip etmemesi ve RF tarafından bölgede nispeten zayıf konumda değerlendirilmesi, önemli rol oynamıştır⁶¹. Kısacası RF, Batı'nın herhangi bir fiilî müdahalede bulunamayacağı yönünde bir tahlil yapmıştır. Nitekim gelişmeler, RF'yi haklı çıkarmıştır.

2019 yılından itibaren Ukrayna Devlet başkanlığı görevini üstlenen Zelenskiy ile birlikte, uzlaşma ve diyalog ihtimâli belirmiş olsa da gerek RF'nin değişmeyen tutumu gerekse Zelenskiy'nin Batı ile yakınlaşma ve NATO-AB üyeliği ekseninde takip ettiği ilişkiler, iki devlet arasındaki durumu daha da gerginleştirmiştir. ABD ve NATO üzerinden yürütülen dolaylı görüşmelerin sonuçsuz kalması da çatışma riskini arttırmıştır. Askerî hareketliliğin oldukça hızlandığı 2021 yılının son aylarında, başta Zelenskiy olmak üzere, Ukrayna devlet yetkilileri, yeni yılda RF'nin saldırısını beklediklerini açıkça kamuoyuna ilân etmişlerdir. Öte yandan ABD ve AB de RF'nin Ukrayna'ya saldırması hâlinde, daha önce görülmemiş derecede ağır ekonomik yaptırımlar uygulayacaklarını açıklamışlardır⁶².

2021 yılının İlkbaharı'ndan itibaren RF tarafından başlatılan askerî hareketliliğin Kasım 2021 itibarıyla ciddi boyutlara ulaşması, bölgedeki tansiyonu zirveye çıkarmıştır. Ukrayna'nın NATO'ya üye olma isteğine karşılık, RF'nin NATO kuvvetlerinin Doğu Avrupa'dan çekilmesi ve Ukrayna'nın hiçbir zaman NATO üyesi yapılmayacağını açıklanmasını talep etmesi şeklindeki izlenen karşılıklı politikalar üzerine ABD, NATO'nun "açık kapı politikası"nın devam edeceği yönünde bir tavır takınmıştır⁶³. Bu şartlar altında Şubat 2022'ye gelindiğinde, devam eden askerî hareketliliğin zirveye çıktığı bir dönemde, RF Devlet Başkanı Putin iki önemli konuşma yapmıştır. İlki, 21 Şubat 2022'de gerçekleşen "halka sesleniş" konuşmasında, RF vatandaşlarına ve Doğu Ukrayna'daki Rus azınlığa yönelik açıklamalar yapmıştır. Rusya ile Ukrayna arasındaki tarihî bağlara ve önemli siyasî gelişmelere değinerek SSCB döneminde uygulanan idarî yapının hatalarını vurgulamıştır. Söz konusu hatalar neticesinde, Ukrayna'nın sosyolojik olarak bölündüğünü ifade etmiş; Rus azınlığın her geçen gün daha kötü şartlara mahkûm edildiğini ve soykırım tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu iddia etmiştir. Bu sebeple RF'nin Doğu Ukrayna'daki Donbas Bölgesi'nde kurulan Donetsk Halk Cumhuriyeti ile Lugansk Halk Cumhuriyeti'ni tanıdığını duyurmuştur. 24 Şubat'taki ikinci konuşmasında ise aynı zamanda Ukrayna vatandaşlarına da seslenerek RF'nin Ukrayna'ya karşı "özel askerî harekât" düzenleyeceğini ilân etmiştir⁶⁴. Konuşmasında Putin, RF'nin tezlerini dört ana başlıkta toplamıştır. Buna göre öncelikle RF, Ukrayna'nın saldırı tehdidi altındadır. Ayrıca Ukrayna, Donbas'ta soykırım niteliği taşıyan uygulamalar yapmaktadır. Bunun yanında Ukrayna'da, bir Neo-Nazi rejimi hüküm sürmektedir. Öte yandan Ukrayna, tarihî açıdan Rusya coğrafyasının bir parçasıdır⁶⁵.

Aylarca devam eden gerilimin ardından RF askerî birlikleri, 24.02.2022 tarihinde Ukrayna sınırlarından içeri girerek savaşı⁶⁶ başlatmıştır. Bu eylem, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa kıtasında

⁶¹ GRESSEL, Gustav: *Russia's Military Movements: What They Could Mean for Ukraine, Europe, and NATO*, 2021 (<https://ecfr.eu/article/russias-military-movements-what-they-could-mean-for-ukraine-europe-and-nato/>, ET: 10.03.2025); STENT, Angela: *The Putin Doctrine: A Move on Ukraine Has Always Been Part of the Plan*, 2022 (<https://www.foreignaffairs.com/articles/ukraine/2022-01-27/putin-doctrine>, ET: 10.03.2025).

⁶² ÜNAL, Atahan / ÖZBEN, Ece: "Soğuk Savaş Sonrası NATO'nun Genişlemesine Karşı 'Yakın Çevre Doktrini' ve Rus Dış Politikası: Ukrayna Örneği", (Ed.) ÇELİKPALA, Mithat / CEYLAN, Fatih: *Çarlıktan İmparatorluğa Sovyetlerden Federasyona Rusya: Dün, Bugün ve Yarın*, A7 Kitap Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 262-264.

⁶³ KASIM, Kamer: "Karadeniz'de Güvenlik Bağlamında Rusya-Ukrayna Savaşı", (Ed.) BİLGİN, Mustafa Sıtkı: *Türkiye'nin Jeopolitiği ve Karadeniz'in Güvenliği Ekseninde Rusya-Ukrayna Savaşı*, 2. Baskı, Akçağ Basım Yayım, Ankara, 2024, s. 185.

⁶⁴ ASLAN, s. 266-268.

⁶⁵ ERKİNER, Hakkı Hakan: "Rusya-Ukrayna Savaşı Dairesinde Uluslararası Hukuk Meseleleri", (Ed.) ALTUNKAYA, Mehmet / ARAT, Ayşe / ÖZAY, Osman Levent / BEYOĞLU, Cem Ümit: *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 347; MIZRAK, Baransel: "Kırım'ın İlhakından Ukrayna Savaşı'na Rusya Federasyonu'nun İddiaları: Hukuki Gerçekler mi? Jeopolitik Çıkarlar mı?", (Ed.) ÖZER, Adem / TAŞDEMİR, Fatma: *Steppler, Dinyeper ve Barut: Rusya-Ukrayna Savaşı'nın Uluslararası Hukuk Veçhesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 97.

⁶⁶ RF tarafından "özel askerî harekât" olarak nitelendirilse de uluslararası hukuk açısından taraflar arasında bir savaş olduğuna dair herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ERKİNER, Hakkı Hakan: "Uluslararası Kuvvet Kullanma Hukuku - Jus Ad Bellum - Bakımından Rusya-Ukrayna Savaşı", (Ed.) ÖZER, Adem / TAŞDEMİR, Fatma, *Steppler, Dinyeper ve Barut: Rusya-Ukrayna Savaşı'nın Uluslararası Hukuk Veçhesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 39-79.

görülen en geniş kapsamlı kuvvet kullanımı olarak kayıtlara geçmiştir⁶⁷. RF birlikleri kara, hava ve deniz yoluyla çok yönlü ve yoğun saldırılar gerçekleştirmeye başlamışlar; bir yandan da Ukrayna'nın direnişini kırmak için algı yönetimi araçlarını da devreye sokmuşlardır⁶⁸.

Her şeye rağmen beklenmeyen bir savaş olarak nitelendirilen silahlı çatışmaların başlamasıyla birlikte, Ukrayna'da bir direniş eğilimi ağır basmıştır. RF'nin ters yönlü propagandasının aksine Ukrayna, ciddi bir direnç göstermiştir. Bu direnişte, başta ABD olmak üzere, Batı'nın çok önemli bir desteği olmuştur. Kısa bir sürede savaşın biteceği ve RF'nin Ukrayna'yı tamamen veya büyük oranda ele geçireceği tahminleri boşa çıkmıştır. Bununla birlikte RF, Ukrayna topraklarında fiilen ayrılıkçıların elinde bulunan bölgelerde üstünlük sağlayarak Kırım ile kara bağlantısını kurmuş ve Ukrayna topraklarının beşte birini ele geçirmiştir⁶⁹.

Ukrayna ile RF arasındaki beklenmedik savaşın belki de en beklenmedik cephesi, Kursk'ta açılmıştır. Zira savaş, RF'nin Ukrayna sınırlarından içeriye girmesiyle başlamış ve 06.08.2024 tarihine kadar da Ukrayna'nın devlet ülkesi içinde devam etmiştir. Bu tarihten itibaren ise savaş, ilk defa RF sınırları içine yansımıştır zira Ukrayna, başlattığı askerî harekât ile RF sınırları içinde yer alan Kursk Bölgesi'ne girerek iki yılı aşkın süredir devam eden savaşta yeni bir evrenin kapılarını açmıştır.

06.08.2024'te, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri Rusya coğrafyasına yapılmış en büyük dış saldırı için düğmeye basılmış ve Ukrayna askerî birlikleri, Kursk üzerinden RF sınırları içine girerek ilerlemeye başlamıştır. Şok etkisi yaratan bu saldırı, ilk andan itibaren savaşın taraflarının ve savaşla ilgilenen uluslararası toplumun muhtelif açıklamalarına yol açmıştır. Ukrayna, "saldırgan" olarak nitelendirdiği RF'nin cezalandırılabilceğini ispat ettiklerini ifade etmiş; RF ise Ukrayna içinde RF'nin ilerleyişini durdurmak için böyle bir teşebbüse girişildiğini ancak gerekli cevabın verileceğini belirtmiştir. Ayrıca RF, saldırının ABD eliyle planlandığını ve çatışmalara müdahalesinin daha da açık hâle geldiğini ileri sürmüştü; ABD ise saldırıdan önceden haberdar olmadıklarını ve saldırıyı kesinlikle onayladıklarını dile getirmiştir⁷⁰.

Ukrayna'nın RF sınırları içindeki harekâtta Kursk'u tercih etmesi birkaç sebebe dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, Ukrayna ile bölge arasındaki tarihi bağlardır. 17. ve 18. yüzyıllar boyunca Rus Çarlığı, bu bölgede Ukraynalı Kozak köylülerin yerleşmesine izin vermiştir. O dönemden itibaren, Kursk'ta devam eden bir Ukrayn varlığı olduğu inancı, Ukrayna vatandaşları arasında yaygındır. Öte yandan Kursk, ulaşım ağı bakımından da kritik bir bölgedir. RF'nin merkezî bölgeleri ile güneybatı bölgesi arasında ulaşım hatları bulunmaktadır. Ayrıca RF-Beyaz Rusya arasındaki kara yoluna da hâkim konumdadır. Dolayısıyla Ruslar bakımından, çok önemli bir lojistik üssü niteliği taşımaktadır. Öte yandan Kursk'ta hem önemli bir nükleer tesis hem de enerji nakil hattı bulunmaktadır. Askerî açıdan bakıldığında da Kursk, Ukrayna bakımından askerî harekâtı kolaylaştıracak bir topoğrafyaya da sahiptir⁷¹.

Ukrayna tarafından yapılan askerî harekât, savaş esnasındaki en cüretkâr hamlelerden biri olarak dikkat çekmiştir. Hızlı ve etkin saldırılarla kısa sürede önemli bir ilerleme kaydeden Ukrayna, bu saldırıyla RF'nin yenilmezliği algısına bir meydan okumada bulunmuştur. Bunun yanında Ukrayna, birkaç cephede birden devam eden savaşta, RF'nin Doğu Ukrayna'daki kaynaklarının bir kısmını bölgeden çekmeye zorlayarak Donbas'taki baskıyı azaltmayı ve bir denge kurmayı da hedeflemiştir. Kursk

⁶⁷ GREEN, James A. / HENDERSON, Christian / RUY, Tom: "Russia's Attack on Ukraine and the Jus Ad Bellum", *Journal on the Use of Force and International Law*, 2022, Cilt 9, Sayı 1, s. 4-6.

⁶⁸ ASLAN, s. 268-269.

⁶⁹ ASLAN, s. 269-280.

⁷⁰ Kursk Offensive: A Timeline of Ukraine's Attack and Russia's Fightback, (<https://www.reuters.com/world/europe/ukraines-attack-russias-fightback-kursk-2025-03-12/>, ET: 14.03.2025).

⁷¹ COFFEY, Luke / KASAPÖĞLU, Can: *How to Help Ukraine Succeed in its Kursk Offensive*, Hudson Institute Inc., Washington, 2024, s. 2-3.

saldırısıyla Ukrayna, özellikle ilk dönemde sembolik ama vatandaşları üzerinde moral destek sağlayan önemli bir başarı elde etmiştir⁷².

Ukrayna tarafından başlatılan saldırı, RF'nin beklemediği ve bu sebeple hazırlıksız yakalandığı bir askerî harekât niteliği taşımaktadır. RF'nin Doğu Ukrayna'daki ilerleyişinin yavaş da olsa devam ettiği bir dönemde gerçekleşen bu harekât, RF'nin bölgede “federal olağanüstü hâl” ilân etmesine yol açmıştır. Ukrayna'nın RF üzerinde baskı kurarak ileride yapılacak bir barış antlaşması için fırsat yaratmak istemesi gibi temel bir amaç taşıyan harekât, aynı zamanda RF ile Ukrayna arasında bir tampon bölge yaratma stratejisiyle de gerçekleştirilmiştir. Ayrıca Ukrayna, savaşta psikolojik bir üstünlük sağlamayı ve beklenmedik bir hamle yoluyla gücünü koruduğunu göstermeyi de amaçlamıştır. Bunun yanında, savaş kazanabileceğini göstererek Batı'dan aldığı desteğin devam etmesi ve arttırılması da bir başka hedef olarak belirlenmiştir⁷³.

Kursk'ta devam eden çatışmalarda, tarafların pozisyonu dinamik bir nitelik arz etmiş ve sürekli olarak ilerleme-gerileme şeklinde mevzi değişiklikleri olmuştur. Kasım 2024'e kadar 1000 kilometre-kareden fazla bir bölgeyi elinde tutan Ukrayna, bu aydan sonra gerilemeye başlamış ve üstünlüğü, yavaş yavaş RF'ye kaptırmıştır⁷⁴. Şubat 2025 itibarıyla ele geçirdiği toprakların yarısını kaybettiğini kabul eden Ukrayna, Kursk'ta elinde tuttuğu toprakların RF'nin elinde tuttuğu Doğu Ukrayna'daki bölgelerle takasın konusu olabileceğini beyan etmiş ancak bu teklif, RF tarafından tartışma konusu bile olamayacağı yönündeki açıklamalarla reddedilmiştir. Şubat sonunda ilerleyişini hızlandıran RF, Mart ayının ilk haftası itibarıyla Kursk'taki Ukrayna birliklerinin tamamen kuşatıldığını açıklamıştır. Ukrayna tarafından reddedilen bu iddia, askerî analistler tarafından doğrulanmıştır⁷⁵. Dolayısıyla sembolik başarıyla ve manevî üstünlükle başlayan Kursk Harekâtı, zaman içinde önce dengelenme, ardından da üstünlüğün RF'ye geçmesiyle sonuçlanmıştır. Bir başka deyişle Ukrayna'nın gerçekleştirdiği harekât ile ulaşmaya çalıştığı hedefler arasındaki makas gittikçe açılmış ve arzu edilen çok yönlü hedeflerden uzaklaşma hızlanarak söz konusu hedeflerin gerçekleştirilebilirliğini neredeyse tamamen bitirmiştir. RF bakımından değerlendirildiğinde ise beklenmedik bir hamle ile karşı karşıya kalınması ve bölgeye önemli oranda kaynak aktarılması mecburiyeti doğmuştur. Bunun yanında, ciddi bir oyalanma ve zaman kaybı da söz konusu olmuştur. Sonuç itibarıyla Ukrayna'nın hedefleri çok büyük oranda akamete uğramış ancak RF bakımından da zaman ve kaynak israfı ile birlikte, itibar kaybı da yaşanmıştır.

III. KURSK HAREKÂTI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

06.08.2024'te başlayan ve hâlen devam etmekte olan Kursk Harekâtı, RF-Ukrayna Savaşı'nın farklı bir safhasını teşkil etmektedir. Savaşın başladığı 24.02.2022 tarihinden itibaren Ukrayna sınırları içerisinde devam eden silahlı çatışmalar, söz konusu harekâtla birlikte RF sınırları içine de yansımış olmaktadır. Her ne kadar RF'nin Ukrayna içinde ele geçirdiği bölgeyle karşılaştırılamayacak derecede küçük bir alana tekabül etse de Ukrayna, Kursk Harekâtı ile RF devlet ülkesi içinde ilerlemiş ve belirli bir alanı ele geçirmiştir. Ele geçirdiği alan, değişkenlik gösterse ve son aylarda daralsa da Ukrayna bakımından savaşın gidişatı içinde yapılmış en önemli hamlelerden biri, belki de birincisi olma özelliğini korumaktadır. Savaşın çok boyutlu etkileri ve sonuçları içinde, Kursk Harekâtı da uluslararası hukuk açısından muhtelif boyutlarıyla inceleme konusu yapılabilir. Aşağıda, makalenin konusu olan zararlar karşılık açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

⁷² AGUIAR, Paulo: *Ukraine's Kursk Offensive: Symbolic Gains, Strategic Costs?*, 2025 (<https://geopoliticalmonitor.com/ukraines-kursk-offensive-symbolic-gains-strategic-costs/>, ET: 14.03.2025).

⁷³ SAKMAN, Tolga: *Ukrayna'nın Kursk Operasyonu ve Savaşın Yeni Evresi*, 2024 (<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/ukraynanin-kursk-operasyonu-ve-savasin-yeni-evresi/3305494#>, ET: 14.03.2025). Aynı yönde bkz. COFFEY / KASAPOĞLU, s. 4.

⁷⁴ EVANS, Angelica: *Ukraine's Kursk Incursion: Six Month Assessment*, 2025 (<https://understandingwar.org/backgrounder/ukraine%E2%80%99s-kursk-incursion-six-month-assessment>, ET: 14.03.2025).

⁷⁵ Kursk Offensive: A Timeline of Ukraine's Attack and Russia's Fightback, (<https://www.reuters.com/world/europe/ukraines-attack-russias-fightback-kursk-2025-03-12/>, ET: 14.03.2025).

Kursk Harekâtı, zararlar karşılık kavramının şartları bakımından değerlendirildiğinde ilk ele alınması gereken husus, hukuka aykırılık meselesidir. RF ile Ukrayna arasındaki savaş, 24.02.2022 tarihinde RF tarafından başlatılmıştır. Bu tarihten itibaren RF tarafından Ukrayna sınırları içinde gerçekleştirilen askerî harekâtlarla birlikte, zararlar karşılık çerçevesinde aranan ilk koşul olan “hukuka aykırılığa maruz kalma” şartı, Ukrayna açısından gerçekleşmiş olmaktadır. Her ne kadar RF tarafından ileri sürülen ve yukarıda değinilen bazı gerekçeler belirtilmiş olsa da RF’nin Ukrayna’nın ülke bütünlüğü⁷⁶ aleyhine kuvvet kullanma yasağını ihlâl ettiği açıktır ve yaygın kabul görmektedir. Uluslararası hukukun emredici kurallarından (*jus cogens*) biri olarak kabul edilen kuvvet kullanma yasağının ihlâl edilmiş olması, hukuka aykırılığın gerçekleştiği sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan bu ihlâl, RF tarafından Ukrayna aleyhine gerçekleştirilmiş yani iki devlet arasında vuku bulmuştur. Bu yönüyle de zararlar karşılık için gereken ilk şart yerine gelmiş olmaktadır.

Zararlar karşılık için gereken ikinci şart, hukuka aykırılığın devam etmesidir. RF tarafından başlatılan savaş, 24.02.2022 tarihinden beri devam etmektedir. Ukrayna devlet ülkesinin beşte birini elinde tutan RF, bugüne kadar söz konusu bölgeleri tahliye etmemiş; silahlı birliklerini kendi sınırları içine çekmemiştir. Bir başka deyişle savaşın devam ettiği süre zarfında, hukuka aykırılık açısından herhangi bir kesinti söz konusu değildir. Öte yandan Ukrayna da savaşın başladığı günden bugüne kadar, kendi devlet ülkesinin bir kısmını ele geçirmiş olan RF’ye karşı her fırsatta, hukuka aykırılığı dile getirmiş ve silahlı birliklerin Ukrayna devlet ülkesini terk etmesini talep etmiştir. Resmî her seviyede dile getirilen bu talep, 2014 yılında ilhak edilen Kırım da dâhil olmak üzere, defalarca ifade edilmiştir. Bütün bu süreçte, yapılan çağrılar karşılıksız kalmış ve Ukrayna, tatmin edici bir çözüm elde edememiştir. Taleplerin sonuçsuz kalmasının ve doyurucu bir sonuca ulaşmamasının dışında, uluslararası toplumun çağrıları da karşılıksız kalmıştır. Öte yandan, Türkiye’nin girişimiyle başlayan müzakereler de herhangi bir neticeye ulaşmamıştır⁷⁷. Dolayısıyla Ukrayna’nın talepleri karşısında, RF’nin ele geçirdiği topraklarda varlığı devam etmekte ve hukuka aykırı eylemlerinin sürdüğü görülmektedir.

Zararlar karşılık açısından gerekli bir diğer şart ise orantılı karşıklıktır. Ukrayna’nın Kursk Harekâtı bu açıdan ele alındığında, nitelik ve nicelik itibarıyla bir karşılaştırmaya konu olmalıdır. RF tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırılık, kuvvet kullanma yasağının ihlâlidir. Bu yasak, Ukrayna’nın devlet ülkesi içinde çiğnenmiş ve Ukrayna’nın beşte biri de RF tarafından ele geçirilmiştir. Ayrıca RF, ele geçirdiği alanda tam bir denetime sahip olmuştur. Bunun yanında, RF’nin söz konusu coğrafyadaki uygulamalarından ve uluslararası topluma yönelik resmî beyanlarından anlaşılacağı üzere, RF’nin bölgede kalıcı bir varlık oluşturma niyeti bulunmaktadır. Dolayısıyla RF, ağır ve sürekli bir uluslararası hukuk ihlâli gerçekleştirmektedir. Bu yönüyle Kursk Harekâtı değerlendirildiğinde, Ukrayna da RF devlet ülkesi içinde bir askerî eylem icra ederek RF’ye karşı aynı türde bir hukuka aykırılık gerçekleştirmiştir. Bahsi geçen harekât bölgesi, RF’nin Ukrayna içinde ele geçirdiği bölgeyle mukayese edilemeyecek kadar dar bir alanla sınırlıdır. Öte yandan Ukrayna, yukarıda da değinildiği üzere, Kursk’ta ele geçirdiği bölgelerde kalıcı olmak niyetinde olmadığını ve RF’nin ele geçirdiği bölgelere karşılık bir takas konusu yapılabileceğini beyan ederek ihlâle son verebileceğini ilân etmiştir. Kısacası Ukrayna’nın, ilk hukuka aykırılığa maruz kalan devlet sıfatıyla nitelik ve nicelik açısından orantılı bir eylem icra ettiği; amaç ve ulaşılmak istenen hedef bakımından da maruz kaldığı hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik olarak hareket ettiği; elde ettiği bölge ve kuvvet kullanımındaki yoğunluk göz önüne alındığında, amacıyla ve hedefiyle uyumlu olduğu söylenebilir.

⁷⁶ Uluslararası hukukta ülke bütünlüğüne saygı yükümlülüğü ile ilgili bir örnek olarak bkz. ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: “Arap Baharı Sürecinde Türkiye’nin Suriye’ye Yönelik Askerî Harekâtlarının Hukukî Temeli”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, Cilt 8, Sayı 15, s. 350-357.

⁷⁷ 10.03.2022’de, Türkiye’de gerçekleşen “Antalya Diplomasi Forumu” esnasında, Türkiye’nin girişimiyle Ukrayna ile RF bir araya gelerek görüşmeler gerçekleştirmiştir. Türkiye, Ukrayna ve RF Dışişleri Bakanlarının heyetleriyle birlikte yaptığı toplantılar, önemli bir gelişme olmakla birlikte, arzu edilen ciddi bir sonuç doğurmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Dışişleri Bakanlığı Resmî İnternet Sayfası (<https://www.mfa.gov.tr/turkiye-rusya-ukrayna-uclu-disisleri-bakanlari-toplantisi--10-mart-2022.tr.mfa>, ET: 23.03.2025); Rusya-Ukrayna Antalya’da Görüştü: Önemli Bir Başlangıç, (<https://yetkinreport.com/2022/03/10/rusya-ukrayna-gorusmesi-cozumsuz-sonlandi>, ET: 23.03.2025).

Kursk Harekâtı'nı zararla karşılık çerçevesinde değerlendirirken son olarak üçüncü taraflara zarar vermeme açısından irdelemek gerekmektedir. Ukrayna'nın başlattığı harekât, doğrudan doğruya RF'ye yönelmiştir. RF'nin devlet ülkesi içinde yer alan Kursk Bölgesi'nde gerçekleşen zararla karşılık eylemi, başka bir devlete yönelik değildir. Ayrıca Ukrayna'nın Kursk'ta ele geçirdiği alandaki faaliyetleri, RF dışında bir başka devlete doğrudan veya dolaylı bir etki yaratmamıştır. Gerek harekât sırasında gerekse ele geçirilen bölgede kurulan denetim esnasında, üçüncü bir devlete yönelik saldırı ya da başka tür bir hukuka aykırılık da gözlemlenmemiştir. Bu doğrultuda, güçlü ve kanıtlanabilir bir iddia da ortaya atılmamıştır. Dolayısıyla Ukrayna'nın Kursk Harekâtı, sadece RF'ye yönelik bir eylem niteliği taşımakta olup üçüncü devletleri etkilemeyen bir şekilde devam etmektedir.

Anlaşılabacağı üzere, Ukrayna tarafından 06.08.2024 tarihinde başlatılan ve hâlen devam eden Kursk Harekâtı, zararla karşılık kavramı çerçevesinde ele alındığında, gereken şartları taşımaktadır. Bir başka deyişle hukuka aykırılık, hukuka aykırılığın devam etmesi, orantılı karşılık ve üçüncü taraflara zarar vermeme şeklinde sıralanan ve yukarıda ele alınan şartlar bakımından Kursk Harekâtı, zararla karşılık önleminin şartlarını taşımaktadır. Bu yönüyle bakıldığında, RF tarafından Ukrayna devlet ülkesi içinde ele geçirilen bölgelerin boşaltılması gerçekleşene kadar Kursk Harekâtı, bir zararla karşılık niteliği taşıyacak ve hukuka aykırı kabul edilmeyecektir.

SONUÇ

Genel anlamda hukuk, özelde ise uluslararası hukuk, doğası gereği hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık çerçevesinde şekillenmektedir. Kabul edildiği dönemin şartlarından hareketle pek çok kural, gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk zemininde hayata geçmiştir. Öte yandan her iki hukuk sisteminin kendine has özellikleri ve birbirinden ayrılan sistematiği, hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık bağlamında, hem birbirinden hem de döneme bağlı olarak kendi içinde ayrışabilmektedir. Uluslararası hukuk düzeni de çağlar içinde geçirdiği değişim neticesinde, belli bir düzeye gelmiştir. Söz konusu düzeye erişmesinde, genel olarak savaşların ancak özellikle dünya savaşlarının etkisi büyüktür. Bilhassa İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişmeler ve BM'nin kuruluşu, çok önemli bir dönüm noktasıdır. Bu dönüm noktasının inşasında, BM Şartı ile birlikte getirilen kuvvet kullanma yasağı da büyük rol oynamıştır.

Uluslararası hukuk düzeni içinde, hukuka aykırılık çerçevesinde bugüne kadar en çok gündeme gelen konulardan biri de kuvvet kullanma meselesidir. Kuvvet kullanmadan kaynaklı ya da ona bağlı olarak ortaya çıkan kavramlar etrafında, pek çok tartışma gelişmiştir. Öncesiyle ve sonrasıyla çok boyutlu bir mesele olan kuvvet kullanma, İkinci Dünya Savaşı sonrasında BM'nin kurulmasıyla birlikte, ağır bir uluslararası hukuk ihlâli olarak kabul görmüş ve emredici bir kural olarak nitelendirilmiştir. Bu durumun ortaya çıkmasında en önemli etkenlerden biri de her devletin diğer devletlerin ülke bütünlüğüne fiilen de saygı duyma yükümlülüğüdür. Yeni bir dünya savaşını engellemenin yolunun kuvvet kullanma tehdidi de dâhil olma üzere kuvvet kullanma yasağını kabul etmek olduğu yönünde ortaya çıkan eğilim, bu yönde bir dayanak yaratmıştır. Nitekim BM Şartı'nda yer alan kuvvet kullanma yasağının şekillendirilmesinde, doğrudan doğruya bu dayanak kullanılmıştır. Bir başka deyişle kuvvet kullanma yasağına, uluslararası toplum düzeninin sağlanması için eşit egemen olan devletlerin sınırlarını koruma yönünde önemli bir misyon yüklenmiştir.

Uluslararası toplumun tartıştığı konulardan biri de devletlerin karşı önlemleri içinde yer alan ve hukuka aykırılık temelinde şekillenen zararla karşılıktır. İlk ortaya çıkışından bugüne kadar, uluslararası hukukun gelişimine paralel bir şekilde değişerek varlığını koruyan zararla karşılıktaki, hukuka aykırılık unsuru hayati bir öneme sahiptir. Kavramın uygulamaya geçmesinin ön şartını teşkil eden ve bir devletin maruz kaldığı hukuka aykırılık, bu önlemleri uygulayan devlet bakımından da bir hukuka aykırılığı barındırması sebebiyle çift yönlü ve karşılıklı bir etki doğurmaktadır. Hukuka aykırılığın yokluğu hâlinde, zararla karşılık verilemeyeceği gibi hukuka aykırılığa maruz kalınmasına rağmen hukuka aykırı bir karşılık verilmiyorsa o takdirde, yine zararla karşılıktan söz edilemeyecektir. Öte yandan

zararla karşılığın diğer şartları yerine gelmişse eylemin şeklen hukuka aykırı olmakla birlikte, nitelik itibarıyla hukuka aykırı olmayacağı da kabul görmektedir. Dolayısıyla zararlar karşılık önlemi, başından sonuna kadar hukuka aykırılıkla doğrudan ilgilidir ve kavramın çekirdeğinde de hukuka aykırılık bulunmaktadır.

Üç yılı aşkın bir süredir devam eden RF-Ukrayna Savaşı'nda Ukrayna'nın gerçekleştirdiği Kursk Harekâtı, zararlar karşılık yönünden ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Zararlar karşılıktaki hukuka aykırılık unsurunda, karşı önlem olarak hukuka aykırı bir eylem icra edecek devlet bakımından kuvvet kullanılıp kullanılmayacağı meselesi, bugüne kadar sürekli bir tartışma konusudur. Genel kabul gören yaklaşım, kuvvet kullanmanın uygun bir yöntem olmadığı yönündedir. Bununla birlikte, hukuka aykırılığın diğer şartlarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasının ne kadar önemli olduğu, Kursk Harekâtı ile birlikte bir kere daha anlaşılmaktadır. Zira gerek RF'nin Ukrayna'nın devlet ülkesine girerek icra ettiği ilk kuvvet kullanımı gerekse Ukrayna'nın Kursk'a düzenlediği askerî harekâtla gerçekleşen ikinci hukuka aykırılık, kendi özel nitelikleriyle değerlendirildiğinde, orantılı bir durum ortaya çıkarabilmektedir. Bu bağlamda, kuvvet kullanma yoluyla elde edilmek istenen amacın ve ulaşılmak istenen hedefin değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Amaç ve hedef temelli yapılacak bir değerlendirme de tarafların kuvvet kullanımının hangi niteliği taşıyacağını yani hukuka uygunluk-hukuka aykırılık çizgisinin nerede başlayıp nerede biteceğini gösterecektir.

Sonuç olarak, zararlar karşılık meselesinin kendine has özellikleri ile kuvvet kullanma yasağı gibi önemli ve emredici hukuk kuralı niteliği taşıyan bir hukuka aykırılığın doğası arasında, her durumda bir uyumsuzluk olduğu sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir. Özellikle kuvvet kullanma yasağını ihlâl ile başlayan RF-Ukrayna Savaşı örneğinde olduğu gibi diğer şartları taşımak kaydıyla zararlar karşılık niteliği taşıyan hukuka aykırılığın da kuvvet kullanma yoluyla verilmesi mümkün olabilmektedir. Bir başka deyişle peşin kabulden hareketle oluşturulan teori yerine, amaç ile hedefi yok saymayan ve somut olayın özelliğini de dikkate alan bir yaklaşımı benimsemek, daha makul görünmektedir. Aksi takdirde, hem genel olarak uluslararası hukukun BM sonrası şekillenen yapısında hem de özelde, BM sonrasında oluşan uluslararası hukuk düzeni içinde doğrudan ve açıkça ihlâl edilmeyeceği düşünülen ya da öngörülemeyen ihlallerin engellenemediği durumlarda bir bocalama, hatta tıkanma yaşanması her zaman mümkün olabilir. Nitekim 21. yüzyılın daha ilk yılından itibaren yaşanan gelişmeler, bocalamadan ve tıkanmadan başlayıp çözümsüzlüğe kadar uzanan pek çok uluslararası hukuk kuralının, özellikle de kuvvet kullanma yasağının ihlâlinin çok sayıda örneğini uluslararası topluma yansıtmıştır. RF-Ukrayna Savaşı örneğinde olduğu gibi devam eden ve çözüm bulunamayan gelişmelerin uluslararası topluma başka örnekler yaşatacağı da anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- AGUIAR, Paulo: *Ukraine's Kursk Offensive: Symbolic Gains, Strategic Costs?*, 2025 (<https://geopoliticalmonitor.com/ukraines-kursk-offensive-symbolic-gains-strategic-costs/>, ET: 14.03.2025).
- ALKAN, Akın: *21. Yüzyılın İlk Çeyreğinde Karadeniz Güvenliği*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- ALSAN, Zeki Mesud: *Yeni Devletler Hukuku, İkinci Cilt (Milletlerarası Camianın Düzenlenmesi)*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1951.
- ASLAN, Davut Han: *Rusya ile Batı Arasında Ukrayna: Tarih, Toplum ve Siyaset*, İyidüşün Yayınları, Ankara, 2024.
- BASALOU, Oliver: "The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law", *Military Law and Law of War Review*, 2010, Cilt 49, Sayı 3-4, s. 335-372.
- BERKİ, Şakir: *Devletler Umumî Hukuku*, 3. Baskı, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1964.
- BİLSEL, Cemil: *Devletler Hukuku, Birinci Kitap (Devletler)*, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul, 1941.
- BOWETT, Derek: "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *American Journal of International Law*, 1972, Cilt 66, Sayı 1, s. 1-36.
- BOZKURT, Enver / POYRAZ, Yasin / ERDAL, Selcen: *Devletler Hukuku*, 12. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023.
- COFFEY, Luke / KASAPOĞLU, Can: *How to Help Ukraine Succeed in its Kursk Offensive*, Hudson Institute Inc., Washington, 2024.
- COHEN, Ariel / IRWIN, Conway: *U.S. Strategy in the Black Sea Region*, The Heritage Foundation, Washington, 2006.
- DENK, Erdem: *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi*, 2. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2024.
- DOĞAN, İlyas: *Devletler Hukuku*, 4. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- DOST, Süleyman / KORKMAZ, Zehra: "Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 5, Sayı 2, s. 111-157.
- DUGİN, Aleksandr: *Rus Jeopolitiği: Avrasyacı Yaklaşım*, (Çev.) İMANOV, Vügar, Küre Yayınları, İstanbul, 2005.
- ERDAL, Selcen: "Uluslararası Hukukta Karşı Önlemler ve Akçakale'de Yaşananlar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 22, Sayı 1, s. 3-26.
- EREN, M. Yusuf: "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 229-259.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: "Rusya-Ukrayna Savaşı Dairesinde Uluslararası Hukuk Meseleleri", (Ed.) ALTUNKAYA, Mehmet / ARAT, Ayşe / ÖZAY, Osman Levent / BEYOĞLU, Cem Ümit: *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 347-398.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: "Uluslararası Kuvvet Kullanma Hukuku - Jus Ad Bellum - Bakımından Rusya-Ukrayna Savaşı", (Ed.) ÖZER, Adem / TAŞDEMİR, Fatma: *Stepler, Dinyeper ve Barut: Rusya-Ukrayna Savaşı'nın Uluslararası Hukuk Veçhesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 39-79.
- EVANS, Angelica: *Ukraine's Kursk Incursion: Six Month Assessment*, 2025 (<https://understandingwar.org/background/ukraine%E2%80%99s-kursk-incursion-six-month-assessment>, ET: 14.03.2025)
- FALK, Richard A.: "The Beirut Raid and the International Law of Retaliation", *American Journal of International Law*, 1969, Cilt 63, Sayı 3, s. 415-443.
- GAETA, Paola / VINUALES, Jorge E. / ZAPPALA, Salvatore: *Cassese's International Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2005.
- GREEN, James A. / HENDERSON, Christian / RUYS, Tom: "Russia's Attack on Ukraine and the Jus Ad Bellum", *Journal on the Use of Force and International Law*, 2022, Cilt 9, Sayı 1, s. 4-30.

- GRESSEL, Gustav: *Russia's Military Movements: What They Could Mean for Ukraine, Europe, and NATO*, 2021 (<https://ecfr.eu/article/russias-military-movements-what-they-could-mean-for-ukraine-europe-and-nato/>, ET: 10.03.2025).
- GÜNDÜZ, Aslan: *Milletlerarası Hukuk*, (Ed.) GÜNEL, Reşat Volkan, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP: *Responding to Russia's New Military Buildup Near Ukraine*, Crisis Group Europe Briefing No 92, Kyiv / Moscow / Brussels, 2021.
- KALSHOVEN, Frits: "Belligerent Reprisals", *Military Law and Law of War Review*, 1973, Cilt 12, Sayı 2, s. 265-280.
- KASIM, Kamer: "Karadeniz'de Güvenlik Bağlamında Rusya-Ukrayna Savaşı", (Ed.) BİLGİN, Mustafa Sıtkı: *Türkiye'nin Jeopolitiği ve Karadeniz'in Güvenliği Ekseninde Rusya-Ukrayna Savaşı*, 2. Baskı, Akçağ Basım Yayın, Ankara, 2024, s. 173-197.
- KESKİN, Funda: *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1998.
- KOVALSKY, Nikolai: "Russia and the Black Sea Realities", (Ed.) AYBAK, Tunç: *Politics of the Black Sea: Dynamics of Cooperation and Conflict*, I. B. Tauris & Co. Ltd., London, 2001, s. 163-180.
- KUNZ, Josef L.: "Sanctions in International Law", *The American Journal of International Law*, 1960, Cilt 54, Sayı 2, s. 324-347.
- KWAKWA, Edward: "Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict", *Stanford Journal of International Law*, 1990, Cilt 27, Sayı 1, s. 49-82.
- LE FUR, Louis: *Devletler Umumî Hukuku*, (Çev.) DEVRİN, Şinasi Z., Matbaa Yeni Cezaevi, Ankara, 1942.
- LEISER, Burton M.: "The Morality of Reprisals", *Ethics*, 1975, Cilt 85, Sayı 2, s. 159-163.
- LÜTEM, İlhan: *Devletler Hukuku Dersleri II (Yetkiler-Alanlar-Yetkilerin Kullanılması-Barış ve Güvenliğin Sağlanması)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958.
- MacCOBY, Simon: "Reprisals as a Measure of Redress Short of War", *The Cambridge Law Journal*, 1924, Cilt 2, Sayı 1, s. 60-73.
- McKINNON, Fiona: "Reprisals as a method of Enforcing International Law", *Leiden Journal of International Law*, 1991, Cilt 4, Sayı 2, s. 221-248.
- MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.
- MITCHELL, Andrew D.: "Does One Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law", *Military Law Review*, 2001, Cilt 170, s. 155-177.
- MIZRAK, Baransel: "Kırım'ın İlhakından Ukrayna Savaşı'na Rusya Federasyonu'nun İddiaları: Hukuki Gerçekler mi? Jeopolitik Çıkarlar mı?", (Ed.) ÖZER, Adem / TAŞDEMİR, Fatma: *Stepler, Dinyeper ve Barut: Rusya-Ukrayna Savaşı'nın Uluslararası Hukuk Veçhesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 81-124.
- OPPENHEIM, Lassa Francis: *International Law, A Treatise, Cilt II, War and Neutrality*, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018.
- ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: "Arap Baharı Sürecinde Türkiye'nin Suriye'ye Yönelik Askerî Harekâtlarının Hukukî Temeli", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, Cilt 8, Sayı 15, s. 343-375.
- ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: "Soğuk Savaş Sonrasında Kırım'ın ve Kırım Tatar Türklerinin Statüsü", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2014, Cilt 10, Sayı 39, s. 97-135.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- PIFER, Steven: *Will Putin Miscalculate?*, 2021 (<https://www.brookings.edu/articles/will-putin-miscalculate/>, ET: 09.03.2025).
- POYRAZ, Yasin / İPEK, Aydın: "Uluslararası Hukukta Savaş Varmayan Kuvvet Kullanımı", *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 199-229.
- PREVELAKIS, George: "The Geopolitics of the Black Sea Region", *Southeast European and Black Sea Studies*, 2001, Cilt 1, Sayı 3, s. 148-152.

- SAKMAN, Tolga: *Ukrayna'nın Kursk Operasyonu ve Savaşın Yeni Evresi*, 2024 (<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/ukraynanin-kursk-operasyonu-ve-savas-in-yeni-evresi/3305494#>, ET: 14.03.2025).
- SEVİĞ, Muammer Raşit: *Özel Devletler Umumî Hukuku*, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958.
- SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008.
- STENT, Angela: *The Putin Doctrine: A Move on Ukraine Has Always Been Part of the Plan*, 2022 (<https://www.foreignaffairs.com/articles/ukraine/2022-01-27/putin-doctrine>, ET: 10.03.2025).
- SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- TANRISEVER, Oktay Fırat: "Sovyet Sonrası Dönemde Rusya'nın Karadeniz Politikası", *Avrasya Dosyası: "Karadeniz'in Yeni Jeopolitiği"*, 2007, Cilt 13, Sayı 1, s. 173-190.
- TRENIN, Dmitri: *What Putin Really Wants in Ukraine: Russia Seeks to Stop NATO's Expansion, Not to Annex More Territory*, 2021 (<https://www.foreignaffairs.com/articles/russia-fsu/2021-12-28/what-putin-really-wants-ukraine>, ET: 09.03.2025).
- ÜNAL, Atahan / ÖZBEN, Ece: "Soğuk Savaş Sonrası NATO'nun Genişlemesine Karşı 'Yakın Çevre Doktrini' ve Rus Dış Politikası: Ukrayna Örneği", (Ed.) ÇELİKPALA, Mithat / CEYLAN, Fatih: *Çarlıktan İmparatorluğa Sovyetlerden Federasyona Rusya: Dün, Bugün ve Yarın*, A7 Kitap Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 239-277.
- ÜNAL, Şeref: *Uluslararası Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- YILMAZ, Sait: "Karadeniz'de Değişen Dengeler ve Türkiye", *Karadeniz Araştırmaları*, 2007, Sayı 15, s. 45-66.



Görünmez Emek ve Mekanik İnsandışılaştırma Kavramları Üzerinden Dijital Platform Çalışmalarında Bağımlılık Unsurunun Değerlendirilmesi^(*)



*Evaluation of the Element of Dependency in Digital Platform Works
through the Concepts of Invisible Labour and Mechanical Dehumanization*

Nazlı SAĞLAM



Doktor Öğretim Üyesi

Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Dijital Platform
Çalışması,
Görünmez Emek,
Mekanik
İnsandışılaştırma,
Bağımlılık Unsuru,
İşletme Riskinin
Üstlenilmesi.

Öz

Dijital dönüşümün iş hukukuna en önemli etkilerinden biri dijital platform çalışmalarının ortaya çıkmasıdır. Dijital platform çalışmalarında platformlar kendilerini işverenden ziyade çöpçatan veya iletişim platformları yani aracı olarak konumlandırmaktadır. Çalışmamızda dijital dönüşümün, iş hukukunda göz ardı edildiğini düşündüğümüz yönünü “görünmez emek” ve “mekanik insandışılaştırma” kavramları açısından tartışmaya açmaktayız. Böylelikle dijital platformlarda pek çok platform iş modellerinin ardındaki gerçekliği gizlemek üzere tasarlandığı ortaya koyulabilecek ve dijital platform çalışmalarında bağımlılık unsuru değerlendirilecektir. Dijital platformlarda işletme riski bilinçli bir şekilde platform çalışanlarına aktarılmaktadır. Bu durumda işletme riskinin çalışan tarafından üstlenildiğinden hareketle bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesi isabetli olmamaktadır. Zira işletme riskini üstlendiği iddia edilen platform çalışanlarının bağımsız çalışan olmanın getirdiği avantajlardan yararlanması gerekmektedir de çalışanlara platformlar aracılığı ile işletme riski “aktarılmaktadır”. Dolayısıyla özgür irade söz konusu olmaksızın gönülsüz olarak üstlenilen işletme riski neticesinde platform çalışanları karine olarak işçi kabul edilmelidir. Çalışmamızda platform çalışanlarının hukuki statüsü tespit edilirken; görünmez emek ve mekanik insandışılaştırma kavramları açıklayıcı yöntemle tanımlanmakta, iş ilişkisinde bağımlılık unsuru ise tipolojik yöntemden ve karşılaştırmalı hukuk metodundan yararlanılarak ele alınmaktadır.

Keywords

Digital Platform Work,
Invisible Labour,
Mechanical
Dehumanization,
Element of
Dependency,
Assumption of
Business Risk.

Abstract

One of the most essential effects of digital transformation on labour law is the emergence of digital platform works. In digital platform works, platforms position themselves as matchmakers or communication platforms, i.e., intermediaries, rather than employers. In our study, we discuss the neglected aspect of digital transformation in labour law about the concepts of “invisible labour” and “mechanical dehumanization”. In this way, it will be revealed that many platform business models on digital platforms are designed to hide the reality behind them and the element of addiction will be evaluated in digital platform studies. In digital platforms, business risk is consciously transferred to platform employees. In this case, it is not accurate to characterize them as independent employees on the basis that the business risk is assumed by the employee. Although platform employees, who are claimed to assume the business risk, should benefit from the advantages of being an independent employee, the business risk is “transferred” to the employees through the platforms. Although the platform employees who allegedly assume the business risk should benefit from the advantages of being an independent employee, the business risk is “transferred” to the employees through the platforms. Therefore, the platform employees

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.03.2025, Kabul Tarihi: 20.06.2025.



should be presumptively deemed workers, as the business risk is assumed involuntarily and not of their free will. In our study, while determining the legal status of platform employees, the concepts of invisible labour and mechanical dehumanization are defined using the explanatory method, and the element of dependency in the employment relationship is discussed using the typological method and comparative law method.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler geçmişten günümüze çalışma hayatını ve istihdam ilişkilerini etkilemiştir. I. Sanayi Devrimi ile işçi sınıfının doğmasının zeminini hazırlanmış, II. Sanayi Devrimi ile ise fordist üretime geçilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeyle otomasyona geçilmiş ve 1960'lardan itibaren bilgisayar devrimi olarak da adlandırılan III. Sanayi Devrimi doğmuştur. Bu süreçte kar maksimizasyonu için binlerce işçi tarafından yapılan işlerin, bilgi ve iletişim teknolojilerinin aracılığı ile daha az sayıda işçi tarafından yerine getirilmesi hedeflenmiştir. Anılan dönemde dünyadaki tüketimin hızla artması, dolayısıyla kaynakların hızla tükenmeye başlaması ve çevresel kaygıların da yükselmesiyle sürdürülebilir, etkin ve verimli çalışma yöntemleri arayışına girilmiştir. Böylece IV. Sanayi devrimi başka bir deyişle Endüstri 4.0 dönemi başlamıştır¹. Endüstri 4.0 ile şekillenen dijital dönüşüm süreçlerinde yapay zekâ, akıllı robotlar, akıllı sistemler, nesnelerin interneti, büyük veri, 3D yazıcılar gibi araçlardan yararlanma sonucunda üretimin sayısallaştığı ve siber-fiziksel sistemlerin kurulumu şeklinde çalışma hayatında yeni bir çağ başlamıştır².

Endüstri 4.0 insan emeğinin yerini yapay zekâ ve robotlara bırakmaktadır. Dijital dönüşümün çalışma hayatındaki en önemli etkisi platform ekonomisinin³ ortaya çıkışıdır. İş hukukunda platform ekonomisinin yarattığı dijital platform çalışmaları istihdamın değişen şekline yönelik tartışmaların odak noktası haline gelmiştir. *Uber*, *Amazon Mechanical Turk*, *TaskRabbit* gibi çevrimiçi işgücü platformlarında şirketler algoritmalar aracılığı ile girişimcileri, işçiler ile onların mal veya hizmetlerinden yararlanmak isteyen tüketicileri eşleştiren pazar yerleri olarak işlev gördüklerini iddia etmektedir. Bu iddiaları ile kendilerini işverenden ziyade çöpçatan veya iletişim platformları yani aracı olarak konumlandırmaktadırlar⁴. Dijital platformlarda pek çok platform iş modelleri ardındaki gerçekliği gizlemek üzere tasarlanmıştır. Özenle kaleme alınmış hüküm ve koşullar platformları çöpçatan, çalışanları ise iş hukukunun kapsamında olmayan “bağımsız çalışan” olarak nitelendirmektedir. İş, girişimcilik olarak markalaştırılıp emek bir teknoloji olarak satılmaktadır⁵. Platformlar ve platformlardan yararlanan müş-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DULAY YANGIN, Dilek: “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1213. Çalışma hayatında anılan dönemlerdeki teknolojik değişimlerin etkisinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FREY, Carl Benedict / OSBORNE, Michael A.: “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological Forecasting & Social Change*, 2017, Sayı 114, s. 255-258.

² KILIÇ, Cem: “Dijitalleşmenin İşgücü Piyasasına Etkileri”, *Kamu-İş*, 2019, Cilt 14, Sayı 4, s. 16.

³ Platform ekonomisinin tanımı üzerinde net bir fikir birliği olmasa da kavram paylaşım ekonomisi, gig ekonomisi (*gig economy*), iş birliğine dayalı ekonomi (*sharing economy*) gibi farklı terimlerle de ifade edilmektedir. Ancak buradaki ekonomik faaliyetlerin özelliği dijital platform üzerinden yürütülmesiyle ön plana çıktığından platform ekonomisi kavramı sıkça kullanılmaktadır. Bkz. ILO: *Realizing decent work in the platform economy*, International Labour Conference 113th Session 2025, Genava, 2024, s. 11; CALO, Ryan / ROSENBLAT, Alex: “The Taking Economy: Uber, Information and Power”, *Columbia Law Review*, 2017, Cilt 117, Sayı 6, s. 1623, s. 1634. Daha nötr bir kavram olması ve bu ekonominin öznelerinden biri olması nedeniyle platform ekonomisi kavramının tercih edilmesinin daha isabetli olduğu yönündeki görüş için bkz. KÜÇÜK, Doğukan: *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 27. Kavramı paylaşım ekonomisi olarak adlandıran bir görüşe göre; varlık ya da hizmetlerin özel kişilerce internet aracılığıyla ücret karşılığı veya ücret karşılığı olmaksızın paylaşımı, paylaşım ekonomisi olarak ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta paylaşım ekonomisinde salt mal paylaşımının temel alınmadığı, özel kişiler tarafından sunulan çeşitli hizmetlerin ticari koordinasyonunu gerçekleştirmesinin de dikkate alındığıdır. Bkz. ALPAGUT, Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra / ERGÜNEŞ EMRAÇ, Seda: *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 90. Benzer yönde bkz. SCHMIDT, Florian A.: *Digital Labour Markets in the Platform Economy Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Friedrich-Ebert-Stiftung Projekt, Bonn-Berlin, 2017, s. 3; KÜÇÜK, s. 22-23.

⁴ TICONA, Julia / MATEESCU, Alexandra: “Trusted strangers: Carework platforms’ cultural entrepreneurship in the ondemand economy”, *New Media & Society*, 2018, Cilt 20, Sayı 11, s. 4384-4385; CALO / ROSENBLAT, s. 1637.

⁵ PRASSL, Jeremias: *Human as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 4.

teriler çoğu durumda sosyal güvenlik primleri, asgari ücret düzenlemeleri gibi maliyetlere katlanmaktadır. Bunların yanı sıra platform çalışanları; örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakları, ayırmacıya karşı korunma gibi temel işçilik haklarından da yoksun kalmaktadır⁶.

Aslında söz konusu platformlar tam da bu amaçla, daha açık bir ifadeyle işçileri sömürmek, sosyal haklar ve iş sağlığı güvenliği önlemleri sorumlulukları ile çalışma hayatına ilişkin hukuki düzenlemelerden kaçınmak için kurulmuştur⁷. Dolayısıyla platform çalışanlarının hukuki statüsü belirlenmeye çalışılırken iş hukukunda işçi sayılabilmek için aranan bağımlılık unsurunun incelenmesinde bilinçli olarak çalışanların işçi sayılmasının önüne geçilmesi üzerine kurulu bir düzenin göz önünde tutulması gerekmektedir. Örneğin en popüler dijital platformlardan olan *Uber* ve benzer pek çok işletmenin yasaları değiştirme veya kimi durumlarda yasaları çiğneme planı ile kurulduğuna yönelik sonuçlara ulaşan araştırmalar mevcuttur⁸. Nitekim dijital platform ekonomisindeki tüm katılımcıların, hizmet sağlayıcıları yani işçiler de dahil olmak üzere bir “teknolojinin” tüketicileri şeklinde nitelendirerek paylaşımlı ekonomisi şirketlerinin iş kanunlarından kaçındığına yönelik ciddi bir endişe bulunmaktadır⁹. Bu halde “*sanayi devriminin bir ürünü olup, fordist üretim modeline göre oluşmuş ve yüzyıllı aşkın bir süre gelişmesi bu fabrika modeline göre*”¹⁰ şekillenen iş hukuku, günümüzde yaşanan değişim dikkate alınarak yorumlanmalı ve dijital platform çalışanlarının hukuki statüsü ele alınırken bağımlılık unsurunda işletme riskinin üstlenilmesi ölçütü detaylı bir şekilde tartışılmalıdır.

Biz de çalışmamızda bu nedenle, dijital platformlarının çalışma hayatında bilinçli bir boşluk veya ara form yaratma çabasını ortaya koyabilmek için tartışılması gerektiğini düşündüğümüz görünmez emek ve mekanik insandışılaştırma kavramlarına değinerek dijital platform çalışanlarının hukuki statüsünü değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

I. DİJİTAL PLATFORM ÇALIŞMASI ARACILIĞIYLA ÇALIŞMANIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Dijital platform çalışması, ekonomik faaliyetlerin bilgi ve iletişim teknolojisi aracılığı ile gerçekleştirilmesinin sonucu olarak işgücünün dijital platformlar¹¹ aracılığıyla arz edildiği¹² dijital bir iş organizasyonu modelidir¹³. Dijital platform çalışmaları temelde; i) görevlerin çalışanlar tarafından çevrimiçi ve uzaktan yerine getirildiği çevrimiçi web tabanlı platformlar (*crowdwork*) ve ii) görevlerin çalışanlar tarafından gerçek fiziksel konumlarda gerçekleştirildiği konum tabanlı platformlar (*work on-demand via apps*) şeklinde iki farklı türde karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Bu iki türe ek olarak üçüncü bir

⁶ ILO: *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Geneva, 2016 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_534326.pdf, ET: 23.12.2024), s. 39.

⁷ TICONA / MATEESCU, s. 4387.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. POLLMAN, Elizabeth / BARRY, Jordan M.: “Regulatory Entrepreneurship”, *Southern California Law Review*, 2017, Cilt 90, s. 383-448. Benzer yönde bkz. COLA / ROSENBLAT, s. 1640.

⁹ COLA / ROSENBLAT, s. 1646.

¹⁰ GÜZEL, Ali / HEPER, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! ...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, *Çalışma ve Toplum*, 2017, Cilt 52, Sayı 1, s. 11.

¹¹ Dijital platform kavramı üzerinde fikir birliği olan bir tanım yoktur. Ancak genel olarak dijital platformlar, hizmet ile mal sağlayıcıları ile bunların müşterileri arasında konumlandırılan bir “dijital arayüz” ya da “çevrimiçi hizmet sağlayıcısı” olarak ifade edilmektedir. Bkz. OECD / ILO / EUROPEAN UNION: *Handbook on Measuring Digital Platform Employment and Work*, OECD Publishing, Paris, 2023, s. 40. Bunun dışında örnek verebileceğimiz bir diğer tanıma göre; dijital platformlar iki veya daha fazla grubun etkileşime girmesini sağlayan dijital altyapılardır. Bkz. SRNICEK, Nick: *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2017, s. 30. Benzer bir yaklaşımla, dijital platform iki veya daha fazla bağımsız kullanıcı grubu arasında ekonomik açıdan faydalı etkileşimleri kolaylaştırmak amacıyla interneti kullanan bir girişimdir. Bkz. DEMARY, Vera / RUSCHE, Christian: *The Economics of Platforms*, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Köln, 2018, s. 8.

¹² DULAY YANGIN, s. 1218.

¹³ BERGER, Christian / RISAK, Martin Gruber: *Plattformarbeit in der EU*, AK Policy Paper, Wien, 2021, s. 1.

¹⁴ DE STEFANO, Valerio: *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, International Labour Office, Geneva, 2016 (The rise of the «just-in-time workforce»), s. 1; OECD / ILO / EUROPEAN UNION, s. 43; KÜÇÜK, s. 54. *Crowdwork, Crowdsourcing, Cloudwork veya Clickwork yani kitle çalışması*; çevrimiçi platformlar aracılığıyla

dijital platform çalışması *Youtube, Instagram, Facebook* gibi sosyal ağlar için metin, fotoğraf ve video biçimindeki içerik oluşturma şeklindeki ağ odaklı platform çalışmasıdır¹⁵. Söz konusu platform çalışmalarının çalışma hayatındaki yerinin önemini anlamak adına verilere baktığımızda 2010 yılında 193 olan platformların sayısının 2023 yılına gelindiğinde 1.070'e yükseldiğini görmekteyiz¹⁶. Dijital dönüşümün çalışma hayatına etkileri incelenirken genellikle çok bilinen *Uber, Amazon Mechanical Turk, Taskrabbit* gibi popüler platform örnekleri üzerinden konu “iş akdinin unsurlarından bağımlılık kavramı” bakımından ele alınmaktadır. Dolayısıyla ülkemizde araştırmalar iş hukuku bağlamında söz konusu dijital platformlarda çalışanların işçi mi bağımsız çalışan mı yoksa yeni bir ara form yaratılarak işçi benzeri olarak mı sınıflandırılması gerektiği yönünde gerçekleştirilmiştir¹⁷.

Anılan çalışmaların önemi yadsınamasa da biz dijital dönüşümün iş hukukundaki göz ardı edildiğini düşündüğümüz yönünü tartışmaya açmak istemekteyiz. Bilindiği üzere işçilerin metalaştırılma biçimlerine karşı korunması için uzun yıllardır ILO ve pek çok ülke tarafından çaba gösterilmektedir. Ne var ki geleneksel istihdam ilişkisinin aksine dijital platformlar sayesinde; öğretide isabetle belirtildiği üzere “*birisini sizin için çalışmaya ikna etmek ve artık ihtiyacınız kalmadığında ondan kurtulmak çok kolaydır*”. Zira pek çok platform iş modellerinin arkasındaki gerçekliği gizlemek üzere tasarlanmıştır. Özenle kaleme alınan hüküm ve koşullar neticesinde platformlar işveren değil çöpçatan yani aracı, çalışanları ise iş hukukunun koruması dışına iterek bağımsız girişimci olarak sınıflandırmaktadır. İş, girişimcilik olarak yeniden yapılandırılmakta ve emek bir teknoloji olarak satılmaktadır¹⁸.

Dijital ekonominin evrimi dijital platformlar tarafından gerçekleştirilen sömürü biçimlerini artırmıştır. Dijital platformların aracılık ettiği yeni çalışma türleri çalışmanın “geçici, güvencesiz ve öngörülemez” hale gelmesine neden olmuştur¹⁹. Bu bağlamda kanaatimizce çalışma ilişkisinin türünü belirlemenin öncesinde dijital platform çalışmalarında tartışılması gereken kavramlara; “görünmez emek” ve “mekanik insandışılaştırma” eklenmelidir. Zira dijital platformların amacı çalışanların emeğini daha az görünür kılarak, işin çalışanlar yerine makineler tarafından yerine getirildiği algısı yaratarak dijital platform çalışanlarını bağımsız çalışan olarak sınıflandırıp iş hukukunun getirdiği yükümlülüklerden kaçınmaktır. Görünmez emek ve mekanik insandışılaştırma kavramlarının tartışılmasıyla dijital

ğıyla bir dizi görevin tamamlanması şeklindeki çalışmalardır. Bkz. CHERRY, Miriam: “A Taxonomy of Virtual Work”, *Georgia Law Review*, 2021, Cilt 45, Sayı 4 (A Taxonomy), s. 966; EUROFOUND: *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, s. 107; SAXTON, Gregory D. / OH, Onook / KISHORE, Rajive: “Rules of Crowdsourcing: Models, Issues, and Systems of Control”, *Information Systems Management*, 2013, Cilt 30, Sayı 1, s. 5; FELSTINERT, Alek: “Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 2011, Cilt 32, Sayı 1, s. 145; PONGRATZ, Hans J.: “Plattformarbeit: Zwischenbilanz und Perspektiverweiterung”, *WSI-Mitteilungen*, 2023, Cilt 76, Sayı 5, s. 356-357; YAYVAK NAMLI, İrem: “Dijital Çağda Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: Crowdworking”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2019, Sayı 42, s. 129-130; GÖRMÜŞ, Ayhan: “Gig Ekonomisinde İstihdam ve Endüstri İlişkileri: İstihdam Statüsünden Kaynaklanan Zorluklar”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 232-233; ALPAGUT, s. 94; OECD / ILO / EUROPEAN UNION, s. 43; SCHMIDT, s. 5-6. *Konum tabanlı çalışma* ise geleneksel işgücü piyasasında var olan taksi, teslimat, ev işleri, bakım hizmeti gibi hizmetleri içermektedir. Burada geleneksel işgücünden farklı olarak sunulan hizmetlere platformlar aracılık etmektedir. Bkz. ALPAGUT, s. 93; DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»*, s. 1; OECD / ILO / EUROPEAN UNION, s. 43; ILO, s. 15; SCHMIDT, s. 5-6. Platform çalışmasının farklı sınıflandırılmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜK, s. 54-81.

¹⁵ PONGRATZ, s. 357.

¹⁶ ILO, s. 15.

¹⁷ Bu yöndeki çalışmalara yönelik örnekler için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu: “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Savaş Taşkent'e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Atipik Çalışma), s. 788-793; YILDIZ, Gaye Burcu: “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2021, Sayı 46, s. 28-41; AYKAÇ, Hande Bahar: “Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı ile Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra / ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda: *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 195-238; BAYCIK, Gaye / CİVAN, O. Ersun / TOLU YILMAZ, Hazal / BOSNA, Berrin: “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 742 vd.; KUTLU, Merve: “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2, s. 274 vd.; TOLU YILMAZ, Hazal: *Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 97-189; ALPAGUT, s. 98 vd.; YAYVAK NAMLI, s. 135-143; DULAY YANGIN, s. 1222 vd.

¹⁸ PRASSL, s. 5.

¹⁹ SCIANNAMBLO, Mariacristina: “Caring Technologies: Confronting Invisible Work in Digital Capitalism”, *Sociology Compass*, 2024, Cilt 18, Sayı 9, s. 2.

platformlardaki gerçek iş modeli ortaya konulabilecek ve çalışanların iş hukuku kapsamında korunmasının gerekliliği ve bağımlılık ilişkisi isabetli bir biçimde değerlendirilebilecektir.

A. Görünmez Emek

1. Genel Olarak

Görünmez emek kavramı ilk olarak 1980'li yılların ortasında kadınların kültürel ve ekonomik olarak değersizleştirilen ev işleri ve gönüllü çalışmaları gibi ücretsiz emek türlerini tanımlamak üzere kullanılmıştır²⁰. Genel olarak görünmez emek kavramını açıklayabilmek için görünür emek nedir sorusunun yanıtlanması aydınlatıcı olacaktır. Görünür emek (*visible labour*) geleneksel olarak kolayca tanımlanabilen ve herkesçe “iş” olarak nitelendirilebilen genellikle ücret karşılığı yapılan çalışmalardır. Daha açık bir ifadeyle fiziksel bir işyerinde çalışılan ve işin yönetim, çalışanlar ve tüketiciler tarafından iş olarak tanındığı durumlara işaret eder²¹. Görünmez emek de tıpkı görünür emek gibi ücretli istihdam bağlamında ortaya çıksa ve kişiler burada da gelir elde etmek amacıyla çalışsa da işverenler, tüketiciler, çalışanlar ve yasal sistemin kendisi tarafından göz ardı edilen, görmezden gelinen ve/veya değersizleştirilen çalışmalardır²². Görünmezlik, görmek veya görsel bir eylemi tam olarak işaret etmemekte, sembolik bir kavram olarak kullanılmaktadır. Zira görünmezlik bir görevin boş zaman ile ilişkilendirilmesi, bazı çalışmaların piyasada değersizleştirilerek iş olarak nitelendirilmemesi, gönüllü yapıldığının kabulü veya yasal yapının dışında kalması nedeniyle gerçekleşebilir.

Bunun en çarpıcı örneği bir dijital platformda hangi işlerin insanlar hangilerinin bilgisayarlar tarafından yapıldığının gizlenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır²³. Nitekim Youtube, Facebook veya Instagram gibi sosyal medya platformlarında yayınlanan içeriklerden şiddet ve pornografi gibi unsurlar barındıranları ayıklayan bir içerik ordusu bulunmaktadır. Sosyal medyayı rahatsız edici görüntülerden arındıranların bilgisayar algoritması olduğu zannedilse de algoritmaların bu görevi yerine getirebilecek donanımı bulunmamaktadır. Söz konusu ayıklama işlemi, Filipinler gibi işçilik maliyetlerinin düşük olduğu ülkelerdeki işçiler tarafından yerine getirilmektedir. Literatürde işçilerin “insanlığın en karanlık görüntülerini görünmez kılma ve bunu yaparken kendilerini de görünmez kılma” işinde çalıştıkları belirtilmektedir²⁴.

İş hukukunda dijitalleşmeyi salt *Uber*, *Taskrabbit* gibi çok popüler dijital platformlar özelinde değil de görünmez emek olarak incelemenin konuya yaklaşımı daha isabetli kılacağı kanaatindeyiz. Zira iş hukukunun dijitalleşmesi Sanayi Devrimi'ndeki çalışma şartlarına dönüşe neden olmuş, dolayısıyla işçiler için koruma mekanizması sağlama zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu zorunluluğun nedenlerini ortaya koymak için aşağıda dijitalleşmenin işçilerin emeğini görünmez kılarak onların bedensizleştirilmesine yol açması ayrıca incelenmektedir.

2. İş Hukukunda Dijitalleşme ve Görünmez Emek İlişkisi

Görünmez emek tartışmaları uzun zamandan beri var olmasına karşın, internet ve iletişim teknolojisinin çalışma hayatını dönüştürmesiyle görünmeyen, işçileri ve yaptıkları işleri saklayan yeni iş kategorileri ortaya çıkmıştır. Bazı durumlarda dijital platformlar işi yapan kişiyi söz konusu platformu kullanan tüketicilerden ayırmaktadır. Tüketicilerin, dijital platformlardan yararlanırken bilgisayar programları, algoritmalar, robotlar veya diğer otomasyonların yerine gerçek insanların çalıştığından haberi dahi ol-

²⁰ DANIELS, Arlene Kaplan: “Invisible Work”, *Social Problems*, 1987, Cilt 34, Sayı 5, s. 405.

²¹ POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: “Introduction: Conceptualizing Invisible Labor”, (Ed.) POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: *Invisible Labor, Hidden Work in the Contemporary World*, University of California Press, Oakland, 2016, s. 1.

²² POSTER / CRAIN / CHERRY, s. 6.

²³ POSTER / CRAIN / CHERRY, s. 6.

²⁴ CHERRY, Miriam A.: “Virtual Work and Invisible Labor”, (Ed.) POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: *Invisible Labor, Hidden Work in the Contemporary World*, University of California Press, Oakland, 2016 (Invisible Labor), s. 71.

mamaktadır²⁵. Hal böyle iken literatürde salt *Uber* örneği üzerinden yola çıkılarak dijital platform çalışanlarının statüsünün belirlenmeye çalışılması yeterli değildir. Nitekim dijital platformların aracılık ettiği yeni çalışma türleri pek çok alanda çalışmayı geçici, güvencesiz ve öngörülemez hale getirmiştir²⁶.

Günümüzde görünmez emek, çalışmayı ekonomik anlamda değersiz hale getirme yönü ile ele alınarak sistematikleştirilmektedir. Emeği görünmez kılan üç farklı mekanizma vardır. Bunlardan ilki sosyo-kültürel mekanizmalar olup bunlar ne tür bir çalışmaya değer verildiğini ve çalışmanın kabul edilebilirliğini etkileyen sınıf, cinsellik ve toplumsal cinsiyet gibi hegomonik kültürel ideolojilerdir. İkinci olarak sosyo-yasal mekanizmalar karşımıza çıkmaktadır. Bu mekanizmalar yasal istihdam tanımlarını kısıtlayarak ve belirli çalışma türlerini yasal tanımın dışında bırakarak çalışmanın görünmezliğini etkilemektedir. Son olarak sosyo-mekansal mekanizmalar; sosyo-kültürel açıdan çalışma alanı olarak tanımlananların ötesindeki alanlarda ve aynı zamanda suç faaliyetlerinde gerçekleşmesi nedeniyle gözlerden gizlenen çalışmalar yaratmaktadır²⁷.

Yukarıdaki yaklaşımın yanı sıra dijital platform çalışmalarının görünmezliği algılanabilirlik, kurumsallık ve bireysellik açısından üç farklı açıdan da incelenmektedir. Algılanabilirlik, platform çalışmalarının ete kemiğe bürünmüş hallerinin çalışanlar, müşteriler ve çevredeki genel halkın gözündeki görme ve algılama yeteneğine işaret etmektedir. Platform çalışmasının türüne ve sunulan hizmetin içeriğine göre değişen algılanabilirlik; kitle çalışmasında görünmezliğin daha yoğun, konum tabanlı çalışmaların ise fiziksel dünyadaki varlıkları nedeni ile daha görünür olduğunu göstermektedir. Kurumsal görünmezlik ise platform çalışmalarının farklı ekonomik sektörlerdeki istihdamının resmileştirilmesini içermektedir. Daha açık bir ifadeyle platform çalışmalarında kimlerin yasal olarak işçi kabul edileceği ile ilgilidir. Son olarak dijital platform çalışmalarında bireysel görünmezliğe baktığımızda platform çalışanları açısından, müşteriler ve platform arasındaki etkileşimin nasıl gerçekleştiğine odaklanılmaktadır. Bireysel görünmezlik, ilki çalışanların çevrimiçi profillerinin onları gizlemesi veya kimi zaman görünür kılması, ikincisi ise profiller aracılığı ile çalışanların derecelendirilmesi ve müşterilerce yapılan yorumların analizinin çalışanların görünürlüğü/görünmezliği üzerindeki etkilerinin incelenmesi olmak üzere iki temele dayanmaktadır²⁸.

Dijital platform çalışmalarının görünmezliği ile ilgili literatürde birbirinden farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu konudaki bir yaklaşıma göre; konum tabanlı çalışmalar fiziksel varlıklar aracılığı ile gerçekleştirildiği ve uygulamalar üzerinden müşteriler ve çalışanların takip edilip kişisel verilerin kaydedilmesi söz konusu olduğu için kitle çalışmalarına göre daha görünürdür²⁹.

Dijital platform çalışmalarının emeği görünmez kılmasının en önemli örneğini gerçekten de kitle çalışması (*crowdsourcing*) oluşturmaktadır. Bilindiği üzere kitle çalışmasında, büyük ölçekli görevler insan gözüne ihtiyaç duyulan en küçük bileşenlerine ayrılmakta ve bilgisayarlar, parçalara ayrılan bu küçük görevleri yerine getirmek üzere kişiler ile yapılması gereken işleri birbirine bağlamaktadır. Ardından yapılan mikro görevler daha büyük bir projeyi oluşturmak için yeniden birleştirilmektedir. Kitle çalışmasında işçilere çok düşük ücretler ödenmekte, iş görünmez emek kategorisinden olduğundan çalışma şartları hakkında bilgi bulunamamaktadır³⁰.

Zira örneğin bir web sitesindeki ayakkabı dükkanında yer alan binlerce ayakkabı fotoğrafı kitle çalışması yöntemi ile binlerce kişi tarafından yerine getirilmektedir. Web sitesi oluşturmak için sadece

²⁵ CHERRY, *Invisible Labour*, s. 73.

²⁶ SCIANNAMBLO, s. 2.

²⁷ HATTON, Erin: "Mechanisms of invisibility", *Work, Employment & Society*, 2017, Cilt 31, Sayı 2, s. 339-344.

²⁸ GRUSZKA, Katarzyna / BOHM, Madeleine: "Out of sight, out of mind? (In)visibility of/in platformmediated work", *New Media & Society*, 2022, Cilt 24, Sayı 8, s. 1858-1860.

²⁹ SCHMIDT, s. 8. Benzer bir yaklaşım için bkz. VAN DOORN, Niels: "Platform Labor: On the Gendered and Racialized Exploitation of Low-Income Service Work in the 'On-Demand' Economy", *Information, Communication & Society*, 2017, Cilt 20, Sayı 6, s. 904.

³⁰ CHERRY, *Invisible Labour*, s. 76.

fotoğrafları yüklemek yetmemekte, her bir ayakkabı hakkında açıklama yazma, ürün bilgisi girme vb. gibi işlemler yapılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir işin tek bir kişi tarafından yerine getirilmesinin güçlüğü karşısında kitle çalışmasının avantajı açıktır. Böylece görünürde zor olan bir iş, kalabalıkların gücü kullanılarak hızlı, kolay ve uygun maliyetle yerine getirilmektedir. Ancak kitle çalışmasında görünmezlik, çalışanların ne kadar ücret aldıkları veya hangi koşullar altında çalıştıklarının tespit edilmesini imkânsızlaştırmaktadır.

B. Görünmez Emegin Sonucu: Çalışma Hayatında Mekanik İnsandışılaştırma

1. Genel Olarak İnsandışılaştırma Kavramı

a. Tarihsel Gelişim Süreci İçerisinde İnsandışılaştırma

İnsandışılaştırma (veya insanlıktan çıkarma)³¹ en yalın hali ile kişiyi insan yapan özelliklerinden arındırarak ona hayvani veya mekanik özellikler atfedilmesidir³². İnsandışılaştırma insanlık tarihi kadar eski bir olgu olsa da sosyal psikoloji bilimi tarafından ele alınışı oldukça yenidir³³. İnsandışılaştırmanın iş hukukundaki yansımaları anlayabilmek için öncelikle kavramın tarihsel süreçte nasıl yer bulduğunu kısaca incelemek gerektiği kanaatindeyiz.

İkilikler üzerine kurulan insandışılaştırma Antik Çağ'dan bu yana varlığını sürdürmektedir. İnsandışılaştırmanın ilk görünüşleri uygarlık-vahşilik, din, biz-öteki/düşmanlar ile tamamen insan olarak görülen erkekler-insanlıkları kusurlu kabul edilen kadınlar ikilikleri üzerinden karşımıza çıkmaktadır³⁴. Erken dönem modern Avrupa'da ise insandışılaştırma sömürgecilikle ilişkilendirilmektedir. Sömürgecilikle birlikte erken dönem Avrupa, daha evvel bilinmeyen insan grupları ile karşılaşmıştır. Böylece sömürgeleştirilen tebaanın insanlığı veya insanlıktan yoksunluğuna dair onları metropolitlerinden ayıran medeniyet uçurumu ya da hayvanlıklarına atıfta bulunan tartışmalar hâkim olmuştur³⁵. 20. yüzyıla dek tek başına bir kavram olarak ele alınmayan insandışılaştırma, 20. yüzyılın ilk çeyreğinde sosyal psikolojinin ilgi alanına girerek başlı başına bir kavram olarak incelenmeye başlanmıştır. Bu dönemde özellikle şiddetle ilişkilendirilen insandışılaştırmanın en çarpıcı örneği II. Dünya savaşı sırasında Almanya'da Holokost ve sonrasında Vietnam Savaşı'yla yaşanan kitlesel şiddettir³⁶.

Günümüzde ise insandışılaştırma kavramı, genel olarak etnik köken ve ırk, cinsiyet ve pornografi, engellilik, tıp, teknoloji alanlarında karşımıza çıkmaktadır. Çalışma konumuz özelinde teknoloji alanında kendini gösteren insandışılaştırma önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda öncelikle insandışılaştırmanın öğretilerinde nasıl tanımlandığına yer verilerek kapsamı belirlenmeye çalışılacak, ardından görünüm biçimlerinden bilhassa mekanik insandışılaştırma üzerinde durulacaktır.

b. İnsandışılaştırmanın Tanımı

İnsandışılaştırmanın kendisi tartışmalı bir kavram olup farklı şekillerde ifade edilmektedir. Terimin tanımlanmasında yaşanan bu belirsizliğin insandışılaştırmanın nedenlerini anlayabilmek ya da belirtilerini ortaya çıkarabilmek için yeterli donanımına sahip olmadığımız anlamına geldiği belirtilerek öğretilerde yaşanan

³¹ İnsandışılaştırma kavramı İngilizcede *dehumanization* sözcüğü ile ifade edilmektedir. *Dehumanization* terimi İngilizcede 19. yüzyılın başlarında kullanılmaya başlanmıştır. Ancak terimle ifade edilen olgu 19. yüzyılın öncesinde, Antik Çağ'dan beri var ola gelmiştir, KRONFELDNER, Maria: "Introduction", (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 2. Benzer yönde bkz. STUURMAN, Siep: "Dehumanization Before the Columbian Exchange", (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 39; MONTAGU, Ashley / MATSON, Floyd: *The Dehumanization of Man*, McGraw-Hill Book, New York, 1983, s. xvii.

³² AÇIKGÖZ, Banu: "İnsanın İnsana Ettiği: İnsandışılaştırma", *Çalışma ve Toplum*, 2024, Cilt 3, Sayı 82, s. 963.

³³ KRONFELDNER, s. 1; AÇIKGÖZ, s. 963.

³⁴ Kolomb değişimi öncesi dönemde insandışılaştırma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STUURMAN, s. 39-50.

³⁵ Söz konusu tartışmalar için bkz. KONTLER, László: "'Humanity' And Its Limits in Early Modern European Thought", (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 52-63.

³⁶ AÇIKGÖZ, s. 965.

kavram karmaşası eleştirilmektedir³⁷. Bunun nedeni insandışılaştırmanın modern bir metropoldeki gündelik hayatın sıradanlığından savaşın yıkıcı zamanlarına ve dehşetine, güzellik ideallerinden teknolojik yeniliklere uzanan sayısız çeşitlilikteki olguları tanımlamak ve açıklamaya çalışmaktır. Hal böyle olunca öğretilerde hiçbir kavramın bu kadar farklı alanları kapsayan bağlamın tamamını makul bir şekilde karşılamasının beklenemeyeceği belirtilerek birden fazla insandışılaştırma tanımının isabetli olacağı vurgulanmaktadır³⁸.

Biz de insandışılaştırmanın en prototipik ve tekrarlanan altı farklı kullanımına³⁹ yer vermekteyiz. Kavramın birbirinden farklı tanımları şu şekildedir:

- İnsandışılaştırma önemli insani niteliklerin inkârını içeren belirli bir zihinsel temsil ürünüdür. Söz konusu görüşe göre; insani niteliklerin kapsamı iki farklı anlama gelmektedir. Birincisi insanları hayvanlarla, ikincisi insanın doğasından hareketle insanları makineler, robotlar ve otomatlar gibi cansız nesnelerle karşılaştırmaktır⁴⁰.
- Diğerlerinin “insan altı yaratıklar olarak düşünülmesi” şeklindeki zihinsel bir temsildir. Burada insandışılaştırmanın hedefi olan mağdur sadece insandışılaştırmakla kalmamakta aynı zamanda yeni veya farklı bir insanlık dışı özellik veya öz atfedilmektedir⁴¹.
- Sosyal medya ve siyasi şiddetin etkisiyle başkalarını, aşağılayıcı sözlerle hayvanlara veya cansız varlıklara benzetmektir⁴².
- Bir bireyin insanlığına ya da insan onuruna zarar vermekle ilgili olsun olmasın, ahlaki açıdan kınanacak belirli bir eylem süreci veya benzeridir⁴³.
- İnsandışılaştırmacı eylemler sonucunda mağdurların onurlarının veya insanlıklarının kaybı nedeniyle oluşan yoksunluktur⁴⁴.
- Örneğin kölelik gibi toplumsal veya tarihsel bir durum olarak insandışılaştırma söz konusudur⁴⁵.

İnsandışılaştırmanın tanımına yer verdikten sonra aşağıda, çalışma konumuz ile doğrudan ilgili olan insandışılaştırma türü olarak mekanik insandışılaştırma açıklanmaktadır.

2. Mekanik İnsandışılaştırma

İnsandışılaştırma çalışmalarında iki farklı yaklaşım söz konusudur. İlki, bireylerin nitelik temelli insandışılaştırılması şeklindeki grupların insani niteliklerinin inkâr edilmesidir. İkinci yaklaşım ise bireylerin insan olmayana benzetilmesi başka bir ifadeyle metafor temelli insandışılaştırmadır. Metafor temelli insandışılaştırma, dış grupların hayvanlara veya robotlara benzetilmesidir⁴⁶.

³⁷ WACKERHAUSEN, Anne-Cathrine: “Dehumanization Clarified: What are We Talking About, When We Talk About Dehumanization?”, *Social Theory and Practice*, 2023, Cilt 49, Sayı 3, s. 548.

³⁸ WACKERHAUSEN, s. 545.

³⁹ Öğretilerde *Wackerhausen*, insandışılaştırmanın en prototipik ve tekrarlanan kullanımını altı başlık altında incelemekte ve kavramın bu birbirinden farklı altı kullanımın kombinasyonu olduğunu belirtmektedir. Bkz. WACKERHAUSEN, s. 545. Biz de çalışmamızda buradan yola çıkarak söz konusu altı farklı kullanıma yer vermekteyiz.

⁴⁰ HASLAM, Nick: “What is Dehumanization?”, (Ed.) BAIN, Paul G. / VAES, Jeroen / LEYENS, Jacques-Philippe: *Humanness and Dehumanization*, Routledge, New York, 2014, s. 36-37. İnsanın eşsizliği ve insanın doğası olarak ikiye ayrılan bu insani nitelikler hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. HASLAM, Nick: “Dehumanization: An Integrative Review”, *Personality and Social Psychology Review*, 2006, Cilt 10, Sayı 3 (An Integrative Review), s. 256-258.

⁴¹ SMITH, David Livingstone: “Paradoxes of Dehumanization”, *Social Theory and Practice*, 2016, Cilt 42, Sayı 2, s. 419-420.

⁴² WAHLSTRÖM, Mattias / TÖRNBERG, Anton / EKBRAND, Hans: “Dynamics of violent and dehumanizing rhetoric in far-right social media”, *New Media & Society*, 2021, Cilt 23, Sayı 11, s. 3290-3311.

⁴³ MIKKOLA, Mari: *The Wrong of Injustice: Dehumanization and Its Role in Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 145.

⁴⁴ Görüş için bkz. FISOGNI, Primavera: *Dehumanization and Human Fragility: A Philosophical Investigation*, AuthorHouse, Bloomington, 2013, s. 35’ten aktaran WACKERHAUSEN, s. 546.

⁴⁵ Aktaran WACKERHAUSEN, s. 546.

⁴⁶ AÇIKGÖZ, s. 968.

Çalışma konumuz özelinde metafor temelli insandışılaştırma yaklaşımından insanların robotlara benzetilerek insandışılaştırılması incelenmektedir. İnsandışılaştırma çalışmalarında ortak temalardan biri teknolojidir⁴⁷. Teknolojik insandışılaştırma ya da insanların makinelere indirgenmesinin post modern toplumun kültürel bir koşulu olduğu belirtilmektedir⁴⁸. Metafor temelli yaklaşımın en önde gelen çalışmalarından biri olan *Haslam*'ın *İkili Modeli*'nde insandışılaştırma önemli insani niteliklerin inkârını içeren belirli bir zihinsel temsil ürünü şeklinde tanımlanmaktadır. İnsani nitelikler ise insanın biricikliği (*human uniqueness*) ve insanın doğasından (*human nature*) oluşmaktadır. Söz konusu niteliklerin inkârı iki tür insandışılaştırmaya yol açmaktadır. Birincisi insanın biricikliğinden ileri gelen insanı hayvandan ayıran bilişsel yetenek, incelik ve medenilik, ahlaki duyarlılık, mantık gibi özelliklerin inkâr edilmesiyle, insanların *hayvanlaştırılması* (*animalization*) olarak adlandırılan insandışılaştırmadır.

İkinci tür insandışılaştırma ise çalışmamızın temelini teşkil eden mekanik insandışılaştırmadır. Mekanik insandışılaştırma (*mechanization*) insanın doğasından kaynaklanan duygusal duyarlılık, bireylerarası sıcaklık, derinlik, bilişsel açıklık özelliklerin inkâr edilmesiyle gerçekleştirilmektedir⁴⁹.

Çalışma hayatında örgütsel insandışılaştırma olarak yansıyan insandışılaştırma genel olarak; “*kurumu tarafından nesneleştirildiğini hissedene, kişisel özneliği reddedilen ve kurumun amaçları için bir araç veya alet gibi hissettirilen bir çalışanın ‘deneyimi’*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Günümüzde daha fazla üretmeye yönelik talepler, uygunsuz çalışma koşulları ve işyerinde yapay zekâ kullanımının yükseleştiği çalışanların insanlıklarının göz ardı edildiğini hissetmelerine neden olmaktadır⁵¹.

Örgütsel insandışılaştırma çalışmaları temelde, yukarıda insandışılaştırma kavramını tanımlamaya çalışırken değindiğimiz *Haslam*'ın *İkili Modeli*'nden yararlanmıştır. Hem mekanik hem de hayvani insandışılaştırma örgütsel boyutta ortaya çıkabilirken, araştırmalar genellikle örgütsel mekanik insandışılaştırma yani çalışanların araç veya makine olarak görülmesi üzerinde yoğunlaşmıştır⁵². Örgütsel mekanik insandışılaştırmının çalışanlar üzerindeki en önemli etkileri; duygusal tükenme, azalan iş tatmini, azalan duygusal bağlılık, artan işten ayrılma isteği şeklinde sıralanmaktadır. Bunların yanı sıra çalışanların kendilerini kurumdan soyutlayarak olumsuz iş tutum ve davranış sergilemesinin olası olduğu belirtilmektedir⁵³.

Örgütsel mekanik insandışılaştırmının iş hukuku ile bağlantılı olabilecek en önemli noktası, eylemin çalışanların tükenmişlik sendromuna yakalanmalarına yol açmasıdır. Tükenmişlik sendromu psiko-sosyal risk olması ile işçinin kişilik haklarının korunması bağlamında ele alınarak değerlendirilmesi gereken bir risktir.

Tüm bu olumsuz yanları bir yana mekanik insandışılaştırma, aşağıda *Amazon Mechanical Turk* örneğiyle açıklayacağımız üzere, platform çalışanlarının görünmez kılınmasının bir aracı haline gelmiştir.

⁴⁷ HASLAM, *An Integrative Review*, s. 255.

⁴⁸ MONTAGU / MATSON, s. 10.

⁴⁹ HASLAM, *An Integrative Review*, s. 255-257.

⁵⁰ BELL, Chris. M. / KHOURY, Careen: “Dehumanization, Deindividuation, Anomie and Organizational Justice”, (Ed.) GILLILAND, Stephen / STEINER, Dirk / SKARLICKI, Daniel: *Emerging Perspectives on Organizational Justice and Ethics, Research in Social Issues in Management*, Information Age Publishing, Greenwich, Conn, 2011, s. 170.

⁵¹ BRISON, Noémie / LAGIOS, Constantin / CAESENS, Gaëtane / STINGLHAMBER, Florence: “Working Like a Machine or a Beast: Exploring Mechanistic and Animalistic Dehumanization in Organizations”, *TPM- Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology*, 2023, Cilt 30, Sayı 2, s. 119.

⁵² BRISON / LAGIOS / CAESENS / STINGLHAMBER, s. 120.

⁵³ BRISON / LAGIOS / CAESENS / STINGLHAMBER, s. 121-122.

3. Dijital Platform Çalışması Aracılığı ile Mekanik İnsandışlaştırma: Amazon Mechanical Turk Örneği

a. Genel Olarak

Dijital platformlar kimi durumlarda çalışanları yaptıkları işlerinden ayırarak hem çalışanları hem de işi tüketiciler için görünmez kılarak çalışanların bedensizleştirilmesine hizmet edebilmektedir. Dijital platform kullanıcıları bilgisayar programları, algoritmalar, robotlar veya diğer otomatlar yerine gerçek insanların çalıştığını dahi bilmemektedir⁵⁴. İşin görünmez doğası, işçilerin çalışma koşullarının değiştirilmesi veya iyileştirilmesini zorlaştırırken çocuklar veya hükümlüler gibi dezavantajlı kişilerin bu işlerde çalışması söz konusu olabilmektedir⁵⁵.

Daha evvel yukarıda görünmez emek başlığında değindiğimiz üzere arka planda insanların yerine getirdiği ancak platform kullanıcıları tarafından hizmetin bilgisayar programları, algoritmalar veya yapay zekâ tarafından gerçekleştirildiğini düşündüğü pek çok örnek bulunmaktadır. Bilgisayarlar yazılım hatalarını tespit etmek, ham verileri işlemek veya finansal verileri hesaplamak gibi görevlerde oldukça başarılıdır. Ne var ki bir makaledeki olumlu-olumsuz ön yargıyı tespit etmek, ironiyi anlamak, bir binanın fotoğrafındaki metni doğru okuyabilmek, bir şeyin çalışma için güvenli olup olmadığını belirlemek veya belirsiz arama sonuçları arasında ayırım yapabilmek gibi görevleri yerine getirmede kimi durumlarda başarılı değildir. Bu nedenle söz konusu örnekler ve benzeri hallerde insanlar devreye girerek kitle çalışması aracılığı ile bilgisayarlar tarafından yerine getirilemeyen alanlarda görevlendirilmektedir⁵⁶.

Bu bağlamda işçilerin dijital platform çalışmaları aracılığı ile mekanik insandışlaştırılmasına verilebilecek en iyi örnek *Amazon Mechanical Turk*'te (kısaca AMT)⁵⁷ gerçekleştirilen çalışmadır. Söz konusu platformun çok popüler olması işleyişi hakkında daha fazla bilgi sahibi olmamıza imkân tanıdığı için anılan örneği incelemeyi tercih etmekteyiz.

b. *Amazon Mechanical Turk*'ün Çalışma Biçimi ve İşçilerin Mekanik İnsandışlaştırılması

AMT'nin çalışma prensiplerini incelemenin işçilerin bu dijital platform çalışması aracılığı ile nasıl mekanik insandışlaştırıldığını anlayabilmek adına elzem olduğu kanaatindeyiz. AMT, 2005 yılında halka açık olarak kurulan bir kitle çalışma platformudur. Platform, işçi simsarlığı aracılığı ile kurumsal işgücü yönetimi amacıyla geliştirilmiştir. Zira AMT kendisini, web sitesinde bilgisayar programlarının gerçekleştiremediği görevleri yerine getirmek üzere insan zekasının koordine edilmesini sağlayan bir kitle çalışma pazarı olarak tanımlamaktadır⁵⁸. Bireyler veya şirketler platformdaki işçi kalabalığı için görevler formüle eder ve yayınlar. Bu görevler arasında fotoğraf etiketleme, iki ürünü karşılaştırma veya bir web sitesinin genel kitle için uygun olup olmadığını tespit etme yer alabilir⁵⁹. Burada işletmelerin bir resimdeki içeriği tanımlamak, verileri etiketlemek ve temizlemek veya ürün açıklamaları yazmak gibi bilgisayarların insan müdahalesi olmadan gerçekleştiremeyeceği görevleri yerine getirmek üzere kitle çalışanlarına iş vermeleri üzerine kurulu bir sistem söz konusudur⁶⁰.

⁵⁴ CHERRY, *Invisible Labour*, s. 73.

⁵⁵ CHERRY, *Invisible Labour*, s. 77.

⁵⁶ MARVIT, Moshe Z.: "How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine", *The Nation*, 2014 (<https://www.thenation.com/article/archive/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>, ET: 02.01.2024), s. 2.

⁵⁷ *Amazon Mechanical Turk* adını 1769 yılında tasarlanan satranç oynayan bir otomattan almaktadır. Tahta bir kutunun içerisine gizlenmiş ufak tefek bir satranç oyuncusu, *Turk*'un mekanik ellerini kontrol ederek bu otomatu çalıştırmaktaydı. *Amazon Mechanical Turk*, 18. yüzyıldan kalma bu mekanik *Turk*'e saygı duyarak onun ismini günümüzde yaşatmaktadır. Bilgiler için bkz. SCHOLZ, Trebor: *Überworked and Underpaid: How workers are disrupting the digital economy*, Polity Press, Cambridge, 2017, s. 21. Benzer yönde bkz. CHERRY, *A Taxonomy*, s. 967; MARVIT, s. 3.

⁵⁸ SCHOLZ, s. 20.

⁵⁹ IRANI, Lilly C. / SILBERMAN, M. Six: "Turkopticon: Interrupting Worker Invisibility in Amazon Mechanical Turk", *CHI'13 Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, Paris, 2013, s. 613; CHERRY, *A Taxonomy*, s. 967.

⁶⁰ DELFANTI, Alessandro: *The Warehouse: Workers and Robots at Amazon*, Pluto Press, London, 2021, s. 8.

AMT’de sisteme güç veren insanlarken son kullanıcılara yani tüketicilere bunun bir makine olduğu hissettirilmeye çalışılmaktadır⁶¹. Örneğin, görüntü tanıma yazılımına dayandığı iddia edilen *Amazon.com*’un *Iphone* uygulaması kullanıcılara sandalye, kalem veya kitap gibi ürünlerin fotoğraflarını çekmeye davet eden deneysel bir özellik içermektedir. Hizmet, beş dakika ile yirmi dört saat arasındaki bir süre içerisinde fotoğrafı *Amazon*’un kataloğundaki bir ürünle eşleştirmektedir. Yapay zekâ temelli olduğu iddia edilen ve bu şekilde lanse edilen söz konusu hizmet *Turkerlar* tarafından yerine getirilmektedir. Bir fotoğraf gönderildikten sonra önemsiz işleri yapmak ve fotoğraftaki ürünün yerini tespit etmek üzere çalışmaya başlayan *Turkerlar* bunu başarabilirse *Amazon* işçiye on sent ödeme yapmaktadır. Şayet ürün kataloglarda yer almıyorsa işçiler ürünü bulamamakta ve dolayısıyla çalıştıkları süre için herhangi bir ücret alamamaktadır⁶².

Çalışanların araç veya makine olarak görülerek insani özelliklerinin reddedilmesinin en göze çarpan örneklerinden biri olan AMT, yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere platformun bilinçli şekilde benimsediği bir kural olarak işçileri makinelere indirgeyerek kullanıcılarda hizmetin bilgisayar, yapay zekâ, algoritmalar tarafından yerine getirildiği izlenimi yaratmaya çalışmaktadır⁶³.

Dijital platform çalışmalarında görünmez emek ve mekanik insandışılaştırmaya karşı platform çalışanlarının korunabilmesi için iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alınması elzem görünmektedir. Dijital platform çalışanlarının hukuki statüsü belirlenirken göz ardı edildiğini düşündüğümüz platformların bilerek yaratmaya çalıştığı görünmez emek ve insanları makineleştirerek iş hukukunun koruyucu hükümlerinin getireceği maliyetlerden kaçınma üzerine kurulu düzen dikkate alınarak bağımlılık unsurunun değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aşağıda nasıl bir yaklaşımla platform çalışanlarının korunabileceği tartışılmaktadır.

II. DİJİTAL PLATFORM ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Dijital platform çalışmalarında her ne kadar çalışma şartları ve verilen ücretler net olarak belirlenemese de çalışanlarının yaşadığı sorunlar üzerinde araştırmalar yapılmıştır. Dijital platform çalışanlarının hukuki statüsünün yanlış sınıflandırılmasının⁶⁴ doğal olarak işçilik haklarından yoksunluğa neden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira şirketlerin bağımsız yüklenici boşluklarını hızla kullanması, çalışanlar ve aileleri için güvenlik ağının erozyona uğramasına ve günümüze dek zorluklarla kazanılan işçi haklarının kaybına yol açmıştır⁶⁵. İşçi haklarının kaybının ötesinde ise yukarıda açıklamaya çalıştığımız şekilde işçiler görünmez kılınarak mekanik insandışılaştırmaya maruz kalmaktadır. Dolayısıyla artık insan olarak bile sayılmayan, yaptıkları iş makinelerce yerine getiriliyormuş gibi gösterilen işçilerin makineleştirilmesi temel insan haklarından dahi yoksun bırakılmalarını beraberinde getirmektedir.

⁶¹ SCHOLZ, s. 20.

⁶² SCHOLZ, s. 22.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. IRANI / SILBERMAN, s. 612-614.

⁶⁴ Dijitalleşmenin iş hukukuna etkisi sonucunda klasik anlamda işçi olarak nitelendirilemeyen çalışanların işverenlerin yasal yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla iş sözleşmesi yerine hizmet alım sözleşmeleri, bağımsız servis sağlama sözleşmeleri veya diğer iş görme sözleşmeleri akdedilerek çalıştırıldıkları ifade edilmektedir. Böylece ilgili ülkenin sosyal güvenlik ve çalışma mevzuatı bakımından işçi değil bağımsız çalışan olarak nitelendirilmektedir. *Bogus self-employed, disguised self-employed, false self-employed* terimleri ile ifade edilen bu çalışma ilişkisi “gerçek olmayan” veya “görünürde bağımsız çalışan” olarak Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 783-784. Benzer yönde bkz. ÖZDEMİR ERTÜRK, Olgu: “Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 9, Sayı 2, s. 701.

⁶⁵ ENGLAND, Christy / TOBIAS, Paul H.: *The Gig Economy by the Numbers*, 2023 (https://niwr.org/wp-content/uploads/2024/01/Gig-Economy-By-The-Numbers-The-Institute_2023.pdf, ET: 18.12.2024), s. 3; YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 784. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’ndeki dijital platform çalışanlarının yarısından fazlasının (%54) işveren temelli yan haklara erişiminin bulunmadığı tespit edilmiştir. Yan haklar ile kastedilen işsizlik sigortası, sağlık sigortası, fazla çalışma ücreti, asgari ücret, sendika hakkı, ayrımcılığa karşı korunma, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin korunma gibi haklardır, ENGLAND / TOBIAS, s. 3. Avrupa’da da benzer bir durum söz konusu olup dijital platform çalışanlarının yarısından fazlası iş kazası, işsizlik, hastalık sigortası kapsamında olmadıklarını belirtmiştir. Bkz. EUROSTAT: *Employment statistics-digital platform workers*, 2024 (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_statistics_-_digital_platform_workers, ET: 21.12.2024), s. 4.

Öğretide ifade edildiği üzere; “... birçok işverenin hayali, iş hukuku kurallarına bağlı olmadan ve dahası yönetim yetkisini kullanmaksızın bağımlı bir emek gücüne sahip olmaktadır. Bu, gerçekleşmesi olanaksız bir rüya değildir. İşverenlik sıfatını dışsallaştırmak ya da işgücünü (emeği), işveren sıfatına ve işverenin sorumluluğuna sahip başka bir işverenden kiralamak suretiyle bu rüyayı gerçekleştirmek olanaklıdır...”⁶⁶. Söz konusu ifadeler mesleki anlamda geçici iş ilişkisi tartışması için kullanılsa da kanaatimizce “rüya” dijital platform aracılığıyla halihazırda gerçekleştirilmektedir. Buna rağmen dijital platform çalışanlarının hukuki statüsünün belirlenmesine yönelik öğretide yapılan çalışmalar incelendiğinde popüler olan platform çalışmalarının ele alındığı ve konunun klasik bir iş ilişkisi gibi değerlendirildiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce dijital platformlarda çalışanların hukuki statüsü belirlenirken farklı bir yaklaşım benimsenmelidir.

Çalışmamızda tek tek platform türlerinin incelenerek bağımlılık ilişkisinin tespit edilmesi mümkün değildir. Bunun yerine bağımlılık unsuru tespit edilirken işçi ve bağımsız çalışanı ayırt etmede sıklıkla başvurulmuş işletme riskinin işçi tarafından üstlenilmesi kriterinden yola çıkarak, görünmez emek ve mekanik insandışılaştırmanın bir özellik haline geldiği dijital platform çalışmalarında çalışanların hukuki statüsünün belirlenmesinde işletme riskinin üstlenilmesi ölçütü tartışılmalıdır. Ancak incelemeye geçmeden evvel, amacı sosyal güvenlik ve çalışma mevzuatını dolanarak bünyesinde çalışanlara bağımsız çalışan görüntüsü vermek üzere kurgulanmış dijital platformlarda çalışanların hukuki statüsü belirlenirken öncelikle genel olarak işçi statüsünün belirlenmesine yönelik metodolojiyi ardından ise dijital platformlar özelinde öğretideki yaklaşımı ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

B. İş Hukukunda İstihdamın Sınıflandırılması: Tipolojik Yöntem

İş hukuku, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlar ve işverenler arasındaki hukuki ilişkiyi düzenler⁶⁷. İş hukukunun kapsamı belirlenirken tüm iş hukuku sistemleri “bağımlı çalışan”- “bağımsız çalışan” ayrımından hareket etmektedir⁶⁸. Zira iş hukuku sadece başkasına bağımlı olarak yerine getirilen hukuki ilişkilerle ilgilidir⁶⁹. Dolayısıyla bağımsız çalışanlar iş hukuku kapsamının dışında kalırlar⁷⁰. İş hukukunun kapsamına bağımlı çalışanlar girmekte olup; işçiler ve memurlar ile diğer kamu görevlileri bu gruba girmektedir de iş hukuku sadece işçi-işveren ilişkilerini düzenler⁷¹. Bağımsız çalışma iş hukukunda açıkça bir hukuk kuralı ile tanımlanmamıştır⁷² ancak bağımlılık unsurunun yokluğu halinde bağımsız çalışmanın varlığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla istihdam ilişkisi nitelendirilmeye çalışılırken bağımlılık unsurundan hareket edilmektedir⁷³.

Bağımlılık unsuru ise 20. yüzyılın başlarında iş sözleşmesi tanımlanırken kanunlarda veya kanun tasarılarında yer verilen bir kriter olmamakla beraber öğretide iş sözleşmesinin karakteristik temel unsuru ola-

⁶⁶ GÜZEL / HEPER, s. 12.

⁶⁷ HROMADKA, Wolfgang / MASCHMANN, Frank: *Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht*, 6. Baskı, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015, s. 17, para. 1; WALTERMANN, Raimund: *Arbeitsrecht*, 19. Baskı, Franz Vahlen Verlag, München, 2018, s. 1, para. 1; RICHARDI, Reinhard: “§ 1”, KIEL, Heinrich / LUNK, Stefan / OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I*, 6. Baskı, Verlag C.H. Beck, München 2024 (Yazar, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd.1), Rn. 1.

⁶⁸ WANK, Rolf: *Arbeitnehmer und Selbstständige*, Verlag C.H. Beck, München, 1988 (Arbeitnehmer), s. 3-4; ADAMS, Zoe / BARNARD, Catherine / DEAKIN, Simon / FRASER BUTLIN, Sarah: *Deakin and Morris' Labour Law*, 7. Baskı, Hart Publishing, Oxford-New York, 2021, s. 106; GASTELL, Roland: *Scheinselbstständigkeit und Arbeitnehmerbegriff: Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit durch eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs?*, Dissertation, Fachbereich Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Lüneburg, Lüneburg, 2001, s. 100-101; DEAKIN, Simon: “The Legal Framework of Employment Relations”, *Centre for Business Research, University of Cambridge*, 2007, Working Paper No. 349, s. 5.

⁶⁹ İZVEREN, Adil: *İş Hukuku (I, II, III)*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974, s. 3; ESENER, Turhan: *İş Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 1; ELBİR, Halid Kemal: *İş Hukuku*, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 5; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 1.

⁷⁰ SAKOWSKI, Klaus: *Arbeitsrecht*, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2022, s. 1.

⁷¹ ESENER, s. 2; ELBİR, s. 6-7; SÜZEK, s. 1; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 1; SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (İş Hukuku), s. 3; ŞAKAR, Müjdat: *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 3; AKYİĞİT, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 27.

⁷² WANK, *Arbeitnehmer*, s. 5.

⁷³ ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 693-694.

rak kabul edilmekteydi⁷⁴. Günümüzde bağımlılık unsurunun anlamı ve ölçütleri pozitif düzenlemelerden ziyade yargı kararları ve öğreti görüşleri ile açıklığa kavuşturulmaktadır⁷⁵. Bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken iki farklı yöntem kullanılmaktadır. Birincisi tipolojik yöntem olarak adlandırılan ve Kıt'a Avrupası sisteminde benimsenen yöntem iken ikincisi genellikle Anglo-Sakson sisteminde kullanılan, somut olayın bağımlı veya bağımsız çalışmadan hangisine özgü özellikleri taşıdığını test etme yöntemi olarak kontrol testi, entegrasyon testi, ekonomik gerçeklik testi, çoklu faktör testi ve karşılıklı yükümlülük ilkesinden yararlanılmasıdır⁷⁶. Aşağıda değineceğimiz üzere hukukumuzda işçi kavramının tanımlanmasında tipolojik yöntemden yararlanıldığından tipolojik yöntem ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

1. Genel Olarak

Tipolojik yöntem; hukukta bir kavramı tanımlamaktan ziyade, kavramı karakterize eden özelliklerin ortaya konması ve somut olayda bu özelliklerin olup olmadığının araştırılarak sonuca varılmasıdır⁷⁷. Hukuki bir tipin oluşumu, hukuki kavramların oluşumuna benzetilse de kavramdan farklılaşan yönleri ile öne çıkmaktadır. Kavram, her zaman bünyesinde barındırması beklenen belirli birtakım özellikler ile tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kavram belirli ve kesin olarak sınırlandırılmıştır. Hukuki tip ise, sınırlı sayıdaki özelliklerden meydana gelmez, münferit durumlarda çok farklı derecedeki yoğunluklarda mevcut olabilen ne var ki mutlaka varlığı gerekmeyen çok sayıda tipik özelliğe sahiptir. Bu nedenle tip; tanımdan ziyade bir "tarif etme"dir⁷⁸.

Çalışmanın sınıflandırılmasında işçi kavramının tipolojik tanımının ne anlama geldiğini ortaya koyabilmek için bir ölçüte ihtiyaç duymaktayız. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (*International Labour Organization*-kısaca ILO) 2006 yılında kabul edilen 198 Sayılı İstihdam İlişkilerine Dair Tavsiye Kararı⁷⁹ yol gösterici olacaktır kanaatindeyiz⁸⁰. Ancak öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, ILO, iş sözleşmesi veya ilişkisi ya da işçi kavramını tanımlamamaktadır⁸¹. Bunun yerine anılan Tavsiye Kararı'nın II. bölümünde bir istihdam ilişkisinin varlığının belirlenmesine yönelik tipolojik bir yöntemi benimse-

⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 337-338.

⁷⁵ GÜZEL, s. 85.

⁷⁶ Anglo-Sakson hukukunda işçi tanımının yapılmasında ilk olarak kullanılan test kontrol testi olmuştur. Kontrol testi aslında günümüzde kullandığımız anlamda bağımlı-bağımsız çalışmayı birbirinden ayırmak için ortaya çıkmamıştır. Bu test, bir ücrete bağımlı olarak çalışanlardan *servant* ile *workman* arasındaki farkı ortaya koyabilmek için kullanılmıştır. *Servant*, kol gücü ile iş gören çalışanlara karşılık gelirken *workman* daha yüksek statülü olarak nitelendirilen profesyoneller ve yöneticileri ifade etmekteydi. Ortaya çıkış amacı bu şekilde olan kontrol testi; "işçinin işin nasıl yapılacağı konusunda işverenin emir ve talimatlarına tabi olması" şeklinde tanımlanmaktadır. Bilgiler için bkz. ADAMS / BARNARD / DEAKIN / FRASER BUTLIN, s. 124. Benzer yönde bkz. SARGEANT, Malcolm / LEWIS, David: *Employment Law*, 8. Baskı, Routledge, Oxon, 2018, s. 21. Karmaşık istihdam ilişkileri karşısında, özellikle vasıflı işlerde işverenin işin yürütülmesine ilişkin denetiminin kısıtlı olması gibi hallerde yetersiz kaldığı düşünülen kontrol testine alternatif olarak entegrasyon testi aracılığı ile bir çalışanın işverenin organizasyonuna dahil olup olmadığı araştırılmaktadır, ADAMS / BARNARD / DEAKIN / FRASER BUTLIN, s. 126-127; SARGEANT / LEWIS, s. 22-23. İş sözleşmesi ile çalışmaya da tek bir işverene hizmet sunan bağımsız çalışanların da işverenin organizasyonuna dahil olmalarının göz ardı edilmesiyle bağımlı-bağımsız çalışan arasında tam olarak ayırım yapamadığı gerekçesiyle eleştirilere maruz kalan entegrasyon testinin yanı sıra ekonomik gerçeklik testi gündeme gelmiştir. Ekonomik gerçeklik testi, bir çalışanın kendi hesabına, bir girişimci olarak mı yoksa işin ekonomik riskini ve olası kârını üstlenen bir işveren için mi çalıştığının araştırılmasıdır, ADAMS / BARNARD / DEAKIN / FRASER BUTLIN, s. 127-128; SARGEANT / LEWIS, s. 23-24. Çoklu faktör testi ise bir iş sözleşmesinin varlığı araştırılırken tek bir faktörün belirleyici olamayacağından hareketle farklı durumlarda çeşitli faktörlerin değerlendirilmesi gerektiği yönündeki bir yaklaşımdır. Söz konusu yöntem belirsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. ADAMS / BARNARD / DEAKIN / FRASER BUTLIN, s. 134-137; SARGEANT / LEWIS, s. 24. Son olarak karşılıklı yükümlülük ilkesi; işveren ile çalışan arasındaki karşılıklı yükümlülüklerin incelenmesini içermektedir. Bu yöntem, işverenin iş sağlama çalışanın ise iş görme yükümlülüğü altında olup olmadığının araştırılmasıyla somutlaştırılmaktadır. Bkz. SARGEANT / LEWIS, s. 24-25.

⁷⁷ LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Baskı, Springer, Berlin-Heidelberg, 1992, s. 352-353.

⁷⁸ Bilgiler için bkz. RADBRUCH, Gustav: "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts*, 1938, Cilt 12, s. 46-54, s. 49, Aktaran: HERSCHEL, Wilhelm: "Die typologische Methode und das Arbeitsrecht", BALLERSTEDT, Kurt / FRIESENHAHN, Ernst / NELL-BREUNING, Oswald v. (Hrsg.): *Recht und Rechtsleben in der Sozialen Demokratie: Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, s. 229, dn. 17. Benzer bilgiler için ise bkz. GASTELL, s. 90.

⁷⁹ Anılan tavsiye kararı için bkz. <https://webapps.ilo.org/static/english/inwork/cb-policy-guide/employmentrelationshipprecommendation-no198.pdf> (ET: 30.01.2025).

⁸⁰ Benzer bir yaklaşım için bkz. KOCHER, Eva: *Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law: Regulating Market Organisers*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2022, s. 37.

⁸¹ DE STEFANO, Valerio: "Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards", *International Labour Review*, 2021, Cilt 160, Sayı 3, s. 390.

yerek rehber sunmaktadır. Tavsiye Kararı'nın II. bölümünün 9. paragrafında bir istihdam ilişkisi tespit edilirken “olguların önceliği” ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Bu ilke ile “... taraflar arasında kararlaştırılmış sözleşme veya başka herhangi bir düzenlemede ilişkinin nasıl nitelendirildiğine bakılmaksızın, işin ifası ve çalışanın ücretlendirilmesine ilişkin gerçeklerin öncelikli olarak esas alınması gerektiği...” kastedilmektedir. Öğretide, olguların önceliği ilkesinin benimsenmesinin nedeni; “İşverenlerin iş hukukuna ilişkin hak ve yükümlülükleri genellikle istenmeyen yükler olarak gördüklerinin farkına varılmasıyla yakından ilgilidir. İstihdam ilişkileri taraflar arasında eşit olmayan bir güçle karakterize edildiğinden sözleşmeyi hazırlayan da genellikle işveren olacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin lafzını esas almak, işverenlere diledikleri yasal rejimin uygulanmasını seçme imkânı tanıyacaktı” şeklinde açıklanmaktadır⁸². Böylece, uygulayıcıların niyetleri önemli olmaksızın, yasayı kendi çıkarlarına hizmet edecek hale getirmek ve istenmeyen kontrollerden kaçınmak için hukuki düzenlemeleri manipüle etme stratejilerinin önüne geçilebilmektedir⁸³.

ILO, olguların önceliği ilkesi ile iş hukukunda istihdamın sınıflandırılmasına yönelik özel bir metodoloji geliştirmiştir. Anılan Tavsiye Kararı'nın 12. paragrafında “tabiiyet veya bağımlılığın” ardından “bir istihdam ilişkisinin varlığının spesifik göstergelerinin” tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴. Söz konusu metodoloji ülkeler için bağlayıcı olmasa da istihdam ilişkisinin sınıflandırılması konusunda yol göstericidir. Nitekim Alman hukukunda da ILO'nun yaklaşımına benzer bir biçimde mevcut olguların, sözleşme tasarımıyla kıyasla öncelikli olmasını sağlamak üzere işçi kavramının anlamına yönelik bir örnek geliştirmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*German Bundesverfassungsgericht*-kısaca BVerfG) nakliye ve nakliye komisyonculuğu şirketi bünyesinde çalışanların, sosyal güvenlik hukukunda zorunlu sigortalı sayılması gerektiği ve bu nedenle sosyal güvenlik primlerinin ödenmesi talebiyle açılan bir davada çalışanların bağımsız çalışan değil işçi oldukları kanaatine varmıştır⁸⁵. Anılan kararda tam da tipolojik metoda uygun bir biçimde işçi kavramı tanımlanırken keskin ve kapsamı sınırlayan bir tanım yapılmasından kaçınılması gerektiği, bunun yerine “hukuki bir tip” yaratılarak kapsama alınacak kişilerin tanımlanmasından ziyade belirli bir standart çerçevesinde yapılan tarife uygunluğun dikkate alınmasının isabetli bulunduğu belirtilmiştir. Kararda özellikle belirleyici olanın genel resim olduğu vurgulanmıştır⁸⁶. Bu bağlamda tipi belirleyen yani karakterize eden özelliklerin her somut olayda mevcut olması zorunlu değildir, bilakis söz konusu özellikler değişen derece ve yoğunlukta bulunabilirler. Karakteristik özellikler tek tek ele alındıklarında işaret ve gösterge niteliği taşıyamıyorsa da her somut olayda belirleyici olan bunların kombinasyonu, yoğunluğu ve somut olay özelinde ortaya çıkma sıklığıdır⁸⁷. Almanya'da Federal İş Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı bu şekilde olmakla beraber, 2017 yılında *Bürgerliches Gesetzbuch* (kısaca BGB) § 611a hükmü ile iş sözleşmesinin tanımına yönelik getirilen düzenlemenin⁸⁸ ardından da Mahkeme, işçi kavramının tanımlanmasında söz konusu kararda benimsediği tipolojik yaklaşımını sürdürmektedir⁸⁹.

İşçi kavramının tanımlanmasında tipolojik yöntemin kullanılması sayesinde, yıllar içerisinde değişen sosyal koşullar karşısında mevcut hükümlerin işçilerin aleyhine olacak şekilde kullanılmasının

⁸² KOCHER, s. 38.

⁸³ KOCHER, s. 38.

⁸⁴ KOCHER, s. 39.

⁸⁵ Karar için bkz. BVerfG, 20.05.1996, 1 BvR 21/96, NZA 1996, Sayı 19, s. 1063-1064. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. GASTELL, s. 239-244.

⁸⁶ BVerfG, 20.05.1996, 1 BvR 21/96, para. 7.

⁸⁷ BVerfG, 20.05.1996, 1 BvR 21/96, para. 7.

⁸⁸ Almanya'da 2017 yılından evvel “iş sözleşmesi”nin tanımına herhangi bir düzenlemede yer verilmemekte idi. 2017 yılında dek iş sözleşmesi, “hizmet sözleşmesi” ve “kişisel bağımlılık çerçevesinde yerine getirilen hizmet sözleşmesi” yani iş sözleşmelerini ayırt etmeye yönelik içtihat çalışmaları ile açıklığa kavuşturulmaktaydı.

⁸⁹ FISCHELS, André: *Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung*, Nomos Verlag, Münster, 2018, s. 30; WALTERMANN, s. 27, para. 52.

önüne geçilmektedir. Şayet katı bir yasal tanım yapılırsa, bunun işverenlerce bağımsız çalışan olarak sınıflandırmak için nelerin değiştirilmesi gerektiğine yönelik bir rehber olarak kullanılacağı isabetle belirtilmektedir⁹⁰.

Nitekim ILO'nun anılan tavsiye kararındaki istihdam ilişkilerinde bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılması önerilen olguların önceliği ilkesine Avrupa Birliği'nin 2024 yılında kabul ettiği "Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi" başlıklı Direktifinde⁹¹ değinilmiş ve özellikle dijital platform çalışmalarında söz konusu ilkenin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

2. Türk Hukukunda

Hukukumuzda iş görme eyleminin bağımlı-bağımsız çalışma olarak ayrılan iki farklı görünümünden hareketle bağımlılık unsurunun bulunmamasının bağımsız çalışmayı işaret ettiği kabul edilmektedir⁹². Bağımlılık unsuru iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru iken aynı zamanda bağımsız çalışmanın tespitine olumsuz bir fonksiyon yüklendiği ifade edilmektedir⁹³. Bu nedenle çalışma ilişkisi tespit edilirken bağımlılık kavramından hareket edilmektedir⁹⁴. Nitekim iş hukukunda bir çalışanın işçi olup olmadığı belirlenirken "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi" (4857 sayılı İş Kanunu m.2/1)⁹⁵ tanımıyla iş sözleşmesinin "... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemesinden oluşan sözleşmedir" (İş Kanunu m.8/1) şeklindeki hükme dayanılarak iş sözleşmesinin unsurlarına başvurulmaktadır. Benzer şekilde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.393'te "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" ifadelerine yer verilerek iş sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Bu noktada iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edici unsur olarak karşımıza çıkan bağımlılık unsuruna değinilmektedir⁹⁶.

Hukukumuzda öğreti ve yargı işçi kavramının belirlenmesinde bağımlılık unsurundan hareket edilmektedir. Yukarıda ILO'nun 198 sayılı Tavsiye Kararı'nda belirtildiği şekilde, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi ne şekilde tanımladığından ziyade gerçeklerin önceliği ilkesi gözetilerek hukuki durumun nitelendirilmesi somut olayın özellikleri değerlendirilerek yargıcın takdirine bırakılmaktadır⁹⁷.

Bağımlılık unsurunun tespitine ilişkin yaklaşıma baktığımızda ise iş sözleşmesinde bağımlılığın; işçinin işverenin emir ve otoritesi altında, işverenin gözetim ve denetiminde iş görme borcunu yerine getirmesi olarak tanımlandığını görmekteyiz⁹⁸. Bağımlılık unsurunun görünüş biçimleri ise; ekonomik

⁹⁰ KOCHER, s. 40.

⁹¹ Direktif için bkz. EUROPEAN PARLIAMENT: Directive (EU) 2024/2831: Improving working conditions in platform work, 2024 (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj/eng>, s. 5, para. 27, ET: 23.02.2025).

⁹² ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 693.

⁹³ DOĞAN, Sevil: *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 98.

⁹⁴ Alman hukukunda da benzer bir şekilde işçinin tanımlanabilmesi için iş sözleşmesinin tanımına dayanılması gerektiği ve bağımlılık unsurunun tespitinin elzem olduğu ifade edilmektedir. Bkz. PREIS, Ulrich: "BGB § 611a Arbeitsvertrag", MÜLLER-GLÖGE / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2025, Rn.8. Benzer yönde bkz. TEMMING, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd.1, § 18, Rn. 2.

⁹⁵ 20.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁶ GÜZEL, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s. 84, s. 88-89; BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku: Çalışanların Hakları ve Sorunları*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 119; BAŞTERZİ, Süleyman: "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 17 (Avukatla Bağitlanan Sözleşme), s. 178; YILDIZ, Gaye Burcu: "İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 11; ŞAKAR, s. 16; YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 793-794; KÜÇÜK, s. 133-134.

⁹⁷ Benzer yönde bkz. YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 794-795.

⁹⁸ ESENER, s. 127; ELBİR, s. 61; NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 168; SÜMER, *İş Hukuku*, s. 42; SÜMER, Halûk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 19 (Bağımlılık Unsuru), s. 69; UŞAN, Fatih: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 83; DOĞAN,

bağımlılık, teknik bağımlılık⁹⁹ ve kişisel ve hukuki bağımlılık¹⁰⁰ olmak üzere üç farklı şekildedir. Söz konusu görünüş biçimlerine tek tek değinmek çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Ancak öğretide ağırlıklı olarak benimsenen görüşün iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun kişisel ve hukuki bağımlılık şeklinde karşımıza çıktığını ifade edebiliriz¹⁰¹.

Özellikle iş hukukunda esnekleşme ihtiyacı sonucunda doğan yeni çalışma biçimleri “*bir başkasının iş organizasyonuna dahil olma*”yı bağımlılığın tespitinde odak noktası haline getirmesine rağmen dijitalleşme ile başkasının iş organizasyonuna dahil olma ölçütü de tartışılmaya başlanmıştır¹⁰². Bu bağlamda sadece başkasının iş organizasyonuna dahil olma değil, kişisel ve hukuki bağımlılığın tespit edilmesinde birbirinden farklı ölçütlerden yararlanılmaktadır. Bu ölçütler; işverenin iş organizasyonunda iş görme, işin yönetimi ve gerçek denetimi, işletme riskinin üstlenilmesi, çalışanın işi reddetme hakkı, münhasıran aynı iş sahibi için çalışma, işin görülmesinde ücret ödenerek istihdam edilen yardımcı eleman kullanma, ücret unsuru ve ücretin ödenme biçimi ile işçi-işveren sıfatının aynı kişide birleşmemesi şeklinde sıralanabilir¹⁰³.

Görüldüğü üzere hukukumuzda da sınırları belirli katı bir işçi tanımı yapılmaktan kaçınılmakta, öğreti ve yargı kararları ile konu şekillendirilmektedir. Çalışmamızın sınırlarını aşacağından iş sözleşmesinde bağımlılık unsuru hakkında bu kısımda genel bilgilere yer verdik. Konuyu daha ayrıntılı olarak aşağıda dijital platform çalışmaları özelinde inceleyeceğiz.

C. Dijital Platform Çalışmalarında Bağımlılık Unsurunun İncelenmesi

1. Ekonomik Bağımlılık Aracılığı ile İşçi ve Bağımsız Çalışan Arasında Ara Kategori Yaratılması

Dijital platformlar tek tip olmayıp sağlanan hizmetlere göre farklılık gösterdiğinden çalışma ilişkisi değerlendirilirken her platformun kendine özgü koşullarının göz önünde tutulması gerektiği öğretilde isabetle ifade edilmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla dijital platform çalışmalarında bağımlılık unsuru değerlendirilirken çalışılan platformun özellikleri dikkate alınarak, ilgili platform özelinde bir inceleme yapılmaktadır. Çalışmamız tek tek platformların kendine has özelliklerinin ele alınarak bağımlılık unsurunun tespit edilmesine yönelik olmamasına karşın platform çalışmalarındaki bağımlılık unsuru değerlendirilirken ekonomik bağımlılığın ön plana çıkması gerektiğini ileri süren öğreti görüşlerinin incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sevil: *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 102; SÜZEK, s. 236; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 175; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 340; GÜZEL, s. 97; ŞAKAR, s. 17; YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 794.

⁹⁹ Ekonomik bağımlılık öğretide; “... işçinin tek geçim kaynağı ya da büyük ölçüde geçimini sağlayan meblağın işçinin yerine getirdiği iş görme borcunun bir sonucu olarak işletme ya da işveren tarafından ödenmesi” şeklinde ifade edilmektedir. Teknik bağımlılık ise; “... işçinin iş görme borcuna hizmet etmekte olup, işverence sağlanan araç gereç ve aletler gibi maddi unsurların yanı sıra müşteri çevresi, isim hakkı, marka ve patent hakkı gibi manevi unsurları kullanması” olarak tanımlanmaktadır. Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 102-127. Benzer yönde bkz. GÜZEL, s. 102-105; BAŞTERZİ, *Avukatla Bağtlanan Sözleşme*, s. 179-181; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 340-341.

¹⁰⁰ Bu noktada öğretide söz konusu bağımlılık türünün kişisel mi hukuki mi olduğu tartışmalı olsa da ağırlıklı olarak iş sözleşmesinin niteliği gereği hem hukuki hem de kişisel bağımlılığı kapsadığı görüşü benimsenmektedir. Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 128-130. Kişisel ve hukuki bağımlılıkta hukuki bağımlılığın, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan ve bu iş ilişkisine girmekle baştan kabul ettiği işverenin emir ve talimatı altına girmesi kastedilirken kişisel bağımlılık, işverenin yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisinin yanı sıra işçinin çalışma şekli, zamanı, işyerindeki davranışlarını belirleme yetkisini haiz olması şeklinde ifade edilmektedir. Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL, s. 105-109; NARMANLIOĞLU, s. 169-172; BAŞTERZİ, *Avukatla Bağtlanan Sözleşme*, s. 181 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 339-340.

¹⁰¹ İş sözleşmesinde bağımlılığı belirleyen asıl ölçütün kişisel/hukuki bağımlılık olduğu yönünde bkz. ESENER, s. 127; ELBİR, s. 61; GÜZEL, s. 106; NARMANLIOĞLU, s. 169; SÜZEK, s. 235; SÜMER, *Bağımlılık Unsuru*, s. 69; UŞAN, s. 83. İş sözleşmesinde bağımlılığın hem hukuki hem ekonomik hem de kişisel olduğu yönünde ise bkz. ARICI, Kadir: *Türk İş Hukuku I- Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 78.

¹⁰² ALPAGUT, s. 100-101.

¹⁰³ Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 157-272; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 341-347.

¹⁰⁴ SÖZER, Ali Nazım: “Hizmet (Emek) Platformlarının ve Çalışanlarının Hukuki Konumu (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 71, s. 1023.

Bağımlılık unsuru değerlendirilirken ekonomik bağımlılık görünümünün yeniden önem kazanması, çalışma hayatında bilgi ve iletişim teknolojilerinin başka bir ifadeyle dijitalleşmenin meydana getirdiği bir sonuçtur. Çalışma ilişkisinin geçirdiği dönüşüm nedeniyle hem bağımlı hem de bağımsız çalışmanın özelliklerini taşıyan iki kategoriden birine tam olarak yerleştirelemeyen çalışmalar söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra bağımlılık unsuru bulunmasına rağmen kâğıt üzerinde bağımsız çalışma olarak gözüken çalışmalar da bulunmakta ve anılan iki çalışma nedeni ile gri bir alan doğduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵. Gri alanda çalışan kişilerin sosyal korumadan yararlanabilmesi için zaman içerisinde yabancı ülke hukuku uygulamalarında işçi ve bağımsız çalışan arasında üçüncü bir kategori yaratılarak, kişilerin *işçi benzeri*¹⁰⁶, *çalışan*, *ekonomik bağımlı çalışan*, *bağımlı benzeri*¹⁰⁷ veya *bağımlı serbest çalışan* olarak sınıflandırılarak iş hukukunun belirli koruma mekanizmalarından yararlanmaları sağlanmıştır¹⁰⁸.

Dijital platform çalışmalarında da ekonomik bağımlılığın önemli bir kriter olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹. Ara kategori yaratılarak işçi ve bağımsız çalışan arasında üçüncü bir grup olarak dijital platform çalışanlarının sınıflandırılması hukukumuzda önerilen çözümlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁰. Çalışanların ara kategoride sınıflandırılabilmesi için aranan kriterler genel olarak hizmetin tek veya az sayıda birden fazla iş sahibine sunulması, gelirin belirli bir oranının bu hizmet üretiminden kazanılması, serbest piyasada serbesti sahibi olmama ve hizmetin bireysel olarak görülmesi şeklinde ifade edilmektedir¹¹¹.

Burada en dikkat çeken unsur gelirin belirli bir oranının yapılan çalışma karşılığında kazanılmasına yönelik olandır. Kişinin işçi gibi geçimini tamamen iş sahibinin ödediği ücretten sağlıyor olması aranmamasına karşın gelirin büyük çoğunluğunun bu işten elde ediliyor olması beklenmektedir¹¹². Görüldüğü üzere ara kategoride yer alarak belirli bir takım işçilik haklarından yararlanabilmek için ekonomik bağımlılık aranmaktadır.

Hukukumuzda ise ara kategoride bir çalışma ilişkisi bulunmadığından ekonomik bağımlılık ölçütünün diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir önem taşımadığı belirtilmektedir. Ekonomik bağımlılık ölçütünün Türk iş hukuku açısından önemi, bağımlı çalışma ile bağımsız çalışmayı birbirinden ayırmada ortaya çıkmaktadır. Özellikle işletme riskini kimin üstlendiği ile ele alınan ekonomik bağımlılık ölçütü hukukumuz açısından önem arz etmektedir¹¹³. İşletme riskinin üstlenilmesi ölçütü hukukumuzda iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun tespitinde baskın olarak kabul edilen kişisel ve hukuki bağımlılığın saptanmasında yararlanılabilecek kriterlerden biri olarak kabul edilmektedir. Biz de aşağıda dijital platform çalışmalarının bağımsız çalışma olarak nitelendirilmesinde özellikle dikkate alınan işletme riskinin üstlenilmesi ölçütünü ayrıntılı olarak incelemekteyiz.

¹⁰⁵ Anılan çalışmalar öğretilerde “bağımlı veya bağımsız çalışma olarak nitelendirilemeyen çalışmalar” ile “gerçek olmayan serbest çalışma” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 696-702.

¹⁰⁶ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EROL, Abdullah: *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, s. 8 vd.

¹⁰⁷ ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 711; DOĞAN, s. 105.

¹⁰⁸ ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 709. Yabancı ülke hukuku uygulamalarında ekonomik bağımlılık ölçütünün iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olarak kabul edilerek ara kategori yaratılması ve ara kategoride çalışanlara tanınan haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 105-119; EROL, s. 21-32. Bu noktada özellikle “ekonomik olarak bağımlı çalışan” veya “bağımlı serbest çalışan” (*dependent self-employed*) şeklindeki üçüncü bir kategorinin ekonomik bağımlılık ölçütü ile ilişkilendirilerek iş hukukunun sosyal korumasından yararlanması gereken bir grup olduğu ifade edilmektedir. Ekonomik olarak bağımlı çalışanlar, kazançlarının en az %75’ini tek bir müşteriden elde eden kişileri işaret etmektedir. Bkz. KOCHER, s. 30. Benzer yönde ve ayrıntılı bilgi için ise bkz. ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 709 vd. Öğretilerdeki bir başka görüşe göre ise, çalışanlar işçiler ve bağımsız çalışanlar olarak ikiye ayrılmakta, üçüncü, ara bir kategori bulunmamaktadır. Bu görüşe göre bağımsız çalışanlar kendi içerisinde “ekonomik olarak bağımsız” bağımsız çalışan ve “ekonomik olarak bağımlı” bağımsız çalışan şeklinde ayrılmaktadır. Bkz. WANK, Rolf: “Self-Employment in Germany and Austria”, *Acta Universitatis Lodzianae. Folia Iuridica*, 2023, Sayı 103 (Self-Employment), s. 139.

¹⁰⁹ YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 794; AKYİĞİT, s. 55.

¹¹⁰ YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 788; ALPAGUT, s. 124; GÖRMÜŞ, s. 242.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 711-714. Benzer yönde bkz. EROL, s. 10-16.

¹¹² ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 712.

¹¹³ DOĞAN, s. 121.

2. Bağımlı Çalışmayı Bağımsız Çalışmadan Ayırmada En Önemli Gösterge: İşletme Riskinin Üstlenilmesi Ölçütü

a. İşletme Riskinin Üstlenilmesinin Bağımsız Çalışmaya İşaret Ettiğinin Kabulü

İşletme riski¹¹⁴, yönetim hakkı çerçevesinde işletme ile ilgili hedeflerin belirlenmesi, kararların alınması ve uygulanmasıdır. İşletme ile ilgili kararların yerindeliği ve sorumluluğu işverene ait olduğu gibi mal veya hizmet üretimi sürecinde meydana gelen riskler de dolayısıyla işverene aittir. İşveren, işyerinin kârlılığı ve verimliliğinde işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. Bunun yanı sıra iş görme ediminin yerine getirilmesinin şeklini, zamanını, hizmetin niteliğini belirler. Karar alma yetkisi ile kararın yerindeliliğinin sonuçları ve sorumluluğu tamamen işvereni ilgilendirmektedir¹¹⁵.

İşletme riskinin üstlenilmesi; bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada kullanılan en önemli ölçütlerden biridir. Bu ölçüt sayesinde çalışanın, kişisel ve hukuki bağımlılığının bulunup bulunmadığı tespit edilebilmektedir. Elbette, kişisel ve hukuki bağımlılığın “başkası tarafından sınırları belirlenmiş ve o kimseye ait iş organizasyonunda iş görme” unsurunun tespitini göz ardı etmeden işletme riskinin üstlenilmesinin değerlendirilmesi, çalışmanın bağımlı çalışma mı bağımsız çalışma mı olduğu konusunda tek başına yeterli olmasa da önemli bir yan ölçüt olarak kabul edilmektedir¹¹⁶. Benzer bir şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın konuyla ilgili verdiği kararlara bakıldığında işletme riskinin yüklenilmesi kriteri işçi- bağımsız çalışan ayrımında sıklıkla başvuru olan bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁷.

Alman hukukunda 1980’li yıllarda işçi kavramının yeniden tanımlanmasında *Rolf Wank* tarafından ortaya konan “işletme riskinin üstlenilmesi” ölçütü aşağıda yazarın görüşlerine yer verilerek incelenmektedir.

b. İşletme Riskinin Üstlenilmesi Ölçütünün Ortaya Çıkışı: *Rolf Wank*’ın İkilili Çalışma Modeli

İşletme riskinin üstlenilmesi ölçütü Alman hukuk doktrininde *Rolf Wank* tarafından ortaya konan ve “*Wank’ın ikili çalışma modeli*”¹¹⁸ olarak adlandırılan modele dayanmaktadır. Bir kimsenin bağımsız çalışan olup olmadığının tespitinin işçi tanımına bağlı olduğunu, bu iki kavramın birbirinin karşısında yer aldığını ifade eden¹¹⁹ *Wank* için iş hukukunun i) iş ilişkisinin işçiyi ekonomik temelde koruması ve ii) işçilerin işverenin iş organizasyonuna bağımlılıkları nedeni ile maruz kaldıkları mesleki ve organizasyonel risklerin ele alınması olmak üzere iki farklı işlevi bulunmaktadır¹²⁰. Dolayısıyla işçi-bağımsız çalışan ayrımını yaparken temel unsur kimin korunmaya ihtiyaç duyduğudur¹²¹. Aslında *Wank*, işçi-bağımsız çalışan değil işçi ile girişimci arasındaki farkı ortaya koymanın gerektiğini ileri sürmekte-

¹¹⁴ Anılan ölçüt girişimcilik riski olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. WANK, *Arbeitnehmer*, s. 112; SÖZER, s. 1034-1035.

¹¹⁵ DOĞAN, s. 226-227.

¹¹⁶ DOĞAN, s. 226; MOLLAMAHHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 346-347.

¹¹⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, işçi kavramını “*karşılığında ücret aldığı hizmetleri bir başkası için ve onun yönetimi altında yerine getiren kimse*” olarak ifade etmektedir. İşçi kavramını açıklamaya çalışırken işçi ile bağımsız çalışan arasındaki ayrımı vurgulayan ABAD’a göre, eğer bir kişi işçi ise bağımsız çalışan değildir. Bağımlılık ilişkisini işverenin işçi üzerindeki kontrolünden hareketle belirleyen ABAD son yıllarda “işletme riski” ölçütüne sıklıkla başvurmuştur. Özellikle, gümrük komisyoncusu, doktorlar, avukatlar, opera sanatçıları ve yeminli muhasebecilerin hukuki statüsünün belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda işletme riski ölçütüne başvurulmuştur. Söz konusu uyuşmazlıklarda ABAD, işletme riskinin ilgili çalışanlar tarafından üstlenilmesinden hareketle işçi olmadıklarına kanaat getirmiştir. Anılan ABAD kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEORGIOU, Despoina: “‘Business Risk-assumption’ as a Criterion for the Determination of EU Employment Status: A Critical Evaluation”, *Industrial Law Journal*, 2022, Cilt 51, Sayı 1, s. 110-112; GEORGIOU, Despoina: “Digital Platforms and World of Work: Towards of Fairer Re-Distribution of Risks”, *7th Conference of the Regulating for Decent Work Network Virtual Conference*, International Labour Office Geneva, 2021 (<https://www.ilo.org/media/85556/> download, ET: 07.01.2024) (Digital Platforms), s. 3-4.

¹¹⁸ Almanya’da işçi, işçi benzeri ve işveren olmak üzere üç farklı çalışma modeli benimsenmiştir. Bkz. DÄUBLER, Wolfgang: “Employed or Self Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: Working People in Germany”, *Comperative Labour Law&Policy Journal*, 1999, Cilt 21, Sayı 1, s. 77-78; WALTERMANN, s. 26, para. 50. Ancak *Wank*, işçi benzeri olarak nitelendirilen çalışmayı kabul etmediğinden model bu şekilde adlandırılmaktadır. Bilgi için bkz. WANK, *Arbeitnehmer*, s. 82-84; WANK, *Self-Employment*, s. 139.

¹¹⁹ WANK, *Self-Employment*, s. 127.

¹²⁰ WANK, *Arbeitnehmer*, s. 57-58.

¹²¹ WANK, *Self-Employment*, s. 137.

dir¹²². Ona göre iş hukukunda işçi tanımlanırken şayet mesleki anlamda koruma amaçlanıyor ise kişisel bağımlılık kriteri yeterlidir. Ancak işçinin hastalık, yaşlılık, iş kazaları, analık gibi kişisel varlığına işaret eden risklere karşı korunması söz konusu olduğunda kişisel bağımlılık yeterli olmamakta bunun yanı sıra ekonomik bağımlılık da dikkate alınmalıdır¹²³. Dolayısıyla işçi tanımı kişisel ve ekonomik bağımlılık göz önünde tutularak yapılmalıdır.

Wank'a göre ekonomik olarak bağımlı bir kişi; başkalarının yardımı olmadan, sözleşmenin sadece bir tarafına bağlı olarak ve kendi sermayesi veya organizasyonu olmaksızın çalışandır¹²⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus yazarın belirli bir geliri esas alarak ekonomik bağımlılığı belirlemeye çalışması değildir. *Wank*, iş ilişkisinin doğasından ileri gelen kısıtlamalar nedeni ile işçilerin bağımsız ekonomik fırsatlarının eksik olmasından hareket etmektedir. Dolayısıyla bağımsız çalışandan ziyade işçi ile girişimci arasındaki farkın tartışılması gerektiğini ileri sürerek, işçilerin kendi hesabına çalışan bir girişimci gibi kararlar alamamasıyla birlikte beceri ve kapasitesini kendi belirlediği amaçlara yönelik kullanamamasını ön plana çıkarmaktadır¹²⁵. İşçi ile bağımsız çalışan arasındaki farkı belirlerken esas alınması gereken ekonomik bağımlılık ölçütünde mesleki koruma ve geçim kaynaklarının korunması riskleri dikkate alınmalıdır. "Fırsatlar ve riskler" üzerinden konuyu ele alan *Wank*'a göre, girişimcilik risklerini taşıyan ancak girişimcilik fırsatlarından yararlanamayacak şekilde başkasının talimatlarına bağlı olarak iş gören kimse işçidir. Bunun tam aksine piyasada girişimci olarak hareket edebilen ve kendi fırsatlarını yaratabilecek, bunları gerçekleştirebilecek kadar talimat altındaki kimse bağımsız çalışandır¹²⁶. Sonuç olarak girişimcilik riskinin gönüllü olarak üstlenilmesi, bağımsız çalışanın mesleki ve varoluşsal riskleri büyük ölçüde işçiden alarak kendisinin üstlenmesi şeklinde ifade edilmektedir¹²⁷.

Wank'ın ikili çalışma modeli Alman hukuk öğretisinde yoğun bir şekilde eleştirilmektedir. Eleştirilerin temelinde, *Wank*'ın modelinin Alman hukukunda uzun zamandan beri var olan işçi ve bağımsız çalışan sınıflarının arasında konumlandırılan "işçi benzeri" kimseleri kapsamaması yatmaktadır¹²⁸. Eleştirilere rağmen *Wank*'ın ortaya koyduğu işletme riskinin gönüllü olarak üstlenilmesi ölçütü bağımsız çalışmanın bulunduğuyla ilişkin tek başına yeterli görülmesi de önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir¹²⁹.

c. Türk Hukukunda İşletme Riskinin Üstlenilmesi Ölçütüne Yaklaşım

Hukukumuzda bir kimsenin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı yani işçi olup olmadığının belirlenmesinde iş sözleşmesinin unsurlarından olan bağımlılık unsuruna başvurulduğunu ve bağımlılık unsurunun kişisel ve hukuki bağımlılık olarak anlaşılması gerektiği yönündeki görüşün hâkim olduğuna değinmiştik¹³⁰. İşletme riskinin üstlenilmesi ölçütü de kişisel ve hukuki bağımlılığın belirlenmesinde yararlanılan kriterlerden biri olarak değerlendirilmektedir¹³¹.

¹²² WANK, *Arbeitnehmer*, s. 122.

¹²³ WANK, Rolf: "Diversifying Employment Patterns - the Scope of Labor Law and the Notion of Employees", (Ed.) BLANPAIN, Roger / ARAKİ, Takashi / OUCHI, Shinya: *Labour Law in Motion: Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment*, Kluwer Law International, New York, 2005 (Diversifying Employment Patterns), s. 140.

¹²⁴ WANK, *Diversifying Employment Patterns*, s. 140.

¹²⁵ KOCHER, s. 134.

¹²⁶ WANK, *Diversifying Employment Patterns*, s. 140-141.

¹²⁷ WANK, Rolf: "Telearbeit", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZÄ)*, 1999, Sayı 5 (Telearbeit), s. 237-238.

¹²⁸ Eleştiriler için bkz. HROMADKA, Wolfgang: "Arbeitnehmer und Arbeitsrecht Zur Diskussion um die neue Selbständigkeit", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZÄ)*, 1997, Sayı 11, s. 569-570; DOĞAN, s. 230-232.

¹²⁹ DOĞAN, s. 233.

¹³⁰ Bkz. II.2.2.b. "Türk Hukukunda".

¹³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 346-347; SÜZEK, s. 238; SÜMER, *Bağımlılık Unsuru*, s. 71-72; SÖZER, s. 1031; DOĞAN, s. 226-247; TOLU YILMAZ, s. 333-337; BAŞTERZİ, Süleyman: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Değerlendirme), s. 31.

İşletme riskinin üstlenilmesi, hukukumuzda iş sözleşmesinin franchise sözleşmesinden ayrımı ve taksi şoförlerinin hukuki statüsünün belirlenmesinde iş sözleşmesi-ürün kirası sözleşmesi ayrımında sıklıkla başvurulmuş bir ölçüt niteliğindedir¹³². Aşağıda kısaca her iki konuya da değinerek işletme riski ölçütünün yargı kararlarında karşımıza nasıl çıktığını açıklamaya çalışmaktayız.

Franchise sözleşmesi¹³³, franchise verenin franchise alana “*franchise verenin adını, ticari markalarını, ekipmanlarını ya da teknik ve ticari deneyiminden yararlanarak ve kendi organizasyonuna uygun bir şekilde belirli malları ve/veya hizmetleri bir ücret karşılığında satma hakkını*” verdiği, franchise verenin franchise alana yardım, tavsiye ve eğitim sağlamakla yükümlü ve iş operasyonları üzerinde kontrol sahibi olduğu, franchise alanın ise sözleşmenin konusu olan mal veya hizmeti franchise verenin sisteminin kuralları doğrultusunda sağlama ve franchise verene belirli bir ücret ödeme borcu altına girdiği sürekli bir sözleşmedir¹³⁴. Görüldüğü üzere franchise sözleşmesinde; franchise verenin belirli konularda franchise alana emir ve talimat verme, franchise alanın da bu emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü iş sözleşmesindeki kişisel ve hukuki bağımlılık unsurunu çağrıştırmaktadır¹³⁵.

Hukukumuzda hâkim öğreti görüşü franchise sözleşmesinde franchise alanın hukuki statüsü hususunda; franchise sözleşmesinin bir iş sözleşmesi niteliğini taşımadığı, franchise alanın ekonomik alanına kimi sınırlamalar getirirse de franchise alanın hukuki olarak bağımsız olduğunu ifade etmektedir. Aynı görüşe göre, bu sözleşmede, franchise alanın işletme rizikosunu üstlenmesi, kendi ad ve hesabına çalıştığı bir işletmesinin olması göz önüne alındığında bu sözleşmede iş sözleşmesinin ücret ve bağımlılık unsurlarının eksikliği vurgulanarak franchise alanın işçi olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmektedir¹³⁶. Bir başka görüşe göre ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak franchise alanın bir acente veya işçi benzeri olarak değerlendirilip, mevzuatımızda işçiyi ve acenteyi korumaya yönelik hükümlerden kıyasen franchise alanın da yararlanmasının önü açılmalıdır¹³⁷. Nitekim Alman hukukunda franchise sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki benzerlikler nedeni ile konu uzun yıllardır tartışılmaktadır. Franchise alanın tipik olarak bağımsız çalışan olmadığı, somut olayın özelliklerine göre kişisel bağımlılık derecesine göre kimi zaman işçi kimi zamansa ekonomik bağımlılık ve bir işçi ile kıyaslandığında sosyal durumunun bütünü dikkate alınarak sosyal korumaya ihtiyaç duyduğu anlaşılanların işçi benzeri olabileceği ifade edilmektedir¹³⁸. Franchise alanın işçi kabul edilmesinde dikkate alınan ölçütler; franchise verenin ne ölçüde kontrol etme veya talimat verme hakkına sahip olduğu,

¹³² DOĞAN, s. 242-247; TOLU YILMAZ, s. 334-335.

¹³³ Franchise hareketi ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmıştır. Kelime kökeni Fransızca olup, Fransızcadan İngilizceye girmiş ve “imtiyaz” veya “ayrıcılık” anlamlarına gelmektedir. 1950’li yıllarda sözleşme ile verilen kullanım haklarına bağlı mal ve hizmet dağıtım sistemini tanımlamak üzere kullanılan bir terim olarak yerleşmiştir. Amerikan franchise sisteminin ilk örneği *Coca Cola Co.* öncülüğünde, ülke geneline yayılmış pek çok şişeleme istasyonunun şirket merkezi tarafından lisanslanmasıyla içecek sektöründe görülmüştür. Daha sonra ise satış mağazaları ve atölyeleri ile sözleşmeye bağlı bayileri kapsayan dağıtım sistemleri olarak otomotiv sektöründe franchise sistemi kurulmuştur. Böylece franchise belirli bir bölgede, kendi ad ve hesabına hareket eden dolayısıyla dışarıya karşı bağımsız ancak iç ilişkide üreticiye bağlı olan ve üreticinin çıkarlarını korumak üzere satış cephesinde operasyonel birimler şeklinde hareket eden seçilmiş bayiler aracılığı ile yürütülen “mal dağıtımı” işleviyle başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı’nın ardından tek bir ürünle ilgili olmayıp franchise alanın tüm işini kapsayacak şekilde genişleyen, işletme politikası ve işletme yönetiminin organizasyonunu da içeren kapsamlı bir hizmet paketi sağlayan “ikinci nesil” franchise sisteminin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Franchise sisteminin suistimal edilmeye başlanması birtakım reform çalışmalarını gerektirmiş, böylece “üçüncü nesil” franchise; daha açık bir ifadeyle franchise alanların sistem yönetiminde söz ve etki sahibi olmasıyla karakterize edilen “ortaklık franchisingi” gelişmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MARTINEK, Michael: *Moderne Vertragstypen Band II: Franchising, Know-How Verträge, Management und Consultingverträge*, C.H. Beck Verlag, München, 1992, s. 5-10; FLOHR, Eckhard: “§ 27”, MARTINEK, Michael / SEMLER, Franz-Jörg / FLOHR, Eckhard (Hrsg.): *Handbuch Vertriebsrechts*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2024 (Yazar, Handbuch Vertriebsrechts), Rn. 2-7.

¹³⁴ RINCK, Ursula: “§ 9”, AHRENDT, Martina / KOCH, Ulrich / LINCK, Rüdiger / RINCK, Ursula / RENNPFERDT, Maren / TREBER, Jürgen / VOGELSANG, Hinrich (Hrsg.): *Schaub Arbeitsrecht-Handbuch*, 20. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, Schaub Arbeitsrecht-Handbuch), Rn. 16; WANK, *Handbuch Vertriebsrechts*, § 14, Rn. 2. Benzer tanımlar için bkz. YENİOCAK, Umut: *Franchise Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 29.

¹³⁵ ERDENK, Erdem: *İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 249-250; DOĞAN, s. 94.

¹³⁶ YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 215-218; DOĞAN, s. 95; YENİOCAK, s. 146-147; ERDENK, s. 247.

¹³⁷ YENİOCAK, s. 156.

¹³⁸ WANK, *Handbuch Vertriebsrechts*, § 14, Rn. 12, Rn. 19; RINCK, *Schaub Arbeitsrecht-Handbuch*, § 9, Rn. 17.

çalışma saatleri ve yeri konusunda söz sahibi olma, franchise alanın işi kendisinin organize edip etmediği ve kendi personelini istihdam etmesi şeklindedir¹³⁹. Alman hukukunda işçi benzeri ile bağımsız çalışan arasındaki farkın, işçi benzeri statüsünde kendisinin işçi istihdam etmesi ve dolayısıyla sınırlı da olsa organizasyonlarının bağımsızlığı nedeniyle girişimci kararlarını verebilme noktasında ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹⁴⁰. Görüldüğü üzere hem hukukumuzda hem de Alman hukukunda franchise sözleşmesi ve iş sözleşmesi ayırımında işletme riskinin üstlenilmesi ölçütü önemli bir kriterdir.

Franchise sözleşmesinin yanı sıra ticari taksi şoförlerinin işçi sayılıp sayılmayacağı konusunda taksi sahibi ile taksi şoförü arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesinde de işletme riskinin üstlenilmesi ölçütü önem taşımaktadır. Ticari taksi şoförleri hasılat kirasına dayalı olarak çalışabileceği gibi iş sözleşmesi ile çalışması da mümkündür¹⁴¹. 2018 yılında verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, bağımsız (serbest) çalışma ile iş sözleşmesine dayalı bağımlı çalışmanın ayrılmasında ilkesel nitelik taşımaktadır¹⁴². İlgili kararda: “Ayrıca, iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kâr ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılıklardan birisi de budur. İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz. Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, bu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir...” ifadelerine yer verilerek işletme riskinin bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada dikkate alınabilecek en önemli ölçütlerden biri olduğunu vurgulamıştır¹⁴³.

d. Dijital Platform Çalışmalarında İşletme Riskinin Üstlenilmesi Ölçütü

aa. Genel Olarak

Dijital platform çalışmalarında hukuki statünün yanlış sınıflandırılmasının en önemli nedeni işletme riski ölçütünün tek taraflı olarak işçilere kaydırılmasıdır. Zira böylece diğer sınıflandırmaların yanı sıra¹⁴⁴ bağımsız çalışan olarak nitelendirilmektedirler¹⁴⁵. Nitekim öğretide dijital platform çalışmalarında işletme riskinin üstlenilmesinin geleneksel ayırımından uzaklaşarak farklı bir anlam kazandığı, bu çalışma türünde işletme riski ve maliyetin çalışanlara yüklendiği, faaliyetten elde edilen kârın ise dijital platformlar tarafından alıkonulduğu ifade edilmektedir¹⁴⁶.

İşletme riskinin üstlenilmesi ölçütünün bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada en önemli ölçütlerden biri olduğunu ve gerek yabancı ülke uygulamalarında gerek ülkemiz hukukunda gerekse de Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından söz konusu kriterin sıklıkla kullanıldığını ifade etmiştik. Bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada işletme riskinin üstlenilmesi ölçütünden neden yararlanıldığını ve dijital platform çalışmaları karşımıza nasıl çıktığının tespit edilebilmesi için anılan ölçütün içeriğini yani anlamını ortaya koymak elzemdir. Bu başlık altında işletme riskinin üstlenilmesi ölçütünün içeriği kısaca açıklanmaktadır.

¹³⁹ RINCK, *Schaub Arbeitsrecht-Handbuch*, § 8, Rn. 32. Benzer yönde bkz. TEMMING, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. I, § 19, Rn. 81.

¹⁴⁰ WANK, *Handbuch Vertriebsrechts*, § 14, Rn. 18.

¹⁴¹ YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 799.

¹⁴² BAŞTERZİ, *Değerlendirme*, s. 21.

¹⁴³ Karar için bkz. Yargıtay, HGK, T. 24.01.2018, E. 2015/9-3561, K. 2018/77 (Lexpera). Sonraki yıllarda da Yargıtay bu yöndeki görüşünü sürdürmüştür: “... İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz. Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, bu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir. Elbette burada ekonomik risk yüklenmiş ve aracı kiralayan işleten olarak çalışmış ise bağımsız çalışan olacaktır. Bu durumda oda kaydı da önemlidir. Genel olarak taksi şoförünün araç sahibine her gün düzenli olarak yaptığı ödemedi geride kalanın kazanç olduğu bir ilişkide ekonomik riski taşıyanın şoför olacağı açıktır. İş sözleşmesi kazanç-ekonomik bağımlılık temeline değil, otorite-bağımlılık ilişkisine dayanır...”, Yargıtay, 9. HD, T. 22.06.2020, E. 2016/17641, K. 2020/6092 (Lexpera).

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, *Atipik Çalışma*, s. 782-786.

¹⁴⁵ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 3.

¹⁴⁶ PRASSL, s. 86-87; GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 3; TOLU YILMAZ, s. 335.

Geleneksel bir istihdam ilişkisinde işçinin işletme riskini üstlenmesi beklenmez. Dolayısıyla maddi ve beşerî sermayenin işçi tarafından sunulması gerekmemektedir. Bunun gibi iş görme edimini yerine getirebilmeleri için gerekli malzemeler ve araçlar işverence sağlanır, işçilerin geçimleri bu işten elde ettikleri ücretle karşılandığından yeni yatırım alanları bulmak ve bunun için yatırım yapmak zorunda değildirler¹⁴⁷. Ancak bağımlı çalışma altına girerek tek geçim kaynağı bu işten elde edeceği ücret olan işçi, çalışma hayatının getirdiği organizasyonel, sosyal/psikolojik ve ekonomik riskler bakımından zayıf konumdadır¹⁴⁸. Psiko-sosyal riskler, iş kazası ve meslek hastalığı, işsizlik ve emeklilik gibi alanlardaki sosyal ve işgücü piyasasının doğasından kaynaklanan risklerle karşı karşıyadır¹⁴⁹. İşçilerin üstlendiği bu riskler iş sözleşmesi ile azaltılmaktadır. Bu bağlamda işveren, ekonomik, sosyal ve işgücü piyasası risklerinin bir araya getirildiği, yönetildiği ve toplumda yeniden dağıtıldığı bir araç konumundadır. Diğer sosyal riskler ise sosyal sigortalar aracılığı ile işçiler ve işverenler arasında kolektif olarak paylaşılmaktadır. İşçiler söz konusu risklerden muaf tutulurken bunun karşılığında çalışma faaliyetleri üzerindeki kontrollerinden feragat etmektedir. Bu denge iş sözleşmesinin temel özelliklerinden birini teşkil etmektedir¹⁵⁰. İşçilerin anılan risklere karşı korunmasının altında yatan temel sebep “işçilerin meta değil insan olduğu” gerçeğine dayanmaktadır¹⁵¹.

bb. İşletme Riskinin Üstlenilmesi Ölçütünün Dijital Platform Çalışmalarında Görünümü

İşletme riskinin üstlenilmesi ölçütünün işçi-bağımlı çalışan ayrımında uygun ve etkili bir kriter olduğu dönemin klasik istihdam ilişkisine özgü olduğu belirtilmekte ve değişen çalışma hayatında hâlâ etkin olup olmadığı tartışılmaktadır. Zira günümüzde işverenler bilinçli olarak maliyetleri işçiye aktarmak için atipik iş sözleşmelerine başvurmaktadır. Dijital platform çalışmalarında çalışanları bağımsız çalışan olarak sınıflandırmak platformların maliyetini ödemek zorunda kalmaksızın bir hizmet sunmalarına imkân sağlamaktadır. Mal varlığının, ücretlendirmenin, sigorta primleri ile vergilerin yanı sıra piyasadaki dalgalı talep risklerinin sorumluluğu da platform çalışanlarına devredilmektedir¹⁵².

Ancak bağımsız çalışan olduğu iddia edilen kişiler, bağımsız çalışmaya özgü pek çok riski üstlenmesine rağmen bu statünün sunduğu avantajlardan yararlanamamaktadır. Bilhassa kendi iş stratejileri üzerinde kontrol sahibi olmadıkları gibi işlerini nasıl yapacakları konusunda katı talimatlarla karşı karşıya kalmaktadır¹⁵³. İşçiler maddi ve beşerî yatırım maliyetleri ile bakım maliyetlerini üstlenmektedir. Verilen görevleri yerine getirebilmek için de kendi ekipmanlarına ihtiyaç duymaktadırlar¹⁵⁴. Örneğin *Uber* gibi ulaştırma işine özgü dijital platform çalışması incelendiğinde görülmektedir ki, işçiler kendi araçlarını tedarik etmek zorunda olup aracın bakımını yaptırmak, yakıtını almak, vergi, sigorta gibi masrafları karşılamak zorundadır¹⁵⁵.

Maliyetlerin yanı sıra ödeme ile ilgili risklerin de işçilerce üstlenilmesi beklenmektedir. Platformlar fiyat artırma algoritmalarını ve komisyon miktarını sonradan değiştirerek elde ettikleri geliri artırabilirken çalışanların gelir düzeyini azaltabilmektedir¹⁵⁶. Ödeme ile ilgili risklerin platform çalışanları tarafından üstlenilmesinin bir diğer yönü, kimi platformlarda işçi çalışmasına rağmen bunun karşılığında ödeme alamamasıdır. Daha evvel incelediğimiz AMT örneğinde işçilerin bir iş görmesi ancak karşılığında

¹⁴⁷ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 5.

¹⁴⁸ DAVIDOV, Guy: “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection”, *The University of Toronto Law Journal*, 2002, Cilt 52, Sayı 4, s. 376.

¹⁴⁹ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 5-6.

¹⁵⁰ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 6.

¹⁵¹ DAVIDOV, s. 375.

¹⁵² PRASSL, s. 21.

¹⁵³ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 11.

¹⁵⁴ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 9.

¹⁵⁵ AYKAÇ, s. 199-200.

¹⁵⁶ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 9.

ücret alamadığı çalışma prensibine değinmiştik¹⁵⁷. Bu örneğin dışında yarışma tabanlı dijital platformlarda müşteriler ihtiyaç duydukları işi bir yarışma ile ilan ederek logo, poster tasarımı ya da mimari bir tasarım gibi belirli bir görev için çağrıda bulunur. Birçok platform çalışanı söz konusu görev için başvuru bulunup hazırladıkları tasarımları sunsa da ödeme sadece yarışmayı kazanana yapılmakta, seçilmeyen çalışmalara ödeme yapılmadığı gibi tasarım fikirlerine müşteriler tarafından el konulmaktadır¹⁵⁸.

Ücretle ilgili maliyetlerin dijital platform çalışanlarına aktarılmasının yanı sıra bağımsız çalışanların işi kabul veya reddetme imkânı dijital platform çalışmalarında geçerli değildir. İşletme riskini üstlenen bağımsız bir çalışanın çalışma saatlerini belirleyebileceği hatta çalışıp çalışmama konusunda geniş bir esnekliğe sahip oldukları iddia edilerek örneğin *Uber* şoförlerinin işçi kavramı dışında kalacağına yönelik değerlendirmeler yapılsa da¹⁵⁹, *Uber* ve *AMT* gibi platformlarda çalışanların işi kabul etmeme oranının yüksek olması halinde hesaplarının askıya alındığı¹⁶⁰ hatta sistemden çıkarılmaya kadar varan çeşitli yaptırımlar söz konusudur¹⁶¹. Kişinin hesabı askıya alınmasa dahi platformların; algoritmik yönetimin görevleri reddedenleri bekleme listesinin en altına iterek daha az iş almasını dolayısıyla daha az gelir elde etmesini sağlayabilir¹⁶². Nitekim Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi başlıklı AB Direktifi'nde platformların bu tür cezalandırıcı tedbirler, olumsuz muamele veya baskıların platform çalışanlarının istihdam statüsünün sahte bağımsız çalışan olarak belirlenmesine yol açtığı ifade edilmektedir¹⁶³.

Bağımsız çalışma yani girişimciliğe özgülenen bir diğer özellik olarak sermayelerini çeşitlendirme imkânları da ellerinden alınan platform çalışanları, çoğu zaman ya müşterilerle iletişime geçmelerinin ve iş almalarının yasaklandığı ya da rakip bir firmada alternatif iş arayışının kısıtlandığı sözleşme hükümleri ile karşı karşıyadır¹⁶⁴. Dolayısıyla işletme riskini üstlendiği iddia edilen platform çalışanlarına üstlendikleri riske yönelik önlem alma veya ekonomik açıdan kendilerini koruyabilme gibi girişimci avantajlarından yararlanmalarına izin verilmemektedir. Nitekim öğretilde isabetli olarak bağımsız çalışmaya özgü pek çok riski üstlenen platform çalışanlarının bu statünün getirmesi gereken avantajlardan yararlanmasının söz konusu olmadığı, her şeyden evvel kendi iş stratejilerini oluşturamadıkları belirtilmektedir¹⁶⁵.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere klasik istihdam ilişkilerinde bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayıran önemli bir ölçüt olan işletme riskinin üstlenilmesi dijital platform çalışmalarında çalışanların işçi mi bağımsız çalışan mı olduğunun belirlenmesinde etkin değildir. Zira dijital platform çalışanlarına işletme riskinin üstlenilmesi ölçütünün uygulanmasıyla bağımsız çalışmanın getirdiği avantajlardan faydalanma kabiliyeti olmayan pek çok kişi bağımsız çalışan olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla işletme riski ölçütünde bu riskin “gönüllü” olarak üstlenilmesi gerektiği göz önüne alınmalıdır. Aşağıda dijital platform çalışmalarında işletme riskinin gönüllü olarak üstlenilmesinin eksikliği, bunun yerine platformların bilinçli olarak işletme riskini çalışanlara kaydırması incelenecektir.

3. Dijital Platform Çalışmalarında İşletme Riskinin Üstlenilmesinde “Gönüllülük” Unsurunun Eksikliği

Bağımlılık unsurunun değişen koşullara uyum sağlayabilecek bir anlam kazanması gerekmektedir. Aksi durumda, öğretilde isabetle belirtildiği üzere iş ve sosyal güvenlik hukukunun varlık nedeni

¹⁵⁷ Bkz. I.B.3.b. “Amazon Mechanical Turk’un Çalışma Biçimi ve İşçilerin Mekanik İnsandışılaştırılması”.

¹⁵⁸ JOHNSTON, Hannah / CAIA, Alina / SILBERMAN, Michael “Six” / CEREMIGNA, Monica / HERNANDEZ, Diego / DUMITRESCU, Valerica: *Working on digital labour platforms a trade union guide for trainers on crowd- app- and platform-based work*, ETUI aisbl, Brussels, 2020, s. 15; SCHOLZ, s. 35.

¹⁵⁹ Bkz. ALPAGUT, s. 109.

¹⁶⁰ DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»*, s. 2. Benzer yönde ayrıntılı bilgi için bkz. AYKAÇ, s. 226-227.

¹⁶¹ AYKAÇ, s. 227-228.

¹⁶² GEORGIU, *Digital Platforms*, s. 10.

¹⁶³ Bkz. EUROPEAN PARLIAMENT, s. 6, para. 30.

¹⁶⁴ GEORGIU, *Digital Platforms*, s. 10.

¹⁶⁵ GEORGIU, *Digital Platforms*, s. 11.

ortadan kalkacaktır¹⁶⁶. Daha evvel de belirttiğimiz üzere¹⁶⁷; dijital ekonominin evrimi dijital platformlar tarafından gerçekleştirilen sömürü biçimlerini artırmıştır. Dijital platformların aracılık ettiği yeni çalışma türleri çalışmanın “geçici, güvencesiz ve öngörülemez” hale gelmesine neden olmuştur¹⁶⁸. Bu bağlamda “görünmez emek” ve “mekanik insandışılaştırma” gibi çok önemli iki sorunun ortaya çıktığını¹⁶⁹ ve dijital platformların, dijital platform ekonomisindeki tüm katılımcıların, hizmet sağlayıcıları yani işçiler de dahil olmak üzere bir “teknolojinin” tüketicileri şeklinde nitelendirerek paylaşım ekonomisi şirketlerinin iş kanunlarından kaçındığına yönelik endişelere değinmiştik¹⁷⁰.

İşletme riskinin üstlenilmesinde gönüllülük unsurunun eksikliğinin özellikle atipik çalışma biçimleri ve dijital platform çalışmalarında başka bir ifadeyle klasik istihdam ilişkileri dışındaki çalışma biçimlerinde görüldüğü belirtilmektedir¹⁷¹. İşletme riskinin gönülsüz üstlenilmesi yani gönüllülük unsurunun eksikliği ile bir kişinin finansal ve ticari risklerini yayma kabiliyeti varsa daha açık bir ifadeyle fiyat mekanizması aracılığıyla tüketicilere veya müşterilere aktarabilmek, önemli bir sermayeye sahip olmak, kendi çalışanlarının olması ve/veya birden fazla gelire sahip olunması söz konusu ise müzakere masasına kısıtlanmamış ve tamamen özerk bir yetişkin olarak geldiği kabul edilir. Bu durumda kişi ne tür, nitelik ve miktarda bir riske katlanmak istediğine karar verebilir. Dolayısıyla bağımsız bir çalışanın işletme riskini üstlenmesi “gerçek bir seçim”, “özgür iradesi ile” yapılmış bir seçim olarak kabul edilir. Buna karşın kişi finansal ve ticari riskleri yayma kabiliyetine sahip değilse özgür iradesi ile seçim yapabilecek konumda olmadığı kabul edilmelidir¹⁷².

Bu bağlamda çalışmamızda üzerinde durduğumuz dijital platformlar tarafından, görünmez emek ve görünmez emeğin sonucunda ortaya çıkan mekanik insandışılaştırma yoluyla emeğin metalaştırılarak teknoloji olarak satılmasının işletme riskinin çalışanlar tarafından üstlenildiği şeklinde yansıtılmasına değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Dijital platformların iş hukukunun koruyucu şemsiyesinin getirdiği maliyetlerden kaçınmak amacıyla çalışanlarını bağımsız çalışan olarak sınıflandırmak üzere tasarlandığına daha evvel değinmiştik. Platformlar söz konusu tasarımlarında geleneksel istihdam ilişkisindeki işverenlerin ve büyük şirketlerin sahip olduğu hiyerarşik güçlerini kaybettiği bir dünya vaadiyle karşımıza çıkmaktadır¹⁷³. Dijital platform çalışmalarında işletme riskinin üstlenilmesi geleneksel ayrımından uzaklaşarak farklı bir anlam kazanmakta, bu çalışma türünde işletme riski ve maliyetin çalışanlara yüklendiği, faaliyetten elde edilen kârın ise dijital platformlar tarafından alıkonulmaktadır¹⁷⁴. Dijital platformlardaki iş modeli tam anlamıyla piyasaların doğasında var olan temel girişimci değiş tokuşunu dolanmak üzere tasarlanmıştır. Aracılar kârdan faydalanırken maliyet ve risk işçilere kaydırılmaktadır¹⁷⁵.

Platformlar riskin kaydırılmasını görünmez emek ve mekanik insandışılaştırma aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Görünmez emek olarak nitelendirilebilecek çalışmalar; bir görevin boş zaman ile ilişkilendirilmesi, bazı çalışmaların piyasada değersizleştirilerek iş olarak nitelendirilmemesi, gönüllü yapıldığının kabulü veya yasal yapının dışında kalması nedeniyle gerçekleşmekteydi. Platform çalışanlarını yasal yapının dışına çıkarmanın en kolay yolu işletme riskini üstlendiklerinden hareketle bağımsız çalışan olarak kabul edilmeleridir. Ne var ki yukarıda değindiğimiz üzere platform çalışmalarında gönüllü olarak işletme riskinin üstlenilmesi söz konusu değildir.

¹⁶⁶ GÜZEL, s. 87.

¹⁶⁷ Bkz. I. “Dijital Platform Çalışması Aracılığıyla Çalışmanın Yeniden Yapılandırılması”.

¹⁶⁸ SCIANNAMBLO, Mariacristina: “Caring Technologies: Confronting Invisible Work in Digital Capitalism”, *Sociology Compass*, 2024, Cilt 18, Sayı 9, s. 2.

¹⁶⁹ Bkz. I.A. “Görünmez Emek”; I.B. “Görünmez Emeğin Sonucu: Çalışma Hayatında Mekanik İnsandışılaştırma”.

¹⁷⁰ Bkz. “Giriş”.

¹⁷¹ GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 12.

¹⁷² GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 12.

¹⁷³ PRASSL, s. 85.

¹⁷⁴ PRASSL, s. 86-87; GEORGIOU, *Digital Platforms*, s. 3; TOLU YILMAZ, s. 335.

¹⁷⁵ PRASSL, s. 85.

Görünmez emeğin günümüzde platform çalışmaları aracılığı ile şekil değiştirerek karşımıza çıkması sonucunda mekanik insandışılaştırma kavramı da işletme riskinin gönüllü olarak üstlenilmediği sonucuna götürmektedir. Dijital platformların kimi durumlarda çalışanları yaptıkları işlerinden ayrıarak hem çalışanları hem de işi tüketiciler için görünmez kılarak çalışanların bedensizleştirilmesine hizmet edebildiğine daha evvel değinmiştik. Dijital platform kullanıcıları bilgisayar programları, algoritmalar, robotlar veya diğer otomatlar yerine gerçek insanların çalıştığını dahi bilmemektedir. Arka planda insanların yerine getirdiği ancak platform kullanıcıları tarafından hizmetin bilgisayar programları, algoritmalar veya yapay zekâ tarafından gerçekleştirildiğini düşündüğü pek çok örnek bulunmaktadır. Çalışmamızda AMT'nin çalışma biçimini inceleyerek çalışanları nasıl mekanik insandışılaştırmaya maruz bıraktığını açıklamıştık. İlgili örnekte iş görme edimi yerine getirilse de kimi durumlarda çalışanların ücretten mahrum bırakıldığı göz önüne alındığında bunun işletme riskini çalışanın üstlendiği şeklinde yorumlamak mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir durumda kişinin işletme riskini bertaraf edebilmek için hareket kabiliyetinin de tanınmış olması elzemdir. Sadece AMT örneği değil, özellikle yarışma tabanlı dijital ödeme sadece yarışmayı kazanana yapılmakta, seçilmeyen çalışmalara ödeme yapılmadığı gibi tasarım fikirlerine müşteriler tarafından el konulması anılan platform çalışma biçiminin karakteristik özelliği olarak karşımıza çıkmakta ve işletme riskinin işçilere kaydırılmasına işaret etmektedir.

Kişinin işletme riskini gönüllü olarak üstlenmediğinden hareketle iş hukuku normlarını dolanmak üzere kurgulanan dijital platformların dayattığı şartları kabul etmekten başka bir seçeneği olmayan platform çalışanlarının bağtladıkları sözleşmede ilişkinin nasıl nitelendirildiğine bakılmaksızın “so-mut olgular” öncelikli olarak esas alınmalıdır. Bir çalışanın işçi olarak kabul edilmesindeki temel sebep devlet tarafından iki tarafın serbest iradeleri ile bağtladıkları bir sözleşmeye müdahale edilerek bunun iş sözleşmesi olarak adlandırılması ve iş hukukunun koruyucu hükümleri şemsiyesi altına alma ihtiyacıdır. Hâl böyle iken görünmez emek ve sonucunda ortaya çıkan mekanik insandışılaştırmayla “makine” olarak kabul edilip temel insan haklarını ortadan kaldıran platformlarda çalışanların da iş hukuku şemsiyesi altında korunmaya ihtiyaç duyduğu açıktır. Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle; dijital platform çalışmalarında bağımlılık unsuru tespit edilirken işletme riskinin gönüllü olarak üstlenilip üstlenilmediği dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak kanaatimizce platform çalışanlarının karine olarak işçi kabul edilmesi, aksini iddia eden platformlarınsa kanunen çizilecek sınırlar dahilinde iddialarını ispat etme imkânı verilmesi iş hukukunun amacına uygun düşmektedir¹⁷⁶.

Görüşümüze benzer bir şekilde Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi başlıklı AB Direktifi m.5'te platform çalışanlarının yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesine katkıda bulunmak amacıyla üye devletlerin platform çalışanlarının istihdam statülerinin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, çalışanların karine olarak bir iş ilişkisi içinde olduğunun kabul edilmesini önermektedir. Bu bağlamda, platform çalışmasında platformun kontrol veya yönlendirmeye işaret eden olguların varlığı halinde üye devletlerin mevzuatında tanımlanan şekilde bir iş ilişkinin olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁷.

SONUÇ

İş ve sosyal güvenlik hukukunda dijital platform çalışanlarının hukuki statüsü ülkemizde ve uluslararası düzeyde sıklıkla tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dijital platformların çeşitliliği nedeni ile platform bünyesinde çalışan bir kişinin işçi mi bağımsız çalışan mı olduğunun tespiti güçlük arz etmektedir. Bu nedenle öğretilde konu ile ilgili yapılan çalışmalarda mecburen platform türlerinin en çok bilinenleri ele alınarak çalışanların hukuki statüsüne yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır.

¹⁷⁶ Platform çalışanlarının kanuni karine olarak işçi sayılması yönündeki benzer bir görüş için bkz. BAYCIK / CİVAN / TOLU YILMAZ / BOSNA, s. 792.

¹⁷⁷ Bkz. EUROPEAN PARLIAMENT, Art. 5.

Bizse çalışmamızda “bir platform türü” üzerinde durmaktan kaçınarak daha geniş bir perspektiften dijital platformların göz ardı edilen ve Sanayi Devrimi dönemindeki çalışma koşullarını andıran iki özelliğinden hareket ederek platform çalışmalarına farklı bir açıdan bakmayı amaçladık. Hareket noktamızı, platformların işçiyi iş ilişkisindeki zayıf konumundan ötürü korumayı amaçlayarak doğmuş ve gelişmiş iş hukuku normlarını dolanmak üzere tasarlanması oluşturmuştur. Bu bağlamda emeğin görünmez kılındığı yeni bir çalışma alanının yaratılması ve sonucunda çalışanların işçi mi bağımsız çalışan mı sayılacağı tartışmasının ötesinde henüz insan sayılmadıkları mekanik insandışılaştırma kavramı incelenmiştir. Görünmez emek ve mekanik insandışılaştırmanın dijital platform çalışmalarında ayrıntılı olarak incelenmesi söz konusu platformlara karşı korunma ihtiyacı bulunan kişileri iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alma gerekliliğini açıklığa kavuşturmaktadır. Dolayısıyla bir çalışanın işçi mi bağımsız çalışan mı olduğunun tespit edilmesinde başvurulan bağımlılık unsurunun belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin yeni gelişmelere uyarlanarak farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

İş hukuku normlarını dolanmak üzere tasarlanan platform çalışmalarında çalışanların hukuki statüsü belirlenirken gözetilmesi gereken en temel nokta bir çalışanın hukuki statüsünü işçi veya bağımsız çalışan olarak nitelendirmemizin sebebinin ne olduğuna ilişkin yanıttır. Zira işçi statüsünde iş hukukunun koruyucu hükümlerine ihtiyaç duyan kimse söz konusu olup, bağımsız çalışanın işçiye göre daha az korumaya ihtiyaç duyduğu varsayıldığı için iş hukukunun konusunu sadece bağımlı çalışanlar oluşturmaktadır. Bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmada yararlanılan en önemli ölçütlerden biri ise işletme riskinin üstlenilmesidir. İşletme riskini kimin üstlendiği aslında kimin iş hukuku normları çerçevesinde korunmaya ihtiyaç duymadığını gösterir.

Dijital platform çalışmaların işletme riskinin üstlenilmesi ölçütüne dayanılarak çalışanların işçi mi bağımsız çalışan mı olduğu ayrımında isabetli olmayan bir şekilde platformun dayattığı sözleşme hükümleri değerlendirilerek sonuca varılmaktadır. Bu noktada doğru bir sonuca ulaşabilmek için işletme riskinin içeriğini incelememiz gerekmektedir. İşletme riski; gelir elde etme noktasında kişiye kâr ve zarara kendi özgür iradesi ile katlanma imkânı verse de bu kâr ve zarara yönelik çalışmalarda bulunmak için bir hareket serbestisi de sağlar. Başka bir ifadeyle işletmesinin daha çok kâr elde edebilmesi, yeni iş imkânları yaratması, yatırım yapabilmesi gibi hususlarda karar alma veya bir zarar tehlikesi doğduğunda bu zararı bertaraf etmek üzere birtakım önlemler alma gibi bir hareket kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Zira iş hukukunda bağımlılık unsurunun tespitinde yararlanılan işletme riskinin üstlenilmesi ölçütü “gönüllü” olarak üstlenmeyi içerir. Gönüllü üstlenme de kişilere ticari ve finansal riskleri yayma kabiliyeti sağlar. Dijital platform çalışmalarında ise ne yazık ki klasik istihdam ilişkilerinde uyguladığımız işletme riskinin üstlenilmesi ölçütünün etkin olmadığı görülmektedir.

Dijital platformlarda platformlar tarafından bağımsız çalışan olduğu iddia edilen kişiler, bağımsız çalışmaya özgü pek çok riski üstlenmesine rağmen bu statünün sunduğu avantajlardan yararlanamamaktadır. Kendi iş stratejileri üzerinde kontrol sahibi olamama, maliyetlerin yanı sıra ödeme ile ilgili riskleri de üstlenmeleri, hatta kimi platformlarda çalışmalarının karşılığında herhangi bir ödeme almamalarının normleştirilmesi, işi kabul veya reddetme imkânının olduğunun sözleşmelerde belirtilmesine karşın uygulamada işi reddeden çalışanlara platformlar tarafından yaptırım uygulanması, sermayelerini çeşitlendirme imkânlarının bulunmayışı gibi işletme riskinin dijital platformlarda çalışanlar bakımından görünüm biçimidir. Bu görünüm biçimlerine bakıldığında açıkça anlaşılmaktadır ki dijital platform çalışmalarında işletme riskini üstlendikleri iddiası ile bağımsız çalışan olarak nitelendirilen çalışanlar bu statünün sağlaması gereken avantajların hiçbirinden yararlanamamaktadır.

Dijital platformlarda işletme riskinin gönüllü üstlenilmesi söz konusu olmayıp artık işletme riskini platform çalışanlarının üstlendiği bahisle bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bağımlılık unsuru tespit edilirken dijital platformların dayattığı sözleşmelerdeki hususların değil “olguların gerçekliğinin” dikkate alınması gerekmektedir. İşletme riskini üstlendiği iddia edilen platform çalışanlarının bağımsız çalışan olmanın getirdiği avantajlardan yararlanması

gerekmekteyse de çalışanlara platformlar aracılığı ile işletme riski “aktarılmaktadır”. Dolayısıyla özgür iradeleriyle değil gönülsüz olarak üstlenilen işletme riskinin platform çalışanlarını bağımsız çalışan olarak nitelendirmeye yetmeyeceğinin işareti olarak yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz. Aksine görünmez emek ve mekanik insandışılaştırma gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin ihlali ile karşı karşıya kalan çalışanların iş hukuku normları ile korunma ihtiyacının yanı sıra olguların önceliği ilkesi dikkate alınarak bağımlılık unsurunun tespit edilmesiyle karine olarak işletme riskini gönülsüz üstlenen kişilerin işçi sayılması isabetli olacaktır. Aksini iddia eden platformların ise bu iddialarını kanıtlamaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Banu: “İnsanın İnsana Ettiği: İnsandışılaştırma”, *Çalışma ve Toplum*, 2024, Cilt 3, Sayı 82, s. 963-992.
- ADAMS, Zoe / BARNARD, Catherine / DEAKIN, Simon / FRASER BUTLIN, Sarah: *Deakin and Morris' Labour Law*, 7. Baskı, Hart Publishing, Oxford-New York, 2021.
- AHRENDT, Martina / KOCH, Ulrich / LINCK, Rüdiger / RINCK, Ursula / RENNPFERDT, Maren / TREBER, Jürgen / VOGELSANG, Hinrich (Hrsg.): *Schaub Arbeitsrecht-Handbuch*, 20. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, Schaub Arbeitsrecht-Handbuch).
- AKYİĞİT, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra / ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda: *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 87-124.
- ARICI, Kadir: *Türk İş Hukuku I- Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- AYKAÇ, Hande Bahar: “Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı ile Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra / ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda: *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 195-238.
- BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku: Çalışanların Hakları ve Sorunları*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 17, s. 175-198 (Avukatla Bağtlanan Sözleşme).
- BAŞTERZİ, Süleyman: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 21-141 (Değerlendirme).
- BAYCIK, Gaye / CİVAN, O. Ersun / TOLU YILMAZ, Hazal / BOSNA, Berrin: “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 713-801.
- BELL, Chris. M. / KHOURY, Careen: “Dehumanization, Deindividuation, Anomie and Organizational Justice”, (Ed.) GILLILAND, Stephen / STEINER, Dirk / SKARLICKI, Daniel: *Emerging Perspectives on Organizational Justice and Ethics, Research in Social Issues in Management*, Information Age Publishing, Greenwich, Conn, 2011, s. 169-200.
- BERGER, Christian / RISAK, Martin Gruber: *Plattformarbeit in der EU*, AK Policy Paper, Wien, 2021.
- BRISON, Noémie / LAGIOS, Constantin / CAESSENS, Gaëtane / STINGLHAMBER, Florence: “Working Like a Machine or a Beast: Exploring Mechanistic and Animalistic Dehumanization in Organizations”, *TPM- Testing, Psychometrics, Methodology in Applied Psychology*, 2023, Cilt 30, Sayı 2, s. 119-140.
- CALO, Ryan / ROSENBLAT, Alex: “The Taking Economy: Uber, Information and Power”, *Columbia Law Review*, 2017, Cilt 117, Sayı 6, s. 1623-1690.
- CHERRY, Miriam A.: “Virtual Work and Invisible Labor”, (Ed.) POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: *Invisible Labor, Hidden Work in the Contemporary World*, University of California Press, Oakland, 2016, s. 71-86 (Invisible Labor).
- CHERRY, Miriam: “A Taxonomy of Virtual Work”, *Georgia Law Review*, 2021, Cilt 45, Sayı 4, s. 951-1013 (A Taxonomy).
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.

- DANIELS, Arlene Kaplan: “Invisible Work”, *Social Problems*, 1987, Cilt 34, Sayı 5, s. 403-415.
- DÄUBLER, Wolfgang: “Employed or Self Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: Working People in Germany”, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, 1999, Cilt 21, Sayı 1, s. 77-98.
- DAVIDOV, Guy: “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection”, *The University of Toronto Law Journal*, 2002, Cilt 52, Sayı 4, s. 357-418.
- DE STEFANO, Valerio: “Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards”, *International Labour Review*, 2021, Cilt 160, Sayı 3, s. 387-406.
- DE STEFANO, Valerio: *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, International Labour Office, Geneva, 2016 (The rise of the «just-in-time workforce»).
- DEAKIN, Simon: “The Legal Framework of Employment Relations”, *Centre for Business Research, University of Cambridge*, 2007, Working Paper No. 349.
- DELFANTI, Alessandro: *The Warehouse: Workers and Robots at Amazon*, Pluto Press, London, 2021.
- DEMERY, Vera / RUSCHE, Christian: *The Economics of Platforms*, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Köln, 2018.
- DOĞAN, Sevil: *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DULAY YANGIN, Dilek: “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1209-1237.
- ELBİR, Halid Kemal: *İş Hukuku*, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- ENGLAND, Christy / TOBIAS, Paul H.: *The Gig Economy by the Numbers*, 2023 (https://niwr.org/wp-content/uploads/2024/01/Gig-Economy-By-The-Numbers_The-Institute_2023.pdf, ET: 18.12.2024).
- ERDENK, Erdem: *İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- EROL, Abdullah: *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021.
- ESENER, Turhan: *İş Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- EUROFOUND: *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.
- EUROPEAN PARLIAMENT: *Directive (EU) 2024/2831: Improving working conditions in platform work*, 2024 (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj/eng>, ET: 23.01.2025).
- FELSTINERT, Alek: “Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 2011, Cilt 32, Sayı 1, s. 143-203.
- FISCHELS, André: *Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung*, Nomos Verlag, Münster, 2018.
- FREY, Carl Benedikt / OSBORNE, Michael A.: “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, *Technological Forecasting & Social Change*, 2017, Sayı 114, s. 254-280.
- GASTELL, Roland: *Scheinselbständigkeit und Arbeitnehmerbegriff: Bekämpfung der Scheinselbständigkeit durch eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs?*, Dissertation, Fachbereich Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Lüneburg, Lüneburg, 2001.
- GEORGIU, Despoina: “‘Business Risk-assumption’ as a Criterion for the Determination of EU Employment Status: A Critical Evaluation”, *Industrial Law Journal*, 2022, Cilt 51, Sayı 1, s. 109-137.
- GEORGIU, Despoina: “Digital Platforms and World of Work: Towards of Fairer Re-Distribution of Risks”, *7th Conference of the Regulating for Decent Work Network Virtual Conference*, International Labour Office, Geneva, 2021 (<https://www.ilo.org/media/85556/download>, ET: 07.01.2024) (Digital Platforms).
- GÖRMÜŞ, Ayhan: “Gig Ekonomisinde İstihdam ve Endüstri İlişkileri: İstihdam Statüsünden Kaynaklanan Zorluklar”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 227-244.

- GRUSZKA, Katarzyna / BOHM, Madeleine: “Out of sight, out of mind? (In)visibility of/in platformmediated work”, *New Media & Society*, 2022, Cilt 24, Sayı 8, s. 1852-1871.
- GÜZEL, Ali / HEPER, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! ...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, *Çalışma ve Toplum*, 2017, Cilt 52, Sayı 1, s. 11-58.
- GÜZEL, Ali: “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s. 83-126.
- HASLAM, Nick: “Dehumanization: An Integrative Review”, *Personality and Social Psychology Review*, 2006, Cilt 10, Sayı 3, s. 252-264 (An Integrative Review).
- HASLAM, Nick: “What is Dehumanization?”, (Ed.) BAIN, Paul G. / VAES, Jeroen / LEYENS, Jacques-Philippe: *Humanness and Dehumanization*, Routledge, New York, 2014, s. 34-48.
- HATTON, Erin: “Mechanisms of invisibility”, *Work, Employment & Society*, 2017, Cilt 31, Sayı 2, s. 336-351.
- HERSCHEL, Wilhelm: “Die typologische Methode und das Arbeitsrecht”, (Hrsg.) BALLERSTEDT, Kurt / FRIESENHAHN, Ernst / NELL-BREUNING, Oswald v.: *Recht und Rechtsleben in der Sozialen Demokratie: Festgabe für OUo Kunze zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, s. 225-242.
- HROMADKA, Wolfgang / MASCHMANN, Frank: *Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht*, 6. Baskı, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015.
- HROMADKA, Wolfgang: “Arbeitnehmer und Arbeitsrecht Zur Diskussion um die neue Selbständigkeit”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 1997, Sayı 11, s. 569-580.
- ILO: *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Geneva, 2016 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_534326.pdf, ET: 23.12.2024).
- ILO: *Realizing decent work in the platform economy*, International Labour Conference 113th Session 2025, Geneva, 2024.
- IRANI, Lilly C. / SILBERMAN, M. Six: “Turkopticon: Interrupting Worker Invisibility in Amazon Mechanical Turk”, *CHI’13 Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, Paris, 2013, s. 611-620.
- İZVEREN, Adil: *İş Hukuku (I, II, III)*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974.
- JOHNSTON, Hannah / CAIA, Alina / SILBERMAN, Michael “Six” / CEREMIGNA, Monica / HERNANDEZ, Diego / DUMITRESCU, Valerica: *Working on digital labour platforms a trade union guide for trainers on crowd- app- and platform-based work*, ETUI aisbl, Brussels, 2020.
- KIEL, Heinrich / LUNK, Stefan / OETKER, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I*, 6. Baskı, Verlag C.H. Beck, München 2024 (Yazar, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd.1).
- KILIÇ, Cem: “Dijitalleşmenin İşGücü Piyasasına Etkileri”, *Kamu-İş*, 2019, Cilt 14, Sayı 4, s. 15-19.
- KOCHER, Eva: *Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law: Regulating Market Organisers*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2022.
- KONTLER, László: “‘Humanity’ And Its Limits in Early Modern European Thought”, (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 52-63.
- KRONFELDNER, Maria: “Introduction”, (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 1-36.
- KUTLU, Merve: “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2, s. 271-310.
- KÜÇÜK, Doğan: *Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Baskı, Springer, Berlin-Heidelberg, 1992.

- MARTINEK, Michael / SEMLER, Franz-Jörg / FLOHR, Eckhard (Hrsg.): *Handbuch Vertriebsrechts*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2024 (Yazar, Handbuch Vertriebsrechts).
- MARTINEK, Michael: *Moderne Vertragstypen Band II: Franchising, Know-How Verträge, Management und Consultingverträge*, C.H. Beck Verlag, München, 1992.
- MARVIT, Moshe Z.: “How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine”, *The Nation*, 2014 (<https://www.thenation.com/article/archive/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>, ET: 02.01.2024).
- MIKKOLA, Mari: *The Wrong of Injustice: Dehumanization and Its Role in Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022.
- MONTAGU, Ashley / MATSON, Floyd: *The Dehumanization of Man*, McGraw-Hill Book, New York, 1983.
- MÜLLER-GLÖGE / PREIS, Ulrich / GALLNER, Inken / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2025.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- OECD / ILO / EUROPEAN UNION: *Handbook on Measuring Digital Platform Employment and Work*, OECD Publishing, Paris, 2023.
- ÖZDEMİR ERTÜRK, Olgı: “Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 9, Sayı 2, s. 689-740.
- POLLMAN, Elizabeth / BARRY, Jordan M.: “Regulatory Entrepreneurship”, *Southern California Law Review*, 2017, Cilt 90, s. 383-448.
- PONGRATZ, Hans J.: “Plattformarbeit: Zwischenbilanz und Perspektiverweiterung”, *WSI-Mitteilungen*, 2023, Cilt 76, Sayı 5, s. 355-364.
- POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: “Introduction: Conceptualizing Invisible Labor”, (Ed.) POSTER, Winfred R. / CRAIN, Marion G. / CHERRY, Miriam A.: *Invisible Labor, Hidden Work in the Contemporary World*, University of California Press, Oakland, 2016, s. 1-27.
- PRASSL, Jeremias: *Human as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- SAKOWSKI, Klaus: *Arbeitsrecht*, 3. Baskı, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2022.
- SARGEANT, Malcolm / LEWIS, David: *Employment Law*, 8. Baskı, Pearson Education Limited, Harlow, 2014.
- SAXTON, Gregory D. / OH, Onook / KISHORE, Rajive: “Rules of Crowdsourcing: Models, Issues, and Systems of Control”, *Information Systems Management*, 2013, Cilt 30, Sayı 1, s. 2-20.
- SCHMIDT, Florian A.: *Digital Labour Markets in the Platform Economy Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Friedrich-Ebert-Stiftung Projekt, Bonn-Berlin, 2017.
- SCHOLZ, Trebor: *Überworked and Underpaid: How workers are disrupting the digital economy*, Polity Press, Cambridge, 2017.
- SCIANNAMBLO, Mariacristina: “Caring Technologies: Confronting Invisible Work in Digital Capitalism”, *Sociology Compass*, 2024, Cilt 18, Sayı 9, s. 1-9.
- SMITH, David Livingstone: “Paradoxes of Dehumanization”, *Social Theory and Practice*, 2016, Cilt 42, Sayı 2, s. 416-443.
- SÖZER, Ali Nazım: “Hizmet (Emek) Platformlarının ve Çalışanlarının Hukuki Konumu (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 71, s. 967-1062.
- SRNICEK, Nick: *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2017.

- STUURMAN, Siep: “Dehumanization Before the Columbian Exchange”, (Ed.) KRONFELDNER, Maria: *The Routledge Handbook of Dehumanization*, Routledge, New York, 2021, s. 39-51.
- SÜMER, Halûk Hadi: “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 19, s. 63-73 (Bağımlılık Unsuru).
- SÜMER, Halûk Hadi: *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ŞAKAR, Müjdat: *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- TICONA, Julia / MATEESCU, Alexandra: “Trusted strangers: Carework platforms’ cultural entrepreneurship in the ondemand economy”, *New Media & Society*, 2018, Cilt 20, Sayı 11, s. 4384-4404.
- TOLU YILMAZ, Hazal: *Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- UŞAN, Fatih: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- VAN DOORN, Niels: “Platform Labor: On the Gendered and Racialized Exploitation of Low-Income Service Work in the ‘On-Demand’ Economy”, *Information, Communication & Society*, 2017, Cilt 20, Sayı 6, s. 898-914.
- WACKERHAUSEN, Anne-Cathrine: “Dehumanization Clarified: What are We Talking About, When We Talk About Dehumanization?”, *Social Theory and Practice*, 2023, Cilt 49, Sayı 3, s. 543-577.
- WAHLSTRÖM, Mattias / TÖRNBERG, Anton / EKBRAND, Hans: “Dynamics of violent and dehumanizing rhetoric in far-right social media”, *New Media & Society*, 2021, Cilt 23, Sayı 11, s. 3290-3311.
- WALTERMANN, Raimund: *Arbeitsrecht*, 19. Baskı, Franz Vahlen Verlag, München, 2018.
- WANK, Rolf: “Diversifying Employment Patterns - the Scope of Labor Law and the Notion of Employees”, (Ed.) BLANPAIN, Roger / ARAKİ, Takashi / OUCHI, Shinya: *Labour Law in Motion: Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment*, Kluwer Law International, New York, 2005 (Diversifying Employment Patterns).
- WANK, Rolf: “Self-Employment in Germany and Austria”, *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*, 2023, Sayı 103, s. 121-164 (Self-Employment).
- WANK, Rolf: “Telearbeit”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZÄ)*, 1999, Sayı 5, s. 225-235 (Telearbeit).
- WANK, Rolf: *Arbeitnehmer und Selbstständige*, Verlag C.H. Beck, München, 1988 (Arbeitnehmer).
- YAYVAK NAMLI, İrem: “Dijital Çağda Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: Crowdfunding”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2019, Sayı 42, s. 128-143.
- YENİOCAK, Umut: *Franchise Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- YILDIZ, Gaye Burcu: “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Savaş Taşkent’e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 781-810 (Atipik Çalışma).
- YILDIZ, Gaye Burcu: “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2021, Sayı 46, s. 28-41.
- YILDIZ, Gaye Burcu: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 11-117.
- YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.



Mobbing Oluşturan Fiillerin Görevi Kötüye Kullanma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi^(*)



*Evaluation of Acts Constituted as Mobbing in Terms of Offense of Abuse of
Duty in Accordance*

Yağmur TEMİZ GÜL



Doktor Öğretim Üyesi

*Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

Mobbing,
Kamu Görevlisi,
Görevi Kötüye
Kullanma Suçu,
Yıldırma,
İş Yeri.

Öz

Mobbing Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Mobbing içeren bazı fiiller ise TCK'de ayrı suçlar olarak yer almaktadır. Cinsel taciz, hakaret, tehdit, ısrarlı takip, nefret ve ayrımcılık gibi suçlar mobbingin cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Ancak bazen mobbing içeren davranışlar bu suçların tanımına uymayabilir. Yani TCK'de tanımlanan suçlar her mobbing içeren davranışın karşılığı oluşturmayabilir. Mobbingin TCK'de düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği yönündeki tartışmaların gölgesinde kaldığı düşünülen, mobbingin görevi kötüye kullanma suçuyla ilişkisinin tartışıldığı bu çalışmada gerek bazı yargı kararlarında gerekse bazı akademik çalışmalarda yer verilen ancak daha detaylı incelenmesi gerektiği düşünülen, kamu görevlisinin mobbingi incelenmektedir. Mobbing, iş yaşamının en önemli sorunlarının başında gelmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarında mobbingin özel sektörden daha yaygın olarak uygulandığı ise bilinen bir gerçektir. Kamu görevlisinin uyguladığı mobbingin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağına ilişkin toplumsal bilincin yerleşmediği görüldüğü için bu çalışmayla hem bu gerçeğin altı çizilmek istenmiş hem de az sayıda olan yargı kararlarının sayıca artarak suçun, cezasız kalmamasına katkı sunması amaçlanmıştır.

Keywords

Mobbing,
Public Official,
Offense of Abuse of
Duty,
Intimidation,
Workplace.

Abstract

Mobbing is not regulated as a distinct offense under the Turkish Penal Code (TPC). However, certain acts involving mobbing are classified as separate crimes within the TPC. Offenses such as sexual harassment, insult, threat, persistent stalking, hate, and discrimination make it possible to penalize mobbing. However, in some cases, behaviours constituting mobbing may not fit the definitions of these offences, which means not every mobbing-related action may correspond to a crime as defined in the TPC. In this study, which examines the relationship between mobbing and the offense of abuse of duty-an issue considered to be overshadowed by the debate on whether mobbing should be regulated under the Turkish Penal Code (TPC)-the focus is on the mobbing conduct of public officials, which has been mentioned in some judicial decisions and academic studies but is thought to require more detailed analysis. Mobbing is among the most significant issues in professional life. It is a well-known fact that mobbing is more commonly practiced in public institutions and organizations than in the private sector. Given that there is a lack of societal awareness regarding whether mobbing by public officials constitutes the crime of abuse of office, this study aims to emphasize this reality and contribute to the increase in the number of judicial decisions, thereby ensuring that the crime does not go unpunished.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 21.04.2025, Kabul Tarihi: 03.06.2025.



GİRİŞ

Geçmişten günümüze çalışmak, insanın hayatını sürdürebilmesi için vazgeçemeyeceği bir olgudur. İnsan haklarında yaşanan tüm gelişmelerle birlikte çalışma hayatı da hukuk kurallarıyla koruma altına alınmıştır. İş hukuku kurallarıyla işçi ve işveren arasındaki ilişkiler düzenlenmektedir. Ancak iş hayatı sadece çalışma kuralları ve ücret ilişkilerinden ibaret olamayacak kadar karmaşıktır. İnsanların iş yerinde geçirdiği sürelerin uzaması, artan dünya nüfusu, çoğalan iş kolları ve teknolojik gelişmeler beraberinde rekabeti de getirmektedir.

Kişilerin, iş yerlerinde fiziksel ve ruhsal sağlıklarının bozulmaması için huzurlu ve güvenli bir çalışma ortamına sahip olmaları gerekir. Anayasa, çalışma hakkını koruma altına almıştır. İş yerlerinde sıkça gözlemlenen mobbinge karşı mücadele de bu anlamda oldukça önemlidir. Hukukumuzda mobbingi düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. 2011 tarihli Başbakanlık Genelgesi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan “İşyerlerinde Psikolojik Taciz El Kitabı”nda mobbing tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nda açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte mobbing sadece işçi için haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4’e göre işveren, işçinin iş yerinde sağlık ve güvenlik içinde çalışmasını sağlamakla yükümlüdür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) kişilik haklarını koruyan hükümlerle de mobbinge mücadele edilebilmesi mümkündür. TBK m. 417/1’e göre işveren, işçinin iş yerinde psikolojik tacize uğramasını engellemek amacıyla önlemler almalıdır.

Çalışmamız ise mobbingin cezalandırılabilirliğinin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında tartışılmasını amaçlamaktadır. Mobbing içeren sistematik davranışlar, TCK’de tanımlanan suçlardan birini oluşturuyorsa ancak oluşan ilgili suçlardan ceza verilmesi mümkündür. Mobbing içeren her davranış ise TCK’de düzenlenmemiştir. Cebir, tehdit, hakaret, ısrarlı takip, eziyet gibi suçlar mobbing sürecinde sıkça karşılaşılan suçlar olmakla beraber her mobbing içeren davranış suç olarak tanımlanmamıştır. Yüksek sesle ya da bağırarak konuşmak, sürekli eleştirmek, iş yaşamına ait başarılarını görmezden gelerek çalışanın başarısız olduğu algısını oluşturmak, izin haklarını gereği gibi kullandırmamak, çalışan hakkında dedikodu yapmak, asılsız söylentiler çıkarak itibarsızlaştırmak gibi pek çok davranışla da mobbing gerçekleşebilir. Mobbing ve ceza hukuku ilişkisi, hukukumuz açısından mobbingin suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği noktasına yoğunlaşmıştır. Bu nedenle TCK’de düzenlenen bazı suçların mobbinge ilişkisi yeteri kadar açıklanamamıştır. Çalışmamız böyle bir suç olduğu düşünülen, görevi kötüye kullanma suçu ve mobbing ilişkisini detaylı olarak incelemeyi amaçlamaktadır.

Mobbingin daha çok özel sektörde yaşanabileceği yönündeki yanlış algının etkisiyle kamu kurumlarında yaşanan mobbing vakalarının daha az dikkat çektiğini düşünerek çalışmamızda kamu görevlilerinin iş yerlerinde uyguladığı mobbingin, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağının, böylece cezalandırılabilir olduğunun altını çizmeye çalışacağız.

I. MOBBİNG

A. Mobbing Kavramı

İçinde bulunduğumuz dönemde, insanların iş yerinde daha fazla zaman geçirmesi yani iş hayatının, en az sosyal hayat kadar hayatımızda yer alması nedeniyle kişilerin çalışırken kendini mutlu ve huzurlu hissetmesi ayrıca önemli hale gelmiştir. İş yerinde kişiler arası ilişkilerin iyi olması ve sağlıklı bir çalışma ortamı hem iş motivasyonunu hem de kişilerin ruhsal sağlıklarını koruyabilmesi için önemlidir. Mobbing farkındalığı son yıllarda artış gösterse de esasen her ülkede, iş kolunda ve iş yerinde karşılaşılan yaygın bir kavramdır¹.

Mobbing, Latince “*mobile vulgus*” kelime kökeninden gelmektedir. Kavramın karşılığı, “*kararsız kalabalık, şiddete eğilimli kitle*”dir. “*Mob*” ise “*bir yerde toplanmak, saldırmak ve rahatsız etmek*” anlamları-

¹ YELGEÇEN TİGREL, Elvin / KÖKALAN, Özgür: “Academic Mobbing in Turkey”, *World Academy of Science, Engineering and Technology*, 2009, Cilt 3, Sayı 7, s. 1473.

na gelmektedir². Mobbing terimi, saldırmak ve iş yerinde fiziksel egzersizi temsil etmek anlamına gelen İngilizce “to mob” kelimesinden türemektedir. İlk olarak 1963 yılında *Konrad Lorenz* tarafından kullanılan “mobbing” terimi, hayvan davranışlarını tanımlamak için kullanılmıştır. Mobbing, tek başına ele alındığında önemsiz gibi görünen, ancak sürekli tekrarlandığında tehlikeli etkileri olan düşmanca eylemlerden oluşur³. Mobbing, bir veya birden fazla kişinin saldırganca tavırlarla hedef alınan kişiyi, yalnız ve savunmasız hale getirmesi olarak da tanımlanabilir⁴. Mobbing iş yeri zorbalığı olarak da bilinmektedir. Mobbing, “birine karşı çeteleşme” veya “psikolojik terör” olarak da adlandırılmaktadır⁵. “İş yeri zorbalığı” deyiimi Avrupa’da daha yaygın kullanılırken mobbing Orta Avrupa ve İskandinavya’da daha çok tercih edilir⁶.

Mobbing; yaş, cinsiyet, ırk, inanç, milliyet, engellilik veya hamileliğe dayalı belirli bir ayrımcılıktan farklı olarak “herhangi birine” karşı taciz edici, istismar edici ve genellikle terörize edici davranışlar kullanılarak yapılan saldırganlıktır⁷. İş yerinde yaşanan mobbingi tanımlamak ve sınırlandırmak, etkilerini belirlemek kolay değildir. Mobbingin tanımları da kişiden kişiye değişmekte, tanımlara yeni fiiller eklenmektedir⁸. Ancak mobbing içeren davranışlar genel olarak şu şekildedir: İş için yeterli çaba gösterilmediği iddiasıyla kişiyi suçlamak, yapabileceğinden daha fazla iş vermek, küçük düşürmek, aşağılamak, bitirilmesi mümkün olmayan sürede işleri bitirmesini istemek, hakaret etmek, fiziksel şiddet uygulamak veya tehdit etmek, kişiyi yok saymak, kişi hakkında gerçek olmayan iddialarda bulunmak, kişiyi telefonla sürekli rahatsız etmek, kişinin yaptığı işleri sürekli eleştirmek ve konuşmasını kesmek⁹ gibi davranışlar, mobbing olarak tanımlanabilir¹⁰. Benzer şekilde iş arkadaşlarının önünde sürekli azarlamak veya eleştirmek, saldırgan bir dil kullanmak, önemsiz şeyleri büyütme, aşırı izlemek ve kişiden işiyle ilgili bilgi saklamak gibi davranışlarla da mobbing gerçekleştirilebilir. Kişinin kişisel ve mesleki performansına yönelik ısrarlı saldırılar çoğunlukla bir kindarlık kampanyasına dönüşür; telefon görüşmeleri engellenir veya dinlenir, postalarına müdahale edilir, masa ve ofis düzenlemeleri değiştirilir, izin veya eğitim talepleri herhangi bir açıklama yapılmaksızın engellenir. Toplantılardan dışlanma ve sorumlulukların kaldırılması ya da azaltılması, aşağılamak, zayıflatmak ve kişinin katkısını önemsizleştirmek ve hiçbir durumda ödüllendirmemek şeklinde de mobbing içeren davranışlar görülebilir¹¹. Kişinin kovulmasına, dışlanmasına, istifa etmesine neden olarak kişiyi bezdirmeye ve çaresiz hissettirmeye yönelik eylemler mobbing olarak değerlendirilebilir¹². İş yerinde yaşanan mobbing kişinin sosyal hayatında da olumsuz sonuçlar doğurarak kişinin ruhsal çöküntüye sürüklenmesine neden olabilir¹³. Bunların sonucunda özgüven sorunları yaşayan kişi, günlük hayatını tek başına sürdüremez hale gelebilir¹⁴.

² COGENLI, M. Zahid / BARLI, Önder: “The Exposure of Psychological Violence (Mobbing) in Universities and an Application to the Academicians”, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 2013, Sayı 93, s. 1174.

³ PASCU, Roxana Diana: “The Phenomenon of Mobbing”, *Research and Science Today*, 2015, Cilt 9, Sayı 1, s. 147.

⁴ Bkz. <https://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (ET: 04.08.2024).

⁵ LEYMAN, Heinz: “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces”, *Violence and Victims*, 1990, Cilt 5, Sayı 2 (Terror at Workplaces), s. 119.

⁶ MATTHIESEN, Stig Berge: *Bullying at work Antecedents and outcomes*, Doktora Tezi, University of Bergen, Bergen, 2006, s. 25.

⁷ DAVENPORT, Noa Zanolli / SCHWARTZ, Ruth Distler / ELLIOT, Gail Pursell: *Mobbing Emotional Abuse in the American Workplace*, Civil Society Publishing, United States of America, 1999, s. 34.

⁸ YELGEÇEN TİGREL / KÖKALAN, s. 1474.

⁹ ILO: *Violence and Harassment at Work: A Practical Guide for Employers*, 2022 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_dialogue/%40act_emp/documents/publication/wcms_857915.pdf, ET: 25.04.2025), s. 11.

¹⁰ SOLMUŞ, Tarık: “İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz (Mobbing)”, *İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, 2005, Cilt 7, Sayı 2, s. 6-7.

¹¹ ADAMS, Andrea: “Bullying at Work”, *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 1997, Cilt 7, s. 178. Benzer yönde bkz. LEYMAN, *Terror at Workplaces*, s. 121. Farklı iş kollarında mobbingin varlığını gösteren detaylı araştırmalar için bkz. MIKKELSEN, Eva Gemzøe / EINARSEN, Ståle: “Bullying in Danish Work-Life: Prevalence and Health Correlates”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2001, Cilt 10, Sayı 4, s. 399.

¹² POLAT, Oğuz: *Adli Psikolojiye Giriş*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 242.

¹³ TINAZ, Pınar: “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006, Cilt 3, s. 17.

¹⁴ TINAZ, s. 18. Bkz. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ KADIN ERKEK FIRSAT EŞİTLİĞİ KOMİSYONU: *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu*, 2010 (https://www5.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, ET: 04.08.2024), s. 34. Yargıtay, 22. HD, T. 16.06.2014, E. 2013/14296, K. 2014/17345 (Lexpera): “Mobbinge maruz kalan

Mobbing bir kişi tarafından uygulanabileceği gibi doğrudan bir kurumsal yapı tarafından yani örgütsel olarak da uygulanabilir¹⁵. Bu durumda uygulanan baskı, yıldırma politikası kişiler arasında değil yönetim yapısı ile çalışanlar arasında yaşanır¹⁶.

Mobbingin taciz, zorbalık gibi kavramlarla bir arada kullanılması mobbingin diğer kavramlardan ayırt edilmesini zorlaştırmaktadır. Öncelikle mobbingin farkı, fiziksel şiddetten çok psikolojik şiddet içermesidir¹⁷. Taciz ve zorbalık hem çocuklar hem de yetişkinler arasında yaygın olmakla birlikte mobbing daha çok yetişkin ilişkilerinde görülür¹⁸. Çocukluk yıllarında zorba olarak değerlendirilen kişilerin yetişkinlik döneminde iş ortamında mobbing uygulamaları muhtemel olabilir¹⁹.

Zorbalık ve taciz, bir kişi ya da grubun, başka bir kişi ya da gruba bir süre devam edecek şekilde olumsuz davranışlar (cinsel taciz, eziyet, sosyal dışlama, saldırgan sözler, fiziksel istismar veya benzeri) sergilemesi halinde söz konusudur. Bu olumsuz davranışları sergileyenler, bu davranışlara maruz kalanlardan daha güçlü olmalıdır. Aynı güce sahip kişi ya da kişiler arasında yaşanan veya yalnızca bir kez gerçekleşen olumsuz davranış, zorbalık olarak değerlendirilemez²⁰. Taciz ve zorbalığa ilişkin literatür daha eski dönemlerde oluşmaya başlamış ancak bu davranışlarla aynı sonuçları doğuran mobbing, diğer kavramlara göre daha geç fark edilmiştir²¹.

B. Mobbingin Nedenleri ve Sonuçları Üzerine

Mobbinge ilişkin ilk araştırmalar; İskandinavya, Birleşik Krallık, Hollanda ve Almanya’da ortaya çıkmış ve son zamanlarda kavrama olan ilginin artmasıyla Güney Afrika, Avustralya, ABD ve Güneydoğu Avrupa ülkelerinde de konuya ilişkin araştırmalar artmıştır²².

Mobbingin nasıl gerçekleştiği üzerine yapılan araştırmalar mobbing uygulayanların farklı yöntemleri olduğunu göstermektedir. Bazı kişiler, mobbing içeren davranışları herkesin önünde gerçekleştirmekten ve bu davranışların yarattığı korkuyu ve gerginliği herkesin hissetmesinden memnun olurlar. Bazıları ise تنها ve tanısız ortamda, genellikle kapalı kapılar ardında mobbing uygulayan, hedef olarak ise işinde yetkin kişileri seçen ve sürekli haksız eleştiriler yoluyla mobbing yapan kişilerdir ve bu tür mobbingin ispatı oldukça güçtür. Farklı bir yöntemle, örneğin mağdurla iyi ilişkiler kurarak mağdurun güvenini kazanan ancak mağdurun arkasından yersiz dedikodular yayarak onu itibarsızlaştırarak mobbing yapanlar da bulunur. Son sırada ise çalışanın başarılı olmasının önüne türlü engeller koyarak yani işin tamamlanması için gerekli bilgi, olanak ve süre verilmesini önleyerek mobbing uygulayan kişiler yer alır²³.

bir kimsenin davranışlarında değişiklik meydana gelmesi, performansının düşmesi, moralinin bozulması, bazen endişeli, bazen öfkeli ve agresif tutumlar sergilemesi, bir kısım sağlık sorunları yaşaması, maruz kaldığı haksızlıkları bir kısım meslektaşlarıyla ve bir süre sonra işyeri yönetimiyle paylaşması, kendisine karşı mobbing yapan kişiye karşı gelmesi, direnmesi, bozulan davranış, performans ve iletişiminden dolayı ağır ithamlara ve eleştirilere maruz kalması doğaldır.”

¹⁵ AKYÜREK, Güçlü: “France Telecom Davası Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 106 vd.

¹⁶ EINARSEN, Ståle / HOEL, Helge / ZAPH, Dieter / COOPER, Cary L.: “The Concept of Bullying at Work: The European Tradition”, (Ed.) EINARSEN, Ståle / HOEL, Helge / COOPER Cary: *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace International Perspectives in Research and Practice*, CRC Press, London-New York, 2002, s. 13.

¹⁷ ERMUMCU, Senem: *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 10.

¹⁸ LEYMAN, Heinz: “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, Cilt 5, Sayı 2, s. 167. Benzer davranışlar için bkz. *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu*, s. 33-34. “İşyerinde Zorbalık terimi, İngiliz aktivist Andrea Adams tarafından 1992 yılında “İşyerinde Zorbalık” adlı kitabın yazılmasıyla ortaya atıldı. Okul zorbalığı ilk olarak 1970’lerin sonlarında Norveçli Olweus tarafından tartışıldı. Bu nedenle, 1980’lerin sonlarında İsveç’te çalışan Alman bilim insanı Heinz Leymann, işyerinde yetişkinlere yönelik kötü muamele hakkında ilk kez yazdığında, bunu çocuklara yönelik ve çocuklar tarafından yapılan zorbalıktan ayırmak için -Mobbing- terimini kullandı.”. Bkz. <https://workplacebullying.org/defined/> (ET: 19.08.2024).

¹⁹ MOTIN, Susan Hubbs: “Bullying or Mobbing: Is it Happening in Your Academic Library?”, *Library Faculty Publications*, 2009, s. 291.

²⁰ EINARSEN, Ståle: “Harassment and Bullying at Work: A Review of the Scandinavian Approach”, *Aggression and Violent Behavior*, 2000, Cilt 5, Sayı 4, s. 383-384.

²¹ MOTIN, s. 291.

²² PASCU, s. 147.

²³ Bkz. <https://workplacebullying.org/defined/> (ET: 19.08.2024).

Mobbingi uygulayan kişinin motivasyon kaynağının, genellikle kişisel bir kıskançlık olduğu iddia edilir. Mobbing uygulayan kişi, mağduru potansiyel bir rakip olarak görebilir ve bu nedenle onu yeter-siz göstermek için ona mobbing uygulayabilir. Bazen mağdurun diğer iş arkadaşları arasında fazla popüler olması dahi mobbing uygulayan kişi için yeterli olabilir²⁴.

Mobbing, mağdurun özgüvenini zayıflatır; uykusuzluk, stresle ilgili rahatsızlıklar, panik atak ve en önemlisi depresyona yol açar. İntihar düşünceleri bazen eyleme dönüşebilir. Bu durum sadece mobbing mağdurunu değil ailesini de etkileyen bir süreçtir²⁵. Ayrıca uyku bozukluğu, çarpıntı, kan basıncında artış, bağırsak sendromu, mide rahatsızlıkları, göğüs ağrıları ve baş ağrıları gibi fiziksel sağlık sorunları da mobbinge maruz kalan kişilerde görülmektedir²⁶.

Mobbingin iş yerine ve çalışanlara ciddi zarar verdiği konusundaki bilinç geç oluşmuştur. Çoğunlukla iş yerinde mobbinge uğrayan kişiye yönelik “Bu kadar alingan olma.”, “İş hayatı böyledir.”, “Mücadele edebilirsin.” gibi telkinler ve bu bakış açısı, mobbingin uzunca bir süre görmezden gelinmesine neden olmuştur²⁷. Mobbinge mücadelenin zor olmasının önemli bir nedeni mağdurların hukuki bir süreçten kaçınmasıdır. Mağdurlar; ödemeleri gereken krediler, işlerini kaybetme korkusu, ailelerini geçindirme sorumluluğuyla mobbinge karşı hukuksal bir mücadele vermek yerine kendilerini bu olumsuz süreçte katlanmaya zorlamaktadır. Mobbingi uygulayan kişiyle yüzleşmek istediklerinde ise süreç işten atılmayla sonlanmaktadır. Ayrıca sinsi ve ısrarlı yıpratma sürecini resmî bir şikayetle anlatmak zordur; diğer çalışanlar da işlerini kaybetme korkusuyla sessiz kalmakta, bu da ispatı oldukça zorlaştırmaktadır²⁸.

ABD’de yapılan bir araştırma, iş yerinde mobbinge maruz kalma ve tanık olma oranlarının oldukça yüksek olduğunu göstermiştir. Bu çalışma, mobbingi kadın ve erkekler bakımından incelediğinden önemlidir. Çalışma, mobbingin daha çok erkekler tarafından kadınlara uygulandığını göstermektedir. Mobbing uygulayan kadınlara bakıldığında ise kadınların kurban olarak yine kadınları tercih ettiği görülmüştür. Mobbing mağdurlarının yüzde 77’si, hemcinsleri tarafından mağdur edildiklerini bildirmiştir²⁹. Araştırmanın bir diğer önemli sonucu ise diğer çalışanların mağdurları görmezden gelme eğiliminde olduklarıdır. Mobbing sürecinin sona ermesi ise araştırmaya göre ancak mağdur işten ayrıldığı anda mümkün olmuştur³⁰.

Milano Bocconi Üniversitesi tarafından yapılan bir araştırma, İtalya ve diğer Avrupa ülkelerindeki mobbing mağdurları arasında önemli farklılıklar olduğunu ortaya koymuştur. Çalışma, İtalya’da mağdurların kadınlar (%51) ve erkekler (%49) arasında neredeyse eşit olarak bölündüğünü, Avrupa’nın diğer ülkelerindeyse mağdurların büyük kısmının kadın olduğunu ortaya koymuştur³¹.

Başka bir araştırmaya göre ise mobbingin kamu kurumları ve özel sektörde gerçekleşme biçimleri arasında da önemli bir fark olduğu tespit edilmiştir. Kamu sektöründe daha çok dedikodu, özel hayata müdahale ve çalışanı psikolojik olarak tedirgin edecek yanlış bilgilerin yayılması söz konusuyken;

²⁴ ADAMS, s. 178. Benzer yönde görüş için bkz. DAVENPORT / SCHWARTZ / ELLIOT, s. 58.

²⁵ ADAMS, s. 178.

²⁶ LORHO, Frank / HILP, Ulrich: *Bullying at Work*, European Parliament Directorate-General for Research, Working Paper, 2001 (https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/108_en.pdf, ET: 27.04.2025), s. 13.

²⁷ MOTIN, s. 291.

²⁸ ADAMS, s. 178.

²⁹ NAMIE, Gary: *2014 WBI U.S. Workplace Bullying Survey*, 2014 (<https://workplacebullying.org/multi/pdf/WBI-2014-US-Survey.pdf>, ET: 27.04.2015) (Workplace Bullying Survey), s. 5-7.

³⁰ NAMIE, *Workplace Bullying Survey*, s. 13-14. Kadınların daha fazla mobbinge maruz kaldığını gösteren başka bir araştırma için bkz. SALIN, Denise: “Prevalence and Forms of Bullying among Business Professionals: A Comparison of Two Different Strategies for Measuring Bullying”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2001, Cilt 10, Sayı 4, s. 432. Kadınların mobbing uygulama oranının daha fazla olduğu yönünde başka bir araştırma için bkz. NAMIE, Gary: “Workplace Bullying: Escalated Incivility”, *Ivey Business Journal*, 2003, Kasım-Aralık Sayısı, s. 1-2.

³¹ PAPARELLA, Domenico / RINOLFI, Vilma / CECCHINI, Fernando: *Increasing Focus on Workplace Mobbing*, 2004 (<https://www.eurofound.europa.eu/en/resources/article/2004/increasing-focus-workplace-mobbing>, ET: 19.08.2024).

özel sektörde daha çok sürekli rahatsızlık verme, iş yükünü artırma ve çalışanı istifaya teşvik edecek şekilde yalnızlaştırma söz konusudur³².

Mobbingin büyük iş yerlerinde daha sık görüldüğü belirlenmiştir. Mobbingin fiziksel şiddet veya cinsel taciz şeklinde nadiren gerçekleştiği, genellikle üstler tarafından mobbing yapıldığı, iş arkadaşları tarafından yapılan mobbingin daha çok özel hayatı irdeleme şeklinde yaşandığı belirtilmiştir³³.

Mobbingin önlenmesi amacıyla mağdurun başvurabileceği etkin hukuk yolları gereksinimi, bu durumun sadece mağdur açısından değil iş yaşamının korunması bakımından da önemli olduğunu göstermektedir³⁴.

Bazı kurumsal şirketler, mobbinge mücadele için şirket içi düzenlemelere özel hükümler koyarak süreci yönetmektedir. İşçinin, işverene mobbinge uğradığını bildirmesi sonrasında mobbing uygulayan kişinin işten çıkarılmasını öngören kurallar ya da mağdur iş yerinde çalışmaya devam etmek istemezse ona ayrıca tazminat ödenmesi gibi hükümler mücadelede önemlidir³⁵.

Mobbingin tüm sektörlerde görülen bir olgu olduğu ancak emir komuta zincirine dayalı merkeziyetçi ve unvan odaklı organizasyonlarda daha yaygın olduğu gözlemlenmiştir³⁶. İş yerinde psikolojik şiddet, mağdurların mobbinge mücadele edememesi durumunda mağdurların ruh sağlığı üzerinde derin ve ağır etkileri olan gizli bir sosyal tehlike olarak görülmektedir. Medeni toplumlarda sosyal politikanın amacı sadece kişisel istihdam yaratmak değil, bireyin sağlıklı, güvenli ve adil bir iş yerinde ve insan onuruna yaraşır bir çalışma ortamında çalışmasını sağlamaktır. Bu nedenle iş yerinde çalışanlar arasında veya işverenlerle çalışanlar arasında artan psikolojik şiddet, iş sağlığı ve güvenliği açısından açıkça görülemeyen bir risk oluşturmaktadır. Kişinin bu çaresizlik karşısında korku ve endişe ile yalnız başına mücadele edebilmesi zordur. Bu noktada en büyük sorumluluk, devlete düşmektedir³⁷.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Mobbing Düzenlemeleri

Fransa'da zorbalık "manevi taciz" olarak adlandırılmaktadır. Fransa'da, 2002 yılında yürürlüğe giren Sosyal Modernizasyon Kanunu "manevi taciz" ile mücadeleyi amaçlayan açık hükümler getirmiştir. Ardından İş Kanunu'nun bazı hükümleri de değiştirilerek manevi taciz kavramı getirilmiş ve manevi taciz vakalarının önlenmesi ve çözülmesinde sendikalara daha fazla yetki verilmiştir³⁸. İş Kanunu, "çalışma koşullarının kötüleşmesine yol açan ve mağdurun onuruna, fiziksel veya psikolojik sağlığına veya mesleki kariyerine zarar verme ihtimali olan tekrarlanan eylemler" olarak tanımlanan "manevi tacizi" yasaklamaktadır. İş Kanunu, bir yıl hapis ve para cezasını da içeren yaptırımlar öngörmektedir. Fransız hukukunun bir diğer özelliği de ceza hukukunun da mobbingi düzenlemesidir. İş Kanunu ile benzer şartlar altında, ancak failin iki yıla kadar hapis ve 30.000 avro para cezasına çarptırılabilen cezai bir yaptırım uygulamaktadır³⁹.

Belçika, mobbingi önlemek için özel kanunu olan bir başka ülke örneğidir. 2002 yılında iş yerinde şiddet, ahlaki taciz ve cinsel tacize karşı korunmayı amaçlayan bir yasa çıkarılmıştır. Fransa'daki özel kanuna benzer şekilde, Yasa işverenlerin iş yerinde bazı şiddet türlerinin yaşanma riskini azaltmak için

³² PAPARELLA / RINOLFI / CECCHINI.

³³ PAPARELLA / RINOLFI / CECCHINI.

³⁴ CALVIN, Dan: "Workplace Bullying Statutes and the Potential Effect on Small Business", *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal*, 2012, Cilt 7, Sayı 1, s. 191-192.

³⁵ LORHO / HILP, s. 16-18.

³⁶ SAYAN, Şule / DOĞAN KARABURUN, Derya / KARACA, Mustafa: "Psychological Violence in Business Life (Mobbing-Psychological Violence)", *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, 2017, Cilt 6, Sayı 3, s. 29.

³⁷ SAYAN / DOĞAN KARABURUN / KARACA, s. 29.

³⁸ PASCU, s. 147.

³⁹ Bkz. THOMAS, Philippe: *French Law Prohibiting Bullying in the Workplace*, 2013 (<https://www.thehrdirector.com/business-news/diversity-and-equality-inclusion/french-law-prohibiting-bullying-in-the-workplace/>, ET: 19.08.2024).

önleyici tedbirler almasını gerektirmektedir⁴⁰. Belçika Sosyal Ceza Kanunu m. 119’da iş yerinde manevi tacizin cezalandırılacağı hükmü yer almış, böylece mobbing bir suç olarak tanımlanmıştır⁴¹.

Almanya ise özel bir mobbing yasası olmadan, mevcut İş Kanunu ve Ceza Kanunu ile iş yerinde yöneticilerin yükümlülüklerini ayrıntılı olarak belirtmiştir. Almanya’da 1996 yılından bu yana toplu iş sözleşmeleri, iş yerinde psikolojik şiddeti önlemeye ve bununla mücadele etmeye yönelik kuralları ayrıntılı olarak içermektedir. Bu hükümlerin sözleşmelere eklenmesi, şirketlerin ekonomik başarısı için bir ön koşul olan olumlu bir çalışma ortamının sağlanması için gerekli görülmüştür⁴².

İtalya’da mobbing, ayrımcılık ve tacize atıfta bulunularak dolaylı olarak kanunla düzenlenmiştir. Ayrımcılık veya ayrımcılığın özel bir görünüşü olarak kabul edilen mobbing ve zorbalık nedeniyle mağdur olan kişiler, bağlı oldukları sendikalara başvurarak destek alabilir ve bu konuda uzman bir avukat tutabilirler. Mahkemede işverenin masum olduğunu ve o kişiye mobbing uygulamadığını kanıtlaması gerekir. Başka bir ifade ile mobbingi kanıtlaması gereken taraf mağdur değildir⁴³.

İngiltere’de ise 2010 yılında yürürlüğe giren ve özel bir kanun olan Eşitlik Yasası, ayrımcılığı detaylı bir şekilde düzenlemiştir. İş yerinde yaşanan mobbing için bu Kanun’un uygulanması mümkündür. Kanun’da taciz olarak tanımlanan bazı eylemler esasen mobbing içeren davranışlara karşı da koruma amacı taşımaktadır. Taciz tanımlanırken yer verilen ifadeler mobbingi de kapsamaktadır: “*Şikayetçinin onurunu zedeleyen veya şikayetçi için korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratma amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran istenmeyen davranışlar*.”⁴⁴

Avustralya’da mobbing aslında zorbalık başlığında düzenlenmiştir. 2013 tarihli Adil İş Değişikliği Kanunu’nda zorbalık şöyle tanımlanmıştır: “*Bir kişi veya kişi grubunun bir çalışana karşı sürekli olarak makul olmayan davranışlarda bulunması ve bu davranışın sağlık ve güvenlik açısından risk oluşturmaktır*.”⁴⁵

Japonya’da mobbingin karşılığı olarak “*pawa-hara*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim, bir kişinin yetki sahibi olarak astlarına karşı sergilediği taciz edici davranışları ifade eder. Japon kültürünün de etkisiyle ülkede mobbing oranlarının yüksek olduğu görülür. İş Kanunu hükümlerine göre çalışanın işveren- den çok yüksek tazminat elde etme imkânı vardır. Mobbinge mücadelede iş kanunları etkilidir⁴⁶.

D. Türk Hukukunda Mobbing

Mobbing, Türkçede “iş yerinde psikolojik şiddet”, “iş yerinde psikolojik taciz”, “iş yerinde manevi taciz”, “duygusal şiddet”, “yıldıрма” gibi anlamlarda da kullanılır. Hukukumuz, mobbingin iş yerinde gerçekleşmesi şartını aramaktadır⁴⁷. Mobbing, kişinin ruhsal sağlığına saldırılar içerdiği için “psikolojik taciz” olarak da ifade edilebilir⁴⁸.

⁴⁰ PASCU, s. 147.

⁴¹ Belçika Sosyal Ceza Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://employment.belgium.be/en/themes/well-being-workers/psychosocial-risks-work/courses-action-worker-external-procedures-4#:~:text=In%20virtue%20of%20Article%20119,or%20sexual%20harassment%20at%20work> (ET: 27.05.2025).

⁴² PASCU, s. 149.

⁴³ PASCU, s. 149.

⁴⁴ Bkz. The Equality Act 2010 (<https://info.lse.ac.uk/staff/divisions/equity-diversity-and-inclusion/EDI-and-you/The-Equality-Act-2010>, ET: 19.08.2024).

⁴⁵ Bu Kanun’a göre zorbalık, aşağıdakiler gibi bir dizi davranış içerir: “*bağırarak, çılgınlık atmak veya saldırgan bir dil kullanmak; çalışanları dışlamak veya izole etmek; psikolojik taciz; yıldıрма; işle ilgisi olmayan anlamsız görevler vermek; çalışanlara imkansız işler vermek; belirli çalışanları rahatsız etmek için çalışma listelerini kasıtlı olarak değiştirmek; etkili iş performansı için hayati önem taşıyan bilgileri kasıtlı olarak saklayarak iş performansını baltalamak; sürekli yapıcı olmayan eleştiri ve/veya ince eleyip sık dokuma; fikirlerin bastırılması; ve Bir kişiye aşırı iş yüklemek veya tamamlanması için yetersiz zaman tanımak ve bununla ilgili olarak çalışanın işini eleştirmek*.” Bkz. Law Council of Australia: *Bullying and Harassment in the Workplace*, 2020 (<https://lawcouncil.au/policy-agenda/advancing-the-profession/equal-opportunities-in-the-law/bullying-and-harassment-in-the-workplace>, ET: 19.08.2024).

⁴⁶ Bkz. <https://guidable.co/work/%E6%97%A5%E6%9C%AC%E8%AA%9E-5-facts-about-power-harassment-workplace-bullying-in-japan/> (ET: 19.08.2024).

⁴⁷ Bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, s. 6. Benzer tanım için bkz. Yargıtay, 22. HD, T. 22.05.2014, E. 2013/11788, K. 2014/14008 (Lexpera).

⁴⁸ ÇUKUR, Cengiz: *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın No: 9, Ankara, 2016, s. 6.

07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunan ve 13.01.2004 tarihli ve 25345 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, *International Labour Organization* (ILO) tarafından kabul edilen “İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşme”nin 3. maddesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Bu sözleşmenin amacı bakımından; ... e) Sağlık terimi, işle bağlantısı açısından, sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil, aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları da kapsar.*”⁴⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu m. 417/1 şöyledir: “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*”. 4857 sayılı İş Kanunu’nda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen m. 24/2-b ve d şu ifadeler yer vermiştir: “*b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa ... d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.*”.

“İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Cumhurbaşkanlığı Genelgesi” mobbingi şöyle açıklamaktadır: “*Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemlidir.*”⁵⁰.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2014 yılında hazırlanan “İşyerlerinde Psikolojik Taciz El Kitabı”nda ise mobbing tanımı şöyledir: “*İşyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünüdür.*”.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda mobbing “*işyerinde yıldırma*” olarak ifade edilmiş ve şöyle tanımlanmıştır: “*Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler*”. Kanun’un 25. maddesi, iş yerinde yıldırma uygulanan “*kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri*” hakkında idari para cezası uygulanacağını düzenlemiştir. Bu Kanun kapsamında mobbing içeren davranışlar kabahat olarak ifade edilmiştir.

Mobbing, TCK ya da İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiştir⁵¹. Mobbingi TCK’de düzenlenen intihara yönlendirme (TCK m. 84), kasten yaralama (TCK m. 86-87), eziyet (TCK m. 96), cinsel saldırı (TCK m. 102), cinsel taciz (TCK m. 105), cebir (TCK m. 108), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117), kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK m. 123), hakaret (TCK m. 125) gibi suçlarla cezalandırmak mümkündür⁵². Esasen mobbingin ayrıca suç olarak düzenlenmesine gerek bulunmamakta, TCK pek çok suçta mobbing içeren hareketleri cezalandırabilmektedir⁵³.

⁴⁹ 13.01.2004 tarihli ve 25345 sayılı 155 No.lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/tr/resource/155-nolu-sagligi-ve-guvenligi-ve-calisma-ortamina-iliskin-sozlesme> (ET: 04.04.2024).

⁵⁰ 32833 sayılı ve 06.03.2025 tarihli Resmi Gazete. 27879 sayılı ve 19.03.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Başkanlık Genelgesi, bu Genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ ERDEM, Mustafa Ruhan / PARLAK, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 88, s. 268.

⁵² ERDEM / PARLAK, s. 272-280. Benzer görüşler için bkz. ÜNVER, Yener: “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 11, s. 104-107. Mobbing tanımının TCK m. 123’te düzenlenen huzur ve sükunu bozma suçuyla büyük ölçüde benzerlik gösterdiği yönünde görüş için bkz. BİLGE, Selahattin Samet: “Mobbing Terimi ve Türk

Ülkemizde mobbinge ilişkin araştırmalar ve değerlendirmeler genellikle iş hukuku alanında tartışılmaktadır. Konunun idare hukuku boyutu yani kamu kurum ve kuruluşlarında yaşanan mobbing vakaları da incelenmesi gerekecek kadar fazladır⁵⁴. Hatta kamu kurum ve kuruluşlarında gerçekleşen mobbing vakalarının daha fazla olduğu yönünde bulgular mevcuttur⁵⁵.

Kamu kurumlarında fazlaca rastlanan ast-üst ilişkilerinin varlığı bu durumun bir nedeni olarak kabul edilebilir. Bir diğer önemli neden ise kamu kurumlarında çalışan kişilerin, mobbinge daha uzun süre tahammül etmeye çalışmasıdır. Bu durum, kişinin güvencesi yüksek bir işi kaybetme korkusu ya da kamu çalışanlarının işinde yükselme zorunluluğu olan görevlerde yer almasından da kaynaklanabilir. Örneğin üniversitelerde mobbinge sık rastlanmasının en temel nedeni, araştırma görevlisi olarak üniversitede akademik hayatına başlayan bir kişinin yükselebilmesi için uzun bir akademik çalışma hayatını başarıyla tamamlamasının ve bu süre içinde üst ünvanlı pek çok üniversite akademik personeliyle iyi ilişkiler kurarak sağlıklı bir çalışma ortamı sürdürmesinin gerekli olmasıdır. Bu sebeple üniversitelerde mobbing vakalarının sık görülmesi şaşırtıcı değildir.

Türkiye’de üniversitede görev yapan akademisyenlerin mobbinge maruz kalma olasılığını tespit etmeye yönelik bir araştırmaya baktığımızda, bu kurumlarda azımsanmayacak oranda mobbingin varlığını görmekteyiz. Çalışmanın bir diğer dikkat çeken noktası ise kurumda görev alan her ünvandan akademisyenin, profesör de dâhil, mobbinge maruz kalabildiğidir. Araştırma, üniversitede mobbingin en yaygın gerçekleşme şekillerini şöyle sıralamaktadır: dedikodu ve söylenti çıkarma, görmezden gelme, önemsiz görevler verme, işle ilgili önemli bilgileri saklama, emeğini küçümseme, fikirlerini çalma, olmadığı zamanlarda toplantı yapma, sürekli kontrol etme ve sözlü taciz⁵⁶. Bu çalışmanın mobbingin mağdurlar üzerindeki etkilerini belirlemeye yönelik sorularına ilişkin yanıtlarına baktığımızda ise mağdurlar, genellikle depresyon yaşadıklarını, bu süreci terapi olarak ve ilaç kullanarak atlattıklarını, birçoğunun paranoyaya varan psikolojik rahatsızlıkları olduğunu belirtmişlerdir. Katılımcılar, yaşadıkları sürecin mobbing olduğunu hemen anlamadıklarını, uzunca bir süre yaşadıkları olumsuz davranışlara kendilerinin sebep olduğunu düşünerek kendilerini suçladıklarını belirtmişlerdir⁵⁷.

Türkiye’de mobbing farkındalığının oluşması oldukça yenidir. Mobbinge ilişkin ilk yargı kararlarının üzerinden yaklaşık on beş yıl geçmiştir⁵⁸. Mobbingi ilk kez tanımlayan yargı kararı ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2013 yılında verilmiştir ve kavram şöyle tanımlanmıştır:

“Türk Hukukunda psikolojik taciz (mobbing); işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar olarak ifade edilmiştir. Psikolojik tacizin en bariz örnekleri, kendini göstermeyi engellemek, sözünü kes-

Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 1278. Mobbingin İş Kanunu’nda kapsamlı düzenlenmesi ve TCK’de her mobbing içeren fiilin suç olarak düzenlenmemesi nedeniyle ayrı bir suç olarak yer alması gerektiği yönünde bkz. İŞOĞLU, Polat T.: “Ceza Hukuku ve Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 643-644. Mobbingin TCK’de suç olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ULUSOY, Zeynep Duygu: “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 105, s. 150.

⁵³ ERDEM / PARLAK, s. 286. Mobbingin Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmesine ilişkin görüş için bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, s. 80; TAŞKIN, Ahmet: “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 44, s. 249-250.

⁵⁴ KASAPOĞLU TURHAN, Mine: “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 105, s. 90.

⁵⁵ Bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, s. 17: “tacize kalma riski bazı sektörler ve meslek grupları için daha fazladır. 2005 Avrupa Çalışma Koşulları Anketi sonuçlarına göre, işyerinde psikolojik ve fiziksel şiddetle karşılaşma riski özel sektörde çalışanlara karşılık (%4) kamu sektöründe (%6) daha yüksektir. Bunun nedenleri arasında kamu sektöründe işten çıkarılma riskin az olması ve çalışanların işlerini kolay kolay terk edememeleri sayılabilir.”.

⁵⁶ YELGEÇEN TİGREL / KÖKALAN, s. 1479.

⁵⁷ YELGEÇEN TİGREL / KÖKALAN, s. 1479-1480.

⁵⁸ Bkz. “Mobbingte Bir İlk, Müdüre Üç Yıl”, 2013 (<https://www.milliyet.com.tr/gundem/mobbingte-bir-ilk-mudure-3-yil-1678249>, ET: 18.08.2024); “Öğretmenden Rekor Mobbing Davası”, 2011 (<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ogretmenden-rekor-mobbing-davasi-16838716>, ET: 18.08.2024).

mek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışan iş ortamında yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdidi sayılabilir... Görüldüğü üzere, bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır.”⁵⁹.

Yargıtay Hukuk Dairesi bir kararında mobbinge yönelik şu ifadeye yer verilmiştir: “... Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu...”⁶⁰.

Danıştay ise mobbingi şöyle tanımlamıştır⁶¹:

“Mobbing; işyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak tanımlanmaktadır. Mobbinge maruz kalan kişilerin, gördükleri zararın büyüklüğü ve etkisiyle işlerini yapamaz duruma gelmeleri söz konusudur. Psikolojik tacizin (mobbing) en bariz örneklerine ise; kendini göstermeyi engellemek, sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, aşağılamak, sürekli eleştirmek, iş ortamında yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve her türlü kötü muamele, tehdit gibi durumlar gösterilmektedir.”

Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuruyla önüne gelen bazı dosyalarda mobbing tanımlarına yer vermiş ve dosyalarda mobbing iddiası içeren eylemleri değerlendirmiş; bir kararında ise mobbingin kanunlarda açıkça tanımlanmamış olması nedeniyle davacının mobbing iddialarının mahkemelerce değerlendirilmemesini adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul ederek önemli bir noktaya dikkat çekmiştir⁶².

⁵⁹ Yargıtay, HGK, T. 25.09.2013, E.2012/9-1925, K. 2013/1407 (Lexpera).

⁶⁰ Yargıtay, 22. HD, T. 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811 (Lexpera).

⁶¹ Danıştay, 2. D, T. 25.10.2017, E. 2015/6046, K. 2017/6537 (Lexpera).

⁶² AYM, Levent Tütüncü, B. No: 2015/7108, T. 08.09.2020 (Kararlar Bilgi Bankası): “Başvuruya konu somut olayda başvuru, meslek hayatının son yıllarında çalıştığı birimlerde çeşitli haksızlıklara, yıldırımlara ve ruhsal tacize maruz kalarak kendisine mobbing uygulandığından yakınmış; daha uzun süre çalışmayı planladığını ancak kendisine uygulanan haksız eylem ve işlemler nedeniyle erken emekli olmak zorunda bırakıldığını, ruh sağlığının bozulduğunu, mesleki itibarının zedelendiğini, bu nedenle maddi ve manevi olarak zarara uğradığını ileri sürerek AYİM’de tazminat davası açmıştır. Başvurucu, maruz kaldığını iddia ettiği işlem ve eylemleri dava dilekçesinde sıralamıştır (bkz. § 11). 47. 1602 sayılı mülga Kanun’un 38. maddesi uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilen hâllerde, dilekçe-de belirtilen eylem ve işlemler arasında maddi ve hukuki bakımdan herhangi bir bağ bulunup bulunmadığını değerlendirmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bu husustaki değerlendirmenin derece mahkemelerine ait olduğunun kabulü gerekir. Ancak Mahkeme, başvuru ileri sürdüğü iddialar -yönünden herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, yasalarda mobbing diye bir davranış tarzının tanımlanmadığını belirterek mobbing olarak tanımlanan her bir eylem ve işlem için ayrı ayrı dava dilekçeleriyle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar vermiştir (bkz. § 12). 48. Her somut olayın kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi koşuluyla bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin psikolojik taciz derecesine ulaşması için birtakım unsurların aranması gerektiği açıktır. Bu bağlamda Uluslararası Çalışma Örgütü ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yayın ve raporlar da dikkate alındığında muamelelerin psikolojik taciz olarak vasıflandırılabilmesi için; i. İşyeri ile ilgili olarak işyerindeki yöneticiler ve/veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi ya da bu tür müdahalelere göz yumulması, ii. Sürekli arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması, iii. Mağdurun kişiliğine, mesleki durumuna veya sağlığına zarar veren ya da ciddi bir zarar tehlikesi içeren nitelikte olması gerekir (Mehmet Bayrakçı, B. No: 2014/8715, 5/4/2018, § 69). 49. Muamelelerin neden olduğu sonuçların boyutu mağdurun konumuna, muamelelerin süresine, sıklığına, kim ya da kimler tarafından gerçekleştirildiğine, mağdurun cinsiyetine, yaşına ve sağlık durumu gibi birçok faktöre göre değişe-

TCK’de özel bir mobbing suçu yer almamakla birlikte mobbing içeren fiillerin cezalandırılmasını mümkün kılan pek çok suç tanımlanmıştır⁶³. Çalışmamızda bu suçlardan biri olan görevi kötüye kullanma suçu ele alınacaktır.

II. MOBBİNG VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU İLİŞKİSİ

Mobbing, ülkemizde müstakil bir suç olarak tanımlanmamıştır ancak TCK’de düzenlenen bazı suçlar kapsamında cezalandırılabilmesi mümkündür. Kamu görevlisinin mobbing içeren davranışlarının, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu başlıkta suça ilişkin açıklamalar yapılırken mobbingin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği yönündeki görüşümüzü destekleyen açıklamalara yer vereceğiz.

A. Suça İlişkin Genel Açıklamalar

1. 765 Sayılı TCK

765 sayılı TCK (ETCK) “Cürümler” başlığıyla ikinci kitap, “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü babının dördüncü faslında, “Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar”a yer vermiştir. Görevi kötüye kullanma suçu TCK m. 257’den farklı olarak üç maddede yer almaktaydı: Görevi kötüye kullanma (ETCK m. 240); görevi ihmal (ETCK m. 230) ve kişilere karşı keyfi ve sert muamele (ETCK m. 228) şeklindeydi⁶⁴. Mobbing terimi henüz hukukumuzda kullanılmaya başlanmadan önce esasen ETCK döneminde kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu ile kamu görevlisinin mobbinginin cezalandırılabilir olduğu kanaatindeyiz.

ETCK m. 228 şu şekildeydi:

“Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya

bilmektedir (Aynur Özdemir ve diğerleri, B. No: 2013/2453, 24/3/2106, § 79; Hacer Kahraman, B. No: 2013/7935, 20/4/2016, § 69; Mehmet Bayrakçı, § 70). 50. Somut olayda Mahkemece başvurusunun ileri sürdüğü iddialar yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmadan, sadece yasalarda mobbing diye bir davranış tarzının tanımlanmadığından bahisle başvurusunun her bir eylem ve işlem için ayrı ayrı dava dilekçeleriyle dava açması gerektiği belirtilmiştir. Buna karşın yargı organları kararlarında (bkz. §§ 21-23) bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfîlik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması durumunda psikolojik tacizden bahsedilebileceği hüküm altına alınmış ve bu husus mobbing olarak da tanımlanmıştır. 51. Mahkemece başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların mobbing kapsamına girip girmediği, söz konusu eylem ve işlemlerde süreklilik, keyfîlik, kasıt ve yıldırma unsurları bulunup bulunmadığı hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, gerekçe gösterilmeksizin ve genel kabulün aksine olacak şekilde başvurusunun mobbing olarak tanımladığı her bir eylem ve işlem için ayrı ayrı dava dilekçeleriyle dava açma yükümlülüğü altında bırakılmasının mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüstüz kıldığı sonucuna ulaşılmıştır. 52. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”. AYM, Hüdayi Erçoşkun, B. No: 2013/6235, T. 10.03.2016 (Kararlar Bilgi Bankası): “56 yaşında evli bir kadın olan davacının, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana iline atamasının yapılarak, akabinde Kahramanmaraş, Gaziantep ve Mardin illerinde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davalı işveren, yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumlarda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmediği gibi, davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ise de bu husus kanıtlanmış değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı da somut biçimde ortaya konulmamıştır. Görüldüğü üzere, davalı avukatın maruz kaldığı bu durum, psikolojik taciz mahiyetinde olup, bu yolla davacı avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesi sağlanarak, işyerinden ayrılması amaçlanmaktadır. Davacı işçi, davalı işverenden maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle, hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işe devam etmek suretiyle diğer yasal haklarını kullanma konusunda seçimlik hakka sahiptir (Örneğin; eldeki maddi ve manevi tazminat davası açması gibi). Şu durumda, psikolojik taciz olgusunun somut olayda gerçekleştiğinin kabulü ile davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir...”.

⁶³ TCK’de mobbingin cezalandırılabileceği suçların listesinde “görevi kötüye kullanma” suçu (TCK m. 257) da bulunur. Detaylı bilgi için bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, s. 22-24.

⁶⁴ MEMİŞ KARTAL, Pınar: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1378.

sebeup mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır. Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”.

Suç, “vazifeyi suiistimal ile... keyfi bir muamele yapmak veya yapılmasını emretmek veya ettirmek” şeklinde tanımlanmıştı. Keyfi muamele suçunda, suçun maddi unsurlarından biri olan fiil, keyfi muameledir. Bu Kanun’da düzenlenen suç, genel görevi kötüye kullanma suçundan farklı olarak düzenlenmişti. Bu suçta kamu görevlisi, görevden kaynaklanan yetkisini kişilere karşı kötüye kullanmaktadır. Keyfi muamele suçu da genel ve tamamlayıcı bir suçtu. Yine madde metninde yer alan “kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele” ifadesi cebir suçu olduğu takdirde keyfi muamele suçu oluşmayacağını göstermektedir. Ayrıca kamu görevlisi, ancak görev alanıyla ilgili bu suçu işleyebilirdi⁶⁵.

Keyfi muamele suçu hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilirdi⁶⁶. Suçun mağduru, keyfi muameleye maruz kalan kişidir. Suç ancak kasten gerçekleştirilebilirdi ancak keyfi muamelenin sebebi “hususî maksat veya siyasi saik veya sebep” ise suç daha fazla cezayı gerektirirdi⁶⁷.

ETCK’de tanımlanan bu suçun kamu görevlisinin uyguladığı mobbingi cezalandırabildiği açıktır. Mevcut TCK m. 257 ile de mobbing aynı şekilde cezalandırılabilir.

2. 5237 Sayılı TCK

ETCK’de suçun farklı maddelerde düzenlenmesinin yarattığı karmaşanın önlenmesi amacıyla TCK’de suç tek maddede düzenlenmiştir. ETCK m. 228, TCK m. 257’de yer almaktadır⁶⁸.

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK’nin “Özel Hükümler” kitabı, “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmında “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde 257. maddede düzenlenmiştir⁶⁹:

“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”.

İdari bir işlem ya da eylemin sonuçlarının idare hukukunun korumasından çıkarılıp ceza hukuku korumasına taşınabilmesi için ihlalin ağır bir haksızlık içeriği olması ve önemli bir hak kaybına neden olması gerekir. Aksi durumun kabulü ceza hukukunun son çare olması prensibine uygun olmayacaktır. İdare hukuku kuralları çerçevesinde yani tam yargı davası, disiplin soruşturması gibi denetim yollarının çözemeyeceği ağırlığa ulaşan fiiller ceza hukuku yaptırımlarına konu edilmelidir. Bunun tersi bir

⁶⁵ ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur: “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 6, Sayı 2, s. 17-18.

⁶⁶ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 18.

⁶⁷ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 22. Mobbingin ayrımcılık sonucu gerçekleşme ihtimali de yüksek olduğundan mobbing içeren ayrımcı davranışların TCK m. 122’de düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçunu gündeme getirebileceği dikkat edilmesi gereken başka bir konudur. Detaylı bilgi için bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Ayrımcı Mobbing”, (Ed.) SÖZÜER, Adem: 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ayrımcılık” Tebliğler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 186.

⁶⁸ ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1119-1120; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 1103.

⁶⁹ Maddenin ilk hali üç fıkradan oluşuyordu. 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun m. 105/5-b ile suçun üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldırılan fıkra da yer verilen suç, “çıkar sağlamak suretiyle görevi kötüye kullanma”dır.

çözüm yolu idari hizmetlerin aksamasına hatta yapılamaz bir hale dönüşmesine neden olabilecektir⁷⁰. TCK m. 257 gerekçesi de bu noktaya işaret etmektedir:

“Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetiyle sonuçlanmış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.”⁷¹

Görevi kötüye kullanma, genel ve tali nitelikte bir suçtur. Görevin gereklerine aykırı olan fiil, başka bir suç oluşturduğunda görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır⁷². Görevi kötüye kullanma suçunun genel ve tali niteliği sadece özgü suçlar yani kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçlarla sınırlı değildir; TCK’de yer alan tüm suçlar bakımından geçerlidir⁷³. Asli norm-tali norm (yardımcı) ilişkisinde suçların unsurlarının örtüştüğü bir durum yoktur. Bu suçlar arasındaki ilişki, uygulama bakımından birbirleriyle yarışmalarından kaynaklanır. Suçlar, unsurları yönünden farklıdır. Genel norm-özel norm arasında ise suçun unsurları yüksek oranda örtüşür. Özel norm, bir unsuruyla genel normdan ayrılır⁷⁴. Görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesi kamu görevlisi hakkında disiplin hukukuna ilişkin bir yaptırım uygulanmasına da engel değildir⁷⁵.

TCK m. 257’de bizim de katıldığımız bir görüşe göre iki farklı suç tipine yer verildiği ifade edilmekle⁷⁶ beraber bu maddede suçun iki farklı işleniş biçimine yer verildiği, bu nedenle iki farklı suç tipi olmadığı da ileri sürülür⁷⁷.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için suçun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi ilk şart olmakla birlikte kamu görevlisinin fiili, görev alanında yer almalıdır. Kamu görevlisi yasalarla kendisine yüklenen görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanmaktadır. Ancak bireyin sadece kamu görevlisi olması sebebiyle, görev başında işlediği her fiilden dolayı görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacağı gibi bir sonuca varamayız. Kamu görevlisi, sadece yetkili olduğu bir konudaki görevini kötüye kullanabilir⁷⁸. Görev bir emirden doğabileceği gibi idarenin düzenleyici işleminden de kaynak-

⁷⁰ ZAFER, Hamide: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1574-1575; TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 69.

⁷¹ Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçesi (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.08.2024).

⁷² ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1121; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 739; YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 23, Sayı 39 (Görevi Kötüye Kullanma), s. 272.

⁷³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1105; YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Ceza Hukuku Özel Hükümler), s. 844.

⁷⁴ ZAFER, s. 1559.

⁷⁵ KOÇOĞLU, Yiğit Gökçehan: *Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 100; ZAFER, s. 1559.

⁷⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1121; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1106-1107. TCK m. 257/1’de “görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiş ve bu ilgili fıkrada bu suçun icrai hareketle işlenebilen hali düzenlenmiştir. TCK m. 257/2’de ise “görevin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek suretiyle” denilerek ilgili suçun ihmal hareketle işlenebileceğine yer verilmiştir. Bu sebeple görevi kötüye kullanma suçunun icrai ve ihmal olmak üzere iki hareketle gerçekleştirilmesi ayrı fıkralarda açıkça düzenlendiğinden iki ayrı suça tek bir görevi kötüye kullanma başlığı altında yer verildiği kanaatindeyiz.

⁷⁷ ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1241.

⁷⁸ KOÇOĞLU, s. 65; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1122; MERAN, Necati: *Zimmet, Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 442; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1108; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1107; YOKUŞ SEVÜK, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 270. Yargıtay, CGK, T. 26.02.2013, E. 2012/4-425, K. 2013/67 (Lexpera): “Bu suçun oluşması için gerekli olan ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun veya diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevinin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranış disiplin cezasını gerektirebilir de, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez.”

lanabilir. Emrolunan bir görev için emri verenin emri vermeye yetkili olması ve emrin usulen de doğru verilmiş olması gerekir⁷⁹. Kamu görevi usulüne uygun üstlenilmelidir; aksi durumda kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu (TCK m. 262) söz konusu olacaktır⁸⁰.

Madde gerekçesinde yer alan “toplumda, kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir” ifadesi, suçun hukuki konusunun kamu idaresinin işleyişine duyulan güven olduğunu gösterir⁸¹. Öncelikle kamu idaresinden anlaşılması gereken yasama, yürütme ve yargı kapsamında yürütülen tüm faaliyetlerdir⁸². Bizim de katıldığımız görüşe göre kamu hizmeti yürütülürken yaşanacak aksamlar sonucunda meydana gelebilecek kişisel mağduriyetler ve kamusal zararlarla, kamunun ekonomik çıkarları da suçun hukuki konusuna dâhildir ve suçun karma nitelikte bir hukuki konusu vardır⁸³. Suçun maddi konusu ise kamu hukuku kurallarına uygun olarak kamu görevlisi tarafından üstlenilen ve tüm toplum adına yürütülen kamu görevidir⁸⁴.

Bu suç ancak TCK m. 6’da “Tanımlar” başlığında yer alan kamu görevlisi tarafından işlenebilir: “Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”. Suç, bu nedenle özgü bir suçtur ve TCK m. 40/2 gereği kamu görevlisi olmayan kişi tarafından bu suçun işlenmesi mümkün değildir⁸⁵.

Kimlerin kamu görevlisi sayılacağı konusundaki ölçütün, yürütülen faaliyetin kamusal niteliği olduğu söylenebilir. Bu nedenle özel kanunlarda, kamu görevlisi olarak cezalandırılacakları belirtilen kişiler de bu suçun faili olabilir⁸⁶.

Kamu görevlisi olmayan bir kişinin mobbing içeren davranışları bu suç kapsamında değerlendirilemez. Yargıtay’ın mobbingin, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği noktasını açıkça ifade ettiği bir kararı olmadığı görülür ancak bu konuda önemli sayılabilecek başka bir karara değinmeliyiz. İlgili kararda mobbinge ilişkin bilgilere yer verilmiştir ve karara konu olay kısaca şöyledir:

“Katılana, tecrübesine ve iş yerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev vermeyerek sırf sıkıntı vermek, onu rencide ve pasifize etmek kastıyla binanın bodrum katında kurum şoförlerinin kullandığı telefon ve bilgisayar gibi gereçlerin bulunmadığı odada mesai yaptırmaya zorlamak suretiyle belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, değersizleştirme, yıldırma ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan; psikolojik saldırıya konu eylemlerinin işleniş biçimleri ve sonuçlarına göre eziyet boyutuna vardığı bu sebeple yüklenen eylemlerin bir bütün halinde 5237 Sayılı TCK’nun

⁷⁹ ZAFER, s. 1566.

⁸⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1128. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi TCK m. 262/1: “Bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.”.

⁸¹ <https://www.lexpera.com.tr> (ET: 20.08.2024); ASLANTÜRK, Mustafa: *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 295; MERAN, s. 441; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1105; SONAY EVİK, Vesile: *Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 98; SOYASLAN, s. 739.

⁸² OKUYUCU ERGÜN, Güneş: *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 6.

⁸³ KOÇOĞLU, s. 31; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 1154; ŞEN, Ersan: *Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet Suçları*, 2015 (<https://sen.av.tr/tr/makale/gorevi-kotuye-kullanma-ve-zimmet-suclari>, ET: 17.08.2024) (Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet); ŞEN, Ersan: *Yorumluyorum -IX-*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 41; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1105; ZAFER, s. 1560.

⁸⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1108.

⁸⁵ KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 241; DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 753.

⁸⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1106. Bu yönde düzenlemeler için bkz. 5337 sayılı Vakıflar Kanunu m. 43/1; 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun m. 10/1; 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 151; 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 21; 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m. 7/3; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 62; 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 9.

96/1. maddesinde düzenlenen “eziyet” suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..... İncelenen dosyada iddianameye konu, eylemler yönünden Türkiye Ziraat Odaları Birliği Yönetim Kurulu Başkanı aynı zamanda Birlik Genel Başkanı olan sanık ...’ın özgü suç olan işkence ve görevi kötüye kullanma suçlarının faili olamayacakları açıktır”.

İfadeler, mobbing içeren davranışların görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Mahkeme failin, kamu görevlisi olmaması nedeniyle mobbing içeren davranışları işkence suçu kapsamında değil eziyet suçu olarak değerlendirmiştir. Karar oy çokluğu ile alınmış ve karşı oy gerekçesi ise somut olaydaki fiilin eziyet boyutuna ulaşmadığını ifade etmiştir. Karşı oy, mobbingin süreklilik arz etmediği gibi yanlış bir tespitte bulunmuş olsa da kamu görevlileri bakımından işkence boyutuna ulaşmayan mobbing içeren davranışların görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmesi bakımından önemlidir⁸⁷. İşkence suçu oluştuğunda görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesi mümkün değildir. Ancak işkence ağırlığına ulaşmayan mobbing içeren fiiller, görevi kötüye kullanma suçu oluşturabilecektir.

Suçun hukuki konusu kamu idaresinin işleyişine duyulan güven olduğu için güveni sarsılan kişiler, suçun mağduru. Dolayısıyla suç mağdur açısından bir özellik göstermez ve herkes bu suçun mağduru olabilir⁸⁸.

Görevin ihmal edilmesinden anlaşılması gereken kanundan, hukuki bir kaynaktan ya da amirin emrinden kaynaklanan görevin bilerek ve istenerek yapılmamasıdır⁸⁹.

B. Suçun Maddi Unsurlarına İlişkin Bazı Tespitler

1. Mobbing İçeren Davranışların Suçun Hareketi Olarak Değerlendirilebilmesi

Görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketle işlenebilen bir suçtur⁹⁰. Görevi kötüye kullanma⁹¹ suçu, “görevin gereklerine aykırı hareket etme” (TCK m. 257/1) ve “görevinin gereklerini ihmal veya

⁸⁷ Yargıtay, 8. CD, T. 01.03.2018, E. 2018/203, K. 2018/2245 (Lexpera): “Türk hukukunda mobbing olarak adlandırılan küçük düşürücü, aşağılayıcı davranışlar kişinin psikolojisini olumsuz etkilemekle beraber mobbing olarak tanımlanan hareketler eziyet boyutuna ulaşmayan ve sistematik özelliği olmayan, süreklilik arz eden hareketler değildir. Bu itibarla mobbing olarak kabul edilen hareketlerin tek başına eziyet kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Türk hukukunda mobbing olarak adlandırılan küçük düşürücü, aşağılayıcı davranışlar kişinin psikolojisini olumsuz etkilemekle beraber mobbing olarak tanımlanan hareketler eziyet boyutuna ulaşmayan ve sistematik özelliği olmayan, süreklilik arz eden hareketler değildir. Bu itibarla mobbing olarak kabul edilen hareketlerin tek başına eziyet kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Yargı kararlarının uygulanması veya şeklen uygulanarak sonuçlarının etkisiz hale getirilmesi şeklindeki fiillerin eziyet olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.10.2006 tarih ve 4 MD. 196/204, 31.03.2008 tarih ve 4M. 194-2009/75 karar sayılı kararları ile birçok kararda, yargı kararlarının şeklen uygulanarak sonuçlarını etkisiz hale getirecek şekilde yeni atama ve geçici görevlendirmeler yapma fiilleri TCK.nun 257/1. maddesi kapsamında Görevi Kötüye Kullanma suçu olarak kabul edilmiş ve değerlendirilmiştir. Yargı kararlarının şeklen yerine getirilerek hukuki sonuçlarını etkisiz kılacak atama ve görevlendirmelerin eziyet olarak değerlendirilmesi durumunda TCK.nun 257/1. maddesinin fiilen uygulanma olanağı ortadan kalkacağı gibi birçok kamu görevlisinin TCK.nun 94. maddesinde tanımlanan işkence suçunun faili olması da kaçınılmazdır.”.

⁸⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1155; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1107; ZAFER, s. 1565; MEMİŞ KARTAL, s. 1381. Suçun mağduru belli olmayan suçlardan olduğu ve kişilerin mağduriyetine sebep olunması halinde ise bu kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edileceğini ifade eden farklı bir görüş için bkz. KOÇOĞLU, s. 63; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1106.

⁸⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1109; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1127.

⁹⁰ ÜZÜLMEZ, İlhan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 1, s. 197.

⁹¹ Görevi kötüye kullanma, belirsiz bir kavram olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Ancak oybirliği ile kavramın belirsiz olmadığı, kanun koyucunun bu suçta boşluk bırakmak istememesi nedeniyle bilinçli bir şekilde bu ifadeyi tercih ettiği belirtilerek iddia reddedilmiştir: “İptali istenen T. C. K. nun 240 ıncı maddesinde ise, genel olarak görevi kötüye kullanma suçları söz konusudur. Maddede ‘Kanunda yazılı hallerden başka her ne surette olursa olsun vazifesini suiistimal eden’ denilmesinin sebebi, yukarıda Orneğini verdiğimiz maddelerdeki gibi görevi kötüye kullanmayı da kapsayan nitelikleri belli fiillerin dışında görevlerini kötüye kullananların cezasız bırakılmamalarını sağlamaktır. Bu itibarla metindeki ‘kanunda yazılı hallerden başka’ deyiminden, mahkemenin anladığı manada bir sonuca varmak mümkün değildir. Maddede, ne gibi hallerin görevi kötüye kullanma olacağına açıkça belirtilmeyerek ‘her ne surette olursa olsun’ diye genel bir ifade kullanılmış olması sebebiyle hangi fiilin suç sayıldığına belli olmaması gibi bir durum yaratıldığı yolunda bir iddiaya yer vermek de doğru olamaz. Burada suçun maddi unsuru, görevin kötüye kullanılmasıdır. Devlet hayatında çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne getirilen dâvada, bu esasları daima gözönünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kulla-

geciktirme” (TCK m. 257/2) olmak üzere icrai ve ihmali hareket ile gerçekleştirilmektedir. Bu iki fıkarda da yer verilen düzenlemelerin iki ayrı suç oluşturduğu kanaatindeyiz. Mobbing içeren davranışların icrai ve ihmali olarak gerçekleştirilmesi mümkündür.

a. TCK m. 257/1 Görevin Gereklere Aykırı Hareket Etme

TCK m. 257/1’e göre fail, aktif ve etkin bir biçimde yani icrai hareketle görevin gereklere aykırı hareket etmelidir. Görevin kaynaklandığı kanun, yönetmelik, genelge veya başka bir idari düzenleme ya da emre aykırı bir usul ve yöntemle görevin yapılması, görevin gereğine aykırı olarak yerine getirilmesidir. Görevi kötüye kullanma suçlarında kötüye kullanılan kamu görevlisi sıfatı değil görevin kendisidir. Aykırılık, her görevin kendi usulü ve mevzuatı dikkate alınarak tespit edilir. Bu nedenle suç, serbest hareketli bir suçtur. Görevin gerektirdiği yetkilerini kullanırken sınırı aşması veya kendisinden beklenen davranış kurallarına uymaması şeklinde de gerçekleştirilebilir⁹².

Bu suç ancak icrai hareketle işlenebilir; m. 257/2’de zaten ihmali hareketle işlenen başka bir suç düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin yazması gereken göreviyle ilgili bir yazıyı hiç yazmaması ihmali, zamanında fakat görevin gereğine aykırı şekilde yazması ise icrai olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır⁹³.

Açıklığa kavuşması gereken diğer husus ise görevin gereklere aykırılık oluşturacak hareketlerin belirlenmesidir⁹⁴. Hareketin görevin gereklere aykırılık oluşturabileceği hallerden, temelde, görevin kanun, idari düzenlemeler veya talimatlarda belirtilen usul ve esaslara uygun olmayan şekilde yerine getirilmesi hali anlaşılmalıdır. Kanunun aradığı şekil şartlarına aykırılık, kanunla tanınan yetkinin aşımı, takdir hakkının amacına aykırı kullanımı, kamu görevlisinin kendisine teslimi sağlanan eşyaları usulsüz kullanması gibi hareketler, görevin gereklere aykırı davranış olarak kabul edilebilir⁹⁵.

Kamu görevlisi, kamu hizmeti veya kamu yararına uygun olarak kullanması gereken takdir hakkını bunlara uygun kullanmadığında da görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır⁹⁶. Takdir hakkının amacına aykırı kullanılması; kamu görevlisinin bu hakkı kamu yararı yerine kendi yararına kullanması ya da bu hakkı dini, siyasi, akrabalık veya yakınlık gibi sebeplerle amaç dışı kullanması şeklinde gerçekleştirilebilir⁹⁷. Görevden kaynaklanan yetkilerinden doğan takdir hakkını amacına uygun olmayarak, keyfi ve objektif bir haklılık içermeyecek şekilde kullanan kamu görevlisi görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olur⁹⁸. Mobbing kapsamında değerlendirilebilecek pek çok davranış görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketini oluşturabilir. Kişiye görevi için ihtiyacı olan eşyaların, odanın temin edilmemesi, görevle ilgili gerekli bilgi ve belgelerin saklanması, kişinin sahip olduğu yetkinliğe uygun olmayan görevler verilmesi, kişi hakkında asılsız iddiaların yayılarak itibarsızlaştırılması, iş arkadaşları önünde haksız ve sert olarak eleştirilmesi suçun hareketleri olarak değerlendirilebilir. Bu hareketler sistematik ve sürekli olarak tekrarlandığında mobbing oluşturacaktır.

b. TCK m. 257/2 Görevinin Gereklere İhmal veya Geciktirme

TCK m. 257/2’de ise ihmali olarak işlenen başka bir görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Suçun ihmali olarak işlenebilmesi için fiilin görevin gereklere yapılmasında ihmal veya gecikme göstermek şeklinde hareketlerle gerçekleştirilmesi gerekir. İhmal görevin gereğinin hiç yapılmaması,

nip kullanmadığını kolayca tâyin ve takdir edebilecek durumda bulunduğu göre; bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir.” AYM, T. 12.10.1965, E. 1965/27, K. 1965/55 (Lexpera).

⁹² ZAFER, s. 1568.

⁹³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1155.

⁹⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1157.

⁹⁵ ASLANTÜRK, s. 307.

⁹⁶ SOYASLAN, s. 737; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1107; YOKUŞ SEVÜK, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 276.

⁹⁷ KOÇOĞLU, s. 76.

⁹⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1110; ZAFER, s. 1568.

gecikme ise görevin usulüne uygun yetki aşımı olmadan ancak geç olarak yerine getirilmesidir⁹⁹. Suçta hareketler, ihmal veya gecikme olarak tanımlandığı için suç seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰. Gecikme ve ihmal seçimlik olarak belirtilmişse de genellikle ikisi de bir arada bulunur. Şöyle ki gecikmiş iş, ihmal edilmiş; ihmal edilmiş iş de gecikmiş olur¹⁰¹.

Kamu görevlisinin yetkili olduğu görev, süresi belirlenmiş bir görev ise ancak bu süre hukuken açıkça belirtilmemişse görev için gerekli olabilecek makul sürenin geçmesiyle suç oluşmuş olur¹⁰². Makul sürenin geçtiği ispatlanamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği ceza verilemez¹⁰³.

Görevin yapılmasında ihmalin tespiti her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Görevin belli bir süre yapılmaması ya da görevden beklenen bir yararın kalmaması halinde ihmali olarak görevi kötüye kullanma suçu gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁴. Kamu görevlisi icrai olarak yapması gereken bir durum olduğu bilincinde olduğu halde bu yönde bir harekette bulunmadığında ihmali olarak görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır¹⁰⁵.

Görevi ihmal suçunun yaygın olarak işlenen şekillerinden biri, yargı kararlarının yerine getirilmesinde görülür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 28/1'e göre "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*". Bu düzenlemeye göre otuz günlük sürede yargı kararının uygulanmaması ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır¹⁰⁶. Yargı kararının uygulanmaması, çalışanın izin talebine süresi içerisinde cevap verilmemesi, sağlık raporunun işleme koyulmaması şeklinde hareketlerle de mobbingin gerçekleşmesi mümkündür. TCK m. 257'nin her iki fıkrasında düzenlenen suçla mobbingin cezalandırılabilmesi mümkündür.

Mobbing çalışmamızın ilk bölümünde detaylı olarak açıkladığımız üzere sistematik ve sürekli bir şekilde görevi kötüye kullanma suçu tek bir hareketten oluşabileceği gibi birden fazla hareketle işlenmesi mümkündür. Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu konuyu çalışmamızda ayrı bir başlık altında daha detaylı inceleyeceğiz. Örneğin tek seferlik sağlık raporunun işleme koyulmaması ile görevi kötüye kullanma suçu gerçekleşebilecektir. Ancak bu durumda mobbingin oluştuğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Mobbing içeren hareketler bir bütün olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği gibi sistematik özellik göstermeyen tek bir hareketle görevi kötüye kullanma suçunun işlenebileceği açıktır.

2. Suçun Neticesi Olarak Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma

ETCK'de tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, mevcut TCK'de bir zarar suçu olarak yer almaktadır. Suçun işlenmesi için gerekli hareketlerin tamamlanmasıyla suç oluşmamakta; hareketin sonucunda, kanunda sayılan neticelerden en az birinin gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰⁷.

Suçta belirtilen kişinin mağduriyeti, kamunun zararı ya da haksız menfaat sağlanmasının suçun neticeleri mi yoksa kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için belirlenmiş objektif cezalandırma şartları mı olduğu konusu bu suçun temel tartışmalı noktalarından biridir. Her ne kadar 6086 sayılı Kanun ile yapılan deği-

⁹⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1124; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1161; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1110-1111; ZAFER, s. 1569.

¹⁰⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1111; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1161; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1111; ZAFER, s. 1569.

¹⁰¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1112.

¹⁰² ZAFER, s. 1571.

¹⁰³ KOÇOĞLU, s. 105-106; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1163.

¹⁰⁴ MEMİŞ KARTAL, s. 1386.

¹⁰⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1117.

¹⁰⁶ ÖZEN, s. 1252; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1117; Yargıtay, CGK, T. 26.09.2006, E. 2006/164, K. 2006/201 (Lexpera).

¹⁰⁷ KOÇOĞLU, s. 113; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1157; SONAY EVİK, s. 150; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1113.

şikliğin genel gerekçesi açıkça bu şartların objektif cezalandırma şartı olduğunu belirtmişse de “suçun oluşması için şartların gerçekleşmesi gerekir” ifadesine yer vererek suçun unsurlarına özgü bir açıklamayla tereddütleri giderememiştir¹⁰⁸: “... Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, bu suçun oluşması için objektif cezalandırılabilme şartı olarak, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir...”. Gerekçenin bağlayıcı olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁹. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında ise hala görüş birliğine ulaşılamadığı görülür¹¹⁰. Objektif cezalandırma şartlarının failin kişiliğinden bağımsız olması gerektiği için biz, kişinin mağduriyeti, kamunun zararı ya da haksız menfaat sağlanması kavramlarının suçun neticesi olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sonuçlar failin kastının sonucudur; fail bu koşulların gerçekleşmesini istemelidir. Gerçekleşip gerçekleşmemesi failin kişiliğinden bağımsız değildir. Bunların objektif cezalandırma şartı olarak düzenlendiği; aslında suçun kamu görevlisinin, kasten görevini kötüye kullandığı anda gerçekleştiği ancak kanun koyucunun cezalandırma alanını daraltmak için her görevi kötüye kullanma hareketini cezalandırmaktan kaçındığı belli bir ağırlığa ulaşan görevi kötüye kullanmaları cezalandırmak için bu şartlara yer verdiği ileri sürülür¹¹¹. Bu durumda fail, netice olarak belirlenmeyen, cezalandırılma şartlarının gerçekleşmesini istemese dahi suç gerçekleşmiş olacaktır¹¹². Kişinin mağduriyeti, kamunun zararı ya da haksız menfaat sağlanması suçun objektif cezalandırma şartları olarak kabul edildiğinde bu şartlar gerçekleşmeden suça teşebbüs mümkün olmayacaktır¹¹³.

Kişinin uğradığı mağduriyet, zarar kavramından daha geniş yorumlanmalıdır¹¹⁴. Mağduriyetin sonucunda ekonomik bir zarar ortaya çıkması şart değildir. Sosyal, siyasal ve medeni haklarla ilgili yaşanacak her türlü ihlal bu kapsamdadır¹¹⁵. Mağduriyet kavramının içeriği fazlasıyla geniştir¹¹⁶. Kişinin başarılı olduğu bir sınavda başarısız olarak kabulü ya da gerekli koşullara sahip olduğu halde verilmesi gereken bir ticari ya da sınai faaliyetle ilgili izin verilmemesi örneklerinde olduğu gibi mağduriyetler de söz konusu olabilir¹¹⁷. Genellikle kamu görevlisinin yargı kararını uygulamaması¹¹⁸, hatta kişinin dava açmak zorunda bırakılması dahi bir mağduriyettir¹¹⁹. Bu kapsamda kamu görevlisinin, mobbing uygulaması da kişilerin mağduriyetine neden olabileceğinden kişiye mobbing uygulanması da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır¹²⁰. Örneğin kamu görevlisinin işlediği hakaret suçunun TCK m.

¹⁰⁸ SONAY EVİK, s. 150-151; YOKUŞ SEVÜK, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 284.

¹⁰⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1114; 6086 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Genel Gerekeçe (https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanununda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-6086-genel-gerekce, ET: 31.10.2024).

¹¹⁰ Yargıtay, CGK, T. 26.02.2013, E. 2012/4-425, K. 2013/67 (Lexpera): “Diğer taraftan suçun oluşabilmesi için, norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir.”. Yargıtay, CGK, T. 10.07.2018, E. 2017/507, K. 2018/352 (Lexpera): “TCK’ nun 257. maddesinde yer alan görevin gereklerine aykırı davranışın cezalandırılabilmesi, kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasına bağlı tutulmuştur. Bu hususlara yol açmayan bir hareket, görevin gereklerine aykırı ve suç olsa da bu hüküm kapsamında yaptırıma bağlanamaz.”.

¹¹¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1124; MERAN, s. 470; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1114; ÜZÜLMEZ, s. 199; ZAFER, s. 1577.

¹¹² MEMİŞ KARTAL, s. 1388.

¹¹³ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1124.

¹¹⁴ Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “Görevin gereklerine aykırı davranışın kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı hâlde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.” (https://www.lexpera.com.tr, ET: 20.08.2024).

¹¹⁵ ASLANTÜRK, s. 305; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1124; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1115; KOÇOĞLU, s. 114; MERAN, s. 447; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 1158; ŞEN, *Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet*.

¹¹⁶ OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 82 (Görevi Kötüye Kullanma), s. 12.

¹¹⁷ ASLANTÜRK, s. 298-299; SOYASLAN, s. 737.

¹¹⁸ KOÇOĞLU, s. 115.

¹¹⁹ Yargıtay, 5. CD, T. 04.12.2017, E. 2014/11586, K. 2017/5207 (Lexpera).

¹²⁰ ÖZEN, s. 1260.

125 kapsamında cezalandırılması mümkündür. Ancak hakaret suçunun şartları oluşmadığı yüksek sesle bağırma, herkes önünde sürekli olarak eleştirme gibi davranışlar kamu görevlisi tarafından iş yerinde başka bir çalışana karşı işlendiğinde TCK m. 257/1'in uygulanması mümkün olabilecektir. Ancak sadece suça ilişkin hareketlerin gerçekleşmesi, kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Suçta yer verilen neticelerden en az birinin gerçekleşmesi gereklidir. Mobbing içeren davranışların cezalandırılabilmesini mümkün kılacak, gerçekleşmesi gereken netice ise kişinin mağduriyetine neden olunmasıdır.

Kişilerin mağduriyetine neden olma şartında, kişi ifadesinden anlaşılması gereken gerçek ve tüzel kişilerdir¹²¹. Mobbinge ilişkin araştırmaları incelediğimizde en çok karşılaşılan mağduriyetlerin kişilerin ruhsal sağlığına ilişkin olduğu görülmüştür. Dolayısıyla mobbing mağduru kişinin sağlık durumundaki bozulmalar, mağduriyetine neden olma neticesinin gerçekleştiğini gösterir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kişinin ruhsal sağlığındaki bozulmalar yaralama suçunu oluşturuyorsa tali bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunun oluşmayacağıdır. Mobbing mağdurunun iş yerini değiştirmesi, işten ayrılması gibi neticeler de suçun oluşması için yeterlidir. Burada ifade edilen mağduriyet, suçun neticesi ya da objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilmesinden bağımsız olarak, mağduriyet kavramının geniş bir içeriğe sahip olması ve bu nedenle suçun kapsamının belirlenmesini zorlaştırması nedeniyle eleştirilmektedir¹²².

C. Suçun Manevi Unsuru Olarak Kastın Mobbing Yönünden Değerlendirilmesi

Suçun oluşumu için gerekli olan genel kast nedeniyle failin yetkilerini bilerek ve isteyerek keyfi kullanması, ihmal etmesi veya geciktirmesi gerekmektedir¹²³. Maddede düzenlen her iki suç için gereken manevi unsur kasttır¹²⁴. Fail, suçlara ilişkin hareketlerini kasten yerine getirirken kanunda yer alan neticeyi ya da neticeleri de bilmeli ve istemelidir¹²⁵. TCK m. 257/2'de suçun hareketi ihmali olsa da ihmal ya da gecikmenin kasten yapılması gerekir¹²⁶. Suçun taksirli hali düzenlenmediğinden kamu görevlisi tarafından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar nedeniyle görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi, görevin ihmali veya geciktirilmesi, örneğin iş yoğunluğu ya da dikkatsizlik gibi bir nedene dayanıyorsa görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olmayacaktır¹²⁷. Kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan sorumluluğu, imkânı ve olanakları dâhilinde bir görevde söz konusu olabilir. Yeterli çalışan olmaması nedeniyle aksayan işlerden, kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilemez¹²⁸. Kamu görevlisinin neden olduğu ihmal ya da gecikmenin somut durumdan kaynaklanan ve kamu görevlisinin sebep olmadığı olanakların eksikliği nedeniyle gerçekleşmesi durumunda suçun manevi unsuru olan kast gerçekleşmediği için suçun oluşmadığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Kasttaki bilme ve isteme unsuru, kamu görevlisinin neden olduğu mağduriyetleri de kapsayacak şekilde somut durumda gerçekleşmiştir. Bu durumda ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak “yükümlüklerin çatışması” söz konusu olacak ve kamu görevlisinin cezai sorumluluğuna gidilmeyecektir¹²⁹.

¹²¹ SONAY EVİK, s. 165; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1115; ZAFER, s. 1577. Aksi yönde bkz. ONAR, Ali Osman: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Yargıtay Dergisi*, 2021, Cilt 47, Sayı 3, s. 1102.

¹²² OKUYUCU ERGÜN, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, s. 12. Kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına sebep olma veya kişilere haksız bir çıkar sağlamanın objektif cezalandırma şartı olduğu yönündeki görüş için bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1117. Bizim de katıldığımız, söz konusu unsurların suçun neticesi olduğu yönündeki görüş için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1113; ÖZEN, s. 1258; YOKUŞ SEVÜK, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 857; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1157.

¹²³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1117; SOYASLAN, s. 741; ŞEN, *Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet*.

¹²⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1122; ZAFER, s. 1573.

¹²⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1122.

¹²⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1163; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1122.

¹²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1163; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1112; ÖZEN, s. 1253; YURTCAN, Erdener / İRTİŞ, Begüm: *Ceza Hukuku Ders Kitabı Özel Hükümler*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 266; YURTCAN, Erdener: *Rüşvet-Zimmet-İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 365; ZAFER, s. 1580.

¹²⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1112; ZAFER, s. 1582.

¹²⁹ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., YURTLU, Fatih: “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 3, s. 593 vd.

Kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu hangi saikle işlediğinin bir önemi bulunmaz; kanun koyucu burada özel bir kast belirlememiştir¹³⁰. Suçun oluşup oluşmadığının ve failin belirlenmesi için kamu görevlisinin görev tanımının ve bu göreve bağlı yetkilerinin belirlenmesi şarttır¹³¹. Çalışmamız kapsamında ise mobbingin, doğası gereği, sistematik ve belli bir amaç doğrultusunda gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamıştık. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için gerekli olan genel kasttır. Her görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan hareket ya da hareketler bütünü mobbing olarak değerlendiremeyiz. Mobbing, belli bir amaç doğrultusunda yani mobbinge maruz kalan kişinin bezdirilmesi ve yıldırılması için gerçekleşen sistematik hareketlerden oluşur. Mobbingi oluşturan hareketler, bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştiriliyor ve başka bir suç oluşturmuyorsa faili görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırmak mümkün olacaktır.

D. Mobbingin Sistematik ve Sürekli Olması Gerekliliğinin İctima ve Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi

TCK m. 257/1-2’de “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, ... kamu görevlisi ... cezalandırılır.*” şeklindeki düzenleme bize, asli norm belirlemesinde herhangi bir suç sınırlaması olmadığını göstermektedir. Görevi kötüye kullanma suçu özgü bir suç olsa da asli normun özgü bir suç olması şart değildir. Hatta asli normun TCK’de düzenlenmesi dahi şart değildir. Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur ancak bu suçla taksirle yaralama suçu arasında da asli norm-tali norm ilişkisi olabilir¹³². Asli suçun cezasının daha ağır ya da daha hafif olmasının bir önemi yoktur¹³³. Bu noktada haklı bir eleştiri getirilmektedir. İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan, asli suçun görevi kötüye kullanma suçundan daha az ceza içerdiği durumda daha ağır ceza belirlenen görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesine imkân sağlayan hükmün TCK’de yer almaması bir eksiklik olarak kabul edilebilir¹³⁴.

Görevi kötüye kullanma suçunun söz konusu olabilmesi için öncelikle gerçekleşen fiilin, başka bir suçu oluşturmaması gerekir. Mobbing içeren davranışlar, başka bir suçu oluşturmuyorsa bu davranışların görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle amirlerin astları üzerinde pek çok yetkisi bulunabilir. Disiplin cezası verme, geçici olarak görev yerini değiştirme gibi bu önemli yetkilerin kötüye kullanılması olasıdır. Asttan sürekli savunma alınması, sürekli görev yeri değiştirilerek çalışamaz hale getirilmesi, asta göreviyle alakasız işlerin gördürülmesi gibi davranışların bu suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹³⁵. Mobbing içeren davranışlar; özel hayatın

¹³⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 1129; OKUYUCU ERGÜN, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 18; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1122; ZAFER, s. 1581.

¹³¹ ÜZÜLMEZ, s. 195.

¹³² ASLANTÜRK, s. 301; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1164; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1127; ZAFER, s. 1559.

¹³³ MERAN, s. 472; OKUYUCU ERGÜN, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 6; SOYASLAN, s. 740; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1125.

¹³⁴ OKUYUCU ERGÜN, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 6.

¹³⁵ Danıştay, 1. D, T. 30.12.2016, E. 2016/2001, K. 2016/2593 (Lexpera): “Suçu: Yükseköğretim Sekreter Vekili olarak görev yapan şikayetçi K2 hakkında asılsız iddialarla haksız yere soruşturma açarak, akademik ve idari personel ile öğrencilerin yanında şikayetçiye aşağılayıcı ve küçük düşürücü sözler söyleyerek, yetkilerini kullandırmayarak, izin talebini süruncemede bırakarak ve psikolojik baskı altına alarak şikayetçiye bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak... Dosyanın incelenmesinden, K2’ye bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak suçu nedeniyle Rektörlükçe soruşturma emri verildiği halde, soruşturmacı tarafından hakaret suçuna yönelik soruşturma yapıldığı, bezdiri (mobbing) iddiasının, sübut bulup bulmadığının soruşturulmadığı, ayrıca tanık K4’nın ifadesinde geçen Güvenlik Görevlisi K5’in tanık olarak ifadesinin alınmadığı, Yetkili Kurulun da, kararın içeriğinde hakaret suçuna yönelik irdelemeler yaptığı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve bezdiri (mobbing) iddialarının yasal anlamda suç oluşturmadığı gerekçeleriyle şüphelinin men-i muhakemesine karar verdiği, oysa yerleşik yargı kararlarında bezdiri (mobbing) eyleminin Türk Ceza Kanununda görevi kötüye kullanma suçuna karşılık geldiği bilinmektedir...”. Danıştay, 1. D, T. 06.06.2018, E. 2018/1068, K. 2018/987 (Lexpera): “... Söz konusu sağlık raporunu geçersiz saymak, şikayetçiye başka bir birimde görevlendirmek, randevu taleplerini reddetmek, aşağılayıcı tutum sergilemek, hakkında haksız yere soruşturmalar açmak, ruhsal çöküntü yaşamasına neden olmak suretiyle şikayetçiye bezdiri (mobbing) uygulayarak görevi kötüye kullanmak...”. Danıştay, 1. D, T. 28.03.2019, E. 2019/363, K. 2019/489 (Lexpera): “Şikayetçi S.K. hakkında haksız yere soruşturmalar açarak, disiplin cezaları vererek, söz konusu disiplin cezaları yargı kararları ile iptal edildiği halde, adı geçen görev yerini ve unvanını tenzili rütbe olacak şekilde sık sık değiştirerek, şikayetçinin huzurunu bozarak; çalışma şartlarını zorlaştırarak adı geçene bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak...”. Danıştay, 1. D, T. 18.12.2019, E. 2019/1674, K. 2019/1971 (Lexpera): “... İstanbul Tıp Fakültesine ait kampus dışı hemşire yatakhaneinde konaklayan kendisine bağlı kat sorumlusu hemşireler üzerinde baskı kurarak, yatakhane personelinin kendi arasında konuşmasını ve selamlaşmasını yasaklayarak, yatakhane personeli hakkında gerçeğe aykırı tutanak tutulması yolunda telkinde bulunarak hemşirelere ve personele bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak...”. Danıştay, 1. D, T. 09.07.2020, E. 2020/766, K. 2020/999 (Lexpera): “/-

gizliliği, hakaret, cinsel taciz, nefret ve ayrımcılık gibi başka bir suçu oluşturuyorsa bu suçtan ceza verilmesi gerekir.

Görevi kötüye kullanma suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Kamu görevlisi, aynı mağdura karşı birden çok kez ve farklı zamanlarda ancak aynı suç işleme kararı kapsamında, bu suçu işlerse TCK m. 43/1'e göre artırımlı tek ceza verilmesi mümkündür¹³⁶. Kamu görevlisinin davranışları tek başına görevi kötüye kullanma oluşturmuyor ancak bir bütün olarak değerlendirildiğinde kişinin zarar görmesine neden oluyorsa mobbing boyutuna ulaşan davranışların tamamı, tek bir görevi kötüye kullanma suçu oluşturur. Dolayısıyla burada tek bir görevi kötüye kullanma suçu oluşacağından artık zincirleme suç hükümleri uygulanmaz; tek bir görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilir. Bununla beraber birden fazla hareketin birleşmesiyle oluşan mobbing gerçekleşikten sonra, araya hukuki veya fiili kesinti girebilir. Böyle bir durumda yeniden aynı hareketler aynı mağdura yönelik olarak devam ediyor ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin amirin mobbing oluşturan davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde görevi kötüye kullanma suçu oluşmuştur. Ancak tam bu esnada mağdur, ücretsiz yıllık izin alarak 6 ay 1 yıl gibi bir süre iş yerinden ayrılmış ve izni bitip birimine geri döndüğünde mobbing oluşturan hareketler devam etmişse ve bu devam hareketler yeniden mobbing oluşturacak yoğunluğa ulaşmışsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelebilir.

K1 - Balıkesir Üniversitesi Balıkesir Meslek Yüksekokulu Müdürü 2- K2 - Aynı Yüksekokulda Müdür Yardımcısı Suçları: Yüksekokul Sekreteri olarak on üç yıldır görev yapan şikayetçi K3 'e mevzuat gereği katılması gereken akademik kurul toplantılarının gün ve saatini bildirmeyerek şikayetçinin görevini yapmasına engel olmak, personel yemekhanesini makam odası olarak tahsis etmek, personelin idari amiri olduğu halde, personele izin verme yetkisini alarak Müdür Yardımcısı K2 'a devretmek, annesinin rahatsızlığı nedeniyle üç günlük yasal izin için başvuran adı geçeni otuz günlük yıllık izin kullandırmaya zorlamak, adı geçenden gelen giden evrak ile yazışma defterlerini almak, personel atama nakil ve yer değiştirme işlemlerinde görüşünü almamak, Yüksekokulun internet sayfasında yer alan yönetim kadrosundaki şikayetçinin ismini ve resmini kaldırmak, idari personel ile birlikte günlük devam çizelgesine şikayetçiye imza attırmak, öğretim elemanlarına/görevlilerine "Tarafları seç. O mu? Biz mi?" diyerek bu kişileri şikayetçiden uzaklaştırmak, adı geçeni yalnızlaştırmak, haksız yere disiplin soruşturmaları açarak cezalar almasını sağlamak suretiyle şikayetçiye bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak". Danıştay, 1. D, T. 21.10.2015, E. 2015/1238, K. 2015/1378 (Lexpera): "şikayetçileri hor görerek, aşağılayarak, rencide edici ve yakışsız söylem ve tavırlar sergileyerek şikayetçilere bezdiri (mobbing) uyguladığı iddialarında bulunulduğu, konuyla ilgili olarak başlatılan soruşturmada, şikayetçilerin iddialarını ispatlamaya yönelik çok sayıda tutanak düzenlendiğinin tespit edildiği hastayı doktorunun bilgisi olmadan ameliyat ettiği, birlikte çalıştığı uzman doktorların hastalarına yapacakları muayene ve tıbbi girişimleri engelleyici bu ve benzer davranışların Türk Deontoloji Tüzüğüne aykırı olduğu, ayrıca amiri konumunda bulunduğu meslektaşlarına küçük düşürücü davranışlarda bulunduğu ve bu kişilere bezdiri (mobbing) uyguladığı kanaatine varılarak şüpheli hakkında uyarı cezası verilmesine karar verildiği, öte yandan, Muğla Valiliği İnsan Hakları Kurulunun 30.1.2015 tarihli toplantısında, şüphelinin K1 ve K3 'ye yönelik davranışlarının mobbing ve mesleki onurlarını zedeleyici bir durum olduğuna karar verildiği, anılan tespitleri içeren bu fezleke dikkate alınarak Rektörlükçe oluşturulan Yetkili Kurul tarafından şüphelinin lüzum-u muhakemesine ilişkin 20.4.2015 tarih ve 6 sayılı kararın verildiği anlaşılmıştır. Söz konusu tespitlerden hareketle mevcut delillerin, 1 inci ve 2 nci maddelerde atılı suçlardan dolayı şüpheli hakkında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından, itirazın reddiyle şüphelinin lüzum-u muhakemesine ilişkin X1 Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 20.4.2015 tarih ve 6 sayılı kararının onanmasına, şüphelinin eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi gereğince 1 inci ve 2 nci maddelerdeki atılı suçlar nedeniyle ayrı ayrı yargılanmasına...". Danıştay, 1. D, T. 08.04.2021, E. 2021/588, K. 2021/580 (Lexpera): "Bu bağlamda, ... şikayetçi hakkında haksız ve mesnetsiz olarak rüşvet aldığı yolunda ithamda bulunulduğu, bu iddia bahane edilerek şikayetçinin ... Üniversitesine atamasının iptal edildiği ve 15 gün içerisinde ... Belediyesindeki görevine başlaması yolunda işlem tesis edildiği, Mahkeme kararını etkisizleştirmek amacıyla yargı kararı gereğince göreve iade edilen şikayetçi bir gün sonra bir ay süreyle ... Meslek Yüksekokulunda, buradaki görev süresinin bitmesi üzerine de bir ay süreyle ... Meslek Yüksekokulunda görevlendirildiği, görevlendirme işlemlerinin ve disiplin cezalarının iptali istemiyle şikayetçinin pek çok dava açmasına neden olunduğu, söz konusu görevlendirmelerin ve disiplin cezalarının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yargı kararlarıyla iptal edildiği, bu kararların dahi şikayetçi hakkında keyfi olarak işlem tesis edildiğine delil teşkil ettiği, kaldı ki, Rektörün şikayetçinin unvanını ve mesleki itibarını dikkate almayarak şikayetçiye itibarsızlaştırdığı, görevinden ve Üniversiteden ayrılması için bezdirmeye ve yıldırma çalıştığı, hizmetine ihtiyaç olmayan yerlerde ve görevlerde geçici olarak görevlendirerek, pek çok ceza ve disiplin soruşturmaları açarak, dokuz disiplin cezası verilmesini sağlayarak şikayetçiye bezdiri uyguladığı, birçok dava açmasına neden olduğu, maddi ve manevi olarak yıpratıldığı, bu işlemlerin hukuka aykırılıklarının yargı kararlarıyla ortaya konulduğu, psikolojisinin ve sağlığının bozulmasına sebep olduğu, şüphelinin sistematik şekilde şikayetçiye bezdiri uyguladığı ve yargı kararlarına rağmen bu bezdiri eylemlerine devam ettiği sonucuna ulaşılarak delillerin takdiri ceza mahkemesine ait olmak üzere mevcut delillerin, 1 inci, 2. ve 3. maddelerde atılı suçlardan dolayı şüpheli hakkında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe olduğu anlaşıldığından, atılı suçlardan şüpheli ...'ın men-i muhakemesine ilişkin Yükseköğretim Kurulunun Başkanlığına oluşturulan Yetkili Kurulun 8.10.2020 tarih ve 2020/87 Sayılı kararının bozulmasına, atılı suçlar nedeniyle adı geçenin lüzum-u muhakemesine, şüphelinin 1. maddede eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 271. maddesi, 2. ve 3. maddelerdeki eylemlerine uygun Türk Ceza Kanununun 257. maddesi gereğince yargılanmasına, yargılamanın Kastamonu Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, adı geçen hakkında gereği yapılmak üzere dosyanın karar ekli olarak Kastamonu Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Yükseköğretim Kuruluna Başkanlığı, ... Üniversitesi Rektörlüğü ile itiraz edene gönderilmesine 08.04.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.". Benzer yönde bkz. Danıştay, 1. D, T. 07.07.2020, E. 2020/948, K. 2020/921 (Lexpera).

¹³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 1120; KOÇOĞLU, s. 164; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1164.

Tek başına müstakil bir suç oluşturmamakla birlikte sistematik şekilde uygulanan ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilebilecek mobbing, birden fazla kişiye yönelmiş ise bu durumda TCK m. 43/2 hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin kurum amiri aynı birimde çalışan üç personele sistematik olarak kötü davranarak onları bezdiriyor ise mobbing oluşturan davranışlar tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı gerçekleştiği için TCK m. 43/2'nin de uygulanmasına imkân vardır¹³⁷.

TCK m. 257/1 ve 257/2 bir arada bulunuyorsa yani kamu görevlisi, mağdura karşı süreklilik içerir şekilde sert ve kaba davranırken aynı zamanda mağdurun işini geciktirirse burada her iki suç da gerçekleştiği için gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir¹³⁸.

SONUÇ

Ülkemizde bağımsız bir kanun bulunmamakla beraber mobbing, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, 6 Mart 2025 tarihli “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Cumhurbaşkanlığı Genelgesi”nde ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan “İşyerlerinde Psikolojik Taciz El Kitabı”nda tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeler ve yargı kararları göstermektedir ki mobbingin söz konusu olabilmesi için ilk şart, mobbinge konu davranışların iş yerinde gerçekleşmiş olmasıdır. Bu davranışların kasıtlı ve sistematik olması da diğer şartlardır. Sistematik olma şartı, bu davranışların belli bir süre devam etmesini gerektirmektedir. Türk hukuku kaynakları ve yargı kararlarında psikolojik taciz ya da bezdiri olarak mobbing açıklanmaktaysa da mobbing terimi kamuoyunda daha yaygın olarak kullanılmaktadır.

Mobbing ve ceza hukuku ilişkisi pek çok akademik çalışmaya konu edilmiştir. Bu çalışmalar genellikle mobbingin suç olarak düzenlenmesi ya da düzenlenmemesi üzerine değerlendirmelerde bulunmuştur. Mobbing TCK'de doğrudan müstakil bir suç olarak düzenlenmemiştir ancak TCK, mobbing içeren pek çok davranışı cezalandırmaya imkân vermektedir. Farklı suçlarla ilişkisini değerlendiren akademik tartışmalar içinde yaygın olmadığı görülen mobbingin görevi kötüye kullanma suçu ile ilişkisinin incelendiği çalışmamızda, henüz yüksek mahkeme kararlarında içtihat oluşturacak sayıda konuya ilişkin karara ulaşılamadığı görülmüştür.

Mobbing ve görevi kötüye kullanma suçu ilişkisini incelediğimiz çalışmamızda yer verdiğimiz yargı kararları da göstermektedir ki özellikle ceza davalarında mobbingin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı konusunda bir içtihat oluşmamıştır. İdari yargıda daha fazla ifade edilen ve açıklanan bu tespitin, ceza davalarında da yer alması gereklidir. Görevi kötüye kullanma suçu, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecek özgü suçların unsurları oluşmadığında başvurulabilecek bir suç değildir. Herkes tarafından işlenebilen tüm suçlar bakımından bir değerlendirme yapıldıktan sonra somut olay değerlendirilip görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilebilir. TCK m. 257'nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere her ne kadar TCK'de keyfi ve sert muamele ve görevi kötüye kullanma suçu ayırımından vazgeçilmiş ise de ETCK'deki keyfi muamele olarak tanımlanan fiillerin görevi kötüye kullanma kapsamında mütalaa edileceğinden kuşku yoktur. Kamu görevlisinin keyfi ve sert davranışları, mobbing boyutuna ulaştığında görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Çalışmamızda kamu kurumlarında yaşanan mobbing vakalarının yüksek olduğunu gösteren araştırma sonuçlarına yer verilmiştir. Ülkemizde yapılan bir çalışmada üniversitelerde bu durumun varlığına dikkat çekilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, yüksek yargı kararları incelendiğinde kamu görevlisinin uyguladığı mobbingin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı yönündeki en açık ifadeler Danıştay kararlarında ulaşılabilmektedir. Yargıtay kararlarında ise henüz bu şekilde net ifadeler rast-

¹³⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 1164.

¹³⁸ Failin fiili, hem icrai hem de ihmalî hareketlerden oluşuyorsa bu durumda iki farklı hareket gerçekleştiğinden TCK m. 43/1'e göre zincirleme suç hükümleri uygulanması gerektiği şeklinde karşı görüş için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1126; YOKUŞ SEVÜK, *Görevi Kötüye Kullanma*, s. 275.

lanılamamıştır. Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru dosyalarında mobbingi tanımlamış ve konuya ilişkin önemli tespitlere yer vermiştir. Ancak görevi kötüye kullanma suçu ve mobbing arasındaki ilişkiye doğrudan değinen bir değerlendirmeye rastlanamamıştır.

ETCK’de yer verilen kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçu ile mobbingin örtüştüğü görülmüş, bu eski hükmün TCK m. 257’de de varlığını sürdürdüğü sonucuna ulaşılmıştır. Kamu görevlisinin iş yerinde başka bir çalışana uyguladığı mobbing içeren davranışların, başka asli bir suçu oluşturmadığı sürece, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Görevi kötüye kullanma suçu tali bir suçtur. Bu nedenle TCK ya da başka kanunlarda tanımlanmış başka bir suç yani bir asli suç oluşmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır. Mobbing içeren davranışlar tehdit, hakaret, cebir, yaralama, ısrarlı takip gibi suçlardan birini oluşturursa görevi kötüye kullanma suçundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Mobbing içeren davranışlar dedikodu yapmak, söylenti çıkarmak, izin taleplerini gerekçesiz reddetmek, işe ilişkin bilgileri paylaşmamak ya da yeterli süre verilmeden işlerin tamamlanmasını isteyerek çalışanın kendini yetersiz hissetmesine neden olmak, çalışma koşullarını kötüleştirmek gibi başka bir suça vücut vermeyen eylemlerden oluşuyorsa görevi kötüye kullanma suçu kapsamında somut olaya ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekir. Görevi kötüye kullanma, sırf hareket suçu olarak düzenlenmemiştir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte kanun maddesi suçun neticelerine yer vermiştir. Mobbingin cezalandırılabilmesi için, bu neticelerden biri olan, kişinin mağduriyetine neden olunması gerekir. Eğer suç tipinde yer verilen netice gerçekleşmezse teşebbüs söz konusu olabilecektir.

Çalışmamızla ulaştığımız sonuçlar yukarıda açıklanmıştır. Bu sonuçlar dikkate alındığında görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gereken mobbing içeren davranışların cezasız kalmaması için uygulamacıların dikkatli olması, mobbing ve görevi kötüye kullanma suçu ilişkisinin her somut olayda değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ADAMS, Andrea: “Bullying at Work”, *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 1997, Cilt 7, s. 177-180.
- AKYÜREK, Güçlü: “France Telecom Davası Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 97-122.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ASLANTÜRK, Mustafa: *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BİLGE, Selahattin Samet: “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 1245-1290.
- CALVIN, Dan: “Workplace Bullying Statutes and the Potential Effect on Small Business”, *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal*, 2012, Cilt 7, Sayı 1, s. 167-192.
- COGENLI, M. Zahid / BARLI, Önder: “The Exposure of Psychological Violence (Mobbing) in Universities and an Application to the Academicians”, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 2013, Sayı 93, s. 1174-1178.
- ÇUKUR, Cengiz: *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın No: 9, Ankara, 2016.
- DAVENPORT, Noa Zanolli / SCHWARTZ, Ruth Distler / ELLIOT, Gail Pursell: *Mobbing Emotional Abuse in the American Workplace*, Civil Society Publishing, United States of America, 1999.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- EINARSEN, Ståle / HOEL, Helge / ZAPH, Dieter / COOPER, Cary L.: “The Concept of Bullying at Work: The European Tradition”, (Ed.) EINARSEN, Ståle / HOEL, Helge / COOPER Cary: *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace International Perspectives in Research and Practice*, CRC Press, London-New York, 2002, s. 3-30.
- EINARSEN, Ståle: “Harassment and Bullying at Work: A Review of the Scandinavian Approach”, *Aggression and Violent Behavior*, 2000, Cilt 5, Sayı 4, s. 379-401.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / PARLAK, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 88, s. 261-286.
- ERMUMCU, Senem: *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.
- ILO: *Violence and Harassment at Work: A Practical Guide for Employers*, 2022 (https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_dialogue/%40act_emp/documents/publication/wcms_857915.pdf, ET: 25.04.2025)
- İŞOĞLU, Polat T.: “Ceza Hukuku ve Suç Perspektifi Bağlamında Mobbing”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 621-649.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KASAPOĞLU Turhan, Mine: “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 105, s. 89-128.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KOÇOĞLU, Yiğit Gökçehan: *Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Law Council of Australia: *Bullying and Harassment in the Workplace*, 2020 (<https://lawcouncil.au/policy-agenda/advancing-the-profession/equal-opportunities-in-the-law/bullying-and-harassment-in-the-workplace>, ET: 19.08.2024).

- LEYMANN, Heinz: "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", *Violence and Victims*, 1990, Cilt 5, Sayı 2, s. 119-126 (Terror at Workplaces).
- LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, Cilt 5, Sayı 2, s. 165-184.
- LORHO, Frank / HILP, Ulrich: *Bullying at Work*, European Parliament Directorate-General for Research, Working Paper, 2001 (https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/108_en.pdf, ET: 27.04.2025).
- MATTHIESEN, Stig Berge: *Bullying at work Antecedents and outcomes*, Doktora Tezi, University of Bergen, Bergen, 2006.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar: "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1373-1395.
- MERAN, Necati: *Zimmet, Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- MIKKELSEN, Eva Gemzøe / EINARSEN, Ståle: "Bullying in Danish Work-Life: Prevalence and Health Correlates", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2001, Cilt 10, Sayı 4, s. 393-413.
- MOTIN, Susan Hubbs: "Bullying or Mobbing: Is it Happening in Your Academic Library?", *Library Faculty Publications*, 2009, s. 291-297.
- NAMIE, Gary: "Workplace Bullying: Escalated Incivility", *Ivey Business Journal*, 2003, Kasım-Aralık Sayısı, s. 1-6.
- NAMIE, Gary: *2014 WBI U.S. Workplace Bullying Survey*, 2014 (<https://workplacebullying.org/multi/pdf/WBI-2014-US-Survey.pdf>, ET: 27.04.2015) (Workplace Bullying Survey).
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: "Ayrımcı Mobbing", (Ed.) SÖZÜER, Adem: *5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Ayrımcılık" Tebliğler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 82, s. 1-31 (Görevi Kötüye Kullanma).
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.
- ONAR, Ali Osman: "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Yargıtay Dergisi*, 2021, Cilt 47, Sayı 3, s. 1085-1118.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur: "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 6, Sayı 2, s. 1-48.
- PAPARELLA, Domenico / RINOLFI, Vilma / CECCHINI, Fernando: *Increasing Focus on Workplace Mobbing*, 2004 (<https://www.eurofound.europa.eu/en/resources/article/2004/increasing-focus-workplace-mobbing>, ET: 19.08.2024).
- PASCU, Roxana Diana: "The Phenomenon of Mobbing", *Research and Science Today*, 2015, Cilt 9, Sayı 1, s. 146-154.
- POLAT, Oğuz: *Adli Psikolojiye Giriş*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SALIN, Denise: "Prevalence and Forms of Bullying among Business Professionals: A Comparison of Two Different Strategies for Measuring Bullying", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2001, Cilt 10, Sayı 4, s. 425-441.
- SAYAN, Şule / DOĞAN KARABURUN, Derya / KARACA, Mustafa: "Psychological Violence in Business Life (Mobbing-Psychological Violence)", *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, 2017, Cilt 6, Sayı 3, s. 23-29.
- SOLMUŞ, Tarık: "İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz (Mobbing)", *İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, 2005, Cilt 7, Sayı 2, s. 1-14.

- SONAY EVİK, Vesile: *Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞEN, Ersan: *Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet Suçları*, 2015 (<https://sen.av.tr/tr/makale/gorevi-kotuye-kullanma-ve-zimmet-suclari>, ET: 17.08.2024) (Görevi Kötüye Kullanma ve Zimmet).
- ŞEN, Ersan: *Yorumluyorum -IX-*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- TAŞKIN, Ahmet: “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 1, Sayı 44, s. 221-257.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 59-91.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- THOMAS, Philippe: *French Law Prohibiting Bullying in the Workplace*, 2013 (<https://www.thehrdirector.com/business-news/diversity-and-equality-inclusion/french-law-prohibiting-bullying-in-the-workplace/>, ET: 19.08.2024).
- TINAZ, Pınar: “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006, Cilt 3, s. 11-22.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ KADIN ERKEK FIRSAT EŞİTLİĞİ KOMİSYONU: *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu*, 2010 (https://www5.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, ET: 04.08.2024).
- ULUSOY, Zeynep Duygu: “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 105, s. 129-170.
- ÜNVER, Yener: “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 4, Sayı 11, s. 101-127.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 1, s. 191-216.
- YELGEÇEN TİGREL, Elvin / KÖKALAN, Özgür: “Academic Mobbing in Turkey”, *World Academy of Science, Engineering and Technology*, 2009, Cilt 3, Sayı 7, s. 1473-1481.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 23, Sayı 39, s. 257-316 (Görevi Kötüye Kullanma).
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Ceza Hukuku Özel Hükümler).
- YURTCAN, Erdener / İRTİŞ, Begüm: *Ceza Hukuku Ders Kitabı Özel Hükümler*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022.
- YURTCAN, Erdener: *Rüşvet-Zimmet-İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- YURLU, Fatih: “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 3, s. 581-638.
- ZAFER, Hamide: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 1557-1587.

**Kripto Dolandırıcılık ve Hukuki Düzenlemeler: Japonya Örneği^(*)***Crypto Fraud and Legal Regulations: The Case of Japan***Fazilat MİRAKHMEDOVA**

Öğretim Üyesi

*Alfraganus Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi***Filiz TEPECİK^(**)**

Doktor Öğretim Üyesi

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Mali Hukuk Anabilim Dalı***Anahtar Kelimeler**

Japonya Kripto Varlık
Düzenlemeleri,
Mt.Gox Borsa
Saldırısı,
Coincheck Borsa
Saldırısı,
Ödeme Hizmetleri
Yasası (PSA),
Japonya Sanal Varlık
Borsaları Birliği
(JVCEA),
Hukuk ve Ekonomi.

Öz

Bu çalışma kripto varlık düzenlemelerinin gelişimini kripto borsa saldırı ile birlikte incelemeyi amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmada kripto para piyasalarının öncü ülkelerinden Japonya'da yaşanan 2014 Mt.Gox'un iflası ve 2018 Coincheck kripto borsası saldırılarından yararlanılmıştır. Her iki olayda kripto varlık piyasalarının kritik güvenlik açıklarını ortaya koymuş ve önemli kayıplara neden olmuştur. Kripto varlıkların henüz gelişimlerini tamamlamamış olması, hukuki düzenlemeler için küresel kararlar alınması ve ülkelerin ortak hareket etmesini gerektirmesi, ülke düzeyinde regülasyonu zorlaştırmaktadır. Bütün ülkelerin benzer sorunlarla yüzleştiği bu dönemde Japonya'nın deneyimi yol gösterici olabilir. Makalede tartışıldığı gibi Japonya saldırılar sonrası Ödeme Hizmetleri Yasası'nda (*Payment Services Act-PSA*) değişiklikler yapmış, tasarruf sahiplerini korumaya çalışmış, Sanal ve Kripto Varlık Borsaları Birliği (*The Virtual and Crypto Asset Exchange Association-JVCEA*) gibi sektörün içinden düzenleyici kurumlar oluşturmuş ve küresel çok taraflı etkileri dikkate almıştır. Sonuç olarak saldırılar sonrası Japonya sanal varlık piyasaları üzerindeki denetimini giderek daha kapsamlı ve detaylı bir şekilde artırmıştır.

Keywords

Japan Crypto Asset
Regulations,
Mt.Gox Attack,
Coincheck Attack,
Payment Services Act,
Japan Virtual Asset
Exchanges Association
(JVCEA),
Law and Economics.

Abstract

This study aims to examine the development of cryptoasset regulations in the context of crypto exchange hacking. In achieving this goal, the 2014 Mt.Gox bankruptcy and the 2018 Coincheck crypto exchange attacks in Japan, the home of cryptocurrency markets, were utilised. Both incidents exposed critical vulnerabilities in the crypto asset market and caused significant losses. Crypto-assets have not yet completed their development and legal regulations require global decisions and joint action by countries. These two challenges complicate regulation at the country level. Japan's experience may serve as a valuable reference during this period in which countries across the globe encounter similar challenges. As elaborated in this study, after the attacks Japan has undertaken amendments to the Payment Services Act (PSA), implemented measures aimed at safeguarding investors, engaged industry self-regulatory organizations such as the Japan Virtual and Crypto Assets Exchange Association (JVCEA) and incorporated considerations of multilateral international dynamics into its regulatory framework. Consequently, Japan has increased its supervision of virtual asset markets in an increasingly comprehensive and detailed manner in the aftermath of the attacks.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.04.2025, Kabul Tarihi: 30.06.2025.

(**) Sorumlu Yazar.



GİRİŞ

Paranın evrimi ve gelişimi, kripto paraların kullanıma dek tarihsel süreçte çeşitli aşamalardan geçmiştir. Değişim aracı olarak kullanılan değerli madenlerin yerini kağıt paraya bıraktığı, kağıt paraların ise günümüzde yerini elektronik ödeme yöntemlerine bıraktığı bu süreç, özellikle bilgi işlem teknolojilerindeki ilerlemelerle ivme kazanmıştır. Bu teknolojik gelişmeler, sanal paralar gibi yeni ödeme araçlarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Söz konusu araçlar, gönderici ve alıcı kimliklerinin anonim kalmasını sağlarken, aynı zamanda geleneksel para arz mekanizmasında merkezi bir aktör olan devleti sürecin dışına itmektedir.

Son yıllarda kripto ödeme araçları küresel düzeyde kayda değer bir ilgi görmektedir. 2008’de piyasaya girmelerinden bu yana, hukuki düzenlemelerin eksikliği pek çok problemin yaşanmasına neden olmuştur. Borsa saldırıları ve bunun sonuçları bu problemler arasında yer almaktadır.

Kripto değerler bilgi işlem teknoloji açısından yüksek bir alt yapı gerektirmektedir. Japonya yetiştirmiş insan gücü ve fiziksel alt yapısı ile bu ihtiyaçlara cevap vermiştir. Bu durumda onu kripto varlıklar konusunda öncü ülkelerden biri haline getirmiştir. 2008’de ilk oluşturulan kripto ödeme araçları ile başlayan gelişmenin her basamağında yer almasına rağmen Japonya kripto borsa saldırılarından kendisini koruyamamıştır. Borsa saldırıları sonucunda Japonya’nın yatırımcıları koruma, sektörü şekillendirme amacıyla aldığı tedbirler, kripto varlıkların gelişiminin yönünü de göstermektedir. Bu makale, kripto varlıkların gelişimi, saldırılar ile hukuki düzenlemelerin doğası arasındaki ilişkiyi analiz etmektedir. Bağlantılı olarak Japonya’nın deneyiminin diğer ülkelere ve kripto varlıkların gelişimine etkisi değerlendirilmektedir.

Bu makalenin ilk bölümünde, sanal varlıklar için finansal sistemin genel özellikleri ve makalenin genelinde kullanılacak anahtar kavramlar anlatılmaktadır. İkinci kısımda sistemin güvenlik riskleri, üçüncü kısımda Japonya’nın kripto endüstrisinin nitelikleri incelenmektedir. Dördüncü ve beşinci kısımda Mt.Gox ve Coincheck borsalarının tarihi, uğradıkları saldırı ve saldırı sonrası Japonya’nın hukuki tepkisi tartışılmaktadır. Son olarak kripto ödeme araçlarının dönüşümü, hukuki düzenlemeler değerlendirilmektedir.

I. SANAL VARLIKLAR İÇİN FİNANSAL SİSTEM

2025 yılı için ortak kullanılan ismiyle kripto varlıklar, *“bir merkez bankası ya da kamu otoritesi tarafından çıkarılmayan ya da itibari bir para birimine bağlı olmayan, ancak gerçek ya da tüzel kişiler tarafından bir ödeme aracı olarak kabul edilen ve elektronik olarak transfer edilebilen, saklanabilen ya da ticareti yapılabilen dijital değerlerdir”*¹.

İnternetin yaygınlaşması ile dijital devrim ya da teknoloji devrimi yaşandığı kabul edilen 1990’larda dijital para oluşturmak için birçok girişim olmuştur. Örneğin Flooz, Been² ve DigiCash gibi internet üzerinden alışveriş imkânı sağlayan ödeme sistemleri denenmiş ancak başarısız olmuştur. Bu sistemlerin en önemli özellikleri güvenilir üçüncü taraf yaklaşımını kullanmış olmasıdır. Başka bir ifade ile bu sistemlerin arkasında bir kamu otoritesi veya şirketler grubu vardır ve işlemleri doğrulayıp kolaylaştırmaktadırlar.

Bu denemelerin başarısızlığı, Satoshi Nakamoto’nun³ 2008’deki makalesine kadar, kamu otoritesi onayının olmadığı dijital bir ödeme sistemi oluşturmanın imkânsız olduğunu düşündürmüştür. 2008’de

¹ CHUEN, David Lee Kuo: “Introduction to Bitcoin”, *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*, Elsevier Science Publishing Co Inc, 2024, s. 3-28.

² Ayrıntılı okuma için BIELSKI, Lauren: “A New Shot for Micropayments”, *American Bankers Association (ABA) Banking Journal*, 2005, Cilt 97, Sayı 4, s. 58.

³ Makalenin yazarı olarak bir Japon ismi tercih edilmiş olmasına rağmen, Satoshi Nakamoto’nun gerçek bir kişi olup olmadığı bilinmemektedir. Bir kişi mi bir grup mu olduğu konusunda bile tartışma olmasına rağmen, bu ismin Bitcoin protokolünün geliştiricisi ve yazılımın ilk versiyonunun yaratıcısı olduğu kabul edilmektedir. 1975 doğumlu olduğunu ve Japonya’da yaşadığını belirttiği iddialarına

Nakamoto, e-posta listesi'nde “*Bitcoin: Eşler Arası Elektronik Nakit Sistemi*” başlıklı makalesini yayınlamıştır⁴. Bu da yeni kripto varlık tarihinin başlangıç noktası kabul edilebilir. Nakamoto sistemi şu sözlerle açıklamaktadır:

“Eşler arası (peer to peer, P2P)⁵ bir elektronik nakit sistemi, çevrimiçi ödemeleri bir tarafın diğerine doğrudan göndermesine olanak tanır ve bir finansal kuruma ihtiyaç duymaz. Dijital imzalar çözümün bir kısmını sağlasa da, güvenilir bir üçüncü taraf gereksinimi temel faydaları ortadan kaldırır. (Olası bir) çift harcama sorununu⁶, işlemleri sürekli bir iş kanıtı (proof of work) zincirine dönüştürerek zaman damgası atan eşler arası ağ kullanarak çözme öneriyoruz”⁷.

Görülebileceği gibi Nakamoto'nun asıl amacı, bankalar ve diğer finansal kurumlar gibi aracıları ortadan kaldıran ve iki taraf arasında doğrudan işlem yapılmasını sağlayan, tümüyle merkezi sistem dışı (devlete ya da herhangi bir onay kurumuna ihtiyaç duymayan) bir ödeme sistemi oluşturmaktır. Dolayısıyla da tanımladığı yapı, devlet vb kurumsal denetleyici, gözleyici, kural koyucu üçüncü taraf rolü oynayan merkezi bir otoriteyi içermeyen elektronik nakit sistemidir. Bu önerilen yapıda bir merkez bankası ya da kamu otoritesine bağlı bir kurum olmadığı için, ödeme aracının değerinin korunması, servet olarak saklanması veya ödemelerde kullanılması, bu işlemlerin kayıtların tutulması ile ilgili konularda bir devlet güvenliği (garantis) de yoktur. Bu güvencenin yerini şifre (kripto)⁸ programı ve onun üzerinde işlem yapan herkesin birbirini gördüğü ve işlemi onayladığı bir sistem almaktadır. “*Temelde yapılan işlem ... genel seçimlere benzetilebilir. Siz kabine girer ve oy verip pusulanızı zarfın içerisine koyarsınız. Sandıktaki görevli, sizin zarfı oy kutusuna attığınızı yani oy verdiğinizi onaylar fakat kime oy verdiğinizi bilmez*”⁹. Birbirini görmeyenler (tanımayanlar) arası bir onay mekanizması işlediği için kör imza (*blind signature*) olarak isimlendirilen bu teknoloji bir mesajın, içeriği ve göndericisinin kimliği gizli tutularak imzalanmasını sağlayan bir kriptografik tekniktir ve devletsiz bir ödeme sisteminde onun onaylayıcı rolünü üstlenmektedir.

İşlemin göndereni ve alıcısı için farklı tarafların tanıklığının kayda alınması da blokzincir olarak isimlendirilmektedir. Söz konusu kişilerin merkezi bir kamu otoritesi ile ilişkisi olmadığı gibi, göndericinin, alıcının ya da şahitlik eden tarafların kimliklerinin bilinmesine de ihtiyaç duyulmaz, bu anonimlik olarak adlandırılmaktadır. Sisteme dahil olan çok sayıda kişi işlemin kaydını tutarak blok zincirlerin güvenli olarak işlem gerçekleştirebilmesine olanak vermektedir. Kripto varlıkların bankalar ya da hükümetler gibi işlemleri onaylayan merkezi kuruluşları olmadığı için kayıt tutucular ya da doğrulayıcılar (kripto madenciler) önemlidir. Muhasebe kaydının herkese açık olması bir aleniyet kazandırmaktadır ve bu açık blok zincirlere “merkeziyetsiz finans (*decentralized finance*)” veya “DeFi” adı verilmektedir¹⁰.

rağmen, bu bilgilerin doğruluğu şüpheli kabul edilmektedir. Nakamoto'nun kimliğiyle ilgili yapılan çeşitli araştırmalar ve girişimler şimdiye kadar başarılı olamamıştır (GORCHAKOVA, Tatyana Evgenievna: “On the Development of Crypto Industry of Japan”, *Vostochnaya Aziya: Fakty i Analitika*, 2022, Cilt 3, s. 76; BIELSKI, s. 58).

⁴ NAKAMOTO, Satoshi: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, ET: 01.09.2025).

⁵ *Peer-to-peer* ya da P2P, iki veya daha fazla istemci arasında veri paylaşmak için kullanılan bir ağ protokolüdür. Peer eş, denk olarak Türkçeye çevrilebilir. Bu nedenle *peer to peer*, Türkçeye sıkça eşler arasında olarak çevrilmektedir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Terimleri Kılavuzu'nda denkler arası, uçtan uca olarak karşılık önerilmektedir. Bkz. <https://www.btk.gov.tr/kilavuzlar> (ET: 13.11.2024).

⁶ Hesaptaki mevcut paranın tekrar harcanması.

⁷ NAKAMOTO; MILUTINOVIĆ, Monia: “Cryptocurrency”, *EKOONOMIKA*, 2018, Cilt 64, Sayı 1, s. 95-104.

⁸ Kriptografi, bir bilginin istenmeyen kişilerce okunamayacak hâle dönüştürülmesinde yani şifrelenmesinde kullanılan matematiksel tekniklerdir. Bkz. KAYA, Elif Ebrin: *Kriptografi: Bilginin Anahtarı*, 2021 (<https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/makale/kriptografi-bilginin-anahtari>, ET: 08.05.2025).

⁹ SOLAK, Ali Bertay: *Blind Signatures ve Gizlilik*, 2023 (<https://medium.com/@alibertay/b%C3%B6l%C3%BCm-14-blind-signatures-ve-gizlilik-e364ef070959>, ET: 20.04.2024).

¹⁰ NARAYANAN, Arvind / BONNEAU, Joseph / FELTEN, Edward / MILLER, Andrew / GOLDFEDER, Steven: “How Bitcoin Achieves Decentralization”, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*, Princeton University Press, 2016, s. 27-51.

Kripto varlıkları almak, saklamak ve göndermek için kullanılan banka hesapları olan dijital cüzdanlara kullanıcının özel (*private*)¹¹ ve açık (*public*)¹² anahtarları aracılığı ile ulaşılmaktadır. Kripto varlıkları göndermek/almak için bir de adres oluşturulmaktadır. Adresler ile kişiler arasındaki bağlantı gizlenmekle birlikte işlemler izlenebilmekte ve kayıt altına alınabilmektedir¹³. Böylece kripto varlık sahipleri sadece istedikleri kişilerle adreslerini paylaşmakta, hesaplarındaki varlıkların giriş ve çıkışlarını kontrol edebilmektedir. Kişiler gizli olmakla birlikte el değiştiren finansal varlıklar takip edilebilmektedir. Cüzdanlar sadece kişisel belleklerde saklanabileceği gibi, saklama/koruma/dönüştürme hizmeti sunan bir aracı kurumda da çevrimiçi (*sıcak depolama*) veya çevrimdışı (*soğuk depolama*)¹⁴ olarak saklanabilmektedir.

II. SİSTEMİN GÜVENLİK RİSKLERİ

Kriptografik varlıklar, ödeme araçları olarak ortaya çıktıklarında güvenilir ve manipülasyona kapalı birer para birimi olmayı vadetmiş; savunucuları da fiat paranın (itibari veya ulusal kağıt para da denilebilir) yerine geçerek dünya çapında ilk özgür ve istikrarlı para birimi olacağını iddia etmişlerdir¹⁵. Bununla birlikte kripto varlıklar kullandıkları teknolojik altyapıya rağmen veya bu altyapı nedeniyle bazı sorunlarla karşılaşmaktadırlar.

Örneğin bu altyapının kişilerin isimlerini gizlemesi, diğer bir ifade ile anonimliği, finansal hareketlerin kişilerle ilişkilendirilmesini engellemektedir. Bu da fiat paralar için kullanılan normal bankacılık sistemlerinde kaynağı şaibeli olduğu için aktarılmasına izin verilmeyecek finansal hareketlere izin vermektedir. Ayrıca standart finansal sistemde sıkça görülen dolandırıcılıklar (ponzi planları¹⁶, menkul kıymet dolandırıcılıkları, kimlik hırsızları, içeriden bilgi ticareti¹⁷ vb) yanı sıra bilgi işlem teknolojilerinden kaynaklanan sorunların da (kötü amaçlı yazılımlar, kripto korsanlıkları, bilişim dolandırıcılıkları vb.) oluşmasına imkân vermektedir. Kimliklerin gizlenmesi nedeniyle örneğin kimlik hırsızları ile şifreler çalınmış ve takiben hesaplar boşatılmışsa, herhangi bir soruşturma ya da yargılama basamağında, hırsızlığın kanıtlanması, hırsızların kimliklerinin belirlenmesi zor bir süreç dönüşmektedir. Hırsızlar ya da dolandırıcılar için bir görünmezlik hırkası oluşmaktadır.

Bu sorunlar nedeniyle birçok ülke ve uluslararası kuruluş, kripto varlıklara dair riskleri yönetebilmek adına farklı hukuki düzenleme girişimlerinde bulunmaktadır¹⁸. Normal bankacılık sisteminde, kara para aklama, terörizmin finansmanı, siber saldırılar ya da başka finansal suçlara aracılık etme riski taşıyan finansal varlıklar, uluslararası anlaşmalarla oluşturulan küresel kamu düzeni tarafından kontrol edilmektedir. Fakat kripto varlıklar için oluşturulan küresel ortamda bu tür hukuki düzenlemeler henüz yoktur.

¹¹ Özel anahtarlar, genellikle rastgele sayısal verilerden oluşturulan ve genellikle 256 bit uzunluğunda olan karmaşık verilerdir. Bu anahtarlar genellikle güvenli bir rastgele sayı üretici kullanılarak oluşturulur. Oluşturulan bu anahtar, cüzdan sahibinin gizli anahtarı olarak saklanır ve güvenli bir şekilde korunması kişilerin sorumluluğundadır (DİRİ, Nurecan: *Blokzincir Uygulamasında Kişisel Verilerin Tutulması*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 12).

¹² Özel anahtarlarla ilişkili olan açık anahtarlar, genellikle özel anahtarın bir matematiksel türevidir ve kriptografik işlemlerle türetilir. Bu işlem, genellikle bir karma fonksiyonu kullanılarak gerçekleştirilir (DİRİ, s. 12-19).

¹³ DİRİ, s. 12-19.

¹⁴ Çevrimdışı (soğuk) saklama, bir kasada kilitli fiziksel bir cüzdan veya bir kişinin bilgisayarındaki bir dosyada yerel olarak saklanan bir anahtar içerebilir. Çevrim içi saklama internet aracılığı ile ulaşılabilen bir depolama olduğu anlamına gelir. Soğuk saklama genellikle daha güvenli kabul edilmektedir.

¹⁵ MILUTINOVIĆ, s. 99.

¹⁶ Ponzi şemaları ve yüksek getirili yatırım programları, yatırımlar karşılığında olağanüstü faiz oranlarının vaat edildiği Charles Ponzi'nin dolandırıcılık tekniğidir. Bu sistemde, yeni katılanların yatırdığı miktarlar, eskilerin getirilerini ödemek için kullanılır. Yeni kurban bulmak mümkün olmadığında sistem çöker. Diğer dolandırıcılıklarla ilgili ayrıntılı bilgi için TROZZE, Arianna / KAMPS, Josh / AKAR-TUNA, Eray Arda / HETZEL, Florian J. / KLEINBERG, Bennett / DAVIES, Toby / JOHNSON, Shane D: "Cryptocurrencies and Future Financial Crime", *Crime Science*, 2022, Cilt 11, Sayı 1, s.1-35.

¹⁷ Güvenlik görevini veya başka bir güven ve itimat ilişkisini ihlal ederek, menkul kıymetle ilgili maddi, kamuya açık olmayan bilgilere dayanarak bir menkul kıymetin satın alınması veya satılması olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için TROZZE vd, s. 29.

¹⁸ KREMINSKYI, Oleh / KUZMENKO, Olena / ANTONIUK, Anastasiia / SMAHLO, Olha: "International Cooperation in the Investigation of Economic Crimes Related to Cryptocurrency Circulation", *Studies of Applied Economics (Estudios de Economic Aplicada)*, 2021, Cilt 39, Sayı 6, s. 1-13.

Peters, Chappelle ve Panayi¹⁹ sistemin güvenlik açıkları ve oluşan riskler üzerine bir çalışma yapmışlardır. Peters vd. çalışmasında kripto varlıklara izin veren Nakamoto sisteminin özelliklerinden örneğin DeFi yönetiminin fiyat manipülasyonlarına ve oynaklığa²⁰; anonimliğin kara para aklama ve dolandırıcılığa; özel anahtarların dolandırıcılığa; işlemlerin geri alınamamasının kayıpların ağırlaşmasına neden olduğu belirtilmektedir.

Bhaskar ve Chuen²¹, dijital varlıkların değerlerinin artmasıyla birlikte cüzdanlardan hırsızlık amacıyla tasarlanmış virüslerin sayısının arttığını, 2024’de bu amaçla yaklaşık 150 kötü amaçlı yazılımın bulunduğunu ve bunların 100’den fazlasının son bir yıl içinde programlandığını iddia etmektedirler. Bhaskar ve Chuen’e göre “Başlangıçta, internet suçluları Bitcoin madenciliği yapmak için Botnet adı verilen kötü amaçlı yazılımlardan etkilenen büyük bilgisayar ağlarına yoğunlaştı. Madenciliğin zorluğu arttıkça, daha az kârlı olduğu ortaya çıktı ve cüzdanlardan ve borsalardan bitcoin çalmaya odaklandılar”²².

Benzer şekilde Charoenwong ve Bernardi, 2011-2021 arasında gerçekleşen büyük kripto suçları üzerine yaptıkları çalışmalarında, suçlara ilişkin üç ana nedeni aşağıdaki gibi tanımlamaktadırlar²³:

- İnsan Hatası Üzerine Kurulu Saldırıları (*Human Error Hack*): Bu tür bir ‘saldırı’ genellikle fidye e-postaları veya kötü amaçlı yazılımların, bilgisayarlar sistemlerine, e-postalara gönderilmesini ile başlamaktadır. Bu elektronik postalar, kişilere ait özel anahtarların elde edilmesine olanak tanıyan virüs programları içermektedir. Bu anahtarların elde edilmesi ile hesaplar ulaşılabilir hale gelmektedir.
- Güvenlik İhlali (*Security Breach*): Genellikle kripto alım satım ya da saklama hizmet sunucularının ya da benzeri kurumların bilgisayarlarında ya da programlarında güvenlik açığının bulunması nedeniyle bir suça imkân vermesi olarak tanımlanmaktadır. Örneğin borsaların sistemlerindeki bir boşluk, sistemin altyapısındaki bir kısmın pratikte korumasız hale gelmesine ve hesapların bir grubuna veya tamamına ulaşılarak hırsızlık yapılmasına neden olabilmektedir.
- Kurumsal Sorunlar veya Vekil Sorunu (*Agency Problem*): Son tür korsan saldırıları, ihmalkârlık veya yetersiz güvenlik önlemleri nedeniyle değil, daha çok içeriden bir bilgi kaynağı nedeniyle gerçekleşmektedir. Bu tür güvenlik sorununda, örneğin borsanın kurucuları müşterilerin fonlarını barındıran soğuk cüzdanları yanlarına alarak aniden kaybolmakta ya da korsanlarla birlikte çalışarak uzun bir süre boyunca cüzdanlardaki fonları yavaşça silerek hesapları boşaltmaktadırlar. Bu tür hırsızlık veya dolandırıcılık olayında, çalışanlar/yöneticiler sistemi iyi bildikleri için, hırsızlığın belirlenmesi zaman almakta, fonların kaybı belirlense bile yapanın kimliğinin tespiti zor olmaktadır.

Charoenwong ve Bernardi’nin çalışmasına göre 2011-2021 arasında yapılan büyük kripto para hırsızlıkları en çok insan hatasından kaynaklanmıştır (30 olaydan 20’si)²⁴. Büyük dolandırıcılıklar genellikle kimlik avlarıyla başlamaktadır.

¹⁹ PETERS, Gareth W. / CHAPPELLE, Ariane / PANAYI, Efsthathios: “Opening Discussion on Banking Sector Risk Exposures and Vulnerabilities from Virtual Currencies: An Operational Risk Perspective”, *Journal of Banking Regulation*, 2016, Cilt 17, Sayı 4, s. 239-272.

²⁰ Merkeziyetsiz yönetimde borsaların gerçekten ne kadar hesaba sahip olduğu, hesapların gerçek kaç kişiye dayandığı belli olmamaktadır. Borsalar az sayıda kişiye dayanan çok sayıda hesapla alım işlemleri yaparak, varlıkların değerlerini yükseltebilmekte ya da satarak fiyat düşüşlerine neden olabilmektedirler. Az sayıda hesapla fiyatın yönlendirilmesi manipülasyon, fiyatın hızlı düşüş ve yükselişleri volatilite olarak değerlendirilmektedir. PETERS / CHAPPELLE / PANAYI, s. 250-255.

²¹ BHASKAR, Nirupama Devi / CHUEN, David Lee Kuo: “Bitcoin Exchanges”, (Ed.) CHUEN David Lee Kuo: *Handbook of Digital Currency*, 2015, s. 559-573.

²² BHASKAR / CHUEN, 560-566.

²³ CHAROENWONG, Ben / BERNARDI, Mario: *A Decade of Cryptocurrency ‘Hacks’: 2011-2021*, 2021 (<https://ssrn.com/abstract=3944435> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3944435>, ET: 16.04.2024).

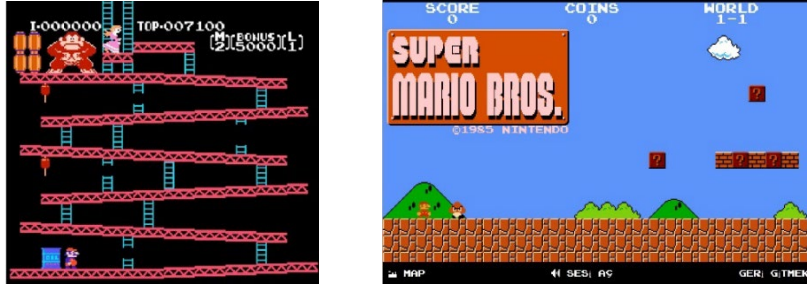
²⁴ Büyük hırsızlıklar için bu çalışmada IV. Mt.Gox Borsası ve Borsaya Saldırı başlığın altında kullanılan Tablo 1’e bakılabilir.

Görülebileceği gibi sistem pek çok noktada güvenlik riski taşımaktadır. Makalenin geri kalanında anlatılacak olan Japonya Mt.Gox ve Coincheck kripto varlık borsası saldırıları güvenlik risklerin büyük kayıplara neden olduğu örnekler arasında yer almaktadır. Makalede güvenlik sorunlarının nasıl oluştuğu, kayıplar ve Japonya'nın verdiği tepki incelenmektedir.

III. JAPONYA KRİPTO ENDÜSTRİSİNİN GELİŞİMİ

Japon kripto endüstrisi 2008'e Nakamoto'nun kripto para için ilk açıklamalarını yaptığı tarihe kadar geri götürülebilir. Daha önce bahsedildiği gibi, Nakamoto'nun gerçekten bir kişi mi, grup mu olduğu tartışmalı olmakla birlikte²⁵, vitrin ismi olarak bir Japon isminin tercih edilmesi de Japonya ve bilgisayar teknolojileri arasındaki paralellik algıyı artırmaktadır. Nakamoto 2008'de teorik altyapısını yayınladığı fikrini pratiğe geçirmek için 2009'da Bitcoin adını verdiği para için sanal bir cüzdanın ilk bilgisayar programı versiyonunu yayımlamış, başlangıç sermaye olan bir cüzdan oluşturmuş ve Bitcoin ağını başlatmıştır. Nisan 2011'e kadar da Martti Malmi ile dijital ödeme yöntemi için programı geliştirmeye devam etmiştir. 2011'den sonra Nakamoto Bitcoin üzerine yazmayı bırakmıştır ve bu tarihten sonra internet üzerinde herhangi bir gönderi paylaşmamıştır. Bununla birlikte Nakamoto, Japonya'nın adının kripto para gelişmeleri ile birlikte düşünülmesine neden olmaktadır. Malmi ve Nakamoto tarafından geliştirilen popüler internet hizmeti Bitcoin.org'un merkezi de Japonya'da bulunmaktadır²⁶.

Japonya'nın bilgisayar teknolojisi ve bilgisayar oyunlarındaki öncü rolünün de Japon kripto endüstrisinin gelişmesinde önemli bir rolü söz konusudur. Bir sonraki kısımda Mt.Gox borsasının geçmişinde de görülebileceği gibi, bilgisayar oyunları, oyunlarda kullanılan kartlar, bu kartların sanal değerleri ve seyrek olan kartların daha sık olanlarla değiştirilmesi (ticareti) gibi konular, kripto paralarının gelişiminde önemli basamaklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bilgisayar oyunları konusunda da Japonya 1970'lerdeki Nintendo ve Sega firmalarına kadar götürülebilecek bir tarihe sahiptir²⁷. Bilgisayar oyunları konusundaki bilgi birikimi, yetişmiş insan gücü Japonya'nın kripto varlıkların oluşturulmasında maliyeti düşük bir altyapı sunmasını sağlamıştır. 2010 yılında, dünyanın ilk dijital varlık borsalarından biri olan Mt.Gox da bir oyun web sayfası başlangıçlı olarak Japonya'da kurulmuştur.



Resim 1. Nintendo firmasının oyunlarından²⁸

Ayrıca Japonya'da kripto endüstrisinin gelişimi Japonya'nın genel ekonomik durumuyla da yakından bağlantılıdır. Japon ekonomisi, 1997-2015 yılları arasında 18 yıl boyunca kronik deflasyon yaşamıştır. Bu süre zarfında ülke, Gayri Safı Yurtiçi Hasıla (GSYİH) ve uluslararası ticaret açısından ABD'den sonra ikinci en büyük güç olma konumunu kaybetmiştir²⁹. Bu nedenle Japonya, yeni bir sanayi politikası uygulamayı hedeflemiştir. Kripto ekonomi, bu yeni politikanın önemli ayaklarından

²⁵ GORCHAKOVA, s. 76; BIELSKI, s. 58.

²⁶ POPPER, Nathaniel: *Digital Gold: The Untold Story of Bitcoin*, Penguin, Londra, 2015, s. 69.

²⁷ SHOCKVOICE: *Bilgisayar Oyunlarının İnanılmaz Evrimi Amiga'dan VR'a*, 2022 (<https://www.youtube.com/watch?v=GQizi9szb44>, ET: 18.01.2025); ŞAAN, Tayfun / TİLTAY, Muhammet Ali / İŞLEK, Mahmut Sami: "1980-2000 Yılları Arasındaki Video Oyun Sektörünün İncelemesi: Nintendo ve Sega Örneği", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2022, Cilt 22, Sayı 3, s. 911-930.

²⁸ Resimler Super Mario Bros sayfasından alınmıştır: <https://supermarioplay.com/tr/fullscreen> (ET: 20.05.2025).

²⁹ ЛЕВАШЕНКО, Антонина / ЕРМОХИН, Иван / КОВАЛЬ, Александра: "Перспективы Правового Регулирования Криптоэкономики И ICO В России И Других Странах", *Экономическая Политика*, 2019, Cilt 14, Sayı 5, s. 86.

biri olarak görülmektedir ve bu durum Japonya'nın Bitcoin'e yönelik ilk hukuki düzenlemeleri yapan ülkeler arasında olmasının nedenlerinden biri olarak değerlendirilmektedir³⁰.

Ayrıca bölge ülkelerinden Çin, 2013 yılında kripto varlıklarının değişimini sınırlayan bir dizi yasa çıkarmıştır³¹. Japonya'daki uygun alt yapı ve henüz sınırlayıcı bir düzenlemenin olmayışı Çin borsalarından çekilen kripto varlıkların Japonya'ya kaymasına ve mevcut yapıyı hızlandırmasına neden olmuştur³².

IV. MT.GOX BORSASI VE BORSAYA SALDIRI

Shibuya (Tokyo) merkezli Mt.Gox kripto para borsası, 2010 yılında faaliyete geçmiştir. Mt.Gox.com alan adı, aslında "Magic: The Gathering Online Exchange" ifadesinin kısaltmasıdır. Kurucusu Jed McCaleb³³, popüler bir fantezi kart oyunu olan "Magic: The Gathering" hayranlarının, oyunun kartlarının hisse senetleri gibi değiş tokuşunun yapabileceği bir platform olarak oluşturmayı hedeflemiştir³⁴. Bu amaçla 2006 yılında web sitesinin ilk versiyonu kurulmuştur. Bununla birlikte Bitcoin'deki gelişmelerin ardından, McCaleb, Mt.Gox alan adını kripto varlık borsası olarak kullanmaya karar vermiştir. Borsa 2014 yılına kadar son derece hızlı bir gelişim göstermiştir. Ocak 2014'e gelindiğinde Mt.Gox, dünyanın en büyük Bitcoin borsasıdır ve işlemlerin yaklaşık %70'ini gerçekleştirmektedir.



Resim 2. mtgox.com: Magic: The Gathering Online eXchange³⁵

Burada değerlendirilecek borsanın iflasına neden olan 2014 saldırısı olmasına rağmen, ilk sorun 19 Haziran 2011'de gerçekleşmiştir. Bir bilgisayar korsanı (*hacker*), Mt.Gox denetçisinin bilgisayarına erişerek kimlik bilgilerini ele geçirmiş ve bu bilgileri kullanarak sonrakine kıyasla küçük bir miktar Bitcoin'i kendi hesabına aktarmıştır³⁶. Fakat asıl hırsızlık müşteri özel anahtarlarının elde edilmiş olmasıdır. 2014'de müşteri özel anahtarları kullanılarak hesaplara girilmiş, hesaplar boşatılırken ve hesap bilgileri değiştirilmiştir. Mt.Gox bu bilgiye erişildiği bilmediği ya da anlamadığı için, 2011-2014 arası yapılan işlemlerin değiştirildiğini de fark etmemiştir.

Tablo 1, Charoenwong ve Bernardi çalışmasından alınmıştır. Tabloda büyük dolandırıcılık olaylarından bazıları görülmektedir. Tabloya göre ilk saldırıda 2643 Bitcoin, ikincinde 850000 Bitcoin çalınmıştır ve o tarihteki değeri sırasıyla yaklaşık 30 bin ve 460 bin dolar civarındadır. Tablo da her iki saldırının da güvenlik açığı olarak sınıflandığı görülmektedir³⁷. 2011 yılındaki ilk olaydan sonra borsanın kurucusu McCaleb, Japonya'da yaşayan Fransız yazılımcı Mark Karpelès'e şirketini satarken

³⁰ GORCHAKOVA, s. 77.

³¹ CHEUNG, Adrian (Wai-Kong) / ROCA, Eduardo / SU, Jen-Je: "Crypto-currency Bubbles: An Application of the Phillips-Shi-Yu (2013) Methodology on Mt. Gox Bitcoin Prices", *Applied Economics*, 2015, Cilt 47, Sayı 23, s. 2348-2358.

³² CHEUNG / ROCA / SU, s. 2348-2358.

³³ McCaleb, büyük hacimli materyalleri uçan uça aktarmaya yarayan eşler arası (*peer-to-peer*, *P2P*) eDonkey network uygulamasını, (XRPL, XRP olarak bilinen yerel kripto para birimlerini, token'ları, sık uçuş milleri veya mobil dakikalar gibi diğer değer birimlerini birbirine dönüştürmekte kullanılmak üzere oluşturulmuş) Ripple platformunu da geliştirmişti.

³⁴ SEMENOVA, Ekaterina Vyacheslavovna / MAKAREVICH, Marina Leonidovna: "Analiz Pravovogo Regulirovaniya Kriptovalyuty v Otdel'nikh Stranakh (na primere Yaponii, SShA i Rossii)", *Innovatsionnaya Ekonomika: Perspektivy Razvitiya i Sovershenstvovaniya*, 2017, Cilt 8, Sayı 26, s. 144.

³⁵ Resim, WIKIPEDIA: *Mt. Gox* (https://en.wikipedia.org/wiki/Mt._Gox, ET: 12.09.2024) sayfasından alınmıştır.

³⁶ ISHIKAWA, Mai: "Designing Virtual Currency Regulation in Japan: Lessons from the MTGox Case", *Journal of Financial Regulation*, 2017, Cilt 3, Sayı 1, s. 126.

³⁷ Reuters kaybın 480 milyon dolar, Fox Busines 500 milyon dolar olduğunu iddia etmektedir (REUTERS: *Bitcoin Exchange Mt.Gox Files for Bankruptcy, Blames Hackers for Losses*, 2014 (<https://www.techcircle.in/2014/02/28/bitcoin-exchange-mt-gox-files-for-bankruptcy-blames-hackers-for-losses>, ET: 14.11.2014); EGAN, Matt: *Bitcoin Exchange Mt. Gox Files for Bankruptcy After Losing Nearly \$500M*, 2014 (https://people.duke.edu/~charvey/Media/2014/FBN_February_28_2014.pdf, ET: 14.11.2024).

“Mt.Gox’un potansiyelini gerçekten gerçekleştirebilmek için şu anda sahip olduğum zamandan daha fazlasına ihtiyaç var. Bu yüzden bu siteyi bir üst seviyeye taşıyabilecek birine devretmeye karar verdim”³⁸ demektedir. Ancak, mahkemede sonradan ortaya çıkan bir e-postaya göre, McCaleb Mt.Gox borsasının zaten saldırıya uğradığını ve 80 bin BTC’lik bir açığın söz konusu olduğunu bilmektedir. O dönemde yaklaşık 60 bin dolar değerinde olan bu kayıp, büyük bir felaket olarak da görülmemiştir. Fakat Bitcoin fiyatları arttıkça bu açığı kapatmak her geçen gün daha zor hale gelmiştir³⁹.

Tarih	Olay	Çalınan miktar	BTC olarak değeri	USD olarak değeri	Dolandırıcılığın Tipi
Haziran 2011	Mt.Gox özel anahtar hacklenmesi (Japonya merkezli)	2 643 BTC	2 643	30 bin	Güvenlik ihlali
Mart 2014	Mt.Gox işlemlerinin değiştirilmesi	850 000 BTC	850 000	460 milyon	Güvenlik ihlali
Ocak 2018	Coincheck virüs hack (Japonya merkezli)	523 000 000 NEM	47 711	533 milyon	İnsan hatası
Aralık 2018	QuadrigaCX hırsızlığı (Kanada merkezli)	26 350 BTC	26 350	130 milyon	Vekil problemi
Eylül 2020	KuCoin security ihlali (Seyşeller merkezli)	BTC ve ETH	26 137	281 milyon	Güvenlik ihlali
Haziran 2021	Africrypt hack (Güney Afrika merkezli)	69 000 BTC	69 000	3,6 milyar	Vekil problemi
Ağustos 2021	Poly Network Hack	USDC, BTC ve ETH	12 964	600 milyon	Güvenlik ihlali

Tablo 1. En Büyük Dolandırıcılıklardan⁴⁰

Dolayısıyla açığın büyümesinde hem müşteri sayındaki hem de BTC değerindeki artışın etkisi söz konudur. Bitcoin fiyatı Nisan 2013’te 1 dolardan haziran ayında 30 dolara ulaşmış, Mt.Gox’taki hesap sayısı da 6 binden 60 bine yükselmiştir. 2013’ün Nisan’ından 2014’e kadar Mt.Gox, dünya çapında Bitcoin ticaretinin %70’ini yöneten en büyük Bitcoin aracı kurumuna dönüşmüş, Bitcoin fiyatı da hızla artarak 1.200 doları geçmiştir⁴¹.

Sorun 2014 yılı başlarında, müşteriler, para çekme taleplerinde bulunduklarını ama paralarını alamadıklarını bildirinceye kadar açığa çıkmamıştır. Bunun üzerine şirket, yıllarca fark edilmeden 750 bin BTC’lik müşteri Bitcoin’in çalındığını ve borsanın sermayesi olarak düşünülebilecek kendi BTC’lerinden de yaklaşık 100 bin BTC kaybettiğini açıklamıştır.

³⁸ Detaylı okuma için NEFTURE SECURITY: *Mt. Gox Unveiled: The Real Story a Decade After the Collapse*, 2024 (<https://medium.com/coinmonks/mt-gox-unveiled-the-real-story-a-decade-after-the-collapse-84323be2f930>, ET: 20.02.2025)

³⁹ GORCHAKOVA, s. 75.

⁴⁰ Tablo 1, CHAROENWONG / BERNARDI, s. 4-5 çalışmasında bulunan tablonun bir kısmı olarak alınmış ve yazarlar tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

⁴¹ MCMILLAN, Robert: *The Inside Story of Mt.Gox, Bitcoin’s \$460 Million Disaster*, 2014 (<https://www.wired.com/2014/03/bitcoin-exchange/>, ET: 14.11.2024); RASTOGI, Neha / BUDHIRAJA, Ishan / AHMAD, Shahnawaz: *Cyber Attacks on Blockchain & its Prevention*, 2024 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4936255#, ET: 13.06.2025).

Ağustos 2015'te Japon polisi, Karpelès'i dolandırıcılık, zimmetine para geçirme ve Mt.Gox bilgisayar sistemini manipüle ederek bir hesapta bakiye artırma suçlarından tutuklamıştır. Gerçekten ne olduğunun anlaşılması ve tutuklama sonrası yargılama süreci uzun sürmüştür. Yargılama sırasında, Mt.Gox, eski formatta dijital cüzdanlarda 200 bin BTC bulduklarını açıklamış, şirket iflas koruması altındayken yapılan farklı açıklamalar, finansal zorlukların yanı sıra alacaklıların paralarını geri alma sürecini de etkilemiştir⁴². 2018 Haziran'ında Tokyo Bölge Mahkemesi, borsayı iflastan tasfiye sürecine taşımıştır. Bu gelişme, eski Mt.Gox kullanıcılarına en az 1 milyar dolar değerinde kripto varlık geri ödemesinin yapılmasının önünü açmıştır⁴³. Karpelès'de zimmete para geçirme de dahil olmak üzere diğer suçlamalardan aklanırken sadece şirket kayıtlarını tahrif etmekten suçlu bulunmuş ve 2,5 yıl ertelenmiş hapis cezası almıştır⁴⁴.

Mt.Gox iflasına neden olan bu saldırılarının, bütün kayıtlar sadece blokzincir üzerinde yani bilgisayar programları üzerinde olduğu için hem anlaşılması hem de bir mahkemede mağdur, fail sürecinin gerektirdiği kanıtları üretmesi çeşitli zorluklar içermektedir. Örneğin mağduriyet durumunda bir cüzdan sahibinin blokzincirde kaydı bulunan bir işlemi kendisinin yapmadığının ya da onay vermediğinin, kendi özel anahtarı kullanılmışsa, anahtarın elde edilmesinde kendi kusurunun olmadığı belgelenmesi gerekmektedir. Failler açısından da benzer sorunlar söz konusudur: Cüzdan değerlerinin aktarıldığı hesapların kimlere ait olduğu belirlenebilir mi? Bir sonraki adım işlemlerin dünyanın herhangi bir yerinden yapılması mümkün olduğu için faillerin kimlikleri belirlenebilirse, hırsızlık konusu varlıkların geri alınıp alınamayacağı sorununı içermektedir. Anonimlik hem fail hem de mağdurlar için bir görünmezlik kalkını yaratmaktadır. Dolayısıyla Mt.Gox Borsasının iflası ile sonuçlanan mahkemenin, bilgisayar ve sanal dünyaya ilişkin uzmanlık bilgisine sahip kişilerle birlikte yürütülmesi gerekmiştir ve mağduriyetlerin belirlenmesi sonrasında ise, faillerin tespiti mümkün olmamış, borsanın sorumluluğu konusunda ise aracı kurumun sermayesi mağdurların kayıplarının tamamının karşılanmasını sağlamamıştır⁴⁵.

Fakat olayın asıl etkisi, Japon kripto varlık sektörü üzerinde olmuştur. Kripto piyasaların kayıplarının telafisi oldukça tartışmalı görünmektedir. Bu durum Japonya para otoritesini kripto ekosistemindeki zayıf noktaların giderilmesi için önlemler almaya yönlendirmiştir.

V. MT.GOX SONRASI JAPONYA'NIN DÜZENLEYİCİ TEPKİSİ

Mt.Gox saldırısı sonrası, Mart 2014'te Senatör Tsutomu Okubo hükümete Bitcoin hakkında 2 soru önergesi vermiştir. Hükümet bu sorulara cevap verirken, kripto varlıklar hakkındaki hukuki mevcut durumu ortaya koymuştur. e sunulan yazılı cevapta, Bitcoin'i yasal ödeme aracı olarak tanıyan yabancı bir ülke olmadığı sürece, Bitcoin'i yabancı ulusal bir para birimi olarak tanımlanamayacağı; (1981 tarihli ve 59 sayılı) Bankacılık Kanunu'nda hırsızlığa konu olan kripto varlık Bitcoin'i yasaklayan bir madde bulunmadığı ve Bitcoin borsaları için izin belgesini gerektiren bir hukuku düzenlemenin olmadığı belirtilmiştir⁴⁶.

Saldırı sonrası boşaltılan hesapların takip edilememesi konusunda verilen diğer soru önergesine cevapta ise, (2007 tarihli ve 22 sayılı) Suç Gelirlerinin Aktarılmasının Önlenmesi Hakkında Kanun (The Act on Prevention of Transfer of Criminal Proceeds, Act No.22 of 2007) gereğince, Bitcoin kul-

⁴² FURUKAWA, Yuki: *Former Mt. Gox CEO Mark Karpeles Gets Suspended Jail Term*, 2019 (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-15/former-bitcoin-baron-mark-karpeles-gets-suspended-jail-term>, E.T: 14.11.2024); BEATTIE, Elizabeth: *The Unsinkable Mark Karpeles is Willing to Give Tokyo Another Shot*, 2024 (<https://www.japantimes.co.jp/business/2024/10/21/markets/karpeles-japan-return/>, E.T: 20.02.2024).

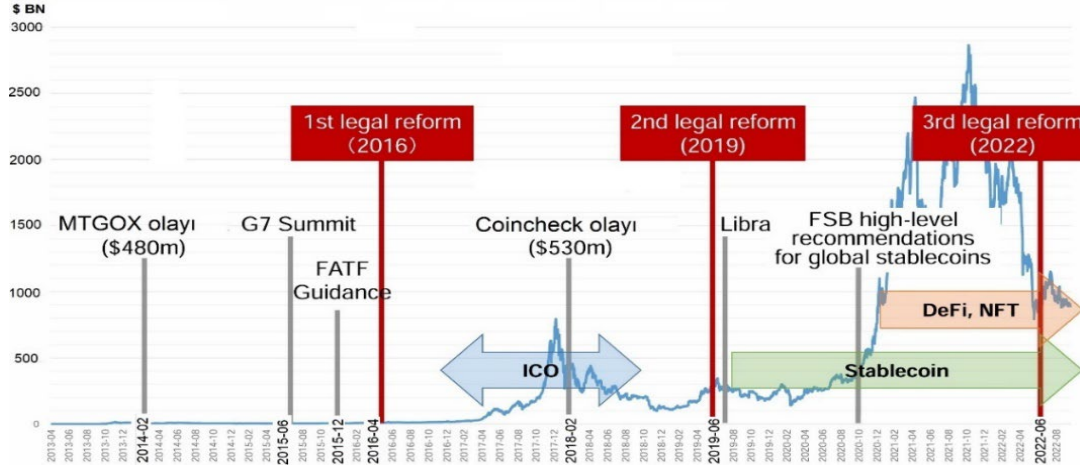
⁴³ FURUKAWA.

⁴⁴ BEATTIE.

⁴⁵ NORRY, Andrew: *The History of the Mt Gox Hack: Bitcoin's Biggest Heist*, 2023 (<https://blockonomi.com/mt-gox-hack/>, ET: 13.06.2025).

⁴⁶ 18.03.2014 tarihli Yazılı Yanıt No. 39 (Danışmanlar Meclisi Üyesi T. Okubo'nun Yazılı Sorusu Üzerine) için bkz. <http://www.sangiin.go.jp/japanese/johol/kousei/syuisyo/186/touh/t186039.htm> (ET: 14.11.2024); ISHIKAWA, s. 127.

lananlarda dahil olmak üzere ticari işletmelere, müşteri kimlik bilgilerini doğrulama yükümlülüğü getirilebileceği⁴⁷ ve ek olarak suç olduğu ya da suç geliri olduğu belirlenebilirse ya da şüphe edilirse, Suç Gelirleri Yasası'nın 21. maddesinde belirtilen denetleyici idari kurum Finansal İstihbarat Birimi'ne (*Financial Intelligence Unit-FIU*)⁴⁸ bildirimde bulunulabileceği ifade edilmiştir. Bu bakış açısına bir destek de Mali Eylem Görev Gücü'nün (*Financial Action Task Force-FATF*) yeni tavsiyelerini içeren kılavuzlardan gelmiştir (Grafik 1'de sürecin gelişimi tarihsel olarak görülebilir).



Grafik 1. Japonya'da Kripto Varlık Düzenleyici Çerçevesinin Geliştirilmesi⁴⁹

Sonuç olarak, düzenleme eksikliği olduğu ve bunun FIU ile ilişkilendirilerek çözümlenebileceği düşünülmüştür. Mt.Gox saldırısı ve hırsızlığı sonrasında, Japonya Finansal Hizmetler Ajansı (*Financial Services Agency, J-FSA, 2000 öncesi Finansal Denetim Ajansı- Financial Supervisory Agency*), 2014 yılının sonlarına doğru sanal varlık düzenlemelerini incelemek amacıyla bir çalışma grubu kurmuştur⁵⁰. 2015 yılında çalışma grubu raporunda, *sanal varlıkların tanımlanması*; müşteri fonlarının ayrı tutulması ve sermaye yeterliliği şartları getirilmesi aracılığı ile *sanal varlık borsa hizmeti sağlayıcılarının düzenlenmesi* olarak genellenebilecek iki temel öneride bulunulmuştur⁵¹.

A. Sanal Varlıkların Tanımlanması

Kripto varlıklar geleneksel yasalar tarafından sınıflandırılmadıkları için bu onların belgelenmesi, kaydedilmesi, varlıkların sahiplerinin gelirlerinin vergilendirilmesi gibi konularda boşluklar yaratmakta veya hizmet sunucularının sermaye, kayıt vb yükümlülüklerini de zorlaştırmaktadır. Hatta uygun bir hukuki düzenleme olmadığı için, fiilen hukuki bir muafiyet de oluşmaktadır⁵².

Japon hükümetine yöneltilen soru yönergelerine verilen cevaplarda görüldüğü gibi, Mt.Gox saldırısı sıralarında sanal varlıkların yasal statüsü ve tanımlanması konusunda önemli belirsizlikler söz konusudur. Mevcut düzenlemeler, özellikle Para Birimi Kanunu ve Bankacılık Kanunu, Bitcoin gibi sanal var-

⁴⁷ 07.03.2014 tarihli Yazılı Yanıt No. 28 (*Danışmanlar Meclisi Üyesi T. Okubo'nun Yazılı Sorusu Üzerine*) için bkz. <http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/186/touh/t186028.htm> (ET: 14.11.2024); ISHIKAWA, s. 127.

⁴⁸ Japonya Mali İstihbarat Merkezi (*The Japan Financial Intelligence Center-JAFIC*), Japonya'nın Finansal İstihbarat Birimi (*Financial Intelligence Unit-FIU*) olarak hizmet vermektedir. <https://www.npa.go.jp/sosikihanzai/jafic/jafic/about.htm> (ET: 13.12.2024).

⁴⁹ Grafik için bkz. AMAYA, Tomoko: *Regulating the Crypto Assets Landscape in Japan, 2022* (<https://www.fsa.go.jp/en/news/2022/20221207/01.pdf>, ET: 20.02.2024).

⁵⁰ Çalışma grupları ile politika oluşturmak Japon politik geleneğinde oldukça yaygın bir uygulamadır. Çalışma grubu, sektörün hem teorisyenleri olan akademisyenlerden hem de pratik tarafı kabul edilebilecek sivil toplum kuruluşları, bankalar ve menkul kıymet kurumları gibi taraflardan oluşmaktadır (DOEGE, Felix: "Who is Driving Financial Market Governance of Cryptocurrencies in Japan? Actors and Institutions behind Japan's FinTech Revolution", *ASIEN: The German Journal on Contemporary Asia*, 2021, Sayı 160/161, s. 118-135).

⁵¹ ENDŌ, Genichi: "Legal Restrictions Surrounding Bitcoin: To What Extent Does Japan's Legal System Apply?", *ITU (International Telecommunication Union) Journal*, 2014, Cilt 44, Sayı 12; ISHIKAWA, s. 128-129.

⁵² AYDINER, Tuncay: *Howey Testi Nedir? İşte Bilmeniz Gereken Her Şey*, 2023 (<https://cryptopotato.com/language/tr/howey-testi-nedir/>, ET: 20.02.2025).

lıkları (hükümetler ya da merkez bankaları tarafından çıkarılmadıkları için) para kapsamı dışında bırakmaktadır. Ayrıca teorik olarak itibari paraların sahip olduğu bazı fonksiyonlarda eksiklikler söz konusudur. Benzer şekilde, menkul kıymetleri düzenleyen diğer yasalar da Bitcoin gibi dijital varlıkları menkul kıymet saymadığı için, bu hukuki düzenlemelere de uygun olmadığı kabul edilmektedir⁵³.

Sanal varlıklar geliştikçe bu konuda düzenlemeler de değişmiştir. Örneğin ABD, Bitcoin hariç diğer kripto paraları özellikle ICO⁵⁴ları, “kâr beklentisi ile yapılan parasal ortak girişim olduğu ve bu kâr üçüncü bir tarafın çabasıyla elde edileceği” için menkul kıymet kabul etmektedir⁵⁵. Bu nedenle de ABD’de sanal varlıkların büyük çoğunluğu Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*Securities and Exchange Commission-SEC*) tarafından yapılan düzenlemelere tabidir. Bitcoin ise başlangıç sermayesi için halka açık bir borç talep edilerek oluşturulmadığı için ABD bakış açısından menkul kıymet sayılmamakta, emtia kabul edilmektedir.

Japonya, çalışma grubunun önerileri doğrultusunda Ödeme Hizmetleri Yasası’nda (*The Payment Services Act-PSA*) 2016 yılında yapılan ve Nisan 2017’de yürürlüğe giren değişiklikle, kripto varlıkları da içeren sanal para birimlerini (*kasō tsūka*), yasal para olarak değil, “ödemelerde kullanılabilen ya da diğer varlıklarla değiştirilebilen tescilli bir değer” olarak tanımlamıştır⁵⁶. Bu ifade ile kripto varlıkların ödeme aracı olarak (Bitcoin’in de satın alma işlemleri için) kullanılabileceği, bununla birlikte (karşı tarafın hukuken kabul etmesi zorunlu olan) yasal bir ödeme aracı olmadığı vurgulanmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla mevcut olan durum hukuki bir çerçeveye bağlanmış, kripto para (*crypto currency*) olarak kullanılagelen ifade kripto varlığa (*cryptoasset*) dönüştürülmüştür.

Takiben 27 Ekim 2017’de bankacılık ve sigorta denetiminden sorumlu otorite olan J-FSA, yatırımcıları ICO’ların riskleri konusunda uyarın bir basın bülteni yayınlamıştır. Bülten, sorumluluklarını hatırlatarak, “aşırı fiyat oynaklığı ve potansiyel dolandırıcılık” konusunda yatırımcıları uarmıştır⁵⁸. Ayrıca kripto varlık arz edicileri, “ICO’ların nasıl oluşturulduğuna bağlı olarak Japonya Ödemeler Hizmet Yasası ve Finansal Araçlar ve Borsa Yasası’nda mevcut düzenlemelerin gereklerini yerine getirmeleri gerekebileceği, aksi takdirde hukuku sorunlarla karşılaşabilecekleri” konusunda bilgilendirmiştir⁵⁹. Böylece, hem tasarruflarını yatıracak olanlara hem de arz ve borsa hizmeti sunmakta olan kişilere sorumlulukları hatırlatılmaktadır.

Japonya kripto varlıkların tanımlanmasını sonrasında bu tür tescilli değerler için değişim ve saklama hizmeti sunan borsaları da yeniden düzenlemiştir.

B. Sanal Varlık Borsa Hizmeti Sağlayıcıları (*Virtual Asset Service Providers - VASPs*)

Japonya’nın Ödeme Hizmetleri Yasası ve Suç Gelirlerinin Aktarılmasının Önlenmesi Yasası’nda Değişiklik (*Amendment of the Payment Services Act and the Act for Prevention of Transfer of Criminal Proceeds*) ile “sanal varlık borsa hizmet sağlayıcıları” (*Kasō-Tsūka-Kōkan-Gyōsha*) için yeni bir kategori oluşturulmuştur. Bu düzenlemeyle sanal varlık borsa hizmet sağlayıcıları daha önce var olan “ön ödemeli araç ihracatçıları” ve “para transferi hizmet sağlayıcıları” gibi başlıklara ek olarak düzenlenmiştir⁶⁰. Yeni düzenlemeyle sanal varlık alım satımı yapan, takas eden ya da aracılık hizmeti sunan işletmeler J-FSA’ya kayıt

⁵³ DOEGE, s. 121.

⁵⁴ ICO (*Initial Coin Offering*), geleneksel finansal piyasalardaki İlk Halka Arz’ın kripto para dünyasındaki karşılığıdır. Bir yatırım için başlangıç sermaye oluşturulması olarak da düşünülebilir.

⁵⁵ Bu tanımlama Howey testi aracılığı ile oluşturulmaktadır. Howey Testi için AYDINER.

⁵⁶ DOEGE, s. 123.

⁵⁷ DOEGE, s. 124.

⁵⁸ DASKALAKIS, Nikos / GEORGITSEAS, Panagiotis: *An Introduction to Cryptocurrencies: The Crypto Market Ecosystem*, Taylor & Francis, 2020.

⁵⁹ DASKALAKIS / GEORGITSEAS, s. 75.

⁶⁰ ISHIKAWA, s. 128.

yaptırma yükümlülüğü altına girmiştir. Mevcut borsaların yeni düzenlemelere uyum sağlaması için altı aylık bir geçiş süresi tanınarak operasyonlarını yasal çerçevede sürdürebilmeleri sağlanmıştır.

Kayıt, lisans gibi olmasa da sanal varlık hizmet sunucularının bazı bilgileri yetkilendirilmiş kurumlarla paylaşması anlamına gelmektedir. Ek olarak, Mt.Gox vakasından kaynaklanan tecrübe ile, VASPs'nin kullanıcı varlıklarını kendi varlıklarından ayrı tutmaları, hizmetler ve ücretler hakkında şeffaf bilgi sunmaları ve uyuşmazlıkları alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution-ADR*) yöntemleriyle çözmeleri düzenlenmektedir⁶¹. Bu şekliyle düzenleme borsa hizmeti sunacak kurum ya da bireylere bir miktar sermaye zorunluluğu getirmektedir. Ek olarak müşterilerine daha üye kabul ederken, sorun çıktığında nasıl çözümleneceğini ve borsanın ne kadar sorumluluk kabul ettiğini açıkça söylemiş olması beklenmektedir.

Bu düzenlemeler, Japonya'nın kripto varlık piyasasında daha yüksek hesap verebilirlik ve şeffaflık sağlamayı amaçlarken tüketici koruması açısından da önemli bir adım olarak değerlendirilmiştir⁶². Bununla birlikte lisanslama yerine kayıt tercihi⁶³, pek çok ülke henüz bir düzenleme yapmadığı için (küresel bir düzenlemenin olmadığı bir ortamda), kripto sermayenin ülkeyi terk etmesinden kaçınan esnek bir düzenleyici yaklaşıma da işaret etmektedir.

C. Suç Gelirlerinin Aktarılmasının Önlenmesi

İnternet üzerindeki suçların sadece bir ülke aracılığı ile düzenlenmesi mümkün değildir. Sosyal medya üzerindeki yanlış bilgilendirmeler, hırsızlıklar vb. suçlar bir ülkenin yargı sınırları ile sınırlandırılmamaktadır. Bu nedenle bir ülkenin sınırlarını aşan suçlar küresel düzenlemeler gerektirmektedir. Kripto varlıklarla bağlantılı suçlar öncesinde de benzer suçlar bulunmaktadır. Bu nedenle daha önce de BM çatısı altında, çok taraflı sözleşmeler aracılığı ile uyuşturucu maddeler, silah ticareti, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı vb konular ile bağlantılı küresel düzenleyici kurumlar oluşturulmuştur⁶⁴. Benzer örgütlerden olan Mali Eylem Görev Gücü (*The Financial Action Task Force-FATF*), web sayfalarında da belirtildiği gibi, “ulusal makamların uyuşturucu kaçakçılığı, yasadışı silah ticareti, siber dolandırıcılık ve diğer ciddi suçlarla bağlantılı yasadışı fonların peşine etkili bir şekilde düşebilmesini sağlamak için uluslararası standartları” belirlemek üzere oluşturulmuştur⁶⁵.

Görev Gücü yaptırım gücüne sahip tavsiye kararları almaktadır. FATF'nin Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadelede Risk Tabanlı Yaklaşım Kılavuzu (*The Guidance on the Risk-Based Approach to combating Money Laundering and Terrorist Financing*), ilk kez 2007'de hazırlanmıştır. Ülkelerin bankacılık ve finans kurumları, kılavuzdaki tavsiye kararlarına yüksek oranda uymaktadırlar. Kripto varlıklar için ilk tavsiyeler, Mt.Gox saldırısından sonra, kılavuzda yer almaya başlamıştır.

Mt.Gox sonrası Japonya G7 zirvesinde “sanal para birimlerinin ve diğer yeni ödeme yöntemlerinin uygun bir şekilde düzenlenmesi de dâhil olmak üzere, tüm finansal akışların şeffaflığını sağlamak için daha fazla adım atacağını” vaat etmiştir⁶⁶ (Grafik 1'den tarihsel seyrin görülmesi mümkündür). FATF kılavuzunda da “Her ülke, sanal para birimleri ile yasal para birimlerini takas eden borsalarda, müşteri kimliğini doğrulama zorunluluğu, kayıt / lisans gereklilikleri ve AML / CFT⁶⁷ düzenlemeleri getirmelidir” denmektedir.

⁶¹ KARAIKOS, Antonios: “Financial instruments: Transactions and consumer protection in Japan”, *Data Governance in AI, FinTech and LegalTech*, Edward Elgar Publishing, Londra, 2022, s. 133.

⁶² DOEGE, s. 129.

⁶³ CHENG, Evelyn: *The SEC Just Made It Clearer that Securities Laws Apply to Most Cryptocurrencies and Exchanges Trading Them*, 2018 (<https://www.cnbc.com/2018/03/07/the-sec-made-it-clearer-that-securities-laws-apply-to-cryptocurrencies.html>, ET: 21.02.2025).

⁶⁴ Ayrıntılı okuma için bkz. <https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html> (ET: 20.05.2025).

⁶⁵ Bkz. <https://www.fatf-gafi.org/en/the-fatf/who-we-are.html> (ET: 01.02.2025).

⁶⁶ AMAYA.

⁶⁷ AML/CFT (*anti-money laundering/combating the financing of terrorism*), “kara para aklama/terörizmin finansmanı ile mücadele” olarak çevirmektedir.

Japonya'nın Ödeme Hizmetleri Yasası ve Suç Gelirlerinin Aktarılmasının Önlenmesi Yasası'nda yaptığı değişiklikler (*Amendment of the PSA and...*) Coincheck saldırısından önce Nisan 2017'de yürürlüğe girmiştir. Temelde FATF ile uyumlu olarak "hesapların açılmasında kimlik doğrulamasını önermektedir. Ek olarak kullanıcı koruması perspektifinden bir düzenleyici çerçeve de geliştirilmiştir (asgari sermaye gereklilikleri, müşterilere bilgi sağlanması, müşterilerin varlıklarının ayrıştırılması ve sistemlerin güvenli yönetimi önerilmektedir).

Yukarıdakilerden anlaşılacağı üzere, Mt.Gox borsasına yönelik iflas işlemlerinin başlamasından neredeyse iki yıl, saldırıdan üç yıl sonra, Japonya PSA'da yapılan değişikliklerle sanal varlıkları düzenleyen ilk yasal uygulamalarını yürürlüğe koymuştur.

Yapılan değişiklikler, bir tepki olduğundan, bir yandan tüketicinin korunmasını sağlarken bir yandan da FATF tavsiyeleri ile hukuki düzenlemeleri birleştirmeye çalışmak olarak anlaşılabilir⁶⁸. Sanal varlıklar değişim hizmet sağlayıcılarına ve sanal varlıkların tanımına ilişkin yeni kurallar, daha iyi hukuki düzenlemeler yolunda önemli bir adım olarak görülebilir ve Mt.Gox gibi krizlerin tekrar yaşanmaması için yenilik (*innovation*) ve denetim dengesini sağlamak amacı taşımaktadır⁶⁹.

Bununla birlikte, Mt.Gox tecrübesine rağmen, Japon yetkililerin bu tarihlerde piyasayı aşırı düzenlemekten kaçınmaya çalıştıkları da söylenebilir. Küresel bir düzenleme olmadığı için, herhangi bir ülkenin diğerlerinden önce sıkı düzenlemeler getirmesi, hızlı sermaye çıkışlarına neden olacağından, bütün ülkeler son derece dikkatli ve küçük adımlar atmaktadırlar. Dolayısıyla alınan önlemler yeterli olmaması ve yeni bir borsa saldırısı gerçekleşmiştir.

VI. COINCHECK SOYGUNU

Coincheck Borsası 2014 yılında Japonya'da kurulmuştur ve Mt.Gox gibi ülkedeki popüler kripto para borsalarından biridir. Bu borsada Bitcoin, Ether, LISK ve NEM dahil olmak üzere çok çeşitli dijital varlıkların ticareti, itibari paralarla değişimi ve saklama (muhafaza) işlemleri yapılabilmektedir.

Coincheck soygunu NEM kripto varlıkları üzerinden yapılmıştır. NEM (veya XEM olarak kısaltılmaktadır, *New Economy Movement*-Yeni Ekonomi Hareketi) açık kaynaklı bir kripto varlık birimidir ve Bitcoin gibi aynı zamanda bir blokzinciri platformudur. Farklı borsalarda bu dijital varlığa ilişkin alım satım işlemleri yapılabilmektedir.



Resim 3. NEM Simgeleri

26 Ocak 2018 tarihinde bilgisayar korsanları Coincheck kripto varlık borsasının güvenlik sistemini ihlal etmiş ve 500 milyon NEM tokeni çalıp ve daha sonra ağdaki 19 farklı adrese dağıtmışlardır⁷⁰. (Mt.Gox saldırısı sırasında bahsedilen Tablo 1'den hırsızlığın büyüklüğüne ilişkin tahmini rakamlar görülebilir).

⁶⁸ ISHIKAWA, 127-128.

⁶⁹ SYGNA: *Japan's History of Crypto Asset Regulation: 2014-2020* (<https://www.sygna.io/blog/japan-crypto-regulation-history-2014-2020>, ET: 15.11. 2024).

⁷⁰ TSUCHIYA, Yoichi / HIRAMOTO, Naoki: "How Cryptocurrency is Laundered: Case Study of Coincheck Hacking Incident", *Forensic Science International: Reports*, 2021, 4 (100241), s. 3; RASTOGI / BUDHIRAJA / AHMAD, s.4-5

İlk adımda hırsızlığına neden olan güvenlik sorununun iki noktadan kaynaklanabileceği düşünülmüştür:

- NEM'i geliştiren yani kripto varlığı üreten taraftan,
- İşlemleri yapan/cüzdanları saklayan borsa tarafından.

Olayı takiben NEM geliştiricileri, sorunun kendilerinden kaynaklanmadığını iddia etmişler, Coincheck Borsası yöneticileri de kendi sorumlulukları olduğunu kabul etmişlerdir⁷¹. Borsa yöneticilerinin açıklamalarına göre, Bitcoin dışındaki kripto varlıkların yüksek bir korumaya ihtiyacı olduğunu düşünmedikleri için NEM dahil diğer kripto varlıkları sıcak cüzdanlarda saklamışlar ve bu varlıkların transfer ve değişimlerinde çok taraflı akıllı imza teknolojisini (*Multisig Contract Smart Signing Uygulamasını*) gerekli görmemişlerdir⁷². Bilgisayar korsanları NEM cinsi kripto varlıkların depolandığı bir sıcak cüzdanın özel anahtarını elde etmiş ve ağ bağlantılı sıcak cüzdanlardan kripto varlıklar çok kısa süre içinde boşatılmıştır⁷³. Büyük hesap aktarımları için akıllı imza teknolojisinin kullanılmıyor olması, çok sayıda hesaba ulaşılmasını ve ulaşılınca da alanın ve gönderenin anonim olduğu bir dünyada herhangi bir yere aktarılabilmesini sağlamış; zararın çok büyümesine neden olmuştur⁷⁴.

Tablo 2, kripto varlık piyasasında Coincheck ile ilgili olaylara odaklanarak davanın zaman çizelgesini özetlemektedir. Tablodan görülebileceği gibi, soygun sonrası, NEM ekibi, soygunda çalınan tüm NEM'leri, diğer borsaların kabul etmemesi için fonları çalıntı olarak tanımlayan bir mesajla etiketlenmiştir. Bu hırsızlık işaretine rağmen, çalınan kripto varlıkların küçük, hukuki kayıt ya da lisans düzenlemesi olmayan borsalarda veya Monero ve ZCash gibi daha çok gizlilik amacı ile kurulmuş borsalarda, indirimli fiyatlarla Bitcoin'e ya da yerel paralara dönüştürülerek aklandığı ve farklı hesaplara aktarıldığı düşünülmektedir. Çalıntı olarak işaretlenmiş (etiketlenmiş) olmasına rağmen hesapların dönüştürülmesi engellenememiştir. Saldırıda bir süre sonra sorumluluğu üstlenen Coincheck borsası, saldırıdan etkilenen 260 bin kullanıcının tamamına Japn yeni cinsinden geri ödeme yapacaklarını duyurmuştur⁷⁵. Etkilenenlerin tüm zararlarını karşılamayı seçtikleri için Coincheck yetkileri, kripto varlık dünyasında açık bir destek de almışlardır⁷⁶.

Tarih	Olay
26 Ocak	Saldırı gerçekleşiyor ve korsanlar NEM'i birçok adrese transfer etmeye ve dağıtmaya başlıyorlar.
27 Ocak	Coincheck tarafından açıklama yapılıyor.
1 Şubat	Kripto piyasasında takas işlemleri için muhtemelen test operasyonu ile korsanlar Bitcoin adresleri ilk Bitcoin ödemesini alıyor.
7 Şubat	Kripto piyasasında takas başlıyor.
12 Mart	Korsanlar, satışlardan elde ettikleri kazancı Bitcoin adreslerinden transfer ediyorlar.
20 Mart	NEM, izlemeyi devre dışı bırakıyor.
22 Mart	Çalınan NEM varlıklar satılıyor.
23 Nisan	Korsanlar satışlardan elde ettikleri toplam kazancı Bitcoin adreslerinden transfer ediyorlar.

Tablo 2. Coincheck Saldırısından Sonra Olayların Gelişimi⁷⁷

⁷¹ BUCK, Jon: *Coincheck: Stolen \$534 M in NEM were Stored on Low Security Hot Wallet*, 2018 (<https://cointelegraph.com/news/coincheck-stolen-534-mln-nem-were-stored-on-low-security-hot-wallet>, ET: 10.05.2025);

⁷² BUCK, s. 1; TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 3.

⁷³ BUCK, s. 1; TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 3.

⁷⁴ CURRAN, Brian: *The History of the Coincheck Hack: One of the Largest Heists Ever*, 2018 (<https://blockonomi.com/coincheck-hack/>, ET: 15.10.2024).

⁷⁵ BUCK, s. 1; TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 3; CURRAN.

⁷⁶ CURRAN; TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 4.

⁷⁷ Tablo TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 2'den alınmıştır.

Sorumluların araştırılmasında kolluk kuvvetleri, Ocak 2021’de 31 kişiyi, çalıntı olduğunu bilmelerine rağmen (etiketler nedeniyle) NEM kripto para birimini diğer dijital para birimleriyle takas etmekle suçlamıştır. Bununla birlikte, Coincheck saldırısını gerçekleştiren bilgisayar korsanlarının kimlikleri belirlenememiştir. 31 şüpheli, çalınan değer yaklaşık %30’una tekabül eden toplam 20 milyar yen değerinde NEM’in ticareti ile suçlanmışlardır⁷⁸.

VII. COINCHECK SONRASI DÜZENLEYİCİ REFORMLAR

Mt.Gox ve Coincheck’in yaşadığı başarısızlıklar, Japon hükümetinin kripto varlık yönetimine yönelik farkındalığını erken bir aşamada artırmış ve bir strateji geliştirmesini zorunlu hale getirmiştir. Bankacılık, menkul kıymetler ve borsa ile sigortacılık sektörlerini denetleyen, Japon hükümetine bağlı entegre finansal düzenleyici bir kurum olarak J-FSA, 15 kayıtsız kripto varlık borsasında yerinde denetimler gerçekleştirmiş ve nihayetinde 7 borsaya iş geliştirme uyarıları gönderilmiştir⁷⁹. Ayrıca 2 borsanın operasyonları geçici olarak durdurulmuştur.

Yeniden bir çalışma grubu (*The Study Group on Virtual Currency Exchange Services*) oluşturulmuş, önerileri sunulmuştur. Çalışma grubu Aralık 2018’de raporunu sunmuş ve kripto para birimi değişim sağlayıcılarının daha fazla ve daha sıkı düzenlenmesini önermiştir⁸⁰.

Japonya bu önerileri dikkate alarak 2019 ve 2022’de iki defa, birbirini takip eden hukuki düzenlemelerle daha sıkı bir çerçeve oluşturmuştur. İlk düzenleme Ödeme Hizmetleri Yasası ile Finansal Araçlar ve Borsa Yasası’nda yapılan değişiklik ile kripto varlık türev işlemleri için, ikincisi stablecoin⁸¹ ihraççıları ve aracıları için, normal finans sisteminde zaten var olan müşteri bilgisi (*Müşterini Tanı, Know Your Customer-KYC*) ve kayıt sistemi zorunluluğunu getirerek düzenlemiştir⁸².

Ayrıca bu süreçte, Japonya Merkez Bankası (*Bank of Japan-BOJ*), Maliye Bakanlığı’ndan kurumsal bağımsızlığını kazanmıştır. Sektör içi bir denetim ve düzenleme kuruluşu (Japonya Sanal ve Kripto Varlıklar Borsası Birliği (*Japan Virtual and Crypto Assets Exchange Association-JVCEA*)) oluşturulmuştur. Ödeme Hizmetleri Yasası, Finansal Araçlar ve Borsa Yasası (*Financial Instruments and Exchange Act*), Bankacılık Yasası gibi ilgili yasalarda yeni değişikliklere gidilmiştir. Değişikliklerle oluşturulan hukuki yapı halihazırda mevcut olan tüm kripto varlık ve token çeşitlerini düzenlemektedir. Sıkı düzenlemeleri takip etmek, denetlemek vb gereklilikler için yeni kurumlar da oluşturulmuştur.

A. Sektör İçi Düzenleyici Bir Kuruluşun Oluşturulması

Japonya Sanal ve Kripto Varlıklar Borsası Birliği (JVCEA) sistemi sektör içinden denetlemek ve düzenlemek için 2018 yılında oluşturulmuştur⁸³. Bir kamu kurumu olmamakla birlikte J-FSA tarafından resmi olarak tanınmaktadır.

JVCEA’nın sektör içi özerk bir düzenleyici (*self-regulation*) olarak oluşturulmasının nedeni, kripto varlık birimi gibi hızla gelişen endüstrilerde bürokratlardan ziyade uzmanların hızla kararlar almasının daha iyi olacağı düşüncesidir. Çünkü kripto varlıklar piyasasının uzmanlık gerektiren bazı bilgiler olmadan takip edilmesi,

⁷⁸ TSUCHIYA / HIRAMOTO, s. 2

⁷⁹ SEPTIANSYAH, Veris / FITRI, Ich Cahyaning / SETYAWAN, Fendi / PRAKOSO, Bhim: “Accountability of the Financial Services Authority in Indonesia, Australia, Germany, France and Japan”, *International Journal of Social Science and Education Research Studies*, 2024, Cilt 4, Sayı 6, s. 531-544.

⁸⁰ AMAYA.

⁸¹ Stablecoinler (Sabit kripto paralar), dijital varlığın değerinin ulusal bir paraya (Dolar, Euro vb), borsada işlem gören bir emtiaya (kıymetli metaller veya endüstriyel metaller gibi) veya başka bir kripto paraya birebir (1:1) sabitlendiği varsayılan bir kripto para türüdür. Bu çeşit kripto varlıklarla, diğer kripto varlıklarda görülen yüksek fiyat oynaklığının azaltılması hedeflenmiştir. Fakat pek çok Stablecoin örneğinde varsayımın çalışmadığı, yüksek kayıpların olduğu gözlenmektedir.

⁸² AMAYA.

⁸³ Bkz. <https://jvcea.or.jp/about/> (ET: 01.01.2025); AOKI, Shunsuke / KAWAI, Ken / MIYAKE, Akihito: *Japan: Getting a Grip*, 2020 (<https://www.iflr.com/article/2a63733ixysbvclr183e0/japan-getting-a-grip>, ET: 20.01.2025).

düzenlenmesi ya da kontrol edilebilmesi mümkün görünmemektedir. Ayrıca uzman bilgisi ile JVCEA'nın teknolojik yeniliklerle eskimeyen yasaların çıkarılmasına yardımcı olabileceği de düşünülmektedir.

JVCEA, kripto piyasalar için pek çok alanda karar yetkisine sahiptir. Birlik, kripto varlıklar için borsa yeterliliklerinin belirlenmesi ve denetlenmesi, kayıtların takibi, borsalara ve işlem gören varlıklara ilişkin istatistiki bilginin üretilmesi konusunda yetkilendirilmiştir⁸⁴. Tüm kripto varlık borsalarının ve kripto varlık saklama hizmeti sunucularının JVCEA'ye kayıt olması ve yönergelerini izlemesi de beklenmektedir⁸⁵. Bu tarihten itibaren Japonya'da işlem yapan kripto varlık borsalarının JVCEA'nın belirlediği sermaye yeterliliklerine sahip olması ve kuruma kayıt olarak lisans yeterliliklerini sağlama-sı gerekmektedir. Ayrıca JVCEA borsada işlem görebilecek kripto varlıklara ilişkin bir liste belirle-mektedir. JVCEA'nın ve J-FSA'nın listelemediği kripto varlıklar Japonya'da işlem görememektedir.

B. Kişileri Koruma ve Şeffaflık

JVCEA ve J-FSA düzenlemeleri sonrasında, Japonya'da faaliyet gösteren tüm borsaların müşteri-lerin varlıklarını güvenilir bir şekilde yönetmek için, müşterilerinin kripto varlıklarıyla “*aynı türde ve aynı miktarda kripto varlık*” elde tutmaları, yani işlem yapılan kadar sermayeye sahip olmaları bek-lenmektedir⁸⁶. Mt.Gox saldırısı sonrası, ilk çalışma grubunun önerdiği sermaye yeterlilikleri başlığı altında düşünülebilecek bu şart, Coincheck saldırısı sonrası netlik kazanmıştır. Borsaların BTC, Eter-nium, NEM vb. kripto varlıklar üzerinden kabul ettikleri tasarruflar karşılığında, aynı varlık cinsinden sermayeye sahip olmaları gerekmektedir.

Diğer şartlar arasında borsaların “kullanıcıların kripto varlıklarının en az %95’ini çevrimdışı bir ortamda (soğuk cüzdana) yönetmek, saklamak zorunda olmaları”, “sistem güvenliği için bilgisayar program güvenliğini daima güncel tutmaları”, “eğer hırsızlık, saldırı vb ile kayıplar olursa, bu kayıpla-rı hangi oranda, hangi cins varlık ile karşılaştıklarını, kuruluşta açıklamış olmaları”, “bilanço ve gelir tablolarını yayınlayarak, denetleyici kurumlar ve kullanıcılar için yeterli bilgi temin etmeleri”, “piyasa manipülasyonu vb haksız rekabet uygulamalarından sakınmaları” sayılabilir⁸⁷.

Bu düzenlemelerden umulan fayda, saldırılara hedef olan kripto borsaların, sermaye ve sistem ye-terliliklerine zorlanarak, kendilerini ve müşterilerini koruyabilir hale gelmeleridir. Bu nedenle ilk madde borsaların sermaye gerekliliklerini yükseltmektedir. Diğer şartlardan soğuk depolama ve sistem zorunlulukları ile hizmet sunucu birimlere güvenlik önlemleri konusunda sorumluluk yüklenmektedir. Diğer talepler ise, olası bir kayıp durumunda tarafların sorumluluklarının belirlenmesinde önceden ilan edilen sözleşme hükümleri aracılığı ile yargılama sürecini kısaltmayı, yargının üzerindeki yükü azalt-mayı ve borsaların kendi değerleri ve işlem hacimleri konusunda yanıltıcı bilgi üretmelerinin engel-lenmesini hedeflemektedir. Son olarak borsaların mali durumları hakkında şeffaf olmalarının ve müş-terine doğru bilgi aktarmalarının sağlanabilmesi için denetleyici kurumlara görevler yüklenmektedir.

C. Kaldıraç Oranın Düzenlenmesi

J-FSA ayrıca, operasyonel kararlarda almıştır. Kripto varlık marjın ticaretinde⁸⁸ kaldıraç oranını⁸⁹ ilk adımda yatırılan teminatın dört katı ile sınırlandırmıştır⁹⁰. Tedbirler, kamu güvenliğini yeniden tesis

⁸⁴ JVCEA.

⁸⁵ AOKI / KAWAI / MIYAKE.

⁸⁶ AMAYA; MORITA, Hatsuru: “Regulatory and Policy Reforms in Japan”, *Law and Practice of Crowdfunding and Peer-to-Peer Lending in Australia, China and Japan*, Springer Nature, Singapore, 2010, s. 217-235.

⁸⁷ AMAYA; MORITA, s. 220.

⁸⁸ Kripto varlık marj ticareti, yatırımcıların kendi sahip oldukları sermayeden daha fazla para ile işlem yapmalarına imkân tanır.

⁸⁹ Kaldıraç oranının başlangıç mevduatının 2 katı ile sınırlanması, örneğin, eğer bir yatırımcı 2.000 dolar yatırıyorsa, en fazla 4.000 dolar değerinde bir işlem açabileceğini gösterir. Kaldıraçlı işlemler, yatırımcıların kazançlarını artırabilse de aynı zamanda kayıplarını da bü-yütebilir.

⁹⁰ PALOVAARA, Anton: *What is Crypto Margin Trading and How Does It Work?* (<https://leverage.trading/what-is-crypto-margin-trading/>, ET: 24.11.2024).

etmek, güvenliği artırmak ve Japonya'nın kripto varlık sektörüne daha sağlam bir düzenleyici çerçeve kazandırmak amacıyla bir bütün olarak uygulanmıştır. Kaldıraç oranları 2019 yılında kullanıcıların başlangıç mevduatlarının 2-4 katı ile ve 2020 yılında 2 katı ile sınırlandırılarak azaltılmaya devam etmiştir. Bu sınırlandırma aşırı riskli işlemlerden kaynaklanabilecek, yüksek hareketliliği ve büyük kayıpları önlemeyi hedeflemektedir. Ayrıca yatırımcıların daha temkinli işlem yapmalarını teşvik ederek, piyasanın istikrarını sağlamayı amaçlamaktadır⁹¹. Borsaların, riskli kripto varlık işlemlerinde yatırımcıların kaybedebilecekleri maksimum miktarı sınırlamasını sağlayarak, JVCEA'nın kılavuzuna da uyulmaya çalışılmaktadır.

D. AML/CFT Düzenlemeleri

FATF'ın Japonya'ya ilişkin Dördüncü Tur Karşılıklı Değerlendirme Raporu Ağustos 2021'de yayınlanmıştır⁹². Raporda Japon hükümetinin AML/CFT politikası için Bakanlıklararası Konsey oluşturduğu, Konseyin AML/CFT için eylem planı hazırladığından bahsedilmektedir. Plan finansal kuruluşlar ve sanal para birimi değişim sağlayıcıları ile denetleyicileri tarafından alınması gereken önleyici tedbirleri de içermektedir. Nihayet, Ekim 2022'de Japonya Ulusal Meclisine kripto varlıklar için Seyahat Kuralı ile ilgili revize edilmiş bir yasa tasarısı sunulmuştur.

Dolayısıyla AML/CFT düzenlemelerinin Müşterini Tanı ve Seyahat Kuralı kripto varlık hizmet sunucuları içinde geçerli hale gelmektedir. FATF'nın tavsiyelerinin kripto varlıkları içerecek şekilde güncellenmesi, kripto varlıklar için takas, saklama hizmeti ve diğer hizmetleri veren kuruluşların, artık kara para aklama ve terörizmin finansmanına karşı diğer finansal varlıkların uyduğu önlemlere tabi olacakları anlamına gelmektedir.

Japonya'da, "Kripto Varlık Borsası Hizmet Sağlayıcıları", "Finansal Araç İşletmecileri" ve "Elektronik Ödeme Aracı Borsası Hizmet Sağlayıcıları" dahil olmak üzere kripto ile ilgili tüm hizmet sağlayıcıların geçerli tüm AML/CFT önlemlerini alması gerekmektedir⁹³.

"Müşterini Tanı" (KYC) ya da "Nihai Faydalanıcıyı Tanı" (*The Ultimate Beneficial Owner-UBO*) olarak adlandırılan süreç, herhangi bir ülkede bankacılık hizmetlerinden yararlanmak için uyulması gereken bir kuraldır ve tüm kara para aklama karşıtı mevzuat ve düzenlemelerin temel ilkesini oluşturmaktadır. KYC kuralı herhangi bir banka hesabı açıldığında, bu hesapla işlem yapıldığında, işlemi yapanın geçerli kimlik ve ikametgâh belgelerinin olmasını ve bu bilgilerinin hizmet sunucu tarafından saklanması gerektirmektedir. Dolayısıyla bu kural kripto varlık borsa hizmet sağlayıcılarına, herhangi bir hesabın açılışında, kişilerin kimlik bilgilerini almak ve hatta teyit etmek sorumluluğu yüklemektedir.

"Seyahat Kuralı" (*Travel Rule*)⁹⁴ ise belli bir miktarın üstündeki para hareketlerinde, parayı alanın ve gönderenin isimlerinin, hesap numaralarının ve adres bilgilerinin hizmet sunucular tarafından kayıt altına alınması⁹⁵ ve mali istihbarat kurumlarıyla bu bilgilerin paylaşılması anlamına gelmektedir. Ayrıca aktarılan söz konusu finansal varlığın kaynağı yani nereden elde edildiği de sorgulanabilir. KYC gibi Seyahat Kuralı da bankacılık sisteminde ulusal paralar için zaten uygulanmaktadır.

⁹¹ SYGNA: Guide: *Japan Crypto Asset Regulation* (<https://www.sygnia.io/blog/japan-crypto-asset-regulation-guide/>, ET: 26.11.2024); MAEDA, Rick: *State of the Japanese Crypto Market*, 2024 (<https://www.prestolabs.io/research/state-of-the-japanese-crypto-market>, ET: 24.11.2024).

⁹² MINISTRY OF FINANCE JAPAN: *AML/CFT/CPF in Japan*, (https://www.mof.go.jp/english/policy/international_policy/amlcftcpf/3_efforts.html, ET: 29.11.2024).

⁹³ AMAYA; SUZUKI, Yuri / OCHIAI, Takafumi / OUE, Ryosuke / KANEHISA, Naoki / TANIZAKI, Kenicki: *Japan: A New Dose of Regulation and Promotion*, 2019 (www.aplawjapan.com/archives/pdf/A-fresh-dose-of-regulation-and-promotion.pdf, ET: 25.10.2024).

⁹⁴ İşlem yapan kişilere ait kişisel veriler aktarımlarıyla birlikte seyahat ettiği için düzenlemeye "Seyahat Kuralı" denilmektedir.

⁹⁵ KAUR, Guneet: *The Crypto Travel Rule: An Overview*, 2023 (<https://cointelegraph.com/learn/articles/crypto-travel-rule>, ET: 26.11.2024).

Kripto varlıkların anonim yapısı, yasa dışı faaliyetlerden elde edilen gelirin kullanılabilmesini ya da örneğin bir borsa saldırı sonrası, kripto varlıkların herhangi bir cüzdana girmesini kolaylaştırmaktadır. Siber suçlar üzerine yapılan araştırmalar, kripto varlıklardan sadece Bitcoin üzerinden bile bilgisayar korsanlıklarının ciddi boyutlarda olduğunu iddia etmektedir. CipherTrace Raporu göre, suç teşkil eden Bitcoin'in yüzde 97'si AML yasalarının zayıf olduğu, regüle edilmemiş ülkelerdeki borsalara aktararak dönüştürülmekte ve Bitcoin ya da itibari (Euro veya dolar gibi ulusal) para cüzdanlarına girmektedir⁹⁶. Diğer bir ifade ile bilgisayar korsanları çalınan fonları, hukuki düzenlenmesi olmayan ülkelerdeki kripto para borsaları aracılığıyla kolayca servete ya da harcanabilir bir hale dönüştürebilmektedirler. Seyahat Kuralı ile büyük miktarlardaki varlıklar el değiştirdiğinde kayıt altına alınması, KYC ile de hesabın sahibinin doğru kimlik bilgilerine ulaşılabilmesi hedeflenmektedir.

Bununla birlikte gerek KYC gerek Seyahat Kuralı, kripto varlıkların felsefi temelleri ile ve anonimlik özellikleri ile çelişmektedir. Japonya, AML/CFT rejimini güçlendirmek için Ekim 2022'de Ulusal Meclis'e kripto varlıklar için Seyahat Kuralı ile ilgili uygulamalar için revize edilmiş bir yasa tasarısı sunmuş olmasına rağmen, hali hazırda uygulanabilir bir çerçeve oluşturulamamıştır. Japonya VASP'lerde uygulama yöntemleri üzerinde 2023'ten beri çalışılmaktadır⁹⁷.

SONUÇ

Kripto piyasalarda bulunan finansal fonların büyüklüğü hem ülkelerin hem de kötü niyetli kişilerin ilgisini çekmektedir. Ülkeler bu fonları kendi sınırları içinde tutabilmek için kripto varlık piyasasındaki hızlı gelişmeyi teşvik etmek ile daha sıkı hukuki düzenlemeler yapmak arasında bir denge yakalamaya çalışmaktadırlar. Kripto varlıklar alanında öncü ülkelerden Japonya'nın borsa saldırıları konusundaki deneyimi, bu piyasalardaki gelişimin yönünün daha sıkı düzenlemelere doğru olduğunu göstermektedir.

Japonya'nın kripto varlık piyasalarının geçmişi, bilgisayar programları ve oyun teknolojisi alanındaki öncülüğüne kadar dayanmaktadır. Bu çalışmada vurgulandığı üzere, bu teknolojiye yakınlık, 2000'li yılların başında Bitcoin'in doğuşunda Japonya'ya öncü bir rol sunmuştur. Bu statü beraberinde ilk adımları atan ülke olmanın zorluklarını da getirmiştir. Bu makalede değerlendirilen Mt.Gox borsası saldırısı, hukuki olarak neredeyse hiç düzenlenmemiş bir ortamda yaşanmış ve borsanın iflası ile sonuçlanan yüksek finansal kayıplara neden olmuştur. Saldırı sonrası, Japonya hukuki düzenleme yapabilmek için kripto varlıkları tanımlamaya çalışmış, kripto varlık borsalarını düzenleyerek kayıt zorunlulukları getirmiştir. Ayrıca kripto varlık sektöründeki tüm büyük oyuncular, güvenlik sistemlerini yeniden tasarlamak ya da gözden geçirmek için ve sermayelerini artırmak için daha fazla kaynak ayırmak zorunda kalmışlardır.

Bu düzenlemeler henüz hayata geçirilmişken Coincheck kripto varlık borsası bilgisayar korsanlarının saldırısına uğramıştır. Mt.Gox borsa saldırısı sonrası getirilen sermaye zorunlulukları Coincheck borsasının yeterli sermayesi bulunmasını sağladığı için kayıplar karşılanmış, bununla birlikte bilgisayar korsanlarının kimlikleri belirlenememiştir. Japonya saldırı sonrası önceki düzenlemenin sorunu çözmediği görerek, borsaların sermaye yeterliliklerini yükseltmiş, sektörü içerden düzenleyen bir öz denetim kurumu Sanal ve Kripto Varlık Borsaları Birliği'ni (JVCEA) oluşturmuş, kayıpların büyümesine neden olan kaldıraç oranlarını birkaç yıl içerisinde düşürmüş, borsalarda işlem görecektir kripto varlıklar için J-FSA'da listelenmesi şartı getirmiş, dolayısıyla düzenlemenin dozunu yükseltmiştir.

Bu çalışmanın kapsamına girmemekle birlikte başka ülkelerde de benzer borsa saldırıları ve soygunları devam etmektedir. Her olayda bir öncekine göre daha yüksek kayıplardan söz edilmektedir. Saldırıların ve kayıpların devamlılığı, borsaların siber suçlular için bir hedef olduğunu ve kripto koruma tekniklerinin açıklar içerdiğini göstermektedir. Korsanların kimlikleri genellikle belirlenemediği, boşalttıkları hesaplar için bir ceza görmedikleri için, kripto piyasalarda hırsızlığı ve dolandırıcılığı teşvik edici bir ortam oluşmaktadır.

⁹⁶ CIPHERTRACE: *CipherTrace Cryptocurrency Intelligence 2018 Q3*, 2018 (<https://www.ciphertrace.com/crypto-aml-report-2018q3.pdf>, ET: 18.10.2024).

⁹⁷ Bkz. <https://www.fsa.go.jp/> (ET: 29.12.2024).

Diğer sorun, saldırılar ceza adalet sisteminin önüne geldiğinde, çözüm uzmanlık gerektirmekte, uzun zaman almakta ve bu makale kapsamında aktarılan Japonya'daki örneklerde ya da Türkiye'de çeşitli ponzi dolandırıcılıklarında görülebileceği gibi tüm kayıplar tazmin edilememektedir. Bu makalede belirtildiği gibi Japonya kripto varlık borsalarının ve borsalarda işlem görmesine izin verilen kripto varlıkların müşterilerine şeffaflık kurallarını belirlemektedir. Bu kurallar kuruluş sözleşmelerinde sorun çözümlerinin ve olası kayıpların tazmin miktarlarının belirtilmesini de içermektedir. Bu mahkeme sürecinin kısılmasını sağlayabilecek bir örnek gibi görülmektedir.

Bu saldırılar sonrası Japonya gibi pek çok ülke, öncelikle kripto varlıkları tanımlayarak, kayıt ya da lisans veren ve borsa olabilmenin şartlarını düzenleyen kurumlar oluşturmuşlardır. Kripto varlık dünyasında her gün bir yenisi eklenen varlıklar için ülkelerinden tasarruf yönlendirilebilmesi için asgari standartlarını belirlemişlerdir. Türkiye'de Temmuz 2024'de Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklikle kripto varlık hizmet sağlayıcıları SPK'nın düzenleme ve denetim yetkisi altına alınmıştır. Mart 2025'de kuruluş ve sermaye yeterlilikleri düzenlenmiştir. Kripto varlıklara özel olmamakla birlikte, lisans ve işlem görecekt varlıkların listelenmesi gibi bir prosedür içermemesine rağmen, kripto varlık borsaları için SPK'nın faaliyet onayı vermesi bile mevcut duruma bir hukuki çerçeve getirmiştir. Sadece faaliyet onayı başlığını içermesi nedeniyle Türkiye minimum düzenleme yapan ülkeler arasındadır. Hukuki düzenleme yapmakta bekle gör politikası pek çok ülke tarafından izlenmektedir. Bununla birlikte Türkiye'de de alanında teknik bilgisi yüksek bir kurumun ya da bir koordinasyon biriminin oluşturulması olası kayıpların azaltılmasını sağlayabilir ve gelecekte yapılacak düzenlemelere hızlı karar verebilmesinde etkili olabilir.

Japonya'nın borsa saldırıları deneyimi, kripto paraların anonimlik özelliklerinin azaltılarak daha önce itibari paralar için oluşturulan küresel düzenlemelerin kripto varlıklar için de denendiğini göstermektedir. Ulusal paralar için, servetlerin kaynakları ile ilgili sorgulamalar ve para transferleri için hukuki düzenlemeler küresel bir çerçevede FATF çatısı altında yürütülmektedir. Borsa saldırıları sonrası benzer bir gelişme kripto varlıklar için de söz konusudur. Hesaplarının kime ait olduğuna dair belgelerin alınması, saklanması (müşterini tanı, KYC), hesap hareketleri belli bir miktarı aştığında ulusal mali istihbarat kurumlarına bilgi verilmesi (*travel rule*) taleplerine ilişkin FATF tavsiyeleri 2018'den beri kripto paralar için de geçerlidir. Tavsiye kararı, FATH üye ülkelerinin çoğunda zaman içinde uygulanmaya başlanmıştır. Türkiye'de de Aralık 2024'da Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'te değişiklik ile kripto varlık hizmet sağlayıcılarından kimlik tespiti ve belli bir bedelin üzerindeki işlemlerin mali istihbarat kurumu olan MASAK'a bildirilmesi düzenlenmiştir.

Ayrıca kripto varlıkların ülkelerin sınırları ile bağlı olmayan yapısı herhangi bir hukuki düzenlemenin etkin olabilmesi için küresel düzeyde uygulanmasını da gerektirmektedir. Kripto varlıkların hem arzının (oluşturulmasının) hem de varlıkların hesap hareketlerinin üzerinde devletlerin tam bir kontrolü bulunmamaktadır. Hali hazırda pek çok ülke mevcut yapıyı düzenlemek ve düzenlememek arasında çeşitli basamaklarda yer almaktadırlar. Çin hükümetinin sert düzenlemeleri sonrası Japonya'nın kripto endüstrisinin gelişiminden de görülebileceği gibi yatırımcıların (ve bilgisayar korsanlarının) düzenlemelerin az olduğu ülkeleri tercih etmektedirler. Hızlı sermaye hareketlerinden kaçınmak için ülkeler küçük adımları tercih etmektedirler.

Kripto varlıklar gelişimlerini henüz tamamlamamışlardır. Mevcut durumları, ülkelerin ulusal paraları ile yapılan her türlü sermaye ve yatırım hareketi alanında gelişme gösterebileceklerini düşündürmektedir. Bu gelişmenin yönünün ülkelerin refah artışlarını destekleyici, yüksek kayıpları engelleyici olacak şekilde hukuki düzenlemelerle çerçevelenmesi gerekmektedir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Fazilat MİRAKHMEDOVA ve Dr. Öğr. Üyesi Filiz TEPECİK eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AMAYA, Tomoko: *Regulating the Crypto Assets Landscape in Japan*, 2022 (<https://www.fsa.go.jp/en/news/2022/20221207/01.pdf>, ET: 20.012.2024).
- AOKI, Shunsuke / KAWAI, Ken / MIYAKE, Akihito: *Japan: Getting a Grip*, 2020 (<https://www.iflr.com/article/2a63733ixysbvclr183e0/japan-getting-a-grip>, ET: 20.01.2025).
- AYDINER, Tuncay: *Howey Testi Nedir? İşte Bilmeniz Gereken Her Şey*, 2023 (<https://cryptopotato.com/language/tr/howey-testi-nedir/>, ET: 20.02.2025).
- BEATTIE, Elizabeth: *The Unsinkable Mark Karpeles is Willing to Give Tokyo Another Shot*, 2024 (<https://www.japantimes.co.jp/business/2024/10/21/markets/karpeles-japan-return/>, E.T: 20.02.2024).
- BHASKAR, Nirupama Devi / CHUEN, David Lee Kuo: "Bitcoin Exchanges", (Ed.) CHUEN David Lee Kuo: *Handbook of Digital Currency*, 2015, s. 559-573.
- BIELSKI, Lauren: "A New Shot for Micropayments", *American Bankers Association (ABA) Banking Journal*, 2005, Cilt 97, Sayı 4, s. 58.
- BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU: *Bilgi ve İletişim Teknolojileri Terimleri Kılavuzu* (<https://www.btk.gov.tr/kilavuzlar>, ET: 13.11.2024).
- BUCK, Jon: *Coincheck: Stolen \$534 M in NEM were Stored on Low Security Hot Wallet*, 2018 (<https://cointelegraph.com/news/coincheck-stolen-534-mln-nem-were-stored-on-low-security-hot-wallet>, ET: 10.05.2025).
- CHAROENWONG, Ben / BERNARDI, Mario: *A Decade of Cryptocurrency 'Hacks': 2011-2021*, 2021 (<https://ssrn.com/abstract=3944435> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3944435>, ET: 16.04.2024).
- CHENG, Evelyn: *The SEC Just Made It Clearer that Securities Laws Apply to Most Cryptocurrencies and Exchanges Trading Them*, 2018 (<https://www.cnbc.com/2018/03/07/the-sec-made-it-clearer-that-securities-laws-apply-to-cryptocurrencies.html>, ET: 21.02.2025).
- CHEUNG, Adrian (Wai-Kong) / ROCA, Eduardo / SU, Jen-Je: "Crypto-currency Bubbles: An Application of the Phillips-Shi-Yu (2013) Methodology on Mt. Gox Bitcoin Prices", *Applied Economics*, 2015, Cilt 47, Sayı 23, s. 2348-2358.
- CHUEN, David Lee Kuo: "Introduction to Bitcoin", *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*, Elsevier Science Publishing Co Inc, 2024, s. 3-28.
- CIPHERTRACE: *CipherTrace Cryptocurrency Intelligence 2018 Q3*, 2018 (<https://www.ciphertrace.com/crypt-to-aml-report-2018q3.pdf>, ET: 18.10.2024).
- CURRAN, Brian: *The History of the Coincheck Hack: One of the Largest Heists Ever*, 2018 (<https://blockonomi.com/coincheck-hack/>, ET: 15.10.2024).
- DASKALAKIS, Nikos / GEORGITSEAS, Panagiotis: *An Introduction to Cryptocurrencies: The Crypto Market Ecosystem*, Taylor & Francis, 2020.
- DİRİ, Nurcan: *Blozincir Uygulamasında Kişisel Verilerin Tutulması*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2022.
- DOEGE, Felix: "Who is Driving Financial Market Governance of Cryptocurrencies in Japan? Actors and Institutions behind Japan's FinTech Revolution", *ASIEN: The German Journal on Contemporary Asia*, 2021, Sayı 160/161, s. 118-135.
- EGAN, Matt: *Bitcoin Exchange Mt. Gox Files for Bankruptcy After Losing Nearly \$500M*, 2014 (https://people.duke.edu/~charvey/Media/2014/FBN_February_28_2014.pdf, ET: 14.11.2024).
- ENDŌ, Genichi: "Legal Restrictions Surrounding Bitcoin: To What Extent Does Japan's Legal System Apply?", *ITU (International Telecommunication Union) Journal*, 2014, Cilt 44, Sayı 12.
- EUTERS: *Bitcoin Exchange Mt.Gox Files for Bankruptcy, Blames Hackers for Losses*, 2014 (<https://www.techcircle.in/2014/02/28/bitcoin-exchange-mt-gox-files-for-bankruptcy-blames-hackers-for-losses>, ET: 14.11.2014).

- FURUKAWA, Yuki: *Former Mt. Gox CEO Mark Karpeles Gets Suspended Jail Term*, 2019 (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-15/former-bitcoin-baron-mark-karpeles-gets-suspended-jail-term>, E.T: 14.11.2024).
- GORCHAKOVA, Tatyana Evgenievna: “On the Development of Crypto Industry of Japan”, *Vostochnaya Aziya: Fakty i Analitika*, 2022, Cilt 3, s. 73-83.
- ISHIKAWA, Mai: “Designing Virtual Currency Regulation in Japan: Lessons from the MT Gox Case”, *Journal of Financial Regulation*, 2017, Cilt 3, Sayı 1, s. 125-131.
- KARAIKOS, Antonios: “Financial instruments: Transactions and consumer protection in Japan”, *Data Governance in AI, FinTech and LegalTech*, Edward Elgar Publishing, Londra, 2022.
- KAUR, Guneet: *The Crypto Travel Rule: An Overview*, 2023 (<https://cointelegraph.com/learn/articles/crypto-travel-rule>, ET: 26.11.2024).
- KAYA, Elif Ebrin: *Kriptografi: Bilginin Anahtarı*, 2021 (<https://bilimgenc.tubitak.gov.tr/makale/kriptografi-bilginin-anahtari>, ET: 08.05.2025).
- KREMINSKYI, Oleh / KUZMENKO, Olena / ANTONIUK, Anastasiia / SMAHLO, Olha: “International Cooperation in the Investigation of Economic Crimes Related to Cryptocurrency Circulation”, *Studies of Applied Economics (Estudios de Economic Aplicada)*, 2021, Cilt 39, Sayı 6, s. 1-13.
- ЛЕВАШЕНКО, Антонина / ЕРМОХИН, Иван / КОВАЛЬ, Александра: “Перспективы Правового Регулирования Криптоэкономики И ICO В России И Других Странах”, *Экономическая Политика*, 2019, Cilt 14, Sayı 5, s. 80-99.
- MAEDA, Rick: *State of the Japanese Crypto Market*, 2024 (<https://www.prestolabs.io/research/state-of-the-japanese-crypto-market>, ET: 24.11.2024).
- MCMILLAN, Robert: *The Inside Story of Mt.Gox, Bitcoin's \$460 Million Disaster*, 2014 (<https://www.wired.com/2014/03/bitcoin-exchange/>, ET: 14.11.2024).
- MILUTINOVIĆ, Monia: “Cryptocurrency”, *EKOONOMIKA*, 2018, Cilt 64, Sayı 1, s. 95-104.
- MINISTRY OF FINANCE JAPAN: *AML/CFT/CPF in Japan*, (https://www.mof.go.jp/english/policy/international_policy/amlcftcpf/3.efforts.html, ET: 29.11.2024).
- MORITA, Hatsuru: “Regulatory and Policy Reforms in Japan”, *Law and Practice of Crowdfunding and Peer-to-Peer Lending in Australia, China and Japan*, Springer Nature, Singapore, 2010, s. 217-235.
- NAKAMOTO, Satoshi: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008 (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, ET: 20.01.2025).
- NARAYANAN, Arvind / BONNEAU, Joseph / FELTEN, Edward / MILLER, Andrew / GOLDFEDER, Steven: “How Bitcoin Achieves Decentralization”, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*, Princeton University Press, 2016, s. 27-51.
- NEFTURE SECURITY: *Mt. Gox Unveiled: The Real Story a Decade After the Collapse*, 2024 (<https://medium.com/coinmonks/mt-gox-unveiled-the-real-story-a-decade-after-the-collapse-84323be2f930>, ET: 20.02.2025).
- NORRY, Andrew: *The History of the Mt Gox Hack: Bitcoin's Biggest Heist*, 2023 (<https://blockonomi.com/mt-gox-hack/>, ET: 13.06.2025).
- PALOVAARA, Anton: *What is Crypto Margin Trading and How Does It Work?*, (<https://leverage.trading/what-is-crypto-margin-trading/>, ET: 24.11.2024).
- PETERS, Gareth W. / CHAPELLE, Ariane / PANAYI, Efstathios: “Opening Discussion on Banking Sector Risk Exposures and Vulnerabilities from Virtual Currencies: An Operational Risk Perspective”, *Journal of Banking Regulation*, 2016, Cilt 17, Sayı 4, s. 239-272.
- POPPER, Nathaniel: *Dijital Gold: The Untold Story of Bitcoin*, Penguin, Londra, 2015.
- RASTOGI, Neha / BUDHIRAJA, Ishan / AHMAD, Shahnawaz: *Cyber Attacks on Blockchain & its Prevention*, 2024 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4936255#, ET: 13.06.2025).

- SEMENOVA, Ekaterina Vyacheslavovna / MAKAREVICH, Marina Leonidovna: “Analiz Pravovogo Regulirovaniya Kriptoalyuty v Otdel’nikh Stranakh (na primere Yaponii, SShA i Rossii)” *Innovatsionnaya Ekonomika: Perspektivy Razvitiya i Sovershenstvovaniya*, 2017, Cilt 8, Sayı 26, s. 143-146.
- SEPTIANSYAH, Veris / FITRI, Icha Cahyaning / SETYAWAN, Fendi / PRAKOSO, Bhim: “Accountability of the Financial Services Authority in Indonesia, Australia, Germany, France and Japan”, *International Journal of Social Science and Education Research Studies*, 2024, Cilt 4, Sayı 6, s. 531-544.
- SHOCKVOICE: *Bilgisayar Oyunlarının İnanılmaz Evrimi Amiga’dan VR’a*, 2022 (<https://www.youtube.com/watch?v=GQizi9szb44>, ET: 18.01.2025).
- SOLAK, Ali Bertay: *Blind Signatures ve Gizlilik*, 2023 (<https://medium.com/@alibertay/b%C3%B6l%C3%BCm-14-blind-signatures-ve-gizlilik-e364ef070959>, ET: 20.04.2024).
- SUZUKI, Yuri / OCHIAI, Takafumi / OUE, Ryosuke / KANEHISA, Naoki / TANIZAKI, Kenicki: *Japan: A New Dose of Regulation and Promotion*, 2019 (www.aplawjapan.com/archives/pdf/A-fresh-dose-of-regulation-and-promotion.pdf, ET: 25.10.2024).
- SYGNA: *Guide: Japan Crypto Asset Regulation* (<https://www.sygna.io/blog/japan-crypto-asset-regulation-guide/>, ET: 26.11.2024).
- SYGNA: *Japan’s History of Crypto Asset Regulation: 2014-2020* (<https://www.sygna.io/blog/japan-crypto-regulation-history-2014-2020>, ET: 15.11.2024).
- ŞAAN, Tayfun / TİLTAY, Muhammet Ali / İŞLEK, Mahmut Sami: “1980-2000 Yılları Arasındaki Video Oyun Sektörünün İncelemesi: Nintendo ve Sega Örneği”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2022, Cilt 22, Sayı3, s. 911-930.
- TROZZE, Arianna / KAMPS, Josh / AKARTUNA, Eray Arda / HETZEL, Florian J./ KLEINBERG, Bennett / DAVIES, Toby / JOHNSON, Shane D: “Cryptocurrencies and Future Financial Crime”, *Crime Science*, 2022, Cilt 11, Sayı 1, s. 1-35.
- TSUCHIYA, Yoichi / HIRAMOTO, Naoki: “How Cryptocurrency is Laundered: Case Study of Coincheck Hacking Incident”, *Forensic Science International: Reports*, 2021, 4(100241).

**Türk ve Alman Ceza Kanunlarında Kullanma Hırsızlığı Suçu^(*)***The Offence of Theft of Use in Turkish and German Criminal Law***Yağız YAVUZ**

Doktor Öğretim Üyesi

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar KelimelerHırsızlık,
Kullanma Hırsızlığı,
Kullanmak için
Hırsızlık,
Furtum Usus,
İzinsiz Araç Kullanma.**Öz**

Hem Türk kanun koyucusu hem de Alman kanun koyucusu kullanma hırsızlığını hırsızlık suçunun temel şeklienden daha hafif cezalandırmış ve takibi şikayete bağlı bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Tarihsel süreç içerisinde önce Alman Ceza Kanunu'nda (Alman CK) sonra ise Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) özel bir hükümle düzenlenen kullanma hırsızlığı suçu bu çalışmada inceleme konusu yapılmıştır. Alman öğretisinde bahis konusu düzenleme müstakil bir suç olarak değerlendirilmekteyken, Türk öğretisinde hırsızlık suçunun cezası azaltan nitelikli unsuru olarak değerlendirilmektedir. Her iki Kanun'da suçun konusu birbirinden farklıdır. Benzer şekilde 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da da kullanma hırsızlığı farklı şekilde düzenlenmiştir. Çalışmamızda, kronolojik bir sıra izlenerek kullanma hırsızlığı suçu, Alman CK § 248b, 765 sayılı TCK m. 494 bent 1 ve 5237 sayılı TCK m. 146 hükümleri dikkate alınarak karşılaştırmalı şekilde incelenmiştir.

KeywordsTheft,
Theft for Use,
Theft of Use,
Unauthorized Use,
Furtum Usus,
Driving without
Authorization.**Abstract**

Both the Turkish and the German legislators have punished theft of use less severely than simple theft and have regulated it as a type of offence whose prosecution is subject to complaint. The offence of theft of use, which in the historical process was first regulated in the German Penal Code and then in the Turkish Penal Code with a special provision, is the subject of this study. While in German doctrine this provision is considered an independent offence, in Turkish doctrine it is considered a qualified element of the offence of theft, which reduces the punishment. The scope of the offence is different in the two laws. Similarly, theft of use is described differently in Turkish Penal Code No. 765 and Turkish Penal Code No. 5237. Our study compares the offence of theft of use in chronological order, taking into account the provisions of Paragraph 248b of the German Penal Code, Article 494(1) of the Turkish Penal Code No. 765 and Article 146 of the Turkish Penal Code No. 5237.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.01.2025, Kabul Tarihi: 26.04.2025.



GİRİŞ

Kullanma hırsızlığı olarak tanımlanan hareketin, hırsızlık suçunun temel şekli kapsamında görülüp görülmeyeceği özellikle yirminci yüzyılın ilk çeyreğinde bir mesele haline gelmiş, Kıta Avrupası öğreti ve uygulamasında tartışmaya yol açmıştır¹. Bu tür fiiller ilk etapta ya hırsızlık suçunun temel şekli kapsamında görülerek klasik bir hırsızlık gibi cezalandırılmış ya da hırsızlığın temel şekli kapsamında değerlendirilmeyerek cezasız bırakılmıştır. Özellikle yirminci yüzyılın ilk çeyreğinden sonra İtalya, Fransa, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde bu hususta özel hükümler sevk edilmeye başlanmıştır. Bu hükümlerde kullanma hırsızlığı, hırsızlık suçunun temel şekline göre daha hafif biçimde cezalandırılmıştır².

Hırsızlık suçundan ayrı olarak ihdas edilen bu özel hükümlerin temel düzenleniş gerekçeleri; özellikle yirminci yüzyılın ilk çeyreğinden sonra otomobil ve bisikletlerin zilyedinin izni olmadan kullanılmasının sıklaşması, bu halde failin hırsızlık suçunun temel şeklinden daha farklı bir amaçla hareket etmesi ve hareketin haksızlık içeriğinin daha hafif olmasıdır. Söz konusu düzenlemelerde, kimi ülkelerde (örneğin Almanya) suçun konusu otomobil ve bisiklet gibi ulaşım vasıtaları ile sınırlanmış iken, kimi ülkelerde ise (örneğin İtalya) böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Yine, kimi ülkelerde (örneğin İtalya) bu hükümler hırsızlığın cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak formüle edilmişken, kimi ülkelerde ise (örneğin Almanya) kendine özgü suç olarak düzenlenmiştir³.

Alman hukukunda önce 1932 tarihli Kararname ile düzenlenen, sonra 1953 tarihinde Alman Ceza Kanunu'na (Alman CK) dahil edilen kullanma hırsızlığı suçunun konusu motorlu araçlar ve bisikletlerle sınırlandırılmış, kendine özgü müstakil bir suç olarak formüle edilmiştir. Türk hukukunda ilk kez 1991 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen kullanma hırsızlığının konusu ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmeyen özel ulaşım araçları ile sınırlandırılmıştır. Bahsi geçen suç hırsızlığın hafif şekli olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ise kullanma hırsızlığının konusu bakımından yapılan özel ulaşım aracı sınırlaması kaldırılmış ve bu durum yine hırsızlığın cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, tarihsel olarak daha eski ve TCK'dan daha farklı bir düzenlemeyi içerdiği için öncelikle, kullanma hırsızlığını düzenleyen Alman CK § 248b hükmü incelenmiştir. Bunun ardından, önce 765 sayılı TCK'ya 1991 yılında eklenen kullanma hırsızlığını düzenleyen madde 494 bent 1 hükmü, sonrasında da 5237 sayılı TCK m. 146 hükmü karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

I. ALMAN CEZA KANUNU'NDA KULLANMA HIRSIIZLIĞI

A. Kanuni Tanım ve Korunan Hukuki Değer

Alman CK § 248b'ye göre, “(1) Her kim, hak sahibinin iradesine aykırı olarak bir motorlu aracı veya bir bisikleti kullanırsa, başka hükümlerde daha ağır ceza öngörülmemişse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. (3) Bu suç sadece şikayet üzerine soruşturulur veya kovuşturulur. (4) Bu madde anlamında, motorlu araç deyiminden, sadece, motor gücü ile harekete geçirilen araçlar; karada kullanılan motorlu araçlar deyiminden, sadece, raylarla bağlantılı olmayan araçlar anlaşılır.”⁴.

¹ ŞENSOY, Naci: *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, 2. Baskı, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1963, s. 70 vd.; KUNTER, Nurullah: “Kullanmak İçin Hırsızlık”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1948, Cilt 22, Sayı 9, s. 452 vd.

² ŞENSOY, s. 70-75; KUNTER s. 452-457.

³ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 353; WITTIG, Petra: “§ 248b”, VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 63. Baskı, C.H. Beck, 2024 (Yazar, Online-Kommentar), kn. 1.

⁴ YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 361.

Alman CK'nın özel hükümler kitabının on dokuzuncu bölümünde hırsızlık ve bir tür güveni kötüye kullanma (*Unterschlagung*) suçu düzenlenmiştir. Bu bölüm toplam on maddeden oluşmaktadır. Bölümün ilk hükmü olan § 242'de hırsızlık suçu, § 243'te hırsızlığın çok ağır halleri, § 244 ve 244a'da ise hırsızlığın cezayı artıran nitelikli unsurları düzenleme konusu yapılmıştır. Bu hükümlerin ardından bölümün sondan bir önceki hükmü olan § 248b'de izinsiz araç kullanma suçu düzenlenmiştir.

İzinsiz araç kullanma, Alman CK'da hırsızlığın cezayı azaltan nitelikli unsuru olarak konumlandırılmamıştır. Alman öğretisinde daha ziyade *delictum sui generis* yani kendine özgü, müstakil bir suç olarak değerlendirilmektedir⁵. Bu hüküm, § 242'deki hırsızlık suçunun temel şekli ile cezalandırılmayan haksız (izinsiz) kullanımı cezalandırmaktadır. Bu suretle mevcut bir cezalandırma boşluğunun kapatılmasını sağlamaktadır⁶. Hırsızlıktan farklı olarak, bu suçta, başka bir kişinin aracını üzerindeki fiziksel kontrolü (hâkimiyeti) bir süre için ihlal edilerek, aracın izinsiz şekilde geçici olarak müstakilen sürülmesi cezalandırılır⁷. Bu suçun failinde kendine mal etme, diğer bir ifadeyle kendi malı olarak edinme amacı bulunmaz. Böyle bir amaç veya kendine mal etme durumu bulunmadığından failin § 242 veya § 246 hükümleri kapsamında cezalandırılması mümkün olmaz⁸. Bu özelliği itibarıyla hükmün tamamlayıcı bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir⁹. § 248b, yalnızca hareketin diğer hükümler uyarınca daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaması halinde uygulama bulur.

1953 tarihli “Değişiklik Kanunu” (3. StrÄndG, BGBl. I 1953, 735) ile Alman CK'ya eklenen § 248b hükmünün başlığı “bir aracın izinsiz kullanımı”dır. Alman öğretisinde bu hükümde düzenlenen suç “kullanma hırsızlığı” biçiminde adlandırılmaktadır¹⁰. Roma hukukunda ve müşterek hukukta izinsiz kullanıma *alma furtum usus* şeklinde isimlendirilmekteydi. Bu kavram Latince bir malı kullanma amacıyla izinsiz almaya karşılık gelmektedir¹¹. Alman CK § 248b de belirli suç konuları bakımından izinsiz kullanıma almayı cezalandırmaktadır¹².

Bu suç her ne kadar 1953 yılında Alman CK'ya dahil edilmişse de geçmişi 1932 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne (*Verordnung des Reichspräsidenten*) dayanmaktadır. Kanun'daki düzenlemenin metni, Kararname ile örtüşmektedir¹³. Hükmün 1932 yılında düzenleniş gerekçesi, o dönemde bisiklet ve motorlu araçların giderek daha fazla çalınmasıdır. Bu halde failde, kendi malı olarak edinme amacı bulunmadığından bu tür hareketlerin hırsızlık suç tipi (Alman CK § 242) kapsamında ele alınamayacağı düşünülmekteydi¹⁴. Yani bu tür durumlarda failde hırsızlık kastı bulunduğunu kanıtlamanın güç-

⁵ EISELE, Jörg / HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2024, s. 349, kn. 1121; WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 1.

⁶ EISELE, Jörg: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 5. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019, s. 98, kn. 279. Son yıllarda motorlu araçlara immobilizasyon (motor kilidi) adı verilen, motorun çalışmasını engelleyerek aracın çalınmasını önlemeyi amaçlayan elektronik cihazlar giderek daha fazla takıldığından, Almanya'da bu suçun daha az işlendiği görülmektedir. Almanya'da 1980'li yıllarda § 248b hükmünden yılda yaklaşık 1500 mahkumiyet kararı kayıtlara geçmişken, bu sayı 2005'te 573'e, 2019'da ise 340'a kadar gerilemiştir. Bkz. ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich / HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric: *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021, § 13, kn. 140. 2021 yılında § 248b kapsamında 397 kişinin mahkum edildiği hususunda bkz. SCHRAMM, Edward: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 3. Baskı, Nomos, 2023, § 13, kn. 1.

⁷ SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 23. Baskı, Verlag Rolf Schmidt, 2023, s. 123, kn. 255.

⁸ KÜHL, Kristian / HEGGER, Martin: *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Baskı, C.H. Beck, München, 2018, § 248b, kn. 1.

⁹ JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StGB*, 13. Baskı, C.H. Beck, München, 2021, § 248b, kn. 2.

¹⁰ KINDHÄUSER, Urs / HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2022, § 248b, kn. 1; SCHRAMM, § 13, kn. 1; WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas / SCHUHR, Jan C.: *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 42. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, kn. 431. “Motorlu araçları ve bisikletleri kullanma hırsızlığı” isimlendirmesi için bkz. BOSCH, Nikolaus: “§ 248b”, SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst / ESER, Albin / BOSCH, Nikolaus / EISELE, Jörg / HECKER, Bernd / KINZIG, Jörg / PERRON, Walter / SCHITTENHELM, Ulrike / SCHUSTER, Frank / STERNBERG-LIEBEN, Detlev / WEIBER, Bettina (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Baskı, C.H. Beck, München, 2019 (Yazar, Schönke/Schröder), kn. 1.

¹¹ MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred / HOYER, Andreas / MOMSEN, Carsten: *Strafrecht Besonderer Teil Teilband I*, 11. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, § 37, kn. 2. *Furtum usus* ifadesini “kullanma hırsızlığı” biçiminde adlandıran yazarlar da mevcuttur. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 431.

¹² BOCK, Dennis: “Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b StGB”, *Juristische Arbeitsblätter*, 2016, s. 342.

¹³ HOHMANN, Olaf: “§ 248b”, ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Baskı, C.H. Beck, München, 2021 (Yazar, Münchener Kommentar), kn. 6.

¹⁴ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 1.

lûgü dikkate alınarak, tamamlayıcı bir suç tipi olarak bu tali suç yürürlüğe konulmuştur¹⁵. Düzenleme, özellikle sokaklara ve meydanlara park edilen araçların yasadışı sürüş için kolayca kötüye kullanılabilmesi ve bu süreçte sıklıkla zarar görmesi nedeniyle, bireylerin kullanım hakkını korumaya hizmet etmektedir¹⁶.

Hükmün koruma amacı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, § 248b ile korunan hukuki değer mülkiyet değildir, sadece kullanma hakkıdır (kullanım hakkı teorisi). Diğer bir ifadeyle, bu suçla mülkiyetten bağımsız olarak bir aracı kullanım hakkı korunmaktadır. Bu nedenle, bir aracı mülkiyeti muhafaza kaydı altında edinmiş olan kimse, herhangi bir üçüncü kişinin bu aracı kullanıma alması halinde korunacaktır. Diğer bir ifadeyle bu kişiler de suçun mağduru olabilecektir. Benzer şekilde, kullanma hakkı malike karşı da korunur¹⁷. Yani kullanım hakkına sahip olan kişinin iradesi dışında aracı kullanıma alan malik de § 248b'deki suçun faili olabilir ve bu suç kapsamında cezalandırılabilir¹⁸. Alman CK § 248b'de, failin "başkasına ait" bir aracı kullanması şart koşulmamıştır. Benzer şekilde, hükümde "malikin" iradesine aykırılık aranmamış, "hak sahibinin" iradesine aykırı olarak aracın kullanıma alınmasından söz edilmiştir. Hak sahibi terimi, salt malik olarak değil, aracı kullanma yetkisi bulunan herhangi bir kişi olarak anlaşılmalıdır¹⁹. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir. Mahkemeye göre, hak sahibi salt malik olmayıp, kullanma yetkisi bulunan herhangi bir kişidir²⁰.

Başka bir görüşe göre ise, kullanım hakkı yalnızca mülkiyetin eseridir (mülkiyet teorisi). Her hâükarda mülkiyetin ve kullanım hakkının birlikte ihlal edilmesi gerekir²¹. Bu hüküm mülkiyeti ve mülkiyetten türetilen başka bir kişiye tanınan kullanım yetkisini korumaktadır. Yani § 248b daima bir mülkiyet ihlalini şart koşar. Bu nedenle, aracı kullanmaya yetkili kişinin (örneğin kiracı, intifa hakkı sahibi) veya diğer trafik katılımcılarının § 248b vasıtasıyla malike karşı korunması söz konusu değildir. Bu suçun malikin kendisi tarafından kullanma yetkisine sahip olan kişiye karşı işlenmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, malik tarafından kullanım hakkının ihlali § 248b'deki suç tipinin kapsamına girmez. Yetkili kullanıcı bu durumda sadece § 289 tarafından korunur^{22,23}.

Hohmann'a göre, § 248b sadece mülkiyeti korur. Daima mülkiyet hukuki değerinin ihlalini şart koşar. Kullanım izni olan ancak malik olmayan kişilerin, malike karşı bağımsız kullanım hakkının korunması ceza hukukunun ikincilliği ilkesi ile çelişir. Yalnızca sözleşmeye aykırı olan hareketleri cezalandırmak ceza hukukunun görevi değildir. Bu itibarla, malik tarafından gerçekleştirilen kullanım hakkı ihlali § 248b'nin tipine uygun değildir. Kanun koyucu, mülkiyet hakkı sahibinin başkalarının

¹⁵ MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 8.

¹⁶ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 431.

¹⁷ EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1121; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64. Baskı, C.H. Beck, München, 2017, § 248b, kn. 2. Benzer şekilde, borca karşı teminat amaçlı teslim edilen aracın zilyedi de malikin aracı izni olmadan kullanmasına karşı korunur. Bkz. KINDHÄUSER, Urs / BÖSE, Martin: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 12. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023, § 9, kn. 1.

¹⁸ EISELE, s. 98, kn. 279. Kullanım hakkını, bağımsız bir hukuki değer olarak görenler, bu suçla mal sahibinin de cezalandırılabileceği sonucuna varır. Gerçekten, örneğin kiracı olma durumu gibi bağımsız, hukuken temellendirilmiş bir kullanım izni varsa bu suçla korunmaya değerdir. Bkz. BOCK, s. 343.

¹⁹ SCHRAMM, § 13, kn. 4.

²⁰ BGHSt 11, 47, 51 (FISCHER, § 248b, kn. 2).

²¹ BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 1.

²² KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 1; FISCHER, § 248b, kn. 2; SCHRAMM, § 13, kn. 5. İhlal edilen kullanım hakkı, mülkiyet hakkına dayandırılabilir olmalıdır. Kullanım hakkı müstakil olarak koruma altına alınmamıştır. Bkz. KRETSCHMER, Joachim: "§ 248b", LEIPOLD, Klaus / TSAMBIKAKIS, Michael / ZÖLLER, Mark Alexander (Hrsg.): *AnwaltKommentar StGB*, 3. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2020 (Yazar, AnwaltKommentar), kn. 1. Hükmün sistematik konumu da bu görüşü desteklemektedir. Bkz. SCHMIDT, Jens: "§ 248b", MATT, Holger / RENZIOWSKI, Joachim (Hrsg.): *Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020 (Yazar, Matt/Renzikowski), kn. 1. Zira aynı bölümdeki § 242 ve § 246 hükümleri mülkiyet hukuki değerini korumaktadır. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 5. Bu görüşe göre, örneğin malikin rızasıyla ancak intifa hakkı sahibinin iradesine aykırı olarak hareket eden kişinin cezai sorumluluğu bulunmaz. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 433.

²³ "Rehlin zimmete geçirilmesi" başlıklı Alman CK § 289'a göre, "(1) Her kim, kendisine veya başkasına ait olan taşınabilir bir malı, mal sahibinin lehine olmak üzere, intifa hakkı sahibinden, rehlin alacaklısından veya eşya üzerinde kullanma veya hapis hakkı sahibinden, hukuka aykırı bir maksat ile alırsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır". Bkz. YENİSEY / PLAGEMANN, s. 412.

kullanım hakkını ihlal etmesini cezaya layık görüyorsa, bu tür durumlar yalnızca Alman CK § 289 ile korunmaktadır²⁴.

Örneğin (O), 100.000 avro karşılığında (T)’den ikinci el lüks bir otomobil satın alır. Ancak parayı tek seferde ödeyecek durumu olmadığından, (O) ve (T) ücretin 12 ayda taksitle ödenmesi konusunda anlaşır. (T), otomobili anahtarları ile birlikte hemen (O)’ya teslim eder. Ancak satın alma bedelinin tamamı ödeninceye kadar (T) arabanın mülkiyetini muhafaza edecektir. Bir akşam (O) her zamanki gibi işten sonra otomobilini evinin önündeki sokağa park eder. Satın alma bedelinin tamamı ödeninceye kadar arabanın yedek anahtarını gizlice muhafaza eden (T), o akşam arabasını özler. Bunun üzerine gece vakti (O)’nun evinin önüne gider ve “kendi” otomobiliyle iki saatlik son bir tura çıkar²⁵. Bu olay mülkiyet teorisi üzerinden çözümlenirse, (T)’nin aracın izinsiz kullanımı nedeniyle cezalandırılması mümkün olmaz. Satın alma bedeli tamamen ödenene kadar otomobilin sahibi hala kendisidir. Bu nedenle bir mülkiyet ihlali ortaya çıkmaz. Buna karşılık, olayın kullanım hakkı teorisine göre çözümlenmesi durumunda (T)’nin § 248b’ye göre cezalandırılması gerekir. (T)’nin aracın maliki olması onun bu hüküm üzerinden cezalandırılmasını engellemez²⁶. Zira mülkiyeti muhafaza kaydıyla (mülkiyetin muhafazasına tabi olan) bir aracı satın alan kişiyi, izinsiz kullanıma karşı etkili bir şekilde korumanın tek yolu budur²⁷.

Kanaatimizce § 248b’nin kanuni tanımı dikkate alındığında kullanım hakkı teorisine üstünlük tanınması ve maliki olmadığı aracı kullanma yetkisi bulunan kişilerin de suçun mağduru olabileceklerinin kabulü gerekir. Aksi halde hükmün koruma alanı önemli ölçüde daraltılmış olur.

Öğretide, Alman CK § 248b hükmünün kamusal güvenliğin tehlikeye düşürülmesini engellemeye hizmet ettiği ifade edilmektedir²⁸. Benzer şekilde, hükmün amacının trafik güvenliğine yönelik tehlikelerin ve araçların değer kaybının önlenmesi olduğu da belirtilmektedir. Ancak, bu değerlerin § 248b ile daha ziyade dolaylı olarak korunduğu söylenebilir²⁹.

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail ve Mağdur

Suçun faili herhangi bir kişi olabilir. Faili bakımından özgü suç özelliği göstermez. Aracın sahibinin hareketiyle suç tipini gerçekleştirmesi halinde, mülkiyetin de § 248b’deki suçla korunan bir hukuki değer olduğu kabul edilirse, malik bu suçun faili olamaz. Buna karşılık, suçla sadece aracı kullanım hakkının korunduğu kabul edilirse, malik de bu suçun faili olabilir ve ona karşı şikayette bulunulabilir³⁰. § 248b’nin metninde aracın başkasına ait olması şart koşulmamış, sadece “hak sahibi”ne atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle aracın malikinin de bu suçun faili olması mümkündür³¹.

Alman CK § 248b/1’de suçun oluşumu için aracın hak sahibinin iradesine aykırı biçimde kullanıma alınması şart koşulmuştur. İradesine aykırı olarak aracı kullanıma alınan hak sahibi suçun mağdurdur. Karşıt irade içinde bulunulan koşullardan da çıkarılabilir³². Yani iradeye aykırılık için açık bir beyan gerekmez. Fark edilebilir veya varsayılan bir karşıt irade mevcutsa, fail hak sahibinin iradesine

²⁴ HOHMANN, *Münchener Kommentar*, § 248b, kn. 1-2.

²⁵ SCHRAMM, § 13, kn. 3.

²⁶ SCHRAMM, § 13, kn. 6.

²⁷ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 433.

²⁸ FISCHER, § 248b, kn. 2.

²⁹ HOHMANN, *Münchener Kommentar*, § 248b, kn. 3.

³⁰ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 1-2.

³¹ MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 5.

³² RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, C.H. Beck, München, 2019, § 6, kn. 4. İradeye aykırı kullanma, aracı kullanma izni ne açıkça ne de varsayımsal olarak elde edilmişse gerçekleşir. Bkz. SCHMIDT R., s. 123, kn. 255.

aykırı hareket etmiş demektir. Hak sahibi, aracın ulaşım vasıtası olarak kullanılması hususunda tasarruf yetkisine sahip olan kişidir. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir yasal sebeple (örneğin malik, kiracı veya görev esnasındaki şoför olarak) aracı ulaşım vasıtası olarak kullanma yetkisine sahip olan kişidir³³. Yukarıda da ifade edildiği üzere (kullanım hakkı teorisine göre) tek başına mülkiyet bu konuda belirleyici değildir³⁴. Hak sahibinin mutlaka aracın sahibi ile aynı kişi olması gerekmez. Aracı sözleşmeye dayalı bir ayni hak (örneğin intifa hakkı) veya kişisel hak çerçevesinde kullanmaya izinli kişiler de § 248b anlamında hak sahibidir³⁵.

Hakim görüşe göre, yetkili olmayan kişinin yanı sıra, artık yetkili olmayan kişi (*Nicht-mehr-Berechtigte*) ve bu şekilde yetkili olmayan kişi (*Nicht-so-Berechtigte*) de hak sahibi değildir. Bu nedenle prensip olarak bu tür kişiler de hükmün kapsamındadır³⁶. Başından beri aracı kullanma izni bulunmayan kişi yetkili olmayan kişidir. Aracı kullanma izninin süresi dolmuş olmasına rağmen, aracı kullanan kişi artık yetkili olmayan kişidir. Kendisine belirli bir amaçla teslim edilen aracı, verilmiş amacına aykırı olarak kullanan kişi ise bu şekilde yetkili olmayan kişidir. Örneğin bir şirkette çalışan maaşlı şoför, pazar günü şirket arabasını şirket binasından gezintiye çıkmak için alırsa, yetkili olmayan kişi vasfında olduğundan, § 248b'nin suç tipini gerçekleştirir. Zira bir çalışanın izin gününde, iş yerinde bulunan araçla gezme yetkisi bulunmamaktadır. Yine, kiralama süresi sona ermesine rağmen aracı kullanmaya devam eden kişi, artık yetkili olmayan kişi vasfında olduğundan, hak sahibi değildir. Benzer şekilde, kendisine tamir etsin diye teslim edilen bir araçla, keyfi bir gezintiye (örneğin öğle yemeğine) çıkan araba tamircisi, bu şekilde yetkili olmayan kişi vasfında olduğundan, hak sahibi değildir³⁷. Suçun işlendiği sırada üçüncü kişi tasarrufta bulunmaya izinliyse (örneğin kiracı) hak sahibi sadece odur. Ancak bu kişi aracı buna izni olmadığı halde bir başkasına teslim ederse ve aracı teslim alan bunu bilirse, aracı bu suretle teslim alan kişi § 248b uyarınca cezalandırılır³⁸. Buna karşılık, müşterek maliklerden biri aracı anlaşılmaya aykırı biçimde kullanırsa § 248b devreye girmez³⁹.

2. Konu

Suçun konusu motorlu araç ve bisiklettir. Motorlu araçtan ne anlaşılması gerektiği § 248b fıkra 4'te tanımlanmıştır. Buna göre, bu düzenleme kapsamındaki motorlu araçlar, makine gücü ile hareket eden araçlardır. Karayolu araçları, yalnızca demir yollarına bağlı olmadıkları sürece motorlu araç sayılır⁴⁰. Özetle, motorlu araçlar, demiryolu raylarına bağlı olmadan motor gücüyle hareket eden kara, deniz veya hava araçlarıdır⁴¹. Düzenleme otomobilleri, kamyonları, motosikletleri, motorlu hava araçlarını (uçaklar, helikopterler) ve motorlu tekneleri kapsamına almaktadır. Buna karşılık tramvay, tren,

³³ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 4; EISELE, s. 99, kn. 283-284. Aksi görüşteki yazarlara göre ise, hak sahibi yalnızca aracın maliki olabilir. Bkz. HOHMANN, *Münchener Kommentar*, § 248b, kn. 16.

³⁴ EISELE, s. 99, kn. 284.

³⁵ ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, § 13, kn. 141.

³⁶ FISCHER, § 248b, kn. 4; KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 11; EISELE, s. 99, kn. 286; EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1128. Artık yetkili olmayan kişinin cezalandırılması gerektiği, ancak bu şekilde yetkili olmayan kişinin § 248b kapsamında cezalandırılmayacağı görüşü için bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 9. Yazara göre, aracı kullanma izninin süresi dolmuş olmasına rağmen, aracı kullanan kişinin § 248b'den sorumlu tutulması gerekir. Ancak kendisine belirli bir amaçla teslim edilen aracı, verilmiş amacına aykırı biçimde kullanan kişi § 248b kapsamında cezalandırılmaz.

³⁷ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 12; FISCHER, § 248b, kn. 6. Buna karşılık, tamircinin ekstra para kazanmak için kendisine getirilen sahte para veya uyuşturucu maddeleri muhafaza etmesi ve müşterilerinin tamir etsin diye bıraktığı araçların içine polislerin bakmayacağı düşüncesiyle, sahte paraları veya uyuşturucu maddeleri saklaması halinde, § 248b'nin suç tipi gerçekleşmez. Zira bu durumda aracın müstakil bir sürüş için kullanımı söz konusu değildir. Bkz. KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 1, 4. Benzer şekilde, suç tipinin sadece çalıntı malları saklayan bir kişi tarafından gerçekleştirilemeyeceği hususunda bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 9.

³⁸ FISCHER, § 248b, kn. 6.

³⁹ FISCHER, § 248b, kn. 6. Mal sahibi tarafından tanınan kullanım hakkı, kullanımın üçüncü şahıslara devri yetkisini kendiliğinden içermez. Bkz. KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 10.

⁴⁰ EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1123; KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 3.

⁴¹ KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 3; EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1123; KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 4. Suçun konusunun sadece motorlu araçlar ve bisikletlerle sınırlandırılmasının çağdışı olduğu hususunda bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 7.

teleferik ve monoray gibi raylı araçlar sınırlı hareket kabiliyetleri ve kolaylıkla tekrar bulunabilir olmaları nedeniyle kapsam dışı tutulmuştur⁴². Dolayısıyla demiryolu raylarına bağlı kara araçlarının izinsiz kullanımı § 248b'deki suç tipi üzerinden cezalandırılmamaktadır⁴³. Benzer şekilde, planörler (motorsuz uçaklar), yelkenli tekneler, otomobil römorkları ve motorsuz mavnalar gibi kendine ait itici (harekete geçirici, çekiş) gücü olmayan araçlar da bu suçun konusunu oluşturmaz⁴⁴. Yani aracın bu suça konu olabilmesi için mutlaka kendine ait itici gücü bulunmalıdır.

Motorlu araçlar dışında, bisikletlerin izinsiz kullanımı da § 248b'deki suç tipi tarafından cezalandırılmaktadır. Kanun'da bisiklet tanımı yapılmamıştır. Öğretide bisiklet, yalnızca mekanizmasına etki eden insanın fiziksel gücüyle hareket ettirilen tekerlekli kara araçları şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵. Bisiklet klasik olarak iki tekerlekli bir araçtır. Ancak öğretide; tek tekerlekli bisikletler, üç tekerlekli bisikletler, tandemler (iki kişilik bisikletler) gibi özel bisiklet varyasyonlarının da suç tipinin kapsamında olduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Buna karşılık, kişinin ayaklarıyla iterek hareket ettirdiği skuterlerin hükmün kapsamına girmediği kabul edilmektedir⁴⁷. Öte yandan, hasta tekerlekli sandalyelerinin durumu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bunlar özel bir bisiklet modelidir. Bu nedenle suç tipinin kapsamındadır⁴⁸. Başka bir görüşe göre ise, hasta tekerlekli sandalyelerinin bisiklet olarak sınıflandırılması normun koruma amacına uygun olabilir fakat bu tür bir kabul suçun kanuni tanımı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, hasta tekerlekli sandalyeleri ancak elektrik motoruna sahip olmaları durumunda, yasal tanım dahilinde motorlu araç olarak sınıflandırılabilir ve bu suretle suç konusu haline gelebilir⁴⁹. Benzer şekilde, yardımcı motor takılı olan bisikletler de motorlu araç sayılır⁵⁰.

Eklenmelidir ki aracı hareket ettiren motor gücünün (güç kaynağının) türü önemsizdir. Bu nedenle elektrikle çalışan arabalar, elektrikli tekerlekli sandalyeler ve elektrikli skuterler de suçun konusunu oluşturabilir⁵¹.

3. Hareket

Cezalandırılan hareket, bir motorlu aracı veya bisikleti hak sahibinin iradesine aykırı biçimde kullanıma almadır (Alman CK § 248b/1). Kullanıma alma (*Ingebrauchnahme*), aracın yapılışına uygun olarak seyahat etme (hareket etme, yolculuk yapma) amacıyla kullanılmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle araç, özgülendiği kullanım amacına uygun biçimde bir ulaşım aracı olarak harekete geçirilirse

⁴² EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1123; KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 4; KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 5. Zeplinlerin ve sıcak hava balonlarının suçun konusu olabileceği hususunda bkz. DUTTGE, Gunnar: “§ 248b”, DÖLLING, Dieter / DUTTGE, Gunnar, / KÖNIG, Stefan / RÖSSNER, Dieter (Hrsg.): *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2022 (Yazar, *Gesamtes Strafrecht*), kn. 4. Buna karşılık, pedallı teknelerin (deniz bisikletlerinin) suçun konusu olamayacağı hususunda bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 4. Motorlu drezinlerin de suç tipinin kapsamında yer almadığı hususunda bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 9. Eklenmelidir ki, demiryolunun üzerinde gitmesi bile, havai hatlara bağlı olarak hareket eden yani yukarıdaki elektrik tellerinden aldığı enerjiyle harekete geçen araçlar da hükmün kapsamında değildir. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 2.

⁴³ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 5; KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 2.

⁴⁴ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 2; KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 5.

⁴⁵ BOCK, s. 342; WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 2.

⁴⁶ EISELE, s. 98, kn. 281; SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 3. Öğretide bir görüşe göre, patenler ve kaykaylar da modern özel bir bisiklet formudur. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b kn5. Başka bir görüşe göre ise, patenler ve kaykaylar bisiklet olarak nitelendirilemez. Bkz. WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 2.

⁴⁷ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 3. Skuterler, “bisiklet” teriminin akla gelebilecek kelime anlamının dışında kalır. Ancak motorlu olmaları halinde, motorlu araç olarak kabul edilebilirler. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 12; WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 2.

⁴⁸ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 6; SCHRAMM, § 13, kn. 12.

⁴⁹ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 3.

⁵⁰ BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 2. Elektrikli bisikletler, § 248b anlamında motorlu araç olarak nitelendirilebilir. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 12. Bunlar, pedal çevrildiğinde elektrik motorunun devreye girdiği türden bisikletler (Pedelec) olabileceği gibi, pedal çevirmeyi gerektirmeden motor gücüyle çalışabilen türden bisikletler (E-bike) de olabilir. Bkz. WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 2.

⁵¹ KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 3; BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 2. Güç kaynağı, benzinli motorun yanı sıra hibrit motor veya gaz türbini de olabilir. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 4.

kullanıma alma mevcuttur⁵². Bunun için, aracın geçici olarak izinsiz bir şekilde bağımsız bir yolculuk için harekete geçirilmesi aranır⁵³. Aracın kullanıma alınmış sayılabilmesi için illaki önemli bir yer değişikliğinin gerçekleşmesi şart değildir. Örneğin, aracın izinsiz olarak eğitim sürüşü veya park etme pratiği yapma amacıyla kullanılması da yeterlidir⁵⁴. Bu hallerde önemli bir konum değişikliği olmasa da suç oluşur.

Aracın itilerek hareket ettirilmesi⁵⁵ veya araç hareket ettirilmeden salt motorun çalıştırılması, kullanıma alma hareketine uymadığından bu suçu oluşturmaz. Aynı kabul aracın sadece klimasının, ısıtmasının veya radyosunun açılması durumunda da geçerlidir⁵⁶. Benzer şekilde bir motorlu aracın, örneğin başkasına ait bir otomobilin uyuma yeri olarak kullanılması § 248b’de şart koşulan kullanıma alma hareketi kapsamına girmez. Yine, bir bisikletin üzerine binilip sürülmeden, salt bir kimse tarafından taşınması da (örneğin kısa bir mesafe uzaklığa atmak için) Alman öğreti ve uygulamasında kullanıma alma hareketi kapsamında görülmemektedir⁵⁷. Bu nedenle böyle bir hareket § 248b’deki suçu meydana getirmez. Aynı şekilde, aracın kullanımıyla ilgili olmayan sair sözleşme ihlallerinin suç tipinin kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, bir şirketin maaşlı şoförünün şirketin işine yönelik bir yolculuk sırasında izinsiz mal veya insan taşınması halinde durum böyledir⁵⁸.

Alman CK § 248b’de aranan türde kullanımın illaki motor gücüyle gerçekleşmesi (motor gücünün kullanılması) şart değildir. Yani motor çalıştırılmadan da aracın kullanıma alınması mümkündür. Örneğin vitesin boşa alınarak bayır aşağı giden bir aracın kullanılması § 248b’deki suç tipinin kapsamına dahildir⁵⁹. Bu itibarla, suçun oluşumu için motorlu aracın motor gücüyle veya bisikletin kas gücüyle harekete geçirilmesi prensip olarak aranmaz. Aracı veya bisikleti harekete geçirmek için başka tür kuvvetler de kullanılabilir. Eğimli bir yolda arabayla motor gücü kullanılmadan veya bisikletle kas gücü kullanılmadan hareket edilmesi de suç tipini gerçekleştirebilir⁶⁰. Eklenmelidir ki aracın itilerek hareket ettirilmesi, aracı başka tür kuvvetle harekete geçirme kapsamında değerlendirilemez. Zira bu durumda aracın üretiliş amacına uygun biçimde bir ulaşım vasıtası olarak kullanımı söz konusu değildir.

Suç tipinin kapsamına sadece izinsiz başlanılan kullanımın mı girdiği, yoksa izinli veya iyi niyetli başlanılan kullanımdan sonra izinsiz devam eden kullanımın da mı girdiği tartışmalıdır⁶¹. Öğretide hakim görüş olduğu ifade edilen görüşe göre, mevcut bir kullanım hakkının sona ermesi ve aracın buna rağmen kullanılmaya devam edilmesi halinde de suç tipi gerçekleşir⁶². Örneğin bir kimsenin bir arabayı iki saatliğine ödünç alması, ancak geri getirmeden bir ay boyunca kullanmaya devam etmesi

⁵² RENGIER, § 6, kn. 5; EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1124. Kullanıma almanın, failin iradesiyle hareket etme amacıyla gerçekleşen kullanım olduğu hususunda bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 6. Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarına göre kullanıma alma, failin bir aracı kendi iradesine göre bir yolculuk için harekete geçirmesini veya hareket halinde tutmasını gerektirir. Bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3.

⁵³ FISCHER, § 248b, kn. 4.

⁵⁴ KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 4. Kullanımın mutlaka yer değiştiren taşımaya hizmet etmesinin gerekmediği hususunda bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 4.

⁵⁵ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 7. Benzer şekilde, kendi aracını başka bir araca bağlamak gibi fail tarafından harekete geçirilmemiş yani bağımlı yolculuklar da tipe uygun değildir. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 7.

⁵⁶ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 4. Öğretide, bir aracın üzerinde bulunan mobil vincin kaldırma amaçlı kullanımının da suç tipindeki harekete uymadığı ifade edilmektedir. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 4.

⁵⁷ BayObLG JR 1992, 346. Bkz. EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1124; SCHRAMM, § 13, kn. 13. Benzer şekilde bisikletin yalnızca itilmesi de kullanıma alma teşkil etmez. Bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 6.

⁵⁸ KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 8. Bu sayılanlar dışında, kiralama süresi içinde aracın sadece sözleşmeye aykırı biçimde kullanılmasının suçun oluşumu için yeterli olmadığı hususunda bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3.

⁵⁹ EISELE, s. 99, kn. 282; RENGIER, § 6, kn. 5.

⁶⁰ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 4; HOHMANN, *Münchener Kommentar*, § 248b 13. Önemli olan aracın yapısına uygun biçimde ulaşım vasıtası olarak kullanılmasıdır. Bunun aracın teknik yapısına özgü itici güçler vasıtasıyla gerçekleşmesi şart değildir. Bkz. WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 3.

⁶¹ RENGIER, § 6, kn. 6.

⁶² KREY, Volker / HELLMANN, Uwe / HEINRICH, Manfred: *Strafrecht Besonderer Teil Band 2 Vermögensdelikte*, 18. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021, s. 84-85, kn. 221; FISCHER, § 248b, kn. 4.

halinde durum böyledir⁶³. Yani izinsiz kullanıma alma ile izinsiz kullanımda tutma eş değerdir⁶⁴. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir⁶⁵. Alman CK § 248b hükmü her türlü yasadışı sürüşe karşı koymayı amaçlamaktadır. Aracın izinsiz olarak kullanılmaya devam edilmesi halinde de yasadışı bir sürüş mevcuttur. Ayrıca suçun kanuni tanımı da izinsiz kullanıma devam etmenin kullanma hırsızlığının kapsamına dahil edilmesiyle çelişmemektedir. Zira hem harekete geçirme hem de hareket halinde tutma kullanıma alma kavramının kapsamına girmektedir⁶⁶.

Konuya ilişkin örneklerin çoğaltılması mümkündür. Aracın kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra kullanılmaya devam edilmesi, bir görev (iş) yolculuğunun veya test sürüşünün ardından talimatlara aykırı olarak hemen geri dönmeyip aracın özel amaçlarla (örneğin birkaç restorana uğramak) kullanılmaya devam edilmesi veya araçla yolculuğa başlanmasından sonra izin eksikliğinin (hak sahibinin aksi yöndeki iradesinin) fark edilmesi ve buna rağmen aracın kullanılmaya devam edilmesi de bu kapsamdadır⁶⁷. Bu örneklerle, ödünç alan veya kiracı tarafından sözleşmeye aykırı şekilde bırakılan araçla seyahat edilmesi de eklenebilir⁶⁸.

Alman öğretisinde yukarıdaki örneklerde Alman CK § 248b'ye göre cezai sorumluluğu reddeden görüşler de mevcuttur. Bu görüşteki yazarlar, salt devam eden kullanımın, Kanun'da aranan anlamda "kullanıma alma" olmadığını ileri sürmektedir. Yani Kanun'da yazılı "kullanıma alma" teriminin kelime anlamına dayanmaktadır. Bu ifadeden failin aracı izinsiz olarak kullanmaya başlaması gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Başlangıçta usulüne uygun olarak gerçekleştirilen ancak daha sonra sözleşmeye aykırı şekilde devam eden kullanım bu durumda tipe uygun olmayacaktır⁶⁹. Aksi takdirde sırf bir sözleşme ihlalinin ceza hukuku yaptırımı ile karşı karşıya kalacağı ifade edilmekte, salt sözleşme ihlallerinin cezalandırılması eleştirilmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre örneğin, bir çalışanın görev icabı kendisine teslim edilen araçla sırf kız arkadaşını ziyaret etmek için yolu uzatması cezaya layık bir haksızlık değildir^{70,71}.

⁶³ EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1128.

⁶⁴ FISCHER, § 248b, kn. 4; SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 4. Hakimiyet ihlali gerekli değildir. Bu nedenle, başlangıçta izin verilen kullanıma almanın izinsiz olarak devam ettirilmesi de § 248b'nin kapsamındadır. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 8.

⁶⁵ BGH v. 17.10.1957 - 4 StR 523/57 - BGHSt 11, 47 (KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 6). Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, failin cezai sorumluluğu, kendi tasavvuruna göre, hak sahibinin iradesine aykırı olarak aracı harekete geçirdiği veya hareket halinde tuttuğu andan itibaren başlar. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 20.

⁶⁶ KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 84-85, kn. 221.

⁶⁷ EISELE, s. 99, kn. 287; RENGIER, § 6, kn. 6.

⁶⁸ RENGIER, § 6, kn. 6. Vurgulanmalıdır ki, kiralama süresi içinde aracın kiracı tarafından sadece sözleşmeye aykırı biçimde kullanılması suçun oluşumu için yeterli değildir. Ancak kiralık bir aracı üçüncü bir şahıs tarafından izinsiz olarak ödünç alınması § 248b'deki suçun oluşumunu sağlar. Bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3.

⁶⁹ KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 11; EISELE, s. 99, kn. 287; RENGIER, § 6, kn. 7. *Schramm*'a göre, § 248b'de aracı kullanımda tutmaya ilişkin herhangi bir ifade yoktur. Hükmün lafzı bu tür davranışların tipe uygun olarak nitelendirilmesine izin vermemektedir. Bkz. SCHRAMM § 13, kn. 19. Azınlık görüşü hükmün uygulama alanını, kullanımın hak sahibinin iradesi dışında ve kasıtlı olarak başladığı durumlarla sınırlamak istemektedir. Bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 9. Hükmünde "kullanma" yerine "kullanıma alma" teriminin mevcudiyeti bu görüşü desteklemektedir. Ancak örneğin kiralama süresi bittikten sonra aracı park eden ve daha sonra tekrar çalıştırıp süren kişi de aracı kullanıma almış sayılabilir. Bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 10.

⁷⁰ EISELE, s. 99, kn. 287; RENGIER, § 6, kn. 7. İzinsiz kullanıma devam etmenin § 248b hükmü kapsamında görülmesi ceza hukukunun *ultima ratio* niteliği ile bağdaşmamaktadır. Ceza hukukunun tali karakteri, salt sözleşme ihlallerine ceza hukuku yaptırımı uygulanmasına olanak tanımaz. Bkz. KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 85, kn. 222. Bu görüşteki yazarlar, kullanımda tutmanın, kullanıma alma kapsamında görülmesinin kıyas yasağını ihlal edeceğini ileri sürmektedir. Bkz. SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 4. *Bosch*'a göre, başkasına ait eşyaların izinsiz kullanımı prensip olarak ceza kanununun kapsamında olmadığından § 248b'nin uygulanma alanının sınırlanması gerekir. Örneğin, taksi şoförünün arabayı özel bir gezinti için kullanması veya kiracının direksiyonu izinsiz olarak eşine bırakması gibi durumlar hükmün kapsamına dahil edilemez. Ancak, örneğin bir maaşlı şoförün işyerine ait arabayı pazar günü özel bir gezinti için işyerinden alması gibi dış görünüşü itibarıyla izin verilen davranıştan sapan hareketler hükmün kapsamı dahilinde olacaktır. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 4a.

⁷¹ *Hohmann*, kullanıma devam etmeyi bir üst kavram olarak değerlendirmekte, bunu kullanımda tutma ve tekrar kullanıma alma şeklinde iki ayrı alt başlıkta incelemektedir. Yazara göre, failin aracı kullanıma aldığı anda, buna izni olduğunu zannetmesi, ancak daha sonra izni olmadığını fark etmesine rağmen aracı kullanmaya devam etmesi kullanımda tutmadır. Buna karşılık, failin aracı önce izinsiz olarak kullanıma alması ve izni sona erdikten sonra kullanmaya devam etmesi halinde tekrar kullanıma alma söz konusudur. Yazara göre, her iki ihtimalde de failin § 248b'den sorumlu tutulmaması gerekir. Birinci ihtimalde fail hataya düşmüştür. İkinci ihtimalde ise sözleşmeye aykırılık vardır. § 248b'nin amacı sözleşmeye aykırı davranışı cezalandırmak değildir. Bkz. HOHMANN, *Münchener Kommentar*, § 248b, kn. 19-21.

Bir önceki paragrafta açıklanan karşı görüşü ikna edici bulmayan yazarlar ise, § 248b'nin kullanım hakkını koruduğunu, kısa süreli izinli kullanımı, uzun süreli izinsiz kullanımın izlediği durumlarda da kullanım hakkının ihlal edildiğini ifade etmektedir⁷². Diğer bir ifadeyle, devam eden kullanım durumlarında da araç (daha sonra) hak sahibinin iradesi dışında kullanıma alınmış olur. Ayrıca, kullanıma almaya bir kez izinli bir şekilde başlanması halinde, § 248b'nin korumasının bütünüyle reddedilmesi kabul edilebilir değildir. Zira örneğin sona eren bir kira sözleşmesinden sonra devam eden kullanımın haftalarca sürmesi mümkündür. Benzer şekilde görev icabı verilen araçla uzatılan yollar hatırı sayılır bir mesafeye ulaşabilir. Bu gibi olayların da § 248b'nin koruma alanının içerisinde yer aldığı kabulü gerekir⁷³. İzinsiz araç kullanma takibi şikayete bağlı bir suç olduğu için, bu tür olaylar ancak § 248b/3'te aranan şikayet şartı yerine getirilmezse ceza muhakemesine konu olmaz.

İradeye aykırılığın sadece kullanımla mı ilgili olduğu yoksa kullanım şekillerini de mi kapsadığı tartışmalıdır. Örneğin ehliyeti olmayan kişinin motorlu araç kiralaması, bir kimsenin sarhoş şekilde araç kullanması veya kiralama sözleşmesine aykırı olarak araca otostopçu alması gibi hallerde durum böyledir. Genellikle alkol etkisi altında araç kullanmanın § 248b kapsamında olmadığı kabul edilir⁷⁴. Benzer şekilde, araca otostopçu alınması gibi salt sözleşmeye aykırı kullanımların bu suç tipi kapsamında cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir⁷⁵. Buna karşılık, araç kiralayan kişinin ehliyetinin olmaması ve aracı sözleşmeye aykırı olarak sürmesi halinde izinsiz kullanımın mevcudiyeti kabul edilmektedir⁷⁶.

C. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç sadece kasten işlenebilir⁷⁷. Failin kastı hak sahibinin aksi yöndeki iradesini kapsamalıdır. Ancak olası kast da yeterlidir. Failin hatalı bir şekilde, hak sahibinin aracı kullanmasına rızası olduğunu varsayması halinde, Alman CK § 16/1'in 1. cümlesine göre kastı kaldıran hata gerçekleşir⁷⁸. Bu durumda kast eksikliği sebebiyle failin cezalandırılması mümkün olmaz. Örneğin, üç günlüğüne araç kiralayan (T), araca acilen bir gün daha ihtiyacı olduğundan, aracı ancak 4. günün sonunda iade eder. Fazladan bir gün daha aracı kullanacağını kiralama şirketine bildirmez. (T), kiralama şirketinin 4. günde aracın kullanımı için ek ücret alacağını, bu sebeple devam eden kullanımına zımni olarak göz yumduğunu düşünür. Yani ek bir ödeme karşılığında aracı bir gün geç iade edebileceğine hatalı bir şekilde inanır. Öğretide bu hatanın, suç tipini kaldıran rızanın mevcudiyeti hakkında hata olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁹. Benzer şekilde, yolda bir bisiklet bulan ve yetkili mercilere du-

⁷² EISELE, s. 99, kn. 287. Bock'a göre, kira süresinin sona ermesinden sonra araçla yapılan yolculuk, yeniden kullanıma alma olarak nitelendirilebilir. Normun sistematik konumundan bu tür bir kullanımı da kapsayan tamamlayıcı bir hüküm işlevi gördüğü çıkarımı yapılabilir. Nitekim normun başlığı "izinsiz kullanıma alma" olmayıp, "izinsiz kullanım" şeklindedir. Normun düzenlenme amacı, başkasının aracının kullanılması halinde, cezasız kalan *furtum usus*'u cezalandırmaktır. Bkz. BOCK, s. 343.

⁷³ RENGIER, § 6, kn. 7. Kullanıma alma esasen, failin aracı hırsızlık suçu anlamında alma hareketiyle elde ettiği durumlarda oluşur. Bununla birlikte, örneğin bir kimsenin aracını servise teslim etmesi ve servisteki ustanın araçla keyfi bir gezintiye çıkması gibi hallerde hakimiyet ihlali teşkil etmeyen bir kullanım söz konusudur. Bu tür kullanımlar da § 248b'nin kapsamı dahilindedir. Bkz. ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, § 13, kn. 142. Yani kullanıma alma hakimiyet ihlalini şart koşmaz. Bkz. KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 8.

⁷⁴ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 12. Benzer şekilde uyuşturucu madde etkisi altında araç sürülmesinin de § 248b kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 9.

⁷⁵ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 437.

⁷⁶ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 13. Bir görüşe göre, aracı kullanma izni açıkça geçerli bir ehliyete sahip olmaya bağlanmışsa, ehliyete sahipmiş gibi davranan (yalandan rol yapan) kiracı suç tipini gerçekleştirir. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 437.

⁷⁷ Hırsızlık suçunun temel şeklinde failde, mal sahibini eşyasından kalıcı olarak ve kesin suretle yoksun bırakma, yani mal sahibinin o ana kadar eşya üzerinde kurduğu hakimiyeti ortadan kaldırma kastı vardır. Buna karşılık, failin başından beri eşyayı sahibine iade etme iradesi varsa, fail eşyayı sadece geçici biçimde haksız kullanmaya girişmişse, hırsızlığın temel şeklinin oluşumu için gereken türde kastın mevcudiyetinden söz edilemez. § 248b hükmü bu tür bir cezalandırma boşluğunu kapatmak için ihdas edilmiştir. Bkz. BOCK, s. 342. Bu boşluk doldurucu hüküm sayesinde izinsiz kullanım cezasız kalmaz. Bkz. KUDLICH, Hans: "Taxifahrer - geprellt und abgezogen", *Juristische Arbeitsblätter*, 2015, s. 33.

⁷⁸ EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1129; KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 5. Yani hak sahibinin rızasının mevcudiyeti hususunda düşülen hata, suçun maddi unsurlarında hatadır. Bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 8. Benzer şekilde kullanıma izin veren kişinin hak sahibi olduğu hususunda düşülen hata da kastı kaldırır. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 437.

⁷⁹ SCHMIDT R., s. 123, kn. 255; JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 14.

rumu bildirdikten sonra sahibinin hoşgörüsüyle bisikleti kısa bir gezinti için kullanmaya izinli olduğunu varsayan kişi de kastı bulunmadığından cezalandırılmaz⁸⁰.

Buna karşılık hak sahibinin gerçekten mevcut bir rızası olmasına rağmen, bunun fail tarafından bilinmemesi Alman CK'ya göre elverişsiz teşebbüs teşkil eder⁸¹. Bu da hukuken cezalandırılan bir teşebbüştür. Diğer bir ifadeyle, hak sahibinin rızası olmadığına dair hatalı varsayım halinde fail bu suça teşebbüsten cezalandırılır⁸².

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Aracın hak sahibinin rızası ile kullanıma alınması halinde suç oluşmaz. Rıza, hareketin bir hukuki değer ihlali olma niteliğini ortadan kaldırır⁸³. Bu itibarla, hak sahibinin rızası suç tipinin daha baştan gerçekleşmesini önler. Zira rızanın bulunmaması suçun kurucu unsurudur. Rızanın mevcudiyeti halinde suçun kurucu unsuru gerçekleşmez. Hareket tipe uygun olmaz⁸⁴. Buna karşılık, varsayılan rıza ise gerçekleşen suç tipinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Diğer bir ifadeyle varsayılan rıza bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder⁸⁵. Örneğin varsayılan rıza koşulları altında, aracı hak sahibine iade etmek için, araçla hak sahibine gidilmesi meşru görülebilir. Hak sahibi kişiye araçla yapılan yolculuk, zilyetliğin yeniden tesis edilmesine hizmet ediyorsa hukuka uygun olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, acil bir durumda başkasına ait aracın kullanılması (araçla yapılan kurtarma yolculuğu) Alman Medeni Kanunu § 904'teki hukuka uygunluk sebebi kapsamına girebilir^{86,87}.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin konuya ilişkin dikkat çekici bir kararı bulunmaktadır. Olaya göre, (M), karısı (F)'yi terk etmiş ve kız arkadaşı (G)'nin dairesine taşınmıştır. (M), 23 Şubat'ta (G) ile deniz kenarında kısa bir tatil geçirmek için bir otomobil kiralamıştır. Araç kiralama şirketiyle yaptığı sözleşmeye göre, (M) aracı 2 Mart'ta iade edecektir. Ancak 27 Şubat'ta tatil esnasında (M) ve (G) hararetli bir tartışma yaşamıştır. Bu nedenle tatillerini yarıda kesip arabayla geri dönmüşlerdir; fakat (G), (M)'yi dairesine almamıştır. (M) artık geceyi (G)'nin evinde geçiremeyeceği için, arabayı içinde uyuma amaçlı kullanmaya başlamıştır. Sözleşmede belirtilen iade tarihi geçmesine rağmen (M) arabayı iade etmemiş yani elinde tutmaya devam etmiş, ancak bu esnada arabayı yolculuk yapmak için kullanmamıştır. Nihayet (M), 9 Nisan'da karısı (F) tarafından tekrar eve kabul edilmiştir. Bunun üzerine (M), 10 Nisan'da otomobili araç kiralama şirketine geri götürmüştür. Ancak araç kiralama şirketi (M) hakkında şikayette bulunmuştur⁸⁸.

Bahsi geçen olayda (M)'nin hırsızlık hükümlerine göre cezalandırılması mümkün değildir. Zira hırsızlık suçu anlamında bir alma hareketi bulunmamaktadır. Ayrıca (M), araç kiralama şirketini kalıcı

⁸⁰ KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 9.

⁸¹ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 5; DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 11.

⁸² FISCHER, § 248b, kn. 7; MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 9.

⁸³ KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 8. Rızanın açıkça beyan edilmesi gerekmez, ancak içinde bulunulan koşullardan yeterince açık bir şekilde ortaya çıkması gerekir. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 10.

⁸⁴ Örneğin, bir çalışanın işverenin izniyle şirket aracını özel işi için kullanması halinde durum böyledir. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 16.

⁸⁵ EISELE / HEINRICH, s. 350, kn. 1127; RENGIER, § 6, kn. 4, 4a. Öğretide bir görüşe göre, suç tipini ortadan kaldıran rıza varsayımına izin vermez. Ancak suç tipinin mevcudiyetinin kabulünün ardından hukuka uygunluk sahasında, hareketi hukuka uygun hale getiren rızanın varlığı düşünülebilir. Bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 6. Öğretide varsayılan rızanın suç tipinin gerçekleşmesini önlediğini savunan görüşler de mevcuttur. Bkz. KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 5.

⁸⁶ EISELE, s. 99, kn. 285; RENGIER, § 6, kn. 4a. Bu tür davranışlar, doğrudan doğruya hak sahibinin araç üzerindeki haklarını ihlal etmeyi amaçlamaz. Aksine bu hakların tekrar tesis edilmesine yönelir. Bkz. SCHRAMM, § 13, kn. 13. Kullanıma alma yalnızca aracın hak sahibine iadesine hizmet ediyorsa, bu prensip olarak hak sahibinin varsayılan iradesiyle örtüşür. Bkz. SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 5. Aracın hak sahibine iade edilmesi için yapılan yolculuk tipe uygun olamaz. Zira bu hak sahibinin varsayılan iradesine karşılık gelir. Bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3. Aksi görüş için bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 7.

⁸⁷ Alman Medeni Kanunu § 904'e göre, bir malın sahibi, eğer başka bir kişinin bu mala müdahalesi mevcut bir tehlikeyi önlemek için gerekli ise ve meydana gelebilecek zarar, mülkiyet sahibinin uğrayacağı zarardan orantısız şekilde büyükse, bu müdahaleyi yasaklama hakkına sahip değildir. Ancak mal sahibi uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilir.

⁸⁸ KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 84, kn. 220; MITSCH, Wolfgang: "Strafbarkeit verspäteter Mietwagenrückgabe", *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2015, s. 423.

olarak (geri verilmemek üzere) araçtan yoksun bırakmak istemediği için, (M)'de aracı kendi malı olarak edinme amacı bulunmamaktadır. Benzer şekilde, aracı kendi mülkü yapma (sahiplenme) durumu söz konusu olmadığından, mülkiyetten mahrum bırakma unsuru mevcut değildir. Bu nedenle § 246 (başkasına ait taşınır malı hukuka aykırı suretle mal edinme) hükmüne göre cezalandırma da gündeme gelmez⁸⁹.

Uyuşmazlık konusu olayın § 248b'nin suç tipine uyup uymadığı değerlendirilirken, (M)'nin arabayı sözleşilen iade tarihinden sonra öncelikle “geceleme yeri” olarak kullandığı ve sadece bir kez ulaşım amaçlı olarak kullandığı, bu kullanımın da 10 Nisan'da aracı, araç kiralama şirketine geri götürmek için gerçekleştiği dikkate alınmalıdır. Daha önce de açıklandığı üzere, arabayı uyuma yeri olarak kullanmak, § 248b anlamında “kullanıma alma” teşkil etmez. Zira bu suç tipi aracın ulaşım vasıtası olarak izinsiz kullanılmasını cezalandırmaktadır. (M), ısıtmayı açmak için motoru çalıştırmış olsa bile bu “kullanıma alma” için yeterli değildir. Açıklanan tüm bu sebeplerle (M), suç tipini sadece 10 Nisan'da aracı iade etmek için araç kiralama şirketine giderek gerçekleştirmiş olabilir. Sonuçta Alman Federal Yüksek Mahkemesi, (M)'nin § 248b uyarınca cezalandırılmayacağına hükmetmiştir⁹⁰. Ancak gerekçe açık değildir. Mahkemenin, hak sahibinin varsayılan rızasının mevcudiyetini kabul ettiği izlenimini vermektedir⁹¹. Zira mahkemenin kanaatine göre, bir aracın yetkisiz bir kişi tarafından yalnızca, hak sahibine iadesi amacıyla kullanıma alınması, genellikle (olağan olarak) hak sahibinin varsayılan iradesi kapsamındadır. Bu nedenle Alman CK § 248b'deki suç oluşmaz⁹².

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

§ 248b fıkra 2'ye göre bu suça teşebbüs cezalandırılır. Kontak anahtarı takıldığında veya motor çalıştırıldığında suça teşebbüs edilmiş demektir. Ancak bu hareketlerin sadece aracı ısıtmak veya radyoyu açmak amacıyla değil, araçla bir yerden başka bir yere gitmek için yapılması gerekir. Eğer sırf aracı ısıtmak veya radyoyu açmak için kontak anahtarı takılıp araç çalıştırılmışsa, hareket etmeye doğrudan doğruya girişmeye yönelik bir davranış bulunmadığından § 248b'ye teşebbüs edilmiş olmaz⁹³.

Öte yandan, ön tekerlekleri sarsarak direksiyon kilidini kontrol etmenin kullanıma almaya doğrudan doğruya girişme için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda suça teşebbüs edilmiş olmaz⁹⁴. Başka bir görüşe göre ise, direksiyon kilidinin kontrol edilmesi suça teşebbüs edildiğinin kabulü için yeterlidir⁹⁵. Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre de failin direksiyon

⁸⁹ KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 84, kn. 220.

⁹⁰ BGHSt 59, 260 (KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 85, kn. 223).

⁹¹ KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 85, kn. 223. Mahkeme, yalnızca hak sahibinin aracın geri getirilmesini onayladığı varsayılan iradesine atıfta bulunmuştur. Bkz. MITSCH, s. 427. Bu sonuca, (kiralık) bir aracın her halükarda gereken iadesini en başından itibaren normun koruma alanı dışında bırakarak yani suç tipinin amaçsal olarak indirgenmesi ile de erişilebileceği hususunda bkz. JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 6. Duttge'ye göre ise, bilinmeyen bir kişi tarafından aracın iadesine varsayımsal olarak rıza gösterildiği kabulü, § 248b'nin koruma amacı ile çelişen bir fikre dayanmaktadır. Hak sahibinin karar verme hakkına saygı gösterilmesi, araç iade edilmeden önce hak sahibinin rızasının alınmasını gerektirmektedir. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 9. Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre, açık bir beyanın bulunmadığı hallerde, hak sahibinin iradesi somut koşullardan da çıkarılabilir. Bu durumda varsayılan rıza söz konusu değildir. Daha ziyade, hak sahibinin iradesine aykırı kullanıma almayı engelleyen bir “genelleştirilmiş rıza” söz konusudur. Bkz. KREY / HELLMANN / HEINRICH, s. 85, kn. 223.

⁹² BGH, NZV 2015, 95 (MITSCH, s. 423). Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, aracın hak sahibine iadesi, bu kişinin menfaatine aykırı olamayacağı için, olağan olarak hak sahibinin varsayılan iradesi kapsamındadır. Bkz. BGHSt 59, 260 (262) (ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, § 13, kn. 142 dn.360). Mitsch'e göre, kira sözleşmesinin süresinin dolmasından sonra kiracının kiraladığı aracı kiraya verene geri getirmesi halinde, ancak kiraya verenin buna fiilen rızası varsa § 248b'deki suç tipi gerçekleşmez. Varsayılan rıza, hareketin § 248b anlamında tipikliğini ortadan kaldırmaz. Varsayılan rıza ancak hak sahibinin iradesini açıklamasını beklemenin mümkün olmadığı durumlarda gerçekleştirilen hareketi meşru kılar. Bkz. MITSCH, s. 427.

⁹³ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 16; DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 12. Araca binildiğinde ve motor çalıştırıldığında suça teşebbüs edilmiş olduğu hususunda bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 12. Motosiklet veya bisikletin selesine binmekle suça teşebbüs edilmiş olacağı hususunda bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 12.

⁹⁴ KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 10.

⁹⁵ MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 12.

kilidinin etkin olup olmadığını anlamak amacıyla ön tekerlekleri sallaması suça doğrudan doğruya girişme teşkil eder. Yani fail suça teşebbüs etmiş sayılır⁹⁶.

İzinsiz kullanımda tutma halinde, müstakil bir teşebbüs aşaması sadece istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Suç, aracın yolculuk için harekete geçirilmesiyle tamamlanır. İzinsiz kullanımda tutma durumunda ise, bunun daha sonra alınan bir karara dayanılarak gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır. Yolculuk sona erdiğinde suç da sona erer⁹⁷.

2. İştirak

Alman CK § 248b bizzat işlenmesi gereken bir suç değildir. Suç tipindeki kullanıma alma ifadesi, bu suçun bizzat işlenmesini şart koşturur⁹⁸. Bu nedenle aracı kendisi kullanmayan bir kimsenin de suça müşterek fail olarak katılması mümkündür⁹⁹. Örneğin ehliyeti olmadığı veya bir şoför tarafından götürülmek istediği için bir başkasının aracı kullanmasına izin veren kişi de aracı kullanıma almış sayılabilir¹⁰⁰. Yani başkasının sürdürdüğü bir araçla kendisini taşıtan kişi de suçun faili olabilir¹⁰¹.

Kaçak yolcu olarak salt faille birlikte yolculuk yapılması yeterli değildir. Zira bu durumda aracın bağımsız bir yolculuk için kullanımı gerçekleşmez¹⁰². Diğer bir ifadeyle, kaçak yolcu başkası tarafından sürülen, rotasını kendisinin belirlemediği bir araçta seyahat etmektedir. Bu halde kaçak yolcu § 248b'deki suça fail veya şerik olarak katılmış olmaz. Araçta faille birlikte seyahat eden kişiler, faili suça azmettirdikleri veya yardımda bulundukları takdirde şerik olarak cezalandırılabilir¹⁰³.

Öğretide bir görüşe göre, iyi niyetli üçüncü kişinin izinsiz kullanımda bulunmasına neden olan kişi de fail olabilir¹⁰⁴. Başka bir görüşe göre ise, bir kimseyi salt araç sürmeye teşvik etmek, fiil hakimiyeti bulunmadığından suçun faili olarak cezalandırılmaya neden olmaz¹⁰⁵. Bununla birlikte motorlu aracın dolaylı kullanıma alınması mümkündür. Bu durum kullanma izni konusunda aldatma suretiyle gerçekleşebilir. Bu halde dolaylı faillik de söz konusu olabilir¹⁰⁶.

§ 248b mütemadi suç olduğundan suçun sona ermesine kadar, yani kullanımın sona ermesine kadar suça iştirak mümkündür¹⁰⁷. Ancak oluşa göre farklı çıkarımlarda bulunulabilir. Örneğin (T), araç kiralama işiyle uğraşan (V)'den kiraladığı aracı süresi dolmasına rağmen birkaç gün daha kullanmaya devam etmiştir. (V), kira sözleşmesinin uzatılmasını reddetmiş ve (T)'den aracı derhal iade etmesini istemiştir. Nihayet (T), eşi (E)'nin telkinleri ve iade etmek için onunla birlikte gelmeyi kabul etmesi üzerine aracı iadeye karar vermiştir¹⁰⁸. Bu olayda suç ancak aracın (V)'ye iade edilmesiyle sona erer. Bununla birlikte (V), (T)'den aracı derhal teslim etmesini istediğinden arabanın geri getirilmesine rıza

⁹⁶ WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 7.

⁹⁷ BGHSt, 7, 316 ve Düsseldorf NSStZ 85, 413 (FISCHER, § 248b, kn. 9).

⁹⁸ EISELE, s. 98, kn. 279; EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1121.

⁹⁹ EISELE / HEINRICH, s. 349, kn. 1121. Belirtilebilir ki, bu suçla mülkiyet hakkının korunduğunu savunan yazarlar, aracın malikinin bu suçun faili veya şeriki olamayacağı görüşündedir. Bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 1.

¹⁰⁰ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 436.

¹⁰¹ WITTIG, *Online-Kommentar*, § 248b, kn. 9.

¹⁰² RENGIER, § 6, kn. 5; KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 7. Kaçak yolcu olarak bir otobüste seyahat etmek de § 248b'nin tipine uygun değildir. Bu Alman CK § 265a'daki karşılıksız yararlanma suçunu oluşturabilir. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 434.

¹⁰³ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 15. Araçta bulunan bir yolcu, aracın kullanıma alınmasına katkıda bulunmamışsa ve sadece yolculuğun faydalarından istifade ediyorsa cezalandırılmaz. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 10. Yardım edenin de izinsiz kullanıma almaya müstakil bir katkıda bulunması gerekir. Bkz. DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 13.

¹⁰⁴ FISCHER, § 248b, kn. 8. Faillik, başka bir kişinin aracı yetkisiz olarak kullanmasına izin verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin garaj sahibinin, garajına park edilen aracı başka bir kişiye ödünç vermesi halinde durum böyledir. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 10.

¹⁰⁵ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3.

¹⁰⁶ JOECKS / JÄGER, § 248b, kn. 15.

¹⁰⁷ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 7.

¹⁰⁸ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 430.

gösterdiği kabul edilebilir. Bu nedenle, iade yolculuğu suç teşkil etmediğinden, (E)'nin iade yolculuğuna katılarak iştirak edebileceği bir suç bulunmamaktadır. Sonuç olarak sadece (T), § 248b kapsamında cezalandırılabilir¹⁰⁹. İade yolculuğuna katılan (E) suça iştiraktan cezalandırılmaz.

3. İçtima

Alman CK § 248b/1'e göre, bir motorlu aracın veya bisikletin hak sahibinin rızası olmadan kullanılması hareketi, başka bir hükümde daha ağır bir ceza ile karşılanmamışsa, fail izinsiz araç kullanma suçu kapsamında sorumlu tutulur. Bu düzenleme, Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, izinsiz araç kullanma suçunun, sadece aynı veya benzer koruma amacına sahip diğer suçlar karşısında tali (ikincil) konumda olduğunu ortaya koymaktadır¹¹⁰. Örneğin özellikle aynı bölümde düzenlenen § 242 (hırsızlık) ve § 246 (başkasına ait taşınır malı hukuka aykırı suretle edinme) hükümleri, § 248b ile aynı veya benzer hukuki değerleri korumayı amaçlayan suçlar oldukları için § 248b bu suçlar karşısında tali konumdadır. Ancak § 248b/1'deki bu talilik kaydından hareketle, izinsiz araç kullanma suçunun farklı koruma amacına sahip olan örneğin § 223 (kasten yaralama) ve § 315c (trafik güvenliğini tehlikeye düşürme) hükümleri karşısında tali konumda olduğu ileri sürülemez¹¹¹.

Alman CK § 248b hükmü, § 242'deki hırsızlık suçu karşısında tali konumdadır. Ancak Alman öğretisinde ve uygulamasında hükmün taliliğinin, izinsiz kullanıma alınan aracın sürülmesi sırasında tüketilen akaryakıt ve madeni yağlar bakımından geçerli olmadığı kabul edilmektedir¹¹². Diğer bir ifadeyle aracın kullanımıyla zorunlu olarak bağlantılı olan akaryakıt ve madeni yağ tüketimi § 248b'nin haksızlığına dahildir. Bu nedenle aracın deposundaki akaryakıtın ve madeni yağların tüketimi, § 242 veya § 246 kapsamında müstakil olarak cezalandırılmaz¹¹³. Bu halde örneğin (akaryakıtla ilgili) hırsızlık suçunun, genel içtima kurallarına göre aracın izinsiz kullanılması suçu tarafından tüketildiği kabul edilmektedir. Yani izinsiz alınan araç sürülürken harcanan (tüketilen) akaryakıt bakımından hırsızlık suçu uygulama bulmaz. Fail sadece § 248b hükmünden cezalandırılır¹¹⁴.

Aracın izinsiz kullanımı hırsızlık suçunda tanımlanan alma hareketiyle (*Wegnahme*) gerçekleşirse, yani fail kendine mal etme (kendi malı olarak edinme) amacıyla aracı alırsa hırsızlık suçunun olduğundan söz edilir¹¹⁵. Buna karşılık, bahsi geçen türde önceki bir alma olmaksızın, izinsiz olarak kulla-

¹⁰⁹ WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 441. Kullanılmak üzere izinsiz olarak alınan aracın iadesinin suç tipinin kapsamında olmadığı, bu sebeple buna iştirakin cezalandırılmayacağı hususunda bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 9. Eklenmelidir ki bu aşamada suç tamamlandığından, aracı iade ederek gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz. Ayrıca hükümde etkin pişmanlık nedeniyle cezanın hafifletilmesi de öngörülmemiştir. Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 441.

¹¹⁰ EISELE, s. 100, kn. 289; KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 14. Benzer bir talilik kaydı Alman CK § 246/1 ve § 265a/1'de de bulunmaktadır. Başka bir görüşe göre ise, § 248b fıkra 1'deki talilik kaydı, saygı duyulması gereken kanun metnine göre sadece aynı veya benzer koruma amacına sahip olan suç tiplerine atıfta bulunmaz. Dolayısıyla sadece bu tür suçlarla ilişkilendirilemez. Bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 6. Aynı fiille işlenen tüm suçlar için geçerlidir. Bkz. ARZT / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, § 13, kn. 147.

¹¹¹ RENGIER, § 6, kn. 8. Alman CK § 248b ile bu hükümden farklı koruma amacına sahip hükümler (§ 222, § 229, § 315c, § 316) arasında fikri içtima veya gerçek içtima ilişkisi bulunabilir. Bkz. SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 9.

¹¹² EISELE, s. 100, kn. 289. Alman ceza hukukunda, § 248b hükmünün yürürlüğe girmesinden önce, motorlu araçların izinsiz kullanımı ile ilgili olayların, tüketilen akaryakıt bakımından hırsızlık suçu olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir. Bkz. KINDHÄUSER / BÖSE, § 9, kn. 10.

¹¹³ RENGIER, § 6, kn. 9. § 248b uyarınca verilen ceza akaryakıt tüketimini de karşılar (telafi eder). Bkz. WESSELS / HILLENKAMP / SCHUHR, kn. 440. Bu konuda, § 242 ve § 246, § 248b'ye göre tali konumdadır. Yani kanuni talilik ilişkisi tersine çevrilmiştir. Aksi kabul, motorlu araçların salt kullanım için geçici olarak çalınmasının § 248b üzerinden cezalandırılmasını baltalar. Bkz. SCHMIDT R., s. 123, kn. 256-258.

¹¹⁴ EISELE, s. 100, kn. 289. Bu durumda § 242 ve § 246 hükümlerinin, § 248b karşısında tali konumda olduğu hususunda bkz. FISCHER, § 248b, kn. 11. Aksi takdirde, § 248b içerdiği talilik kaydı nedeniyle uygulanamaz hale gelir. Bkz. KINDHÄUSER / HILGENDORF, § 248b, kn. 16. Bununla birlikte, aracın izinsiz kullanımında failin asıl amacı kendi akaryakıtını tasarruf etmekse, yani fail başkasının aracını kullanarak kendi benzin masrafından kaçınmayı hedefliyorsa, § 242 ve § 246 hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağı görüşü için bkz. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD / HOYER / MOMSEN, § 37, kn. 11.

¹¹⁵ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 6; RENGIER, § 6, kn. 8. Aracın kısa bir süre kullanmak için hak sahibinden zorla (fiziksel güç kullanılarak) alınması halinde, öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre, failde aracı kendi malı olarak edinme niyeti olmadığından yağma suçunun mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bu halde failin izinsiz araç kullanma (Alman CK § 248b) ve zorlama (Alman CK § 240) suçlarından cezalandırılması gerekir. Bkz. KUDLICH, s. 34.

nılan aracın değerinde önemli bir azalma meydana gelirse veya aracın kullanımı sırasında geri verme (iade etme) iradesi ortadan kalkarsa § 246'da tanımlanan başkasına ait taşınır malı hukuka aykırı suretle mal edinme suçunun oluşumu gündeme gelir. Bunun için sahiplenme (kendine mal etme) iradesinin dış dünyada kendisini bir şekilde göstermesi de şarttır¹¹⁶. Bu suçlar karşısında, aracı izinsiz kullanma suçu tali konumda olduğundan geri çekilir.

Aracı izinsiz kullanma mütemadi (kesintisiz) bir suçtur. Suç, aracın kullanıma alınmasıyla tamamlanır, kullanımın bitmesiyle sona erer¹¹⁷. Bu mütemadi suçun işlenmesi sırasında tamamen farklı hukuki değerleri koruyan başka suç tipleri de gerçekleştirilirse, bu suçlar arasında farklı neviden fikri içtima gündeme gelebilir. Örneğin bir kimsenin sarhoş vaziyette araç kullanması Alman CK § 316'da suç olarak düzenlenmiştir. Sarhoş bir kişinin başkasına ait aracı izinsiz kullanıma alması halinde durum böyledir. Bu halde Alman CK § 248b ve § 316 hükümleri arasında fikri içtima ilişkisi kurulabilir¹¹⁸. Benzer şekilde, aracın izinsiz kullanılması sırasında, failin dikkatsizliğinden ötürü yaptığı kaza neticesinde bir kimsenin ölümüne yol açması halinde, Alman CK § 248b'deki suç ile § 222'deki taksirle öldürme suçu arasında da fikri içtima mevcuttur¹¹⁹.

F. Yaptırım ve Muhakeme

İzinsiz araç kullanma suçu karşılığında fail hakkında üç yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur. Yani Alman CK'da izinsiz araç kullanma seçimlik cezalı bir suç olarak düzenlenmiştir. § 248b/3'e göre bu suçun takibi şikayete bağlıdır. Suç sadece şikayet üzerine takip edilir. Mütemadi bir suç olduğundan, şikayet süresi ancak hukuka aykırı durumun ortadan kaldırıldığına öğrenilmesiyle, yani kural olarak aracın hak sahibi tarafından geri alınmasıyla başlar¹²⁰. Sürenin başlayabilmesi için aracın tekrar ele geçirilmesinin yanı sıra fiilin ve failin de bilinmesi gerekir. Bu nedenle yalnızca aracın geri alınması otomatik olarak şikayet süresini başlatmaz. Aracı kullanma yetkisi bulunan kişi suçtan zarar gören olabilir. Dolayısıyla bu kişi şikayette bulunma hakkına sahiptir¹²¹. Şikayet hakkının yakınlarla geçmesi mümkün değildir¹²².

II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KULLANMA HIRSIZLIĞI

765 sayılı TCK'nın 494. maddesinde 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle yapılan değişikliğe kadar, kullanma hırsızlığı özel olarak düzenleme altına alınmamıştı. Diğer bir ifadeyle, bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Belirtilen tarihe kadar, başkasına ait taşınabilir bir malı sahibinin izni olmaksızın alıp kısa bir süre kullandıktan sonra iade etme hareketi, 765 sayılı TCK m. 491/1'deki "basit hırsızlık" suçu kapsamında cezalandırılmaktaydı¹²³. Yani kullanılmak için alınsa ve

¹¹⁶ RENGIER, § 6, kn. 8. Yani failin suçun konusunu kullanımdayken sahiplenmesi halinde, § 248b talilik kaydı nedeniyle geriye çekilir, fail § 246 hükmüne göre cezalandırılır. Bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 11. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, § 242'deki hırsızlık suçunu oluşturmamak şeklinde, aracı sair suretle kendi malı olarak edinme, aracın izinsiz kullanımı esnasında gerçekleşse bile § 246'daki suç oluşur. Ancak § 246/1'de de bir talilik kaydı olduğundan ve hükümde § 248b ile aynı ceza yaptırımı bulunduğu, iki düzenleme arasında fikri içtima ilişkisi de kurulabilir. Bkz. KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 6.

¹¹⁷ KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 3. Başka bir görüşe göre ise, bu suç izinsiz kullanıma alma ile başlar, araçla yolculuğun bitmesiyle tamamlanır. Bkz. EISELE, s. 100, kn. 289.

¹¹⁸ EISELE, s. 100, kn. 289.

¹¹⁹ EISELE, s. 100, kn. 289. Failin araç kullanırken işlediği trafik suçları ile § 248b arasında olağan olarak fikri içtima mevcuttur. Zira icra hareketleri örtüşmektedir. Bkz. BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 15. Başka bir görüşe göre ise, § 222 ve § 316'daki suçlarla izinsiz araç kullanma suçu arasında gerçek içtima ilişkisi mevcuttur. Bkz. SCHMIDT R., s. 123, kn. 259.

¹²⁰ BOSCH, *Schönke/Schröder*, § 248b, kn. 11/12; DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, § 248b, kn. 16.

¹²¹ SCHMIDT J., *Matt/Renzikowski*, § 248b, kn. 10. Bu suçla mülkiyet hakkının korunduğu görüşünde olan yazarlar, sadece malikin şikayet hakkının bulunduğunu, (kiracı gibi) aracı kullanma yetkisi olan kişinin ise şikayet hakkının bulunmadığını savunmaktadır. Bkz. KRETSCHMER, *AnwaltKommentar*, § 248b, kn. 14.

¹²² KÜHL / HEGER, § 248b, kn. 7.

¹²³ ŞENSOY, s. 75, 77. Dönemin Yargıtay uygulaması da bu yöndeydi. Bununla birlikte, mesele özellikle 1940'lı yılların ikinci yarısında Yargıtayın bir dairesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu arasında içtihat farklılığına yol açmıştı. Bir otomobilin iade maksadıyla alınıp kısa bir süre kullanıldıktan sonra iade edildiği olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, failde aracı kullandıktan sonra iade etme maksadı bulunduğu hırsızlık kastının olmadığına hükmetmişti. Bu yorum, bu tür hareketlerin cezasız kalmasına yol açacak nitelikteydi. Buna kar-

geri verilse dahi bir malın alınması hırsızlık suçunun temel şekli kapsamında değerlendirilmekteydi¹²⁴. Dönemin öğretisinde, kullanma hırsızlığı karşılığında hırsızlık suçunun temel şeklinden hafif bir ceza öngörülmesinin ceza adaleti ve suç politikası bakımından daha yerinde olacağı ifade edilmekteydi. Bu çerçevede TCK'ya kullanma hırsızlığını düzenleyen yeni bir hüküm eklenerek suçun hırsızlığın temel şeklinden daha hafif biçimde cezalandırılması ve takibinin şikayete bağlanması önerilmekteydi¹²⁵.

Nihayet, 1991 yılında TCK m. 494'te yapılan değişiklikle hükmün 1. bendinde kullanma hırsızlığı tanımlanmıştır. Buna göre, “*Hırsızlık; 1. Geçici olarak kısa bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ve ücret karşılığı yük ve yolcu taşımacılığına tahsis edilmiş olmayan özel bir ulaşım aracı, ... Hak-kında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*”. Maddenin son fıkrasında suçun takibi şikayete bağlanmıştır. 765 sayılı TCK m. 491/1'de hırsızlık suçunun temel şekli 6 aydan 3 yıla kadar hapis ile cezalandırılmakta iken, kullanma hırsızlığı olması gerektiği gibi hırsızlığın temel şeklinden daha hafif biçimde cezalandırılmıştır. Öğretide, kullanma hırsızlığını düzenleyen bu suç tipi aynı zamanda bir “hafif hırsızlık” türü olarak nitelendirilmiştir¹²⁶. Kullanma hırsızlığının yanı sıra 765 sayılı TCK m. 494'ün 2., 3. ve 4. bentlerinde farklı hafif hırsızlık tanımları da bulunmaktaydı.

Suçun konusunu sadece özel ulaşım araçları oluşturmaktaydı. Özel ulaşım aracı teriminden ne anlaşılması gerektiği Kanun'da tanımlanmamıştı. Yukarıda açıklandığı üzere, Alman CK'daki suçun konusunu oluşturan motorlu araç teriminden ne anlaşılması gerektiği Kanun'da açıkça tanımlanmıştır. Dönemin öğreti ve uygulamasına göre, devlete (resmi kuruma) ait olan, devlet malı sayılan ulaşım araçları bu suça konu olamazdı. Örneğin Yargıtay, polise ait resmi aracın çalınmasının kullanma hırsızlığı olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmişti. Ancak özel ulaşım aracının mülkiyetinin gerçek kişiye veya tüzel kişiye ait olması önem arz etmemekteydi¹²⁷.

Suç tanımında geçen “özel bir ulaşım aracı” ifadesinin kara ve deniz ulaşım araçlarını kapsamına aldığı, buna karşılık demiryolu ulaşım araçlarını kapsamına almadığı hususunda dönemin öğretisinde görüş birliği bulunmaktaydı¹²⁸. Ancak havayolu ulaşım araçlarının bu suçun konusunu oluşturup oluşturamayacağı tartışmalıydı. Bir görüşe göre havayolu ulaşım araçları bu suça konu olamazdı¹²⁹. Başka bir görüşe göre ise, bu suç özel uçak veya helikopterlere yönelik de işlenebilirdi¹³⁰.

Kanuni tanıma göre, özel ulaşım araçlarının bu suça konu olabilmesi için ücret karşılığı yük ve yolcu taşımaya tahsis edilmemiş olması da gerekmemekteydi. Yani kullanma hırsızlığı suçu, ücret karşılığı yük ve yolcu taşımaya tahsis edilen özel ulaşım araçlarına yönelik olarak işlenememekteydi. Örneğin bir kamyoncunun yük taşıdığı kamyonuna karşı bu suç işlenemiyordu. Benzer şekilde ücretli olarak yolcu taşımacılığı yapılan minibüsler, dolmuşlar, şehir içi özel halk otobüsleri, şehirler arası

şılık, Yargıtay 2. Ceza Dairesi aracı kullandıktan sonra iade maksadıyla gerçekleşen almaları basit hırsızlık olarak nitelendirmeye devam etmişti. Neticede, Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadını değiştirerek, bu tür olayları tıpkı Yargıtay 2. Ceza Dairesi gibi basit hırsızlık olarak nitelendirmiştir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 15.07.1946, E. 107, K. 115 (KUNTER, s. 449-450); Yargıtay, 2. CD, T. 28.01.1948, E. 13813, K. 855 (KUNTER, s. 450-451); Yargıtay, CGK, 21.03.1949, E. 92, K. 96 (ŞENSOY, s. 80-81).

¹²⁴ ÖNDER, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 338. Kunter, “kullanma hırsızlığı” terimini bir üst kavram olarak değerlendirmiştir. Buna göre, kullanma hırsızlığının iki çeşidi vardır. İlki, malın yeri değiştirilmeden kullanılmasıdır. Bir tablonun sadece fotoğrafının çekilmesi halinde durum böyledir. Bu halde taşınır mal bulunduğu yerden alınmadığından hırsızlık olarak nitelendirilemez. İkinci çeşidi ise, taşınır malın sadece kullandıktan sonra iade etme maksadıyla bulunduğu yerden alınmasıdır. Yazar bu ikinci durumu, diğerinden ayırmak amacıyla “kullanmak için hırsızlık” biçiminde isimlendirmiştir. Bkz. KUNTER, s. 451-452.

¹²⁵ ŞENSOY, s. 82-83.

¹²⁶ DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 301. “Hırsızlığın hafif şekli” isimlendirmesi için bkz. ÖNDER, s. 337.

¹²⁷ GÜNDEL, Ahmet: *İçtihatlı - Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 827, 830; Yargıtay, 6. CD, T. 13.06.1995, E. 5675, K. 6542 (TAŞDEMİR, Kubilay / ÖZKEPİR, Ramazan: *Açıklamalı - İçtihatlı Hırsızlık Suçları*, Adil Yayınevi, Ankara, 2002, s. 208).

¹²⁸ DÖNMEZER, s. 304; GÜNDEL, s. 827; TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, s. 207-208.

¹²⁹ DÖNMEZER, s. 304; TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, s. 207.

¹³⁰ ÖNDER, s. 339; GÜNDEL, s. 827.

otobüsler, ticari taksiler, vapurlar da bu suça konu olamazdı¹³¹. Kullanma hırsızlığı suçunun konusuna girmeyen taşınır mallara yönelen hareketler oluşa göre 765 sayılı TCK m. 491 ve devamındaki hırsızlık hükümleri üzerinden cezalandırılmaktaydı¹³².

Suçun konusunu oluşturan ulaşım aracının motor gücüyle hareket edebileceği gibi, insan gücüyle de hareket edebileceği kabul edilmekteydi. Bu itibarla kullanma hırsızlığı suçu, otomobil, motosiklet, sandal, bisiklet gibi ulaşım araçları üzerinde işlenebilmekteydi¹³³. Ancak dönemin öğretisinde at veya öküz gibi hayvan gücü ile hareket eden araçların bu suça konu olamayacağı ifade edilmekteydi¹³⁴.

Bu suç anlamında kullanmanın mevcudiyeti için ulaşım aracının bir yere gitmek üzere hareket ettirilmesi aranmaktaydı. Diğer bir ifadeyle, failin aracı bulunduğu yerden uzaklaştırması şarttı. Salt aracın içinde uyuması ile kullanma hareketinin gerçekleşmiş olmayacağı kabul edilmekteydi¹³⁵.

Suçun oluşabilmesi için aracın kısa bir süre kullanıldıktan sonra ya zilyedine iade edilmesi veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılması gerekmektedir. Örneğin evin önünden alınan motosikletin birkaç saat sonra tekrar aynı yere bırakılması halinde durum böyledir. Ancak aracın İstanbul'dan alınıp, Ankara'ya gitmek için kullanılması ve Ankara'da terk edilmesi halinde zilyede iade veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakma unsuru gerçekleşmediğinden bu suçun oluşmadığı ifade edilmekteydi¹³⁶. Benzer şekilde, kullanıldıktan sonra zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan aracın içinden bazı eşyaların (örneğin teybin) çalınması halinde, failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulamayacağı, oluşa göre 765 sayılı TCK m. 491 ve devamındaki hırsızlık hükümleri çerçevesinde cezalandırılacağı kabul edilmekteydi¹³⁷.

Kanun'da suçun oluşabilmesi için kullanımın "kısa" sürmesi aranmıştı. Ancak herhangi bir süre Kanun'da belirtilmemişti. Dönemin öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu kısa süre birkaç saatle sınırlıydı. Kullanımın bir tam günü geçtiği hallerde bu suçun oluşmayacağı, oluşa göre 765 sayılı TCK m. 491 ve devamındaki hırsızlık hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmekteydi¹³⁸. Dönemin Yargıtay uygulamasında örneğin başkasına ait bisikletin alınıp bir hafta kullanılması, kullanma hırsızlığı kapsamında görülmemiştir. Mahkeme, bu durumda failin 765 sayılı TCK m. 491/1'deki hırsızlık suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması gerektiğine işaret etmiştir¹³⁹.

Suçun manevi unsuru hırsızlık suçunun temel şeklinden farklıydı. Buna göre, failin aracı kullandıktan sonra iade etme amacıyla alması gerekirdi. Yani failde geçici bir yararlanma kastı olmalıydı. Fail mal edinme (sahiplenme) kastıyla hareket etmemeliydi¹⁴⁰. Fail aracı kısa bir süre kullandıktan sonra zilyedine iade etmişse veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakmışsa, iade etme amacının mevcut olduğu kabul edilmekteydi. Ancak failin henüz aracı kullanmakta iken yakalanması ha-

¹³¹ GÜNDEL, s. 828; ÖNDER, s. 339. Bu durumda, zilyedin geçim kaynağından yoksun bırakıldığı, ticari özgürlüğünün engellendiği, bu nedenle bu tür ulaşım araçlarının suçun kapsamına dahil edilmediği hususunda bkz. TAŞDEMİR / ÖZKEPİR, s. 208.

¹³² EREM, Faruk / TOROSLU, Nevzat: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2000, s. 564.

¹³³ DÖNMEZER, s. 304.

¹³⁴ DÖNMEZER, s. 305.

¹³⁵ ÖNDER, s. 339; DÖNMEZER, s. 305. Ulaşım aracının kullanılmasıyla birlikte, hırsızlık suçu anlamında malın bulunduğu yerden alınmış olması şartı gerçekleşir. Bkz. EREM / TOROSLU, s. 563.

¹³⁶ DÖNMEZER, s. 305.

¹³⁷ GÜNDEL, s. 828.

¹³⁸ DÖNMEZER, s. 305. Başka bir görüşe göre ise, bu süre ay olarak değil, günlerle ifade edilebilen bir zamandır. Bkz. GÜNDEL, s. 828.

¹³⁹ Yargıtay, 6. CD, T. 15.02.1994, E. 1060, K. 1002 (GÜNDEL, s. 829). Bunun yanı sıra, alınan otomobilin 3 gün gezildikten sonra terk edilmesini kullanma hırsızlığı olarak değerlendirmeyen Yargıtay kararları bulunmaktadır. Ancak bu kararlara konu olaylarda, süre dışında hareketin kullanma hırsızlığı olarak nitelendirilmesini engelleyen başka birtakım hususlar da mevcuttur. Örneğin, failin polis takibi neticesinde kaza yapınca otomobili bırakarak kaçmak zorunda kalması veya otomobilin içindeki eşyaları çalıp terk etmesi gibi. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 16.06.1998, E. 6-153, K. 223 (SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu IV. Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 5322) ve Yargıtay, 6. CD, T. 14.06.1994, E. 5942, K. 6044 (SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5322-5323).

¹⁴⁰ DÖNMEZER, s. 305. Bu suç olası kastla işlenemez. Bkz. ÖNDER, s. 339.

linde, kullanma hırsızlığından söz edilebilmesi için, aracı iade etme amacıyla aldığı açıkça anlaşılması gerekirdi. Hâkimin, failin böyle bir amaçla hareket edip etmediğini somut olayın gerçekleşme şeklini irdeleyerek anlayabileceği ifade edilmekteydi¹⁴¹. Yakalanan fail, aracı iade etme amacıyla aldığı ileri sürüyorsa ve aksini gösteren deliller mevcut değilse, failin aracı iade etme amacıyla aldığı kabul etmek gerekeceği ileri sürülmekteydi¹⁴².

Suç tanımında açıkça zikredilmese de ulaşım aracının zilyedinin rızası bulunmadan alınması aranmaktaydı. Zilyedin rızasının mevcudiyeti halinde suç oluşmamaktaydı¹⁴³. Suçun takibi şikayete bağlanmıştı. Ulaşım aracının alındığı sıradaki zilyedi şikayet hakkına sahipti.

III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA KULLANMA HIRSIZLIĞI

5237 sayılı TCK'nın 146. maddesi "Kullanma hırsızlığı" başlığını taşımaktadır. Tek fıkradan ibaret olan hükme göre, "*Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikayet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz.*". Madde metninde açıkça belirtilmese de madde gerekçesinde, failin malı sahibinin rızası olmaksızın alması gerektiği ifade edilmiştir. Yine gerekçe göre, fail malı alırken belirli bir süre kullandıktan sonra iade etme amacıyla hareket etmelidir. Bu suçun oluşumu bakımından kullanmanın kısa sayılacak bir süre devam etmesi temel şarttır.

Kanun koyucu, kullanma hırsızlığını özel bir hükümle düzenleme altına almış, hırsızlık suçunun temel şekli kapsamında görmemiştir. Bu düzenleme öğretide hırsızlık suçunun cezayı azaltan nitelikli unsuru biçiminde değerlendirmektedir¹⁴⁴. Buna göre, failin amacı kanun koyucu tarafından dikkate alınarak, cezayı azaltan nitelikli unsur ihdas edilmiştir¹⁴⁵. Faildeki, malı geçici bir süre kullandıktan sonra zilyedine iade etme amacı, hırsızlık suçundaki yarar sağlama maksadının özel bir şekline karşılık gelir. Bu itibarla hırsızlık suçunun temel şekli ile kullanma hırsızlığı arasında genel-özel norm ilişkisi bulunur¹⁴⁶.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, maddede kullanma hırsızlığı suçunun konusu sadece özel ulaşım araçlarıyla sınırlanmamıştır. Kanun'da malın türü bakımından ayırım yapılmadığından hırsızlığın temel şekline konu olabilecek bütün taşınır mallar bu suçun konusunu oluşturabilir. Bu suretle suçun uygulanma alanı 765 sayılı TCK'ya kıyasla genişletilmiştir¹⁴⁷. Ancak tabiatı gereği, malın kullanıldıktan sonra zilyedine iadeye elverişli olması şarttır. Bu itibarla, bir defa kullanılmakla biten yiyecek, içecek gibi eşyalar bu suça konu olamaz. Aynı durum tek kullanımla biten harcanacak veya yakılacak eşyalar (örneğin kömür) bakımından da geçerlidir¹⁴⁸. Diğer bir ifadeyle, kullanılmakla tükenen veya yok edilen mallar bakımından TCK m. 146 hükmü uygulama bulmaz¹⁴⁹. Esasen yiyecek, içecek gibi nesnelerin kullanılmasından değil, tüketilmesinden bahsedilmesi daha doğru olacaktır. Zira bunların yenilip içilmesi tüketme hareketine karşılık gelir. Bu kullanmadan farklı bir kavramdır¹⁵⁰.

¹⁴¹ DÖNMEZER, s. 305.

¹⁴² GÜNDEL, s. 828.

¹⁴³ ÖNDER, s. 339.

¹⁴⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 368; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 681; TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 152; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 654.

¹⁴⁵ YILDIZ, Ali Kemal: "Hırsızlık", *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 60.

¹⁴⁶ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 726.

¹⁴⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 369; TOROSLU / TOROSLU, s. 141-142; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 653.

¹⁴⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 726; YILDIZ, s. 61; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 681.

¹⁴⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 654; NOYAN, Erdal: *Hırsızlık Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 384.

¹⁵⁰ Kunter, çalınan para ve yiyecek eşyasının kural olarak kullanılamayacağını, istihlak edileceğini (tüketileceğini) belirtmektedir. Bununla birlikte, yazara göre, çalınan para ve yiyecek eşyası istihlak edilmeden (tüketilmeden) başkalarına teşhir edilerek kullanılabilir. Bkz. KUNTER, s. 456.

Kanun metninde “geçici bir süre” ifadesi bulunduğundan malın failde kalma süresi önemlidir. Bu süre failin amacını belirlemede kullanılır. Buna göre malın failde kalma süresi kısa ise failin o malı kullanma amacı ile aldığı, uzun ise sahiplenme amacı ile aldığı kabulünde bulunulabilir¹⁵¹. Failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulabilmesi için, sürenin failin malı iade etme amacıyla aldığını ortaya koyacak kısıklıkta olması şarttır¹⁵². Kullanım süreklilik arz ediyorsa, fail TCK m. 141 ve devamındaki hırsızlık hükümlerine göre cezalandırılır. Malın kabul edilebilir olmayan uzun bir zaman boyunca kullanılması halinde, sürekli kullanımdan bahsedilebilir¹⁵³. Özellikle failin malı kullanırken yakalandığı hallerde, aradan uzun bir zamanın geçmiş olması durumunda kullanma hırsızlığının mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir¹⁵⁴.

Öğretide bir görüşe göre, failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulabilmesi için malın iadesi gerekli değildir. Malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade niyetiyle bulunduğu yerden alınmış olması gerekli ve yeterlidir. Buna göre, failin malı kullanırken (iade etmeden önce) yakalanmış olduğu hallerde, somut olayın şartlarından o malı iade niyetiyle aldığı anlaşılıyorsa fail TCK m. 146’dan sorumlu tutulabilir¹⁵⁵. Başka bir görüşe göre, failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulabilmesi için malı iade etmesi gerekir¹⁵⁶. Suç alınan malın iade edilmesiyle tamamlanır. Bu itibarla suç, malın kullanılmasından sonra iade edildiği anda ve yerde tamamlanır¹⁵⁷. Kanımızca, kullanma hırsızlığı suçunun oluşabilmesi için malın iade edilmiş olması şart değildir. TCK m. 146’da malın iade edilmek üzere alınmasından bahsedilmektedir. Bu ifade esasen 765 sayılı TCK m. 494 bent 1’de, malın iade edilmesi veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılması unsurunun alternatifi olarak öngörülmüştür¹⁵⁸. Buna göre, mal henüz iade edilmemiş veya zilyedin kolayca bulabileceği bir yere bırakılmamış olsa bile, somut olayın şartlarından malın iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılıyorsa kullanma hırsızlığı suçunun oluştuğu kabul edilir.

İade, mal sahibinin malına tekrar kavuşmasına karşılık geldiğinden, malın sahibinin bilmediği bir yere bırakılması iade sayılmaz¹⁵⁹. İadenin tam olması gerekir. Alınan malın eksik iadesi veya alınan maldan başka bir malın iadesi, tam iade koşulunu sağlamaz¹⁶⁰. Ancak kullanmanın malın yıpranmasına, aşınmasına yol açabileceği unutulmamalıdır. Normal bir kullanımdan ileri gelen normal eksilmeler iadenin tam sayılmasına engel olmamalıdır. Aksi takdirde neredeyse hiçbir iade tam sayılamaz. Yani alınan mal kullanmadan ötürü eskimiş olsa da aynen iade edildiğinde kullanma hırsızlığı oluşur¹⁶¹. Bu

¹⁵¹ ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 623. Diğer bir ifadeyle, malın failde kalma süresi uzadıkça, failin o malı iade amacıyla aldığını ileri sürmesi zorlaşır. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 682.

¹⁵² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 727.

¹⁵³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354.

¹⁵⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 654. Bir görüşe göre, malın failde kalma süresinin kısa veya uzun olması kullanma hırsızlığı suçunun oluşumu bakımından önem arz etmez. Bkz. YILDIZ, s. 60.

¹⁵⁵ YILDIZ, s. 60; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 681-682. Kullanma hırsızlığı suçunun tamamlanması için malın iade edilmesi şart değildir. Suç, taşınır mal fail tarafından iade etmek üzere alınarak kendi egemenlik alanına sokulduğu anda tamamlanır. Bkz. ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 562. Yargıtaya göre de fail malı henüz iade etmemiş olsa bile, malı geri vermek üzere aldığı açıkça anlaşılıyorsa, TCK m. 146’dan sorumlu tutulabilir. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 682, dn.346.

¹⁵⁶ KUNTER, s. 456; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 405-406.

¹⁵⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 355. Kullanılmak üzere alınmış malın maliki ile zilyedinin farklı kişiler olması halinde, iadenin zilyede yapılması gerektiği hususunda bkz. ÖZEN, s. 622.

¹⁵⁸ “Hırsızlık; 1. Geçici olarak kısa bir süre kullanılıp zilyedine iade edilen veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakılan veya iade edilmek üzere alındığı açıkça anlaşılan ... bir ulaşım aracı, ... Hakkında işlenirse, faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”.

¹⁵⁹ KUNTER, s. 456.

¹⁶⁰ KUNTER, s. 457; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354.

¹⁶¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354; KUNTER, s. 457. Belirleyici olan failin başlangıçtaki iradesidir. Bu itibarla, fail geçici bir süre kullanma amacıyla aldığı mala kasten zarar vermemişse, faili TCK m. 146’dan yarandırmak gerekir. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 683. Buna göre, malın hasarlı veya zarar görmüş olarak iadesi halinde, fail kullanma hırsızlığından sorumlu tutulur. Ancak zarar ve hasar tazmin ettirilir. Bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 370; SOYASLAN, s. 406. Yargıtayın görüşü de bu yöndedir: “sanık alkollü iken çalıştırıp götürdüğü aracı aldığı yere bırakacağını şikayetçinin yanında çalışan Ayhan isimli kişiye söylemiş, nitekim çok kısa sayılabilecek bir zaman dilimi içinde aracı çaldığı yere bırakmak üzere aynı mahalleye dönmüş, ancak kaza nedeniyle kullanılamaz

itibarla, kullanmak için çalınan bir ulaşım aracının zilyedine iadesi halinde, normal kullanım sonucu oluşan benzin ve yağ eksilmeleri failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulmasına engel olmamalıdır.

Yargıtayın zilyedin rızası olmaksızın otomobilinin kullanılması neticesinde, otomobilin yağının harcanmasını ve benzininin tüketilmesini, failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulmamasının gerekçelerinden biri olarak gösterdiği görülmektedir¹⁶². Öğretide bu durumda, geçici bir süre kullanılmak üzere alınan mal otomobil olduğu için, suçun konusunu otomobilin kendisinin oluşturduğu, otomobilin içindeki benzin veya yağın suça konu olmadığı ifade edilmektedir¹⁶³. Kanaatimizce, otomobilin kullanımının doğal ve zorunlu bir sonucu olan akaryakıt ve madeni yağ tüketimi, TCK m. 146'nın haksızlık içeriğine dahildir. Sırf otomobilin deposundaki akaryakıt ve madeni yağ eksildiği için failin müstakil olarak TCK m. 141'den de sorumlu tutulması veya TCK m. 146 hükmü yerine TCK m. 141 hükmünün uygulanması doğru olmayacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere Alman öğreti görüşü ve uygulaması da bu yöndedir.

Mal iade edilmişse, failin iadeyi isteyerek yapması yani iadenin failin serbest iradesinin ürünü olması şarttır. Malı sahiplenme kastıyla alan fail, eğer sırf engel bir sebebin mevcudiyetinden ötürü malı geride bırakmak zorunda kalmışsa, kullanma hırsızlığından söz edilemez. Örneğin çalınan aracın benzinini bittiği için, bozulduğu için, kaza geçirdiği için veya yapılan polis takibi sebebiyle terk edilmesi halinde durum böyledir. Bu halde fail hırsızlık (TCK m. 141 vd.) suçundan sorumlu tutulur¹⁶⁴. Ancak failin en başından beri aracı geçici bir süre kullanıp iade etme amacıyla bulunduğu yerden alması halinde, sırf bu araçla kaza yapmış olması suçun kullanma hırsızlığı olarak nitelendirilmesini engellemez¹⁶⁵. Benzer şekilde, iadenin teşvik veya tavsiye neticesinde gerçekleşmesi de kullanma hırsızlığı suçunun oluşumunu engellemez¹⁶⁶. Örneğin failin malı iadeye bir yakını tarafından ikna edilmiş olması halinde durum böyledir.

TCK m. 146'da suçun oluşabilmesi için malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek amacıyla alınması aranmış, Alman CK'da olduğu gibi açıkça fiilen kullanıma başlanması şart koşulmamıştır¹⁶⁷. 765 sayılı TCK m. 494 bent 1'de açıkça aracın kısa bir süre kullanıldıktan sonra iadesinden veya kolaylıkla bulunabilecek bir yere bırakılmasından söz edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da ise kullanma hırsızlığının bu alternatif oluşum şekillerine suç tipinde yer verilmemiş, sadece malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek amacıyla alınmasından söz edilmiştir. Bu haliyle hüküm, failin TCK m. 146'dan sorumlu tutulabilmesi için malı kullanmaya başlamış olması gerekmeyeceği, malın bu amaçla bulunduğu yerden alınmasının yeterli olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim öğre-

hale gelen aracı çaldığı yere kadar götüremeyip orada bırakmış, olay yerinden ayrılmadan önce de aracın daha fazla zarar görmemesi için bir takım tedbirler almıştır. ... Sanığın tutum ve davranışları, suçun işlendiği yer ve zaman ile eylemin gerçekleştirilme biçimi karşısında hırsızlığın aracın mülkiyetine yönelik olmadığı, bir süre kullanıldıktan sonra aracın iadesi amacıyla gerçekleştirildiği saptanmıştır." Bkz. Yargıtay, CGK, T. 06.04.2004, E. 2004/672, K. 2004/84 (Legalbank). Benzer başka bir karar için bkz. Yargıtay, 2. CD, T. 19.03.2019, E. 2017/4233, K. 2019/5362 (Legalbank).

¹⁶² Yargıtay, 13. CD, T. 26.02.2019, E. 2018/9374, K. 2019/2612 (Lexpera); Yargıtay, 13. CD, T. 12.01.2015, E. 2014/13647, K. 2015/181 (Lexpera).

¹⁶³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 726-727, dn. 1863.

¹⁶⁴ KUNTER, s. 456; HAFİZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354. Buna karşılık, malı elinde tutma imkanının mevcudiyetine rağmen, failin herhangi bir engel sebep bulunmadığı halde malı terk etmesi, kullanma amacının göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 369.

¹⁶⁵ Yargıtaya göre "Mağdur ve sanıklar arkadaş olup olay günü birlikte gezdikten sonra yakınının evine geldikleri, mağdurun uyumasının ardından sanıkların gezmek amacıyla aracının anahtarını alıp seyir halindeyken kaza yaptıkları, sanıkların, mağdur O. C. ve kardeşi tanık U. C. 'in beyanları göz önüne alındığında, sanıkların kastının aracı geçici bir süre kullanıp iade etmeye yönelik olduğunu anlaşılmaması karşısında, eylemin TCK'nın 142/2-d ve 146. maddelerinde tanımlanan haksız yere elde bulundurulmuş anahtarla kilit açmak suretiyle kullanma hırsızlığı suçunu oluşturduğu". Bkz. Yargıtay, 6. CD, T. 09.06.2014, E. 2012/2176, K. 2014/11603 (Lexpera). Aynı yönde bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 559.

¹⁶⁶ SOYASLAN, s. 406.

¹⁶⁷ İtalyan CK'da kullanma hırsızlığı (madde 626, n. 1) "fail, aldığı şeyi sadece bir süre kullanmak amacı ile hareket eder ve kullandıktan sonra derhal geri verirse" şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. HAFİZOĞULLARI / ÖZEN, s. 353. Tıpkı Alman CK'da olduğu gibi İtalyan CK'da da kullanma hırsızlığı suçunun oluşumu bakımından malın fiilen kullanılması şart koşulmuştur.

tide de TCK m. 146'nın fiilen geçici kullanma şeklinde yararlanmayı ifade etmediği belirtilmiştir¹⁶⁸. Bununla birlikte, öğretide failin kullanma hırsızlığından sorumlu tutulabilmesi için aldığı malı kısa bir süre olsa bile kullanması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁶⁹.

Kullanma hırsızlığı sadece kasten işlenebilir. Yani mal geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere bilerek ve istenerek alınmalıdır¹⁷⁰. Failin bu suçtan sorumlu tutulabilmesi için en baştan itibaren, malı geçici bir süre kullanıp zilyedine iade etme amacıyla (geri verme niyetiyle) hareket etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle failde geçici (sürelili) bir yararlanma maksadı bulunmalıdır. Fail malı bu maksatla almalıdır. Malın daimi kullanma maksadıyla, yani mal edinme (sahiplenme) maksadıyla alınması hırsızlık (TCK m. 141 vd.) kapsamındadır¹⁷¹. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu, faillerin kullanabilecekleri bir motosikleti bulunduğu halde, aynı gün içerisinde farklı mahallerden iki ayrı kişinin motosikletlerini çalmalarını, motosikletlerin tanınmaması için plakalarına müdahalede bulunmalarını (çıkartmak ve eğmek şeklinde), birini inşaat halindeki bir binaya saklamalarını, motosikletleri sahiplenme kastıyla hareket ettikleri biçiminde değerlendirmiştir¹⁷². Failde sahiplenme kastının mevcudiyeti halinde TCK m. 146 hükmü uygulama bulmaz.

765 sayılı TCK'nın kullanma hırsızlığını düzenleyen 494. maddesinin 1. bendinde ifade edildiği üzere, failin malı kısa bir süre kullandıktan sonra zilyedine iade etmesi veya zilyedin kolaylıkla bulabileceği bir yere bırakması, kullanma amacıyla hareket ettiğinin göstergesidir. Buna karşılık, failin malı kullanırken yakalanması halinde, TCK m. 146'dan sorumlu tutulabilmesi için malı iade etme niyetiyle aldığı anlaşılmaması şarttır. Failin malı alırken hangi niyetle hareket ettiği şüpheli kalırsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, malı kısa bir süre kullandıktan sonra iade etme amacıyla aldığı kabul edilmelidir¹⁷³.

Öte yandan, failin amacı maldan faydalanmak ve bu kapsamda malı kullanmak değilse, fail sadece malın çalınmasına engel olma ve onu muhafaza etme amacıyla hareket etmişse hırsızlık suçu oluşmaz¹⁷⁴. Örneğin, yerde bir cep telefonu gören kişinin, o telefonun kime ait olduğunu bildiği için çalınmasının diye muhafaza amaçlı yerden alması halinde durum böyledir.

Malı alırken kısa bir süre kullandıktan sonra, zilyedine iade etme maksadıyla hareket etmeyen fail, sonradan malı zilyedine iade etse bile kullanma hırsızlığından cezalandırılmaz. Bu halde fail hırsızlık suçundan (TCK m. 141 vd.) sorumlu tutulur. Ancak koşulları mevcutsa TCK m. 168'deki etkin pişmanlık hükmünden istifade eder¹⁷⁵.

¹⁶⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354. Yazarlara göre hüküm, malın bir süre kullanıldıktan sonra derhal iade edilmesi biçiminde anlaşılmamalıdır. Bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 354. Şen'e göre, kullanma hırsızlığında failin malı bir müddet kullanıp iade etme amacıyla bulunduğu yerden alması yeterlidir. Fail malı kullanma amacıyla bulunduğu yerden almış, ancak daha kullanmaya başlayamadan yakalanmış da olabilir. Bkz. ŞEN, Ersan: "Hırsızlık Suçları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı 3, s. 352.

¹⁶⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 682. Benzer şekilde, iade edilme amacıyla alınan malın geçici bir süre kullanılması da gerektiği hususunda bkz. ÖZEN, s. 622.

¹⁷⁰ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 370.

¹⁷¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 369-370; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 681. Bu suçta failin taşınır malı bulunduğu yerden yarar sağlama amacıyla ve zilyedine iade etmek üzere alması gerektiği hususunda bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 561. Failin ya suç yoluna girmeden önce ya da en geç suç yoluna girdiğinde çalacağı malı geçici bir süre kullanıp iade etmeye karar vermiş olması gerektiği hususunda bkz. ŞEN, s. 351.

¹⁷² Yargıtay, CGK, T. 03.05.2016, E. 2015/1076, K. 2016/235 (Lexpera). Örneğin, failin aracı bir polis karakolunun önüne park etmesi (bırakması), aracı kendi malı olarak edinme kastı ile almadığının göstergesidir. Zira bu halde fail aracın kısa sürede bulunacağını ve sahibine iade edileceğini varsayar. Bkz. KUDLICH, s. 33.

¹⁷³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 370; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 681. Buna karşılık, failin beyanı ile somut olayın özellikleri uyumsuzsa, yani fail malı geçici bir süre kullanma amacıyla aldığını söylemesine rağmen, somut olayın özellikleri failde kullanma niyetinin bulunmadığını ortaya koyuyorsa, fail kullanma hırsızlığından sorumlu tutulmamalıdır. Bkz. ÖZEN, s. 624. Yargıtaya göre, "Gece vakti dolmuş ve taksinin çalışmadığı bir yerde sanığın komşusunun aracını çalıp, otogardan oğlunu alıp geldikten sonra aracı aldığı yere bırakması, acil bir hastayı hastaneye yetiştirmek veya servisi kaçıran öğrenciyi sınava yetiştirmek amacıyla araç çalınması ve aracın alındığı yere veya yakın bir yere bırakılması eylemleri kullanma hırsızlığı suçuna örnek olarak verilebilir.". Bkz. Yargıtay, 13. CD, T. 03.07.2014, E. 2014/12537, K. 2014/23543 (Lexpera).

¹⁷⁴ KUNTER, s. 457.

¹⁷⁵ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 370. Etkin pişmanlıkta, failde malı iade etme fikri daha sonra duyduğu pişmanlık neticesinde oluşmaktadır. Bkz. ŞEN, s. 351. Gerçekten, fail aracı aldığı sırada kendi malı olarak edinme niyetiyle hareket ediyorsa, bu aşamada failde aracı iade etme iradesi bulunmuyorsa, failin aracı sonradan iade etmesi suçun kullanma hırsızlığı olarak nitelendirilmesini sağlamaz. Aracın sonradan iade edilmiş olması cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınır. Bkz. KUDLICH, s. 33.

Hükümde açıkça ifade edildiği üzere alınan malın suç işlemek için kullanılması halinde fail TCK m. 146'dan sorumlu tutulamaz. Yani fail bulunduğu yerden aldığı malı başka bir suçu işlerken vasıta olarak kullanıp iade etmişse kullanma hırsızlığından bahsedilemeyecektir¹⁷⁶. Bu durumda fail, oluşa göre TCK m. 141 vd. hükümleri kapsamında cezalandırılır. Failde malı aldığı esnada o malı suç işlemek için kullanma düşüncesinin bulunması aranmaz. Fail, başlangıçta malı kısa bir süre kullanıp zilyedine geri verme düşüncesiyle aldıktan sonra, o malı kasıtlı bir suç işlemek için kullanmış olabilir¹⁷⁷. Bununla birlikte, failin malı başlangıçta suç işlerken kullanma amacıyla alması, ancak malın daha sonra suç işlemek için kullanılmaması halinde de fail TCK m. 146'dan sorumlu tutulabilir¹⁷⁸.

Madde metninde geçen “suç işlemek için kullanılmış olması” ifadesi, suçun kasten işlenmesini gerektirir. Örneğin, kullandıktan sonra iade etme amacıyla aldığı otomobille dikkatsizliği sonucu bir yayaya çarparak (taksirle) yaralanmasına yol açması halinde, fail kullanma hırsızlığından sorumlu tutulabilir¹⁷⁹. Öte yandan, failin malı hukuka aykırı olan ancak suç teşkil etmeyen bir hareketin icrası sırasında kullanması TCK m. 146 hükmünün uygulanmasını engellemez¹⁸⁰.

SONUÇ

Kullanma hırsızlığı suçu, hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da hırsızlık suçu üzerinden tanımlanmıştır. Alman CK'da ise hırsızlık suçu üzerinden yapılan bir suç tanımlaması bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'da suçun madde başlığı “Kullanma hırsızlığı” iken, Alman CK'da suçun madde başlığı “Bir aracın izinsiz kullanımı”dır. Yine 5237 sayılı TCK'da kullanma hırsızlığı suçunun cezası, hırsızlık suçuna atıf yapılarak belirlenmiştir. Alman CK'da ise bu suçun, hırsızlıktan ayrı, müstakil bir cezası vardır. Yürürlükteki TCK'da suçun konusu kural olarak hırsızlığın temel şeklinin konusu ile ayniyet arz etmektedir. Alman CK'da ise konu motorlu araç veya bisiklet ile sınırlanmıştır. Buna göre, TCK'da motorlu araç veya bisiklet dışında kalan bir taşınır malın kullanılması da kullanma hırsızlığı kapsamında cezalandırılabilirken, Alman CK'da ise kullanma hırsızlığından cezalandırılmamaktadır.

Hem 765 hem de 5237 sayılı TCK'lardaki düzenlemelerde kullanımın kısa sürmesi gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Alman CK'daki düzenlemede ise açıkça böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Alman öğreti ve uygulamasında bir ay süren kullanımların bile kullanma hırsızlığı suçu üzerinden değerlendirme konusu yapıldığı görülmektedir. Benzer şekilde hem eski hem de yürürlükteki TCK'larda failin malı iade etme amacıyla alması gerektiği suç tipinde açıkça belirtilmiştir. Alman CK'daki suç tipinde ise bu yönde bir belirlemede bulunulmamıştır.

TCK'nın bu formülasyonu karşısında kullanma hırsızlığı, hırsızlık suçunun cezaı azaltan nitelikli unsuru olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, hırsızlık suçunun cezaı artıran nitelikli unsurlarının bu suç bakımından da uygulama bulması mümkündür. Yani somut olayda kullanma hırsızlığı, hırsızlığın cezaı artıran nitelikli unsurları ile çakışabilir (TCK m. 142). Bu durumda bu hükümlerin birlikte dikkate alınarak cezanın belirlenmesi gerekir. Alman CK'da ise kullanma hırsızlığı, her ne kadar hırsızlık suçu ile aynı bölümde yer alsın da kendine özgü suç olarak düzenlendiğinden, hırsızlık suçunun cezaı artıran nitelikli unsurlarının bu suça eklenerek cezaı ağırlaştırması mümkün değildir.

¹⁷⁶ ŞEN, s. 353.

¹⁷⁷ YILDIZ, s. 61; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 682. Örneğin fail, yağma suçunu işlerken kullanmak için otomobil çalmışsa, kullanma hırsızlığından sorumlu tutulmaz. TCK m. 141 ve devamındaki hırsızlık hükümlerine göre cezalandırılır. Bkz. SOYASLAN, s. 406.

¹⁷⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 683. Failin TCK m. 146'dan sorumlu tutulmaması için, aldığı malı başka bir kasıtlı suçta fiilen kullanması gerekir. Bu kasıtlı suçun türü ve ağırlığı önem arz etmez. Bkz. NOYAN, s. 388.

¹⁷⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 728; YILDIZ, s. 61.

¹⁸⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 654. Yargıtay da bu görüştedir: “Failin kullanma hırsızlığı yaptığı eşya ile taksirli suç işlerse yahut suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bir fiilde kullanırsa bu durum maddenin uygulanmasına engel olmayacaktır.”. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 03.05.2016, E. 2015/1076, K. 2016/235 (Lexpera). Malın, hukuka, ahlaka aykırı kullanımının gayrimeşru kullanım olduğu hususunda bkz. HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 355.

TCK'da kullanma hırsızlığı, suç tipinde hırsızlık suçu üzerinden tanımlandığı için, suçun zilyedin rızası olmadığı halde taşınır malın bulunduğu yerden alınması suretiyle işlenmesi gerekir. Alman CK'da ise, zilyedin izni ile başlanan kullanımın daha sonra izinsiz şekilde devam etmesi de bu suçun kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, kişinin motorlu aracı veya bisikleti kullanım hakkı sona ermesine rağmen, kullanmaya devam etmesi halinde bu suç tipi gerçekleşir. Bu suretle bir motorlu aracın veya bisikletin her tür yasadışı sürüşe karşı bu hüküm üzerinden korunması amaçlanmıştır. TCK'da ise bu tür haller kullanma hırsızlığı suçunun kapsamında kalmaz.

TCK m. 146'ya göre, alınan mal suç işlemek için kullanılırsa fail kullanma hırsızlığından sorumlu tutulamaz. Alman CK § 248b'de açıkça böyle bir kısıtlama öngörülmemiştir. Ancak düzenlemeye göre, failin hareketi başka bir hükümde daha ağır bir ceza ile cezalandırılıyorsa, fail kullanma hırsızlığından sorumlu tutulmayacak, daha ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARZT, Gunther / WEBER, Ulrich / HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric: *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Baskı, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021.
- BOCK, Dennis: “Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b StGB”, *Juristische Arbeitsblätter*, 2016, s. 342-344.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DÖLLING, Dieter / DUTTGE, Gunnar / KÖNIG, Stefan / RÖSSNER, Dieter (Hrsg.): *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2022 (Yazar, Gesamtes Strafrecht).
- DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- EISELE, Jörg / HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2024.
- EISELE, Jörg: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 5. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Baskı, C.H. Beck, München, 2021 (Yazar, Münchener Kommentar).
- EREM, Faruk / TOROSLU, Nevzat: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2000.
- FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64. Baskı, C.H. Beck, München, 2017.
- GÜNDEL, Ahmet: *İçtihatlı - Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2022.
- JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StGB*, 13. Baskı, C.H. Beck, München, 2021.
- KINDHÄUSER, Urs / BÖSE, Martin: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 12. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- KINDHÄUSER, Urs / HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2022.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- KREY, Volker / HELLMANN, Uwe / HEINRICH, Manfred: *Strafrecht Besonderer Teil Band 2 Vermögensdelikte*, 18. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021.
- KUDLICH, Hans: “Taxifahrer - geprellt und abgezogen”, *Juristische Arbeitsblätter*, 2015, s. 32-36.
- KUNTER, Nurullah: “Kullanmak İçin Hırsızlık”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1948, Cilt 22, Sayı 9, s. 449-458.
- KÜHL, Kristian / HEGER, Martin: *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Baskı, C.H. Beck, München, 2018.
- LEIPOLD, Klaus / TSAMBIKAKIS, Michael / ZÖLLER, Mark Alexander (Hrsg.): *AnwaltKommentar StGB*, 3. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2020 (Yazar, AnwaltKommentar).
- MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred / HOYER, Andreas / MOMSEN, Carsten: *Strafrecht Besonderer Teil Teilband I*, 11. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- MITSCH, Wolfgang: “Strafbarkeit verspäteter Mietwagenrückgabe”, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2015, s. 423-427.
- NOYAN, Erdal: *Hırsızlık Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- ÖNDER, Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, C.H. Beck, München, 2019.
- SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu IV. Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- MATT, Holger / RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.): *Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020 (Yazar, Matt/Renzikowski).
- SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 23. Baskı, Verlag Rolf Schmidt, 2023.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst / ESER, Albin / BOSCH, Nikolaus / EISELE, Jörg / HECKER, Bernd / KINZIG, Jörg / PERRON, Walter / SCHITTENHELM, Ulrike / SCHUSTER, Frank / STERNBERG-LIEBEN, Detlev / WEIßER, Bettina (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Baskı, C.H. Beck, München, 2019 (Yazar, Schönke/Schröder).
- SCHRAMM, Edward: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 3. Baskı, Nomos, 2023.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ŞEN, Ersan: "Hırsızlık Suçları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, Sayı 3, s. 319-357.
- ŞENSOY, Naci: *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*, 2. Baskı, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1963.
- TAŞDEMİR, Kubilay / ÖZKEPİR, Ramazan: *Açıklamalı - İhtihatlı Hırsızlık Suçları*, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 63. Baskı, C.H. Beck, 2024 (Yazar, Online-Kommentar).
- WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas / SCHUHR, Jan C.: *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 42. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YILDIZ, Ali Kemal: "Hırsızlık", *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 5-74.



Uluslararası Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukukun Tespiti^(*)



Resolution Methods for Disputes Arising from International Professional Football Player Transfer Agreements and Determination of Applicable Law

Elif Selen BATIGÜN



Araştırma Görevlisi Doktor
Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmeleri, Ulusal-Uluslararası Transfer Ayrımı, Uluslararası Boyutlu Transfer Sözleşmeleri, Uluslararası Transfer Sözleşmeleri, Uluslararası Transfer Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Lex Sportiva.

Keywords

Professional Football Player Transfer Agreements, National-International Transfer Distinction, International Transfer Agreements, International Transfer Agreements, Law Applicable to International Transfer Agreements, Lex Sportiva.

Öz

Çalışmamız, futbol endüstrisinin önemli bir bileşeni olan profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uluslararası nitelikli uyuşmazlıklara odaklanmaktadır. Bu bağlamda, ulusal ve uluslararası transfer ayrımı temelinde, profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolları ile bu uyuşmazlıklar kapsamında uygulanacak hukukun belirlenmesi çalışmamız kapsamında ayrıntılı bir şekilde analiz edilmiştir. İncelememiz sırasında uyuşmazlık çözüm yollarının tayini açısından Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği'nin (FIFA) iç yargı organları, Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) ve Türk mahkemelerinin yargılama yetkileri ele alınmıştır. Takiben, uluslararası transfer sözleşmelerine uygulanacak hukuk, yetkili yargılama makamlarına bağlı olarak farklılık gösterebileceğinden, uygulanacak hukukun tespiti farklı olasılıklara bağlı olarak ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

Abstract

Our study focuses on international disputes arising from professional football player transfer agreements, which constitute a significant component of the football industry.

In this context, the resolution methods for disputes arising from professional football player transfer agreements analyzed on the basis of the distinction between national and international transfers and the determination of the applicable law in such disputes are examined in detail within the scope of our work. In the course of our analysis, the adjudicative authorities of the Turkish Football Federation (TFF), the internal judicial bodies of the Fédération Internationale de Football Association (FIFA), the Court of Arbitration for Sport (CAS), and Turkish courts have been addressed with respect to the resolution of disputes. Subsequently, since the law applicable to international transfer agreements may differ depending on the competent adjudicating body, the determination of the applicable law is discussed in detail according to different scenarios.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.01.2025, Kabul Tarihi: 28.05.2025.



GİRİŞ

Futbol, günümüzde yalnızca sportif bir etkinlik olmanın ötesinde, uluslararası düzeyde ekonomik, hukuki ve sosyal boyutları olan kapsamlı bir endüstridir. Profesyonel futbol alanında transfer sözleşmeleri, bu endüstrinin temel bileşenlerinden biri olarak, oyuncular ile kulüpler arasındaki hak ve yükümlülükleri belirleyen önemli hukuki araçlardır. Futbolcuların kariyerleri boyunca kulüpler arasında geçişlerini düzenleyen transfer sözleşmeleri hem ulusal hem de uluslararası düzeyde ayrıntılı düzenlemelere tabi olup, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar spor hukukunun temel inceleme alanlarından birini oluşturmaktadır. Özellikle son yıllarda uluslararası futbolcu transfer ücretlerinin futbol ekonomisindeki yeri ve futbolun globalleşmesi üzerindeki etkisi, uluslararası transfer sözleşmelerini yakından incelemeyi gerekli kılmaktadır. Keza spor endüstrisi uluslararası ticaretin %3'ünü oluşturan bir paya sahiptir. Spor endüstrisi kapsamında 2010-2011 sezonundan, 2018-2019 sezonuna kadar Avrupa'da transfer sözleşmelerinden kaynaklanan futbol gelirleri %71 artarken, yalnızca uluslararası transfer ücretleri %108,3 oranında artmıştır. Bu veri, uluslararası transferlerin futbol ekonomisindeki giderek artan ağırlığını ve uluslararası transfer piyasasının futboldaki diğer gelir kalemlerinden daha fazla büyüdüğünü göstermektedir¹.

Çalışmamızın amacı, futbol endüstrisinde önemli bir yeri olan uluslararası nitelikli profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yollarını ortaya koymak ve bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları hakkında kapsamlı bir hukuki çerçeve sunmaktır. İlk bölümde, transfer kavramına ve transfer sözleşmelerine ilişkin kavramsal ve hukuki çerçeve içerisinde bir inceleme yapılmıştır. İkinci bölümde, uluslararası profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolları ele alınarak; TFF ve FIFA'nın iç yargı organları ile Spor Tahkim Mahkemesi (*Court of Arbitration of Sport*) (CAS) ve Türk mahkemelerinin yargılama yetkileri ele alınmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise, uluslararası profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerine uygulanacak hukuk kurallarının tespitinde uyuşmazlığın ele alındığı yargılama makamına bağlı olarak farklılık gösterebilecek olasılıklar ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

I. KAVRAMSAL VE HUKUKİ ÇERÇEVE

A. Profesyonel Futbolcu Transferi Sözleşmesi Kavramı

Transfer, futbolcuların kariyerleri boyunca tek bir kulüpte oynamalarının tercih edilmemesi sonucu ortaya çıkan bir uygulamadır². Temel olarak transfer, bir futbolcunun mevcut kulübünden ayrılarak başka bir kulüple sözleşme imzalamasını ifade etmektedir. Transfer, futbolcunun sportif ya da ekonomik nedenlerle mevcut kulübünden ayrılmak istemesi, kulübün futbolcuyla sözleşmeyi devam ettirmek istememesi veya kulübün maddi zorluklar nedeniyle futbolcusunu devretme ihtiyacı duyması gibi çeşitli sebeplerle gerçekleşebilmektedir³. Terminolojik bağlamda transfer kavramı yerine kamuoyunda kimi zaman “*futbolcuların satışı*” ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir. Bu ifade, kamuoyunda geniş bir kullanım alanına sahip olmakla birlikte, bu ifade esas olarak futbolcunun transferini kastetmektedir. Zira gerçek anlamda bir insanın satışını kastetmeyen bu ifade, gerçek manada bir satışı değil, futbolcunun mevcut kulübünün, futbolcunun spor faaliyetlerini gerçekleştirmesini isteme hakkını başka bir kulübe devretmesini anlatmaktadır⁴.

¹ SUBHAN, Adam: “Football Transfer Fees: A Competitive”, *Sports Law, Policy & Diplomacy Journal*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 160; CZARNOTA, Paul A.: “FIFA Transfer Rules and Unilateral Termination Without ‘Just Cause’”, *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 4; BİÇAKÇI, Levent: “Türkiye’de ve Dünya’da Spor Hukuku, Yargısı ve Özellikleri”, (Ed.) ERKİNER, Kısmet / SOYSÜREN, Ali: *Spor Hukuku Dersleri*, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 447.

² PETEK, Hasan: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 33-34, 276.

³ ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 238-239; PETEK, s. 275-276.

⁴ ERTAŞ / PETEK, s. 295; LAWRENCE, Ian: “The Legal Context of a Player Transfer in Professional Football: A Case Study of David Beckham”, *Entertainment and Sports Law Journal*, 2016, Cilt 11, Sayı 6, s. 1-9, para. 2-6.

Futbolun kurumsal yapısı, kulüplerden başlayarak ulusal düzeyde TFF⁵ ve FIFA gibi üst kuruluşlara kadar uzanan bir hiyerarşi içinde şekillenmiştir. Profesyonel futbolcuların⁶ transferleri de bu hiyerarşik yapı içerisindeki kurallara göre düzenlenmektedir⁷. Bu bağlamda, TFF Statüsü, TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı⁸ ile FIFA Talimatı (*"FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players"*)⁹ esas alınarak transfer süreçleri kaleme alınmıştır. TFF Statüsüne göre, TFF 1923'ten beri FIFA üyesidir ve FIFA kurallarını ulusal düzeyde uygulamakla yükümlüdür. Bu kapsamda yürürlükte olan futbol transfer kuralları, futbolun yönetiminde merkezi bir öneme sahip olup, genç futbolcuların gelişiminin teşvik edilmesi ve altyapı oyuncularının korunmasını ve kulüplerle futbolcular arasındaki sözleşme istikrarının devam ettirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır¹⁰.

FIFA Talimatı'nın "*Tanımlar*" kısmında ve TFF Talimatı'nın "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinin c bendinde "*transfer*"; "*futbolcunun ilk kez profesyonel sözleşme imzalamasını, mevcut kulübünden başka bir kulüp ile sözleşme imzalamasını veya geçici olarak kulüp değiştirmesini*" kastetmek için kullanılan bir kavram olarak kendisine yer bulmuştur¹¹.

B. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

TFF Talimatı'nın "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinin i bendine göre, "*sözleşme*", "*örneği TFF tarafından hazırlanan tip profesyonel futbolcu sözleşmesini veya geçici transfer sözleşmesini*" kasteden bir ifadedir. Bu doğrultuda profesyonel futbolcu sözleşmesi, profesyonel takım kurmaya elverişli ve profesyonel futbolcuyu istihdam etmeyi talep eden kulüp ile futbol sporunu bir futbol kulübüne sözleşme ile bağlı şekilde, söz konusu sözleşmenin futbolcuya yüklediği sorumluluklar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında ifa etme arzusunda olan futbolcu arasında kurulan rızâ bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu sözleşmenin kapsamı ise verilen tanım doğrultusunda, profesyonel futbolcu istihdam etmeyi arzu eden futbol kulübü ve futbol sözleşmesel bir ilişki dahilinde ve bir ücret karşılığında oynamayı arzu eden profesyonel futbolcu arasındaki karşılıklı hak ve borçları tayin etmek şeklinde sınırlandırılmıştır. Profesyonel futbolcu sözleşmesinin bir alt grubu olan profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi ise TFF Talimatı'nda yer alan bir sözleşme türüdür¹². Bu sözleşme tipi, "*spor sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar*" başlığı altında değerlendirilen ve bir futbol kulübü ve profesyonel futbolcu arasında akdedilen sözleşmelerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹³ m. 393(1) ve 4857 sayılı İş Kanunu¹⁴ m. 2(1) uyarınca bir "*hizmet sözleşmesi*" olarak da nitelendirilen transfer sözleşmeleri, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen sözleşmeler olarak "*standart sözleşmeler*" (*"standard player's contract"*) olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Profesyonel futbolcu sözleşmesiyle

⁵ TFF Statüsü m. 1'e göre, "*TFF, futbol sporunu ulusal düzeyde yürüten ve düzenleyen tek kuruluştur ve Türkiye'yi futbol ile ilgili konularda ulusal ve uluslararası düzeyde temsil etmeye yetkilidir*". TFF Statüsü için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf> (ET: 08.01.2025).

⁶ 2018 tarihli FIFA Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferi Talimatı (*Regulations on the Status and Transfer of Players*) Art. 2'deki tanıma göre profesyonel futbolcu; "*bir kulüple yazılı sözleşme yapmış olan ve kendisine futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan futbolcudur*".

⁷ TOPUZ, Gökçen: "Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertiş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1907.

⁸ TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMAT-LAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimatı.pdf> (ET: 8.01.2025).

⁹ Çalışmamızda "*FIFA Talimatı*" şeklinde anılan 2021 tarihli *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* için bkz. https://www.icsspe.org/system/files/FIFA%20Regulations%20on%20the%20Status%20and%20Transfer%20of%20Players_0.pdf (ET: 26.01.2025).

¹⁰ CENTRE DE DROIT ET D'ÉCONOMIE DU SPORT (CDES): *The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players*, European Commission, (Limoges, January 2013), Limoges, 2013, s. 2; CZARNOTA, s. 2.

¹¹ PETEK, s. 33-34, 276; ERTAŞ / PETEK, s. 279-280.

¹² TUTAR, Ali: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Ücret*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 25-26; PETEK, s. 33-34, 276.

¹³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵ ERTEN, Rifat: *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 198; ERTAŞ / PETEK, s. 238-239; ÖZEN, Mustafa: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi (Profesyonelliğe Geçiş ve Transfer) ve Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Ulusal ve Uluslararası Çözüm Mercileri ve Yolları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 32-33; PETEK, s. 48. Profesyonel futbolcu sözleşme-

profesyonel futbolcu, sözleşme akdettiği kulüp için futbol oynamayı taahhüt etmekte ve bir iş görme borcu altına girmektedir. Dolayısıyla bu sözleşme esas olarak profesyonel futbolcunun süreklilik arz edecek şekilde iş görme edimini üstlendiği bir sözleşme olup işin görülmesi ve süreklilik sözleşmenin belirleyici unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Profesyonel futbolcunun sözleşme ilişkisiyle bağlı olduğu kulübün çatısı altında iş görme edimi çerçevesinde yaptığı futbol faaliyetleri karşılığında kulübünde futbolcuya ücret ödeme borcu altına girdiği ifade edilmektedir. Bu niteliğiyle sözleşmenin diğer belirleyici unsurları bağlılık ve ücret olup, sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olma özelliğine sahiptir¹⁶. Aynı zamanda futbolcunun mevcut kulübü ve transfer edildiği yeni kulübü arasında hukuki nitelik bakımından “*alacağın devri*”yle (TBK m. 183-194) benzerlikler taşıyan ve kendisine has özellikler taşıyan bir hukuki ilişkinin ortaya çıktığından bahsedilmektedir¹⁷. Bu çerçevede yeni ve eski kulüp arasında transfer sözleşmelerinden kaynaklı ihtilafların çıkması ihtimal dahilindedir. Uygulamada bu tür ihtilafların en yaygın konularının transfer sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin iddialar olduğu ifade edilmektedir¹⁸.

C. Sözleşmenin Uluslararası Niteliği

Doktrinde yapılan transfer türlerine ilişkin tasnifler “*uluslararası transfer*”i bir transfer türü olarak kabul etmeyi önermektedir¹⁹. Nitekim bu husus uluslararası transferleri, ulusal olanlardan ayrı düzenlemelere tabi tutma ihtiyacından doğmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan futbolun uluslararası düzeyde düzenlemelerle yönetilmesi gerekliliği, bu sporun sınırları aşan bir yapıya ve küresel etkiye sahip olmasından kaynaklanmaktadır²⁰.

Bu doğrultuda sporla ilgili uyumsuzlukların ulusal ve uluslararası olmak üzere ikili bir ayrımla incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹. Uluslararası bir transfer sözleşmesini ulusal olandan ayıran element ise “*yabancılik unsuru*” veya “*milletlerarası unsur*”²² olarak karşımıza çıkmaktadır²³. Bu çerçevede yabancılik unsuru barındırmayan transfer uyumsuzlukları ulusal; yabancılik unsuru barındıran transfer uyumsuzlukları ise “*uluslararası*” olarak nitelendirilmektedir²⁴.

Yabancılik unsuru (*foreign element*), hukuki ilişkinin dayandığı maddi olguların birden fazla ülkeyle bağlantılı olması durumunda gündeme gelmektedir²⁵. Bu çerçevede uluslararası transferlerin karakteristik özelliğini oluşturan yabancılik unsurunun hangi durumlarda gündeme geldiğini doktrindeki görüşler ve uluslararası transferleri düzenleyen sair mevzuat hükümleri ışığında incelememiz gerekmektedir.

sinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğine ve bu sözleşme türünün eser ve vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmemesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. TUTAR, s. 39. Aynı yönde bkz. Yargıtay, 10. HD, T. 24.01.1974, E. 1974/199, K. 1974/1274 (PETEK, s. 48, dn. 36). Profesyonel futbolcu sözleşmesinin hizmet sözleşmesine benzetilmesine karşın bir hizmet sözleşmesi niteliği taşımadığına ilişkin görüş için bkz. ÖZEN, s. 33-34; GENÇ, Durmuş: *Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi*, Bağırhan Yayınevi, Ankara, 1999, s. 81-82. Profesyonel futbolcu sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. PETEK, s. 48.

¹⁶ PETEK, s. 35-39.

¹⁷ ERTAŞ / PETEK, s. 296.

¹⁸ FIFA: *Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players*, 2023 (<https://digitalhub.fifa.com/m/40da0f707efdd011/original/FIFA-Commentary-on-the-FIFA-Regulations-for-the-Status-and-Transfer-of-Players-2023-edition.pdf>, ET: 05.12.2024) (Commentary), s. 265.

¹⁹ PETEK, s. 276-371; ERTEN, s. 206.

²⁰ LAWRENCE, s. 1.

²¹ ERTEN, s. 206.

²² NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 5.

²³ ÖZEN, s. 252; ERTEN, s. 206.

²⁴ ERTEN, s. 206.

²⁵ CAN, Hacı: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 43; GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 11; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 6-8; DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / İZMİRLİ, Lale Ayhan: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Savaş Kitabevi, 2024, s. 6; TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 19; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 5-11; ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 9-10.

Doktrinde bir hukuki ilişkiyi yabancı bir ülkeyle bağlantılı kılan olguların çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği ileri sürülmektedir²⁶. Sözleşmeler söz konusu olduğunda ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)²⁷ yabancılık unsuruna ilişkin bir tanımlama yapmamasının, sözleşmesel uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda diğer hukuki ilişkilerde kabul edilen yabancılık unsurunun esas alınmasını engellemeyeceği kabul edilmektedir²⁸. Bu doğrultuda konumuz özelinde transfer sözleşmesinin tarafları bakımından yabancılık unsuru, ilgililerin vatandaşlığı, yerleşim yerleri, mutad meskenlerinin yabancı olmasıyla veya sözleşmenin yapıldığı yerin yabancı bir ülke olması durumunda mümkün olabilmektedir²⁹. Bir transfer sözleşmesi söz konusu olduğunda ilgili sıfatını haiz olabilecekler, FIFA Talimatı'nın Tanımlar bölümünde “*önceki kulüp*” (“*former club*”), “*yeni kulüp*” (“*new club*”), önceki federasyon (“*former association*”) ve “*yeni federasyon*” (“*new association*”) şeklinde belirlenmiştir. Dolayısıyla Talimat, transfer terimini açıklamadan bizlere bir transfer sözleşmesinde hangi aktörler bakımından yabancılık unsuru aranacağına dair ipucu sunmaktadır. Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin bir hizmet yani iş sözleşmesi olarak kabul edildiğine ilişkin görüş uyarınca, iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun hangi durumlarda ortaya çıktığını da konumuz açısından göz önünde bulundurmanız faydalı olacaktır. Doktrinde iş sözleşmesinin taraflarının, işçinin mutad işyerinin yabancı bir ülkede olmasının, işverenin mutad meskeni, ikametgahı ya da işyerinin farklı bir ülkede olmasının yabancılık unsuru katacağı kabul edilmektedir³⁰.

Doktrinde benimsenen bir yaklaşıma göre transfer sözleşmelerine uluslararası nitelik kazandıran unsur, profesyonel futbolcuların transfer sürecinde tabi olacağı kuralları belirleyen makamlar açısından yapılan bir ayrıma göre her somut olay açısından ayrıca belirlenebilmektedir. Yani ulusal federasyonlar tarafından yürütülen ve olası bir uyuşmazlıkta ulusal federasyonların yetkili olabileceği transferler ulusal olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın uluslararası transferler, FIFA Talimatı uyarınca FIFA kurallarıyla yönetilmekte ve FIFA genellikle yalnızca uluslararası boyut taşıyan uyuşmazlıklarda yargılama yetkisini üstlenmektedir. Böylece futbolcu transfer sözleşmelerine uluslararası nitelik kazandıran unsur, transfer sürecini düzenleyen makamların ulusal veya uluslararası niteliğine göre tüm-dengelem yoluyla değerlendirilen bir perspektifle belirlenmektedir³¹.

Bu durumda esas olarak futbolcu transferlerinin ulusal veya uluslararası niteliğinin belirlenmesinde uluslararası federasyon yani FIFA düzenlemelerinin ve FIFA'nın yargılama yetkisinin kilit rolü gündeme gelmektedir. Dolayısıyla ulusal ve uluslararası transferlere yönelik yapılan ayrım, transfer sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlığın karara bağlanması ve futbolla ilgili faaliyetin düzenlenmesi sırasında önem arz etmektedir³².

Uluslararası boyutlu transfer kavramının tanımına yer veren FIFA Talimatı'nın Açıklayıcı Şerhi'nin 22. maddesinde, profesyonel futbolcularla ilgili iş ilişkisine dayalı konularda uluslararası niteliğin tayin edilmesinin karmaşıklığına değinilmektedir. İlgili maddede, “*bir kulüp ile bir futbolcu arasındaki iş ilişkisine dayalı bir uyuşmazlık, futbolcu, kulübün bulunduğu ülkenin vatandaşlığından farklı bir vatandaşlığa sahip olduğu sürece genellikle uluslararası boyut taşıyor kabul edilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu noktada milletlerarası özel hukuk standartlarından farklı olarak, belirleyici olan futbolcunun ikametgahı değil, yalnızca vatandaşlığıdır³³. Yani FIFA Talimatı Art. 22 (b) yabancılık

²⁶ GÜNGÖR, s. 11-12; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 10, 455; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 6-7; AVŞAR, Melis: *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 14-15.

²⁷ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete.

²⁸ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 11.

²⁹ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 9-12; CAN, s. 191; GÜNGÖR, s. 12.

³⁰ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 363-374. ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 455. Bu hususta ulusal-uluslararası tahkim doğrultusunda uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıran olgulara ilişkin farklı perspektiften bir inceleme için bkz. PAK, Gürkan: *Spor Uyuşmazlıklarında Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 34.

³¹ CDES, s. 20, 95; ERTEN, s. 206.

³² ERTEN, s. 206.

³³ FIFA, *Commentary*, s. 444.

unsurunu kişisel olarak profesyonel futbolcuların nezdinde aramaktadır. Bu çerçevede CAS'ın 2016 tarihli *Jhonny van Beukering v. Pelita Bandung Raya v. FIFA* kararında³⁴ FIFA Talimatı Art. 22(b)'de düzenlenen uluslararası boyutlu transfer kavramının, CAS uygulamasında da transferin tarafı olan futbolcunun vatandaşlığı veya milliyetinden hareketle belirlendiği ifade edilmektedir.

Bir transfer sözleşmesinin yabancılık unsuru içermesi halinin, FIFA Talimatı Art. 22(b)'ye göre, bir futbolcunun sözleşme akdettiği futbol kulübünün bulunduğu ülkenin vatandaşı olmaması haline³⁵ bağlı olması söz konusudur³⁶. Dolayısıyla pratik anlamda uluslararası transferlerin iki şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. İlk olarak, profesyonel olmayan yabancı bir futbolcunun bir Türk futbol kulübüyle profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi akdetmesi durumunda veya profesyonel yabancı bir futbolcunun Türkiye'deki bir futbol kulübüyle anlaşma sağlaması halinde uluslararası nitelikte bir transfer sözleşmesi gündeme gelebileceği gibi profesyonel olmayan Türk bir futbolcunun Türkiye dışındaki bir futbol kulübüyle sözleşme imzalayarak transfer olması ya da Türkiye'de faaliyet gösteren profesyonel bir Türk futbolcunun yurtdışındaki bir futbol kulübüne transfer olması halinde uluslararası nitelikte profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi ortaya çıkabilmektedir³⁷. Öte yandan, Türkiye'deki bir futbol kulübünde geçerli bir transfer sözleşmesi ile hazır bulunan yabancı bir futbolcunun sözleşmesinin sona ermesi halinde sözleşmenin yenilenmesi ya da sözleşmenin uzatılması hali uluslararası transfer olarak nitelendirilmemektedir³⁸.

FIFA Talimatı Art. 22'de uluslararası profesyonel futbolcu transferlerini konu alan bir diğer uyuşmazlık türüne (f) bendinde yer verilmiştir. Bu uyuşmazlıklar madde hükmünde “*farklı üye federasyonlara bağlı kulüpler arasında ortaya çıkan diğer uyuşmazlıklar*” şeklinde anılmaktadır. FIFA Talimatı Açıklayıcı Şerhi'nde bu uyuşmazlıkların FIFA nezdinde görülebilmesi için farklı üye federasyonlara bağlı kulüpler arasında ortaya çıkan diğer uyuşmazlıkların uluslararası futbolcu transfer sözleşmelerinin uygulanmasıyla ilgili olması gerektiğine değinilmektedir³⁹. Bu hükümden hareketle aynı federasyona bağlı kulüpler arasındaki oyuncu transferlerinin ulusal transfer niteliğini haiz olduğu ve ilgili ulusal federasyon tarafından belirlenen özel düzenlemelerle yönetileceği kabul edilmektedir. Farklı ulusal federasyonlara bağlı kulüpler arasındaki oyuncu transferleri ise futbol için FIFA'nın kurallarıyla yönetilmektedir. Bu kapsamda FIFA Talimatı Art. 22 (f) bendinde düzenlenen uyuşmazlıklarında uluslararası boyutlu transferlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁰.

II. ULUSLARARASI PROFESYONEL FUTBOLCU TRANSFER SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

A. Genel Olarak

Spor hukuku uyuşmazlıkları, ulusal veya uluslararası federasyonların iç yargı organları, genel mahkemeler veya özel tahkim mercileri gibi çeşitli mekanizmalar aracılığıyla çözüme kavuşturulabilmektedir. Nitekim günümüzde spor hukuku uygulamasında mahkemeler yerine daha çok federasyonların iç yargı mekanizmaları ve tahkim mercilerinin tercih edildiği ifade edilmektedir. Bu durum, spo-

³⁴ CAS, No: 4441: T. 2016/A, (para. 1). Bkz. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4441.pdf> (ET: 04.12.2024).

³⁵ Bir futbolcunun çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda futbolcunun hangi vatandaşlığının esas alınarak yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığına karar verilmesi ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bir futbolcunun hem sözleşme akdettiği futbol kulübünün bulunduğu ülkenin vatandaşı olması hem de başka bir ülkenin vatandaşı olabilmesi halinde yabancılık unsurunun belirlenmesi ayrıca önemli hale gelmektedir. Bu doğrultuda bir futbolcunun çifte vatandaş olduğu hallere ilişkin DRC'nin “*sportif vatandaşlık*” kıstası kapsamında değerlendirme yaptığı belirtilmektedir. Bu durumda sportif vatandaşlık kıstası, kulübe tescil anında futbolcunun hangi vatandaşlığının dikkate alındığına odaklanmaktadır. Bkz. ÖZEN, s. 253.

³⁶ ÖZEN, s. 253.

³⁷ ERTAŞ / PETEK, s. 303; ÖZEN, s. 31-32.

³⁸ ÖZEN, s. 32; PETEK, s. 318; ERTAŞ / PETEK, s. 303.

³⁹ FIFA, *Commentary*, s. 465-466.

⁴⁰ CDES, s. 20; ERTEN, s. 206; CZARNOTA, s. 5; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Profesyonel Futbolcu ile Kulüp Arasındaki Uluslararası Boyutlu Sözleşmelerin Çözümünde Yetkili Mercii ve Bu Bağlamda TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Yetkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 20, Sayı 224, s. 10.

run özel bir hukuk alanı olması, hızlı çözüm, gizlilik ihtiyacı ve uluslararası kabul gibi faktörlerle açıklanmaktadır⁴¹.

Öte yandan spor uyuşmazlıklarında ulusal ve uluslararası şeklinde yapılan ayırım, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması açısından kendisine özel bir rol temin etmektedir⁴². Bir ulusal federasyondan bir diğer ulusal federasyona yapılan profesyonel futbolcu transferlerinde akdedilen sözleşmeyle ilgili ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözülmesi, ulusal boyuttaki transferlerden daha farklı bir şekilde değerlendirilmesi gereken bir meseledir⁴³.

Bu hususta yargılama yetkisinin tayini konusunda, TFF Statüsünde yer alan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK), FIFA'nın iç yargı organları, CAS ve açısından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

B. TFF UÇK'nın Yargılama Yetkisi

Transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise TFF yargı yetkisini UÇK aracılığıyla kullanabilmektedir. Zira 5894 sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna göre⁴⁴ UÇK, birinci derece hukuk kurulu olarak belirlemiştir⁴⁵. UÇK Talimatı⁴⁶ m. 2(1) uyarınca, m. 2(2) kapsamındaki münhasır yetkili haller saklı kalmak kaydıyla, tarafların Kurul'un yetkisini kabul etmesi şartıyla, kulüpler, futbolcular, teknik direktörler ve menajerler arasındaki futbolla ilgili sözleşmesel uyuşmazlıkların Kurul tarafından incelenip karara bağlanabileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Kurul'un yargılama yetkisi ihtiyari nitelikte olup, uyuşmazlığın UÇK tarafından görülmesi, sözleşmede tahkim şartının yer alması veya uyuşmazlık anında yazılı mutabakat sağlanması şartına bağlıdır.

UÇK doktrinde “ulusal çözüm merci” olarak değerlendirilen bir yapıdır⁴⁷. Bu çerçevede yabancı unsurlu bir transfer sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın UÇK önünde çözülmesine ilişkin ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira sair mevzuatta UÇK'nın uluslararası nitelikteki bir sözleşmesel uyuşmazlıkta yetkili olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmazken, TFF Statüsü m. 63(3) uluslararası ihtilaflarda FIFA'nın yetkili olduğunu hükme almıştır. Doktrinde bu durum, UÇK'ya yabancı unsurlu transfer sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda başvurulamayacağı ve Kurul'un bu uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisine sahip olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁸. Bu görüş, uluslararası transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel mahkemelerin yanında UÇK'nın yetkili olabilmesinin TFF Statüsü m. 63(3)'de yapılacak bir değişiklik ile mümkün olabileceğini savunmaktadır⁴⁹. FIFA Talimatı'nın 22(b) maddesi uyarınca, kulübün bulunduğu ülke vatandaşlığından farklı bir vatandaşlığa sahip futbolcuyla kulüp arasında transferden doğan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, tarafların yazılı mutabakatı bulunmak ve adil yargılanma hakkı ile eşit temsil ilkesi gözetilmek kaydıyla, ulusal ve bağımsız bir tahkim merciine başvurulmasına olanak tanınmaktadır. Bu doğrultuda, TFF Statüsü'nün 63(3) maddesi, tek başına UÇK'nın veya TFF bünyesindeki diğer tahkim mercilerinin yetkisini dışlayan bir düzenleme olarak yorumlanamaz. Taraflar, özellikle adil yargılanma

⁴¹ GÜNER, Cemil: “Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 112; PAK, s. 31; ÖZKAN, Işıl / KAVLAK, Bengül: *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 20; AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 9.

⁴² ERTEN, s. 206.

⁴³ PETEK, s. 318.

⁴⁴ 16.05.2009 tarihli ve 27230 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁵ ERDOĞAN, Ersin / YEŞİLDAL, Selin: “Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakkında Bazı Düşünceler”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2023, s. 20; USLU, Ferhat: *Spor Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 35.

⁴⁶ 17.06.2019 tarihinde yürürlüğe giren UÇK Talimatı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/UÇK-Talimatı.pdf> (ET: 19.01.2025).

⁴⁷ ÖZEN, s. 189.

⁴⁸ GÜNER, s. 118.

⁴⁹ GÜNER, s. 118.

veya eşit temsil ilkelerine ilişkin kaygıların mevcut olması hâlinde, UÇK'nın yargılama yetkisini kabul etmeme yönünde irade ortaya koyabilirler⁵⁰.

Doktrinde başka bir görüş ise TFF'nin yargılama organlarının yetkisinin yer bakımından sınırlı şekilde kabul edildiğine dikkat çekmektedir. Bu durumda uyuşmazlığa taraf olanların Türkiye Cumhuriyeti'ndeki liglere bağlı şekilde faaliyet göstermeleri halinde TFF'nin ilgili organlarının yargılama yetkisinin mevcut olduğuna ilişkin bir görüş ortaya çıkmaktadır. Bu durumda doğrudan yabancılik unsurunun mevcut olması, TFF'nin yargılama yetkisini bertaraf etmemekte ve bu görüş yukarıda değindiğimiz görüşten keskin bir şekilde ayrılmaktadır. Dolayısıyla TFF Statüsü m. 63(3)'de zikredilen uluslararası transferlerle ilgili uyuşmazlıklarda FIFA'nın yetkili olacağı kuralı, farklı ülkelerin federasyonları arasında gerçekleşen transferlerde uygulanmayı amaçlamaktadır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti liglerinden birinde futbol faaliyetlerini sürdüren yabancı bir futbolcunun, mevcut kulübüyle veya yine bir Türk futbol kulübüyle akdettiği transfer sözleşmesi hakkında ortaya çıkan uyuşmazlık konusunda TFF'nin yargılama yetkisinin tanınması yerinde bir seçenek olarak kabul edilebilecektir⁵¹. Bu görüşü destekleyen 2021 tarihli bir Tahkim Kurulu kararına⁵² konu olan olayda, TFF'ye bağlı iki kulüp arasında yabancı uyruklu bir profesyonel futbolcunun transferi gerçekleştirilmiş; ancak bu transfer kapsamında ödenen bedel üzerinden dayanışma katkı payı kesilip kesilmediği hususunda taraflar arasında ihtilaf doğmuştur. UÇK ilk değerlendirmesinde futbolcunun yabancı uyruklu olmasını esas alarak uyuşmazlığın “*yabancılik unsuru*” taşıdığını belirterek, Kurul'un görev alanı dışında kaldığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Tahkim Kurulu ise tarafların UÇK'yı yetkili kılması ve kulüplerin TFF'ye bağlı yerli kulüpler olması nedeniyle, UÇK'nın yetkisizlik kararını kaldırarak yetkili olduğuna hükmetmiştir.

TFF'nin yargı yetkisini belirlerken FIFA Talimatı Art. 22 çerçevesinde bir belirleme yapılmalıdır. Bu hususta uyuşmazlığın salt yabancılik unsuru içermesi, TFF'nin yargı organlarının yetkisini kaldırmamaktadır. TFF, transfer sözleşmesinin tarafı olan futbolcu bakımından yabancılik unsurunun bulunduğu bir durumda hala yetkili kabul edilecektir. Buna karşın transfer sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının farklı ülkelerde faaliyet gösteren federasyonlara bağlı olması hali TFF'nin yargı yetkisini kaldıran bir hal olarak FIFA Talimatı Art. 22'de düzenlendiğinden ve bu düzenleme TFF nezdinde tam bağlayıcılığa sahip olduğundan, bu tür uyuşmazlıklarda TFF'nin yargı organlarının yetkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz.

TFF'nin yargılama mercilerinin yargılama yetkisi aynı zamanda ulusal-uluslararası tahkim bağlamında da incelenen bir meseledir. Bu kapsamda transfer sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın yabancılik unsuru içermesi halinin CAS'ın yetkili olmasına sebep olması söz konusudur. Fakat belirtmemiz gerekir ki bu durum esas olarak uluslararası nitelikli transfer sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda FIFA'nın yargılama yetkisine öncelik verilmesinden farklı bir hususu vurgulamamaktadır. Bu kapsamda yalnızca FIFA'nın yetkili makamlarının bir tahkim mahkemesi niteliğinde

⁵⁰ ÖZEN, s. 247; ERTEN, s. 207.

⁵¹ ÖZEN, s. 220.

⁵² TFF Tahkim Kurulu Kararının tamamı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gereceli%20Kararlari/75-Anonimle%C5%9Ftirilmi%C5%9F.pdf> (ET: 8.5.2025). Aynı yönde, UÇK'nın 02.02.2010 tarih ve E. 2009/KF/1193, K. 2010/73 sayılı kararına karşı verilen bir TFF Tahkim Kurulu kararında (E. 2010/111, K. 2010/127), TFF Kanunu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca, futbolcular ile kulüpler arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ve TFF Tahkim Kurulu'nun yetkili ve görevli olduğu ifade edilmekle beraber yabancılik unsuru içeren ihtilaflarda da bu yetki kapsamında karar verilebileceği ve bu kararlara karşı CAS'a başvuru yolunun açık olduğu ifade edilmektedir. UÇK'nın, Hacettepespor Kulübü ve futbolcu *Shaibu Yakubu* arasında “*sözleşmeden doğan futbola ilgili tüm uyuşmazlıkları bakmakla yetkili ve görevli olduğunun*” açıkça düzenlenmiş olması ve ayrıca, Tahkim Kurulu Talimatı'nın 14. maddesinin son fıkrasının dikkate alınması neticesinde TFF Tahkim Kurulu'nun yetkisinin yabancı futbolcuların taraf olduğu uyuşmazlıkları da kapsadığı anlaşılmaktadır. İlgili karar için bkz. <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=9457> (ET: 8.5.2025) TFF Tahkim Kurulu'nun 2025 tarihli ve UÇK'nın 21.11.2024 tarih ve E. 2024/655, K. 2024/688 sayılı kararına karşı itirazı konu alan kararında (E. 2025/59, K. 2025/257) ise, yabancılik unsuru taşısa dahi futbolcu *Diogo Aleksis Özçakmak* ile TFF'ye bağlı kulüp olan Şanlıurfa Spor Kulübü arasındaki sözleşmesel uyuşmazlıklarda UÇK'nın görevli ve yetkili olabileceği yönündeki TFF içtihadının sürdüğü görülmektedir. İlgili karara ulaşmak için bkz. <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=247&ftxtID=47473> (ET: 8.5.2025).

olmaması ve CAS'ın bir uluslararası tahkim merci olarak kabul edilmesi doğrultusunda yaratılan bir ayırım mevcuttur⁵³.

C. FIFA'nın İç Yargı Organlarının Yargılama Yetkisi

TFF Statüsü m. 63(3)'e göre, “ulusal ihtilaflarda TFF, uluslararası ihtilaflarda ise FIFA yetkilidir”. Ayrıca TFF Statüsü'nün 2. maddesinin (m) bendi, FIFA ve UEFA Statülerinde belirtilen yargı kurullarının yetkisini tanımayı TFF'nin amaçlarından biri olarak saymaktadır. Bu doğrultuda TFF Statüsünün açıkça düzenlediği üzere uluslararası nitelikli transfer sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilafları görme konusunda FIFA'nın yargılama yetkisinin bulunduğu ilişkin bir ön kabul doğrultusunda hareket edilmektedir. Yani esas olarak uyuşmazlığın tarafları açısından bir yabancılık unsurunun bulunması, TFF'nin ilgili organlarının yargılama yetkisini bertaraf ederek bu yetkiyi uluslararası konfederasyon olan FIFA'ya devretmektedir. Bu düzenleme, yabancı bir futbolcuyu, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu başka bir ülkenin tahkim kuruluna karşı korumayı ve olası mağduriyetlerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁵⁴.

FIFA Talimatı Art. 23 ve Art. 24 ise FIFA'nın yargılama yetkisini hangi organlar vasıtasıyla kullandığını düzenlemektedir. Uyuşmazlıkların çözümü noktasında FIFA kendisine bağlı olan “Oyuncuların Statüsü Komitesi” (“Players’ Status Committee”) (Art. 23) ve “Uyuşmazlık Çözüm Kurulunu” [“Dispute Resolution Chamber” (DRC)] (Art. 24) görevlendirmiştir⁵⁵. Uluslararası transfer sözleşmeleri açısından her iki makamında yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bu iki seçenek arasında hangi yargılama makamının yetkili olduğuna ilişkin bir ihtilafa düştüğü takdirde, Oyuncuların Statüsü Komitesi'nin başkanının bu belirsizliği gidermesi ve yetkili makamı belirlemesi gerekmektedir. [Art. 23(3)] Profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerini kapsayan konumuz özelindeki maddelerle sınırlandırdığımızda FIFA Talimatı Art. 23'e göre, Art. 22'de zikredilen (f) bendinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmeye Oyuncuların Statüsü Komitesi yetkilidir. Buna göre, “farklı ülkelerin futbol federasyonlarına bağlı taraflar arasında gerçekleşen transfer sözleşmelerinden” kaynaklanan ihtilaflarda Oyuncuların Statüsü Komitesi'ni yetkili kılmıştır. DRC ise Art. 22'de zikredilen diğer hallerde yetkiyi haizdir. Bu çerçevede uluslararası nitelik taşıyan ancak transfer sözleşmesinin taraflarının farklı federasyonlara bağlı olmadığı bir uyuşmazlık durumunda, yetkili organ DRC olacaktır. Ancak, uyuşmazlık, farklı ülkelerin federasyonlarına bağlı taraflar arasındaki bir transfer sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, bu durumda yetkili organ Oyuncuların Statüsü Komitesi olacaktır.

FIFA Talimatı Art. 22, FIFA'nın yargı yetkisine sahip olduğu konuları altı başlık halinde kategorize etmektedir. Nitekim bu konu başlıkları arasında yalnızca (b) ve (f) bendinde yer alan transferler profesyonel futbolcu sözleşmelerinin konusunu oluşturmaktadır. Buna göre FIFA, uluslararası boyuta sahip iş ilişkilerine yönelik ihtilaflarda [Art. 22(b)] ve farklı federasyonlara bağlı kulüpler arasında diğer ihtilaflarda [Art. 22(f)] yargılama yetkisini haiz kılınmıştır.

Art. 22 (b) uyarınca bir uyuşmazlıkta DRC'nin yetkili olabilmesi ikinci olarak uyuşmazlığın iş ilişkisiyle ilgili olmasına bağlı kılınmıştır. FIFA Talimatı Açıklayıcı Şerhi'ne göre genel olarak, bir uyuşmazlığın kaynağı bir oyuncu ile kulübü arasındaki sözleşmesel iş ilişkisi olduğunda, yani ilgili iş sözleşmesinin taraflar arasındaki talebin hukuki temeli olarak rol temin etmesi durumunda, bu uyuşmazlığın, Art. 22(b) kapsamında “iş ilişkisiyle ilgili” olduğu kabul edilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla Art 22(b) uyarınca, futbolcu ve kulüp arasında akdedilen transfer sözleşmesinin mevcudiyeti ya da geçerliliği konusunda FIFA'nın yetkili organları olan Oyuncuların Statüsü Komitesi veya DRC uyuşmazlıkları görecekler. Uyuşmazlığın yalnızca iş ilişkisi kapsamında olması halinde Oyuncuların Statüsü Ko-

⁵³ Ulusal-uluslararası tahkim ayrımı hakkında ayrıca bkz. AKINCI, s. 73-75; PAK, s. 34; ÖZKAN / KAVLAK, s. 50.

⁵⁴ ÖZEN, s. 220-221.

⁵⁵ ÖZEN, s. 251.

⁵⁶ FIFA, *Commentary*, s. 460.

mitesi veya DRC nezdinde görülmesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan, sigorta ilişkilerinden, futbolcunun kulüpte oynadığı süre boyunca çalınan veya zarar gören mallarının tazmininden, yetiştirmeyi konu alan sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Oyuncuların Statüsü Komitesi veya DRC'nin görevli olmaması anlamına gelmektedir⁵⁷. Bu kapsamda futbolcuların imaj haklarının iş ilişkisi dahilinde değerlendirilip değerlendirilmediği hususu tartışmalıdır. Zira prensip olarak bir futbolcu ile kulüp arasındaki imaj hakları sözleşmesiyle ilgili uyuşmazlıklar, iş ilişkisiyle ilgili kabul edilmekte ve bu nedenle FIFA'nın bu tür uyuşmazlıkları inceleme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁸. Ancak, FIFA Talimatı Şerhi'ne göre, kulüp ile oyuncu arasındaki ilişkinin özel koşulları, imaj hakları sözleşmesinin oyuncunun iş ilişkisine ilişkin koşulları tamamlamak amacıyla yapıldığını, yani gerçekten oyuncunun imaj haklarını düzenleyen bağımsız bir sözleşme değil de bir tamamlayıcı sözleşme olduğunu gösteriyorsa, bu durumda imaj hakları sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaf, iş ilişkisiyle ilgili bir uyuşmazlık olarak değerlendirilebilir⁵⁹.

FIFA Talimatı Art. 22, FIFA'nın yargılama yetkisinin yer bakımından uygulama alanını belirleyen bir düzenlemeye yer vermektedir. Bunun yanında FIFA Tüzüğü⁶⁰ Art. 61(2), "*FIFA düzenlemelerinde açıkça izin verilmediği sürece, genel mahkemelere başvurmak yasaktır.*" şeklinde bir hüküm içermektedir. Nitekim FIFA Talimatı Art. 22'nin ilk cümlesinde transfer sözleşmelerine ilişkin FIFA'nın yetki alanına giren uyuşmazlıklarda genel mahkemelere başvuru hakkı saklı tutularak, FIFA'nın yargılama yetkisinin düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenleme, herhangi bir oyuncu veya kulübün iş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar için genel bir mahkemeye başvurma hakkına zarar vermeden, belirli konularda FIFA'nın yetkili olduğunu ifade etmektedir⁶¹. Doktrinde bu hüküm gereği genel mahkemelerin yani bir Türk mahkemesinin veya yabancı bir ülke mahkemesinin yetkili olabilmesinin, tarafların uyuşmazlığın çözümü için yaptıkları ayrı bir yetki sözleşmesi veya sözleşmeye eklenecek ayrı bir madde ile mümkün olabileceği savunulmaktadır⁶². Dolayısıyla hüküm, FIFA'nın yargılama yetkisini sınırlayan bir ifade içermektedir.

FIFA'nın uyuşmazlık çözüm sistemi esas olarak, futbol camiasındaki taraflara sözleşmesel ve düzenleyici uyuşmazlıkları çözmek için genel mahkemelere başvurmadan etkili araçlar sunmayı amaçlamaktadır. Bu hususa rağmen kulüpler ve futbolcular arasındaki uluslararası boyut taşıyan iş ilişkisine dayalı uyuşmazlıkların tarafları, bu tür iş ilişkisine dayalı uyuşmazlıkları genel mahkemelere götürme seçeneğine sahip kılınmıştır. FIFA Talimatının Açıklayıcı Şerhi'nde de belirtildiği üzere Art. 22'nin giriş bölümü, Avrupa Komisyonu'nun gereklilikleri doğrultusunda ve bazı yargı bölgelerinde geçerli olan anayasal haklara saygı göstermek amacıyla dahil edilmiştir⁶³. Bu çerçevede FIFA Açıklayıcı Şerhi'nin "*Genel Mahkemelerle İlişki*" başlıklı bölümünde Art. 22'de düzenlenen uluslararası boyutlu transferlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların taraflarının "*açıkça*" genel bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde bu yetkilendirmenin geçerli olacağı ifade edilmektedir⁶⁴. Konuya ilişkin 2021 tarihli bir DRC kararında⁶⁵, transfer sözleşmesinde, sözleşmeyle bağlantılı her türlü uyuşmazlığın yalnızca Ankara Mahkemeleri ve İcra Daireleri tarafından ele alınacağını öngörüldüğünden davalının FIFA'nın

⁵⁷ ÖZEN, s. 251.

⁵⁸ Bu yönde bkz. ÖZEN, s. 251. Aynı yönde DRC, No: REF FPSD-6112, T. 04.08.2022 kararı için bkz. <https://www.sennferrero.com/wp-content/uploads/2022/10/Santana.pdf> (ET: 06.12.2024).

⁵⁹ FIFA, *Commentary*, s. 460.

⁶⁰ Çalışmamızda FIFA Tüzüğü olarak kısalttığımız, "*FIFA Statutes Regulations Governing the Application of the Statutes Standing Orders of the Congress*"'in (Kongre İç Tüzüğü'nün Uygulanmasını Yöneten FIFA Tüzüğü Düzenlemeleri) İngilizce tam metni için bkz. <https://digitalhub.fifa.com/m/5eb2b45e547ff39f/original/ndfxogwkoukoe4dm3uk0-pdf.pdf> (ET: 25.11.2024).

⁶¹ ÖZEN, s. 241.

⁶² ÖZEN, s. 248-249.

⁶³ FIFA, *Commentary*, s. 443.

⁶⁴ FIFA, *Commentary*, s. 446.

⁶⁵ DRC, No: REF FPSD-2702, T. 14.10.2021. Kararın tamamı için bkz. <https://digitalhub.fifa.com/m/5d5a05d67ad177f6/original/Johansson.pdf> (ET: 05.12.2024).

yetkisine itiraz etmesi sonucunda DRC, tarafların transfer sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların Ankara mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi olduğuna hükmetmiştir⁶⁶.

FIFA Talimatı Açıklayıcı Şerhi'nde ise Art. 22'nin ilk cümlesinde yer alan ifadenin yalnızca DRC'nin yetkisine ilişkin olabileceği belirtilmektedir. Yani DRC'nin yargı yetkisinin bazı hallerde kalktığına işaret edilmektedir. Bu çerçevede Oyuncuların Statüsü Komitesinin incelemeye yetkili olduğu konularda yargı yetkisinin münhasır yetki niteliği kazandığı görülmektedir. Yani farklı ülkelerin federasyonlarına bağlı taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözümünde yetki, tarafların yetki sözleşmesi ile genel mahkemeleri yetkili kılması halinde dahi Oyuncuların Statüsü Komitesine aittir. 2020 tarihli bir Oyuncuların Statüsü Komitesi kararında, kulüpler arasındaki uluslararası transfer uyuşmazlıklarının genel mahkemelere götürülmesine izin verilmediği, bu yetkinin yalnızca iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu ve bu nedenle transfer sözleşmeleriyle ilgili uluslararası kulüp uyuşmazlıklarının FIFA Tüzüğü'nün 59 (2) maddesi uyarınca FIFA tarafından çözümleneceği belirtilmiştir⁶⁷.

Öte yandan FIFA Talimatı Art. 22 (b) DRC'nin yargılama yetkisinden feragat edebileceği bir hale yer vermektedir. Hüküm tarafların, uyuşmazlığın ulusal düzeyde kurulmuş, bağımsız bir tahkim mahkemesi tarafından karara bağlanmasını yazılı olarak açıkça tercih ettiği durumlarda FIFA'nın yargılama yetkisinin bertaraf edilebileceğini açıkça düzenlenmektedir. Bu çerçevede DRC'nin yargılama yetkisinden söz edebilmemiz için uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklanması ve yabancılık unsuru barındırması yeterli görülmemekte; futbolcu ve kulüp arasında yapılan transfer sözleşmesinden kaynaklanacak bir uyuşmazlıkta ulusal bağımsız bir tahkim mahkemesinin yetkili olduğunun ayrıca kararlaştırılmamış olması gerekmektedir⁶⁸. Bu hususta tarafların ulusal bir tahkim mahkemesini yetkilendirmek istedikleri takdirde, DRC'nin yetkisine olan itirazlarını FIFA sürecinde ileri sürmeleri gerekmektedir⁶⁹. Bu çerçevede FIFA'nın yetkisinden vazgeçmesi için ulusal bağımsız tahkim mahkemesinin 20 Aralık 2005 tarihli 1010 no.lu FIFA Genelgesi'nde belirtilen asgari standartları taşımasını beklemektedir. Bu çerçevede ulusal tahkim mahkemesi, adil yargılanma hakkını temin etmeli ve oyuncular ile kulüplerin eşit temsili ilkesine uygun hareket etmelidir. Bu şekilde hüküm, özel bir tahkim mahkemesinin kararlaştırılmış olması halinde hala DRC'nin yetkili olabileceği bir hale yer vermektedir⁷⁰.

Bu kapsamda FIFA Talimatı Açıklayıcı Şerhi'nde ulusal tahkim mahkemesinin her iki şartı da yerine getirmediği hallerde, verilen kararın FIFA tarafından tanınmayacağı ifade edilmektedir. Genelge no. 1010⁷¹'da yer alan gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığının ve dolayısıyla FIFA'nın belirli bir ulusal uyuşmazlık çözüm organını meşru bir bağımsız tahkim kurulu olarak kabul etmeye hazır olup olmadığının değerlendirilmesi soyut bir şekilde yapılmamaktadır. İlgili ulusal uyuşmazlık çözüm organının yapısı ve işlevi, yalnızca FIFA'ya getirilen belirli bir iş ilişkisiyle ilgili uyuşmazlık bağlamında vaka bazında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, FIFA'nın yetkisine itiraz eden tarafın, ulusal organın Genelge no. 1010'da öngörülen bu gereklilikleri gerçekten karşıladığını ispat etmesi gerekmektedir⁷².

⁶⁶ FIFA, *Commentary*, s. 447. Aynı yönde, DRC, No: REF FPSD-4976, T. 08.06.2022. Kararın tamamı için bkz. https://digitalhub.fifa.com/m/5657dfe7754e613c/original/Bordon_08062022.pdf (ET: 05.12.2024).

⁶⁷ FIFA, *Commentary*, s. 449.

⁶⁸ ÖZEN, s. 254; FIFA, *Commentary*, s. 450.

⁶⁹ FIFA, *Commentary*, s. 450.

⁷⁰ ÖZEN, s. 256; FIFA: *Explanatory Notes on the New Regulatory Framework for National Dispute Resolution Chambers*, 2024 (<https://www.sennferrero.com/wp-content/uploads/2024/04/Explanatory-notes-on-the-new-regulatory-framework-for-NDRCs.pdf>, ET: 19.01.2025), s. 2.

⁷¹ “Genelge no. 1010” şeklinde bahsettiğimiz “Circular no. 1010”da yer alan minimum standartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. FIFA, *Commentary*, s. 452.

⁷² FIFA, *Commentary*, s. 452 Ayrıca bkz. DRC, No: REF FPSD-4437, T. 04.08.2022, para. 32. Kararın tamamı için bkz. https://digitalhub.fifa.com/m/700716280af8a049/original/Velic_04082022.pdf (ET: 07.12.2024).

Genelge no. 1010'ya göre adil yargılanma hakkı; tarafların yargılamaya katılma, görüşlerini ifade etme, delil sunma ve bir temsilci aracılığıyla temsil edilme haklarını kapsamaktadır. FIFA Talimatı Şerhi'nde ise adil yargılanma hakkının; taraflara kendi durumlarını sunma, ilgili dosyaları (özellikle karşı taraflarca sunulan dilekçeleri) inceleme ve karşı tarafın iddia ve taleplerine yanıt verme fırsatı kapsamında değerlendirildiğine değinilmektedir. Buna göre, taraflara “*çekişmeli yargı hakkının tanınması*” da adil yargılanma hakkının kapsamında yer almaktadır. Aynı zamanda adil yargılanma hakkı çerçevesinde ulusal tahkim mahkemesinin taraflara eşit muamele göstermeyi temin etmesi de zaruridir. Dolayısıyla ilgili ulusal tahkim mahkemesinin temel usul hukuku ilkelerine saygı göstermesi bağlamında DRC, ulusal tahkim mahkemesinin Genelge no. 1010'daki standartları minimum düzeyde taşıyıp taşımadığına karar vererek yetkisinden feragat edebilmektedir⁷³.

Genelge no. 1010'da yer alan ikinci standart niteliğindeki oyuncular ile kulüplerin eşit temsili ilkesi ise, “*tahkim mahkemesinin taraflara eşit bir şekilde davranılmasını güvence altına alması, taraflara karşı benzer hususların her zaman aynı şekilde ele alınması*” şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁴. FIFA Talimatı Şerhi'nde eşit temsil ilkesinin sağlanması amacıyla tahkim mahkemelerinin üyelerinin seçimine ilişkin belirli standartlara⁷⁵ yer verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda FIFA Talimatı Şerhi'nde, oyuncular ve kulüplerin eşit temsili ilkesinin, herhangi bir ulusal uyuşmazlık çözüm organı için temel bir gereklilik olduğu ifade edilmiştir. Bu hususu sağlamak adına ulusal tahkim mahkemesinin, eşit sayıda kulüp ve oyuncu temsilcisinden ve bağımsız bir başkandan oluşması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶. Buna karşın, TFF'nin bünyesindeki ulusal tahkim mahkemelerinin üyelerinin atama usulüyle belirlenmesinden dolayı bu tahkim mahkemeleri nezdinde görülen bir yargılamada eşit temsil ilkesinin temin edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu husus, FIFA düzenlemelerinin TFF bakımından bağlayıcılığı nedeniyle uluslararası nitelikli bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta FIFA nezdinde bulunan DRC'nin yetkili olmasına neden olacaktır⁷⁷. Bu görüşü destekleyen 2021 tarihli bir CAS kararında⁷⁸, Hırvatistan Futbol Federasyonu'nun (HNS) tahkim mahkemesinin Genelge no. 1010'un koşullarını yerine getirip getirmediği incelenmiştir. Yapılan değerlendirmede, HNS Başkanı ve Başkan Yardımcısının HNS Yürütme Komitesi tarafından atanması ve oyuncular ile kulüplerin en az beş kişilik bir liste üzerinden karşılıklı mutabakatla seçim yapmamış olması nedeniyle HNS'nin eşit temsil ilkesine uymadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, HNS'nin ilgili davayı FIFA yerine ele alma yetkisi olmadığı tespit edilmiştir⁷⁹. Benzer bir CAS kararında⁸⁰, CAS'ın, tarafların sözleşmede belirttiği Katar Spor Tahkim Mahkemesi'nin DRC yerine davayı inceleme yetkisine sahip olup olmadığını belirlemek için Genelge no. 1010'da belirtilen kriterleri değerlendirdiği belirtilmektedir. Tek hakem, DRC'nin 2022 tarihli Platero kararını⁸¹ doğrulamış ve özellikle tahkim kurulu listesinin hazırlanmasında oyuncu ve kulüp temsilcilerine yer verilmemesi nedeniyle, Katar Spor Tahkim Mahkemesi'nin yetkili olmadığı sonucuna varmıştır. Benzer şekilde, 2022 yılında Katar Spor Tahkim Mahkemesi'ne ilişkin bir davada, DRC, oyuncular ve kulüplerin hakem listesinin hazırlanması üzerinde eşit etkiye sahip olduklarını kesin olarak ve güvenle tespit edemediği sonucuna vararak, davada yetkili olduğunu kabul etmiştir⁸².

⁷³ FIFA, *Commentary*, s. 455.

⁷⁴ AİHM, *Ali Rıza ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 30226/10, T. 20.01.2020, § 136 (HUDOC).

⁷⁵ FIFA Ulusal UÇK Standart Düzenlemeleri (*FIFA National Dispute Resolution Chamber Standard Regulations*) için bkz. <https://digitalhub.fifa.com/m/2021f639165fb13e/original/National-Dispute-Resolution-Chamber-Recognition-Principles-February-2024.pdf> (ET: 07.12.2024)

⁷⁶ FIFA, *Commentary*, s. 453.

⁷⁷ ÖZEN, s. 247; ERTEN, s. 207.

⁷⁸ CAS, No: 7800, T. 2021/A. Kararın tamamı için bkz. <https://www.sennferrero.com/wp-content/uploads/2022/07/CAS-2021-A-7800-NK-Inter-Zapresic-v.-Borislav-Aleksandrov-Tsonev-FIFA.pdf> (ET: 07.12.2024)

⁷⁹ FIFA, *Commentary*, s. 454.

⁸⁰ CAS, No: 7927, T. 2021/A. Kararın tamamı için bkz. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/6921,%207297.pdf> (ET: 20.01.2025)

⁸¹ DRC kararı için bkz. https://digitalhub.fifa.com/m/77f40d574fef8b33/original/Platero_07072022.pdf (ET: 20.01.2025).

⁸² FIFA, *Commentary*, s. 455.

D. CAS'ın Yargılama Yetkisi

Türk hukuku bakımından CAS'⁸³ın ne zaman yetkili olabildiğine ilişkin sair düzenlemeler mevcuttur. Buna göre TFF Statüsü'nün 13. maddesinin e bendinde yer alan hükme göre, TFF'nin yükümlülükleri arasında “uluslararası uyuşmazlıklarda FIFA ve UEFA statülerinin ilgili hükümlerinde belirtildiği şekilde (İsviçre) Lozan'daki Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS/TAS) yetkili olacağını kabul etmek” bulunmaktadır. FIFA Tüzüğü m. 59(1) uyarınca, FIFA ile üyeleri ve futbolun ilgili aktörleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, merkezi İsviçre Lozan'da bulunan bağımsız Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) yetkili kabul edilmektedir.

CAS, hem olağan tahkim usulü (“ordinary arbitration division”) hem de temyiz yargılama usulü ile karar veren bir yapıdır⁸⁴. Bu doğrultuda CAS'ın olağan usul ve temyiz yargılama merci olarak yargı yetkisine sahip olabilmesi ayrı ayrı incelenmelidir.

Uluslararası nitelikli transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda TFF'nin yetkili yargılama makamı olan UÇK'nın münhasır yetkisinin bulunmadığını belirtmiştik. Bu çerçevede UÇK'nın münhasır yetkili olarak kabul edilmediği sözleşmesel bir uyuşmazlıkta tarafların irade serbestisine öncelik verilerek CAS'ın olağan tahkim usulüyle uyuşmazlığı görebilmesi mümkündür⁸⁵.

DRC'nin yetkisi karşısında CAS'ın yargılama yetkisinin tesis edilmesine ilişkin DRC kararları ise, tarafların FIFA'nın yetkisinden feragat ederek anlaşmazlıklarını doğrudan CAS tarafından çözüme kavuşturmayı seçebileceklerini kabul etmektedir. Bu şekilde DRC'nin yargılama yetkisini CAS'ın olağan tahkim yargılamasına havale etmesi söz konusu olabilmektedir⁸⁶.

CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu⁸⁷ R39'da CAS'ın yetkisine bir tarafın itiraz etmesi hali düzenlenmiştir. Bu durumda Tahkim Ofisinin veya hakem heyetinin kurulması halinde heyetin taraflardan itiraza ilişkin yazılı görüş istemesi söz konusu olacaktır. Bu çerçevede hakem heyeti kendi yetkisini tayin etmek adına karar verecektir.

Nitekim CAS'ın temyiz mahkemesi olarak yetkili olabilmesi hali, TFF'nin makamlarından alınan kararlar ve DRC kararlarının temyizi açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Zira Anayasamızın 59. maddesinin 2. fıkrası, “tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.” hükmünü amirdir. Bu hüküm, UÇK'yı yetkili kabul ederek başvuru yapan tarafların bir üst yargılama merci olarak TFF Tahkim Kuruluna başvurmaları halinde bu kararın kesin nitelik kazanmasını sağlamaktadır⁸⁸. Ayrıca TFF Statüsü m. 64(1)'de, TFF'nin bağımsız ve usulüne uygun olarak oluşturduğu Tahkim Kurulu tarafından alınan kararlar aleyhindeki itirazlara CAS'ın bakamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda CAS'ın temyiz tahkim mahkemesi olarak yetkili olmasının önünde bariz bir engel bulunduğu görülmektedir.

Öte yandan DRC'nin vermiş olduğu bir kararın temyiz mahkemesi olarak CAS'ta itiraz yoluna götürülebilmesi mümkündür. Bu husus, TFF statüsü m. 64(1)'de “FIFA ve UEFA Statüleri uyarınca, kesin ve bağlayıcı bir FIFA veya UEFA kararına yönelik tüm itirazlar İsviçre Lozan'da bulunan Spor Tahkim Mahkemesi (CAS/TAS) tarafından ele alınır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸³ CAS'ın yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERBEYİN, Necip Fazıl: “CAS Temyiz Yargılamasında Uygulanacak Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2024, Sayı 57, s. 327-328; ERTEN, s. 233.

⁸⁴ PAK, s. 77-95.

⁸⁵ PAK, s. 83.

⁸⁶ FIFA, *Commentary*, s. 449. Bkz. DRC, No: REF FPSD-6314, T. 04.08.2022 (https://digitalhub.fifa.com/m/2a825c13c4b9c9ca/original/Gonen-ES_04082022.pdf, ET: 22.12.2024); CZARNOTA, s. 6.

⁸⁷ Çalışmamızda “CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu” şeklinde anılan “Code of Sports-related Arbitration”ın İngilizce tam metni için bkz. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019_en_.pdf (ET: 10.01.2025).

⁸⁸ PAK, s. 83.

CAS'ın temyiz mahkemesi olarak yargılama yetkisinin tesis edilmesine ilişkin CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R47 uyarınca CAS'a temyiz başvurusu yapılabilmesi, ilgili kuruluşun kurallarında bu yetkinin öngörülmüş ve iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına bağlıdır; ilk derece kararlarına itiraz ise, ancak açık bir düzenlemenin mevcut olması halinde mümkündür.

CAS'ın milletlerarası yetkisinden bahsettiğimizden, CAS'ın merkezinin İsviçre'de bulunması sebebiyle *lex arbitri*'nin kapsamını tahkim yeri hukuku tayin edecektir. *Lex arbitri* ve *lex loci arbitri*'nin aynı olduğu bu durumda, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA)⁸⁹ ve CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu'nun düzenlemelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. PILA Art. 176(1)'e göre, Kanunun "*Milletlerarası Tahkim*" başlığını taşıyan 12. Kısımındaki düzenlemeler; taraflardan birinin ikametgahının, mutad meskeninin ya da yerleşim yerinin İsviçre olmaması durumunda, İsviçre'nin tahkim yeri olarak belirlenmiş olması halinde uygulama alanı bulacaktır⁹⁰. Bu doğrultuda Kanunun 12. Kısımında düzenlenen "*Yargılama Yetkisi*" başlıklı Art. 186(1) ve CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R55(4) uyarınca, hakem heyetinin tahkim yargılaması konusunda yetkili olup olmadığına *kompetenz kompetez* prensibi uyarınca heyetin kendisi karar verecektir⁹¹. Bu doğrultuda CAS'ın *FC Barcelona v. UEFA* kararında⁹² CAS ilk olarak UEFA Tüzüğü Art. 62(1) uyarınca ardından CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R47'ye göre kendi yargılama yetkisini tesis ettiği görülmektedir⁹³.

E. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancı unsurlu transfer sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi Türk mahkemelerinin; TFF ve FIFA'nın iç yargı organlarının veya CAS'ın karşısındaki yetkisiyle birlikte ele alınması gereken bir meseledir. Zira Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde hem iç hukuk hem de uluslararası spor tahkim organlarının yetkileri dikkate alınmalıdır. Taraflar, TFF bünyesindeki UÇK'nın yetkisini kabul etmeyi tercih etmeme hakkını haizdir. Bu husus, Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesine ihtimal vermektedir⁹⁴. Bu durumda genel mahkemelerde bir dava açılması söz konusu olduğunda tarafların UÇK'nın yetkili olduğuna dair bir itiraz ileri sürmeleri halinde bu itirazın dinlenmeyeceği ifade edilmektedir⁹⁵. Aynı zamanda FIFA Talimatı Art. 22 uyarınca FIFA iç yargı organı olan DRC'nin karşısında genel mahkemelerin yetkisinin kabul edilebilmesi de söz konusudur.

Türk mahkemelerinin uluslararası transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardaki yetkisinden bahsettiğimiz için, esas olarak uluslararası tahkim (örneğin, CAS tarafından) ile çözülmesi gereken bir ihtilafın Türk mahkemelerinde başvuruya konu olması hali üstünde de durulmalıdır. Bu durumda davalı tarafın tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi halinde mahkeme, *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığını tespit etmelidir. Nitekim mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliği sonucunda "*derinlemesine*" bir incelemede bulunamaz. Zira bu şekilde bir inceleme *kompetenz kompetenz* prensibine aykırı olacaktır. Bu durumda mahkemenin 1958 tarihli New

⁸⁹ Çalışmamızda "*İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*" şeklinde anılan "*Federal Act on Private International Law*" (PILA) İngilizce tam metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (ET: 19.01.2025).

⁹⁰ ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 61; ULUSOY BALTACI, Melis: *Uluslararası Nitelikli Spor Uyuşmazlıklarının CAS Tahkim Kuralları Yoluyla Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 69; CZARNOTA, s. 6; HUYSAL, Burak: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 351; ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, 55-96.

⁹¹ ULUSOY BALTACI, s. 69-70; TAKAVUT, İbrahim Doğan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 59.

⁹² CAS, No: 10310, T. 2024/A. Bkz. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/10310_Award_FINAL_for_publication.pdf (ET: 03.12.2024).

⁹³ CAS, No: 10310, T. 2024/A, para. 59-61.

⁹⁴ GÜNER, s. 116-118. Bu yönde, Yargıtay, 13. HD, T. 15.05.2017, E. 2015/40706, K. 2017/6006; Yargıtay, 13. HD, T. 26.05.2016, E. 2015/8764, K. 2015/16930; Yargıtay, 13. HD, T. 01.02.2016, E. 2014/31086, K. 2016/2263 (ÖZEN, s. 194-195).

⁹⁵ GÜNER, s. 118-119. Bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 03.03.2015, E. 2014/13032, K. 2015/6518 (ÖZEN, s. 198).

York Sözleşmesi m. 2(3) uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilmesi söz konusudur. Bu doğrultuda mahkeme, tahkim anlaşmasının “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız*” olduğuna kanaat getirirse, yetkisini uluslararası tahkime bırakacaktır⁹⁶.

Değinilmesi gereken bir başka mesele ise yetki itirazının ileri sürülmediği hallerde yetkisiz bir Türk mahkemesinde dava açılması halinde hâkimin bu durumu resen dikkate alıp almayacağıdır. Yetki itirazı, HMK m. 116 (1) uyarınca hükme alınmış bir ilk itiraz olarak karşımıza çıkmaktadır. Profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri bakımından kesin yetki halinin halihazırda mevcut olmaması, yetki itirazının bir ilk itiraz şeklinde cevap dilekçesinde ileri sürülmesini gerekli kılmaktadır. Bu durumda sadece yetki itirazında bulunulması yeterli olmamakta, yetki itirazında bulunan tarafın, yetkili mahkemeyi bizzat göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda HMK m. 19(1) uyarınca hâkimin resen dikkate alması gereken bir mesele bulunmamakta ve davalının HMK m. 117(1)’de hükme aldığı süre dahilinde yani en geç cevap dilekçesiyle birlikte yetki itirazında bulunmaması, davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale gelmesine neden olmaktadır. Bu durumda konumuz özelinde yabancı unsurlu bir transfer sözleşmesine ilişkin davanın, yetkisiz olmasına rağmen Türk mahkemelerinde açılması ve buna karşın yetki itirazında bulunulmaması durumunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin mevcut olabileceği bir durumun gündeme geldiğini görmekteyiz. Doktrinde böylesine bir durumun tarafların örtülü bir iradeyle yetki anlaşması olarak etki gösteren bir tür anlaşma yapmalarını ifade ettiği savunulmaktadır⁹⁷.

Uluslararası transfer sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık bir Türk mahkemesinin önüne geldiğinde mahkemenin milletlerarası yetkisini nasıl tayin edeceği ise bir başka önemli husustur. Milletlerarası yetki konusu devletlerin iç hukukları tarafından belirlendiğinden, Türk hukukundaki milletlerarası yetkiyi düzenleyen kurallara göre tayin edilecektir⁹⁸. Yani MÖHUK m. 40’ta da açıkça düzenlendiği üzere Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer bakımından yetki kurallarıyla belirlenmektedir. Uluslararası transfer sözleşmeleri söz konusu olduğunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel bir yetki kuralının bulunmadığı görülmektedir. Böylelikle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edilmesi bakımından iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarından hareket edilerek yetki tayin edilmelidir. Bu doğrultuda HMK m. 10 ve genel yetki kuralına ilişkin hükümler olan m. 6 ve m. 9’un dikkate alınması gerekmektedir. HMK m. 10, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesini yetkili kabul etmektedir. Genel yetki kuralını düzenleyen HMK m. 6’da ise davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmaktadır. HMK m. 9 uyarınca davalının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması halinde genel yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmektedir⁹⁹.

Diğer taraftan profesyonel futbolcu transferi sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi veya iş sözleşmesi olarak kabul eden görüşü de bu noktada dikkate almamız yerinde olacaktır¹⁰⁰. Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin “*iş sözleşmesi niteliği göstermesi durumu*”, MÖHUK m. 44’ün uygulanmasını gündeme getirmektedir¹⁰¹.

MÖHUK m. 44’ün düzenlediği kural açıkça işçi ve işverene karşı açılan davalarda yetkili mahkemeyi ayırmaktadır. Yani MÖHUK m. 44 uygulandığında işçiye yönelik açılan davalarda yalnızca

⁹⁶ ÖZEN, s. 217; AKINCI, s. 451; NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 91.

⁹⁷ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 536; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 605; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 53; AVŞAR, s. 62. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, Zeynep: “Brüksel I bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 651.

⁹⁸ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 554; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 39-40, 49; AVŞAR, s. 12.

⁹⁹ GÜNER, s. 119-120; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 58-59; ÇELİKEL / ERDEM, s. 573 vd.

¹⁰⁰ ERTEN, s. 227. Yabancı unsurlu futbol menajerliği sözleşmesi bakımından aynı yönde çıkarım için bkz. GÜNER, s. 120.

¹⁰¹ NOMER, s. 482; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 590; GÜNER, s. 120.

işçinin mutad işyeri mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. MÖHUK'un anılan düzenlemesi, işçinin mutad işyerinin Türkiye'de bulunması üzerine kurgulandığından, mutad işyerinin yabancı bir ülkede olması halinde düzenlemeye göre Türkiye'de dava açılabilmesi ihtimal dahilinde olmayacaktır. İşverene karşı açılan davalarda ise iki ayrı mahkemenin yetkilendirildiği görülmektedir. Buna göre MÖHUK m. 44, mutad işyeri mahkemesinin yanında işverenin yerleşim yeri ve mutad meskeni mahkemesini¹⁰² de yetkili kabul etmektedir¹⁰³.

Öte yandan Türk mahkemelerinin bir yetki sözleşmesi ile HMK m. 17 ve m. 18 uyarınca yetkili kabul edilmesi de mümkün olabilmektedir. Bu durum yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda tarafların iradelerinin bir Türk mahkemesini yetkilendirmeye yönelik olması durumunda ortaya çıkabilmektedir. Bu doğrultuda MÖHUK m. 40'tan hareketle, HMK m. 17 ve m. 18'in uygulanması mümkün olabilmektedir. Nitekim HMK m. 17, yetki sözleşmesinin yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceğini açıkça hükme almaktadır. Dolayısıyla profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri açısından HMK m. 17'deki şart gündeme gelmediğinden Türk mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınması ihtimal dahilinde değildir. Buna karşın tarafların MÖHUK m. 47'ye göre yabancı bir devlet mahkemesini yetki sözleşmesi ile yetkili kılabilmesi pek tabi mümkün gözükmemektedir¹⁰⁴. Diğer taraftan profesyonel futbolcu sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olarak niteliği taşıması halinde, MÖHUK m. 44 uyarınca tayin edilen yer mahkemesinin yetkisinin bir yetki sözleşmesiyle kaldırılması MÖHUK m. 47(2)'ye göre mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda Türkiye'de bir davanın açılması söz konusu olduğunda davalının yetki sözleşmesine dayanarak yaptığı yetki itirazının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu durumda davanın MÖHUK m. 44 uyarınca tayin edilen Türk mahkemesinde görüleceği belirtilmektedir¹⁰⁵. Bu durumda yetki sözleşmesi yapılabilsede iş sözleşmelerine ilişkin zorunlu yetki kurallarının bulunmasının bu durumu sınırlandırabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁶.

III. ULUSLARARASI PROFESYONEL FUTBOLCU TRANSFER SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Uygulanacak hukukun tespitinde bir uyuşmazlığın hangi hukuk sisteminin kurallarına bağlı olarak çözüldüğü önem arz eden bir meseledir¹⁰⁷. Uluslararası nitelikli profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tayin edilmesinde ise “*lex sportiva*” teriminin öne çıktığı görülmektedir. Nitekim uluslararası bir futbolcu transfer sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümünde, uyuşmazlığın hangi yargı merciinin önüne getirildiğine bağlı olarak uygulanacak hukuk da değişiklik arz edebilmekte ve bu durum öncelikle *lex sportiva* kavramının incelenmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında ilk olarak *lex sportiva*'nın uygulanacak hukukun tespitindeki rolüne ve takiben uluslararası nitelikli profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın TFF'nin ve FIFA'nın yargılama organları, CAS ve Türk mahkemeleri önünde görülmesi halinde hangi hukukun uygulanabileceğine değinilecektir.

¹⁰² Bu düzenleme esas olarak işçinin aleyhine açılacak davalarda zayıf statüde olduğu kabul edilen işçiyi koruma amacı taşımaktadır. Bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 522.

¹⁰³ NOMER, s. 482; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 621-623; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 68-69; ÇELİKEL / ERDEM, s. 643.

¹⁰⁴ NOMER, s. 100 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 536; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 600; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 71-72.

¹⁰⁵ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 624; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 521-523.

¹⁰⁶ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 521-523.

¹⁰⁷ AKINCI, s. 301-308; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 33; NOMER, s. 105; TEKİNALP, s. 19-21; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 210; CAN, s. 198-199; AYGÜN, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı (Temmuz), s. 1047.

B. *Lex Sportiva*'nın Uygulanacak Hukukun Tespitindeki Rolü

Lex sportiva veya spor hukuku, kendine has, *sui generis* yapıdaki bir hukuk rejimini ifade etmektedir. *Lex sportiva*, doktrinde “*tanım sorunu*” taşıyan bir kavram olarak ifade edilmekle birlikte genel olarak uluslararası düzeyde yetkili makamların belirli spor dalları için belirlediği maddi hukuk kurallarının tümünü ifade etmek için kullanılan bir terim haline gelmiştir. Nitekim *lex sportiva*, futbolun küresel ölçekte önemli bir sektör haline gelmesiyle birlikte, bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklara evrensel nitelikte bir hukukun uygulanması ihtiyacından doğmuş özel bir hukuk rejimini anlatmaktadır¹⁰⁸.

Futbol alanında *lex sportiva*'ya uluslararası federasyon veya konfederasyon tarafından kaleme alınan, statü, tüzük, talimatlar ve yargı kararları kaynak teşkil etmektedir. Hiç şüphesiz futbol alanında *lex sportiva*'nın bu denli geniş kapsamlı ve etkili bir hukuk rejimi sunması FIFA ve UEFA kuralları ve CAS kararlarının sayesindedir¹⁰⁹. Nitekim ulusal futbol federasyonlarının ihdas ettikleri mevzuatların ve bu federasyonların yetkili yargılama makamlarının uygulamalarının FIFA ve UEFA kuralları ve CAS kararlarına uygun bir şekilde yeknesak hale getirilmesi söz konusudur. Bundan dolayı *lex sportiva*, sporda sınır ötesi geçerlilik taşıyan, küresel ölçekte bağlayıcı ve bütünlüştürmüş bir yapı oluşturmaktadır¹¹⁰.

Lex sportiva'nın uygulanacak hukukun tespitindeki rolünde, onu şekillendiren kaynaklar kilit rol oynamaktadır. Bu noktada *lex sportiva*'nın üstlendiği en önemli rol, futbolcuların taraf oldukları aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin farklı hukukların uygulanmasını önlemek ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçmek olduğu ifade edilmektedir¹¹¹.

Uyuşmazlığın çözümünde *lex sportiva*'nın uygulanacak hukukun belirlenmesindeki rolü, uyuşmazlığın çözüldüğü yargılama makamına göre değişiklik arz etmektedir. Nitekim FIFA organlarının, CAS'ın veya bu yapılarla entegre olan ulusal mercilerin yargı yetkisini tanıyan taraflar bakımından, uyuşmazlık konusuna uygulanacak hukuk çoğu zaman *lex sportiva* kapsamında yer alan normatif kurallardan ibaret olmaktadır¹¹². Ancak ulusal mahkemeler açısından, *lex sportiva*'nın uygulanacak hukuku belirleyici rolü sınırlı olmakla birlikte bu husus, ayrıca ele alınması gereken müstakil bir tartışma alanını işaret etmektedir¹¹³.

C. Uyuşmazlığın TFF ve FIFA'nın Yargılama Organlarının Önünde Görülmesi Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

TFF Talimatı m. 11(7) uyarınca, “uluslararası transferlerde FIFA düzenlemeleri esas alınır.”. FIFA Talimatı Art. 1, söz konusu kuralların kapsamını ortaya koymaktadır. Buna göre, FIFA Talima-

¹⁰⁸ TUTAR, s. 25-26; ULUSOY BALTACI, s. 33; GÜRTEN, Kadir / ERENEL, Ege: “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, s. 296; VALERO, Alfonso: “In search of a working notion of lex sportiva”, *The International Sports Law Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 3; FOSTER, Ken: “Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence”, *Entertainment and Sports Law Journal*, 2005, Cilt 3, Sayı 2, s. 1; DUVAL, Antoine: “Transnational Sports Law: The Living Lex Sportiva”, (Ed.) ZUMBANSEN, Peer: *Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 1; de OLIVEIRA, Leonardo V. P.: “Lex Sportiva as the Contractual Governing Law”, *International Sports Law Journal*, 2017, Cilt 17, s. 101-102; VIEWEG, Klaus / STASCHIK, Paul: “The Lex Sportiva: The Phenomenon and Its Meaning in the International Sporting Arena”, (Ed.) VIEWEG, Klaus: *Lex Sportiva*, Cilt 42, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 17-58; LINDHOLM, Johan: *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, T.M. C. Asser Press, The Hague, 2019, s. 7-8; PAK, s. 27.

¹⁰⁹ CASINI, Lorenzo: “The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport”, *German Law Journal*, 2011, Cilt 12, Sayı 5, s. 1327; de OLIVEIRA, s. 113; VIEWEG, s. 10; ULUSOY BALTACI, s. 37; GÜRTEN / ERENEL, s. 304; PAK, s. 27-30.

¹¹⁰ GÜRTEN / ERENEL, s. 298-299; SERRA, Maria Francesca: “Lex Sportiva: Present and Future Perspectives”, *International Sports Law Review Pandektis*, 2020, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 131.

¹¹¹ PAK, s. 27.

¹¹² GÜRTEN / ERENEL, s. 301-304; DUVAL, s. 2-8.

¹¹³ Bu doğrultuda Türk mahkemelerinde uyuşmazlığın görülmesi halinde, *lex sportiva*'nın belirleyici rolü; hukuk seçimi ve kamu düzeni müdahalesi bakımından III.E.2. “MÖHUK m. 24 Kapsamında Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti” ve III.E.4. “Tespit Edilen Yabancı Hukukun Uygulanmadığı Haller” başlıkları altında incelenmiştir.

tı'nın ilgili düzenlemeleri; “oyuncuların statüleri, organize futbol etkinliklerine katılma uygunlukları ve farklı federasyonlara ait kulüpler arasında transferleri konusunda küresel ve bağlayıcı nitelikteki kurallardır”. Dolayısıyla uluslararası transferler söz konusu olduğunda söz konusu transferlerde uygulanacak kurallar ve transfer işlemlerinin şekli konusunda FIFA Talimatı'nın ilgili hükümleri dikkate alınacaktır¹¹⁴. FIFA Talimatı Art. 19(4)'te de açıkça belirtildiği üzere, ulusal ve uluslararası anlamda farklı kuralların transfer sürecine uygulanması söz konusu olmaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla ulusal ve uluslararası spor uyuşmazlıklarını birbirinden ayırmak, bu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuku tayin etmek adına da önemli hale gelen bir meseledir¹¹⁶.

Bu hususta TFF ve FIFA arasında aslında organik bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu ilişkinin somut bir kanıtı niteliğindeki 5894 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. Fıkrasının c bendinde ifade edildiği üzere TFF'nin görevleri arasında FIFA'nın yetkili organları tarafından hükme alınan düzenlemeleri gereken şekilde uygulamak bulunmaktadır. Aynı zamanda aynı madde hükmünün f bendi gereğince TFF, FIFA tarafından verilen kararların uygulanmasını sağlamakla da mükelleftir. Bunun yanında TFF ile FIFA arasındaki bağlantı, iki makamın çalışma usul ve esaslarının birbirine uygun olmasıyla da güçlendirilmektedir. Zira Kanunun 3. maddesinde TFF tarafından hükme alınan talimatların FIFA kurallarına uygun olarak kaleme alınması gerektiği düzenlenmiştir. Öte yandan 5894 sayılı Kanun her ne kadar TFF'nin uluslararası faaliyetlerine yönelik düzenlemeler içerse de bu düzenlemelerin FIFA nezdinde bağlayıcılığının bulunmadığı¹¹⁷ ifade edilmektedir. Nitekim TFF, FIFA düzenlemelerini uygulamak konusunda kanuni bir zorunluluk içindedir¹¹⁸. TFF içinde bulunduğu bu kanuni zorunluluğu FIFA kurallarının Türkiye'de gerektiği gibi uygulanmasını temin etmek üzere talimatlar hazırlayarak yerine getirmektedir¹¹⁹. FIFA düzenlemelerinin bu noktada kendisine kilit bir rol tesis etmesinin temel sebebi ise FIFA'nın hukuki anlamda ulusal üye federasyonlara inisiyatif tanımaması ve ulusal federasyonların ülkelerindeki futbol faaliyetlerine ilişkin herhangi bir denetimde bulunmadan bu faaliyetleri yönetmeleri gerektiğine yönelik bir düşünceye sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus, futbolun globalleşen dünyada kendi hukuk kuralları doğrultusunda yönetilen bir yapı sergilediğini göstermektedir¹²⁰.

D. Uyuşmazlığın CAS Önünde Görülmesi Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

FIFA Tüzüğü Art. 59(2), CAS nezdinde görülen uyuşmazlığın hangi hukuka tabi olarak çözüme kavuşturulacağını açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, “Tahkim yargılamasında yargılama sürecine CAS Sporla İlgili Tahkim Kodunun¹²¹ hükümleri uygulanacaktır. CAS, öncelikle FIFA'nın çeşitli düzenlemelerini ve tamamlayıcı olarak İsviçre hukukunu uygulayacaktır.” Düzenlemenin ilk cümlesi, yargılama sürecine uygulanacak hukuku yani tahkim yargılamasında usule uygulanacak hukuku CAS Sporla İlgili Tahkim Kodunun ilgili hükümleri olarak tayin etmektedir. Düzenlemenin ikinci cümlesi ise uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleme amacı taşımaktadır. Buna göre CAS, öncelikle FIFA'nın çeşitli düzenlemelerini ve tamamlayıcı nitelikte İsviçre hukukunun ilgili kanunlar ihtilafı düzenlemelerini uygulayacaktır. FIFA Tüzüğünde anılan ve esasa uygulanacak hukuk konusunda tamamlayıcı niteliği haiz PILA Kanunu Art. 187(1), “hakem heyeti, uyuşmazlığı tarafların seçeceği hukuk kurallarına göre veya böyle bir seçimin olmaması halinde, davayla en yakın bağlantılı olan

¹¹⁴ ERTAŞ / PETEK, s. 303; CZARNOTA, s. 2.

¹¹⁵ CDES, s. 95.

¹¹⁶ ERTEN, s. 206; ULUSOY BALTACI, s. 10, 32.

¹¹⁷ Bu hususta FIFA kurallarının, *lex sportiva*'nın kapsamında kabul edilerek, yerel hukuk sistemlerinin düzenlemeleri ve makamların aldığı kararların bağlayıcılığını kabul etmeme eğilimi taşıyabileceğine ilişkin bkz. GÜRTEN / ERENEL, s. 295.

¹¹⁸ TUTAR, s. 23-25.

¹¹⁹ TUTAR, s. 26.

¹²⁰ TUTAR, s. 26.

¹²¹ “Code of Sports-related Arbitration (Sporla İlgili Tahkim Kodu)” İngilizce tam metnine ulaşmak için bkz. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019_en_.pdf (ET: 25.11.2024).

hukuk kurallarına göre çözecektir.” hükmünü amirdir. Bu düzenleme, önceliği tarafların hukuk seçimine vermekte; eğer taraflar bir hukuk belirlemesi yapmamışsa, uyuşmazlıkla en yakın bağlantıya sahip olan yer hukukunun uygulanacağı esasını benimsemektedir¹²².

Öte yandan FIFA Tüzüğü’nün atıf yaptığı CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R58’in tahkim heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı hukuku (*lex causae*) tayin eden bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verdiği görülmektedir¹²³. Bu düzenlemeye göre,

“heyet, uyuşmazlığı yürürlükteki düzenlemelere göre ve tamamlayıcı olarak taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre çözecektir. Eğer taraflar böyle bir seçimde bulunmamışsa, itiraz edilen kararı veren federasyon, dernek veya sporla ilgili kuruluşun yerleşik olduğu ülkenin hukukuna veya Heyetin uygun gördüğü hukuk kurallarına göre karar verecektir. Son durumda, Heyet kararının gerekçelerini sunmak zorundadır.”.

Bu bağlamda, tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi için, FIFA Tüzüğü Art. 59(2) ile CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R58’in birlikte değerlendirilmesi ve bu hükümler ışığında uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.

Zira düzenlemeler birbirini tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Nitekim her iki düzenlemede uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin ilk basamakta yürürlükteki düzenlemelere öncelik tanımaktadır. Bu durumda FIFA’nın tesis ettiği kararlar için FIFA düzenlemelerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Her iki düzenlemede tarafların seçtikleri hukuk tamamlayıcı nitelikte kabul edilmektedir. Hukuk seçiminin yapılmamış olması hali ise yine tamamlayıcı nitelikte bir kural olarak her iki düzenlemede ayrıca düzenlenmiştir. PILA Art. 187(1), esnek ve bağlam odaklı bir yaklaşımla uyuşmazlıkla “*en sıkı bağlantılı hukuk*” esas alınarak karar verilmesini öngörmektedir. CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. R58’de aynı doğrultuda en sıkı bağlantılı hukukun bulunmasını amaçlayan bir düzenlemeye yer vermektedir. Nitekim CAS Sporla İlgili Tahkim Kodu Art. 59(2) uygulanacak hukukun tayinine ilişkin daha ayrıntılı bir yol haritası sunmaktadır. Şöyle ki hüküm öncelikle, federasyon veya sporla ilgili kuruluşun yerleşik olduğu ülkenin hukukunu işaret etmekte, sonraki basamakta ise hakem heyetinin takdir yetkisi uyarınca uygun gördüğü hukukun uygulanacağını düzenlemektedir.

E. Uyuşmazlığın Türk Mahkemeleri Önünde Görülmesi Halinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Genel Olarak Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması

MÖHUK uyarınca profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağını gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. MÖHUK’un sözleşmelerle ilgili uygulanacak hukuku tayin ettiği hükümleri ise MÖHUK m. 24 ila m. 33 arasında düzenlenmiştir.

2. MÖHUK m. 24 Kapsamında Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK m. 24, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel bir kural ihtiva etmektedir. MÖHUK m. 24’ün ilk fıkrası taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku açık veya örtülü şekilde seçme imkânı tanıyarak, sözleşmeler sistemindeki çeşitliliği, esnekliği ve hakkaniyeti sağlamayı amaçlamıştır. MÖHUK m. 24(1) taraflara ilk basamakta tabi olacakları hukuku irade serbestisi kapsamında, sübjektif metodu esas alarak tayin etme kuvveti bahşetmektedir¹²⁴.

¹²² ERBEYİN, s. 332.

¹²³ ERBEYİN, s. 332; TEKİNALP, s. 42.

¹²⁴ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 333-334; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, Sayı 1-2 (Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti), s. 29; TEKİNALP, s. 304; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM

Açık hukuk seçimi, tarafların belirli bir hukuku seçme yönündeki iradelerini yoruma kapalı ve anlaşılır biçimde beyan etmiş olmalarını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu seçim, sözleşmenin genel hükümleriyle birlikte veya sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren ayrı ve özel bir hükümle yapılmaktadır¹²⁵. Futbolcu transfer sözleşmeleri gibi sık sık farklı devlet hukuklarıyla temas eden sözleşmelerde, açık hukuk seçiminin yapılması hukuki öngörülebilirlik ve olası uyuşmazlıklarda çözüm sürecinin hızlandırılması açısından büyük önem taşımaktadır¹²⁶.

Örtülü hukuk seçimi ise tarafların hukuk seçimi yaptıklarını açıkça beyan etmedikleri fakat tarafların belirli bir hukuk sistemini seçme iradesinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya konduğu hâllerde, bu durumun da açık hukuk seçimi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁷. Nitekim örtülü bir iradenin tespitine ilişkin karmaşık bir değerlendirme süreci ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, taraflar arasında yetki sözleşmesiyle belirli bir mahkemenin veya tahkim yerinin öngörülmesi, sözleşmede belirli bir ülkeye özgü hukukî terimlerin ya da genel işlem koşullarının yer alması, önceki benzer sözleşmelerde açık hukuk seçiminin bulunması gibi emareler, hâkimin örtülü iradeyi yorumlamasında dikkate alılabileceği unsurlar arasında yer almaktadır. Yargılama sürecinde tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını belirli bir hukuk sistemine dayandırmaları da örtülü hukuk seçimine delil teşkil edebilmektedir. Örtülü hukuk seçimine ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken diğer faktörler arasında; sözleşmenin kurulduğu ülke, tarafların uyrukluğ ve yerleşim yerleri, sözleşmeye konu edimin ifa yeri ve ödemenin yapılacağı para birimi gibi unsurlar yer almaktadır. Örneğin, bir Türk kulübü ile Fransız bir futbolcu arasında imzalanan ve tarafların açık hukuk seçimi yapmadığı bir transfer sözleşmesinde, sözleşmede Fransız hukukuna özgü terimlerin kullanılması, ödeme para biriminin Avro olarak belirlenmesi, tahkim yerinin Paris olarak gösterilmesi ve önceki sözleşmelerde Fransız hukukunun uygulanmış olması gibi unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, Türk mahkemesi tarafından söz konusu ilişkide Fransız hukukunun örtülü olarak seçildiği sonucuna varılması olağan gözükmemektedir. Ancak bu tür objektif bağlar, tek başına taraf iradesi hakkında kesin sonuca varılmasına olanak tanımamaktadır. Daha çok, bu göstergeler topluca değerlendirildiğinde bir irade bütünlüğünün ortaya konulabilmesi söz konusu olabilmektedir¹²⁸.

Seçilen hukuk ve esas sözleşme arasında bir bağlantının mevcut olması gerekmemektedir¹²⁹.

Taraflarca seçilen hukuk Türk hukuku veya yabancı bir hukuk olabilmektedir¹³⁰. Bunun yanında uluslararası nitelik taşıyan futbolcu transfer sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa “hiçbir milli hukuk sistemine ait olmayan kural veya prensip” niteliğindeki *lex sportiva*’nın uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. *Lex sportiva*’nın kapsamının CAS kararları ve FIFA’nın ihdas ettiği düzenlemeler olduğuna ilişkin ön kabul doğrultusunda, bu kuralların bir devlet hukuku niteliğini haiz olmadıkları açıktır. Bu nedenle *lex sportiva*’nın MÖHUK m. 24(1) kapsamında hukuk seçimi

/ KARACA, s. 403-414; CAN, s. 508-511; GÜNGÖR, s. 173; Hukuk seçiminin sınırları hakkında ayrıca bkz. CAN, s. 511; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 428-429; TEKİNALP, s. 279; ÇELİKEL / ERDEM, s. 384.

¹²⁵ NOMER, s. 326; MURTAZ, Gözde: “Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m. 24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 3, Sayı 1, s. 160-161. Böylesi bir hukuk seçimini düzenleyen hükmün içeriğinin ya da neleri kapsadığının yeterli açıklık taşıması durumu söz konusu olduğunda, maddenin yorumunda *lex fori*’ye başvurulması gerekmektedir. Bkz. NOMER, s. 326.

¹²⁶ ARSLAN, İlyas: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2023, Cilt 33, Sayı 2, s. 24, dn. 86.

¹²⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 43; NOMER, s. 236-328; ARSLAN, s. 8-9; BAYATA CANYAŞ, F. Aslı: “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 110-121; GÜNER, s. 135.

¹²⁸ NOMER, s. 328; ARSLAN, s. 8-14; BAYATA CANYAŞ, s. 112-114; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 43-45; AYDOĞDU, Gamze: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 2, s. 611; MURTAZ, s. 162.

¹²⁹ CAN, s. 511.

¹³⁰ NORMER, s. 323.

sayılamayacağı, profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri bakımından bu kuralların yalnızca *incorporation* yani sözleşmeye entegre edilmiş özel şartlar olarak işlev görebileceği ifade edilmektedir¹³¹.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları haline ise MÖHUK m. 24(4)'te ikinci basamakta yer verilmiştir. Hükme göre, “*tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.*”

En sıkı ilişkili hukuk, uyuşmazlık konusu sözleşme ilişkisi ve çeşitli hukuk sistemleri arasındaki bağlantıların birlikte düşünülmesiyle tespit edilebilmektedir. Bu hususta bağlantının ağırlığı yani somut olay açısından önemi nazara alınarak en sıkı ilişkili hukukun bulunması milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması için önem arz etmektedir. Bu itibarla bağlamada en iyi sonuca ulaşılması hedeflenmektedir. Dolayısıyla en uygun bağlantı noktasıyla sözleşmenin sosyoekonomik açıdan öneme sahip olduğu hukuk sisteminin dikkate alınması gerekmektedir. Konumuz açısından, profesyonel futbolcu sözleşmesinin hazırlandığı yer, ifa edildiği yer, futbolcunun yerleşim yeri ya da mutad meskeni, futbol kulübünün merkez devleti gibi bağlantı noktalarını takip ederek en sıkı bağlantılı olarak kabul edilebilecek hukuk tespit edilebilmektedir. Bu doğrultuda davayı gören hâkimin, somut olay bakımından önemli olan bağlantı noktalarının bütünü tartarak en sıkı bağlantılı hukuku takdir yetkisi (TMK m. 4) uyarınca tayin etmesi söz konusudur¹³². Pek tabi hâkimin takdir yetkisinin kilit rol oynadığı söz konusu hüküm, özellikle milletlerarası sahada tabi olunan bir hukuk kuralından elde edilmek istenen öngörülebilirliği, açıklığı ve kesinliği temin etmemekte ve *lex fori*'nin uygulanmasına ilişkin dayanılmaz bir eğilime neden olabilecektir¹³³. Bu hususta milletlerarası özel hukuk ve maddi hukuk adaleti bakımından amaca uygun olmayan bir hukuki sonucun gündeme gelmesi söz konusu olabileceğinden “*lex forist*” bir uygulamadan kaçınılması en doğru çözüm olarak değerlendirilmektedir¹³⁴.

Nitekim söz konusu pozitif düzenlemenin hükme aldığı bağlama kuralı özelliğine sahip düzenlemeler açısından belirliliğin sağlandığı nokta ise karinenin “*karakteristik edim*” ve “*karakteristik edim borçlusu*”na odaklanarak en sıkı bağlantılı hukuku tespit etmesidir¹³⁵. Bu noktada profesyonel futbolcu sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik tartışmaların önem kazanması söz konusu olmakta ve karakteristik ediminde bu tartışmalar doğrultusunda belirlenmesi önemli hale gelmektedir. Sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, en genel şekilde karakteristik edimin para borcunun karşısındaki borç olarak belirlenmesine neden olmaktadır. Zira bu edim, “*sözleşmeye hukuki özelliğini veren*” edim şeklinde açıklanmaktadır. Bu hususta futbol kulübünün borcu, “*futbolcunun iş görme faaliyetinin karşılığı*” olarak kabul edildiğinden, karakteristik edim futbolcunun gördüğü iş olarak kabul edilmektedir¹³⁶.

Aynı sonuca ulaşacağımız bir yaklaşım ise, iş görme borcunu başlangıç noktası olarak kabul edersek, iş görenin ediminin yani futbolcunun iş görme borcunun sözleşmenin karakteristik edimi olarak kabul edilmesi gerektiğini önermektedir¹³⁷. Bu noktada karakteristik edimin ve karakteristik edim borçlusunun tespitinin ardından karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni veya

¹³¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 32-33; OBA, Meltem Ece: “Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Sayı 129, s. 309. Bu doğrultuda *lex sportiva*'nın uygulanabilirliği, uyuşmazlığın görüldüğü ülkeye ve yetkili hukuka bağlı olarak değişebilir. Türk mahkemeleri önünde görülen bir davada, *lex sportiva*, yalnızca yetkili hukuk sisteminin emredici hükümleriyle çelişmediği sürece dikkate alınabilir. Bu itibarla, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, yetkili hukukun sınırları içinde kalmak koşuluyla *lex sportiva*'nın uygulanmasının önünde hukuki bir engel bulunmadığını ileri süren görüşümüz yerinde olacaktır. Bkz. GÜNER, s. 129.

¹³² ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 426; GÜNGÖR, s. 55, 179; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 413; ÇELİKEL / ERDEM, s. 397.

¹³³ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 426; TEKİNALP, s. 43.

¹³⁴ GÜNGÖR, s. 197; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 386.

¹³⁵ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 427; GÜNGÖR, s. 179; ARSLAN, s. 35.

¹³⁶ NOMER, s. 335; ÖZEN, s. 48-54; ÖZEL, Sibel: “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 22, Sayı 2, s. 580.

¹³⁷ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 429; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 355.

işyeri hukuku, bunların bulunmaması halinde ise yerleşim yeri hukukunun bizi en sıkı bağlantılı hukuka ulaştırması söz konusu olmaktadır¹³⁸. MÖHUK m. 24(4)'ün son cümlesi ise bir istisna kuralına yer vererek, *“hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması”* halini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye, en sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından *“karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun”* en sıkı ilişkili hukuk olduğuna yönelik karinenin yani varsayımın gerçekleşmemesi yani karinenin aksinin kanıtlanması veya geçerliliğini kaybetmesi durumunda gidilmektedir¹³⁹. Bu durumda belirlenme ihtiyacı hasıl gelen *“daha sıkı ilişkili hukuk”* yani *“objektif bağlamada istisna kuralı”* veya *“kaçınma kuralı”*, hukuki ilişkinin mahiyeti ve çıkar dengesi dikkate alınarak belirlenmelidir¹⁴⁰. Bu durumda yabancı unsurlu profesyonel futbolcu sözleşmelerinde daha sıkı bağlantılı hukukun tespiti, sözleşmenin içeriği, tarafların özellikleri ve edimin ifa edileceği yer gibi unsurlar dikkate alınarak yapılır¹⁴¹. Doktrinde bu düzenlemenin esneklik temin etmesinin ve kesin olmayan nitelik taşımasının *“somut olay adaletini”* sağlama işlevi taşıdığından bahsedilmektedir¹⁴². Nitekim doktrinde mutad mesken ya da işyerinin bulunduğu yerin sözleşmeyle sıkı bir bağlantı tesis etmesi halinde yeni bağlantıların üretilmesinin sakıncalarına değinilmektedir. Bu hususta doktrinin sahip olduğu esas endişe objektif kuralın bir istisnaya dönüşmesi boyutunda ortaya çıkmaktadır. Zira hükmün objektifliği, hükümden beklenen amacın öngörülebilirlik ve kesinlik olmasından dolayı söz konusu endişenin haklı olduğuna katılmaktayız¹⁴³.

3. MÖHUK m. 27 Kapsamında Uygulanacak Hukukun Tespiti

Uygulanacak hukukun tespit edilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinin bir hizmet sözleşmesi yani iş sözleşmesi olarak vasıflandırıldığına dair görüştür. Zira profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinin hukuki niteliğinin doktrinde tartışmalı olması, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesine ilişkin çok yönlü bir değerlendirmeye neden olmaktadır. Bu değerlendirme ise esas olarak uyuşmazlık konusunun vasıflandırılmasına yönelik farklılıktan kaynaklanmaktadır¹⁴⁴. Bu itibarla profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinin iş sözleşmesi olarak vasıflandırılması, MÖHUK m. 24'ün dışında başka bir kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasının söz konusu olup olmadığı sorusunu karşımıza çıkarmaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki profesyonel futbolcu sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi, bu sözleşme türünün düzenlendiği maddi hukuk sistemi uyarınca değil, somut olayın unsurlarına göre belirlenmelidir. Çünkü hâkimin önüne gelen uyuşmazlık konusunu vasıflandırırken hukuki ilişkinin bağlı olduğu maddi hukuk sistemiyle uyum sağlama çabası bazı durumlarda milletlerarası özel hukuk adaletini görmezden gelmesine sebep olabilir. Bu durumda uluslararası nitelikli profesyonel futbolcu transferi sözleşmesi, uyuşmazlık konusunu değerlendiren hâkim tarafından bir iş sözleşmesi olarak da vasıflandırılabilir. MÖHUK, yabancılık unsuru barındıran iş sözleşmelerini özel bir hükümle yani MÖHUK m. 27 ile düzenlemeyi tercih etmiştir¹⁴⁵.

MÖHUK m. 27'nin bu noktada dikkate alınması, MÖHUK m. 24'ün iş sözleşmeleri açısından yetersiz görülmesi ve MÖHUK m. 27'nin Roma Sözleşmesi ve Tüzüğü ile modern milletlerarası özel hukuku anlayışıyla daha fazla örtüşen nitelikte olması bakımından önem taşımaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla bu durumda MÖHUK m. 24 yerine, *lex specialis* bir hüküm olan MÖHUK m. 27'nin dikkate alınmasının milletlerarası özel hukuk adaleti bakımından daha yerinde olduğuna ilişkin bakış açısından yola

¹³⁸ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 435; TEKİNALP, s. 330.

¹³⁹ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 435; GÜNGÖR, s. 184; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 351-357; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 411.

¹⁴⁰ TEKİNALP, s. 286; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 437-438; CAN, s. 525.

¹⁴¹ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 437-438; GÜNGÖR, s. 179.

¹⁴² CAN, s. 525; GÜNGÖR, s. 179.

¹⁴³ ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 437-438.

¹⁴⁴ “Vasıflandırma” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, s. 31; CAN, s. 201-202; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 86-87.

¹⁴⁵ NOMER, s. 347; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 454-455; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 371; CAN, s. 533; TEKİNALP, s. 330; ÇELİKEL / ERDEM, s. 429.

¹⁴⁶ ÇELİKEL / ERDEM, s. 436.

çıkılmaktadır. Bu çerçevede profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olarak vasıflandırılması halinde sözleşmenin tarafları açısından işçi ve işveren sıfatlarına kimlerin sahip olacağı-
nın belirlenmesi *lex fori* uyarınca belirlenecektir¹⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi kararıyla¹⁴⁸ iptal edilen MÖHUK m. 27(1)'e göre, iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, işçinin mutad işyerinin bulunduğu yer hukukunun (*lex loci laboris*) emredici hukuk kural-
ları kapsamında temin edilen asgari koruma saklı kalmak üzere tarafların hukuk seçimine öncelik ve-
rilmesi hükme alınmıştır¹⁴⁹. Hukuk seçimine imkân tanıyan ve mutad işyeri hukukunun emredici hü-
kümüne göre sağlanan asgari korumanın yeterli olduğunu kabul eden MÖHUK m. 27(1) hükmü,
işçinin gerçek anlamda korunmasına yeterli düzeyde katkı sağlamadığı, işçinin zayıf taraf olarak daha
kapsamlı bir korumaya ihtiyaç duyduğu ve bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın çalışma hakkı ile
sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle iptal edilmiştir.

MÖHUK m. 27(1) hükmünde yer verilen hukuk seçimi mutlak bir serbesti içermemekte ve futbolcu-
nun mutad işyerinin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerince sağlanan asgari korumanın saklı
tutulması koşuluna bağlı tutulmaktadır. Bu bağlamda, futbolcuya işçi statüsü tanınarak yapılan sözleşme-
lerde, taraflarca seçilen yabancı hukuk sisteminin hükümleri, ancak futbolcunun mutad işyeri hukuku tara-
fından öngörülen koruyucu düzenlemelerden daha az elverişli olmamak kaydıyla geçerli sayılmaktadır.
Dolayısıyla, tarafların seçtiği hukukun futbolcu lehine daha güçlü koruma sağlaması hâlinde, bu seçime
hukukun itibar edilmektedir. Aksine, seçilen yabancı hukuk, örneğin; tazminat, ücret, fesih veya sosyal
güvenlik hakları bakımından futbolcunun mutad işyerine göre daha zayıf koruma sunuyorsa, tarafların
hukuk seçimi geçersiz sayılmakta ve uyuşmazlığa objektif bağlama kuralı çerçevesinde, futbolcunun mutad
işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanmaktadır. Böylece mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hü-
kümeleri, taraf iradesiyle belirlenen hukukun geçerliliği açısından alt sınır işlevi görmektedir.

MÖHUK m. 27(1) uyarınca yapılacak hukuk seçiminin nasıl yapılacağı hakkında hükümde bir
açıklamanın yer almaması bu seçimin açık veya örtülü olarak yapılabileceğine yönelik bir kanaat ya-
ratmıştır¹⁵⁰. Dolayısıyla hüküm, profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri bakımından da yapılacak
hukuk seçiminin açık veya örtülü bir beyanla yöneltilmesine imkân tanımaktadır.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda ise “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hu-
kuku”nun uygulanması gündeme gelecektir. Bu durumda işçinin işini geçici olarak bulunduğu başka
bir ülkede yapması halinde bu işyerinin mutad işyeri olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Bu
çerçevede, özellikle profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri bakımından, işçinin geçici olarak başka
bir ülkede maçlara çıkması ya da kamplara katılması, bu ülkenin “mutad işyeri” olarak kabul edilme-
sini zorlaştırmaktadır. Çünkü bu tür faaliyetler geçici nitelik taşımakta ve işin ifa edildiği esas ülkenin
belirlenmesinde belirleyici nitelik taşımamaktadırlar. Yani bu noktada “işçinin işini ağırlıklı olarak
fiilen yerine getirdiği yer”e odaklanılmaktadır. Bu bağlamda mutad işyerinin belirlenmesinde; futbol-
cunun düzenli olarak antrenman yaptığı, sosyal bağlantılarını kurduğu ve kulüp merkezinin fiilen faa-
liyet gösterdiği yer dikkate alınabilir. Bu belirleyici unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, futbolcunun
işini fiilen ve ağırlıklı olarak yerine getirdiği ülke tespit edilerek mutad işyerinin tespit edilebilmesi
imkân dahilindedir. Ancak bu tespitin objektif olarak yapılamadığı ya da futbolcunun işini belirli bir
ülke ile istikrarlı ve sürekli bir şekilde ilişkilendiremediği hâllerde, mutad işyeri hukukunun belirle-
nememesi yahut böyle bir hukukun fiilen mevcut olmaması gündeme gelebilmektedir. İşçinin işini
belirli bir ülkede mutad bulunmaksızın farklı ülkelerde gerçekleştirmesi halinde ise iş sözleşmesine

¹⁴⁷ NOMER, s. 349; CAN, s. 533; ÖZEL, Sibel: “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2023, Cilt 43, Sayı 1, s. 378.

¹⁴⁸ AYM, T. 05.11.2024, E. 2023/158, K. 2024/187 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁴⁹ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 365; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz / GEMİCİ FİLİZ, Beste: “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 601.

¹⁵⁰ GÜNER, s. 141; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU / GEMİCİ FİLİZ, s. 608.

uygulanacak hukuk, “işverenin esas iş yerinin bulunduğu ülke hukuku”na göre tayin edilecektir. Buna karşın, uyuşmazlığın dayandığı somut olayın şartları bir bütün olarak değerlendirildiğinde iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişki temin eden bir hukukun bulunması durumunda sözleşmeye sayılan hukuk kurallarının değil, daha sıkı ilişkili olan hukukun kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır¹⁵¹.

Sıkı ilişkili hukuk ilkesi gereğince, sözleşme ve tarafların ilişkisiyle en sıkı bağa sahip olan hukukun uygulanması halinde, sözleşmeye taraf olan futbolcunun uyruğu, mutad meskeni, sözleşmenin tarafı olan futbol kulübünün merkez ülkesi ve sözleşmenin ifa edileceği yer önemli bağlantılar olarak kabul edilebilmektedir. Bu noktada daha sıkı ilişkili hukukun hâkim tarafından dikkate alınıp alınmaması, onun takdir yetkisi (TMK m. 4) kapsamındadır. Hâkimin her somut olay bakımından maddi hukuk adaletini sağlamak adına işçiyi koruyacak hukuku uygulaması gerekmektedir. Dolayısıyla hâkimin, işçinin korunması açısından daha sıkı ilişkili hukuk ile objektif sözleşme statüsü bakımından kendisine tanınan takdir yetkisi gereğince bir değerlendirme yapması amaçlanmaktadır¹⁵².

4. Tespit Edilen Yabancı Hukukun Uygulanmadığı Haller

Uyuşmazlığa uygulanacağı MÖHUK hükümlerince tespit edilen hukukun mutlak suretle uygulanması söz konusu değildir. Bu çerçevede tespit edilen yabancı hukukun MÖHUK m. 5 kapsamında Türk kamu düzenine açık bir aykırılık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵³. Zira MÖHUK m. 5, “yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.” hükmünü amirdir.

FIFA Talimatı Art. 19(1)’de düzenlenen ve TFF Talimatı m. 17(1) ile iç hukukumuza aktarılan hüküm uyarınca yalnızca 18 yaşın üzerindeki profesyonel futbolcuların uluslararası transfer sözleşmelerine taraf olabileceği düzenlenmektedir. Bu durumda uygulanacak yabancı hukukun 18 yaşın altındaki bir futbolcunun uluslararası transfer sözleşmesinin tarafı olabileceğine yönelik düzenlemelerinin uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira FIFA Talimatı Art. 19(1) ve bu hükmün iç hukuka yansımaları olan TFF Talimatı m. 17(1), çocuk futbolcuların erken yaşta uluslararası transfer piyasasının ekonomik ve yapısal risklerine maruz kalmalarını önlemeyi amaçlayan düzenlemelerdir. Bu tür normlar, sadece ulusal spor mevzuatının değil, aynı zamanda Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹⁵⁴ ve benzeri uluslararası insan hakları belgelerinin öngördüğü çocuk koruma ilkeleriyle de örtüşmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla, uygulanacak yabancı hukuk düzeninin, örneğin 18 yaş altındaki bir sporcunun uluslararası transfer sözleşmesine taraf olabilmesine izin veren bir hükmünün, sırf Türk iç hukukundaki düzenlemelerden farklı olduğu için değil; çocuk hakları ve insan onurunun korunması gibi kamu düzeninin temel değerleriyle açıkça bağdaşmadığı için uygulanması mümkün değildir. Burada MÖHUK m. 5 çerçevesinde devreye giren kamu düzeni müdahalesi, milli hukuk sistemlerinin bireysel farklılıklarından değil, söz konusu yabancı hükmün evrensel ölçekte kabul görmüş koruyucu ilkelerle çatışmasından kaynaklanmaktadır.

FIFA Talimatı Art. 13 ila 21 (TFF Talimatı m. 19 ila 30) arasında düzenlenen futbolcular ve kulüpler arasında sözleşmesel istikrarın korunmasına ilişkin genel ve özel hükümler doğrultusunda; sözleşmenin sona ermesinden sonra futbolcunun uzun bir süre başka bir kulüple sözleşme yapmasının yasaklanmasını, tek taraflı fesih yetkisinin yalnızca kulüp lehine tanınmasını ya da futbolcunun sakat-

¹⁵¹ NOMER, s. 351; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 367; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 454-455; CAN, s. 533-535; GÜNGÖR, s. 195-197; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 432; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU / GEMİCİ FİLİZ, s. 608-609; AYĞÜL, Musa / ÇOBAN, Nazlı: “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutat İşyerinin Tespiti”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 16, s. 1815-1819.

¹⁵² GÜNGÖR, s. 197; TEKİNALP, s. 334; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU / GEMİCİ FİLİZ, s. 611.

¹⁵³ DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, s. 248-260; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 85; NOMER, s. 161.

¹⁵⁴ 14.02.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵⁵ FIFA, *Commentary*, s. 294-300.

lığı hâlinde tüm haklarını kaybetmesini veya güvencesiz olmasını öngören düzenlemeler Türk hukuk sisteminin temelini oluşturan çalışma özgürlüğü, sözleşme adaleti ve sosyal koruma ilkeleriyle bağdaşmayacağından MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilebilecektir.

Ayrıca, FIFA Tüzüğü Art. 4 uyarınca kabul edilen ve *lex sportiva*'nın temel normatif ilkeleri arasında yer alan “ayrımcılık yasağı”, futbol faaliyetlerinin her alanında geçerli olup, özellikle ırk, ten rengi, etnik, ulusal veya sosyal köken, cinsiyet, engellilik, dil, din, siyasi görüş veya herhangi bir statü temelinde ayrımcılığı kesin biçimde yasaklamaktadır. Bu bağlamda, profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin kurulması, uygulanması veya sona erdirilmesi süreçlerinde ayrımcı bir saikle hareket edilmesi yahut bu yönde hükümlere yer verilmesi Türk hukuk sisteminde kamu düzenine aykırılık teşkil eden davranışlar arasında sayılmalıdır¹⁵⁶. Zira iş sözleşmeleri bakımından yabancı bir hukukun transfer sözleşmesinde ayrımcılığı zımnen dahi tolere eden hükümleri içermesi veya taraflardan birine ayrımcı temelde hukuki işlem tesis etme imkânı tanınması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

MÖHUK m. 5 kapsamında kamu düzeni müdahalesine konu olabilecek bir diğer durum ise, profesyonel bir kadın futbolcunun iş sözleşmesi yapabilmesi için eşinin onayını şart koşan bir yabancı hukukun, uygulanacak hukuk olarak belirlenmesidir¹⁵⁷. Özellikle, profesyonel bir kadın futbolcunun iş sözleşmesini tek başına akdedebilmesi için eşinin izninin arandığı bir yabancı hukuk kuralının uygulanması, Türk hukukunun benimsediği temel anayasal ilkeler, özellikle de eşitlik (Anayasa m. 10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü (Anayasa m. 48) ile bağdaşmamaktadır.

SONUÇ

Spor hukuku uyuşmazlıkları, ulusal ve uluslararası federasyonların iç yargı organları, genel mahkemeler ve özel tahkim mercileri gibi farklı yargı organları tarafından çözümlenebilmektedir. Ancak uygulamada, sporun kendine özgü yapısı nedeniyle daha çok federasyonların iç yargı mekanizmaları ve tahkim mercileri tercih edilmektedir. Bu eğilim, uyuşmazlıkların hızla ve gizlilik içinde çözümlenmesi ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin belirlenmesi, sözleşmenin ulusal veya uluslararası nitelikte olmasına bağlı olarak değişmektedir. Ulusal transferlerde, TFF bünyesindeki uyuşmazlık çözüm mercilerinin yetkili olması söz konusudur. Uluslararası transferlerde farklı federasyonlara bağlı kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıklarda yetki genellikle FIFA Talimatı ile düzenlenmektedir. Bu kapsamda FIFA'nın DRC ve Oyuncuların Statüsü Komitesi adlı iç yargı organları yetkili kılınmıştır. FIFA Talimatlarına göre, futbolcunun kulübün yer aldığı ülkenin vatandaşı olmaması veya tarafların farklı ülkelerin federasyonlarına bağlı olması durumunda uluslararası transfer söz konusu olmakta ve FIFA ya da CAS'ın yargılama yetkisi gündeme gelebilmektedir.

FIFA ve TFF gibi spor otoritelerinin iç yargı organlarının yetkileri, genel mahkemelerin yetkisiyle kesişebilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda TFF, FIFA ve CAS'ın genel mahkemeler karşısındaki yetkileri karşılaştırmalı olarak ele alınarak tümevarım yöntemiyle inceleme yapılmıştır. Taraflar, UÇK gibi yetkili mercilere başvurmayı tercih edebileceği gibi, yetki sözleşmesi ile genel mahkemeleri de yetkili kılabilirler. Ancak yetki itirazının usulüne uygun ve süresi içinde yapılmaması durumunda yetkisiz bir mahkemenin yetkili hale gelebilmesi söz konusu olabilmektedir.

¹⁵⁶ İş sözleşmeleri bakımından ayrımcılık yasağının ihlalinin, kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durum oluşturabileceğini ileri süren görüş için bkz. SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Ellinci Çözüm Arama Konferansı: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s. 78; TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 59, Sayı 3, s. 545; KORKMAZ, Abdullah Harun: “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeni Müdahalesinin ve Doğrudan Uygulanan Kuralların Rolü”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 18, Sayı 213, s. 572.

¹⁵⁷ ELÇİN, Doğa: *İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 208.

Çalışmamızda vurgulamak istediğimiz en önemli hususlardan biri, uluslararası profesyonel futbolcu transfer sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinin, sözleşmenin tarafları, uyuşmazlığın ulusal ya da uluslararası niteliği ve ilgili spor otoritelerinin düzenlemelerine bağlı olarak değişiklik göstermesidir. *Lex sportiva* kavramı, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde evrensel standartların sağlanması adına önemli bir hukuki çerçeve sunmakta olup, FIFA Talimatları ve CAS kararları bu çerçevenin temel bileşenleri arasında yer almaktadır.

TFF ve FIFA düzenlemeleri, uluslararası transferlerde bağlayıcı kurallar getirmektedir. TFF Transfer Talimatı m.11(7), bu tür transferlerde doğrudan FIFA düzenlemelerinin esas alınacağını belirtmektedir. Uluslararası transfer sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, CAS nezdinde FIFA düzenlemeleri ve CAS Spor Tahkim Kodu uygulanmakta; tamamlayıcı olarak ise PILA hükümleri dikkate alınmaktadır. Özellikle PILA m.187(1), tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, uyuşmazlıkla en sıkı bağlı hukukun uygulanacağını öngörmektedir.

Türk hukukunda ise MÖHUK m. 24, tarafların açık veya örtülü iradeleriyle hukuk seçimi yapmasına izin vermekte, ancak seçim yapılmadığı takdirde sözleşme ile en sıkı bağlantılı olan hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Profesyonel futbolcu transfer sözleşmeleri özelinde, karakteristik edimin futbolcunun iş görme yükümlülüğü olduğu kabul edilmekte ve bu bağlamda futbolcunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku esas alınmaktadır. Ancak, bazı durumlarda transfer sözleşmeleri iş sözleşmesi olarak da nitelendirilebilmekte ve bu durumda MÖHUK m. 27 hükümleri devreye girmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ARSLAN, İlyas: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2023, Cilt 33, Sayı 2, s. 1-41.
- AVŞAR, Melis: *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AYDOĞDU, Gamze: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 2, s. 603-625.
- AYGÜL, Musa / ÇOBAN, Nazlı: “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutat İşyerinin Tespiti”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 16, s. 1815-1832.
- AYGÜN, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı (Temmuz), s. 1025-1066.
- BAYATA CANYAŞ, F. Aslı: “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 110-121.
- BIÇAKÇI, Levent: “Türkiye’de ve Dünya’da Spor Hukuku, Yargısı ve Özellikleri”, (Ed.) ERKİNER, Kısmet / SOYSÜREN, Ali: *Spor Hukuku Dersleri*, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 445-463.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz / GEMİCİ FİLİZ, Beste: “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, s. 593-619.
- CAN, Hacı: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- CASINI, Lorenzo: “The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport”, *German Law Journal*, 2011, Cilt 12, Sayı 5, s. 1317-1340.
- CENTRE DE DROIT ET D’ÉCONOMIE DU SPORT (CDES): *The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, European Commission, (Limoges, January 2013)*, Limoges, 2013.
- CZARNOTA, Paul A.: “FIFA Transfer Rules and Unilateral Termination Without ‘Just Cause’”, *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-47.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- de OLIVEIRA, Leonardo V. P.: “Lex Sportiva as the Contractual Governing Law”, *International Sports Law Journal*, 2017, Cilt 17, s. 101-116.
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / İZMİRLİ, Lale Ayhan: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2024.
- DUVAL, Antoine, “Transnational Sports Law: The Living Lex Sportiva”, (Ed.) ZUMBANSEN, Peer: *Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- ELÇİN, Doğa: *İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- ERBEYİN, Necip Fazıl: “CAS Temyiz Yargılamasında Uygulanacak Hukuk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2024, Sayı 57, s. 363-376.
- ERDOĞAN, Ersin / YEŞİLDAL, Selin: “Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakkında Bazı Düşünceler”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 19-37.
- ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ERTEN, Rifat: *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

- FIFA: *Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players*, 2023 (<https://digitalhub.fifa.com/m/40da0f707efdd011/original/FIFA-Commentary-on-the-FIFA-Regulations-for-the-Status-and-Transfer-of-Players-2023-edition.pdf>, ET: 05.12.2024) (Commentary).
- FIFA: *Explanatory Notes on the New Regulatory Framework for National Dispute Resolution Chambers*, 2024 (<https://www.sennferrero.com/wp-content/uploads/2024/04/Explanatory-notes-on-the-new-regulatory-framework-for-NDRCs.pdf>, ET: 19.01.2025).
- FOSTER, Ken: “Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport’s Jurisprudence”, *Entertainment and Sports Law Journal*, 2005, Cilt 3, Sayı 2, s. 1-14.
- GENÇ, Durmuş: *Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi*, Bağırhan Yayınevi, Ankara, 1999.
- GÜNER, Cemil: “Yabancı Unsurlu Futbol Menajerliği Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 103-151.
- GÜNGÖR, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜRTEN, Kadir / ERENEL, Ege: “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, s. 295-315.
- HUYSAL, Burak: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- KORKMAZ, Abdullah Harun: “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeni Müdahalesinin ve Doğrudan Uygulanan Kuralların Rolü”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 18, Sayı 213, s. 545-590.
- LAWRENCE, Ian: “The Legal Context of a Player Transfer in Professional Football: A Case Study of David Beckham”, *Entertainment and Sports Law Journal*, 2016, Cilt 11, Sayı 6, s. 1-9.
- LINDHOLM, Johan: *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2019.
- MURTAZ, Gözde: “Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 3, Sayı 1, s. 157-202.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- OBA, Meltem Ece: “Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Sayı 129, s. 297-320.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Profesyonel Futbolcu ile Kulüp Arasındaki Uluslararası Boyutlu Sözleşmesel Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetkili Mercii ve Bu Bağlamda TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun Yetkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 20, Sayı 224, s. 3-47.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2010, Sayı 1-2, s. 27-88 (Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti).
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÖZEL, Sibel: “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 22, Sayı 2, s. 577-618.
- ÖZEL, Sibel: “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2023, Cilt 43, Sayı 1, s. 371-408.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÖZEN, Mustafa: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi (Profesyonelliğe Geçiş ve Transfer) ve Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Ulusal ve Uluslararası Çözüm Mercileri ve Yolları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

- ÖZGENÇ, Zeynep: “Brüksel I bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2017, Cilt 37, Sayı 2, s. 641-669.
- ÖZKAN, Işıl / KAVLAK, Bengül: *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- PAK, Gürkan: *Spor Uyuşmazlıklarında Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- PETEK, Hasan: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s. 68-87.
- SERRA, Maria Francesca: “Lex Sportiva: Present and Future Perspectives”, *International Sports Law Review Pandektis*, 2020, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 126-135.
- SUBHAN, Adam: “Football Transfer Fees: A Competitive”, *Sports Law, Policy & Diplomacy Journal*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 159-188.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.
- TAKAVUT, İbrahim Doğan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 59, Sayı 3, s. 521-550.
- TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TOPUZ, Gökçen: “Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, s. 1901-1926.
- TUTAR, Ali: *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Ücret*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ULUSOY BALTACI, Melis: *Uluslararası Nitelikli Spor Uyuşmazlıklarının CAS Tahkim Kuralları Yoluyla Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- USLU, Ferhat: *Spor Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- VALERO, Alfonso: “In search of a working notion of lex sportiva”, *The International Sports Law Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 3-11.
- VIEWEG, Klaus / STASCHIK, Paul: “The Lex Sportiva: The Phenomenon and Its Meaning in the International Sporting Arena”, (Ed.) VIEWEG, Klaus: *Lex Sportiva*, Cilt 42, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 17-58.

**Cezalandırma ve Acı İlişkisi^(*)***Punishment and Pain Relationship***Şerife Sümeyra ÇADAK**

Araştırma Görevlisi Doktor

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi**Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı***Anahtar Kelimeler**Cezalandırma,
Acı,
Bireysel Deneyim,
İslahevi,
İslah,
Pişmanlık.**Öz**

Cezalandırma kavramı hoş olmayan muamele, sert muamele, elem, acı, ıstırap, olduğundan kötü hale düşme gibi anlamlara karşılık gelir. Cezalandırmada acı önemli bir unsurdur. Acı psikolojik, nörolojik, fiziki öznel deneyimler içeren kompleks bir yapıdadır. Cezalandırmada hedeflenen amaçlara ulaşmak için acı bir araçtır. Bireysel farklılıklar acının farklı şekillerde algılanmasına ya da hiç hissedilmemesine sebep olabilir. Bu durum toplum tarafından cezalandırmanın adaletsiz bulunmasına yol açabilmektedir. Ancak esas olan otoritenin hedeflediği ceza ve bu kapsamda beklediği acıdır. Otoritenin istediği cezalandırmanın gerçekleşmesi halinde beklenen acı ve ıstırapın faile yansması şart değildir. Acı önemli bir unsurdur ancak istisna olarak eksikliği cezalandırmanın varlığını ortadan kaldırmaz. Cezalandırma ve acı ilişkisi konusunda önemli bir boşluk vardır. Bu çalışma ile acı ve cezalandırma ilişkisindeki sorunlar ve tartışmalar incelenerek literatüre katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

KeywordsPunishment,
Pain,
Individual Experience,
Reformatory,
Reform,
Repentance.**Abstract**

Punishment involves harsh or unpleasant treatment that causes pain, suffering, or deterioration. Pain is an essential element in punishment. Pain is a complex structure that includes psychological, neurological, and physical subjective experiences. Pain is a tool to achieve the targeted goals in punishment. Pain perception varies among individuals, and some may not feel it at all. This situation may lead to society finding punishment unjust. However, what is essential is the punishment that the authority targets and the pain it expects within this scope. If the authority's intended punishment is achieved, the expected pain and suffering need not affect the perpetrator. Pain is a significant component, but its absence as an exception does not negate the existence of punishment. There is a significant gap in the relationship between punishment and pain. This study aims to contribute to literature by examining the problems and discussions in the relationship between pain and punishment.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.03.2025, Kabul Tarihi: 21.05.2025.

Bu çalışmada 2219 TÜBİTAK Doktora Sonrası Yurt Dışı Araştırma Bursiyeri olarak katkılarından dolayı TÜBİTAK'a teşekkür ederim.



GİRİŞ

Bugün cezalandırmanın olmadığı bir toplum düşünülemez. Sosyal düzenin ve toplumdaki sağlıklı ilişkilerin varlığı için kurallar her zaman olmazsa olmazdır. Kuralların ihlal edilmesi halinde ise toplumdaki düzenin ve adaletin devamlılığı için yaptırımlar öngörülmüştür. Kurallara uyulmaması halinde ceza ile karşılaşılır.

Çoğunlukla cezanın kurallara uymama durumunda dayatılan elem, acı, ızdırap, hoş olmayan durum olduğu kabul edilir. Cezanın hoş karşılanmayan maddi dayatmalar veya zorlamalar içerdiği belirtilir. Ceza, insanları değer verdikleri şeylerden (özgürlük, para, zaman) mahrum bırakır. İnsanların normalde yapmak istemeyecekleri veya gönüllü olarak yapmayacakları şeyleri yapmalarını gerektirir. Örneğin ücretsiz toplum emeğine zaman ayırmak, düzenli olarak denetim görevlisine rapor vermek, çeşitli türlerde zorlu programları üstlenmek gerekebilir¹.

Hobbes, cezanın otorite tarafından otoritenin belirlediği kuralları ihlal eden kişiye uygulanan bir kötülük olduğunu söylemiştir². Böylece insanların iradesinin itaate daha yatkın hale geleceğini düşünmüştür. *Hart*, cezanın normalde hoş olmadığı kabul edilen acı veya diğer sonuçları içermesi gerektiğini savunmuştur³. Türk hukukunda benimsenen yaygın görüşe göre cezanın suç işleyen kişiyi birtakım yoksunluklara uğratan, ızdırap, sıkıntı ve güçlük çıkarıcı niteliği vardır⁴.

Suç işleyen kişiye karşı hoş olmayan bir muamele gerekir. *Boomin* bunu *harm requirement* zarar gerekliliği olarak isimlendirir⁵. Bazı hukuki metinlerde “sert muamele” olarak yer alır. Sert muamele çerçevesinde ceza suçluya uygun yoğunlukta acı çektirmeyi içerir. Kısacası cezalandırma kasıtlı olarak acı çektirmektir⁶. Hak kavramından yola çıkan düşünürlere göre de cezalandırma kişiyi normalde hakkı olan şeyden mahrum bırakmaktır. Esas olarak ise cezalandırma eylemi faili eylem olmasaydı bulunacağı halden daha kötü duruma düşmesine neden olur⁷.

Çeşitli ceza tanımlarının ortak noktası cezanın, acı veya tatsızlık, yoksunluk veya yüklerin dağıtılmasını içermesidir. Acı cezalandırmanın önemli unsurlarından biri olmakla birlikte acının cezalandırmadaki yeri konusunda yapılan pek fazla çalışma yoktur. Cezalandırma ile ilgili çalışmalarda daha çok neden cezalandırmalıyız ve nasıl cezalandırmalıyız sorusu üzerine yoğunlaşmıştır. Literatürde yer alan çalışmalarda cezalandırmanın amacına ilişkin ileri sürülen teoriler incelenmiş ve karşılaştırılmıştır. Cezalandırmanın amacı konusunda benimsenen farklı görüşler vardır. Cezalandırma toplumun korunması, failin ıslahı, zararın ödettilmesi gibi amaçlarla gerçekleştirilebilir⁸. Kanaatimce hak edilenin karşılık bulması için “acı” her zaman cezalandırmanın içinde olacaktır. Acının doğası ve cezalandırmadaki yeri konusunda önemli bir eksik vardır. Bu çalışma ile literatürdeki boşluğu doldurmak için katkıda bulunmak hedeflenmiştir.

Cezalandırma içerisinde acının olmazsa olmaz oluşunun farklı yansımaları vardır. Örneğin acının fail tarafından algılanışındaki bireysel farklılıklar cezalandırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini sor-

¹ BRADY, Michael: “Suffering and Punishment”, (Ed.) AMAYA, Amalia / DEL MAR, Maksymilian: *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Chicago, 2020, s. 141.

² HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 1651.

³ HART, Herbert Lionel Adolphus: *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York, 1968, s. 4-5.

⁴ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 6.

⁵ BOOMIN, David: *The Problem of Punishment*, Cambridge, New York, 2008, s. 6.

⁶ BERMAN, Mitchell: “Punishment and Justification”, *Ethics*, 2008, Cilt 118, Sayı 2, s. 270; MCPHERSON, Thomas: “Punishment: Definition and Justification”, *Analysis*, 1967, Cilt 28, Sayı 1, s. 25.

⁷ BOOMIN, s. 6.

⁸ AKTAŞ, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 10; ÜZÜLMEZ, İlhan: “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 5, Sayı 1-4, s. 260; AYDIN, Melike Belkis: “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, 135.

gulatmaktadır. Benzer şekilde acının bazen yanlış kişilere çektirilmesinin de cezalandırma sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Cezada acının amaç olarak kabul edilmesi halinde otoritenin gerçekten acı çektirmeyi başaramadığı kimseler için cezalandırmanın gerçekleşmemiş olması gereklidir. Acıyı deneyimleyen kişilerdeki farklılıklar bu noktada belirleyicidir. Failin yeterince acı çekmediği dolayısıyla cezalandırılmadığı düşüncesi ise toplumda yapılan haksızlıkların karşılıksız kaldığı itirazına sebep olur. Adaletsizlik olduğu yönünde bir inanış oluşur. Ancak kanaatimce toplumun beklediği şekilde failin acı çektiği bir cezalandırma gerçekleşmese de cezalandırma yapılmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın konusu cezalandırma ve bir araç olarak acıdır. Çalışmanın hipotezi acının ceza için araç olması gerekliliğidir. Çalışmada karşılaştırmalı ve tarihi yöntem kullanılacaktır.

Çalışmada öncelikle acının kavramsal olarak farklı alanlardaki karşılığı incelenecektir. Ardından tarihi ve felsefi yönüyle cezalandırma ve acı ilişkisi ele alınacaktır. Otoritenin cezalandırma sırasında benimsediği ve kabul ettiği acı çeşitleri de çalışmamız açısından önemlidir. Acı bireysel bir deneyimdir. Kişilerde cezalandırma farklı şekillerde karşılık bulmaktadır. Bazen bireysel farklılıklar acının nerdeyse hissedilmemesine yol açmaktadır. Ancak acı kesin bir amaç olmadığından cezalandırmanın temel yapısı kanaatimce değişmemektedir.

I. ACI

Haz ve mutluluk insan için iyi kabul edilen kavramlardır. Mutluluğa ve hazzı erişme yolları düşünürler için her zaman ilgi odağı olmuştur. Acı ve zarar ise genellikle mutluluk ve hazzın olmadığı yerde var olan durumlar olarak görülmüştür. Felsefi yaklaşımlara göre de haz ve mutluluk iyidir. Acı ve zarar kötüdür⁹. Acı kavramı dolayısıyla daha çok doktorlar tarafından önemli ölçüde incelemeye tabi tutulmuştur. Acının duysal bir olgu mu yoksa duygusal bir olgu mu olduğu konusunda bir uzlaşıya varılamamıştır. *Aquinas*, acı ve hazzı duyu organlarının algılarına bağlamıştır. Ancak farkındalık ve bilgi ile şekillenen içsel algılama olduğunu da düşünmüştür. Dolayısıyla *Aquinas*, duyarların bedensel acı ve haz için gerekli olduğunu kabul etmiştir. Ancak içerideki algılama işleminin esas olduğunu savunmuştur¹⁰. Daha sonra *Spinoza*'nın da içinde bulunduğu bazı düşünürler tarafında acının keder ve melankoli ile birlikte bir duygu olduğu kabul görmüştür. Duygu durumunun acı ve hazzı belirlemede önemli olduğu da düşünülmüştür. Bundan dolayı ameliyatta neşterin kesiği savaş anında kolun kopmasından daha çok acı olarak hissedilebilir. Sonuç olarak acının duygusal etkileri vardır. Dışsal değişikliklerden mi, yoksa vücudun iç işlevlerindeki bir aksaklıktan mı, yoksa mutluluk ve üzüntü gibi başka bir duygudan mı kaynaklı olduğu ise tartışmalıdır¹¹.

Acı, fizyologlara göre de bireyin duygusal durumundan bağımsız olarak meydana gelmemektedir. Bu kabule göre de acı, öznenin söylediği şeydir. Herhangi bir dış etken sonucu duylardaki aktivasyon ile açıklanabilir. Vücudun belirli bir bölümüne özgü olarak özne tarafından acı verici olarak tanımlanacak kadar rahatsız edici bir his olarak da kabul edilebilir¹².

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak acının iki tür karşılığı olduğunu söyleyebiliriz. Doku hasarı veya sinir sistemine gelen uyarılarla başlayan ve psikolojik etkilere yanıt olarak ortaya çıkan bir durumdur. Psikolojik etkilere dayanan acı ise çoğunlukla duyu organlarının algıladığı acıyı taklit eden veya onunla aynı olan bir durumdur¹³.

⁹ BRADY, s. 141.

¹⁰ THOMAS, *Aquinas: Summa Theologica. Part II, Treatise on Human Acts (Dominican Fathers, trans)*, Burns, Oates and Washbourne, London, 1947, s. 524.

¹¹ MERSKEY, Harold: "The definition of Pain", *Eur Psychiatry*, 1991, Cilt 6, Sayı 4, s. 155.

¹² MERSKEY, s. 153-159.

¹³ MERSKEY, s. 153-159.

Ayrıca *Oxford İngilizce Sözlüğü'nün* acı *pain* kelimesinin karşılığı konusunda farklı bir yaklaşımı vardır. Buna göre acı kavramı aşağıdaki şekillerde tanımlanabilir¹⁴:

- Bir suçtan dolayı duyulan acı veya kayıp,
- Birincil bir duyum veya bilinç durumu, hazzın tersi; kişinin (bedeninde veya zihninde) incindiğinde hissettiği duygu; sıkıntı çekme,
- Fiziksel anlamda: (a) bedensel acı, ağrı gibi sıkıntı verici bir duygu (genellikle vücudun belirli bir yerinde); (b) doğum sancıları,
- Ruhsal anlamda; zihinsel acı, sıkıntı, keder, üzüntü.

Pain kelimesinin etimolojik kökenine baktığımızda ise Fransızca'da *Peine* olarak en yakın karşılığı olduğunu görmekteyiz. Latince'de *Poen*a (ceza) ve benzer şekilde Yunanca'da *Poin*e kelimeleri de *pain* acı anlamında kullanılmaktadır. Sözlük karşılığında acı ile ilgili iki ana çıkarım yapılabilir. Acı öncelikle fiziksel bir değişimdir, ayrıca duygusal bir durumdur. Bununla birlikte, ağrının görünüşte duygusal durum tarafından ortadan kaldırılabilceğini ve fiziksel bir lezyon olmadığında da duygusal bir durum nedeniyle ortaya çıkabileceğini kabul etmek önemlidir¹⁵.

Acı kavramının suçtan duyulan acı veya kayıp olarak karşılık bulması da ayrıca dikkat çekicidir. Kanaatimce acının cezalandırma olarak karşılık bulmasının tarihi ve felsefi bir arka planı vardır. Acı ve cezalandırma kavramları birlikte uzun bir geçmişe sahiptir. Dini bir temelinin de olduğunu da belirtmek gerekir. Ceza ve acının birlikte olması gerekliliği düşüncesini bu felsefi anlayışları anlamadan kavramak kanaatimce mümkün değildir.

A. İlk İnsan, İlk Günah ve İlk Ceza

İnsanın ceza ve acı ile ilk karşılaşmasını esasen ilk insana ve ilk günaha kadar dayandırmak mümkündür. Hristiyanlıkta ilk günah¹⁶ kavramıyla adlandırılan bu dini inanışa göre ilk insan Âdem ve eşi Havva şeytanın istediğini yaparak kurallara karşı gelmiştir. Cennetten çıkarılmış ve cezalandırılmak üzere dünyaya gönderilmiştir. Dünya insanlar için tehlike, ayrılık ve acılarla dolu bir yerdir. Sonsuz mutluluk ise cennette kalmıştır. Cennetten kovulma, düşüş olarak da adlandırılan bu inanış diğer dinlerde farklı şekillerde karşımıza çıksa da bugüne kadar insanoğlunun bilinçaltında önemli bir yer edinmiştir¹⁷. Kanaatimce modern ceza sisteminin şekillenmesinde de önemli bir dönüm noktasıdır.

Hristiyanlığın yayılması sonrasında düşüş, ilk günah inancı dolayısıyla çoğunlukla insanın günahkâr doğduğu kabul edilmiştir. İnsanın dünyaya çile çekmeye, ızdırap içinde yaşamaya gönderildiği düşünülmüştür. Dünya cennetten sonra insan için bir hapisanedir. Bu anlayış çerçevesinde insan doğuştan kötüdür. Kötülüğe meyletmek insanoğlunun ruhunda vardır. Dünyada da insan bozgunculuk çıkarıp, kötülöklere sebep olabilir. Ahlaksızca dünya hayatının zevklerine dalabilir. Zina, hırsızlık, adam öldürme gibi suçları işleyebilir. Onlar için de sonsuz cehennem azabı vardır. Ancak bu dünyada da cezalandırılmaları gerekir. Bu dönemde cezalandırmanın kendisi başlı başına bir amaçtır. Kurallara karşı gelenleri acı çektirerek cezalandırmak gereklidir. Dolayısıyla Orta Çağ'da yakma, parçalama, işkence, sakatlama, dağlama, kılıçla kesme gibi bedensel olarak yüksek derecede azap ve ızdırap verici cezalar uygulanmıştır. Cezalandırma sadece olması gereken, en cezalandırıcı şekilde yerine getirilmesi

¹⁴ <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=pain> (ET: 13.03.2025).

¹⁵ MERSKEY, s. 153-159.

¹⁶ TARAKÇI, Muhammet: "St. Thomas Aquinas'a Göre Aslı Günah", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 15, Sayı 1, s. 310.

¹⁷ MOLLAYOUSEFİ, Mahmoud / MEMARİ, Daria: "Original Sin from the Viewpoint of Islam and Christianity", *Religions and Mysticism*, 2012, Cilt 44, Sayı 2, s. 105; AÇA, Mehmet: "Yaratılış Mitleri, Şamanizm ve Tasavvuf Bağlamında Düşüş, Mahrumiyet ve Hapis", *Millî Folklor Dergisi*, 2004, Sayı 62, s. 15.

gereken bir ritüel olmuştur. Gücünü Tanrıdan alan otorite tarafından sahnelenmesi gereken kutsal bir tören olarak sunulmuştur¹⁸.

B. Hapishaneler ve İslahevleri

18. Yüzyıldan itibaren ise Rönesans ve Hümanizm etkisi ile vahşi olarak kabul edilebilecek bedensel cezalardan vazgeçilmiştir. İlk günahın kabulünden kaynaklı doğuştan kötü insan anlayışının yerini doğuştan değiştirilemez, terk edilemez haklara sahip olan insan anlayışı almıştır. Belirtmek gerekir ki yakılmak, idam edilmek, işkence görmek kadar acı verici olmasa da ceza da yine acı vardır. Acı, ıslah olmayı sağlayacak derecede cezanın içinde yer almalıdır¹⁹. Ancak tövbe ve ahlaki yenilenme kavramları önem kazanmıştır. Zira ilk insan da sonuçta tövbe ederek, günahlarını affettirmiş ve cennete gidebilmiştir. Dolayısıyla acı çekerek, pişman olarak affedilmek ve ıslah olmak mümkündür. Bu inanışın kanaatimce ceza hukukunda yansıması olarak suçluları ıslah etme dilinin kullanımı yaygınlaşmıştır. Dindar zihniyetli kişiler bedene yönelik ağır cezaların ıslah ile uyumsuz olduğuna inanmışlardır. Buna göre dünya günahkâr insanlar için geçici bir hapishanedir. Varlık, acı ile kemale erecek ve tekrar sonsuz mutluluğa hak kazanabilecektir. Çileyle ve ıstırapla insan cennete girmek üzere temizlenip arınacaktır²⁰.

Dolayısıyla insan için esasen dünyada çektiği ızdırap ve çile kutsaldır. Bedenin acı çekmesi ruhu yüceltir. İnsanın var oluşunda saklı bulunan cevher acı ile ortaya çıkacaktır. Bu yaklaşımda kutsal acı doğum sancısı gibidir²¹. Fiziksel olarak katlanılması zor olmakla birlikte sonsuz sevinçle neticelenecektir. Acının varlığı insan hayatındaki yanlışların göstergesidir. Yüce bir yolda olduğunun bilincinde olursa insan acı bir başkalaşım aracı olur. Kusursuzluğun ve mükemmelliğin yaratılmasına giden yolun başlangıcıdır²².

Ayrıca suç işleyen, haksızlık yapan kişiler sadece kuralları ihlal etmiş değillerdir. İnsanların aralarındaki toplumsal bağları da zedeler ya da kopartır. Bu nedenle fail başta olmak üzere kuralların ihlal edilmesi bütün topluma zarar verir²³. Topluma zarar veren kişiler cezalarını diğerlerinden ayrılarak çekerler. Toplumdan dışlanırlar. Bu acı kendi hayatlarının başkalarına bağlı olduğunun farkına varılmasıyla ilişkili ahlaki psikolojik bir acıdır. Kişi kuralları ihlal ederek esasında kendini cezalandırmış olur. Haksızlığa sebep olan kişinin içsel cezasını çekeceği ve arınacağı en uygun yer de hapishane olarak görülmüştür²⁴. Suç işleyen insanlar burada acı çekerek ıslah olabilirler. Hatalarını terk edip iyi, ahlaklı birer insan olabilirler. Esasında ise yeryüzünde adaletli ve huzurlu bir yaşam da bu şekilde mümkündür. Dolayısıyla acı ıslahı teşvik eden bir araçtır²⁵.

Genel olarak kanaatimce hapishanelerde de acı başat bir roledir. Zira toplumdan ayrı kalmak, sosyal yaşamdan dışlanmak insana verilebilecek en ağır cezalardan biridir. Özellikle uzun dönem hapis cezası verilen kişiler cezalarını bitirip dışarı çıktıklarında hayatın önemli bir kısmından mahrum kalmış olacaktır. Hapishanelerde diğer mahkumlarla birlikte ruh ve fizik sağlığını koruyarak yaşamak çoğunlukla çok zordur. Bu koşullara uyum sağlamadığı için intihar eden mahkumlarda vardır²⁶. Bununla birlikte

¹⁸ SHOEMAKER, Karl: "The Problem of Pain in Punishment Historical Perspectives", (Ed.) SARAT, Austin: *Pain, Death, and the Law*, University of Michigan Press, Michigan, 2001, s. 40.

¹⁹ BECCARIA, Cesare: *Crimes and Punishments*, Marsilio, New York, 1996, s. 35.

²⁰ GÜRER, Betül: "Ahmed Yesevî'nin Dîvân-ı Hikmet'i Ekseninde Tasavvufî Düşüncede İlahî Aşk", *Bilig*, 2017, Sayı 80, s. 25.

²¹ KAPTAN, Cemile: "Acı ve Sanat", *Sanat ve Tasarım Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 12, s. 59-81.

²² SHOEMAKER, s. 15-41.

²³ ÇELEPİ, Mehmet S.: "Türk Mistisizm Geleneğinde Yunus Emre'nin Sırta Ermesi", *Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 17, Sayı 38, s. 115.

²⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Early Theological Writings*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1971, s. 224.

²⁵ SHOEMAKER, s. 15-41.

²⁶ LIEBLING, Alison: "Moral Performance, Inhuman and Degrading Treatment and Prison Pain", *Punishment and Society*, 2011, Cilt 13, Sayı 5, s. 540.

belirtmek gerekir ki hapishanelerin yapılış amacı acı çektirerek mahkûmu ıslah etmektir. Mahkûmun acısı ıslahın en önemli kısmıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki ilk hapishanelerde ıslah için eğitim de verilmiştir²⁷. Eğitim ile ıslahın gerçekleşebileceği düşünülmüştür. Hapishane mahkûma doğru yolu gösterici olmalı düşüncesi hâkim olmuştur. Hapishaneler bu sebeple ıslahevi olarak kullanılmıştır.

Hapishanelerin ıslah edici olabilmesi için 19. yüzyılın başlarında değişik hapishane modelleri inşa edilmiştir. Örneğin bu kapsamda Amerikan hapishaneleri sessiz ve ayrı olmak üzere iki kurumsal modele göre şekillenmiştir. Mahkûmu tefekkür yoluyla ıslah etmeye yönlendirmek istenmiştir. Sessiz hapishane modelinde mahkûmların tutuklulukları boyunca katı bir sessizlik içinde olması gerekmiştir. Katı bir sessizlik sistemi dolayısıyla mahkûmlar konuşmadan veya herhangi bir iletişim kurmadan ortak odalarda yemek yiyebiliyor ve bazı çalışma faaliyetleri yapılabiliyordu. Diğer sistemde ise mahkûmlar yemeklerini yedikleri ve basit işler yaptıkları bireysel hücrelere ayrılmıştır. Çok hızlı bir şekilde, çok sayıda mahkûmun hapse girmesiyle çok sayıda uygulama sorunu yaşanmıştır. Bu modeller büyük ölçüde uygulanamaz hale gelmiştir. Yine de sessiz ve ayrı hapishane sistemlerinin temel ilkele-ri, 19. yüzyıl boyunca ve hatta sonrasında büyük ölçüde bozulmadan kalmıştır²⁸.

Fiziksel olarak büyük zararlar veren cezaların terk edilmesinde yer alan sebepler bütün düşünürler tarafından aynı şekilde kabul edilmemiştir. İnsana verilen önemin artması, daha ahlaki bir toplum oluşturulması için ıslah yoluna gidilmesi düşüncesine bazı düşünürler itiraz etmiştir. *Haskell*'e göre ise fiziksel olarak acı veren cezaların terk edilmesi geniş bir kültürel dönüşümden kaynaklanır²⁹. Kapitalizme ve modern ticari alışverişe sebep olan kişisel çıkar düşüncesi bedensel cezanın eleştirilmesini ve sonunda kaldırılmasını da mümkün kılmıştır. *Foucault*'a göre ise otoritenin gücünü artık sadece fiziki olarak insanların bedenlerinden öte ruhları üzerinde kullanabilmesi için hapishaneler aracılığıyla cezalandırma yoluna gidilmiştir. Hapishane disiplini darağacının ve kırbaç direğinin yerini aldığı anda otorite daha fazla "epistemolojik hakimiyet" kazanmıştır³⁰. Ancak cezanın fiziksel olarak zarar verici boyutunun azalması cezanın acı ve ızdırap içermesi inancını değiştirmemiştir. Yine cezanın her şeyden önce acı verici olması gerektiği savunulmaktadır³¹. Sadece cezada acı deneyimi çeşitli siyasi hedeflerine ulaşmaya çalışan bir otorite tarafından dayatılan bir araç olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Acı, insanlığın ıslahında ilkel bir gerçek olmaktan ziyade yalnızca dışarıdan dayatılan ve dolayısıyla hem hesaplanabilir hem de önlenabilir olarak görülmeye başlanmıştır³².

Cezalandırma şekillerine ve amaçlarına ilişkin farklı görüşler bugün de ileri sürülmeye devam etmektedir. Ancak cezalandırma için kanaatimce en önemli nokta acının gerekliliğinin değişmeden kalmasıdır. Sonuç olarak cezalandırmanın acıyı içermesi gerektiği savunulmaya devam etmiştir. Acının gerekliliği farklı şekillerde temellendirilmiştir. Bu noktada kanaatimce iletişimsel ceza kuramından bahsetmek gereklidir.

C. İletişimsel Ceza Kuramı

İletişimsel Ceza Kuramı çerçevesinde cezanın acı ve hoş olmayan muamele içermesi şarttır. Devlet faile acı çektirerek esasen yaptığı yanlışın ciddiyetini iletir. İşlediği suçu kınadığını bildirir. İletişimsel eylem kuramının önde gelen düşünürlerinden *Duff* yapılan haksızlığın tasvip edilmeyerek kınama yoluyla muhataba iletildiğini söyler³³. Kınama davranışı ahlaki bir söylem olarak karşımıza çı-

²⁷ DIX, Dorothea: *Remarks on Prison and Prison Discipline in the United States*, Joseph Kite, Philadelphia, 1845, s. 13.

²⁸ BEAUMONT, Gustave De / TOCQUEVILLE Alexis De: *On the Penitentiary System in the United States and its Application to France*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018, s. 3.

²⁹ HASKELL, Thomas: "Capitalism and the Origins of the Humanitarian Sensibility", *American Historical Review*, 1985, Cilt 90, Sayı 3, s. 350.

³⁰ FOUCAULT, Michel: *Hapishanenin Doğuşu*, İmge Yayınları, İstanbul, 2000, s. 56.

³¹ NEWMAN, Graeme: *Just and Painful a Case for the Corporal Punishment of Criminals*, Macmillan, New York, 1983, s. 139.

³² SHOEMAKER, s. 15-41.

³³ DUFF, Antony: "Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial", *Ratio*, 2010, Cilt 23, Sayı 2, s. 127.

kabilir. Kınama sırasında suç işlemiş olan azarlanır, paylanır ve yerilir ancak bu tutumu hak etmiştir³⁴. Kamusal olarak failin suçlu bulunması ve ona cezai yaptırım uygulanması bir kınamadır. Failin yaptığı yanlış konusunda hem iç hesaplaşma içine girmesi hem de suçunun sorumluluğunun üstlenmesi beklenmektedir.

Bu noktada ıslah ile beklenen kişiyi doğru yola yönlendirme, acı ile tekemmül ettirme amacı iletişimsel ceza kuramında da karşımızda çıkar. Kuram insanların aslında iyi oldukları üzerine bina edilir. Suç işleyen kişiler ise iyilik yolundan ayrılmış ve esasen kendilerini insan yapan bağlarını kopartmıştır. Başkalarına zarar vermelerinin yanında kendi benliklerine de zarar vermişlerdir. Ahlaki olarak toplumun değerlerinden uzaklaştıkları gibi kendilerine de yabancılaşmışlardır. Dolayısıyla ıslah faillerin dönüşüm ve olgunlaşmasıyla yeniden ortak ahlaki değerlere bağlandığı bir haldir. Islahın ardından ise mağdurun zararının tazmin edilmesi gereklidir. Dolayısıyla sadece ıslah yeterli değildir. Islah ile birlikte onarıcı ve ödetici bir ceza anlayışı benimsenmelidir³⁵.

Onarıcı ceza anlayışının temelinde failin suç işlemesi ile fail-mağdur ilişkisinin ortaya çıkması yer alır. Fail ve mağdur ilişkisinde başta sadece mağdurun acısı vardır. Örneğin kasten adam öldürme suçunun işlenmesi halinde mağdurun yakınlarının yaşadığı ızdırap çok büyüktür. Failin işlediği fiil neticesinde dengeyi tekrar sağlayabilmesi için acı çektiği bir cezaya maruz kalması gereklidir. Böylece fail ile mağdur arasında denge tekrar sağlanır³⁶. Devlet adaletin sağlanmasında dengeyi sağlayıcı taraf olur. Cezanın mağdura acı çektirmesi sebebiyle ceza sayesinde hukuken onarım gerçekleşir³⁷.

Faile verilen ceza, mağdurun acısı ile failin empati kurabilmesini sağlamaya yöneliktir. Empatik acı olarak da ifade edilebilen ceza ile failin iç dünyasında eyleminin haksızlık teşkil ettiği, mağduru anladığı bir değişim olması beklenir. Failin duyguları ile mağdurun duyguları birbirine yaklaşır. Böylece mağdurun da acısı hafifler ve ceza aracılığıyla mağdur etik olarak onarılır, iyileştirilir³⁸.

Esasen bu görüş cezada yer alan acının meşrulaştırılması için ilginç bir yaklaşımdır. Fail suç işlerken mağdurun üzerinde bir üstünlük sergilemiş olur. Mağduru değersiz gördüğü için bu suçu işlemiştir. Suçun işlenmesi ile mağdur değersizleştirilir de denilebilir. Failin ceza ile acı çekmesi bir görüşe göre onun için mütevazı olma yolunda bir adımdır. Mağdurun değerli olduğu gösterilmiş olur³⁹.

Fail açısından cezaya yaklaştığımızda ise acıyla tekemmül etme, değişim uzun vadede söz konusu olabilir. Bu durumda suçlu ıslah olur ve esasında acı suçluya fayda sağlamıştır. *Adler*'e göre cezada acı gerekliliği şartı uzun vadeli faydanın sonuçlarını görmezden gelir⁴⁰. Ancak kanaatimce uzun vadede gerçekleşen fayda acının varlığını daha da önemli kılar. Cezadan uzun vadede fayda sağlanmış olsa da mahkûm ilk başta acı çeker. Mahkûma zarar vermek gereklidir. Zarar gerekliliği reddedilemez. Zarar gerekliliği, bir zarara maruz kalmanın gelecekte yararlı sonuçlar üretip üretmeyeceği konusundan bağımsızdır⁴¹.

Adler, cezaya fail açısından yaklaşır. Cezadan uzun vadeli fayda sağlayan kişiyi *conscientious punishee* bilinçli cezalandırılan olarak adlandırır⁴². Bilinçli cezalandırılan cezaya boyun eğer. Hatası-

³⁴ DUFF, s. 123-140.

³⁵ CESUR, Halil: *Ödetmeci Ceza Anlayışının İki Yüzü*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 125.

³⁶ STRANG, Heather / SHERMAN Lawrence: "Repairing the Harm Victims and Restorative Justice", *Utah Law Review*, 2023, Cilt 15, Sayı 1, s. 15.

³⁷ CESUR, s. 88.

³⁸ HAMPTON, Jean: "Correcting Harms Versus Righting Wrongs the Goal of Retribution", *Ucla Law Review*, 1992, S. 39, s. 1659-1702; CESUR, s. 91, 106.

³⁹ CREWE, Ben: "Depth, Weight, Tightness: Revisiting the Pains of Imprisonment", *Punishment & Society*, 2011, Cilt 13, Sayı 5, s. 515; CESUR, s. 102.

⁴⁰ JACOB, Adler: *Urging of Conscience a Theory of Punishment*, Temple University Press, Pensilvanya, 1991, s. 2.

⁴¹ BOOMIN, s. 7.

⁴² BOOMIN, s. 7.

nın farkına varıp derin bir pişmanlık yaşar. Suçunun kefareтини ödeyerek masumiyeti yenilenir. Yeniden topluma katılabilecek ahlaki iyiliğe sahip olur⁴³.

Adler'in suça fail açısından yaklaşımı ve ıslah düşüncesi Hegel'in görüşlerinde de benzer şekilde görülebilir. Hegel'e göre bir suç işledikten sonra failin dünyasında kendisine musallat olan ve intikam isteyen korkunç bir hayalet belirir⁴⁴. Failin huzurunu kaçıır, hayattan aldığı zevki tüketir. Kişi iç muhasebeye başlar. Kanaatimce Hegel böylece vicdan azabının faili ele geçirdiğini belirtmektedir. Böylece suç işleyerek fail hem kendisine hem de suçtan etkilenen kişiye kötülük yapmış olur⁴⁵. Kişi içindeki mahkemeden kurtulamaz. Vicdanı faili yargılar ve cezalandırılır. Benliği tüm suçluluğu ve kusuruyla dış dünyada da kınanmayı ve arınmayı bekler⁴⁶. Fail başkasının hayatını sonlandırırken kendinkini sonlandırmış olur. Suçluluk hissi faile bedel ödettirir⁴⁷.

Adler ve Hegel'in görüşlerinde yer alan failin çektiği psikolojik acıyı Dostoyevski'nin Suç ve Ceza romanında kanaatimce en belirgin şekilde görmek mümkündür. Baş karakter olan Raskolnikov kendine göre mantıklı bulduğu sebeplerle tefeci bir kadını öldürmüştür. Ancak daha sonra büyük bir bunalmaya girmiştir. Romanın sonunda işlediği suçu kabullenir, itiraf eder ve rahatlar. Taşıdığı vicdani yük ile cezasını sahiplenir. Arınma yolunda aracı kabul eder. Esasında Raskolnikov'un tefeci kadını öldürerek psikolojik olarak kendini öldürdüğü anlatılmıştır. İtiraf ve ceza ile yeniden doğduğu belirtilmiştir⁴⁸. Hegel'in belirttiği gibi Raskolnikov işlediği suç dolayısıyla iç dünyasındaki yargılamadan kaçamamıştır. Tefeci kadına zarar vererek asıl kendisine zarar vermiştir. Benliği dış dünyada cezasının karşılığını aramıştır. Suçunu itiraf edip cezasını kabullendiğinde ise vicdanında büyük bir rahatlama yaşamıştır. Ceza sebebiyle ruhen ıslah olmuştur.

İslahın gerçekleşmesi cezalandırmanın amacına ulaşması, failin topluma yeniden kazandırılması gibi sebeplerle gerçekten önemlidir. Ancak otorite bu amaçların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın toplumun korunması ve cezalandırmanın gerçekleşmesi için faile acı çektirmektedir. Failin çekeceği, çekebileceği acıları hesaplayıp cezaya karar verir. Bundan dolayı otorite tarafından beklenen ve hesaplanan acılar ayrıca incelenmelidir. Bu noktada cezalandırma ile gerçekleşen acıların kategorize edilmesi önemlidir.

II. MODERN CEZALANDIRMA ÇERÇEVESİNDE ACININ SINIFLANDIRILMASI

Cezalandırma sürecinde tek bir acıdan bahsetmek mümkün değildir. Bireyin cezayı deneyimlediği sürece karşısına 4 tür acının çıkacağını söyleyebiliriz. Bunlar devlet tarafından doğrudan amaçlanan acılar, dolaylı olarak amaçlandığı söylenecek dolaylı acılar, amaçlanmayan ancak yine de cezai müdahalenin ciddiyetiyle nedensel bir bağlantı taşıyan bağlamsal acılar ve cezalandırılmaları sırasında öznenin hayatında sadece tesadüfen var olan tamamen ilgisiz acılar olarak adlandırılabilir⁴⁹.

A. Doğrudan Amaçlanan Acılar

Doğrudan amaçlanan acılar açıkça otoritenin cezai faaliyetinden kaynaklanan ve cezalandırma ile beklenen acıdır. Örneğin özgürlükten yoksun bırakma ile ilişkili olan acılar doğrudan amaçlanır. Otorite, suçluyu belirli bir cezaya mahkûm ettiğinde, ister hapis yoluyla isterse toplum içindeki haklarından bazılarını kısıtlama yoluyla olsun, onun seçim ve özyönetim özgürlüklerinden bazılarını kaybet-

⁴³ JACOB, s. 2.

⁴⁴ HEGEL, s. 231.

⁴⁵ CESUR, s. 79; HEGEL, s. 229.

⁴⁶ GOFFMAN, Erving: *Relations in Public Microstudies of the Public Order*, Routledge, Oxfordshire, 2017, s. 144; HEGEL, s. 229.

⁴⁷ CESUR, s. 79.

⁴⁸ DOSTOYEVSKI, Fyodor Mihayloviç: *Suç ve Ceza*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2007, s. 10; NÜKET, Ünal Rutli: "Raskolnikov'un Ahlaki İkilemi Nietzscheci Bir Bakış", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 12.

⁴⁹ HAYES, David: "Proximity, pain and State Punishment", *Punishment&Society*, 2018, Cilt 20, Sayı 2, s. 245.

mesini amaçlar⁵⁰. Bu mahrumiyetler, cezanın kendisinden veya ceza biçimlerinin temel doğasından kolayca tespit edilebilirler⁵¹.

B. Dolaylı Acılar

Dolaylı acılar, devletin dolaylı olarak amaçladığı söylenebilecek nispeten dar bir olumsuz sonuçlar sınıfıdır. Devlet cezalandırma sonucunda gerçekleşeceği muhtemel ya da mümkün zararın farkındadır. Yine de ceza hukukundaki olası kast benzeri bir durum gibi “olursa olsun” diyerek cezalandırma yapar⁵². Devletin dolaylı acıların farkında olması fail açısından faydalıdır. Zira faile uygulanacak ceza şiddetini hesaplarken, cezayı anlamlı bir şekilde tanımlamayı ve öznel deneyimleri hesaba katmayı sağlar. Dolaylı acılar da bu bakımdan genel ve özel dolaylı acılar olarak ikiye ayrılır. Bütün cezalandırmalarda aynı olan kesin sonuçlar genel dolaylı acılardır. İyi bir örnek olarak ceza mahkumiyeti sonrası azalan istihdam edilebilirlik ele alınabilir. Cezaevinden çıkan kişilerin iş bulması, istedikleri işlerde çalışma olasılıkları diğerlerine göre düşüktür. Uluslararası olarak, kriminolojik araştırmalar, mahkumların (eski) suçlu olma statüsüyle ilişkili damgalanma nedeniyle, mahkûm olmayan iş arayanlardan ortalama iki yıl daha fazla iş arayacaklarını göstermektedir⁵³.

Elbette bu araştırmalar her hapisshaneden yeni çıkan hükümlünün önünde tam 24 ay iş arama süreci olacağını varsaymamız gerektiği anlamına gelmez. Bazı hükümlü kişiler daha uzun veya daha kısa işsizlik dönemleriyle karşı karşıya kalabilir. Ancak her durumda, her mahkûmun farklı şekillerde ve farklı derecelerde iş bulma sürecinde acı çekeceğini söyleyebiliriz⁵⁴. Önemli olan, bunun yargılama sırasında cezayı hesaplarken göz önüne alınmasıdır.

C. Bağlamsal Acılar

Bağlamsal acılar ise, dolaylı acıların aksine, çok daha geniş bir etki ve sonuç alanına sahiptir. Bağlamsal acılar daha çok cezalandırma sebebiyle ailevi ilişkilerin kesintiye uğramasıyla ortaya çıkabilecek acıları kapsar. Örneğin bir babanın hapis cezası alması ile çocukları ile geçirebileceği zamanın neredeyse ortadan kalkması bağlamsal bir acıdır. Ayrılık acıları, önemli gelişimsel anlardan uzak kalma veya duygusal olarak yankı uyandıran olaylar, cezalandırılan kişinin hayatı üzerindeki etkileri açısından çok sayıda, hayali ve yine de derin bir öneme sahip olabilir⁵⁵. Ayrıca özellikle cinsel yönelimi farklı olan kişiler hapis cezaları sırasında diğer hükümlülerden daha fazla acı çekebilir. Diğer hükümlülerin ve gardiyanların davranışları hapisshane şartlarını ağırlaştırabilir. Tecavüz suçluları diğer mahkumların düşmanca davranışları sebebiyle hücre cezası almamasına rağmen güvenliği için hapisshane personeli tarafından hücrede tutulabilir. Benzer şekilde kronik hasta kişilerin hapisshane şartlarının elverişsizliğinin hastalığını kötüleştirilmesi sebebiyle daha çok acı çekmesi söz konusudur. Bu sorunların uygulamaya ilişkin olduğunu söyleyip kişinin var olan cezasının ağırlaştırılmasını kabullenmek kanaatimce doğru değildir⁵⁶.

Mahkeme yargılama yaparken cezalandırma ile failin yaşayacağı bu acıları hesaba katabilir. Böylece toplumsal gerçekliğe daha uygun cezalar verilebilecektir. Ancak bunu yapmak, mahkumların bireysel olarak öngörülebilir koşulları hakkında ince ayrıntıları bilmelerini gerektirir. Ceza anında

⁵⁰ DURNESCU, Ioan: “Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2011, Cilt 55, Sayı 4, s. 540.

⁵¹ HAYES, s. 235-254.

⁵² HAYES, s. 235-254.

⁵³ GRAFFAM, Joseph / SHINKFIELD Alison / HARDCASTLE Lesley: “The perceived Employability of Ex-Prisoners and Offenders”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2008, Cilt 52, Sayı 6, s. 676.

⁵⁴ KOLBER, Adam: “The Comparative Nature of Punishment”, *Boston University Law Review*, 2009, Cilt 89, Sayı 5, s. 1565-1608.

⁵⁵ SEXTON, Lori: “Penal subjectivities: Developing a Theoretical Framework for Penal Consciousness”, *Punishment and Society*, 2015, Cilt 17, Sayı 1, s. 125.

⁵⁶ ARAS, Bahattin: “Hükümlü ve Tutukluların İnsan Onuruna Uygun Koşullarda Barınma Hakkı”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 25.

öngörülebilir veya neredeyse kesin acı olarak da görülmeyebilir. Bununla birlikte, bağlamsal acılar, öznenin mahkumiyeti ve cezasıyla dolaylı bir bağlantı taşır. Ceza verilen öznenin hayatında halihazırda var olan acılar, cezadan (olumlu veya olumsuz) etkilenebilir ve daha geniş toplumsal aktörlerin buna tepkileri nedeniyle yeni acılar ortaya çıkabilir⁵⁷.

D. İlgisiz Acılar

İlgisiz acılar ise cezalandırma sırasında amaçlanmayan, kesin olarak öngörülebilir olmayan acılardır. Annesi, çocuğu gibi yakınlık duyduğu varlıkların ölümü sonrası mahkûmun kişisel yası ilgisiz bir acıdır. Yargı makamları hiçbir şekilde bu ölümü ve mahkûmun kişisel yasını öngörmüş olamaz. Uzun yıllar cezaevinde kalacak kişiler için bu durum mümkündür ama gerçekleşemeyebilir. Hâkim cezanın şiddetini hesaplarken ilgisiz acıları değerlendirme listesine almaz⁵⁸.

Cezalandırma sırasında ilgisiz olan acıların ise bağlamsal acı haline gelmesi mümkündür. Mahkûmun yakını ölümcül bir hastalığa yakalandığında ve mahkûm cezaevinde olduğu için son günlerini onunla birlikte geçiremediğinde mahkûmun yası bağlamsal acıya dönüşür. Burada yas ile birlikte cezalandırmadan kaynaklı acı birbirine karışır⁵⁹.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki cezalandırma sürecinde sadece fail yönünden acı ve zarar meydana gelmez. Cezanın şahsiliği ilkesi modern dönemde önemli bir kazanımdır. Bu ilke kapsamında sadece suç işleyen kişi cezalandırılabilir. Ancak cezayı toplumsal boyutuyla ele aldığımızda suç işlemeyen kimselerin de cezalandırmadan kaynaklı olarak acı ve zarar çektiğini görürüz. Ceza ile faile önem veren veya ona bağımlı olan bireylere de kısmen ceza verilmiş olur.

Örneğin annelerinin cezalandırılması sebebiyle pek çok çocuk da hapisanede büyümek zorunda kalmaktadır⁶⁰. Babasını cezaevinde görmek için gelen çocuğun saatlerce cezaevi kurallarına uygun şekilde beklemesi gerekebilir. Açıkçası cezaevinin kötü koşullarına kısa süreliğine bile katlanması çok zor olan başka aile bireyleri de fail ile cezalandırılabilir. Failin ailesi toplumdan dışlanarak maddi ve manevi sıkıntılar yaşayabilir. Hatta devletin cezaların infazı için ayırdığı meblağ esasen diğer vatandaşlar için kullanılabilir. Failin cezalandırılması vergilerin aslında okul, aşevi, hastane gibi yerlere daha az ayrılmasına sebep olur. Ancak sonuç olarak belirtmek gerekir ki otorite çoğu zaman tüm bu zararları göz önüne alarak, faile kasıtlı olarak acı çektirir. Cezalandırmadan beklenen fayda tüm bu zararların üstünde olarak görülür⁶¹.

III. ACININ BİREYSEL DENEYİMİNDEKİ FARKLILIKLAR

Cezalandırmanın ıslah ile sonuçlanması, onarıcı ya da ödetici adaletin gerçekleşmesi için yukarıda belirtildiği gibi acı ve ızdırap gerekli görülmüştür. Ancak bu gerekliliğe bütün düşünürler katılmamıştır. Cezanın acı temelli olmasına yönelik bazı itirazlar vardır.

Buna göre öncelikle acı, ızdırap, hoş olmayan muamele kavramları ile ilgili bazı sorunlar vardır. Zira cezalandırma acının temelde sıradan insan için normal koşullarda kötü olduğu düşüncesine dayanır. Hapse girmek, haklarından mahrum kalmak, para cezası ödemek, bedensel zarar görmek gibi cezalandırıcı eylemler kötü kabul edilir. *Bentham*'a göre de doğada insan iki efendinin yönetimi altındadır. İnsanın ne yapması gerektiğini ve neyden kaçınması gerektiğini acı ve haz belirler⁶². Ancak bazı

⁵⁷ HAYES, s. 235-254.

⁵⁸ HAYES, s. 235-254.

⁵⁹ HAYES, s. 235-254.

⁶⁰ ÇENGELKÖYLÜ, Ceyda / BADEMCİ, Özden / ÇELİK, Dilek / KARADAYI / Esmâ Figen: "Anneleri ile Ceza İnfaz Kurumlarında Kalan 0-6 Yaş Çocukların Yaşam Koşullarının ve Deneyimlerinin Annelerinin Bakış Açısıyla Araştırılması", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 2022, Cilt 33, Sayı 4, s. 1167.

⁶¹ BERMAN, s. 258-290.

⁶² BENTHAM, Jeremy: *Principles of Morals and Legislation*, Dover Publications, Mineola, 2012, s. 1.

insanlar için acı kaçınılacak bir durum değildir. Zira kötü ve iyiyi belirleyen insanın kendisidir. Zarar görmek, olduğundan kötü hale gelmek, haklarından mahrum kalmak, acı çekmek bazı suçlular için iyidir. En başta mazoşist diye adlandırılan insanlar bedenlerinin hapsedilmesini, zarar görmesini, haklarından mahrum kalmayı iyi olarak adlandırırlar. Bunların olmasını arzu ederler. Kanaatimce ceza deneyimlerinin acı karşısında farklı olmasının temel sebebi bireysel farklılıklardır. Bu farklılıkların ayrıca incelenmesi gereklidir.

A. Mazoşizm

Mazoşizm farklı alt tipleri ve klinik görümleri olan karmaşık bir yapıdır. Acıdan haz alma, acı peşinde koşma gibi kavramlarla karşılık bulmaktadır. *Freud*, acı duymanın cinsel olarak şehvet uyandırıcı olabileceği, sadizmin mazoşizmle bir arada bulunduğunu belirtmiştir. Mazoşizmde arzu karşı tarafın acımasız ve despot tarzına yöneliktir. Mazoşizmin temel özelliği boyun eğme ve aşağılanmadan duyulan hazdır. *Freud* daha çok mazoşizmde hazzın cinsel sapkınlık olması üzerinde dururken bugün mazoşizm ahlaki bozukluk olarak kullanılmaktadır. Bu kullanım cinsiyetsiz bir tanım olarak daha çok kabul görmektedir⁶³.

Ceza hukuku bakımından mazoşizmin saldırgan içgüdüsel dürtü türevlerinin bir ifadesi olması önemlidir⁶⁴. Araştırmalara göre mazoşizm ve şiddet içeren davranış arasında doğru bir orantı vardır. Mazoşizm hakkında yapılan analizler mazoşizm ile şiddet suçu arasında tek değişkenli düzeyde güçlü bir ilişki bulmaktadır. Mazoşistler antisosyal kişilik bozukluğu olma olasılığı yüksek kişilerdir. Mazoşizmin ayrıca mülkiyet suçlarıyla da güçlü bir ilişkisi vardır. Araştırmalar bireylerin yakalanmaktan bir tür zevk aldıkları için suç işlediklerini ve bu durumun onları insanlar ve/veya mülkiyet açısından pervasız davranışlarda bulunmaya yönelttiğini göstermektedir. Hatta mazoşistlerin psikopatlardan daha fazla şiddet davranışına yatkınlık gösterebileceğini kanıtlayan çalışmalar vardır⁶⁵. Dolayısıyla cezalandırmanın acı verici yanından uzak durmak isteyen insanlar olmadıkları ortadadır. Cezalandırmanın acı verici olması onlar için caydırıcı, ödetici, onarıcı ya da ıslah edici değildir.

B. Sosyal, Dini veya Siyasi İnanıştaki Farklılıklar

Sosyal, dini veya siyasi inanışlarından dolayı bazı insanlar için cezalandırma acı olarak karşılık bulmayabilir. Örneğin, bazı insanlar özellikle büyük metropollerde ekonomik, sosyal nedenlerle sokakta yaşamak zorunda kalabilmektedir. Sokakta yaşamak zorunda kaldığında hapisane şartları onun için sokaktan kötü değildir. Hapishanedeki yaşam koşullarını daha iyi bulduğundan orada kalmayı özgürlüğünden mahrum kalmak olarak değil iyi bir fırsat olarak görebilir. Bu bakımdan hapishanede değil dışarıda acı çekiyor olabilir⁶⁶.

Bir başka toplumsal grup olarak kabul edilebilecek siyasi suçlular için de cezalandırma ve acı ilişkisi farklıdır. Siyasi suçlular acıyı ıslah sebebi, pişmanlık aracı olarak görmekten çoğunlukla uzaktır. Hapishane onlar için devam ettikleri siyasi mücadelenin bir parçası olabilir⁶⁷. Sonuçta acı ile hedeflenen faile otorite karşısında boyun eğdirmektir⁶⁸. Hapishanede çektikleri acı ise onları daha boyun eğmez, güçlü hale sokabilir. Zira başlarına gelebilecek olanın en kötüsünü görmüşlerdir⁶⁹. Örneğin

⁶³ GLICK, Robert / MEYERS, Donald: *MASOCHISM Current Psychoanalytic Perspectives*, The Analytic Press, London, 2005, s. 1; KESER, Emrah: "Mazoşist Kişilik Özelliklerinin Freud ve Fairbairn'in Kuramları Açısından İncelenmesi: Mazoşizmin Tanımı ve Klinik Görünümü", *AYNA Klinik Psikoloji Dergisi*, 2022, Cilt 9, Sayı 3, s. 470.

⁶⁴ GLICK / MEYERS, s. 2.

⁶⁵ PIROS, Hannah / BAUMAN, Amy / CLARK, Brendan: "An Exploration of the Link between Narcissism, Masochism, and Crime in a Post-Incarcerated Sample", *Journal of the National Medical Association*, 2023, Cilt 115, Sayı 5, s. 492.

⁶⁶ BOOMIN, s. 9.

⁶⁷ HAMPTON, Jean: "A New Theory of Retribution", (Ed) FREY, Ulrich / MORRIS, Richard: *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge University Press, New York, 1991, s. 399.

⁶⁸ KAHAN, Dan M.: "What do alternative sanctions mean?", *The University of Chicago Law Review*, 1996, Cilt 63, Sayı 2, s. 591.

⁶⁹ CESUR, s. 99.

Türkiye’de siyasi sisteme karşı gelen dini grupların Yusuf Peygamberin kıssasından yola çıkarak hapishaneyi davaları yolunda bir küçük fedakârlık, arınma aracı olarak gördüklerini duyabiliriz. Doğru yolda olduklarının işareti olarak acıyı benimsemeleri mümkündür. Acıya bu şekilde yaklaşmanın kanaatimce mazoşist dürtülerle de bağlantısı olabilir. Zira mazoşistlerde görülen acıdan memnun olma hali bu kişilerde de benzer şekilde görülebilir. Dolayısıyla bu insanları cezalandırma ile beklenen faydanın gerçekleşmeyeceği açıktır.

C. Beklenen Cezalandırma

Mazoşizm, dini, sosyal veya siyasi inanış sebebiyle kişilerin beklenen zarara uğramaması toplum tarafından adaletsizlik olarak algılanabilmektedir. Örneğin tecavüz suçu işleyen bir mazoşistin veya katliam yapan teröristin hapishanede rahatına devam ediyor olduğunun düşünülmesi çok kötüdür. Bu durumlarda yapılan haksızlıkların karşılığını bulmadığı, cezalandırmanın gerçekleşmediği itirazı yapılabilir.

Bir görüşe göre de ceza sebebiyle maruz kalınan özgürlük, mahremiyet, para gibi yoksunluklar acının kapsamına girmez. Örneğin çok zengin bir kişinin diğer insanların hayatını tehlikeye atacak şekilde araba kullanmasının, hız yapmasının sonucunda arabasına el koyma, yüksek bir para cezası verilmesi gibi yaptırımlar zengin kişi için acı verici, sert bir muamele değildir. Toplumdaki ceza anlayışından kaynaklı olarak beklenen ise zenginlerin de kuralların dışına çıktıkları zaman diğer insanlar gibi yaptırımın ağır yükünü taşımasıdır. Bu kişiye toplumsal adaletin gerçekleşmesi için kamuoyu tarafından istenen sert muamele gösterilmek üzere hapse atılabilir, haklarından mahrum bırakılabilir. Ancak bu durumda da suç ve hak edilen ceza orantısı bozulacaktır. Hız yapma, trafikte diğer insanların hayatını tehlikeye atma kasten öldürme, yaralama gibi suçlarla aynı şekilde cezalandırılmaz⁷⁰.

Özellikle *Boomin* tarafından savunulan görüşe göre mantık kuralları çerçevesinde itirazlara cevap verilebilir. Cezalandırmak için acı çektirme sürecinde zarar vermenin gerçekten kişi için kötü olup olmadığına mantık ile yaklaşmak gereklidir. Mantık kurallarına göre ceza ve ödül arasında ters orantı vardır. Bir kimse örneğin hırsızlık suçu işlediğinde cezalandırılır. Yerde bulduğu cüzdanı sahibine teslim eden kişi ise ödüllendirilir. Cezalandırma bir suç işleme neticesinde gerçekleşir. Ödül ise iyi bir çabadan sonra gelir. Cezalandırma ve ödül bundan dolayı aynı düzlemde yer alamaz. Aralarında kavramsal bir asimetri vardır⁷¹. Cezalandırma ve acı çektirme varsa bu mantık çerçevesinde haz yoktur.

Mantık kurallarını benimseyen bu görüş masum insanların yanlışlıkla ceza yargılaması sonrasında suçlu bulunmasını da benzer şekilde değerlendirir. Masum insanlar için ceza yaptırımı uygulanabilir. Ceza davalarında masum insanlar işlemedikleri suçlardan dolayı hüküm giyebilir. Ancak masum insanların cezalandırılması mümkün değildir. Zira ceza ve ödül arasında ters bir simetri vardır⁷².

Masum bir insanın işlemediği bir suçtan dolayı yanlışlıkla mahkûm edilmesi sonucunda hâkim suçluyu cezalandırdığına inanır. Masum kişi, belirli bir cezanın neden olduğu zararlara katlanabilir ancak cezalandırılmaz. *Quinton* ve diğerlerine göre bir kişiye acı çektirmek ancak o kişi suçluysa uygun şekilde ceza olarak tanımlanabilir⁷³. Örneğin *Sokrates*’in suçlu bulunup zehirle öldürülmesi bir cezalandırma olamaz. Zira *Sokrates* suçlu değildir. Suçsuz olmasına rağmen idamına karar verilmiştir. O yüzden içinde bir pişmanlık yaşamadan vicdanı acı çekmeden hakkındaki hükmü kabul etmiştir. Kanaatimce böyle bir yaklaşım hakimlerin adaletsiz yargılarından dolayı vicdan azabı çekmelerini önlemek için geliştirilmiştir. Yargı makamlarının sorumluluğu azaltılmaya çalışılmıştır. Bir insan haksız yere adam öldürmekten yanlışlıkla 20 yıl cezaevinde kaldığında acı çekecektir. Haklarından mahrum kaldığı için cezalandırılacaktır. Vicdanen acı çekmiyor olması cezalandırmayı ortadan kaldırmaz.

⁷⁰ BRADY, s. 141.

⁷¹ BOOMIN, s. 11.

⁷² BOOMIN, s. 18.

⁷³ QUINTON, Anthony M.: “On Punishment”, (Ed.) ACTON, Harry, B.: *The Philosophy of Punishment*, Macmillan Press, Londra, 1969, s. 60.

Ancak buradan yola çıkarak cezalandırmanın acısı, infaz edilen kişinin yaşadığı fiziksel, zihinsel veya duygusal acı deneyimi olarak tanımlanabilir⁷⁴.

Söylemek istediğimiz kişi bir suçtan mahkûm edildiyse çektiği acı onun cezasıdır. Cezaevinde mahkûm sıfatı ile bulunuyor olması bir kişinin cezalandırıldığına inanmamız için yeterlidir. Aslında, hapisanelerdeki insanlar hakkında söyleyebileceğimiz en fazla şey, onların suç işlediklerini düşünmemizdir. Bazılarının mahkûm oldukları suçların faili olmadığına farkında olsak da cezalandırıldıklarını söylemek doğrudur⁷⁵.

Ayrıca cezalandırmaya karar veren kişilerin doğruyu yapmaya çalıştığı kabul edilir. Bazen doğru olanı yapmaya çalışmak da hatalara sebep olabilir. Yargılamada hâkim elindeki delil ve tanıklara göre bir hüküm verir. Hüküm gerçekte yanlış bile olsa “bu cezalandırma değil” itirazı kabul edilemez. Örneğin bir adam Tanrı’nın olmadığına inanıyorsa, Tanrı’ya karşı işlediği iddia edilen suçlar için verilen cezalara karşı çıkabilir. Hatta “Bu ceza değil!” diye bağırabilir. Ancak bu bir cezadır ve adamın bu şekilde bağırması cezayı makul bulmadığının göstergesidir. Cezanın olmadığı anlamına gelemez⁷⁶.

D. Cezalandırmada Tüm Yaşamın Dikkate Alınması

Gertrude Ezorsky tarafından öne sürülen görüşe göre otorite bir cezaya hükmederken failin doğumundan itibaren hayatını incelemelidir. Ardından failin yaşadığı bütün acıları, zorlukları göz önüne alarak bir cezaya hükmetmelidir. *Ezorsky*’nin ifadesi ile otorite “tüm yaşam” ilkesini benimsemelidir. Bu ilke kapsamında bireyin tüm yaşamını göz önüne alarak cezanın infazına karar vermelidir. Kişi eğer hayatında zaten yeterince acı çekmişse işlediği suçun cezasını çekmeyebilir. Cezanın şiddeti kişinin hayatında yaşadığı acılarla orantılı olarak arttırılmalı veya azaltılmalıdır⁷⁷. Bu anlayışa göre kişinin hayat boyu çektiği acı cezanın şiddetini etkilemezse ceza fail açısından haksız olur⁷⁸.

Açıkkası kanaatimce tüm yaşam ilkesi hakimlerin Tanrısal bir güçle hüküm vermesini gerektirir. Dini inanışlardaki büyük hesap gününde kişiler bütün yaptıklarıyla, acılarıyla, sevapları ve günahları ile değerlendirileceği anlayışı hukuka yansıtılmaya çalışılmıştır. Bu anlayışta büyük bir sorun vardır. Faile hayatı boyunca acıları yaşatan da Tanrıdır. Acıyla ve mutlulukla kişinin neler yaptığını değerlendiren de Tanrıdır. Hukukta ise kişiye acıları yaşatan hakimler değildir. Dolayısıyla hakimlerin kişilerin acı ve mutluluk karşısında failin nasıl davrandığına bakarak karar vermesi mümkün değildir. Kişilerin ne kadar acı çektiğinin bu yüzden cezadan kaç yıl indirilmesi gerektiğinin hesaplanması da imkansızdır. Diğer yandan bazı insanlar hayatları boyunca kötü muameleyle maruz kalıp acı çekmiş olmasına rağmen kurallara karşı gelmemişlerdir. Bazı insanlarsa aynı şartları suça yönelmek için önemli bir sebep olarak görmüştür. Kimi insanlar kendi çektiği acıları başkalarının yaşamaması için çaba gösterir. Kimi insanlar ise çektiği acıları başkalarına da yaşatmak ister ve bunun mazur görülmesini bekler. Bu durumun sebebi acının tamamen bireysel bir deneyim olarak kişilerde farklı davranışlarla dışarı yansmasıdır. Hakimlerin tüm bunları kabul edip kararına yansıtması ütöpik bir arzu dur.

Cezalandırma deneyiminde cinsiyet, yaş, etnik köken, sosyoekonomik sınıf ve cinsel yönelim gibi sosyodemografik bağlamlar göz önüne alınabilir. Ancak ne kadar özel durumlara göre yapılandırılmış olursa olsun acı kişisel bir deneyimdir. Cezalandırmanın mükemmel bir şekilde bireyselleştirilmesi mümkün değildir. Acı kavramını yukarıda açıklarken daha çok kişinin bireysel ve psikolojik deneyimi olduğunu belirtmişim⁷⁹.

⁷⁴ HAYES, s. 235-254.

⁷⁵ GENDIN, Sidney: “The Meaning of ‘Punishment’”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 1967, Cilt 28, Sayı 2, s. 235-240.

⁷⁶ GENDIN, s. 237.

⁷⁷ EZORSKY, Gertrude: “The Ethics of Punishment”, (Ed.) EZORSKY, Gertrude: *Philosophical Perspectives on Punishment*, Suny Press, Albany, 1972, s. xi-xxvii, xxii-xxvii.

⁷⁸ BERMAN, s. 258-290.

⁷⁹ HAYES, s. 235-254.

Ayrıca failin toplumdaki dezavantajlı durumuna çok fazla önem vermek mağdur açısından sorundur. Örneğin fail babası tarafından yıllarca tecavüz edilmiş bir kişi olabilir. Fail yaşadığı tecavüzlerden yıllar sonra başkalarına tecavüz eden biri olduğunda yaşadığı acıları hâkim göz önüne alabilir. Ancak bu kişinin tecavüz ettiği mağdurların failin yıllarca yaşadığı acıyı düşünüp faili affetmesi beklenemez. Mağdur çektiği acının faile yine de ödettilmesini bekler. Eğer hâkimde fail zaten önceden cezalandırılmış şeklinde bir algı olursa mağdur yaşadığı acı ve öfke ile ortada bırakılır. Mağdur en az failin bireysel yaşamının dikkate alınması kadar kendi acısına saygı duyulmasını bekler. Hukuk mağdura anlayışlı ve bağışlayıcı olmayı dayatamaz. Mağdur kendisi acı içindeyken failin cezasız kaldığını görmesi halinde otorite ve toplumla kurduğu bağları kopar.

Ayrıca cezalandırma faaliyetinin toplumsal bir yönü de vardır. Toplamlar sezgisel ve duygusal yargılara büyük ölçüde bağımlı bir yapıda davranış sergiler. Eğer biri suç işlediye bu yargılara bağılı olarak acı çekmeyi de hak ettiği düşünülür. Birçok kişi suç işleyenlerin acı çekmediği, suç işlediği için özel bir muameleye tabi tutulduğu düşüncesini adaletsiz bulur. Örneğin şiddet dolu bir ortamda büyüyen bir kişinin haksız şekilde başkasına şiddet göstermesinin cezada indirim sebebi sayılması toplumda adaletsizlik olarak görülür. Hakimler kararlarını verirken toplumsal algı ve tepkileri hiçe sayamaz⁸⁰.

Toplumların genel kabulüne göre iyi, dürüst, güvenilir bir kişiye saygı göstermenin yolu ona karşı hoş olmayan bir davranışta bulunmamaktır. Kötü, suç işleyen kimselere ise hak ettiğini vermek gerekir. Böylece iyi insanların meşru menfaatleri de ihlal edilmemiş olur. İnsan olmanın doğasına saygı duyulmuş olur⁸¹.

Kanaatimce ceza toplumu suçtan korumaya hizmet eder. Cezalandırmanın amaçlarından biri kişinin ıslah olarak tekrar suç işlememesi olabilir. Ancak çoğunlukla kurallara uymayanlara ceza verilmesi gerektiği için cezalandırma yapılır. Cezalandırma faaliyetini, cezalandırılan her bir kişi üzerindeki öznel etkileri açısından tanımlayamayız. Tanımlamaya çalışırsak, cezanın ne olduğu sorusunu çözdüğümüzü düşündüğümüz her seferinde yeni bir istisnanın ortaya çıkma riskini alırız. Bu nedenle önemli olan cezalandırılan kişinin cezayı umursayıp umursaması değil otoritenin ne istediğidir. Hükümlülerin seçenekleri olmaz. Otorite hapiste kalmasını istiyorsa kalmasını istediği sürece ve şekilde içeride kalacaktır. Mahkûmun orada kalmak istemesi ya da istememesi otoritenin sorunu değildir. Cezalandırmak ile amaçlanan salt acı çektirmek değildir. Kişi açısından cezanın acı içermemesi ceza ile elde edilmek istenen amaçların ortadan kalktığı anlamına gelmez. Cezada acı bundan dolayı bir araçtır⁸².

SONUÇ

Cezalandırmanın temel bileşenlerinden biri olan “acı” olgusu bu çalışmada tarihsel, felsefi ve bireysel boyutlarıyla çok katmanlı bir şekilde ele alınmak istenmiştir. Buna göre, cezalandırma yalnızca failin hukuk düzenine aykırı eylemine karşı bir tepki değildir. Aynı zamanda toplumsal düzenin, adalet duygusunun ve otoritenin meşruiyetinin yeniden inşası sürecinde işlev gören bir araçtır. Acının cezalandırma içerisindeki rolü failin bireysel dönüşümünü etkiler. Bununla birlikte mağdurun ve toplumun adalet algısı da cezalandırmadan etkilenmektedir. Cezalandırma sürecinde acının bireysel olarak algılanmasındaki farklılıklar, cezalandırmanın etkinliği ve eşitliği üzerinde çeşitli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Acı bireysel bir deneyimdir. Kişilerin acı deneyimlerinin farklılığı cezadan farklı şekillerde etkilenmelerine veya hiç etkilenmemelerine sebep olabilir.

Dolayısıyla çalışmada öncelikle acı ve cezalandırma ilişkisi incelenmiştir. Acının duygusal, nörolojik ve psikolojik yönleri açıklanmıştır. Cezalandırmanın tarihi ve cezalandırmanın amacı konusunda acının değişik yönleri etkilidir. Örneğin cezanın amacının sadece ceza vermek olduğuna inanıldığı

⁸⁰ BERMAN, s. 258-290.

⁸¹ BERMAN, s. 258-290.

⁸² GENDIN, s. 237.

dönemde ağır fiziksel acı içeren cezalar tercih edilmiştir. Cezanın amacının ıslah olduğu dönemde ise failin psikolojik olarak acı çekmesi üzerine yoğunlaşmıştır. Acının fail için faydalı olabileceği düşüncesi etkili olmuştur. Sonrasında ise acı otorite ile fail arasında bir iletişim şekli olmuştur. Otorite acıyı hesaplayıp, doğrudan, dolaylı etkilerini göz önünde bulundurarak cezalandırmanın şekline karar vermiştir. Cezalandırma ile bağlantılı olarak bu acılar doğrudan acı, dolaylı acı, bağlamsal acı, ilgisiz acı başlıkları altında kategorize edilebilmektedir.

Bireysel inanış ve yaklaşımlardaki farklılık, psikolojik rahatsızlıklar cezalandırma ile beklenen faydayı gerçekleştirmeyebilir. Kişiler acı çekmek bir yana cezalandırmadan haz duyabilir. Bu durum ise mağdur ve toplum açısından olumsuz sonuçlara yol açar. Toplum suç işleyen kişinin cezalandırıldığını görmek ister. Fail yeterince acı çektiğinde toplum cezalandırılmanın gerçekleştiğine inanır. Aksi takdirde adaletsizlik iddiaları ileri sürülebilir. Tecavüze uğramış bir mağdur kendisi acı içindeyken failin cezaevinde rahat ettiği düşüncesine sahip olabilir. Ancak ceza için acı bir araçtır. Acı bir amaç olsaydı ancak böyle bir iddia kabul edilebilirdi. Acının deneyimsel farklılıkları cezanın varlığını etkilememelidir. Fail cezası sebebiyle fiziksel olarak çok acı çektiğinde cezalandırılmış, az acı çektiğinde hatta hiç acı çekmediğinde cezalandırılmamış olduğuna inanmak doğru bir yaklaşım değildir.

Sonuç olarak, acı cezalandırmada araçsal bir nitelik taşımakta, ancak bu aracın ne ölçüde kullanılması gerektiği hukuki, etik ve sosyolojik düzlemlerde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda cezalandırmanın amaç ve sınırlarını yeniden düşünmek, çağdaş ceza adaletinin daha adil ve etkili kılınması açısından önem arz etmektedir. Modern ceza teorilerinin, yalnızca acının varlığına değil, bu acının fail, mağdur ve toplum üzerindeki etkilerine odaklanarak daha bütüncül ve duyarlı bir cezalandırma anlayışını benimsemeleri gerekmektedir. Normatif olarak önerilen yaklaşım, cezalandırmanın sadece geçmişteki suça tepki olmakla kalmayıp, gelecekte toplumsal barışa katkı sunacak bir onarım süreci olarak yapılandırılmasıdır. Bu bağlamda, cezalandırmada acıdan ziyade anlamlı sorumluluk, etik onarım ve toplumsal yeniden bağ kurma pratikleri öne çıkarılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AÇA, Mehmet: “Yaratılış Mitleri, Şamanizm ve Tasavvuf Bağlamında Düşüş, Mahrumiyet ve Hapis”, *Millî Folklor Dergisi*, 2004, Sayı 62, s. 8-18.
- AKTAŞ, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 1-25.
- ARAS, Bahattin: “Hükümlü ve Tutukluların İnsan Onuruna Uygun Koşullarda Barınma Hakkı”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 5-59.
- AYDIN, Melike Belkis: “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 126-138.
- BEAUMONT, Gustave De / TOCQUEVILLE Alexis De: *On the Penitentiary System in the United States and its Application to France*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018.
- BECCARIA, Cesare: *Crimes and Punishments*, Marsilio, New York, 1996.
- BENTHAM, Jeremy: *Principles of Morals and Legislation*, Dover Publications, Mineola, 2012.
- BERMAN, Mitchell: “Punishment and Justification”, *Ethics*, 2008, Cilt 118, Sayı 2, s. 258-290.
- BOOMIN, David: *The Problem of Punishment*, Cambridge, New York, 2008.
- BRADY, Michael: “Suffering and Punishment”, (Ed.) AMAYA, Amalia / DEL MAR, Maksymilian: *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Chicago, 2020, s. 139-156.
- CESUR, Halil: *Ödetcici Ceza Anlayışının İki Yüzü*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- CREWE, Ben: “Depth, Weight, Tightness: Revisiting the Pains of Imprisonment”, *Punishment & Society*, 2011, Cilt 13, Sayı 5, s. 509-529.
- ÇELEPİ, Mehmet S.: “Türk Mistisizm Geleneğinde Yunus Emre’nin Sırta Ermesi”, *Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 17, Sayı 38, s. 111-134.
- ÇENGELKÖYLÜ, Ceyda / BADEMCİ, Özden / ÇELİK, Dilek / KARADAYI / Esmâ Figen: “Anneleri ile Ceza İnfaz Kurumlarında Kalan 0-6 Yaş Çocukların Yaşam Koşullarının ve Deneyimlerinin Annelerinin Bakış Açısıyla Araştırılması”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 2022, Cilt 33, Sayı 4, s. 1161-1182.
- DIX, Dorothea: *Remarks on Prison and Prison Discipline in the United States*, Joseph Kite, Philadelphia, 1845.
- DOSTOYEVSKI, Fyodor Mihayloviç: *Suç ve Ceza*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- DUFF, Antony: “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio*, 2010, Cilt 23, Sayı 2, s.123-140.
- DURNESCU, Ioan: “Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2011, Cilt 55, Sayı 4, s. 530-545.
- EZORSKY, Gertrude: “The Ethics of Punishment”, (Ed.) EZORSKY, Gertrude: *Philosophical Perspectives on Punishment*, Suny Press, Albany, 1972, s. xi-xxvii, xxii-xxvii.
- FOUCAULT, Michel: *Hapishanenin Doğuşu*, İmge Yayınları, İstanbul, 2000.
- GENDIN, Sidney: “The Meaning of ‘Punishment’”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 1967, Cilt 28, Sayı 2, s. 235-240.
- GLICK, Robert / MEYERS, Donald: *MASOCHISM Current Psychoanalytic Perspectives*, The Analytic Press, London, 2005.
- GOFFMAN, Erving: *Relations in Public Microstudies of the Public Order*, Routledge, Oxfordshire, 2017.
- GRAFFAM, Joseph / SHINKFIELD Alison / HARDCASTLE Lesley: “The perceived Employability of Ex-Prisoners and Offenders”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2008, Cilt 52, Sayı 6, s. 673-685.
- GÜRER, Betül: “Ahmed Yesevî’nin Dîvân-ı Hikmet’i Ekseninde Tasavvufi Düşüncede İlahi Aşk”, *Bilig*, 2017, Sayı 80, s. 15-41.

- HAMPTON, Jean: “A New Theory of Retribution”, (Ed.) FREY, Ulrich / MORRIS, Richard: *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge University Press, New York, 1991, s.377-414.
- HAMPTON, Jean: “Correcting Harms Versus Righting Wrongs the Goal of Retribution”, *Ucla Law Review*, 1992, Sayı 39, s. 1659-1702.
- HART, Herbert Lionel Adolphus: *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York, 1968.
- HASKELL, Thomas: “Capitalism and the Origins of the Humanitarian Sensibility”, *American Historical Review*, 1985, Cilt 90, Sayı 3, s. 547-566.
- HAYES, David: “Proximity, pain and State Punishment”, *Punishment&Society*, 2018, Cilt 20, Sayı 2, s. 235-254.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich: *Early Theological Writings*, University of Pennsylvania Press, Pensilvanya, 1971.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- JACOB, Adler: *Urging of Conscience a Theory of Punishment*, Temple University Press, Pensilvanya, 1991.
- KAHAN, Dan M.: “What do Alternative Sanctions Mean”, *The University of Chicago Law Review*, 1996, Cilt 63, Sayı 2, s. 591-654.
- KAPTAN, Cemile: “Acı ve Sanat”, *Sanat ve Tasarım Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 12, s. 59-81.
- KESER, Emrah: “Mazoşist Kişilik Özelliklerinin Freud ve Fairbairn’in Kuramları Açısından İncelenmesi: Mazoşizmin Tanımı ve Klinik Görünümü”, *AYNA Klinik Psikoloji Dergisi*, 2022, Cilt 9, Sayı 3, s. 466-488.
- KOLBER, Adam: “The Comparative Nature of Punishment”, *Boston University Law Review*, 2009, Cilt 89, Sayı 5, s. 1565-1608.
- LIEBLING, Alison: “Moral Performance, Inhuman and Degrading Treatment and Prison Pain”, *Punishment and Society*, 2011, Cilt 13, Sayı 5, s. 530-550.
- MCPHERSON, Thomas: “Punishment: Definition and Justification”, *Analysis*, 1967, Cilt 28, Sayı 1, s. 21-27.
- MERSKEY, Harold: “The definition of Pain”, *Eur Psychiatry*, 1991, Cilt 6, Sayı 4, s. 153-159.
- MOLLAYOUSEFİ, Mahmoud / MEMARİ, Daria: “Original Sin from the Viewpoint of Islam and Christianity”, *Religions and Mysticism*, 2012, Cilt 44, Sayı 2, s. 101-126.
- NEWMAN, Graeme: *Just and Painful a Case for the Corporal Punishment of Criminals*, Macmillan, New York, 1983.
- NÜKET, Ünal Rutli: “Raskolnikov’un Ahlakî İkilemi Nietzscheci Bir Bakış”, *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 73-91.
- PIROS, Hannah / BAUMAN, Amy / CLARK, Brendan: “An Exploration of the Link between Narcissism, Masochism, and Crime in a Post-Incarcerated Sample”, *Journal of the National Medical Association*, 2023, Cilt 115, Sayı 5, s. 488-495.
- QUINTON, Anthony M.: “On Punishment”, (Ed.) ACTON, Harry, B.: *The Philosophy of Punishment*, Macmillan Press, Londra, 1969, s. 55-64.
- SEXTON, Lori: “Penal subjectivities: Developing a Theoretical Framework for Penal Consciousness”, *Punishment and Society*, 2015, Cilt 17, Sayı 1, s. 114-136.
- SHOEMAKER, Karl: “The Problem of Pain in Punishment Historical Perspectives”, (Ed.) SARAT, Austin: *Pain, Death, and the Law*, University of Michigan Press, Michigan, 2001, s. 15-41.
- STRANG, Heather / SHERMAN Lawrence: “Repairing the Harm Victims and Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2023, Cilt 15, Sayı 1, s. 15-42.
- TARAKÇI, Muhammet: “St. Thomas Aquinas’a Göre Aslı Günah”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 15, Sayı 1, s. 307-318.
- THOMAS, Aquinas: *Summa Theologica. (Dominican Fathers, trans)*, Burns, Oates and Washbourne, London, 1947.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 5, Sayı 1-4, s. 259-294.

Zincirleme Suçun Sübjektif Şartı^(*)*Subjective Condition of Successive Offense*

Buket ÖZ TÜYDAŞ



Araştırma Görevlisi Doktor

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Zincirleme Suç,
Suçların İçtimaı,
Bir Suç İşleme Kararı,
Suç İşleme Kararında
Birlik,
Aynı Suç İşleme
Kararı.

Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesine göre zincirleme suç, her biri aynı suç teşkil eden birden fazla fiilin; aynı kişiye karşı, bir suç işleme kararıyla gerçekleştirilmesini ifade eder. Zincirleme suçta fail, aynı suçu birden fazla kez işlemesine rağmen, suç işleme kararında birlik gösterdiği için, kendisine işlediği suç sayısına ceza verilmez, sadece tek bir suçun cezası belli oranda artırılarak verilir. Zincirleme suçun en önemli unsuru, suç işleme kararında birlik şeklinde de ifade edilen bu sübjektif şarttır. Soyut ve kanuni tanımdan yoksun olan bu şart, öğretide ve uygulamada; plan, tasavvur, karar gibi çeşitli kavramlarla açıklanmıştır. Söz konusu şart, ne şekilde ifade edilirse edilsin, failin zihinsel faaliyetinin ürünü olduğundan ancak dışarıya yansıttığı birtakım davranışlarla ispatlanabilir. Bu bağlamda suçların konusu, işleniş özellikleri, işlendiği yer, zaman gibi çeşitli kriterlerin tamamı ya da birkaçı kullanılarak; sübjektif şart, öğretide ve içtihatlarda dar ya da geniş anlamda yorumlanmaktadır. Çalışmada suç işleme kararında birlik kavramı, karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar da dikkate alınarak, ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Çalışmayla suç işleme kararında birliğin, failin zayıflığını mı yoksa tehlikeliliğini mi gösterdiği sorusuna cevap aranmıştır. Ayrıca suç işleme kararında birliğin tespitinde faydalanılan kriterler ile taksirle, olası kastla, iştirak hâlinde işlenen suçların zincirleme suç şeklinde işlenmeye elverişli olup olmadığı gibi tartışılmalı hususlar da çalışmada ele alınan diğer konulardır.

Keywords

Successive Offense,
Concurrence of
Penalties,
Decision to Commit an
Offense,
Unity in the Decision
to Commit an Offense,
Decision to Commit
the Same Offense.

Abstract

Successive offense is regulated in the Article 43 of Turkish Penal Code No. 5237. In a successive offense, although the perpetrator commits the same offense more than once, since he shows unity in his decision to commit the offense, he is not given a penalty for the number of offenses he has committed, but only the punishment for a single offense is increased by a certain percentage. The most important element of a successive offense is this subjective condition expressed as unity in the decision to commit a crime. In doctrine and practice, this condition is explained with various concepts such as plan, conception and decision. Regardless of how the condition is expressed, since it is the product of the perpetrator's mental activity, it can only be proven with certain behaviors that the perpetrator reflects to the outside. In this context, the subjective condition is interpreted in doctrine and jurisprudence in a narrow or broad sense by using some or all various criteria such as the subject matter of the crimes, the characteristics of the crimes, the place and time of the crimes. In this study, the concept of unity in the decision to commit an offense is tried to be put forward by considering the approaches in comparative law. In addition, this study has sought to answer the question of whether unity in the decision to commit a crime indicates the weakness or the dangerousness of the perpetrator.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.04.2025, Kabul Tarihi: 18.07.2025.

Bu makale, yazarın "Zincirleme Suç" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.



I. SUÇ İŞLEME KARARINDA BİRLİK KAVRAMI

Zincirleme suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) *Suçların İctimai* başlıklı beşinci bölümünün 43. maddesinde “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir¹.

Zincirleme suçun en önemli unsuru olan ve Kanun'da “bir suç işleme kararı” şeklinde ifade edilen sübjektif şart, öğretide; bir suç işleme kararı² ifadesinin yanı sıra aynı suç işleme kararı³, suç işleme kararında birlik⁴, suç kararında birlik⁵ gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Mülga TCK'da da bir suç işleme kararının icrası olarak ifade edilen (ETCK m. 80)⁶ ve 5237 sayılı TCK'ya da aynen aktarılan söz konusu sübjektif şart, madde gerekçesinde tanımlanmamış, kanuni ifadenin tekrarı ile yetinilmiştir⁷. “Bir suç işleme kararı”, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs kavramını tanımlarken kullandığımız “işlenmesine karar verilen bir suçun icrasının elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması” şeklindeki ifadeyi ve hazırlık hareketlerini çağrıştırmaktadır. Ayrıca söz konusu kavram, “tek bir suç için verilen kararın icrası” gibi de anlaşılmaya müsaittir⁸. Bu nedenlerle çalışmamızda, zincirleme suçun sübjektif şartı için, bir suç işleme kararı yerine, biz de “suç işleme kararında birlik” kavramını kullanmayı tercih ettik.

Suç işleme kararında birlik, net bir şekilde açıklanabilen ya da her olaya standart bir şekilde uygulanabilen somut kriterlere sahip bir koşul değildir. Suç işleme kararında birlik, kastta birlik ya da suçun tekliği şeklinde anlaşılmamalıdır. Sübjektif şarttaki “bir” ifadesi karardaki birliği vurgulamak içindir⁹. Zira müteselsilen işlenen suçların her biri ayrı bir kastla işlenmiş fiillerdir¹⁰. Aynı ve tek olan şey, münferit kastlara sahip, müteselsilen işlenen, suçları birbirine bağlayarak kasttan farklı bir anlam ifade eden suç işleme kararıdır¹¹.

Zincirleme suçun sübjektif şartını anlamak için öncelikle “karar” kavramı üzerinde durulması gerekir. Bu kavram; amaç, saik, kast gibi kendisine benzer diğer kavramlardan farklı bir anlam taşımaktadır. Suç, failin zihninde önce bir fikir olarak doğar ve sonra bu fikir, tasavvura, ardından karara evrilir. Tasavvur kavramının sözlük anlamı, zihinde canlandırma olup; amaç, niyet, gaye, maksat ile eş anlamlı kullanılmaktadır¹². Fikir ve tasavvur, karardan önceki aşamalardır. Kast ise karardan sonraki aşamadır¹³. Ceza hukuku kural olarak, faili suç işlemeye iten güdü yani saik ile ilgilenmez. Ancak

¹ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

² BULUT, İlhan: “Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı Kavramı” ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 10, Sayı 1, s. 38.

³ İÇEL, Kayıhan: *Suçların İctimai (Genel Bilgiler-Fikri İctima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İctima)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972 (Suçların İctimai), s. 146.

⁴ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 393-393; YALÇIN SANCAR, Türkan: *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995 (Müteselsil), s. 86-87.

⁵ EREM, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler*, 10. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973 (Cilt: I GH), s. 370.

⁶ 06.06.1941 tarihli ve 4827 sayılı Resmî Gazete.

⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 998.

⁸ YALÇIN SANCAR, Türkan: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 70 (Zincirleme), s. 253.

⁹ ÖZEN, Mustafa: *Suçların İctimai (Zincirleme Suç-Fikri İctima-Bileşik Suç)*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 185.

¹⁰ EREM, Faruk: “Suçların ve Cezaların İctimai Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, *Adliye Dergisi*, 1944, Cilt 35, Sayı 8, s. 664.

¹¹ DÖNMEZER / ERMAN, s. 397-398, kn. 532.

¹² <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 24.04.2025).

¹³ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 89, 96.

saik, suçun kanuni tarifinde özel olarak belirtilmiş ya da suçun nitelikli hali olarak düzenlenmişse ceza hukuku bakımından önem arz eder. Zincirleme suçun sübjektif koşulu olan suç işleme kararında birlik, suç işleme saikinden veya amacından farklıdır. Faili suç işlemeye iten his veya menfaat gibi nedenler olan saik, karardan önceki safhadır. Kanun koyucu, zincirleme suç için kararda birlik ararken failin saikine önem vermemiştir. Zira failin işlediği ve işleyeceği suçlar bakımından birden fazla saiki olabilir. Bu durum suç işleme kararında birliğin oluşmasına engel değildir¹⁴. Ayrıca zincirleme suçta birden çok suç ve dolayısıyla bu suçlara ilişkin olarak failin münferit kastları olduğundan, zincirleme suçta yenilenen kastlar söz konusudur. Birden fazla suçun işlendiği her halde doğal olarak yenilenen kast vardır. Zincirleme suçun oluşmasına yenilenen kast değil ancak yenilenen karar engel olabilir. Bu açıdan yenilenen kast ile yenilenen karar birbirine karıştırılmamalıdır. Müteselsilen işlenen suçlarda sorun, kararın yenilenip yenilenmediği yani işlenen suçlar arasında failin başka bir karar verip vermediğidir¹⁵.

II. SUÇ İŞLEME KARARINDA BİRLİĞİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

Mülga TCK dönemindeki Türk ceza hukuku öğretisinde, suç işleme kararında birliği açıklayan görüşler genel itibarıyla aşağıdaki gibidir:

Suç işleme kararında birlik bir görüşe göre, aynı suçu birkaç defa ihlal etme konusunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyettir. Fail, birkaç defa suç işlemeye yönelik planını veya niyetini tek bir seferde gerçekleştirmek yerine onu parçalara bölerek gerçekleştirmeyi daha uygun görür ve bu plana göre hareket ettiği için birden fazla olan kısımlar, zincirleme suç meydana getirirler¹⁶.

Suç işleme kararında birliği tasavvur ile açıklayan bir görüşe göre, failin yapmak istediği hususu bir bütün hâlinde istemiş olması suç işleme kararında birliğin oluşması için yeterlidir. Örneğin; bir evi tamamen soymayı kafasına koymuş bir kişi, bütün tedbirlerini alarak eve girmiş olmasına rağmen evdeki eşyaların tamamını tek bir seferde çalamayacağını fark etmiş olsun. Bu esnada kişinin, evi soyma faaliyetini parçalara bölme kararı olarak; değişik zamanlarda, birkaç defa eve girmesi durumunda hırsızlık suçu zincirleme şekilde işlenmiş olacaktır¹⁷.

Suç işleme kararında birliği amaç ile açıklayan bir görüşe göre kararda birlik, umumi bir saik birliğine kadar gitmemek şartıyla, zincirleme suç teşkil eden fiillerin aynı gayeye yönelik olmasıdır. Bu görüşe göre karar ani olarak da alınabilir. Dolayısıyla kararın en başından itibaren tasarlanmış olması şart değildir. Kararda birlik, failin saikine göre değil gayesine göre belirlenmelidir. Çıkacak fırsatlardan yararlanma konusunda genel ve soyut bir karar, şartın gerçekleşmesi için yeterli bir neden değildir. Örneğin hırsızlığı meslek haline getirmiş birinin defalarca hırsızlık suçu işlemesinde, hayatını gayri meşru şekilde temin bakımından umumi bir saik birliği bulunduğundan zincirleme suç oluşmaz¹⁸. Bir diğer görüşe göre, failde bir suç işleme kararının olması için failin; baştan beri aynı gayeye yönelmiş, birden fazla suç işleme düşüncesi içinde olması gerekir¹⁹.

¹⁴ ERDOĞAN, Yağmur Müge: *Zincirleme Suç*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 331-333.

¹⁵ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 1073-1074.

¹⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s. 397-398, kn. 532.

¹⁷ TOSUN, Öztekin: “Müselssel Suçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1957, Cilt 22, Sayı 1-4, s. 136.

¹⁸ EREM, *Cilt: I GH*, s. 370-371.”TCK. nun 80. maddesi 4055 sayılı Yasa ile değiştirilmezden evvel bu koşul “bir kasdi cürmünün efa’ali icraiyesi” olarak belirtilmiş iken maddenin kabahat suçlarını da kapsamına alması için “Bir suç işleme kararının icrası” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Suç işleme kararındaki birliği, suç işleme kastı kavramından derece derece uzaklaştırarak genelleştirmek mümkündür. Fakat çok genel bir birlik, genel bir saik birliğine götürülebilir. Hırsızlığı kendisine meslek edinen bir kimsenin birçok hırsızlık suçunu işlemesinde hayatını meşru olmayan tarzda sağlama bakımından genel bir saik birliği içinde olduğu söylenebilir. Ancak suçlarında teselsül bulunamaz. Genel saik birliğine kadar gitmemek kaydıyla müteselsil suçları oluşturan hareketlerin aynı gayeye yönelik olması hâlinde birlikten bahsedilir. Bu itibarla unsur suçların tek tek kararlarından ayrı olarak bunları da kapsamına alacak genel bir karar bulunmalıdır. Kararın önceden tasarlanmış olması şart değildir. Karar ani de olabilir. Yasa “aynı suç işleme kararı”nı benimsediğine göre “saik” üzerinde durulmamalı ve unsur suçların saikleri arasında birlik şartı aranılmamalıdır. Suç işlemek kararında birlik, bağım-

Suç işleme kararında birliği, failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağlantı şeklinde açıklayan görüşe göre, müteselsilen işlenen her hareket önceki hareketin devamı gibi gözüktür. Karar kavramı, suçun manevi unsurundan ayrı ve ondan önceki bir safhaya ait bulunan, sadece faili harekete geçirici sübjektif bir etkeni ifade eder. Bu açıdan taksirli suçlar da zincirleme suç teşkil edebilir. Zincirleme suçtaki sübjektif bağlantı; suçları işlemekten önce yani en başından itibaren fail tarafından kurulan bir plan olabileceği gibi, fiillerin devamına bir önceki fiilin işlendiği sırada yani sonradan karar verilmesiyle de oluşabilir. Failin işleyeceği tüm fiilleri, en başından itibaren ayrıntılı bir şekilde öngörmesi aranmadığından; fail, sonraki fiillerini şarta bağlı tutabilir ya da belli bir tarihte işlenmesi öngörülen bir suç bazı nedenlerle ertelenebilir. Bunlar sübjektif şarta engel nedenler değildir²⁰.

Genel itibarıyla sübjektif şart, müteselsilen işlenen her bir suç için verilen münferit kararlardan farklı olup, bu münferit kararları kendi aralarında birleştiren psikolojik bir bağdır. Bu şarttan ne anlaşılması gerektiği öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmıştır. Sübjektif şarta verilen anlama göre zincirleme suçun uygulama alanı daralmakta ya da genişlemektedir²¹.

B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

5237 sayılı TCK döneminde Türk ceza hukuku öğretisinde suç işleme kararında birlikten ne anlaşılması gerektiği üzerine yapılan açıklamalar, zincirleme suçun sübjektif şartında bir değişiklik olmadığından, genel itibarıyla mülga TCK dönemi ile benzerlik göstermektedir. Suç işleme kararının kasttan farklı bir anlamda olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kast, bir suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 21/1). Karar ise kasttan önce gelen ve onu kapsayan iradi bir durum, zihni bir faaliyettir. Öğretide bu sübjektif şartı açıklamak için ortaya koyulan görüşler şu şekilde sıralanabilir:

Suç işleme kararında birlik, failin fiilleri arasında bulunması gereken sübjektif/manevi bağ olarak anlaşılmalıdır. Failin sonraki fiilleri öncekinin devamı niteliğinde olmalıdır. Sübjektif şart, önceden kurulan bir plana dayanabileceği gibi fiillerin devamına sonradan karar verilmesine bağlı olarak da açığa çıkabilir. Failin, karşısına çıkacak benzer fırsatlardan yararlanma konusunda genel ve soyut bir kararının olması sübjektif şartın kabulünü gerektirmez²². Failin her ihtiyaç duyduğunda hırsızlık yapması ya da her yeni sebep ortaya çıktığında sahte belge düzenlemesi şeklinde salt önüne çıkan fırsatlardan yararlanması hâlinde suçlar arasında köprü kuran bir sübjektif bağdan söz edilemez. Failin sonraki fiillerini şarta bağlaması durumunda da suç işleme kararında birlik kurulabilir. Örneğin; failin, ikinci hırsızlığı ilk hırsızlıktan elde edeceği çıkara bağlaması ve istediği çıkarı elde ettiğinde ikinci hırsızlığı işlemesi hâlinde zincirleme suç ilişkisi kurulabilir²³.

sız olarak alındıktan zaman her biri ayrı suç olan fiilleri birbirine bağlayan ve olaya müteselsil suç vasfını veren önemli bir unsurdur. Kararda birlik, kastta birlik demek değildir. Bu sübjektif unsuru belirleyebilmek için genellikle fiillerin işleniş şekline bakmak gerekir. Bu nedenle bir sene ara ile işlenen hırsızlıkta müteselsil suç vasfı bulunmaz.” Yargıtay, CGK, T. 01.10.1984, E. 1984/103, 1984/293 (Lexpera); *“Suç işleme kararındaki birlik, suç kastına bakılarak belirlenir, ancak aşırı bir genel birlik anlayışı da genel bir saik birliğine yol açabilir ki, örneğin dolandırıcılık yapmayı meslek edinen, diğer bir deyişle geçimini bu suçlardan sağladığı yararlarla sürdürmeye karar veren bir kişinin işlediği veya işleyeceği tüm dolandırıcılık suçlarını aynı suç işleme kararı altında gerçekleştirdiğinin kabulünü gerektirir. Oysa bu ahvalde müteselsil suçtan söz edilemez. Bu nedenle kesin, belirli, somut suçların maddi ve sübjektif öğelerini kapsayan bir tasarlama karar birliği olduğunu kabul etmek gerekir. Suç kararında birlik ile birden çok fiillerin aynı kararın icrası cümlesine dahil olması öğeleri arasında yakın bir bağ mevcuttur. Bu sübjektif bağı belirlemek için fiillerin icra biçimine, işlenme zamanına ve mağdurların sayısına bakmak gerekir, bunun takdiri de yargıca aittir.”* Yargıtay, CGK, T. 24.11.1998, E. 1998/6-280, K. 1998/359 (Le-galbank).

¹⁹ YILMAZ, Halil: “Müteselsil (Zincirleme) Suç”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Sayı 3, s. 742-743.

²⁰ İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 135-137.

²¹ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 88-89.

²² KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024 (GH), s. 542-543; ARTUÇ, Mustafa: “Zincirleme Suç”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 28, s. 52-55; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 691.

²³ AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024 (GH), s. 1046-1047.

Karar birliği, bir planın icrası şeklinde anlaşılmalıdır. Failin, aynı suçu birkaç kez işlemeyi önceden düşünmesi, istemesi ve bunu bir defada değil de bölerek gerçekleştirmesi, bu fiiller açısından bir suç işleme kararının bulunduğunu gösterir. Fırsat çıktıkça suç işlemeyi düşünme ise suç işleme kararı kapsamında değildir²⁴. Benzer yönde bir diğer görüşe göre, zincirin halkasını oluşturan sonraki fiillerin işlenmesine ilişkin kararın ilk fiil işlenmeden önce ya da en geç ilk fiil işlendiğinde verilmesi gerekir²⁵.

Kararın verilme zamanını vurgulayan bir görüşe göre, failin sonraki hareketinin önceki hareketinin devamı niteliğinde olması suç işleme kararında birlik için tek başına yeterli bir neden değildir. Hareketlerin birbirinin devamı gibi görünmesinden ziyade aynı suç işleme kararının verilme anı önem arz eder. Birbirinden bağımsız kastlarla işlenen suçlar, zincirleme suç durumunda önceden verilmiş tek bir karara dayalı olarak gerçekleştirilmektedir. Kararın tüm suçları işlemekten önce yani en başından itibaren verilmiş olması şart değildir. Karar ani de olabilir. Fail, teselsül kapsamındaki son suç sona ermeden de aynı kişiye karşı, aynı suçu yine işlemeye karar verirse kararda birlikten bahsedilebilir ve işlediği son fiil de teselsüle dahil olur. Örneğin; yılın ilk beş ayının son haftası boş olduğunu bildiği bir evi soymaya karar veren fail, beşinci aydaki soygun anında evin altıncı ayının son haftası da boş olacağını öğrenir ve bunun üzerine altıncı ayda da yapmış olduğu hırsızlık suçu zincirleme suç ilişkisine dahil edilir. Çünkü bu durumda var olan kararın içerisine henüz beşinci suç bitmeden yeni bir karar eklenmektedir²⁶.

C. Karşılaştırmalı Hukukta

1. İtalya

İtalya'da ilk kez 1853 tarihli Toscana Kanunu'nun 80. maddesinde zincirleme suç düzenlenmiştir. İlgili maddede zincirleme suçun sübjektif şartı aynı suç işleme kararı (*medesima risoluzione criminosa*) şeklinde ifade edilmiştir²⁷. 1930 tarihli Rocco Kanunu dönemine gelindiğinde sübjektif şart için planda birlik (*medesimo disegno*) kavramı tercih edilmiştir²⁸. Bu bağlamda, zamanında İtalyan ceza hukuku örnek alınarak düzenlenmiş olan zincirleme suç kuralımız için de öğretimizde bir görüş TCK m. 43/1'de değişiklik yapılması gerektiğini önermiş ve “bir suç işleme kararının icrası” ifadesi yerine İtalyan Ceza Kanunu'ndaki gibi “*planda birlik (medesimo disegno criminoso)*” kavramının sübjektif şartı daha iyi ortaya koyacağını ileri sürmüştür²⁹.

Rocco Kanunu'nda 1974 yılında yapılan değişiklikle, kanunun farklı hükümlerinin ihlali de zincirleme suça dahil edilmiş ve bu nedenle sübjektif şartın anlamının ve kapsamının tespiti daha da önem kazanmıştır. İlgili değişiklikle zincirleme suç, Kanun'da (m. 81/2) şu şekilde tarif edilmiştir: Aynı suç işleme planının icrası (*gleiche Kriminelle Absicht*=niyet/amaç - *il medesimo disegno*=aynı tasarım, plan) amacıyla aynı ya da değişik zamanlarda, birden fazla icrai ya da ihmali davranışla aynı ya da farklı suç tiplerinin işlenmesidir³⁰. Bu değişiklikten dolayı farklı suç tipleri arasında da planda

²⁴ ÖZEN, s. 186-187; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023 (Giriş), s. 538-539; BAYAR, Ahmet Hamdi: *Türk Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2011, s. 72; ÖZTÜRK, Mustafa Kağan: *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 83-84; ÖZTOP, Mustafa Necmeddin: *Yargıtay Kararları Işığında Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 90-91; USTA, Sinem: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 91; KESKİNSOY, Ömer: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 61, s. 341-342; ŞEKER, İdris: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009, s. 77; ARTUK, Mehmet E. / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet E. / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (GH), s. 790; KORKMAZ, Fulya: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 27; BULUT, s. 63-64.

²⁵ DEMİREL, Muhammed / KARTAL, Melik: “*The Conditions for the Application of Successive Crime in Turkish Criminal Code*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 459-460.

²⁶ MAHMUTOĞLU / KARADENİZ, s. 1077-1078.

²⁷ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 41.

²⁸ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 44.

²⁹ YALÇIN SANCAR, *Zincirleme*, s. 253.

³⁰ <https://www.normattiva.it/> (ET: 10.07.2025); CASTILLO-GONZÁLES, Francisco: *Die prozessuale Behandlung der fortgesetzten Tat (Eine vergleichende Darstellung des deutschen, des costaricanischen und des italienischen Rechts)*, Doktora Tezi, Albert-Ludwigs Üniversitesi, Freiburg, 1977, s. 23.

birlik ile kurulan teselsül bağına artık zincirleme suç şeklinde adlandırmak yerine “suçların teselsülü” şeklinde anlamlandırmak daha uygundur³¹.

Planda birlik öğretide çeşitli şekillerde tarif edilmiştir. Bir görüşe göre planda birlik, münferit olarak suç teşkil eden eylemlerin tek bir projenin parçası olmasıyla gerçekleşir. Fail birden çok suç işlemeyi ana hatlarıyla tasarlamış ve belirli bir amaca ulaşmayı hedeflemiş olmalıdır³². Bu subjektif şart, failin genel bir tasarımı ve özellikle failin belirli bir amaca ulaşmak için aynı türden bir dizi suç silsilesi gerçekleştirme düşüncesidir. Bir diğer görüş söz konusu subjektif şartın, failin takip etmesi gereken tek ve aynı amaç anlamına geldiğini ileri sürmüştür³³. Fail, icrai ya da ihmali davranışlarla aynı amacı takip ediyorsa zihninde belli bir programı var demektir. Zincirleme suçun subjektif unsuru saikten farklıdır. Saik kişiyi suç işlemeye iten güdü, sebeptir; kesin bir kararlığı veya iradeyi gerektirmez. Zincirleme suçta aranan subjektif şartsa somut adımlar ve kesin bir kararlılık gerektirir. Günümüz İtalyan ceza hukukuna göre zincirleme suç; bir suç işleme planı altında, ayrı ayrı suç teşkil eden kanunun aynı ya da farklı hükümlerinin, birden fazla icrai ya da ihmali davranışla, farklı zamanlarda ihlalidir. Bu davranışlar farklı ağırlıkta da olabilir³⁴.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, failin planladığı şekilde birbirinden bağımsız suçları birbiri ardına gerçekleştirmeyi amaçlamasının daha hafif bir cezayı hak etmesi İtalyan öğretisinde bazı yazarlarca eleştirilmekte ve bu durumun hafifletici bir faktörden ziyade ağırlaştırıcı bir faktör olması gerektiği savunulmaktadır³⁵.

2. Almanya

Yürürlükte olan Alman ceza hukuku mevzuatında zincirleme suç düzenlenmemiş olsa da Almanya zincirleme suç kurumuna yabancı değildir. Çünkü bu kurum Alman eyaletlerinin ceza kanunlarının birçoğunda yer almıştır. Ancak 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu’nda bu kuruma yer verilmemiştir³⁶. Böylece zincirleme suç, 1871 itibarıyla Alman ceza hukukunda kanuni düzenlemeden yoksun kalsa da içtihat ve öğreti tarafından geliştirilerek hukuki anlamda fiil tekliğinin bir görünümü olarak, zincirleme hareket adı altında, varlığını 1994³⁷ yılına kadar korumuştur³⁸. Zincirleme hareketin varlığı objektif olarak suçun işleniş özelliklerinin benzer olmasına, aynı hukuksal değerin ihlaline ve subjektif açıdan failin bir suç işleme hususundaki kast birliğine sahip olmasına bağlanmıştır³⁹.

³¹ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 44-45.

³² MAIWALD, Manfred: *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafproßrecht*, Peter Lang Yayınevi, Frankfurt-Main, 2009, s. 161, 163-164; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 91-93; İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 131-132.

³³ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 91-94.

³⁴ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 44-45; MAIWALD, s. 161-164.

³⁵ FIANDACO, Giovanni / MUSCO, Enno: *Dritto penale Porte Generale*, 3. Baskı, Zanichelli Yayınevi, Bologna, 1995, s. 602; MAIWALD, s. 164, kn. 422.

³⁶ ADEN, Menno: “Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht: Das Ende der fortgesetzten Handlung”, *Juristen Zeitung*, 1994, Cilt 49, Sayı 22, s. 1109-1110.

³⁷ BGHSt 40,138 (BGH GSSt 2/93, GSSt 3/93), T. 03.05.1994 (<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/93/gsst-2-93.php>).

³⁸ Araştırmalarımız sonucunda Alman ceza hukukunda zincirleme suça karşılık olan ifade ağırlıklı olarak *die fortgesetzte Handlung* ya da *fortgesetzte Delikt* şeklindedir. Ancak bazı yazarlarca *die Fortsetzungstat* ifadesi de kullanılmaktadır (WERLE, Gerhard: *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, s. 35-37.). *Handlung* ya da *Tat* hareket, *Delikt* suç demektir. “*die Fortsetzungstat*” sürekli hareket, devam eden hareket olarak da çevrilebilir; çünkü “*die Fortsetzung*” devam, sürdürme anlamlarına da gelmektedir. Ancak bu çeviri hukukumuzda söz konusu ifadenin kesintisiz (mütemadi) suçla karıştırılmasına neden olabilir. Ayrıca metinde *die Fortsetzungstat*’ın söz konusu olabilmesi için birbiriyle bağlantı hâlinde olan münferit fiillerin her birinin cezalandırılabilirliğin koşullarını sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Bu gereklilik bir hareketin devamlılığını yani kesintisiz suçu değil münferit fiillerin bir seri haline gelerek zincir gibi birbirine bağlanmasını şart koşar. Dolayısıyla söz konusu ifadeyi zincirleme hareket çevirisi daha iyi karşılamaktadır. Zincirleme suç, Alman ceza hukukunda 19. yüzyıldan itibaren fiil tekliği kapsamında değerlendirildiğinden zincirleme “hareket” ifadesi kullanılmıştır. SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht-Allgemeiner Teil Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des Strafrechtlichen Gutachtens*, 15. Baskı, Rolf Schmidt Yayınevi, Bremen, 2016, s. 459-460, kn. 1172-1173; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Kohlhammer Yayınevi, Stuttgart, 2016, s. 624-626, kn. 1426; ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck Yayınevi, München, 2003, s. 871-872, kn. 248-253; FREUND, Georg / ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer Yayınevi, Berlin, 2019, s. 445-446, kn. 32-34.

³⁹ WERLE, s. 35-37; JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil Part 2*, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 901-907, kn. 38-51; KELLER, Christoph: *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, s. 66-68; WEGSCHEIDER, Herbert: *Echte und Scheinbare Konkurrenz: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des “Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§28 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, s. 38-39.

Alman ceza hukukunda da zincirleme suçun bir diğer ifadeyle zincirleme hareketin oluşması için esas olan unsurun kast birliği (*Einheitlichkeit des Vorsatzes*) olarak ifade edilen sübjektif şart olduğu, öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiştir⁴⁰. Ancak kast birliğinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Failin, zincirleme suç oluşturduğu fiilleri işlemekten önce her bir fiili kapsayan bir kasta mı sahip olduğu (*Gesamtvorsatz*=tüm/ toplu/ aynı kast)⁴¹; yoksa her fiilden sonra bir sonraki fiile yönelik kasta sahip olmasının yeterli mi olduğu (*Fortsetzungsvorsatz*=devam/zincirleme/teselsül kastı)⁴² sorularına cevap aranmıştır. Bu konuda öğreti ve uygulama arasında görüş ayrılığı meydana gelmiştir. Mahkeme kararlarında, ağırlıklı olarak, tüm kast aranırken; öğretide zincirleme kastın aranması gerektiği savunulmuştur⁴³.

Tüm kast, teselsülün halkasını oluşturan fiillerin işlendikleri zamana, yere, işleniş özelliğine ve mağdurun şahsına⁴⁴ ilişkin olarak failin zihninde en başından itibaren var olan genel bir tasavvur, karar olarak tanımlanmıştır. Tüm kastta kısmi fiiller bütünü parçaları olup amaçlanan bu bütün, başından beri var olan niyet doğrultusunda, kademeli olarak gerçekleştirilir. Fiiller, en son fiile kadar gerçekleştirilen adımlar olarak failin zihnindeki bütünü bir parçasıdır. Kısmi fiillerin işleneceği yer, zaman ve genel hatlarıyla suçun işleniş özellikleri en başından itibaren failin zihninde belirli olmadığı sürece sübjektif şart oluşmaz⁴⁵.

Tüm kastın tanımlanmasının yanı sıra somut olayda tespiti de oldukça zor olduğundan failin en geç bütünü parçası olan ilk kısmi fiilin icrasını bitirene kadar sonraki fiillere ilişkin tasavvurunun oluşması da yeterli sayılabileceği savunulmuş ve bu yaklaşım, “genişletilmiş” tüm kast olarak adlandırılmıştır⁴⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi başlangıçta tüm kast görüşünü takip etmiş olsa da daha sonraki kararlarında genişletilmiş tüm kastı yeterli kabul etmiş ve böylece tüm kastın şartlarını hafifletmiştir⁴⁷.

Failin mümkün olduğu kadar çok dolandırıcılık faaliyeti gerçekleştirme ya da yoldan geçen mümkün olduğu kadar çok kişiye karşı hırsızlık suçunu işleme kararı tüm kastın oluşması için yeterli değildir. Mevcut koşullar elverişli olduğu sürece bir dükkândan mümkün olduğunca bisiklet çalma kararı da aynı şekilde yeterli sayılmamıştır. Bütünü parçası olan fiiller için failde en başından itibaren ya da ilk fiilin tamamlanmasına kadar aranan bu sübjektif şartı, taksirle işlenen suçların sağlanması mümkün değildir. Bu açıdan taksirle işlenen fiiller arasında zincirleme suç ilişkisi kurulmamıştır⁴⁸.

Alman ceza hukukundaki tüm kastın İtalyan ceza hukukundaki plan kavramına karşılık olduğu söylenebilir. Ayrıca failin zincirin halkasını oluşturan ilk fiili gerçekleştirirken sonraki fiillere karar verebileceği, bir diğer ifadeyle genişletilmiş tüm kast, görüşünün İtalyan ceza hukuku öğretisinde planın ilk fiile aynı anda da oluşabileceği görüşüne karşılık olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Türk ceza hukuku açısından değerlendirme yapıldığında da öğreti ve uygulamadaki ağırlıklı görüşe göre, suç işleme

⁴⁰ ROXIN, s. 872, kn. 254; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 716-717; WEGSCHEIDER, s. 39; KELLER, s. 68.

⁴¹ Tüm kast/toplu kast şeklinde çeviri için bkz. İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 91; ERDOĞAN, s. 319. Aynı kast şeklinde çeviri için bkz. HAKERİ, Hakan: “Alman Ceza Hukuku’nda Müteselsil Suç”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 1999, Cilt 2, Sayı 3, s. 244. *Gesamt-* kelimesinin sözlükteki Türkçe karşılığı toplam, toplu, müteselsil, genel, tüm, kül şeklindedir (Bkz. KIYI, Osman Nazım: *Wörterbuch Recht und Wirtschaft Band 2 Deutsch-Türkisch*, 2. Baskı, C.H. Beck Yayınevi, Münih, 2013, s. 418-419). *Gesamtvorsatz* kavramının tam olarak Türkçe karşılığı da *tüm kast*tır.

⁴² Devam kastı şeklinde çeviri için bkz. HAKERİ, s. 245.

⁴³ ROXIN, s. 872, kn. 254; WERLE, s. 35-37; JAKOBS, s. 901-907, kn. 38-51; KELLER, s. 66-68; WEGSCHEIDER, s. 38-39.

⁴⁴ Yaşam, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, onur-şeref-saygınlık gibi münhasıran kişiye ait değerleri ihlal eden suçlarda, mağdurun aynı kişi olması aranmış ancak hırsızlık gibi malvarlığına karşı suçlarda bu şart öngörülmemiştir. SCHMIDT, s. 459-460, kn. 1172-1173; HEINRICH, s. 624-626, kn. 1426; ROXIN, s. 871-872, kn. 248-253; FREUND / ROSTALSKI, s. 445-446, kn. 32-34.

⁴⁵ JESCHECK / WEIGEND, s. 716-717; WEGSCHEIDER, s. 39; KELLER, s. 68.

⁴⁶ KELLER, s. 68.

⁴⁷ HAKERİ, s. 244.

⁴⁸ JESCHECK / WEIGEND, s. 716-717.

⁴⁹ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 91-93.

kararında birlik bir planın icrasdır⁵⁰. Bu nitelemenin Alman ceza hukukundaki karşılığı tüm kasttır. Türk ceza hukukunda da zincirin halkasını oluşturan sonraki fiillerin işlenmesine ilişkin kararın ilk fiil işlenmeden önce ya da en geç ilk fiil işlendiğinde verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹. Hukukumuzdaki bu görüş de Alman ceza hukukunda genişletilmiş kastı karşılamaktadır.

Alman ceza hukuku öğretisinde tüm kasta alternatif olarak zincirleme kast kavramı geliştirilmiştir. Zincirleme kast failin fiillerini birbirine bağlayan psikolojik bir çizgidir. Bu görüş ile failin, bir önceki suç işleme kararının bir sonrakinin devamı olabileceği savunulmaktadır. Failin en başından itibaren genel bir kasta sahip olması şart koşulmayıp bir fiili işledikten sonra da diğer fiilleri işlemeye karar verebileceği ileri sürülmektedir⁵². Uygulamada, genişletilmiş tüm kast görüşü ağırlıklı olarak takip edilmesine karşın; cinsel istismar teşkil eden fiiller söz konusu olduğunda aranan sübjektif koşul, tüm kast yerine zincirleme kast olmuştur⁵³.

Zincirleme kast, tüm kastın koşullarına kıyasla daha hafiftir. Şöyle ki fail ilk kısmi fiili işledikten sonra diğer fiili işlemeye karar verebilir. Önemli olan kısmi fiillerin münferit kastları arasında bir sonraki bir öncekinin devamı niteliğinde olan kesintisiz bir zihinsel çizginin olmasıdır. Failin en baştan itibaren kısmi fiillerin tümünü işlemeye yönelik bir kastının bulunması şart değildir⁵⁴. Zincirleme kastı savunanlarca, başından itibaren işleyeceği fiilleri genel hatlarıyla planlayan failin, tüm kast görüşü ile ödüllendirildiği; buna karşılık, önüne çıkan fırsatlardan yararlanıp hareket eden failinse daha ağır bir şekilde cezalandırıldığı gerekçe gösterilerek, tüm kastın katı bir şekilde uygulanması eleştirilmiştir⁵⁵. Türk ceza hukukunda da mülga 765 sayılı TCK döneminde YCGK, suç işleme kararında birliği, Alman ceza hukukundaki zincirleme kasta benzer bir anlayışla, genel saik birliğine kadar gitmemek şartıyla, zincirleme suçu oluşturan hareketlerin aynı gayeye yönelik olması şeklinde tarif etmiştir. Bu bağlamda kararın, önceden tasarlanmış olmasının şart olmadığı, ani de olabileceği ifade edilmiştir⁵⁶. Bu tanımın zincirleme kastı karşıladığı söylenebilir.

D. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar

Suç işleme kararında birlik plan, niyet, gaye, tasavvur, karar, kast olmak üzere çeşitli kavramlarla açıklanmaya çalışılmış ve bu bağlamda da zincirleme suçun uygulama alanı daraltılmış ya da genişletilmiştir. Zincirleme suçun sübjektif şartını biz de plan kurma şeklinde anlamaktayız. Ancak planın çok katı yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira failden, suç işleme kararında birlik kapsamında; suçların işlenme şekilleri, yeri, zamanı ve mağdura ilişkin olarak genel bir plan yapmış olması beklense de bunların hepsinin başından itibaren detaylı bir şekilde belli olması şart değildir⁵⁷. Zincirin halkasını oluşturan sonraki fiillerin işlenmesine ilişkin karar, ilk fiil işlendiği sırada da verilebilir⁵⁸.

⁵⁰ Yargıtay, CGK, T. 13.10.1998, E. 1998/205, K. 1998/304; Yargıtay, CGK, T. 05.07.2023, E. 2023/220, K. 2023/391; Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2020/182, K. 2023/413; Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2021/102, K. 2023/414; Yargıtay, CGK, T. 05.07.2023, E. 2023/220 K. 2023/391 (Lexpera); ÖZEN, s. 186-187; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Giriş*, s. 538-539; AR-TUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *GH*, s. 790; BAYAR, s. 72; ÖZTÜRK, s. 83-84; ÖZTOP, s. 90-91; USTA, s. 91; KESKİNSOY, s. 341-342; ŞEKER, s. 77; KORKMAZ, s. 27; BULUT, s. 63-64.

⁵¹ DEMİREL / KARTAL, s. 459-460.

⁵² WERLE, s. 35-37; JAKOBS, s. 901-907, kn. 38-51; KELLER, s. 66-68; WEGSCHEIDER, s. 38-39.

⁵³ JESCHECK / WEIGEND, s. 716-717.

⁵⁴ KELLER, s. 68.

⁵⁵ HAKERİ, s. 245.

⁵⁶ “Suç işleme kararındaki birliği, suç işleme kastı kavramından derece derece uzaklaştırarak genelleştirmek mümkündür. Fakat çok genel bir birlik, genel bir saik birliğine götürülebilir. Hırsızlığı kendisine meslek edinen bir kimsenin bir çok hırsızlık suçunu işlemesinde hayatını meşru olmayan tarzda sağlama bakımından genel bir saik birliği içinde olduğu söylenebilir. Ancak suçlarında teselsül bulunamaz. Genel saik birliğine kadar gitmemek kaydıyla müteselsil suçları oluşturan hareketlerin aynı gayeye yönelik olması halinde birlikten bahsedilir. Bu itibarla unsur suçların tek tek kararlarından ayrı olarak bunları da kapsamına alacak genel bir karar bulunmalıdır. Kararın önceden tasarlanmış olması şart değildir. Karar ani de olabilir. Yasa “aynı suç işleme kararı”nı benimsediğine göre “saik” üzerinde durulmalı ve unsur suçların saikleri arasında birlik şartı aranılmamalıdır.” Yargıtay, CGK, T. 01.10.1984, E. 1984/103 K. 1984/293 (Lexpera).

⁵⁷ ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 617.

⁵⁸ DEMİREL / KARTAL, s. 459-460.

Kanun koyucunun düzenlediği hukuki faraziyeiden ibaret istisnai bir kurum olan zincirleme suçun esasını oluşturan suç işleme kararının sürdürülmesi, bir diğer ifadeyle ısrarla devam ettirilmesi, pozitivist hukukçular tarafından fail lehine değil aleyhine değerlendirilmesi gereken tehlikeli bir durum olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda “Tesadüfen suç işleyen kişiye kıyasla kararında ısrar gösteren fail ödüllendirilmekte midir?”, “Kararda birlik, failin zayıflığının mı yoksa tehlikeliliğinin mi göstergesidir?” soruları yöneltilmiştir⁵⁹. Günümüz Türk ceza hukuku öğretisinde de zincirleme suçun faile “adaletsiz bir kapı araladığı” düşüncesiyle neden böyle bir kuruma ihtiyaç duyulduğu sorgulanmaktadır. Bu eleştirel yaklaşıma göre, zincirleme suç kurumu faile nasıl olsa “bir kez işlediğim aynı suçtu tekrar işleyebilirim” düşüncesini aşılama ve dolayısıyla aynı suçun defalarca işlenmesi riskini bünyesinde barındırmaktadır. Değişik zamanlarda, birden fazla suç işlemiş birine suç işleme kararında birlik gösterdiği için artırılmış tek ceza verilmesinin, ceza hukukunun caydırıcılığının korunması bakımından sakıncalı bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir⁶⁰.

Tek bir suç işleyen fail ile zincirleme şekilde birden çok suç işleyen fail arasındaki farkı ve zincirleme suçun sübjektif koşulunun hükmolunacak ceza bakımından nasıl bir etki yarattığını bir örnekle açıklayalım. Fail, bir kömür stoğunu oluşturan kömür çuvallarını aynı zaman diliminde bir nakliye arabasına koyup evine götürmüş olsun. Bu örnekte bedensel açıdan birden fazla hareket, bir diğer ifadeyle doğal anlamda birden fazla fiil, vardır. Ancak bu hareketler hukuksal anlamda tek sayılır. Çünkü failin kömür çuvallarını alıp arabaya taşıırken doğal anlamda birden çok hareketi bulunmasına rağmen söz konusu hareketler art arda tekrarlandığı için hukuki anlamda tek bir hareket sayılırlar. Hukuki anlamda hareket anlayışı fiilin ve suçun tekliğini belirlemede suçun kanuni tarifini esas alır. Bir suç; çok, seçimlik ya da tek hareketli olabilir. Bu bakımdan suç sayısı ile hareket sayısı her zaman doğru orantılı değildir. Ayrıca suç serbest hareketli bir suç, yani suçun kanuni tarifinde hareket tanımlanmamış, olabilir. Bu durumda doğal anlamda birden fazla hareket; bir irade ile birbirine bağlanmış, aynı hedefe yönelmiş, aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bir ilişki varsa, hareketler birbirini kesintisiz olarak takip ediyor ya da aynı hareket tekrarlanıyor ve bu hareketler dışardan objektif bir gözlemci tarafından bir bütün olarak değerlendirilebiliyorsa yine hukuki anlamda hareketin tek olduğu kabul edilir. Bu bakımdan somut olayda alma fiilinin art arda tekrarlanması hareketin ve suçun tekliğini bozmaz⁶¹.

Buna karşılık, fail aynı stoğu el arabasıyla küçük parçalar hâlinde birkaç gece boyunca planlı bir şekilde çaldığında durum farklı olacaktır. Bu varsayımda hareketler farklı günlerde gerçekleştirildiğinden artık hukuksal anlamda hareket tekliğinden bahsedilemez. Bu örnekte birden fazla hareket ve birden fazla suç meydana gelmiştir. Meydana gelen haksızlığın ve kusurluluğun derecesi bakımından iki örnek olay, birbirinden çok da farklı değildir⁶². Zira iki hırsızın da çaldığı miktar aslında aynı olup sadece biri mevcut araç-

⁵⁹ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 161-162.

⁶⁰ MERAKLI, Serkan: “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Zincirleme Suça İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Ed.) Özbek, Veli Özer / Süren, Ömer Buğra: *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Günleri-V Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu III: Ceza Genel Kurulu Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2025, s. 91, 93; ÖZBEK, Veli Özer: “Suç Genel Teorisinde Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 6, Sayı 15, s. 23.

⁶¹ “5237 sayılı TCK’nın 44. maddesinde yer alan ‘bir fiil’ ibaresi ve aynı Kanun’un 43. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ‘tek bir fiil’ ifadesi ile kastedilen hususun ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmaktadır ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturmaları suretiyle tek hareket kabulüdür. Diğer bir anlamla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin tek olduğu söylenebilir de doğal anlamda fiilin çok olduğu her hâlde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu hâlde suç tipinin birden fazla hareketle ihlâl edilebilir olması hareketin hukuken tekliğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki ‘tek bir fiil’ oluşturmaktadır. Nitekim öğretide de benzer nitelikte görüşler ileri sürülmüştür.” Yargıtay, 2. CD, T. 03.05.2023, E. 2021/9114, K. 2023/2412; Yargıtay, 10. CD, T. 06.04.2023, E. 2021/16047, K. 2023/3193 (Lexpera); ZAFER, s. 244-247; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *GH*, s. 807-810; KOCA / ÜZÜLMEZ, *GH*, s. 524-530; ÖZGENÇ, s. 186-187; WERLE, s. 25-27; KELLER, s. 22-23; GÖKTÜRK, Neslihan: *Fikri İçtima (Suçların İçtima)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 99-130.

⁶² BRÄHLER, Volker: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und -ordnungswidrigkeiten Eine Untersuchung aus Anlaß des Plenarbeschlusses BGHSt 40, 138 Zugleich eine Abhandlung über die Auswirkungen des Beschlusses auf das gesamte Konkurrenzsys-*

ları yüzünden daha uzun bir zamanda faaliyetlerini yapabilmektedir. Bu açıdan ikisinin yarattığı zarar aynıdır; ancak bu iki fail arasında bir fark vardır. O da farklı zamanlarda suç işleyen fail, tek seferde suç işleyen faile kıyasla, kararından dönme imkânına defalarca sahip olmuşken, her seferinde kararından dönmeyen suç işlemiştir. Bu açıdan tek bir suç işleyen faile nazaran zincirleme suç şeklinde suç işleyen fail daha kusura durur ve daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerekir. Ancak bu ceza, suç sayısının verilen ceza değil, bir suçun cezasının artırılması şeklinde olan zincirleme suça göre tayin edilir. Zincirleme suçun, failin lehine bir kurum olarak daha ılımlı bir yaptırım yaratma amacıyla yaratıldığı dikkate alındığında, sübjektif şarta yönelik söz konusu tarifi bu amaçla uyumlu olduğu görülür.

Bu bakımdan suç işleme kararını ısrarla sürdüren failin, tehlikeli olduğu ve zincirleme suç kuralıyla ödüllendirildiği görüşüne katılmamaktayız. Tehlikelilik hali, bir kimsenin bir suçun faili olma ihtimalinin, bir diğer ifadeyle, suç işleme konusundaki eğiliminin çok fazla olmasını ifade eder. Bu hâl faili suça iten saik, failin karakteri, suçu işlediği anda ve işledikten sonraki tutumu, daha önce hakkındaki bir mahkûmiyet kararı olup olmadığı, bireysel, ailevi, sosyal hayat koşulları gibi birçok kriter dikkate alınarak belirlenebilir⁶³.

5237 sayılı TCK'da tehlikelilik hali gösterenler (özel tehlikeli suçlular); mükerrer suçlular, itiyadi suçlu, suç meslek edinen ve örgüt mensubu suçlulardır. Bu suçluları ıslah amacıyla Kanun'da özel infaz rejimleri uygulanması öngörülmüştür (m. 58/9). Bu grup suçluların işledikleri suçlarda genel bir saik birliği vardır. Ancak zincirleme suçun sübjektif şartı bakımından genel saik birliği ile ilgilenilmez. Örneğin geçimini kısmen de olsa suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış yani suçu kendisine meslek edinen bir kimsenin (TCK m. 6/1-i) birçok hırsızlık suçunu işlemesinde hayatını meşru olmayan tarzda sağlama bakımından genel bir saik birliği içinde olduğu söylenebilir. Ancak suçlarında teselsül bulunmaz. Çünkü fail önüne çıkan fırsatlardan yararlanmaktadır ve bu da suç işleme kararının oluşmasını engeller. Ancak bu durumun aksi de mümkündür. Şöyle ki bazen örgüt mensubu suçlu ya da suçu meslek edinen suçluda da bir suç işleme kararı bulunabilir. Bu ihtimale ilişkin olarak, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, İtalyan Ceza Kanunu'nun zincirleme suçun düzenlendiği 81. maddesinde, 5 Aralık 2005 tarihli 251 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişiklik yapılmış ve ilgili maddeye şu şekilde dördüncü fıkra eklenmiştir. Buna göre, zincirleme suç kapsamında işlenen suçlar, tekerrür hükümleri uygulanmış kişiler tarafından işlenmişse, cezanın artırımı her halükârda en ağır suç için belirlenen cezanın üçte birinden az olamaz⁶⁴. Bu fıkra ile tekerrür hükümlerinin uygulandığı kişiler tarafından zincirleme suçun işlenmesi durumunda zincirleme suç hükmü uyarınca yapılacak ceza artırımı oranına alt sınır getirilmiştir. Hukukumuzda bu şekilde bir düzenleme yoktur ancak söz konusu durumda zincirleme suç nedeniyle artırılacak ceza oranında üst sınıra yaklaşılabılır. Bu bakımdan örgüt mensubu bir suçlu da (TCK m. 6/1-j) zincirleme şekilde suç işleyebilir. Bu suçlu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun (TCK m. 220/4) yanı sıra koşulları varsa müteselsilen işlediği suçlardan ötürü ayrıca zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılabilir. Bu durumda failin örgüt mensubu olduğu için tehlikeliliği nedeniyle ıslah edilmesine yönelik uygulanacak özel infaz rejimleri hükmolunan yaptırımdan ayrı bir meseledir⁶⁵.

tem und die diesbezüglichen Reformbestrebungen, Duncker & Humblot Yayınevi, Berlin, 2000, s. 65-66; KLUMPE, Gerhard: *Probleme der Serienstrafat*, Peter Lang Yayınevi, Frankfurt-Main, 1998, s. 38; WERLE, s. 25-27; KELLER, s. 22-23.

⁶³ TOROSLU, Haluk / TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 419-429.

⁶⁴ "Art. 81. (Concorso formale. Reato continuato): È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti. (LEGGE 5 dicembre 2005, n. 251 ... Art. 5 1. All'articolo 81 del codice penale, dopo il terzo comma, è aggiunto il seguente: Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave)." (<https://www.normattiva.it/>). YAŞA, Yasemin: *İtalyanca-Türkçe/Türkçe-İtalyanca Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

⁶⁵ Aşağıdaki kararda suç işlemek amacıyla örgüt kurma/yönetme ve suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçlarından haklarında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin onanmasına karar verilen sanıkların, örgüt faaliyeti çerçevesinde, farklı tarihlerde gerçekleştirdikleri uyuşturucu madde ticareti yapma suçlarının ayrı suçları mı yoksa zincirleme şeklinde uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkin olarak değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirmede örgüt mensubu suçlunun tehlikeli-

III. SUÇ İŞLEME KARARINDA BİRLİĞİN TARTIŞILDIĞI HALLER

A. Taksirle İşlenen Suçlar

Taksirli suçların zincirleme suç şeklinde işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Taksiri olan fail aslında iradi fiilinin yarattığı neticeyi istememektedir. Taksir, basit (temel/bilinçsiz) ve bilinçli taksir olmak üzere iki türdür. Basit taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2). Bilinçli taksir ise bir davranışın, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmekle ancak bu neticenin istenmeyerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/3). Taksirli suçlar zincirleme suç şeklinde işlenmeye elverişli mi sorusunun cevabı zincirleme suçun sübjektif şartına verilen anlama göre değişkenlik gösterir.

Suç işleme kararında birliği, failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağlantı olarak tarif eden görüşe göre; aynı suç işleme kararı, failin baştan itibaren bütün neticelere yönelmiş bir iradesi olmasına bağlanmamalıdır. Failin suç teşkil eden belli bir neticeye yönelmiş iradesi olmadan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden bazı hareketleri gerçekleştirmeye karar vermesi suç işleme kararında birlik için yeterli sayılmalıdır. Zincirleme suçun kasıtlı suçlarla sınırlandırılması, kasıtlı suçlardan daha hafif nitelikte olan taksirli suçlara da uygulanabilmesi, adil olmalıdır. Bu şekilde müteselsilen işlenen kasıtlı suçlarla müteselsilen işlenen taksirli suçlar arasındaki cezalar bakımından meydana gelen orantısızlık önlenmiş olur⁶⁶.

Sübjektif şartı bir planın icrası olarak tarif eden görüşe göre ise taksir ile plan bir arada bulunamayacağından taksirli suçlar zincirleme suç şeklinde işlenemez. Zincirleme suçta ise birden fazla suçun birbirine bağlanması hepsinin istenmiş olmasından kaynaklanır. Taksirli suçlarda ise netice istenmemektedir⁶⁷.

Zincirleme suçun kanuni tarifinde *bir suç işleme kararının icrası* şeklinde ifade edilen sübjektif şart (TCK m. 43/1), müteselsilen işlenen tüm suçların maddi unsurlarına yönelik fail tarafından alınmış bir “kararı” gerektirmektedir. Bu açıdan öğretide bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, basit ya da bilinçli taksirle işlenen suçların önceden alınmış bir karara dayalı olarak işlenmesi taksirin yapısı gereği mümkün olmadığından bu tür suçlar zincirleme suç teşkil edemez⁶⁸. Kasıtlı suçlara kıyasla haksızlık içeriği daha az olan taksirli suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamamasının adil olmadığı görüşüne hak vermekteyiz. Ancak bunun çözümü, zincirleme suç kuralı değildir, taksirli suçlara ilişkin olarak özel hükümlerde özel içtima düzenlemelerine daha fazla yer verilmesidir⁶⁹.

liği zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eden bir neden olarak görülmemiştir: “... Sanıklar ... ve ...'ın 12.02.2008, 09.04.2008 ve 23.12.2008; sanık ...'nın 09.04.2008 ve 23.12.2008; sanık ...'nin 12.02.2008 ve 23.12.2008; sanık ...'in 09.04.2018 ve 23.12.2008; sanıklar ..., ... ve ...'ın 12.02.2008 ve 09.04.2008 tarihli eylemleri arasında geçen zaman aralıklarının uzun olması, her bir olayda suç konusu eroinlerin ele geçirilmesi sonrasında bu durumu bilen ancak söz konusu olaylarda yakalanmayan sanıkların örgüte eroin temin etmek amacıyla yeniden harekete geçtiklerinin, bu kapsamda suç konu eroinlerin miktar ve nitelikleri (saflık oranları) gözetildiğinde aynı bütünün parçalarının başlangıçta yapılan bir plan doğrultusunda farklı zamanlarda temini ve nakline ilişkin olmadıklarının, ayrıca iletişimin tespiti tutanaklarının içerikleri de dikkate alındığında, sanıkların yakalamalar sonrasında örgüte eroin temin etme amacıyla yeni bir karar alıp bu kararın icrası kapsamında hareket ettiklerinin, bu hâli ile çıkan yeni fırsatlardan yararlanarak sonraki suçları işlemek suretiyle suç işleme kararlarının yenilendiğinin, söz konusu eylemler bakımından aynı suç işleme kararının varlığını devam ettirdiğinden söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacağına anlaşılmaması karşısında; bahse konu eylemlerin, ilk suç işleme kararlarından bağımsız olarak yeni bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirildiği ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında kaldıklarının değerlendirilemeyeceği, bu bağlamda sanıkların suç konusu eylemlerinin ayrı ayrı suçları oluşturduğu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” Yargıtay, CGK, T. 06.12.2022, E. 2021/145, K. 2022/761 (Lexpera).

⁶⁶ İÇEL, *Suçların İçtimalı*, s. 146-147.

⁶⁷ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 117.

⁶⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, *GH*, s. 543-544; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Giriş*, s. 540; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 24. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 403; ÖZGENÇ, s. 678; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAĞSIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 594; ARTUÇ, s. 54; DÜLGER, Murat Volkan: “Suçların Birleşmesine İlişkin Tanımlar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Leges Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 1, Sayı 1, s. 50; KESKİNSOY, s. 342; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *GH*, s. 793; ÖZEN, s. 252; ERDOĞAN, s. 373; DEMİREL / KARTAL, s. 649.

⁶⁹ Taksirle işlenen bir fiille birden fazla kişinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olunması hali için özel bir içtima hükmü düzenlenmiştir (TCK m. 85/2, 89/4). Bunun gibi özel düzenlemelerin bulunmadığı taksirle işlenen diğer suçlarda genel hükümler olan fikri içtima düzenlemeleri uygulanabilir. Ancak değişik zamanlarda ve birden fazla fiille işlenen taksirli suçlar için özel bir içtima düzenlemesi bulunmamaktadır. Zincirleme suçun şartları da taksirli suçun yapısına uygun değildir.

B. Olası Kastla İşlenen Suçlar

Olası kast kişinin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenip fiili işlemesidir (TCK m. 21/2). Bilinçli taksirde olduğu gibi olası kastta da netice öngörülür; ancak olası kastta, bilinçli taksirden farklı olarak, öngörülen neticeye kayıtsız kalma neticeyi kabullenme söz konusudur⁷⁰. Olası kastla işlenen suçların da zincirleme suç teşkil edip etmediği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, olası kast kastın bir türü olduğu için olası kastla işlenen suçlar arasında da zincirleme suç ilişkisi kurulabilir⁷¹. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre, olası kasttaki kabullenme, kayıtsız kalma ile zincirleme suçtaki suç işleme kararı birbiriyle bağdaşmamaktadır. Bilinçli taksirde olduğu gibi olası kastta da isteme unsuru eksiktir ve bu eksiklik olası kastla işlenen suçlarda zincirleme suçu kabul etmemize engeldir⁷².

Sonuç olarak, zincirleme suç ancak doğrudan kastla işlenen suçlarda mümkündür. İkinci dereceden doğrudan kastla işlenen suçlar buna dahildir. İkinci dereceden doğrudan kastta fail esas amacına yönelik olarak suç işleme kararını verdiği sırada, buna bağlı zorunlu olarak gerçekleşecek yan neticeleri de bilmektedir. Bu nedenle o sırada verdiği karar, amaçlamadığı zorunlu yan neticeleri kapsadığından; bir suç işleme kararı, ikinci dereceden doğrudan kastla işlenen suçlar bakımından söz konusu olacak ve bunlara da zincirleme suç hükmü uygulanabilecektir⁷³.

C. İştirak Hâlinde İşlenen Suçlar

Müteselsilen işlenen birden çok suç, sadece bir kişi tarafından işlenebileceği gibi aralarında iştirak iradesi olan birden çok kişi tarafından da işlenebilir. Kişi zincirleme suç kapsamındaki suçlardan yalnızca birine iştirak etmişse sadece iştirak ettiği suçtan sorumlu olur. Bu durum, zincirleme suçu oluşturmuş suçların kanunda sayılan haller dışında bağımsız olmasının doğal bir sonucudur⁷⁴.

Suçlardan bazılarını tek başına bazılarını iştirak hâlinde işleyen kişi, bu suçlara müşterek fail sıfatıyla iştirak ettiği sürece suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi kurulur. Ancak bazılarının yardım eden sıfatıyla iştirak etmişse bir görüşe göre bu durum, kişinin suç işleme kararının değiştiğine bir diğer ifadeyle subjektif şartın ortadan kalktığına karinedir⁷⁵. Ayrıca başlangıçta suçları tek başına işlemeyi düşünen fail, bazı şartların değişmesi nedeniyle, bazı suçları iştirak hâlinde işlemek durumunda kalmışsa suç işleme kararında esaslı bir değişiklik meydana geldiği için zincirleme suçun subjektif şartının ortadan kalktığı da söylenebilir. Varılacak sonuç her somut olaya göre farklı olacaktır⁷⁶. Aksi yönde görüşe göre, kişinin suçlara iştirak şekli fark etmeksizin, diğer koşulların varlığı hâlinde, suç işleme kararında birlik kabul edilmelidir. Çünkü müşterek fail ile yardım eden arasında cezai yaptırım dışında bir fark bulunmamaktadır⁷⁷. Aynı yönde bir görüşe göre, bu durumda önem arz eden nokta suça iştirak eden kişilerin zincirleme suç kapsamında aynı suçun icrasına iştirak etmeleri gerektiğidir. Örneğin ilk hırsızlık suçunda çocuğu suça azmettiren, ikinci hırsızlık suçunu çocukla birlikte müşterek fail olarak işlerse; failliğin şerikliğe nazaran asliliği kuralı uyarınca bu kişi, hırsızlık suçlarından fail sıfatıyla zincirleme suç hükmüne göre cezalandırılır. Aynı sonuca iştirakin bir şekli olan yardım etme hâlinde

⁷⁰ KARAKEHYA, Hakan: "Olası Kast", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2006, Cilt 1, Sayı 2, s. 28-31.

⁷¹ ÖZEN, s. 253; ÖZTOP, s. 92; "Aynı suç işleme kararının varlığı için zincirleme suçu oluşturan eylemlerin aynı kast ile işlenmesi zorunlu değildir. Zincirleme suçu oluşturan eylemler aynı kastla da işlenebilir. Zira aynı suç işleme kararı farklı kasıtları birbirine bağlayan üst bir kavramdır." Yargıtay, 4. CD, T. 10.12.2014, E. 2014/35168, K. 2014/35602 (Lexpera).

⁷² KARAKEHYA, Hakan: *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010 (İradilik Unsuru), s. 146-148.

⁷³ KARAKEHYA, *İradilik Unsuru*, s. 72-73, 108-110; ERDOĞAN, s. 366-367.

⁷⁴ İÇEL, *Suçların İctimai*, s. 140-141; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 103-104.

⁷⁵ İÇEL, *Suçların İctimai*, s. 140-141; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 103-104.

⁷⁶ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 103-104.

⁷⁷ ÖZEN, s. 198.

de ulaşılabilir⁷⁸. Benzer bir diğer görüşe göre, zincire dahil suçların hepsinde fail olan bir kişiye tek ceza verilmesi ile bazısına fail bazısına şerik olana zincirleme suç hükmünün uygulanmaması suçta ve cezada orantılılık ilkesine aykırıdır. Kişinin suçlara katkısının farklı olması zincirleme suç koşullarının oluşmadığını otomatik olarak kanıtlamaz⁷⁹.

Kanaatimizce, suçlardan bazılarını tek başına bazılarını iştirak hâlinde işleyen kişi bu suçlara müşterek fail sıfatıyla iştirak ettiği sürece suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi kurulabilir. Müşterek faillerin zincirleme suç hükmüne göre sorumlu tutulması için değişik zamanlarda, hukuki anlamda birden çok fiille, aynı suçu, aynı mağdura karşı birden çok kez işlemiş olmaları gerekir. Ancak kişi müteselsilen işlenen suçların, bazılarını tek başına ya da müşterek fail sıfatıyla işleyip bazılarını suça yardım etme şeklinde iştirak etmişse yardım eden olarak işlediği suçlar zincirleme suç ilişkisine dahil edilmemelidir. Zira suça yardım eden kişinin, “bir suç işleme kararının icrası” şeklinde bir niyeti yoktur. Şayet böyle bir kararı varsa zaten işlediği suçlardan yardım eden olarak değil fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu açıdan yardım etme şeklindeki iştirakin yapısı ile zincirleme suçun sübjektif şartı kanuni deyimle bir suç işleme kararının icrası birbiriyle bağdaşmamaktadır. Ancak kişi müteselsilen işlenen suçlara sadece yardım eden sıfatıyla iştirak etmişse bu şerik, zincirleme suçun sübjektif şartı kendisi açısından oluşmasa da sorumluluğunu failin fiilinden alacağı için cezai sorumluluğu zincirleme suç hükümlerine göre tayin edilmelidir.

IV. SUÇ İŞLEME KARARINDA BİRLİĞİN TESPİTİNDE KULLANILAN KRİTERLER

Suç işleme kararında birlik koşulu, failin iç dünyası ile ilgili olduğu için somut uyuşmazlıkta ispattı zordur. Bu sübjektif şartı somutlaştırmak için öğreti ve uygulama tarafından Kanun’da yer almayan birtakım kriterler belirlenmiştir. Yargıtay kararlarına göre, aynı suç işleme kararı, “*olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir.*”⁸⁰. Ayrıca Yargıtay’ın yerleşik içtihadına göre, suç işleme kararında birlik önceden kurulan bir plan, genel bir niyettir, sübjektif bağlantıdır. Suçu işlemeyen önce bir plan yapan ve fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun gören failin, suç işleme kararında birlik içerisinde olduğu söylenebilir⁸¹.

Suçlar arasındaki bu manevi bağın tespiti, her olayda suçların işleniş özelliklerine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır. Failin iç dünyasına ilişkin olan bu sübjektif şartın oluşup oluşmadığı hususunda takdir hakkı bulunan ilk derece mahkemesi hakiminin, “*gündelik hayat deneyimlerini genel bir yol gösterici olarak göz önünde bulundurması, sübjektif bağın belirlenmesinde; suçların işleniş biçimlerindeki benzerlik, suçların işlenme zamanları ve yerleri arasındaki ilişki, suçların işlenmesine hükümden sonra devam edilip edilmediği gibi yardımcı kriterlerden de yararlanması*” gerekir⁸². Failde bir suç işleme kararının bulunup bulunmadığı, her somut olayın özelliğine göre, aşağıdaki kriterlere göre belirlenmeye çalışılmaktadır⁸³:

1. Suçların işleniş şekillerinin birbirine benzer olup olmadığı,
2. Suç teşkil eden fiillerin yöneldiği maddi konunun niteliği,

⁷⁸ ÇAKIR, Kerim: *Suçta İştirake Müşterek Faillik*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 344.

⁷⁹ AKBULUT, GH, s. 1035.

⁸⁰ Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2021/102, K. 2023/414 (Lexpera).

⁸¹ Yargıtay, CGK, T. 13.10.1998, E. 1998/205, K. 1998/304; Yargıtay, CGK, T. 05.07.2023, E. 2023/220, K. 2023/391; Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2020/182, K. 2023/413; Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2021/102, K. 2023/414 (Lexpera).

⁸² Yargıtay, CGK, T. 15.02.2005, E. 2005/12, K. 2005/12 (Lexpera).

⁸³ Yargıtay, CGK, T. 12.04.2023, E. 2022/92, K. 2023/218 (Lexpera).

3. Suçların işlendikleri yer,
4. Suç teşkil eden fiiller arasında geçen sürenin uzunluğu-kısalığı, birtakım fiili olayların araya girip girmediği (Fiili kesinti),
5. Suçlardan biri ya da birkaçı hakkında soruşturma açılması, iddianame düzenlenmesi, kovuşturma yapılması veya hüküm verilmesi gibi hukuki işlemlerin olup olmadığı (Hukuki kesinti).

Belirtmek gerekir ki, söz konusu kriterler, sübjektif şartın varlığının ya da yokluğunun tespiti bakımından kesin nitelikte bir delil değildir. Ayrıca bunlar arasından faydalananlar da her somut olayın koşullarına göre değişiklik gösterir⁸⁴.

A. Suçların Konusu ve İşleniş Şekilleri

Zincirin halkasını oluşturan suçların konusunun, işleniş amacının ya da işleniş şeklinin birbirinden farklı olması suç işleme kararında birliği etkileyebilir⁸⁵. Örneğin; “*cezaevinde bulunan sanığın ilk olarak tel örgülerin üzerindeki sigara paketini almak için pencere ızgara teli ile havalandırma bahçesinin üstünü örten tel örgülere zarar vermesi, ikinci olarak ilk eylem nedeniyle müşahade koğuşuna alınmasının meydana getirdiği öfke ile lavabo fayanslarını kırması şeklinde gerçekleşen olaylarda, art arda iki gün aynı mağdura karşı aynı suç işlenmiş olsa dahi,*” bu suçların işlenme amacı ve konusu farklıdır⁸⁶. İşlenen suçlar arasındaki bu farklılıklar failin suç işleme kararının yenilendiğini gösterir ve zincirleme suçun oluşmasına engel olur.

Zincirin halkasını oluşturan suçların, farklı konular üzerinde işlenmesi, failin kararının yenilendiğinin sadece bir karinesi olup, bunun aksinin ispatının her zaman ihtimal dahilinde olduğu dikkate alınmalıdır. Örneğin seçimlik hareketlerin, aynı mağdura karşı olması şartıyla, değişik zamanlarda, farklı konular üzerinde işlenmesi, fiil tekliğini bozan ve dolayısıyla zincirleme suçun varlığını gösteren bir neden olarak da değerlendirilebilir. Örneğin; parada sahtecilik suçunda, tedavüle konulan sahte paranın farklı seriden olması suçun tekliğini bozan bir neden olabilir. Ancak zincirleme suçtaki sübjektif şartın yani suç işleme kararının aynı seriyi içeren sahte paraya bağlanması mümkün değildir⁸⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) da yakın tarihli bir kararında, Vergi Usul Kanunu (VUK)⁸⁸ m. 359/b’de düzenlenen sahte belge düzenleme veya kullanma suçu bakımından, failin bizzat düzenlediği sahte belgeyi kullanmasının yanı sıra başkasının düzenlediği sahte bir belgeyi de kullanması durumunda; bu farklı belgelerin esasında türü, amacı ve işlevleri aynı olduğundan söz konusu suçun aynı

⁸⁴ “Sübjektif şart, bir fiille diğer fiil arasında, faile planı esaslı şekilde değiştirmeye sevk eden nedenlerin girmesi hâlinde ortadan kalkar. Bu her somut olayda gözlenmesi, incelenmesi gereken bir husustur, kesin ölçütler koymak mümkün değildir. Ancak açıklanan kriterler “bir suç işleme kararı”nın bulunup bulunmadığı konusunda yol gösterebilir.” Yargıtay, 11. CD, T. 25.12.2019, E. 2019/3048, K. 2019/10113; “17.3.2015 suç tarihi ile 15.1.2016 suç tarihi arasında, hukuki kesinti yoktur. Kovuşturma başlamamıştır. Ancak; suçların işleniş biçimleri ve yerleri farklıdır. 17.3.2015 günü gizli soruşturmacıya, ... mahallesinde sadece bir parça 0.76 gr esrar satılmış, 15.1.2016 günü ise kuzey kıyı boyunda seyreden arabada 9.925 gr esrar nakledilirken ele geçmiştir. 17.3.2015 günü ile 15.1.2016 günü arasında geçen zaman, yaklaşık 10 aylık zaman farklılığı, bir suç işleme kararını bozacak kadar fazladır. Ayrıca suçların işleniş şekilleri de birbirine benzememektedir. Bu sebeplerle, somut olaylarda aynı suç işleme kararı ile hareket edilmediği sonucuna varılmalıdır.” Yargıtay, CGK, T. 18.06.2020, E. 2017/1126, K. 2020/297 (Lexpera); “27.05.2014 tarihindeki uyuşturucu madde ticareti yapma eylemi arasında fiili kesinti oluşturabilecek ve makul sayılamayacak şekilde 5 ay 22 günlük uzunca bir zaman aralığının bulunması, alıcı konumundaki görevlilere uyuşturucu madde verme şeklinde gerçekleştirilen ilk suç ile 27.05.2014 tarihli ikinci suçun farklı yerlerde işlenmesi, sanığın alıcı konumundaki görevlilere verdiği uyuşturucu maddeler ile 27.05.2014 tarihinde ele geçirilen uyuşturucu maddelerden bir kısmının farklı nitelikte olması, gerek sanık gerekse inceleme dışı sanıklar Şamet ve ...’in beyanlarından, sanığın 27.05.2014 tarihinde ele geçirilen uyuşturucu maddeleri alıcı konumundaki görevlilere esrar verdikten sonra temin ettiğinin ve dolayısıyla ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin aynı bütünün parçaları olmadıklarının anlaşılması,” Yargıtay, CGK, T. 29.05.2018, E. 2017/184, K. 2018/251 (Lexpera).

⁸⁵ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 99-100.

⁸⁶ Yargıtay, CGK, T. 03.12.2013, E. 2012/1475, K. 2013/577 (Lexpera).

⁸⁷ Karşı oy: “Suç işleme kararı insanın iç dünyasıyla başka bir deyişle insan zihnîyle ilgili bir durumdur. Suç işleme kararının bir sokağa ya da semte ya da herhangi bir coğrafi bölgeye, aynı seriyi içeren sahte paraya bağlanmasının insan zihnine coğrafi sınırlar ya da engeller konabileceği anlamına gelir ki; bunu başarabilecek herhangi bir beşeri gücün olamayacağı tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır.” Yargıtay, CGK, T. 20.03.2024, E. 2021/358, K. 2024/136 (Lexpera).

⁸⁸ 10.01.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmî Gazete.

maddi konu üzerinde işlendiğini belirtmiştir⁸⁹. Buna karşılık, YCGK uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) suçunda aksi görüştür. YCGK, söz konusu suçun değişik zamanlarda gerçekleştirilen seçimlik hareketlerinin konularının farklı uyuşturucu ve uyarıcı maddeler olması durumunda, failin suç işleme kararının yenilendiğine ve dolayısıyla zincirleme suçun koşullarının oluşmadığına hükmetmektedir. Ancak Kurul, bir paket uyuşturucu veya uyarıcı maddenin daha küçük paketlere bölünerek, değişik zamanlarda, normda öngörülen seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi şeklinde işlenmesi hâlinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindedir. Bir diğer ifadeyle ilgili kararda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçunun konusunu oluşturan maddenin, öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi sonrasında, tüketilmesinin ardından, failin yeniden uyuşturucu madde temin etmesi ve bunun ticaretini yapması hâlinde artık suçun konusu değiştiği için ilgili suçtan ayrıca sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir⁹⁰.

Karara karşılık bazı Kurul Üyeleri'nin karşı oy yazılarında ifade ettiği üzere, zincirleme suçun 43. maddesinde açıkça bir suçun temel şekli ile nitelikli şeklinin aynı suç sayıldığı ve nitelikli halin suç konusuna ilişkin olabileceği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda zincirleme suç kapsamında işlenen suçların konuları farklılık arz edebilir. Keza uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun konusu olan uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin türü, ilgili suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK m. 188/4). Bu nedenle suçun konusu değişmişse failin suç işleme kararı da değişmiştir demek sakıncalıdır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, zincirleme suç farklı konular üzerinde işlenebilir ve bu husus tek başına failin suç işleme değiştiren bir neden olarak değerlendirilmemelidir. Aksi yorum bir suçun temel şekli ile nitelikli şekli arasında zincirleme suç ilişkisini en başından reddetmek anlamına gelir ki, bu da bir nevi failin aleyhine olan, kanunda yer almayan bir şart yaratmak anlamına gelir⁹¹. Bu bağlamda satıcının kendisinde bulunan uyuşturucu maddeyi sattıktan

89 “... seçimlik hareketli suçlarda alternatif hareketlerin farklı olmasının, suçun tek olacağı gerçeği yönünden bir önemi yoktur. Seçimlik hareketli suçlarda “suçun maddi konusunun aynı olması” gerektiğinde kuşku bulunmamakta ise de “ayniyet”ten ne anlaşılması gerektiği hususunda, mahkûmiyetle konu suç bakımından, VUK’un 359. maddesinin b fıkrasının yukarıda yer verilen hususiyetleri çerçevesinde değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Çünkü suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Farklı fiillerle de olsa ihlal edilen norm aynı ve tek normdur ve farklı fiiller için bir tek müeyyide öngörmektedir. Kanun, belgeler (tür itibarıyla ayniyeti değil nesnel olarak ayniyetine ilişkin bir şart öngörmüş değildir. Kullanılan belgenin başkası tarafından düzenlenip düzenlenmediği, kanun vazının önem atfettiği bir özellik olarak kanun metnine yansıtılmamıştır. Diğer taraftan komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak için sahte belge düzenleyenlerin ayrıca ve doğrudan “düzelenleyen” olarak cezalandırılmaları ya da ihtimali göre hukuki durumlarının VUK’un 360. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olduğundan, norm ile korunan hukuki değer ve maddi konunun kendine özgü, vergi kaçakçılığını önlemeye matuf karakteri nazara alındığında, özellikle kullanmak fiili bakımından sahte belgeyi kimin düzenlediği hususu kaçakçılık eyleminin haksızlık içeriğini doğrudan etkileyen bir durum olarak kabul edilemez. Bu cümleden olarak, suçun seçimlik hareketli suç olduğu gerçeği üzerine yapılacak uygulamalar, cezalandırılmayan tipik eylem kalmadığından fiilin haksızlık içeriği tamamen ortadan kalacağı da söylenebilir. Bu hâliyle sahte belgeyi (sadece) düzelenleyenle kullanan sanıkların farklı olması durumunda her ikisinin de cezalandırılmasını mümkün kılan normun, kendi düzenlediği sahte belgelerle birlikte başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri de kullanan sanığın, aynı fıkrı kapsamında iki kez cezalandırılmasını emrettiğini söylemek, “maddi konunun ayniyeti” kavramını dar anlamda kabul edip normu geniş yorumlayarak, kanun metninin öngörmediği, kanun vazının amacını aşan, orantısız bir uygulamayı netice vermektedir. Bu nedenlerle fail tarafından sahte belgelerin/faturaların doğrudan vergi kaçakçılığına matufen düzenlenmesinin yanı sıra, bir başkası tarafından aynı amaçla düzenlenen diğer sahte belgelerin/faturaların da vergi beyannamelerine müstenidat yapılarak kullanılması hâlinde, belgelerin türü, amaç ve işlevleri aynı olduğundan maddi konunun da aynı olduğunun,” Yargıtay, CGK, T. 02.10.2024, E. 2024/280, K. 2024/279 (Lexpera). Belirtmemiz gerekir ki Yargıtay kendi düzenlediği sahte belgelerle birlikte başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri aynı beyannamede kullanan kişinin eylemini tek suç olarak kabul etmektedir. Bunlar farklı takvim yıllarında ya da vergilendirme döneminde kullanılmış olsaydı zincirleme suç ilişkisinden bahsedilebilirdi. Bu konudaki değerlendirme için bkz. AKBU-LUT, Berrin: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 32, Sayı 4, s. 2726-2727.

⁹⁰ “Seçimlik hareketli suçlarda, hareketlerden birkaçının birden yapılması birden çok suç işlenmesi anlamına gelmez. Bu gibi hâllerde de ortada tek bir suç vardır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, suçun konusunu oluşturan maddenin aynı olmasıdır. Hareketlerin seçimlik olma özelliği aynı uyuşturucu veya uyarıcı madde için geçerlidir. Failin, değişik zamanlarda aynı veya farklı kişilere maddede öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birisini gerçekleştirmesi hâllerinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak bunun için de öncelikle bu suçların her birinin cezalandırılabilir nitelikte olması ve suçlar arasında hukuki kesinti bulunmaması gerekir. Suçlar arasındaki sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda ise kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Suçlar arasında çok kısa bir zaman aralığı olsa dahi suç işleme kararının yenilenmiş olması hâlinde zincirleme suçtan söz edilemeyecektir. Diğer bir anlatımla failin işlemeyi kastettiği uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun konusunu oluşturan maddenin, öngörülen seçimlik hareketlerden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi sonrasında tüketilmesinin ardından, yeniden uyuşturucu madde temin etmesi hâlinde zincirleme suçun değil, gerçek içtima kuralı gereğince ayrı ayrı suçların oluştuğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay, CGK, T. 18.06.2020, E. 2017/1126, K. 2020/297; “dolayısıyla ele geçirilen suç konusunu uyuşturucu maddelerin aynı bütünün parçaları olmadıklarının anlaşılması,” Yargıtay, CGK, T. 29.05.2018, E. 2017/184, K. 2018/251 (Lexpera).

⁹¹ Karşı oy yazıları: “Sanığım ilk olarak 01.12.2013 tarihli adli kolluk görevlileri ile uyuşturucu madde alışı verişine girmesi eyleminden sonra 27.05.2014 tarihinde...’e sattığı sentetik kanabinoid’den başka üzerinde 8,5 gram esrar, üç avrı paketçik hâlinde sentetik kanabi-

sonra temin eden birinden satın aldığı ilgili maddeyi ya da farklı nitelikte olan uyuşturucu ya da uyarıca maddeyi değişik zamanlarda satmaya devam etmesi suç işleme kararında birliği ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilmemeli ve fail zincirleme suç hükümlerine göre sorumlu tutulmalıdır.

B. Suçların İşlendikleri Yer

Teselsüle dahil suçların aynı yerde işlenmesi, suç işleme kararında birliğin varlığına dair bir belirti olabilir⁹². Öte yandan suçların farklı yerlerde işlenmiş olması, aynı suç işleme kararını ortadan kaldıran kesin bir delil olamaz⁹³.

Örneğin banka veya kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken krediyi sağlamak amacıyla bir bankanın değişik şubelerinde failin kendisine açılmaması gereken krediler tahsis ettirmesi şeklinde işlenen dolandırıcılık suçunun farklı şubelerde gerçekleştirilmesi suç işleme kararında birliği ortadan kaldıran bir neden olabilir mi? Sübjektif koşula ilişkin bir değerlendirme yapmadan önce TCK m. 158/1-j'de yer alan bu suçun mağdurunun banka olduğunu belirtmemiz gerekir. Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın muhatabı olan gerçek kişi suçtan zarar gören, malvarlığı zarara uğrayan banka ise mağdurdur. Bu şekilde aldatılan ile malvarlığı zarara uğrayan farklı kişiler olduğunda, zarara uğrayan kişi mağdur olarak esas alındığından zincirleme suçun aynı kişiye yönelik olma şartı gerçekleşmiş olacaktır⁹⁴. Bu noktada suçların farklı yerlerde işlenmesi, somut olayın işleniş özelliğine göre sübjektif şartı etkileyen bir neden olarak değerlendirilebilir. Ancak aksi de mümkündür. Örneğin; failin başından itibaren belli bir miktar parayı elde etme amacı olduğunu varsayalım. Fail bu amaç doğrultusunda farklı şubelerden çeşitli miktarlarda krediyi hile ile tahsis etmiş olsun⁹⁵. Failin başından beri belli bir miktar elde etmeye yönelik kararının olması, zincirleme suçun oluştuğunu gösteren bir suç işleme

noid ve dört adet MDMA içeren hap ele geçirilmesi de, suç işleme kararının yenilendiğini göstermez, zira sanığın TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasındaki uyuşturucu madde satma, satışı arz etme, nakletme, başkalarına verme, sevk etme, depolama gibi eylemlerde bulunurken yani suçu işlerken esrar, sentetik kanabinoid, uyarıcı hap gibi farklı maddeleri satmasının suç işleme kararının belirlenmesinde önemi yoktur. Sanığın farklı zamanda bir kişiye esrar, diğerine kanabinoid, bir diğer kişiye ise uyarıcı hap satması hâli suç işleme kararının yenilenmesi olarak kabul edilirse, sanığın eylemlerinin her birinin ayrı suçlar oluşturacağını peşinen kabul etmek sonucu doğar. ... TCY'nın 188/3 ncü maddesinde uyuşturucu türü ayrımı yapılmaksızın, 'Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışı arz eden, başkalarına veren, sevk eden (...) cezalandırılır' denilmektedir. Bu düzenlemede uyuşturucu türünden hareket edilerek, işlenen sonraki suçun zincirleme suç hükmü kapsamı dışında kalacağına işaret etmemektedir. TCY'nın 188/3 ncü maddesinin uygulanmasında önemli olan, uyuşturucu ve uyarıcı maddenin satışı sunulmasıdır. Uyuşturucu ve uyarıcı maddenin türünü yasa koyucu, TCY'nın 188/4 ncü maddesinde, farklı ve yeni bir suç işleme olarak değil, cezanın artırımı olarak kabul etmiştir. Bu düzenlemeye göre; 'a) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kanabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması, b) Üçüncü fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi, hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır'. Görüldüğü gibi, çoğunluğun görüşünde etkili olan, sanığın farklı uyuşturucu satması nedeniyle zincirleme suç hükmünün değil, ayrı bir suçtan ceza verilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı, bu düzenleme karşısında kabul edilemez." Yargıtay, CGK, T. 29.05.2018, E. 2017/184, K. 2018/251; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bir itirazında uyuşturucu madde ticareti suçlarına ilişkin olarak görüşünü şu şekilde belirtmiştir: "Mahkemenin gerekçesinde belirttiği üzere, "birlikte hareket edilen şahısların farklı kişiler olması" olgusu, sanığın uyuşturucu madde ticaretini hep aynı şahıslarla yapması gerektiği biçiminde ve ele geçen "uyuşturucu maddenin öncede olayda yakalanan maddenin devamı olmaması" gibi durumlarda, ayrı suçlar oluştuğu aksi halde TCK'nın 43. maddesinin hükümleri uygulanması gerekeceği yönünde hatalı bir sonuca varılacaktır. Bu suçun doğasında bir uyuşturucu madde satıcısının hep aynı üretici ya da teminciden uyuşturucu madde alması veya hep aynı kişilere satması, aynı kişilerle nakletmesi, hep aynı uyuşturucu maddenin ticaretini yapması gibi bir durumu yoktur. Talebe göre arz vardır. Sanığın farklı zamanda bir kişiye esrar, diğerine eroin, kanabinoid, bir diğer kişiye uyarıcı hap satması hali de suç işleme kararının yenilenmesi olarak kabul edilirse, sanığın eylemlerinin her birinin ayrı suçlar oluşturacağını peşinen kabul etmek sonucu doğar. Böyle durumlarda suç işleme kararının yenilendiğini kabul etmek de bir tahminden öteye gidemez ve TCK'nın 43. maddesinin (1.) fıkrasını uygulanamaz hale getirir, bu yaklaşımların hepsi soyut değerlendirme olup somut değildir, tahmine dayalı bir çıkarımdır. Suç işleme kararının yenilenmesi olgusu somut verilere dayanmıyorsa sanığın lehine olarak değerlendirme yapılması genel kuraldır ve zincirleme suç hükümleri uygulanır." Yargıtay, 20. CD, T. 26.09.2019, E. 2019/2097, K. 2019/4889 (Lexpera).

⁹² Samsun BAM, 6. CD, T. 04.10.2018, E. 2018/1301, K. 2018/219; Yargıtay, CGK, T. 22.09.2022, E. 2021/433, K. 2022/575 (Lexpera).

⁹³ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 102; İÇEL, *Suçların İçtimai*, s. 142.

⁹⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021 (C.I), s. 523, 539-540.

⁹⁵ "5237 sayılı Kanun'un 158 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) maddesinde düzenlenen banka veya kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken krediyi sağlamak amacıyla dolandırıcılık suçunun mağdurunun da banka olduğu, aynı bankanın değişik şubelerine karşı işlenen suçun tek bir mağdura karşı işlendiğinin kabul edileceği, 5237 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesi uyarınca, "bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi" durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasının mümkün olduğu" Yargıtay, 11. CD, T. 06.03.2023, E. 2021/19618, K. 2023/1220; Yargıtay, 11. CD, T. 28.11.2022, E. 2021/27606, K. 2022/19736 (Lexpera).

kararının varlığına işaret etmektedir. Böyle bir olayın varlığı durumunda, suçların farklı şubelerde işlenmiş olması sübjektif şartı ortadan kaldırmayacaktır.

Yargıtay ceza daireleri birçok kararında, bir zincir marketin farklı yerlerde bulunan, farklı şubelerinden hırsızlık yapılması hâlinde aynı suç işleme kararı oluşmadığından bahisle zincirleme suç kuramının uygulanamayacağını ortaya koymuştur⁹⁶. Aynı kişinin değişik zamanlarda bir alışveriş merkezinin farklı mağazalarında işlediği hırsızlık suçu bakımından, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) dairelerinden biri, farklı mağazaların aynı tüzel kişiye ait olması nedeniyle zincirleme suç hükmünü uygularken; bir diğer daire ise mağazaların zilyetlerinin farklı olması nedeniyle zincirleme suçun aynı kişiye yönelik olma şartının oluşmadığından bahisle suç sayısını ceza vermiştir⁹⁷.

Kanaatimizce de farklı şubelerde işlenen hırsızlık suçu bakımından zincirleme suçun oluşmaması; sübjektif değil objektif koşuldan yani suçların işlendiği yerin farklı olmasından ziyade mağdurların farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan sübjektif şarta gelmeden önce örnek olayda suçların aynı mağdura karşı işlenmesi şeklindeki objektif koşul sağlanmamıştır. Çalınan mal üzerindeki zilyetliğin hukuka uygun surette elde edilmiş olması kaydıyla⁹⁸ hırsızlık suçunun mağduru malın zilyedi olup malik ise bu suçtan zarar görendir⁹⁹. Dolayısıyla farklı şubelerden yapılan hırsızlıkta malik aynı olsa da şubelerin zilyedi farklı olduğundan zincirleme suçun “aynı kişiye yönelik olma” koşulu sağlanmadığı için fail her bir suçtan ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır.

C. Suçların İşlendikleri Zaman

Genellikle zincirleme suçun varlığı, teselsül eden suçlar arasındaki zaman aralığıyla ters orantılıdır. Suçlar arasındaki zaman aralığı çok uzunsa, bu durum failin aynı suç işleme kararı ile hareket etmediğine karine teşkil etmektedir¹⁰⁰. Suçlar arasındaki zaman diliminin zincirleme suç hükmünü

⁹⁶ “Dairemize göre, maliki aynı şirket grubu olsa bile, suçun işlendiği yerler farklı ise; artık aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden fiil sayısını suçun işlendiğini kabul etmek gerekecektir. Somut olayda sanığın suç tarihinde, Mersin’de bulunan ... AVM’de bulunan ... isimli mağazadan yaklaşık 200 lira değerinde muhtelif giyim eşyası çaldıktan sonra, aynı gruba ait olup aynı AVM’de bulunan ... isimli mağazadan 300-400 lira civarında muhtelif giyim eşyasını çalmaya teşebbüs ederken yakalandığı sabit olduğu halde, ikincisi teşebbüste kalmış iki ayrı hırsızlık suçundan mahkûmiyeti yerine, tek bir ceza verilip zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş,” Yargıtay, 13. CD, T. 19.09.2019, E. 2019/3129, K. 2019/12848; “Mağdur Ferhat Yunus’un sorumlusu olduğu işyerlerine yönelik hırsızlık suçları bakımından, aynı işyerinin farklı yerlerde bulunan şubelerine yönelik hırsızlık eylemlerinin birbirinden bağımsız ayrı hırsızlık suçlarını oluşturacağı gözetilerek, sanıkların ayrı ayrı üç’er kez hırsızlık suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği düşünülmeksizin tek bir zincirleme suç kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hükümler kurulması,” Yargıtay, 13. CD, T. 09.10.2017, E. 2016/511, K. 2017/10238; “Sanığın, 07/12/2014, 21/12/2014 ve 28/12/2014 tarihlerinde, farklı adreslerdeki üç ayrı ... isimli marketten çeşitli malzemeler çalması karşısında, sanığın üç farklı adresteki A101 marketlerine her seferinde yenilenen suç kastı ile hareket ettiği gözetilmeden, sanık hakkında üç ayrı suçtan hüküm kurulması gerekirken TCK’nın 43/1. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulamak suretiyle hüküm kurulması,” Yargıtay, 17. CD, T. 14.10.2019, E. 2019/1477, K. 2019/12398 (Lexpera).

⁹⁷ Ankara BAM, 13. CD, E. 2020/109, K. 2021/1648; Ankara BAM, 14. CD, E. 2020/1223, K. 2021/1648; İstanbul BAM, 7. CD, E. 2018/492, K. 2018/1606 (Uyap).

⁹⁸ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 669-670.

⁹⁹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, C.I, s. 381; ARTUK, Mehmet E. / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet E. / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 570; KOÇ, Orçun: *Teoride ve Uygulamada Hırsızlık Suçları Ankara ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemelerinin Kararlarıyla Zenginleştirilmiş Uygulama Rehberli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 23-24.

¹⁰⁰ “... ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir.” Yargıtay, CGK, T. 12.04.2023, E. 2022/92, K. 2023/218; “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen 25.10.1991 ve 31.10.1991 tarihli olaylarda suç konusu uyuşturucu maddelerin Almanya’da görevlilerce ele geçirilmesi sonrasında naklin gerçekleşmediğini, bu bağlamda uyuşturucu maddelerin yurt dışındaki alıcı şahıslara ulaşmadığını bilen sanığın, kolluk ifadesinden de anlaşılabileceği üzere yurt dışına uyuşturucu madde nakletmek amacıyla yeniden harekete geçmesi ve bu kapsamda aldığı yeni bir karar doğrultusunda yurt dışına uyuşturucu madde nakletmek için görüşmeler yapması ve bunun neticesinde temin ettiği 125 paket hâlindeki suç konusu eroini Türkiye’den Almanya’ya ihracına ilişkin yeni bir organizasyon gerçekleştirmesi, sanığın 25.10.1991 ve 31.10.1991 tarihli zincirleme biçimindeki uyuşturucu madde ihrac etme eylemlerine ve 30.07.1992 tarihli uyuşturucu madde ihrac etme eylemine iştirak eden inceleme dışı sanıkların birbirinden farklı kişiler olması ve bu hâliyle sanığın 30.07.1992 tarihli ihrac eylemini farklı bir grupla organize ettiğinin anlaşılması, 30.07.1992 tarihli ihrac eylemi ile zincirleme suçta dahil olan 31.10.1991 tarihli ihrac eylemi arasında dokuz ay gibi makul ve kısa sayılamayacak bir sürenin bulunması, gerek sanığın farklı tarihlerde farklı kişilere ait uyuşturucu maddeleri yurt dışına naklettiğine gerekse inceleme dışı sanık K3’nun kendisine ya da başkalarına ait uyuşturucu maddelerin yurt dışına naklinin sanık tarafından organize edildiğine ilişkin kolluk ifadeleri dikkate alındığında; 30.07.1992 tarihinde ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin, dokuz ay önce 25.10.1991 ve 30.10.1991 tarihlerinde ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin devamı, diğer bir ifadeyle aynı bütünün bir parçası olduğunun ve önceden kurulmuş bir

uygulamak için makul olup olmadığının takdiri hâkime bırakılmıştır. Sübjektif şartı etkileyen diğer tüm kriterlerde olduğu gibi, suç teşkil eden fiiller arasında geçen sürenin de her somut olaya özgü olarak değerlendirilmesi gerekir. En başında fiiller arasındaki zaman aralığı, uzunsu karar yenilenmiştir ancak kısaysa aynı kararın devamıdır şeklinde kanunda yer almayan objektif kriterler belirlemek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır¹⁰¹.

Bazen aynı suç, aynı gün içerisinde, aynı kişiye karşı işlense bile iki suçu birbirine bağlayan sübjektif bağdan söz etmek mümkün olmamaktadır¹⁰². Buna karşılık, bazı olaylarda da müteselsilen işlenen suçların arasına aylar girmesi sübjektif bağın varlığı bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Örneğin; “*diş doktoru olmadığı halde 5 ay arayla diş tedavisi yapanın*” aynı suç işleme kararı altında birden fazla suç işlediğinden bahsedilebilmektedir¹⁰³.

Uygulamada, fiili ve hukuki kesinti zincirleme suçun sübjektif unsurunu zaman bakımından etkileyen nedenler olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. Fiili kesinti, suçlar arasında makul olmayacak derecede

plan ve genel niyet dâhilinde farklı bir zamanda nakledildiğinin kabulünün mümkün olmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediği 25.10.1991 ve 31.10.1991 tarihli uyuşturucu madde ihraç etme eylemleri ile dokuz ay sonra işlediği 30.07.1992 tarihli uyuşturucu madde ihraç etme eylemi arasında kastı da içine alıp ondan önce gelen bir suç işleme kararından, diğer bir deyişle söz konusu eylemleri ortak bir zemine taşıyan sübjektif bir bağdan söz edilemeyeceği, sanığın 30.07.1992 tarihli eylemini yeni bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirdiği, bu hâliyle önüne çıkan yeni fırsatlardan yararlanmak suretiyle 30.07.1992 tarihli uyuşturucu madde ihraç etme suçunu işleyen sanığın, söz konusu eyleminin aynı suç olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay, CGK, T. 20.3.2024, E. 2021/318 K. 2024/130 (Lexpera).

¹⁰¹ Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2020/182, K. 2023/413; Yargıtay, CGK, T. 12.09.2023, E. 2021/102, K. 2023/414; Yargıtay, CGK, T. 05.07.2023, E. 2023/220, K. 2023/391 (Lexpera).

¹⁰² “Cezaevinde bulunan sanığın ilk olarak tel örgülerin üzerindeki sigara paketini almak için pencere ızgara teli ile havalandırma bahçesinin üstünü örten tel örgülere zarar vermesi, ikinci olarak ilk eylem nedeniyle müşahade koğuşuna alınmasının meydana getirdiği öfke ile lavaboların fayanslarını kırması şeklinde gerçekleşen olaylarda, art arda iki gün aynı mağdura karşı aynı suç işlenmiş olsa dahi, her iki suça ilişkin kasttan önce gelen, genel bir niyet ve bir suç işleme kararının varlığından, diğer bir deyişle iki suçu ortak bir zemine taşıyan sübjektif bir bağdan söz etmek mümkün değildir. Zira sanık, yeni bir sebep ortaya çıkması nedeniyle mala zarar vermiş ve her bir olay için yenilenmiş bir suç işleme kararı ile hareket etmiş olduğundan, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmayıp, işlenmiş iki ayrı mala zarar verme suçunun söz konusu olduğu ve her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir.” Yargıtay, CGK, T. 03.12.2013, E. 2012/1475, K. 2013/577 (Lexpera).

¹⁰³ “1219 sayılı Kanunun 41. maddesinde düzenlenen suçun seçimlik hareketli suçlardan bulunduğu, sanık hakkında mahkumiyete konu 03.06.2006 tarihli ilk eyleminin dış hekimliği olmadığı halde hasta muayene etmek olduğu, bozma yapılan 15.11.2006 tarihli ikinci eylemlerinin ise dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi müdahale yapma ve dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açma eylemlerinin olduğu sabittir. Anılan suçta korunan hukuki yarar; kişilerin hayatları, vücut bütünlüklerinin bir tehlikeye maruz kalmadan yaşama hakları olduğu için suçun mağduru da topluma karşı işlenen bir suç olması sebebiyle toplumdaki her ferdin olduğu anlaşılmaktadır. ... Ancak sanığın eylemlerinde, aynı suç işleme kararının varlığının bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirildiğinde ise bu kararın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki sanık 03.06.2006 tarihinde, Alanya ilçesi ... mahallesi ... sokak ... apartmanı no: 1 kat: 1 daire 3 sayılı adreste Ş. P. isimli dış hekimine ait muayenehane de dış hekimliği olmadığı halde hasta muayenesi yaptığı halde, 15.11.2006 tarihinde Alanya ilçesi ... mahallesi ... caddesi ... apartmanı no: 11/1 sayılı adreste aynı suç sebebiyle dış hekimliği mesleğine ilişkin müdahale yapma ve dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açma eylemlerinde bulunduğu anlaşılmakta olup, sanığın ilk eyleminde bir dış hekimine ait işyerinde sadece hasta muayene etmesine rağmen, ikinci eyleminde ise dış hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açma ve bu işyerinde dış hekimliği mesleğine ilişkin müdahale yapma eylemlerinde bulunduğu, işyerlerinin farklı adreslerde bulunduğu, suça konu eylemi oluşturan ilk eylem ile ikinci eylemin seçimlik hareketlerinin farklı olduğu, bu sebeplerle de yeni bir suç işleme eğiliminin olduğu anlaşılmaktadır. Yine sanığın ilk eyleminden 5 ay 12 gün gibi uzun bir aradan sonra ikinci eylemini gerçekleştirmesi de sanığın yeni suç işleme eğiliminin bir başka göstergesidir. Bu sebeplerle sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir” görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmıştır. ... 03.06.2006 tarihinde bir dış hekiminin muayenehanesinde dış tedavisi yaptığı tespit edilen sanık hakkında bu eylemiyle ilgili henüz kamu davası açılmadan 15.11.2006 tarihinde muayenehane açarak dış tedavisi yaptığı ve hasta kabul ettiği belirlenen olayda, sanığın hukuki kesinti oluşmadan aynı mağdura karşı ve değişik zamanlarda 1219 sayılı kanunun 41. maddesinde düzenlenen suçu işlediği anlaşılmaktadır.” Yargıtay, CGK, T. 20.05.2014, E. 2013/465, K. 2014/276 (Lexpera).

¹⁰⁴ “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu niteliği itibarıyla sürekliliği gerektirmektedir. Ancak bu durum, yıllarca devam eden fiilin her zaman tek bir suçu oluşturacağı şeklinde de yorumlanmamalıdır. Fiili veya hukuki kesintinin varlığı hâlinde ayrı suçların oluştuğu kabul edilmelidir. Hukuki kesinti iddianamenin düzenlenmesi, mahkumiyet kararı, vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, af yasası gibi durumların ortaya çıkması ile gerçekleşmektedir. Fiili kesinti ise failin eylemine ara vermesi veya yakalanması, tutuklanması, askere gitmesi, uzun süre hastanede yatması gibi bir nedenle eylemin sürdürülebilmesi hallerinde meydana gelmektedir. Bu durumlarda eylemlerin gerçekleştirildiği yer ve araya giren zaman aralığı, yeni bir suç işleme kastı, fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Somut olaya bakıldığında ise; hükümlü ... 'un 27.08.2015 günü İstanbul 23. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/479 Esas, 2016/443 karar sayılı dosyasına konu ... no.lu işyerinde tombala kumar oyunu oynattığının tutanak ile tespit edildiği, aynı tarihte tombala kumar oyunu oynanmakta kullanılan kumar malzemelerine el konulup, adli emanete götürülmesi, hükümlünün ifadesinin alınması ve kumar oynayan kişilere idari yaptırım uygulanmasının ardından, bu kez 15.09.2015 tarihinde kanun yararına bozulması talep edilen İstanbul 63. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/642 Esas, 2017/464 Karar sayılı dosyasına konu edilen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu işlediği olayda; suçun işlendiği işyerlerinin farklı olması ve suç eşyalarına el konulması ve suçun işlendiği yerin değiştirilmesi ile fiili kesintinin; şüpheli sıfatıyla ifadesinin alınması ve serbest bırakılması ile hukuki kesintinin gerçekleştiği hükümlünün farklı adreste farklı malzeme kullanma ve farklı oyun oynatma şeklindeki fiilinin yenilenen suç kastına dayalı yeni bir suç oluşturduğunun, mükerrer dava bulunmadığının ve dava dosyalarının birleştirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır karıştır.” Yargıtay, 18. CD, T. 16.02.2022, E. 2020/14616, K. 2022/2817 (Lexpera).

uzun zaman aralığının olması, failin hastanede yatması ya da askere gitmesi gibi birtakım fiili olaylar nedeniyle suç işleme kararında birliğin ortadan kalkması hali olarak tarif edilmektedir. Bu nedenler failin suç işleme kararını kesintiye uğratabilir ve bu kesintiden sonra işlenen fiiller zincirleme suç kapsamında değerlendirilmez¹⁰⁵.

Hukuki kesinti ise kamu davasının açılması gibi suçlar arasına giren birtakım hukuki işlemlerin suç işleme kararında birliği kaldırmasıdır¹⁰⁶. Bu kesintilerin gerçekleştiği suçlar arasında zincirleme suç hükümleri suç işleme kararında birliğin ortadan kalktığı gerekçesiyle uygulanmamaktadır¹⁰⁷.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, iddianamenin düzenlenmesinden sonra işlenen fiiller zincirleme suç kapsamında değerlendirilmemektedir. Çünkü iddianamenin düzenlenmesiyle olaylar arasında hukuki kesinti olduğundan iddianamenin düzenlenmesinden sonra işlenen fiiller başka bir ceza soruşturmasının konusunu oluşturur¹⁰⁸. Öğretide ise zincirleme suç için iddianamenin düzenlenmesi gibi hukuki kesinti nedenleri yaratılması tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre fail, ilk suçu işledikten sonra müteselsilen işleyeceği diğer suçlar açısından bir engel ile karşılaşmadığı sürece soruşturma ya da kovuşturma evresindeki işlemler suç işleme kararında birliği ortadan kaldırmaz. Soruşturma evresinde tutuklama, yakalama, gözaltı gibi hürriyeti sınırlayan koruma tedbirlerine başvurulmasının ardından ikinci bir suçun işlenmesi sübjektif şartı ortadan kaldırabilir. Ancak herhangi bir koruma tedbiri olmaksızın salt iddianame düzenlenmesi, failin serbestçe hareket etmesine engel olmayacağından, sübjektif şartı ortadan kaldıran bir neden sayılamalıdır¹⁰⁹. Bir başka görüşe göre, kesin hüküm dışındaki soruşturma ve kovuşturma evresindeki diğer işlemler, sübjektif şartı ortadan kaldıran kesin bir delil olarak kabul edilmemelidir. Bunlar sübjektif şartın gerçekleşme ihtimalini zayıflatan haller olarak, her somut olayın kendi özellikleri doğrultusunda değerlendirilmek üzere, hâkimin takdirine bırakılmalıdır¹¹⁰. Benzer yönde bir diğer görüşe göre, soruşturma ve kovuşturma evresi, henüz hüküm verilmemesi kaydıyla, müteselsilen işlenen suçlar arasındaki sübjektif bağı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemelidir. Aksi durumun mutlak suret-

¹⁰⁵ “Açıklanan bilgiler ışığında, sanığın, 2008 yılında katilana karşı gerçekleştirdiği eylemler sonucunda, katılanın, sanıktan ayrılarak annesinin yanına taşınması, boşanma davası açması, hatta tedbir nafakasını ödememesi sonucu sanığın cezaevine girmesi ve aradan beş yıl gibi bir uzun süre geçmesi sonrasında sanığın kastını yenileyerek tekrar 2013 yılında suç aletini değiştirerek eylemlerine devam etmesi somut olayda fiili kesintinin gerçekleştiğini göstermektedir.” Yargıtay, 9. CD, T. 14.06.2023, E. 2022/12550, K. 2023/4241; “Hukuki kesinti iddianamenin düzenlenmesi, mahkûmiyet kararı, vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, af yasası gibi durumların ortaya çıkması ile gerçekleşmektedir. Fiili kesinti ise failin eylemine ara vermesi veya yakalanması, tutuklanması, askere gitmesi, uzun süre hastanede yatması gibi bir nedenle eylemin sürdürülemediği hallerinde meydana gelmektedir. Bu durumlarda eylemlerin gerçekleştirildiği yer ve araya giren zaman aralığı, yeni bir suç işleme kastı, fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önem arz etmektedir.” Yargıtay, 8. CD, T. 30.11.2021, E. 2020/4833, K. 2021/21908; Yargıtay, CGK, T. 20.03.2024, E. 2021/358, K. 2024/136 (Lexpera).

¹⁰⁶ Yargıtay, 4. CD, T. 13.03.2019, E. 2019/777, K. 2019/4528 (Lexpera).

¹⁰⁷ Yargıtay, CGK, T. 29.05.2018, E. 2017/184, K. 2018/251 (Lexpera).

¹⁰⁸ Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/930, K. 2019/227; Yargıtay, CGK, T. 17.03.2015, E. 2014/37, K. 2015/47; “Buna karşın işlemiş olduğu suçtan dolayı henüz hakkında iddianame düzenlenmeden, sanığın aynı suç işleme kararıyla ve aynı mağdura karşı yeniden suç işlemesi durumunda, hukuki kesinti gerçekleşmeden aynı suçun işlenmesi söz konusu olduğundan sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu ahvalde sanığın her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilmeyecek, sanığa bir suçtan ceza verildikten sonra hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle cezasında artırım yapılacaktır. Buna göre, soruşturma aşamasında sanığın aynı suç işleme kararıyla, aynı mağdura karşı değişik zamanlarda aynı suçu işlediğinin tespit edilmesi durumunda, soruşturma dosyalarının birleştirilerek kamu davası açılması, bu hususa riayet edilmeden kamu davalarının açılması hâlinde ise hukuki kesintinin oluşmasından önce sanığın aynı mağdura karşı bir suç işleme kararıyla aynı suçu değişik zamanlarda işlediğinin anlaşılması durumunda dava dosyalarının birleştirilerek sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi isabetli bir uygulama olacaktır.” Yargıtay, 4. CD, T. 13.03.2019, E. 2019/777, K. 2019/4528; “UYAP sisteminden yapılan sorgulamada; suç tarihinde Yoncalı Belediye başkanı olarak görev yapan sanık ... hakkında benzer nitelikteki eylemlerinden dolayı aynı suçtan kamu davaları açıldığının anlaşılması karşısında, tüm mevcut davaların araştırılarak, derdest ise birleştirilmesinden, karara çıkmış ve kesinleşmiş ise onaylı örneklerinin getirtilerek incelenmesinden sonra suç ve iddianame tarihlerine göre eylemler arasında hukuki kesinti tespiti yapıldığı ile zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına saptanması, ayrıca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin belirlenmesi hâlinde sanığa TCK'nın 257. maddesi gereğince verilecek cezadan aynı Kanunun 43/1. maddesi uyarınca artırım yapıldıktan sonra varsa kesinleşen dava dosyalarından verilen cezanın mahsubu ile oluşursa aradaki fark kadar cezaya hükmedilmesi, hukuki kesintinin gerçekleşmesi hâlinde ise ayrı cezalar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması,” Yargıtay, 9. CD, T. 15.04.2020, E. 2020/2068, K. 2020/128 (Lexpera).

¹⁰⁹ ÖZEN, s. 202-203.

¹¹⁰ İÇEL, *Suçların İctimai*, s. 144.

te kabulü zincirleme suçun sübjektif şartının kanunda yer almayan objektif yeni bir şartla sınırlandırılmak anlamına gelir¹¹¹.

Suç işleme kararını ortadan kaldıran hukuki kesintinin sadece iddianame düzenlenmesine bağlanması eleştirilse de¹¹² Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, hukuki kesinti için iddianamenin kabulü şartıyla iddianamenin düzenlendiği tarihin esas alınmasıdır. Bu açıdan iddianame iade edilmişse kesintinin oluşmadığı kabul edilmektedir¹¹³. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)¹¹⁴

¹¹¹ YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 110-112; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 403.

¹¹² Karşı oy: "... olayımızda mağdur sayısı onlardır. İlk tesbitte 450 CD, iki gün sonra 139 VCD ve 150 adet de DVD yakalanmıştır. Bu CD ve DVD'lerdeki film ya da müzik eserleri hak sahibi birden çok fazladır. Bu hak sahipleri şikayette bulunduğu 5846 sayılı Yasanın 81/4-13 ve 71. maddeleri uygulanacaktır. Tek bir suçta mağdur adedi birden fazla olduğu zaman zaten 43. madde uygulanacaktır. Nitekim Dairemizin görev alanına giren Markalar Kanununa muhalefet suçunda da bir yerde birden fazla kişiye ait markalı ürünler aynı anda yakalanmış ise TCK 43. maddesine göre müteselsilen suç, tek kişiye ait ürün yakalanmış ise tek suç kabul edilmektedir. Aynı iş yerinde bir hafta arayla birden çok ürün yakalanması hâlinde bir günde yakalanan sanık hakkında da müteselsilen uygulama yapılacağından ayrı günlerde birden çok suç işlenmesi hâlinde de 43. madde uygulanırsa verilecek ceza değişmeyecek ve sonuçta adil olmayacaktır. Bu uygulamanın kabulü hâlinde ilk tesbitten sonra tesbit edilen diğer eylemlerden dolayı ceza verilmemesi sonucunu doğuracaktır. Mağdur tek olsa bile tutanak tutulmakla suç iradesi kesintiye uğramıştır. Örneğin iki kişi kaçırıldı sanık yakalandı tutanak tutuldu, karakolda ifadesi alındı ve salıverildi. Zaten bu olay için TCK 43/2. fıkraya göre müteselsil suç kabul edilecektir. Sanık serbest bırakıldıktan ve dava açılmadan aynı kişileri tekrar kaçırdı. Bu durumda nasıl karar verilecek bazen bir sanığın 20-30 tane dosyası oluyor. İki suç işlemişse de TCK 43, on suç işlemişse 43. madde uygulanıp aynı cezayı mı alacak? ...İddianamenin suç işleme iradesini kestiği hususu Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları ile sabittir. Ancak biz kesintiyi sadece iddianameye bağlarsak işini düzgün yapan savcı ile ihmalkâr savcının işlemi dolayısıyla sanığa uygulanacak ceza miktarı değişik olacaktır. Örneğin bir yerde işini düzgün yapan savcı 1-2 gün içinde dava açtı, ihmalkâr olan da 1-2 ay sonra açtı. Korsan satıcılar bu işi devamlı yaptıkları için işini düzgün yapan savcının yaptığı A şehrinde aynı eylemden dolayı ayrı ayrı suç derken, işini ihmal eden savcının görev yaptığı B şehrinde TCK 43. madde uygulanacaktır ki böyle bir uygulamanın da adil olmadığı açıktır. Somut olayda iki suç arasındaki süre kısa ise de Dairemizden geçen ve on gün, otuz gün, hatta suç tarihleri arasında bir kaç ay olan dosyalar vardır." Yargıtay, CGK, T. 08.04.2014, E. 2013/59, K. 2014/171 (Lexpera).

¹¹³ "Buna göre mahkeme tarafından kabul edilen iddianamenin düzenlendiği tarihten itibaren hukuki kesinti oluşacak, sonra devam eden eylemler başka bir ceza davasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında mahkemece kabul edilmek şartıyla iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda hukuki kesinti nedeniyle yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacak, mahkeme tarafından iddianame iade edildiği aşamada ise aynı suç işleme kararıyla ve aynı mağdura karşı yeniden suç işlemesi durumunda hukuki kesinti gerçekleşmediğinden sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir." Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/930, K. 2019/227; "Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; aynı mağdura ait işyerinden 10.05.2009 ve 24.05.2009 tarihlerinde hırsızlık yapan sanık hakkında ilk olayla ilgili 13.05.2009 tarihinde iddianame düzenlendiği, bu iddianamenin de 26.05.2009 tarihinde mahkemece kabulüne karar verildiği olayda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. ... Görüldüğü gibi, hukukumuzda dava iddianameyle açılmış olsa da iddianamenin imzalanmış olmasıyla dava açılmış sayılmamaktadır. Davanın açılmış sayılabilmesi için, iddianamenin iade edilmemiş olması veya zimni veya açıkça iddianamenin kabul edilmesine karar verilmiş olması gerekir. İddianamenin açıkça veya kapalı/ceza Genel Kurulu olarak kabulü ile kovuşturma evresi başlamış olacaktır. ... Aynı mağdura ait işyerinden 10.05.2009 ve 24.05.2009 tarihlerinde hırsızlık yapan sanık hakkında ilk olayla ilgili 13.05.2009 tarihinde iddianame düzenlendiği, bu iddianamenin de 26.05.2009 tarihinde mahkemece kabulüne karar verildiği olayda; 13.05.2009 tarihli iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi nedeniyle bu iddianamenin düzenlenme tarihi itibarıyla hukuki kesinti olduğundan 24.05.2009 tarihinde gerçekleştirilen ikinci eylemin ayrı bir suç olarak değerlendirilerek iki ayrı hırsızlık suçundan hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla hukuki kesinti nedeniyle zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığını kabul eden yerel mahkemenin direnme hükmü isabetli olup onanmasına karar verilmelidir." Yargıtay, CGK, T. 17.03.2015, E. 2014/37, K. 2015/47; "Sanık hakkında, suç tarihi 31/10/2012 olan müstehcenlik eylemi nedeniyle, 30/10/2013 tarihli iddianame ile kamu davası açıldığı, iddianamenin kabul tarihinin 11/11/2013 olduğu, aynı sanık hakkında suç tarihi 08/11/2013 olan farklı bir müstehcenlik eylemi nedeniyle ise 29/05/2014 tarihli iddianame ile kamu davası açılıp iddianamenin 09/06/2014 tarihinde kabul edildiği ve aralarındaki hukuki ve fiili irtibat nedeniyle davaların incelemeye konu dosya üzerinde birleştirildiği, yapılan yargılama neticesi sanığın her iki eylemi ile ilgili olarak, "iddianamenin kabulü" ile hukuki kesinti meydana geleceği şeklindeki gerekçe ile zincirleme suç hükümleri uygulanarak mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmakta ise de; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12/09/2019 tarihli 2016/7-1144 esas ve 2019/532 karar sayılı kararında da açıklandığı üzere; mahkeme tarafından kabul edilen iddianamenin "düzenlendiği tarihten" itibaren hukuki kesinti oluşacağı, sonra devam eden eylemlerin başka bir ceza davasının konusunu oluşturacağı, ... Bu itibarla; sanığın 31/10/2012 suç tarihli ilk eyleminin iddianamesinin 30/10/2013 tarihinde düzenlendiği ve 11/11/2013 tarihinde iddianamenin kabul edildiği, bu nedenle hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenme tarihi olan 30/10/2013 tarihinde meydana geldiği, sanığın ikinci suç tarihinin ise ilk iddianamenin düzenlenme tarihinden sonra, 08/11/2013 tarihinde gerçekleştiği ve sanığın devam eden müstehcenlik eyleminin ayrı bir suç oluşturduğunun anlaşılması karşısında; sanık hakkında ayrı ayrı mahkumiyet hükümleri kurulması yerine TCK'nın 43. maddesinin uygulanması, ... Bozmayı gerektirmiş" Yargıtay, 18. CD, T. 22.01.2020, E. 2019/10506, K. 2020/1855; "Sanığın, İstanbul ili, Gaziosmanpaşa ilçesi, Hürriyet Mahallesi, Beşyüzler Caddesi üzerinde kurduğu seyyar tezgahta 07.03.2009 ve 09.03.2009 tarihlerinde bandrolsüz CD ve DVD sattığı yaptığı, sanığın bu şekilde hukuki kesinti oluşmadan bir suç işlemeye kararlaştırdığı, aynı mağdura karşı ve değişik zamanlarda 5846 sayılı Kanunun 81/4. maddesinde düzenlenen suç işlediği anlaşıldığından, hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Sanığın 07.03.2009 tarihinde hakkında soruşturma başlatıldıktan sonra yeniden aynı suçu işlemesi nedeniyle hakkında gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilecek ise de; Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerinin istikrarlı uygulamalarında hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenmesiyle oluşacağına vurgulanması karşısında, iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar bir suç işleme kararıyla, aynı mağdura karşı değişik tarihlerde işlenen aynı suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkemece somut olayda hukuki kesintinin gerçekleşmediği bir aşamada, bir suç işleme kararıyla, iki gün ara ile aynı mağdura karşı işlemiş olduğu aynı suçlar nedeniyle sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekirken, aynı suçtan iki kez cezalandırılmasına karar verilmemesi ve bu hükmün Özel Dairece onanmasında isabet bulunmamaktadır." Yargıtay, CGK, T. 08.04.2014, E. 2013/59, K. 2014/171 (Lexpera).

döneminde iddianamenin kabulü kurumuna yer verilmediği için Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin mahkemeye verilmesiyle kamu davası açılmış sayıldığından iddianamenin düzenlenmiş olması hukuki kesinti için yeterli bir neden olarak görülebilirdi. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nda¹¹⁵ kamu davasının açılması, iddianamenin kabulüne bağlandığı için (m. 175) iddianamenin hukuki kesinti yaratması ancak mahkemece iddianamenin kabul edilmiş olması hâlinde mümkündür. Buna karşılık uygulamada hukuki kesintinin başlangıcı, iddianamenin kabul edildiği tarihten itibaren değil iddianamenin kabulü şartıyla “düzenlendiği tarihten” itibaren hesaplanmaktadır.

Mahkeme, sadece dava konusunun sınırları içinde hareket edebildiğinden; iddianamenin kabulünden sonra işlenen fiillerin zincirleme suç kapsamı dışında kalması muhakemenin konusunun sınırlandırılması için bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin zincirleme suç bakımından sonucu da iddianamenin kabulünden sonra devam eden olayların artık başka bir ceza muhakemesinin konusunu oluşturması ve bu hukuki kesintiden sonra işlenen fiillerin ancak kendi aralarında zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilmesidir¹¹⁶. Ayrıca soruşturma evresinde tutuklama, yakalama, gözaltı gibi hürriyeti sınırlayan koruma tedbirlerinin ardından ikinci bir suçun işlenmesi sübjektif şartı ortadan kaldırabilir¹¹⁷. Bunlar dışında kamu davası açılana kadar şüphelinin müteselsilen işleyeceği diğer suçlar açısından bir engel ile karşılaşmadığı sürece soruşturma evresindeki diğer işlemlerin suç işleme kararında birliği ortadan kaldıran nitelikte kesin bir delil olarak kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Mahkûmiyet kararından sonra işlenen fiillerin teselsüle dahil olup olmadıkları da öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, işlenen suçlar arasına hüküm girmişse artık hükümden sonra işlenen suçlar yeni bir suç işleme kararıyla işlenmiş sayılmalıdır. Hüküm ile suç işleme kararında birlik bir arada barınmaz. Mahkemece verilmiş hüküm, faili etrafıca düşünüp taşınmaya sevk edecek nitelikte bir nedendir. Failin hükümden sonra fiillerine devam etmesi suç işleme kararının yenilendiğini gösterir. Burada hükmün kesinleşmiş olup olmaması önem arz etmez¹¹⁸. Bir diğer görüşe göre, hüküm ancak kesinleşmişse aynı suç işleme kararını ortadan kaldıracak nitelikte bir engel olarak kabul edilebilir¹¹⁹. Başka bir görüşe göre, bu husus hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Eğer hâkim suç işleme kararının verilen hükümden sonra değiştiği veya hükümden sonra yeni bir karar verilerek fiilin gerçekleştirildiği kanaatindeyse, yeni bir suçtan dolayı ayrı bir ceza tayin edecek; yok eğer hükümden sonra yapılan fiillerin eski suç işleme kararının devamı, onun icrası olduğu hususunda şüphe yoksa, yeni fiil veya fiillerin öncekiler ile teselsül hâlinde olduğuna hükmedecektir¹²⁰.

V. SONUÇ

Suç işleme kararı ne genel bir saik birliği kadar geniş ne de suç işleme kastı kadar dardır. Öne çıkan fırsatlardan yararlanma, geçimini suçtan sağlama gibi genel ve soyut bir karar, zincirleme suçtaki karar birliğinin ispatı için tek başına belirleyici bir neden değildir. Zincirleme suçun bu sübjektif şartı,

¹¹⁴ 20.04.1929 tarihli ve 1172 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁵ 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁶ “İddianame olaylar arasında hukuki bir kesinti meydana getirir ve iddianameden sonra devam eden olaylar artık başka bir muhakemenin konusunu teşkil eder. ... ve hukuki kesintiden sonra işlenen fiiller ancak kendi aralarında zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilir.” (CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 718). ÇINAR, Ali Rıza: “Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 56.

¹¹⁷ “08.11.2012 tarihli eyleminden hemen sonra yakalanıp bir gün gözaltında kaldıktan sonra ifadesi alınıp serbest bırakılan sanığın sahte parayı tedavüle koyma eyleminin bahse konu adli işlemler nedeniyle kesintiye uğraması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın 19.11.2012 tarihli olayda yenilenmiş suç işleme kararı ile hareket ettiği, diğer bir anlatımla sanığın 08.11.2012 tarihinde yakalanması ile her iki olay arasında fiili kesintinin oluştuğu” Yargıtay, CGK, T. 20.03.2024, E. 2021/358, K. 2024/136 (Lexpera).

¹¹⁸ ÖZEN, s. 204-205; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil*, s. 112-114; EREM, *Cilt: I Genel Hükümler*, s. 372.

¹¹⁹ İÇEL, *Suçların İctimai*, s. 144; İÇEL, Kayıhan: “Takibatın Başlamasından Sonra Gerçekleşen Fiiller Teselsüle Sokulabilir Mi? (5917 Sayılı Kanun’un Birden Fazla İhlali)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, s. 324-325 (Yazar, makalesinde sadece hüküm ifadesini kullanırken; kitabında, kesin hüküm hâlinde sübjektif şartın ortadan kalkacağını ifade etmiştir).

¹²⁰ TOSUN, s. 139.

plan kurma ile açıklanabilir. Ancak plan kurma çok katı bir şekilde anlaşılmamalıdır. Failin belli bir amaca ulaşmak için genel bir programa göre hareket etmesi yeterlidir. Plan, önceden kurulabileceği gibi ilk fiille eş zamanlı da kurulabilir.

Suç işleme kararında birliğin varlığı, her olayın somut işleniş özelliklerine göre ancak mahkeme tarafından takdir edilebilir. Tamamen failin zihni faaliyetinin ürünü olan suç işleme kararında birliğin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesinde kesin kriterler ortaya koyabilmek mümkün değildir. Suçların konusu, işleniş şekilleri, yeri, zamanı gibi kriterler sübjektif şartı belirlemede sadece yardımcı olur ve somut olayın koşullarına göre değişiklik gösterir.

Failin zincirleme suç kapsamında suç işleme kararını, ısrarla sürdürmesinin onun lehine değil aleyhine değerlendirilmesi gereken bir tehlikelilik hali olduğu yönünde yapılan eleştirilere katılmaktayız. Tehlikelilik hali, bir kimsenin bir suçun faili olma ihtimalinin, bir diğer ifadeyle, suç işleme konusundaki eğiliminin çok fazla olmasını ifade eder. Bu hâl ancak faili suça iten saik, failin karakteri, suçu işlediği anda ve işledikten sonraki tutumu, daha önce hakkında bir mahkûmiyet kararı olup olmadığı, bireysel, ailevi, sosyal hayat koşulları gibi birçok kriter dikkate alınarak belirlenebilir. Özel tehlikeli suçlular da zincirleme suç hükümlerinden yararlanabilir. Ancak bu halde zincirleme suç nedeniyle artırılacak ceza oranında üst sınıra yaklaşılabilir. Bu bakımdan örgüt mensubu bir suçlu da (TCK m. 6/1-j) zincirleme şekilde suç işleyebilir. Bu suçlu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun (TCK m. 220/4) yanı sıra koşulları varsa müteselsilen işlediği suçlardan ötürü ayrıca zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılabilir. Bu durumda failin örgüt mensubu olduğu için tehlikeliliği nedeniyle ıslah edilmesine yönelik uygulanacak özel infaz rejimleri hükmolunan yaptırımdan ayrı bir meseledir.

KAYNAKÇA

- ADEN, Menno: “Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht: Das Ende der fortgesetzten Handlung”, *Juristen Zeitung*, 1994, Cilt 49, Sayı 22, s. 1109-1110.
- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 (GH).
- AKBULUT, Berrin: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 32, Sayı 4, s. 2703-2733.
- ARTUÇ, Mustafa: “Zincirleme Suç”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 28, s. 45-66.
- ARTUK, Mehmet E. / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet E. / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (GH).
- ARTUK, Mehmet E. / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet E. / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BAYAR, Ahmet Hamdi: *Türk Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2011.
- BRÄHLER, Volker: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und -ordnungswidrigkeiten Eine Untersuchung aus Anlaß des Plenarbeschlusses BGHSt 40, 138 Zugleich eine Abhandlung über die Auswirkungen des Beschlusses auf das gesamte Konkurrenzsystem und die diesbezüglichen Reformbestrebungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- BULUT, İlhan: “Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı Kavramı” ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025, Cilt 10, Sayı 1, s. 33-68.
- CASTILLO-GONZÁLES, Francisco: *Die prozessuale Behandlung der fortgesetzten Tat (Eine vergleichende Darstellung des deutschen, des costaricanischen und des italienischen Rechts)*, Doktora Tezi, Albert-Ludwigs Üniversitesi, Freiburg, 1977.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021 (C.I).
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023 (Giriş).
- ÇAKIR, Kerim: *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÇINAR, Ali Rıza: “Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 31-62.
- DEMİREL, Muhammed / KARTAL, Melik: “The Conditions for the Application of Successive Crime in Turkish Criminal Code”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 451-462.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Suçların Birleşmesine İlişkin Tanımlar, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Leges Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 1, Sayı 1, s. 4-87.
- ERDOĞAN, Yağmur Müge: *Zincirleme Suç*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- EREM, Faruk: “Suçların ve Cezaların İttimai Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, *Adliye Dergisi*, 1944, Cilt 35, Sayı 8, s. 630-667.
- EREM, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler*, 10. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973 (Cilt: I GH).
- FIANDACO, Giovanni / MUSCO, Enno: *Dritto penale Porte Generale*, 3. Baskı, Zanichelli Yayınevi, Bologna, 1995.
- FREUND, Georg / ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer, Berlin, 2019.

- GÖKTÜRK, Neslihan: *Fikri İctima (Suçların İctimai)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- HAKERİ, Hakan: “Alman Ceza Hukuku’nda Müteselsil Suç”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 1999, Cilt 2, Sayı 3, s. 239-266.
- HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- İÇEL, Kayıhan: *Suçların İctimai (Genel Bilgiler-Fikri İctima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İctima)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972 (Suçların İctimai).
- İÇEL, Kayıhan: “Takibatın Başlamasından Sonra Gerçekleşen Fiiller Teselsüle Sokulabilir Mi? (5917 Sayılı Kanun’un Birden Fazla İhlali)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, s. 289-333.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil Part 2*, De Gruyter, Berlin, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Dunc-ker & Humblot, Berlin, 1996.
- KARAKEHYA, Hakan: *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010 (İradilik Unsuru).
- KARAKEHYA, Hakan: “Olası Kast”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 2, s. 19-46.
- KELLER, Christoph: *Zur tatbestandlichen Handlungseinheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- KESKİNSOY, Ömer: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 61, s. 340-351.
- KIYGI, Osman Nazım: *Wörterbuch Recht und Wirtschaft Band 2 Deutsch-Türkisch*, 2. Baskı, C.H. Beck Yayı-nevi, Münih, 2013.
- KLUMPE, Gerhard: *Probleme der Serienstraftat*, Peter Lang, Frankfurt-Main, 1998.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Anka-ra, 2024 (GH).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- KOÇ, Orçun: *Teoride ve Uygulamada Hırsızlık Suçları Ankara ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemelerinin Karar-larıyla Zenginleştirilmiş Uygulama Rehberli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- KORKMAZ, Fulya: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Anka-ra, 2013.
- MAIWALD, Manfred: *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafproßrecht*, Peter Lang, Frankfurt-Main, 2009.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayı-nevi, İstanbul, 2017.
- MERAKLI, Serkan: “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Zincirleme Suça İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Ed.) ÖZBEK, Veli Özer / SÜREN, Ömer Buğra: *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Günleri-V Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu III: Ceza Genel Kurulu Kararları*, Seçkin Yayıncı-lık, Ankara, 2025, s. 87-95.
- ÖZBEK, Veli Özer: “Suç Genel Teorisinde Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 6, Sayı 15, s. 19-28.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAKSIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZEN, Mustafa: *Suçların İctimai (Zincirleme Suç-Fikri İctima-Bileşik Suç)*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZTOP, Mustafa Necmeddin: *Yargıtay Kararları Işığında Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üni-versitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan: *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003.
- SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht-Allgemeiner Teil Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des Strafrechtlichen Gutachtens*, 15. Baskı, Rolf Schmidt, Bremen, 2016.
- ŞEKER, İdris: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2009.
- TOROSLU, Haluk / TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- TOSUN, Öztekin: “Müeselsel Suçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1957, Cilt 22, Sayı 1-4, s. 124-149.
- USTA, Sinem: *Zincirleme Suç*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- YALÇIN SANCAR, Türkan: *Müeselsil Suç*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995 (Müeselsil).
- YALÇIN SANCAR, Türkan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 70, s. 244-259 (Zincirleme).
- YAŞA, Yasemin: *İtalyanca-Türkçe / Türkçe-İtalyanca Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Halil: “Müeselsil (Zincirleme) Suç”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Sayı 3, s. 739-748.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- WEGSCHEIDER, Herbert: *Echte und Scheinbare Konkurrenz: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des “Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§28 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- WERLE, Gerhard: *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.



Türk Ceza Kanunu’ndaki Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suçlar Bakımından Hukuka Uygunluk Sebepleri^(*)



Justification Causes for Crimes Related to Protection of Personal Data in the Turkish Criminal Code

Mehmet GÜRLER



Avukat, Doktor
İstanbul Barosu

Anahtar Kelimeler

Kişisel Verilerin
Korunması,
Kişisel Verilere İlişkin
Suçlar,
Hukuka Uygunluk
Sebepleri,
İlgilinin Açık Rızası,
Kanunun Öngördüğü
Hâller.

Öz

Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilgiyi ifade eder. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin esasları belirlemiş ve kişisel verilere ilişkin suçlarla ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 135 ila 140. maddelerine atıfta bulunmuştur. TCK m. 135’te “*kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*”, m. 136’da “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu*” ve m. 138’de ise “*verileri yok etmeme suçu*” düzenlenmiştir. Ancak kişisel veri kavramı oldukça geniş bir içeriğe sahiptir ve söz konusu suçların kapsamı yasal sınırların ötesine taşmamalıdır. Kişisel verilerin işlenmesi her zaman suç oluşturmaz; bazı durumlarda verilerin işlenmesi hukuka uygunluk sebeplerine dayanmakta ve bu da ilgili fiili hukuka uygun hâle getirmektedir. Bu nedenle, her somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin var olup olmadığı dikkatle incelenmelidir. Nitekim Yargıtay da somut olayın özelliklerine göre bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerektiğini istikrarla vurgulamaktadır. Bu bağlamda, 6698 sayılı KVKK başta olmak üzere ilgili diğer yasal düzenlemelerde yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Keywords

Protection of Personal
Data,
Crimes Related to
Personal Data,
Justification Causes,
Explicit Consent of the
Data Subject,
Circumstances
Prescribed by Law.

Abstract

Personal data means any information that identifies or makes an individual identifiable. The Law on the Protection of Personal Data No. 6698 sets out the principles for processing and protecting personal data and references Articles 135 to 140 of the Turkish Criminal Code (TCC) No. 5237 concerning offenses related to personal data. Art. 135 of the TCC regulates “*the offense of illegal recording of personal data*”, Art. 136 addresses “*the offense of illegally obtaining or giving data*”, and Art. 138 pertains to “*the offense of destruction of data*”. However, the concept of personal data has a broad scope, and the interpretation of these criminal provisions should not extend beyond legal boundaries. The processing of personal data does not always constitute a crime; in some cases, it is legitimate due to justification causes. Therefore, in each particular case, the presence of justification causes must be carefully examined. The Court of Cassation consistently emphasizes that the existence of a justification causes must be meticulously assessed based on the specifics of each case. Consequently, it is essential to conduct a detailed examination and assessment of the justification causes set forth in Law No. 6698 and other relevant legislation.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.04.2025, Kabul Tarihi: 07.07.2025.



GİRİŞ

Kişisel veri¹, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır². Günümüzde bir yandan kişisel verilere her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyulmakta, diğer yandan da veri toplama ve analizine yönelik daha önce mevcut olmayan çeşitlilikte araçlar geliştirilmektedir³. Zira kişisel verilerin işlenmesi ve saklanması hem kamu hem özel sektör faaliyetlerinin sürekliliği ve verimliliği açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak bu verilerin hukuka aykırı amaçlar için kullanılması ciddi bir risk teşkil etmektedir. Bu sebeple kişisel verilerin korunması bir gereklilik hâlini almıştır. Ancak, kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel nitelikteki kurallar, kişisel verilerin korunması açısından yetersiz kalmış; bu alanda özel düzenlemelere ve kapsamlı bir veri koruma hukuku oluşturulmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Bu doğrultuda, 1970’li yıllardan itibaren Almanya, Avusturya, Fransa, Danimarka, İsveç, Norveç gibi ülkelerde kişisel verilerin korunması konusunda özel yasalar yapılmıştır⁴. Avrupa Konseyi tarafından 108 sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme⁵ hazırlanmış ve 28.01.1981 tarihinde diğer Konsey üyesi ülkelerle birlikte Türkiye tarafından da imzalanmıştır. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği tarafından 24.09.1995 tarihinde kabul edilen 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi⁶ üye devletlerin iç hukuklarında güvence altına almak zorunda oldukları kişisel verilere ilişkin asgari standartları düzenleyen bir diğer uluslararası metni teşkil etmiştir. Ancak 95/46/EC sayılı Direktif hızla değişen bilişim teknolojileri karşısında güncelliğini kaybetmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Direktif yerine daha güncel, kapsayıcı ve ayrıntılı bir düzenleme olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation-GDPR*)⁷ kabul edilmiş ve 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸.

Karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmelerin etkisiyle ve kişisel verilerin korunması amacıyla Türkiye’de bu alandaki ilk yasal düzenleme 01.06.2005’te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile yapılmıştır⁹. TCK’nın ikinci kitabında yer alan “*kişilere karşı suçlar*” başlıklı birinci kısmın “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” bölümünde kişisel verilere ilişkin suç tiplerine yer verilmiştir. Bu kapsamda; TCK’nın 135. maddesinde “*kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*”, 136. maddesinde “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu*”, 138. maddesinde “*verileri yok etmeme suçu*” düzenlenmiştir. Daha sonra 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla Anayasa’nın “*özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20. maddesine eklenen fıkra ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı tanınmış ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin usûl ve esasların kanunla düzenlenmesi

¹ “Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world.” KUNEVA, Meglena: “Keynote Speech-Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling”, Brussels, 2009. Bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156 (ET: 11.02.2025).

² KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 10; MADEN, Mehmet: *Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 40; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı (Kişisel Verilerin Kaydedilmesi), s. 76; TEZCAN, Durmuş: “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 1 (Özel Hayat Açısından Kişisel Veriler), s. 22; AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 124; İÇEL, Kayıhan: “Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunmasında Kişisel Veri ve Hukuka Aykırılık Kavramları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 94, Sayı 2, s. 17; DÜLGER, Murat Volkan: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 101; ÇAKIR, Kerim: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 8, Sayı 16, s. 571.

³ KÜZECİ, s. 24.

⁴ ÜNVER, 164; KÜZECİ, s. 118-123.

⁵ İlgili Sözleşme için bkz. <https://rm.coe.int/1680078b37> (ET: 11.02.2025).

⁶ İlgili Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj/eng> (ET: 11.02.2025).

⁷ İlgili Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng> (ET: 11.02.2025).

⁸ HOOFNAGLEA, Chris Jay / van der SLOOTB, Bart / BORGESİUS, Frederik Zuiderveen: “The European Union General Data Protection Regulation: What it is and what it means”, *Information & Communications Technology Law*, 2019, Cilt 28, Sayı 1, s. 65-66.

⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 72.

öngörülmüştür. Anayasa m. 20/3 doğrultusunda 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile kişisel veriler, kişisel verilerin işlenmesi ve korunması bütüncül bir şekilde kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. KVKK'nın “suçlar ve kabahatler” başlıklı beşinci bölümünün “suçlar” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında “*kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140'uncu madde hükümleri uygulanır.*” denilerek TCK'ya atıf yapılmış ve ilgili suç tiplerinin uygulanmasına devam edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde KVKK ile TCK'nın 135 ila 140. maddeleri arasında doğrudan bağlantı kurulmuştur¹⁰.

6698 sayılı KVKK'nın kabulü hem uluslararası hem de iç hukuktan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından son derece önemli bir adımdır¹¹. Ancak 5237 sayılı TCK'nın kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçları ihdas etmesinden on yılı aşkın bir süre sonra KVKK'nın yürürlüğe girmesi eleştiriye değerlidir. Zira 6698 sayılı KVKK öncesinde kişisel veri kavramını tanımlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır¹². Nitekim, Yargıtay, KVKK'nın yürürlüğe girmesinden önce verdiği bir kararında, TCK'da kişisel veri kavramının tanımlanmadığını ve bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini belirtmiş, ayrıca kişisel verilere ilişkin suçların uygulanmasında dikkatli olunması gerektiğini ve kişisel veri kavramının doktrindeki görüşlerden yararlanılarak tespit edilebileceğini ifade etmiştir¹³. Her ne kadar doktrin tarafından genel hukuk bilgisi ve diğer yasal düzenlemeler ışığında kişisel veri kavramı açıklanmaya çalışılsa da suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu kavramın yasal olarak tanımlanması zorunludur¹⁴. Bu eksiklik, nihayet KVKK m. 3'te “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilginin*” kişisel veri olarak kabul edilmesiyle giderilmiştir.

KVKK yürürlüğe girmeden önce kişisel veri kavramının yasal bir tanımı bulunmadığı için TCK'daki kişisel verilere ilişkin suçların sadece sır niteliğindeki verilerle sınırlı olup olmadığı konusunda bazı tereddütler ortaya çıkmıştır¹⁵. Kişisel verilere ilişkin suçların düzenlendiği “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” başlıklı bölümde 765 sayılı mülga TCK'daki “*sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler*” başlıklı fasılda bulunan suç tiplerine benzer bazı suçlar yer aldığından, bu bölümde düzenlenen suçlarla sırrın dokunulmazlığının korunmasının amaçlandığı düşünülmüş olabilir¹⁶. Ancak ilgili suçların konusunu sadece sır niteliğindeki kişisel verilerin oluşturduğunu söylemek doğru değildir. Nitekim Yargıtay da önceleri kişisel veri kavramını kısmen sınırlayarak, “*herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler, yasal anlamda kişisel veri olarak değerlendirilemez.*” görüşünü savunmuş olsa da¹⁷ daha sonra ve özellikle KVKK m. 3'te yer alan kişisel veri tanımı gereği bu yaklaşımından vazgeçmiştir. Yargıtay artık daha geniş kapsamlı bir kişisel veri kavramını benimsemekte ve TCK'da yer alan kişisel verilere ilişkin suçlarla ilgili olarak istikrarlı bir şekilde “*herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de yasal anlamda kişisel veri olarak kabul edilmeli ve hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır.*” görüşünü dile getirmektedir¹⁸.

Ne var ki bu yaklaşım TCK'daki kişisel verilere ilişkin suçların uygulama alanını oldukça genişleterek uygulamada belirsizlik yaratabilir ve hemen her eylemin suç sayılması gibi olumsuz sonuçların

¹⁰ DÜLGER, s. 120.

¹¹ ÇAKIR, s. 572.

¹² TEZCAN, Durmuş: “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1 (Kişisel Verilerin Kaydedilmesi), s. 1162.

¹³ Yargıtay, CGK, T. 17.06.2014, E. 2012/12-1510, K. 2014/331 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁴ TEZCAN, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 1162.

¹⁵ HAKERİ, Hakan: “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, Mersin Barosu Yayınları, Mersin, 2009, s. 126-131.

¹⁶ DÜLGER, s. 121.

¹⁷ Yargıtay, 12. CD, T. 17.02.2014, E. 2013/9669, K. 2014/3760 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁸ Yargıtay, CGK, T. 04.07.2017, E. 2017/829, K. 2017/363 (Yargıtay Karar Arama).

doğmasına neden olabilir. Bu olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını engellemek adına her somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde dikkatli ve ayrıntılı bir değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk alanınca geçerli kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeninin ya da bu kapsamda dikkate alınacak bir hususun mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da kişisel veri kavramını ele aldığı birçok kararında bu endişeyi dile getirmekte, somut olayın özelliklerine göre bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerektiğini kavlılaştırılmış ve standart bir şekilde vurgulamaktadır¹⁹. Dolayısıyla, kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçların yasayla amaçlanan sınırların ötesine taşınarak uygulamada belirsizlik yaratmaması ve hemen her fiilin suç olarak kabul edilmesi gibi sakıncalı sonuçlara yol açmaması için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak dikkatli bir inceleme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Zira kişisel verilerin işlenmesi her durumda suç teşkil etmemekte, bazı hâllerde hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bu nedenle, somut olayda geçerli bir hukuka uygunluk sebebinin veya bu çerçevede göz önünde bulundurulabilecek bir hususun olup olmadığı özenle araştırılmalıdır.

Aynı şekilde, kanun koyucunun da kişisel verilere ilişkin suçlarda bu noktaya önem atfettiği görülmektedir. Nitekim TCK m. 135'te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun yasal tanımında “*hukuka aykırı olarak*” ifadesine açıkça yer verilmiş; aynı ifade TCK m. 136'da düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunda da tekrarlanmıştır. Kanun koyucu, suçun yasal tanımında hukuka aykırılık unsuruyla ilişkili olarak bu tür ifadeleri kullanmak suretiyle, bu suç tiplerinde hukuka uygunluk sebebinin bulunma ihtimalinin güçlü olduğuna işaret etmekte ve hâkime hukuka uygunluk sebeplerini göz önünde bulundurması yönünde bir uyarıda bulunmaktadır²⁰. Sonuç olarak, gerek TCK'da yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler gerekse Yargıtay uygulaması birlikte değerlendirildiğinde, kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından özellikle KVKK başta olmak üzere ilgili diğer mevzuatta yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin ayrıntılı biçimde incelenmesi ve somut olay bağlamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sayede veri işleme fiillerinin hukuka uygunluk sebepleri kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve dolayısıyla suç teşkil edip etmediği açık ve isabetli biçimde ortaya konulabilecektir.

I. TCK'DA YER ALAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN SUÇLAR HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Korunan Hukuki Değer

İnsanların kendi özel yaşamlarını korumak istemeleri insan doğasının bir gereğidir. Bu ihtiyaç tarih boyunca farklı şekillerde kendini göstermiş ve özellikle modern hukuk sistemlerinde temel hak ve özgürlükler kapsamında gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasası'nın 20. maddesi²¹ ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi²² özel hayatın korunmasını temel bir insan hakkı olarak düzenlemektedir. Kişiliğin ayrılmaz bir parçasını oluşturan özel

¹⁹ Yargıtay bir çok kararında bu açıklamayı tekrarlamaktadır: “*Ancak, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi sonuçların doğmaması için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da tespit edilmesi gerekir.*” Bkz. Yargıtay, 12. CD, T. 23.03.2022, E. 2019/14037, K. 2022/2232; Yargıtay, 12. CD, T. 07.09.2022, E. 2020/1085, K. 2022/5406; Yargıtay, 12. CD, T. 16.11.2023, E. 2019/10278, K. 2022/8677 (Yargıtay Karar Arama).

²⁰ GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 427-432.

²¹ Anayasa m. 20/1: “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*”.

²² AİHS m. 8: “*(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*”.

hayatın korunması, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü esas alan hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde ortaya çıkan kişiliğin korunmasından soyutlanamayacağı gibi, bu koruma bilişim teknolojilerindeki gelişim ile daha da önemli hâle gelmiştir²³. Bu doğrultuda “*özel hayatın gizliliği*” başlığını taşıyan Anayasa'nın 20. maddesine 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkra ile kişisel verilerin korunması temel bir hak ve özgürlük olarak açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması anayasal düzeyde güvence altına alınmış; hakkın kapsamı, sınırları ve kişisel verilerin işleme şartlarına dair temel esaslar ortaya konmuştur.

Kişisel verilerin kaydedilmesi, yayılması, başkaları tarafından ele geçirilmesi ya da kişisel verileri hedef alan diğer hukuka aykırı fiiller yalnızca veri güvenliğine yönelik bir ihlal değil; aynı zamanda bireyin özel yaşam alanına doğrudan müdahale anlamına gelmektedir. Özellikle dijitalleşme ve bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin bireyin mahremiyetini tehdit eden etkileri göz önünde bulundurulduğunda, bu tür fiillerin suç olarak düzenlenmesi temel bir insan hakkı olarak kabul edilen “*özel hayatın gizliliğinin*” ceza hukuku aracılığıyla korunmasını sağlamakta ve bu hakkın korunmasına yönelik somut ve etkili bir araç oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa'ya paralel olarak kişisel verilere ilişkin suçlara TCK'nın “*kişilere karşı suçlar*” kısmının “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” başlıklı bölümünde yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, kişisel verilerin korunmasının gerekçesinin, bunların kişinin özel yaşam alanına ait olmasından kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, kişisel verilere ilişkin suçlarla esasen veriler değil, bu verilerin ilişkili olduğu kişilerin özel yaşam alanının korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, korunan hukuki değer kişisel veriler olmayıp, kişisel verilerin ilişkili olduğu bireyin özel hayat hakkıdır²⁴.

Kişisel verilere ilişkin suçların ihdasıyla korunan hukuki değer bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer kavramı da “*unutulma hakkı*” teşkil etmektedir²⁵. Unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı arasında, her iki hakkın da bireyin onurlu bir yaşam sürmesi, kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve kişisel verileri üzerinde tasarruf sahibi olmasına dayalı olması bakımından önemli bir bağ vardır²⁶. Bireyin kendi kişisel verileri üzerinde tasarruf sahibi olması (enformasyonel self-determinasyon hakkı)²⁷, onun onurlu bir yaşam sürmesi ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesinin bir gereği olup, bu yönüyle kişilik hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Buna göre, herkes, kendisine ait verilerin kullanımını ve devrini belirleme hakkına sahiptir²⁸. Ancak, bilişim tek-

²³ TEZCAN, *Özel Hayat Açısından Kişisel Veriler*, s. 20.

²⁴ TEZCAN, *Özel Hayat Açısından Kişisel Veriler*, s. 20; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 75; AYGÜN EŞİTLİ, s. 132; ÇAKIR, s. 577; DÜLGER, s. 120.

²⁵ MADEN, s. 23.

²⁶ AKGÜL, Aydın: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı'nın Google Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 116, s. 14.

²⁷ 1982'de Alman Parlamentosu (*Bundestag*) tarafından kabul edilen Nüfus Sayımı Yasası (*Volkszählungsgesetz-1983*) uyarınca 1983 yılında bir nüfus sayımı planlanmış, yurttaşlardan ad, adres, medeni durum gibi temel bilgilerin yanı sıra gelir kaynakları, çalışma saatleri, eğitim durumları ve üye oldukları dini topluluklar gibi detaylı verilerin toplanması öngörülmüştür. Ancak, halk, böylesi bir nüfus sayımına özel hayatın gizliliğine aykırı olduğu, gözetim amacı taşıyabileceği ve kişisel verilerin ihlali riski oluşturacağı endişesiyle karşı çıkmıştır. Bu tepkiler sonucu nüfus sayımının yasallığı Federal Anayasa Mahkemesi'ne (*Bundesverfassungsgericht*) taşınmıştır. Mahkeme, nüfus sayımına ilişkin yasanın bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmederek sayımı durdurmuştur. Bu karar ile Almanya'da “enformasyonel self-determinasyon” temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu kavram Almanya'daki veri koruma hukukunun temelini oluşturmuş ve diğer ülkelerin veri koruma hukukları bakımından da temel bir referans noktası teşkil etmiştir. Bkz. HORNUNG, Gerrit / SCHNABEL, Christoph: “Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination”, *Computer Law & Security Review*, 2009, Cilt 25, Sayı 1, s. 84-88. Ayrıca Federal Anayasa Mahkemesi'nin 15 Aralık 1983 tarihli Nüfus Sayımı Kararı (*BverfGE 65, 1*) için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html (ET: 23.02.2025).

²⁸ AKGÜL, s. 15.

nolojilerinin etkisiyle hatırlanmanın olağan, unutulmanın ise bir istisna hâline gelmesi, bireyin kişisel verileri üzerindeki kontrolünü kaybetmesine yol açmıştır²⁹. Bu bağlamda, unutulma hakkı ayrı bir hak olarak ortaya çıkmış, bireylere dijital izlerini silme ve mahremiyetlerini koruma imkânı tanımıştır. Çünkü kişisel verilerin korunması sadece verilere erişimin kısıtlanması değil, aynı zamanda geçmişe dair izlerin silinmesini de içermektedir. Böylece her bilginin ebediyen hatırlanabileceği bilişim dünyasında, kişinin kendine ait veriler üzerinde tasarruf hakkı sağlanmakta ve verinin ilişkili olduğu kişi, herhangi bir nedenle bilinmesini veya hatırlanmasını istemediği kendisiyle ilgili bilgilere veya geçmişte yaşanmış olaylara diğer kişilerin vâkıf olmasına engel olabilmektedir³⁰. Dijital dünyanın sonsuz hafızasını simgeleyen “internet asla unutmaz”³¹ anlayışına karşı bireyin unutulma hakkının kabul edilmesi, dijital mahremiyetin korunması açısından bir dönüm noktasıdır. Böylece dijital dünyanın kalıcı belleğine rağmen bireylerin unutulmayı talep edebilmesi mümkün kılınmıştır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da unutulma hakkını bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özel hayatın gizliliği için gerekli görmektedir³².

B. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)

TCK m. 135’te “(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.” hükmüne yer verilmiş ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçu düzenlenmiştir.

Suçun oluşabilmesi için suçun konusunu teşkil eden kişisel bilginin neyle ilgili olduğu önemli değildir. Bir gerçek kişiye ilişkin olan ve onu belirlenebilir kılan bütün bilgiler suçun konusunu oluşturabilir. Bu çerçevede kişinin adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, anne adı, baba adı, T.C. kimlik numarası, telefon numarası, sosyal güvenlik numarası, mali bilgileri, resmi, görüntüsü, sesi, parmak izi, adresi, e-posta adresi, sağlık bilgileri, aile bilgileri, sabıka kayıtları gibi veriler kişisel veri niteliğindedir³³. Bununla birlikte suçun konusunu TCK’nın 135. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kişisel bilgilerin oluşturması hâlinde fail daha ağır bir cezaya çarptırılır.

Suçun herkes tarafından işlenmesi mümkündür. Fail bakımından herhangi bir gereklilik veya özel koşul aranmamaktadır³⁴. Yine suçun mağdurunun da herkes olması imkân dahilindedir. Suçun mağduru, suçun konusunu teşkil eden kaydedilen verinin ilişkili olduğu kişidir. Ancak suçun mağduru sadece gerçek kişi olabilir³⁵. Bir tüzel kişiye ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin veya verilerin söz konusu olması hâlinde ise TCK m. 135 değil, TCK m. 239’da düzenlenen ticari sır, bankacılık sırrı veya müş-

²⁹ AKGÜL, s. 15.

³⁰ ÖNOK, Murat: “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 1, s. 161.

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. PESCHKE, Lutz: “The Web Never Forgets!: Aspects of the Right to be Forgotten”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 1, s. 151-160.

³² “Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir. Bu hak bir yandan kişiye “geçmişini kontrol etme”, “belirli hususların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı” sağladığı gibi, diğer yandan muhataplarına kişi hakkındaki bir kısım bilgilerin üçüncü kişilerin kullanmamasını veya üçüncü kişilerin hatırlanmamasına yönelik önlemleri alma yükümlülüğü yükler. Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.”. Bkz. Yargıtay, HGK, T. 17.06.2015, E. 2014/56, K. 2015/1679 (Yargıtay Karar Arama).

³³ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 76-77; ÇAKIR, s. 582.

³⁴ Bununla birlikte TCK m. 137 uyarınca söz konusu suçun; a) kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı yetki kötüye kullanılarak, b) belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumunda suçun daha ağır cezası gerektiren nitelikli hâli söz konusu olur.

³⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 75; DÜLGER, s. 123.

teri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu oluşabilir³⁶. Dolayısıyla yalnızca gerçek bir kişiye ait kişisel verilerin kaydedilmesiyle TCK m. 135'te düzenlenen suç tipi meydana gelecektir. Kaydetmek herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Kullanılan aracın veya yöntemin bir önemi yoktur³⁷. Bilgisayar, cep telefonu, tarayıcı, USB bellek vasıtasıyla kaydetme yapılabileceği gibi herhangi bir bilişim sisteminden yararlanmadan bir kâğıda not olarak da kişisel veri kaydedilebilir. Önemli olan kişisel verilerin kısmen veya tamamen sonradan ulaşılabilecek şekilde muhafaza altına alınması veya saklanmasıdır³⁸. Öte yandan, kişisel verilerin görülmesi, okunması, zihinde tutulması ya da ezberlenmesi kaydetme olarak kabul edilemez³⁹.

C. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu TCK m. 136'da düzenlenmiştir. Söz konusu madde "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236'ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır." hükmünü içermektedir.

Bu suçun faili hukuka aykırı olarak kişisel verileri bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişidir. Dolayısıyla bu suç tipinde fail bakımından bir özellik aranmamıştır⁴⁰. Herkes bu suçun faili olabilir. Suçun mağduru da herkes olabilir. Suçun konusunu oluşturan kişisel verinin ait olduğu gerçek kişi suçun mağdurdur. Söz konusu suç tipi için üç farklı seçimlik hareket öngörülmüştür. Bunlar; kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesidir. Sayılan seçimlik hareketlerin birinin veya birkaçının birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde tek bir suç işlenmiş olur. Örneğin, failin, kişisel verileri önce hukuka aykırı olarak ele geçirip ardından hukuka aykırı olarak yayması hâlinde yine bir suç meydana gelir, ancak bu husus TCK m. 61 gereği cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulur. Ayrıca kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun bir unsuru değildir⁴¹. Dolayısıyla, hukuka aykırı olarak kaydedilen verilerin, kaydeden kişi tarafından bir başkasına verilmesi veya yayılması durumunda hem kişisel verilerin kaydedilmesi suçu hem de verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu işlenmiş olur. Yine hukuka uygun olarak kaydedilen verilerin, kaydeden kişi tarafından hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi veya yayılması hâlinde de TCK m. 136 meydana gelecektir. Bu bakımdan, kaydetme fiilini hukuka uygun hâle getiren sebepler, kaydedilen verinin bir başkasına verilmesini veya yayılması hukuka uygun hâle getirmez⁴².

Seçimlik hareketlerden biri olan vermek, kişisel verinin bir başkasına iletilmesi, aktarılması veya sunulması anlamına gelmektedir. Kullanılan vasıta önemli değildir, önemli olan kişisel verinin bir başkasına ulaştırılmasıdır. Kişisel veriyi yayma şeklindeki seçimlik hareket failin kişisel veriyi birden fazla kişiye ulaştırması olarak tanımlanabilir⁴³. Örneğin, kişisel verilerin bir internet sitesine yüklenmesi, bir sosyal medya platformunda paylaşılması veya e-posta yoluyla birden fazla kişiye gönderilmesi yayma fiilini oluşturur. Bu noktada önemli olan, kişisel verilerin belirsiz sayıda kişi tarafından ulaşılabilir hâle getirilmesidir; kişilerin bu verilere ulaşıp ulaşmaması suçun oluşması açısından belir-

³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 75; İÇEL, s. 19; ÇAKIR, s. 581.

³⁷ DÜLGER, s. 128.

³⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 78.

³⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 79.

⁴⁰ Yine TCK m. 137 uyarınca bu suçun; a) kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı yetki kötüye kullanılarak, b) belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumunda suçun daha ağır ceza gerektiren nitelikli hâli meydana gelir.

⁴¹ KOCA Mahmut / ÜZÜMEZ İlhan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler), s. 632. Karşı görüş için bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 584.

⁴² KOCA / ÜZÜMEZ, *Özel Hükümler*, s. 632; DÜLGER, s. 132.

⁴³ MADEN, s. 106.

leyici değildir⁴⁴. Söz konusu suç tipi bakımından son seçimlik hareket ise kişisel verilerin ele geçirilmesidir. Kişisel verileri ele geçirmek, failin bir başkasına ait kişisel verileri kendine aktarması veya egemenlik alanına dahil etmesi şeklinde gerçekleşir⁴⁵. Bu bağlamda, ele geçirme, kişisel verilerin kaydedilmesi de dahil olmak üzere herhangi bir yöntemle elde edilmesi anlamına gelir. Söz konusu fiil genellikle bilişim sistemleri üzerinden gerçekleştirildiği için ele geçirme çoğu zaman kaydetme şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar TCK m. 135'te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi ile TCK m. 136'da seçimlik hareket olarak yer alan kişisel verilerin ele geçirilmesi, ilk bakışta aynı anlama geliyor gibi görünse de ele geçirmenin daha çok hayatın olağan akışında ulaşılabilir olmayan⁴⁶ kişisel veriler bakımından söz konusu olduğunu belirtmek gerekir⁴⁷. Örneğin, bir öğretmenin öğrenci otomasyon ve bilgi sisteminde yer alan kişisel verileri hukuka aykırı şekilde kendi bilgisayarına kaydetmesi, TCK m. 135 kapsamında kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturur. Buna karşılık, okulda görevli ancak söz konusu sisteme erişim yetkisi bulunmayan bir kişinin, bir öğretmenin bilgisayarını kullanarak bu sistemdeki kişisel verileri bir belleğe aktarması, TCK m. 136 kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçunu meydana getirir.

D. Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138)

Hukuka uygun bir şekilde kaydedilmiş verilerin belirlenen yasal süre dolmuş olmasına rağmen ilgili görevli tarafından yok edilmemesi hâlinde verileri yok etmeme suçu meydana gelir⁴⁸. Bu suç tipi TCK m. 138'de "(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır." düzenlemesiyle hükme bağlanmıştır.

Verileri yok etmeme suçunun faili, verileri yok etmekle görevli olan ancak bu görevi yerine getirmeyen kişidir. Dolayısıyla bu suçun faili yalnızca verileri sistem içinde yok etme yükümlülüğü olan kişi olabilir. Bu yönüyle verileri yok etmeme suçu özgü suç niteliği taşımaktadır. Bu yükümlülük kanundan⁴⁹ doğabileceği gibi bir sözleşmeden⁵⁰ de kaynaklanabilir. Suçun faili olmak için kamu görevlisi olma şartı aranmamaktadır, özel kişiler de bu suçun faili olabilir⁵¹. Verileri yok etmeme suçunun mağ-

⁴⁴ SINAR, Hasan: "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2020, Cilt 2, Sayı 1, s. 46.

⁴⁵ SINAR, s. 46.

⁴⁶ Buna karşın hayatın olağan akışında ulaşılabilir olan verilerin TCK m. 136 anlamında ele geçirilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BÖREKÇİ, Eşref Barış: *Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 86-87; SINAR, s. 47.

⁴⁷ AKDAĞ, Hale: *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 135; TOPAÇ, Tahir Hami: *6698 Sayılı Kanun Kapsamında Kişisel Verilere İlişkin Suçlar*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022, s. 317-318.

⁴⁸ İfade etmek gerekir ki, KVKK'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu Kanunun 7'nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138'inci maddesine göre cezalandırılır." hükmüne yer verilmiştir. KVKK m. 7'ye göre "(1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." Her ne kadar KVKK m. 17/2'de düzenlenen suç tipi, TCK m. 138'e benzerlik gösterse de farklı bir suç tipidir. Zira KVKK m. 17/2 kapsamında düzenlenen suç, kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasına rağmen bu verilerin veri sorumlusu tarafından re'sen veya ilgili kişinin talebi üzerine silinmemesi, yok edilmemesi ya da anonim hâle getirilmemesi hâlinde oluşur. Buna karşılık, TCK m. 138'de düzenlenen verileri yok etmeme suçu, kanunların öngördüğü sürelerin sona ermesine rağmen kişisel verilerin sistem içerisinde yok edilmemesi durumunda söz konusu olur. Bkz. TURGUT, Bahar: "Türk Ceza Hukukunda Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138)", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2025, Sayı 223, s. 137; DÜLGER, s. 135.

⁴⁹ MADEN, s. 125; DÜLGER, s. 133.

⁵⁰ TURGUT, s. 132.

⁵¹ TURGUT, s. 132.

durunun kamu idaresi⁵² veya toplum⁵³ olduğu ileri sürülmüş olsa da suçun “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” altında düzenlenmiş olması ve bu suçla kişilerin özel hayatı ile hayatın gizli alanı korunmak istenmesi dikkate alındığında, suçun mağdurunun verileri yok edilmeyen kişi olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla suçun konusu olan verinin ilişkili olduğu kişi veya kişiler suçun mağduru⁵⁴.

TCK m. 138'e göre fiil, kanunun belirlediği sürenin geçmiş olmasına karşın verilerin sistem içinde yok edilmemesidir. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 9'da kişisel verilerin yok edilmesi tanımlanmıştır. Buna göre, “*kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi işlemi*” kişisel verilerin yok edilmesidir. Dolayısıyla bu suç ancak verileri yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklindeki ihmali bir davranışla işlenebilir. Burada önemli bir diğer husus, veri sahibinin kim olduğunun belirsiz hâle getirilmesinin ve veri ile kişi arasındaki bağın koparılmasının, verinin yok edilmesiyle aynı anlama gelip gelmediğidir. Zira bir görüşe göre kişi ile arasında bağ kalmayan verilerin artık kişisel veri olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁵. Bu itibarla kişisel verilerin sistemden silinmesi veya anonim hâle getirilmesi durumunda da yok etme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶. Ancak hem KVKK m. 3 ve m. 7'de hem de Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te verinin “silinmesi”, “yok edilmesi” ve “anonim hâle getirilmesi” birbirinden farklı kavramlar olarak düzenlenmiştir. Verilerin yok edilmesi; kişisel verilerin “*hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hâle getirilmesi*” olarak (Yönetmelik m. 9) tanımlanmıştır. Bu tanımda yok edilen verinin “*geri getirilemez*” olduğu açık şekilde ifade edilmiştir. Anonim hâle getirme ise “*kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemez hâle getirilmesi*” şeklinde (KVKK m. 3/1-b ve Yönetmelik m. 10) tarif edilmiştir. Dolayısıyla “yok etme” kavramı, genellikle fiziksel veya dijital olarak verinin herhangi bir şekilde geri getirilememesini ifade eder. Bu işlem, verinin varlığına tamamen son verir ve bir nevi “imha” niteliğindedir. “Anonim hâle getirme” ise teknik olarak veriyi ortadan kaldırmaktan ziyade, veriyi kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilişkilendirilemez kılmayı amaçlar.

Buradaki temel mesele ise verinin “kişiyle ilişkilendirilemez” hâle gelip gelmediğidir. Eğer anonimleştirme işlemi başarılı bir şekilde yapılmış, anonim hâle getirilen veri hiçbir şekilde hiç kimseyle ilişkilendirilemez veya başka verilerle eşleştirilse dahi kimliği belirli ya da belirlenebilir kılınamaz hâle gelmişse, bu veri artık “kişisel veri” olmaktan çıkar⁵⁷. Kişisel veri olmaktan çıkan bir veri de artık TCK m. 138'de düzenlenen suçun konusu olamaz. Ancak uygulamada tam anlamıyla geri döndürülemez bir anonimleştirme sağlamak her zaman kolay değildir. Verilerin anonimleştirilmesi aşamasında, anonimleştirmenin teknik olarak yetersiz kalması ve veri sahibinin tekrar tespit edilebilmesi ihtimali söz konusu olabilir. Başarısız veya eksik bir anonimleştirme, verinin potansiyel olarak hâlâ kişisel veri niteliğini koruduğu anlamına gelir ve bu durumda TCK m. 138 kapsamındaki yükümlülük devam eder. Bu tür risklerin ortadan tamamen kalkması için fiziksel, dijital veya başka bir yöntemle verinin herhangi bir şekilde geri getirilemeyecek şekilde varlığına tamamen son verilmesi gerekmektedir.

⁵² SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 369.

⁵³ Bu görüşe göre, söz konusu suç tipiyle hem kişilerin verileri hem de bunların yok edilmesine ilişkin toplumda idareye duyulan güven korunduğu için verilerin ilgilisi olan bireyler ile toplumu oluşturan her birey suçun mağduru konumundadır. Bkz. DÜLGER s. 125.

⁵⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 647; MADEN, s. 128; TURGUT, s. 133.

⁵⁵ KETİZMEN, Muammer: *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 241.

⁵⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 649; MADEN, s. 127.

⁵⁷ KETİZMEN, s. 241; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 649.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN SUÇLAR BAKIMINDAN HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

A. Genel Açıklamalar

Hukuka aykırılık, gerçekleştirilen fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma hâlinde bulunmasıdır⁵⁸. “Hukuk düzeninin birliği ilkesi” gereği bir fiilin hukukun bir alanında hukuka uygun, diğerinde ise hukuka aykırı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bir ceza normunun yasakladığı fiilin gerçekleştirilmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını engelleyen kurala “hukuka uygunluk sebebi” denir⁵⁹. TCK’nın “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler bir arada düzenlenmiştir. Buna göre TCK’da yer alan hukuka uygunluk sebepleri; 1) kanunun hükmünü yerine getirme⁶⁰ (TCK m. 24/1), 2) meşru savunma (TCK m. 25/1), 3) hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve 4) ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) olmak üzere dört tanedir. Söz konusu hukuka uygunluk sebepleri kural olarak bütün suçlar için geçerlidir⁶¹.

Bununla beraber, kişisel verilere ilişkin olarak Anayasa m. 20/3’te “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde KVKK’nın 5. maddesinde “(1) *Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. (2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür.*” hükmüne yer verilmiştir. KVKK m. 5/2-a’da “*kanunlarda açıkça öngörülmesi*” durumunda kişisel verilerin işlenebileceği belirtilmiş ve devamında bazı şartlar sayılmıştır⁶². Ayrıca KVKK’nın 3. maddesinde kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmış⁶³ ve “*kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemin*” kişisel verilerin işlenmesi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan Kişisel Verilerin İşlenme Şartları Rehberi’nde de yine KVKK m. 5’e atıf yapılmış ve aynı koşullar tekrarlanmıştır⁶⁴.

Bu bağlamda, TCK’nın genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin, KVKK kapsamındaki bir veri işleme faaliyeti bakımından, KVKK’da yer alan özel şartları sağlamadıkça, ilgili fiili hukuka uygun hâle getirmesi mümkün değildir⁶⁵. Zira bir işlemin hangi durumlarda hukuka uygun sayılacağı kanunun ilgili hükmünde açıkça belirtilmişse, genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk sebepleri söz konusu şartları taşımadıkça o işlemi hukuk uygun kılmaya muktedir değildir⁶⁶. Örneğin,

⁵⁸ ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 483; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 265.

⁵⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 483; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 275.

⁶⁰ Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2) ile kanun hükmünün yerine getirilmesi aynı başlık altında ele alınabilir. Çünkü her ikisinin de dayanağı esasen kanunla verilen bir görevin ifasıdır. Ancak, hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Bu durumda, emri yerine getiren kişinin sorumlu tutulmaması bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından değil, emri verenle arasındaki hiyerarşik ilişkisi nedeniyle kusurluluğunun etkilenmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 343.

⁶¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 275.

⁶² Belirtmek gerekir ki KVKK’nın 5. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Zira KVKK m. 5/1’de “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*” denilmiş ve devamında kişinin rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğu hâller sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre kişisel verilerin işlenmesi bakımından temel koşulun kişinin rızası olduğu kanunun öngördüğü hâllerin ise kişinin rızasına göre istisnai ve ikincil bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenleme Anayasa’nın kişisel verilerin işlenmesi bakımından ilgilinin rızası ile kanunun öngördüğü hâlleri aynı değerde gören düzenlemesiyle uyumlu değildir. Bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 82.

⁶³ KVKK m. 3/1-e: “*Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eder.*”

⁶⁴ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, Ankara, s. 1.

⁶⁵ AYGÜN EŞİTLİ, s. 139.

⁶⁶ AYGÜN EŞİTLİ, s. 139. Bu görüşe paralel olarak, sonraki kanun olarak yürürlüğe giren KVKK ile TCK’nın genel hükümlerindeki hukuka uygunluk sebeplerine ilave birtakım şartların getirildiği ve bu itibarla TCK ile KVKK arasında bir genel norm-özel norm ilişkisinden söz etmenin yanlış olmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. SINAR, s. 54.

TCK m. 26/2'de ilgilinin rızası genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak kişisel verilerin işlenmesinde TCK m. 26/2 çerçevesinde verilen rıza ilgili fiili hukuka uygun hâle getirmez. Zira hem Anayasa m. 20/3 hem de KVKK m. 5/1'de kişisel verilerin işlenmesi bakımından “açık rıza” şartı aranmakta ve yalnızca bu nitelikteki bir rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturabileceği öngörülmektedir. Benzer şekilde, Anayasa m. 20/3 kişisel verilerin “*kanunda öngörülen hâllerde*”, KVKK m. 5/2 ise kişisel verilerin “*kanunlarda açıkça öngörülmesi hâlinde*” işlenebileceğini hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeler, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan sebeplerin sınırlı bir şekilde ve özel olarak belirlendiğini göstermektedir. Bu nedenle, TCK'da yer alan genel nitelikteki hukuka uygunluk sebeplerinin kişisel verilerin işlenmesi bakımından doğrudan uygulanabilir olduğu söylenemez. Kişisel verilerin hukuka uygun biçimde işlenebilmesi için KVKK veya diğer kanunlarda açıkça kişisel verilerin işlenmesine imkân veren bir düzenlemenin bulunması gerekir. Dolayısıyla kişisel verilere ilişkin fiillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi “*kanunlarda açıkça öngörülmesi*” şartına bağlıdır. Sonuç olarak, Anayasa'nın 20. maddesi ile KVKK'nın ilgili maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından iki tür hukuka uygunluk sebebinin olduğu kabul edilmelidir⁶⁷. Bunlar, 1) ilgili kişinin açık rızası ve 2) kanunun öngördüğü hâllerdir⁶⁸. Bunlar dışında bir hukuka uygunluk sebebinin kabulüne Anayasa m. 20/3'ün “*ancak*” ifadesi de izin vermemektedir⁶⁹.

Bununla birlikte, KVKK m. 3'te tanımlanan “*kişisel verilerin işlenmesi*” kapsamına girmeyen fiiller bakımından, TCK'nın genel hükümlerinde yer alan hukuka uygunluk sebepleri geçerliliğini koruyacaktır. Zira bu tür fiiller, KVKK'nın özel düzenleme alanı dışında kaldığından, genel hükümlerin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak, KVKK m. 3/1-e'de “*kişisel verilerin işlenmesi*” kavramının “*veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi*” kapsayacak şekilde oldukça geniş tanımlanması göz önüne alındığında, KVKK'nın kapsamı dışında kalan bir fiilin gerçekleşmesi güçtür. Bu nedenle, bazı sınırlı durumlar dışında kişisel verilere ilişkin fiillerin büyük çoğunluğu bakımından KVKK hükümlerinin dikkate alınması, bu kapsama girmeyen durumlarda ise TCK'daki genel hukuka uygunluk sebeplerine başvurulması gerekecektir.

B. Kişisel Verilerin İşlenmesinde Genel İlkeler

KVKK'nın 4. maddesinde, uluslararası metinlerde benimsenmiş ve birçok ülkenin iç hukukuna tatbik edilmiş olan kişisel veri işleme süreçlerine ilişkin bazı genel ilkelere yer verilmiştir⁷⁰. Kişisel verilerin işlenmesinde bu ilkelere uyulması zorunludur. Söz konusu ilkeler 108 sayılı Sözleşme ve 95/46/EC sayılı Direktife uygun şekilde düzenlenmiştir⁷¹. Bu ilkeler, somut ve katı kurallar koymakla birlikte hukuka uygunluğa ilişkin temel esasları tayin etmektedir⁷². Bu nedenle, kişisel verilerin işlenmesi sırasında yalnızca ilgili kişinin açık rızasına veya kanunda öngörülen hukuka uygunluk sebeplerine dayanmak yeterli değildir. Aynı zamanda, veri işleme faaliyetinin KVKK'nın düzenlediği genel ilkelere de uygun olması gerekir. Eğer bu ilkelere aykırılık söz konusuysa ilgili işlem hukuka aykırı kabul edilir⁷³.

⁶⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 82; ÇAKIR, s. 588; İÇEL, s. 23; AYĞÜN EŞİTLİ, s. 137; DÜLGER, s. 141; TOPAÇ, s. 250; MADEN, s. 143. Bununla beraber, ilgili eserde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin açık rıza ve kanunda öngörülen hâllerle sınırlı olduğu açıkça ifade edilmemekle birlikte, yalnızca bu iki sebebin ele alınması yazarın bu görüşü benimsediği şeklinde değerlendirilebilir. Yazarın bu konudaki görüşleri için bkz. MADEN, s. 143-167.

⁶⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 82; ÇAKIR, s. 588; İÇEL, s. 23; AYĞÜN EŞİTLİ, s. 137; DÜLGER, s. 141; TOPAÇ, s. 250; MADEN, s. 143-167.

⁶⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 82.

⁷⁰ YÜCEDAĞ, Nafiye: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1 (Genel İlkeler), s. 48.

⁷¹ Belirtmek gerekir ki 95/46/EC sayılı Direktif yürürlükten kaldırılmış ve yerine Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü kabul edilmiştir. Tüzük 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar 6698 sayılı KVKK hazırlanırken ilgili Tüzük henüz yürürlüğe girmemiş olsa da KVKK'da yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeler, yalnızca esas alındığı 95/46/EC sayılı Direktifle değil, daha sonra yürürlüğe giren ve genel ilkelere 5. maddesinde yer veren Tüzük ile de büyük ölçüde örtüşmektedir.

⁷² YÜCEDAĞ, *Genel İlkeler*, s. 48; KÜZECİ, s. 228.

⁷³ YÜCEDAĞ, *Genel İlkeler*, s. 48; AYĞÜN EŞİTLİ, s. 137.

Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken genel ilkeler, 1) hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, 2) doğru ve gerektiğinde güncel olma, 3) belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme, 4) işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, 5) ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmedir⁷⁴. Bu ilkeler çoğu zaman birbirleriyle iç içe geçmekte olup, bazı durumlarda birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılması mümkün olmayabilir⁷⁵. Bu çerçevede kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bu ilkeler tüm kişisel veri işleme faaliyetlerinin özünde bulunmalı ve her bir işlem bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Bununla beraber, KVKK m. 28'deki istisnai hâlleri içeren hükümler çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesi durumunda KVKK m. 4'te yer alan genel ilkeler uygulanmayacak, sadece ilgili özel kanun hükmü göz önünde bulundurulacaktır⁷⁶. Her ne kadar söz konusu istisnai hâllere dayanılarak kişisel verilerin işlenmesi durumunda da KVKK m. 4'te yer alan genel ilkelere uyulması gerektiği ileri sürülse de⁷⁷, KVKK m. 28'in "bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz" şeklindeki açık ifadesi karşısında bu görüşü benimsemek mümkün değildir⁷⁸.

C. İlgilinin Açık Rızası

1. Açık Rıza

İlgili kişinin açık rızası kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getirir⁷⁹. Zira hem Anayasa m. 20/3'te hem de KVKK m. 5/1'de bu husus açıkça düzenlenmiş ve kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak ilgili kişinin açık rızasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Yine TCK m. 135'in gerekçesinde "kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır." açıklamasına yer verilmiştir. Bunun yanı sıra TCK m. 26/2'de ilgilinin rızası genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka" ilişkin olmak kaydıyla ilgili kişinin rızası fiili hukuka uygun hâle getirir ve suçun oluşmasını engeller. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan biri olduğu genel olarak kabul görmektedir. Buna karşın, kişisel verilere ilişkin suçların şikâyeteye bağlı olmaksızın re'sen soruşturulup kovuşturulmasının⁸⁰, bu veriler üzerindeki hakkın üzerinde mutlak şekilde tasarruf edilebilen bir hak olarak değerlendirilmesini engellediği ileri sürülmüştür⁸¹. Bu görüşe göre, kişisel verilerle ilgili suçların takibinin şikâyeteye tabi olmaması, kişisel verilerin korunmasında bireysel menfaatten çok kamusal menfaatin ön planda tutulduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, ilgili kişinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bu suçların takibini şikâyeteye bağlayan bir yasal düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁸².

Kamusal hak ve menfaatlerin korunduğu suç tipleri bakımından rızanın hukuka uygunluk sebebi olmadığı açıktır⁸³. Ayrıca kişi tüm hakları veya hukuki değerleri üzerinde mutlak surette tasarruf yetki-

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler*, Ankara, s. 1-14.

⁷⁵ KÜZECİ, s. 227.

⁷⁶ DÜLGER, s. 146; AYGÜN EŞİTLİ, s. 144-145.

⁷⁷ ATAÇ, Asiye Selcen: *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 127.

⁷⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 85; DÜLGER, s. 146; AYGÜN EŞİTLİ, s. 144-145.

⁷⁹ AVCI BRAUN, Cihan: "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 1, s. 15; POLATER, Salih: "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 7; YÜCEDAĞ, Nafiye: "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 2 (Hukuka Uygunluk Sebepleri), s. 773; ATAÇ, s. 165.

⁸⁰ TCK m. 139'da "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" başlığı altındaki diğer suçlardan farklı olarak, kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136) ile verileri yok etmeme (TCK m. 138) suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyeteye bağlı olmadığı düzenlenmiştir.

⁸¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 588-589.

⁸² ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 588-589.

⁸³ Bununla beraber hem kişisel verilere ilişkin suçlarda kamusal menfaatin bireysel menfaatten üstün tutulduğu ve kişisel verilere ilişkin suçların düzenlendiği yerin isabetli olmadığı hem de ilgilinin rızasının söz konusu suçlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Söz konusu görüş için bkz. ORHAN, Uğur: "Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzen-

sine sahip değildir. Kişinin insan onuruyla bağdaşmayacak bir fiile rıza göstermesi kabul edilemez. Kişinin hangi haklar üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisine sahip olduğunun belirlenmesinde, suçun şikâyet tabi olup olmaması bir ölçüt olarak dikkate alınabilir. Ancak bu ölçüt tek başına belirleyici değildir. Nitekim, şikâyet tabi olmayan bazı suçlarda (örneğin TCK m. 86/1 - kasten yaralama) rıza hukuka uygunluk sebebi oluşturabilirken; şikâyet tabi olan bazı suçlarda (örneğin TCK m. 105 - reşit olmayanla cinsel ilişki) rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁴. Dolayısıyla, bireyin hangi haklar üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğuna ilişkin değerlendirme, yalnızca suçun şikâyet tabi olup olmamasına göre değil, hukuk düzeninin temel ilkeleri çerçevesinde yapılmalıdır. Bu bağlamda, hem kişisel verilerin taşıdığı özel nitelik hem de Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası ile KVKK'nın 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, açık rızanın kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁵.

Dolayısıyla, bir hukuka uygunluk sebebi olarak TCK m. 26/2'de düzenlenen ilgilinin rızası, kişisel verilerin işlenmesi bakımından da geçerlidir. Bununla beraber, Anayasa m. 20/3 ile KVKK m. 3/1-a ve m. 5/1 hükümleri, rıza kavramına ek bir koşul getirmiş; kişisel verilerin yalnızca ilgili kişinin "açık rızasıyla" işlenebileceğini öngörmüştür⁸⁶. Açık rıza, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza anlamına gelmektedir. Bu kavram yalnızca iç hukukta değil, uluslararası metinlerde de önemli bir yer tutmaktadır. Nitekim KVKK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere 95/46/EC sayılı Direktifte açık rıza; ilgili kişinin, kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgür iradeyle, konu hakkında yeterli bilgi sahibi olarak, yalnızca belirli bir işlemle sınırlı ve tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta verdiği onay beyanı olarak tanımlanmıştır. 95/46/EC sayılı Direktif yerine kabul edilen Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) de benzer bir tanım getirmiştir⁸⁷. İlgili Direktif ve Tüzük açık rızanın "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" olması ve "bir beyan yoluyla ya da açık bir onay edimiyle" verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸.

Bu çerçevede, bir rızayı KVKK m. 5 anlamında açık rıza yapan husus "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" olmasıdır⁸⁹. İlgili kişinin rızasını ortaya koyan irade beyanı, rıza gösterme niyetinde hiçbir tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır⁹⁰. Söz konusu irade açıklamasının, sarıh, anlaşıl-

lemeleri Üzerine Değerlendirmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 4, s. 1374-1375. Ancak kamusal menfaatin korunduğu bir suç tipinde rızanın hukuka uygunluk sebebi olması mümkün değildir. Bu durumda bireyin iradesiyle kamusal menfaatin bertaraf edilmesine imkân tanınmış olur ki bu da hem kamusal düzenin korunması amacına zarar verir hem de sistematik tutarlılığı zedeler.

⁸⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 296-297.

⁸⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 85; TEZCAN, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 1160; İÇEL, s. 21; ATAÇ, s. 165; AYĞÜN EŞİTLİ, s. 140; ÇAKIR, s. 589; AVCI BRAUN, s. 15; POLATER, s. 7; SINAR, s. 54. Bununla beraber, TCK m. 138 kapsamında kişisel verilerin yok edilmemesi suçu ile hem bireye hem de topluma ait hukuki değer korunduğu ifade edilmiş ve verisi yok edilmeyen kişinin rızasının tek başına fiili hukuka uygun hâle getirmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. DÜLGER, s. 156.

⁸⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 86; AYĞÜN EŞİTLİ, s. 139; ATAÇ, s. 166.

⁸⁷ Bununla birlikte, söz konusu Direktif ile Tüzükte "rıza" ve "açık rıza" kavramlarına yer verilmiş olmasına rağmen, yalnızca "rıza" kavramı tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerde kişisel verilerin işlenmesi için rıza yeterli görülürken, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde açık rızanın aranması gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, KVKK'da hem kişisel verilerin hem de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından açık rıza aranmaktadır. Bkz. SELEK, Ozan: "Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 917-922. Ayrıca, KVKK'da iki farklı açık rıza kavramının bulunduğu, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin KVKK m. 6'da aranan açık rızanın kişisel verilerin işlenmesine yönelik KVKK m. 5'te öngörülen açık rızaya kıyasla daha sıkı koşullara bağlandığı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, KVKK m. 5'te öngörülen açık rıza örtülü şekilde verilebilirken, KVKK m. 6'daki açık rızanın örtülü olarak verilmesi mümkün değildir. Söz konusu görüş için bkz. AVCI BRAUN, s. 31. Ancak, hem KVKK'da tek bir "açık rıza" tanımı yapılmış olması hem de KVKK'nın ilgili maddelerinin lafzı ile gerekçesi birlikte göz önünde bulundurulduğunda, KVKK m. 5 ile m. 6'daki açık rıza kavramlarının niteliği açısından bir fark gözetildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Aynı yönde görüş için bkz. ÇELİKEL, Serdar: "Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 170; POLATER, s. 9.

⁸⁸ Art. 4 of the GDPR: "Consent of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her".

⁸⁹ AVCI BRAUN, s. 26.

⁹⁰ ÇELİKEL, s. 179.

lır ve kesin nitelikteki söz, yazı veya işaretler yoluyla dış dünyaya yansıtılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, açık rızanın dört temel unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlar, 1) rızanın belirli bir konuya ilişkin olması, 2) rızanın bilgilendirmeye dayanması, 3) rızanın özgür iradeyle açıklanması ve 4) açık bir irade beyanının bulunmasıdır⁹¹. Bu unsurların birlikte gerçekleşmesi açık rızanın geçerliliği bakımından zorunludur.

2. Açık Rızanın Unsurları

a. Belirli Bir Konuya İlişkin Olması

Açık rızanın belirli bir konuya ilişkin olması ve somut bir olaya özgü olarak verilmesi gerekmektedir. Kişi, kendisine ait her türlü kişisel veriyi kapsayacak şekilde genel nitelikte bir rıza beyanında bulunamaz. Bu nedenle, öncelikle işlenecek veri konusu açık ve net biçimde belirlenmeli, açık rıza yalnızca bu konuya özgülenerek alınmalı ve veri işleme faaliyetleri de bu çerçevede yürütülmelidir. Kişisel verilerin hangi amaç veya amaçlar doğrultusunda işleneceği, belirsizlik içermeyen, açık ve anlaşılır ifadelerle ortaya konmalıdır⁹². Bu bağlamda, gelecekte doğabilecek belirsiz amaçlar doğrultusunda veri işlenmemeli ve bu tür amaçlar için genel nitelikte rıza beyanları alınmamalıdır. Nitekim, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeleri düzenleyen KVKK'nın 4. maddesi, kişisel verilerin “*belirli, açık ve meşru amaçlar*” doğrultusunda işlenmesini ve bu amaçlarla “*bağlantılı, sınırlı ve ölçülü*” olmasını zorunlu kılmaktadır.

Belirli bir konu ve amaç belirtilmeksizin, kişinin her türlü veri işleme faaliyetine onay vermesini ifade eden ve “şemsiye rıza” ya da “battaniye rıza” olarak adlandırılan, kapsamı belirsiz, ucu açık ve geleceğe yönelik genel nitelikteki rıza beyanları, belirlilik unsurunu karşılamadığı için geçerli sayılmaz⁹³. Açık rızanın geçerliliği, ilgili kişinin hangi verilerinin, hangi amaçlarla ve hangi kapsamda işleneceğini bilmesine bağlıdır. Örneğin, “kişisel verilerimin işlenmesine rıza gösteriyorum”, “ileride ortaya çıkacak diğer amaçlarla”, “kanunda öngörülen ya da veri sorumlusunun faaliyetleri gereği ortaya çıkacak diğer tüm amaçlarla” veya “kullanıcı deneyimini geliştirme amacıyla” gibi muğlak, açık uçlu ve genel nitelikteki ifadeler KVKK kapsamında açık rıza olarak kabul edilemez⁹⁴.

b. Bilgilendirmeye Dayanması

İlgili kişinin rıza gösterdiği husus hakkında yeterli ve anlamlı biçimde bilgilendirilmiş olması gerekir. Kişi, neye rıza gösterdiğini ve neyi kabul ettiğini bilerek bilinçli bir tercihte bulunabilmelidir. Bu nedenle, öncelikle kişiye gerekli bilgi sağlanmalı ve ardından seçim yapma hakkı tanınmalıdır⁹⁵. İlgili kişinin; hangi kişisel verilerinin, kim tarafından, hangi kapsamda ve hangi amaçla işleneceği, bu verilerin hangi yöntemlerle elde edileceği ve işleneceği ile verilerinin işlenmesine rıza göstermesinin veya göstermemesinin doğuracağı sonuçlar hakkında açık biçimde bilgilendirilmesi gerekir⁹⁶. Bilgilendirme sürecinde, açık, anlaşılır ve sade bir dil kullanılmalı; soyut, belirsiz ve genel ifadelerden kaçınılmalıdır. Bilgilendirme, ortalama ve makul düzeyde zekâyâ sahip bir bireyin anlayabileceği netlikte yapılmalı; teknik ve karmaşık hukuki ifadelerle gerçekleştirilen bildirimlerin yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır⁹⁷. Ayrıca bilgilendirme içeriği oluşturulurken hedef kitlenin özellikleri dikkate alınmalıdır. Eğer ilgili kişiler çocuklar veya reşit olmayan bireyler ise bilgi-

⁹¹ AVCI BRAUN, s. 26; ÇELİKEL, s. 179-185; SELEK, s. 922.

⁹² ATAÇ, s. 174; AVCI BRAUN, s. 23; ÇELİKEL, s. 179; POLATER, s. 10.

⁹³ ÇELİKEL, s. 179; POLATER, s. 10.

⁹⁴ ÇELİKEL, s. 180; POLATER, s. 10.

⁹⁵ Benzer olarak FIPPs (*Fair Information Practice Principles*) ABD’de kişisel verilerin işlenmesinde temel ilkeleri düzenlemektedir. Bu ilkeler arasında “*notice and choice*” (bilgilendirme ve seçim), veri sahiplerinin kişisel verilerinin nasıl işlendiğine dair açık bilgilendirilmesi ve onlara verilerinin işlenip işlenmemesi konusunda seçim yapma hakkı tanınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. SOLOVE, Daniel J.: “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”, *Harvard Law Review*, 2013, Cilt 126, Sayı 7, s. 1883.

⁹⁶ AVCI BRAUN, s. 26; ÇELİKEL, s. 181.

⁹⁷ YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 774; ATAÇ, s. 171; ÇELİKEL, s. 182.

lendirme bu grupların yaş ve gelişim düzeylerine uygun şekilde basitleştirilmiş bir anlatımla gerçekleştirilmelidir⁹⁸.

Bilgilendirmenin içeriği ve kapsamı belirlenirken, KVKK'nın 10. ve 11. maddelerinde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü esas alınmalıdır. Bu yükümlülük ilgili kişinin talebine bağlı değildir. Ayrıca bilgilendirmenin yapıldığının ve içeriğinin hukuka uygun olduğunun ispat yükü veri sorumlusuna aittir⁹⁹. Bu doğrultuda KVKK m. 10 uyarınca bir aydınlatma bildiriminde; a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilmesi, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile d) ilgili kişinin 11. maddede sayılan haklarına¹⁰⁰ ilişkin bilgilerin yer alması zorunludur. Bununla beraber Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹⁰¹ ile sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortamlar kullanılmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında uyulması gereken usûl ve esaslar açıklanmıştır. Bu bağlamda hem bilgilendirme içeriği hem de yöntemi ilgili mevzuata uygun şekilde dikkatle planlanmalı ve yürütülmelidir.

c. Özgür İradeyle Açıklanması

Açık rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için ilgili kişinin bu rızayı tamamen özgür iradesiyle vermiş olması gerekir. Rıza, herhangi bir baskı, yönlendirme, tehdit veya zorlama olmaksızın, kişinin neye rıza gösterdiğini bilerek ve bilinçli bir tercih yapması sonucunda verilmelidir¹⁰². Bu kapsamda, kişinin, kişisel verilerinin işlenip işlenmemesi konusunda gerçek ve anlamlı bir seçim hakkına sahip olması esastır. Eğer kişi, rıza vermeye zorlanıyor, baskı hissediyor ya da rıza vermediği takdirde olumsuz sonuçlarla karşılaşacağını düşünerek rıza gösteriyorsa özgür iradede söz edilemez¹⁰³.

Bir hizmetin sağlanmasından veya bir uygulamanın kullanılmasından önce ilgili kişiden rıza talep edilmesi durumunda açık rızanın özgür iradeyle verilir verilmemesinin tespiti önemlidir¹⁰⁴. Zira çoğunlukla bu gibi durumlarda rıza verilmemesi takdirde kullanıcı uygulamaya erişememekte veya hizmetten yararlanamamaktadır. Bu tür koşullar altında verilen rızaların gerçekten “açık” ve “özgür” olup olmadığı konusunda dikkatli bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, bir spor salonuna üye olmak isteyen kişiye parmak izi vermenin zorunlu tutulması ve alternatif bir kimlik doğrulama yöntemi sunulmaması hâlinde, kişiye gerçek bir tercih hakkı tanındığından söz edilemez. Dolayısıyla, söz konusu rıza, baskı altında verilmiş kabul edilir. Benzer şekilde, kişisel verilerin işlenmesine açık rıza verilmemesi takdirde hizmetin sunulmayacağı, sözleşmenin ifa edilmeyeceği veya kişiye ek bir mali yük getirileceği belirtiliyorsa, bu da özgür iradeyi zedeleyen bir yaklaşım teşkil etmektedir¹⁰⁵. Nitekim, sözleşmenin kurul-

⁹⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, s. 16.

⁹⁹ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, Ankara, 2025, s. 13.

¹⁰⁰ KVKK m. 11: “(1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) 7nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.”.

¹⁰¹ 10.03.2018 tarihinde 30356 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan söz konusu tebliğ için bkz. <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=24454&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> (ET: 11.03.2025).

¹⁰² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, s. 9.

¹⁰³ ATAÇ, s. 175; ÇELİKEL, s. 184; AVCİ BRAUN, s. 21.

¹⁰⁴ YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 774.

¹⁰⁵ YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 774; ATAÇ, s. 176. Kişisel Verileri Koruma Kurulu da 25.03.2019 tarihli ve 2019/81 sayılı kararında bu konuya ele almış ve “spor kulübünde giriş çıkış kontrolünün yapılabilmesi ve kulüp hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişilere ilişkin giriş kontrolünün alternatif yollar ile sağlanması mümkün iken kişilerin biyometrik veri niteliğindeki avuç içi izi verisinin alınmasının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “işlendikleri amaç-

ması veya ifası için zorunlu olmayan veri işleme faaliyetlerinin, sözleşmeye bağlanması suretiyle kişisel veri sahibinin seçim özgürlüğü ortadan kaldırılmakta ve rızanın özgür iradeye dayanması engellenmektedir.

Kişinin rıza vermeme hakkı açıkça belirtilmeli ve bu hakkın kullanılması kişi aleyhine herhangi bir yaptırım veya dezavantaj doğurmamalıdır. Buna karşın rızanın gösterilmemesi hâlinde uygulanacak yaptırımın çok hafif olduğu durumlarda rızanın özgür iradeye dayandığı ifade edilmiştir¹⁰⁶. Ancak rızanın geçerliliğini yalnızca uygulanacak yaptırımın ağırlığına bağlamak isabetli değildir; zira bireyin eğitim seviyesi, yaşı, psikolojik durumu, bilgilendirilme düzeyi, içinde bulunduğu kurumsal güç ilişkisi, kültürel faktörler ve alternatiflerin olup olmaması gibi pek çok unsur irade özgürlüğünü doğrudan etkileyebilir. Dolayısıyla, yaptırımın hafif olması, rızanın özgür iradeye dayandığını göstermez. Örneğin, bir bankanın müşterilerinden ödeme bilgilerini üçüncü taraflarla reklam amacıyla paylaşmak için açık rıza talep etmesi, ancak bu rızayı vermeyenlere hizmet sunmaması ya da ek ücret talep etmesi, rızanın baskı altında verildiğine işaret eder¹⁰⁷. Sonuç olarak, açık rızanın geçerli olabilmesi için kişinin tam anlamıyla özgür bir iradeyle, bilgiye dayalı ve baskıdan uzak bir şekilde karar vermesi şarttır. Aksi takdirde, verilen rıza yalnızca biçimsel bir onay olarak kalacak ve veri işleme faaliyeti hukuka aykırı hâle gelecektir.

d. Açık Bir İrade Beyanının Bulunması

Açık rızadan söz edilebilmesi için ilgili kişinin iradesini açık ve net bir biçimde ortaya koyması gerekmektedir. Rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi, herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve kesinlikte ifade edilmesine bağlıdır¹⁰⁸. Örtülü irade beyanları bireysel menfaatlerin ihlali bakımından hukuka uygunluk nedeni olan rıza için yeterli sayılabilir¹⁰⁹, ancak kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza, mutlaka rızanın verildiğine dair tereddüt oluşturmayacak nitelikte açık bir beyan veya aktif bir davranışla ortaya konulmalıdır¹¹⁰. Açık rızanın sözlü, yazılı ya da belirli bir davranış yoluyla açıkça ifade edilmesi zorunludur. Bu nedenle, açık rızanın “örtülü” ya da “zımni” şekilde verilmesi mümkün değildir¹¹¹.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, rızayı oluşturan davranışın pasif bir tutumu veya hareketsizliği yansıtmaması gerektiğidir. Başka bir deyişle, kişinin hareketsizliği veya sessiz kalması açık rıza olarak değerlendirilemez¹¹². Açık rızanın geçerli olabilmesi için kişinin gerçekleştirdiği aktif bir davranışla kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterdiğini tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koyması gerekir. Nitekim bu husus, özellikle çevrim içi ortamlarda verilen açık rızanın geçerliliği açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin, bir internet sayfasında yer alan rıza beyanlarının, kanunun öngördüğü açık rıza koşullarını sağlaması için kullanıcının aktif bir onay davranışında bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, internet sayfasında önceden işaretlenmiş kutuların işaretinin kaldırılmaması (yani “opt-out” yöntemiyle sunulan rıza mekanizmaları) kişinin bu konuda rızası olduğunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koymadığı için geçerli bir açık rıza olarak kabul edilemez¹¹³.

la bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma” ilkesi ile bağdaşmadığına ve veri sorumluları tarafından bugüne kadar işlenen ve muhafaza edilen el, parmak ve avuç izi ile ilgili verilerin Kanunun 7’nci maddesi ile Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun olarak ivedilikle yok edilmesine” karar vermiştir.

¹⁰⁶ KÜZECİ, s. 268; SELEK, s. 924.

¹⁰⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, s. 11.

¹⁰⁸ AVCI BRAUN, s. 27; ÇELİKEL, s. 184.

¹⁰⁹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 560.

¹¹⁰ AYGÜN EŞİTLİ, s. 143; ÇELİKEL, s. 185; POLATER, s. 11.

¹¹¹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 139; ÇELİKEL, s. 185; DÜLGER, s. 141; ATAÇ, s. 166; SINAR, s. 55. Buna karşın, KVKK m. 5 ile m. 6’da yer alan “açık rıza” kavramlarının aynı nitelikte olmadığı, KVKK m. 5’te düzenlenen ve genel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesi bakımından gerekli olan açık rızanın örtülü olarak da verilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. AVCI BRAUN, s. 28-31.

¹¹² AYGÜN EŞİTLİ, s. 143; YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 774; ÇELİKEL, s. 174.

¹¹³ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, s. 19.

3. Açık Rızanın Verilme Zamanı ve Geri Alınması

KVKK'da açık rızanın ne zaman verilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TCK m. 26/2'de yer alan ve genel hukuka uygunluk sebebi olan rıza göz önünde bulundurulduğunda, hukuka uygun bir veri işleme faaliyeti için açık rızanın mutlaka veri işleme fiilinden önce veya en geç veri işleme fiilinin icrası sırasında verilmesi gerekmektedir¹¹⁴. Veri işleme fiili gerçekleştirildikten sonra verilen rıza, geriye dönük olarak hukuka aykırı fiili hukuka uygun hâle getirmez. Diğer bir deyişle, burada aranan rıza önceden verilmiş bir "izin" niteliğindedir. Buna karşılık, fiilin gerçekleştirilmesinden sonra verilen ve "onay" mahiyetinde olan rıza, ancak bir icazet olarak değerlendirilebilir¹¹⁵. İcazet ise geriye etkili sonuç doğuramayacağından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz¹¹⁶.

Bununla beraber, kişisel verilerin işlenmesine bir kez rıza verilmiş olması, artık bu verilerin işlenmesine hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmemektedir¹¹⁷. Her ne kadar KVKK'da açık rızanın geri alınabileceğine dair açık bir hüküm yer almamakta ise de hem hukukun genel ilkeleri hem de Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri gereği, kişi kişisel verileri üzerindeki tasarruf hakkını kullanarak daha önce vermiş olduğu rızayı dilediği zaman geri alma hakkına sahiptir. Nitekim Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in¹¹⁸ 7. maddesinde bu husus sağlık verileri bakımından açıkça düzenlemiş ve *"İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya yargı kararı bulunmaması hâlinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir. Rızanın geri alınması, o tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz."* hükmüne yer verilmiştir. Benzer biçimde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğünde (GDPR) rızanın geri alınması açıkça düzenlenmiştir¹¹⁹.

Dolayısıyla kişi kendi verileri üzerindeki veri işleme faaliyetlerini istediği zaman sonlandırabilir. Ancak rızanın geri alınması yalnızca ileriye dönük sonuç doğurur, o tarihe kadar rızaya dayalı olarak yapılmış olan veri işleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu etkilemez¹²⁰. Öte yandan, kişisel verilerin işlenmesine rıza verilmeden önce ilgili kişiye yalnızca verilerin nasıl işleneceği değil, aynı zamanda bu rızayı dilediği zaman geri alabileceği hususunda da açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirme yapılmalıdır¹²¹. Son olarak, rızanın verilmesi ve geri alınması işlemlerinin her zaman aynı yöntemle yapılması şart olmasa da kişi verdiği rızayı dilediği zaman, rıza verirken kullandığı yöntem kadar basit ve erişilebilir bir yolla geri alabilmelidir. Örneğin, internet ve telefon uygulaması kullanılarak her zaman rıza verilmesi mümkünken rızanın geri alınması için yalnızca mesai saatleri içinde bir çağrı merkezini aramak zorunda olmak bu gerekliliğin ihlali anlamına gelir¹²².

D. Kanunun Öngördüğü Hâller

1. Genel Açıklamalar

Kişisel veriler temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olduğundan bu verilere müdahale yalnızca kanunun öngördüğü hâllerde mümkündür. Kişisel verilerin işlenmesi kanunun izin verdiği hâl-

¹¹⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 298; DÜLGER, s. 141; ATAÇ, s. 177.

¹¹⁵ ATAÇ, s. 177; AVCI BRAUN, s. 16.

¹¹⁶ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 560.

¹¹⁷ ATAÇ, s. 177; AVCI BRAUN, s. 17; AYGÜN EŞİTLİ, s. 143.

¹¹⁸ İlgili Yönetmelik için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/11/20171124-1.htm> (ET: 17.03.2025).

¹¹⁹ Art. 7/3 of the GDPR: *"The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. Prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof. It shall be as easy to withdraw as to give consent."*

¹²⁰ DÜLGER, s. 153; AVCI BRAUN, s. 17; AYGÜN EŞİTLİ, s. 143.

¹²¹ ATAÇ, s. 177; ÇELİKEL, s. 177.

¹²² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, s. 25.

lerde suç teşkil etmez. Bu husus Anayasa m. 20/3'te açıkça belirtilmiştir. Anayasa'daki “kanun” ifadesi herhangi bir yazılı hukuk kuralı olarak değil, TBMM tarafından çıkarılan yasama tasarrufu olarak anlaşılmalıdır¹²³. Ayrıca Anayasa m. 104'e göre Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabilir, ancak temel hak ve özgürlükler ile münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Dolayısıyla, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırıcı düzenlemeler sadece kanunda açıkça yer alıyorsa geçerli olabilir; alt düzenleyici işlemlerle böyle bir sınırlandırma yapılamaz. Kanunun uygulanmasına yönelik ve kanuna aykırı olmayan düzenlemeler ise alt düzenleyici işlemlerle yapılabilir¹²⁴.

Bu doğrultuda KVKK'nın “*kişisel verilerin işleme şartları*” başlıklı 5. maddesinde açık rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenemeyeceği ifade edilmiş ve devamında açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan şartlar düzenlenmiştir. KVKK m. 5/2'e göre “a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işleminin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” durumunda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

Bununla birlikte, KVKK m. 5/2-a bendinde yer alan “kanunlarda açıkça öngörülmesi” ibaresinin işlevi ve amacı, KVKK'da doğrudan düzenlenmemiş ancak başka bir kanun hükmü gereği hukuka uygun hâle gelen kişisel veri işleme faaliyetlerine atıfta bulunmaktır¹²⁵. Aslında Anayasa m. 20/3'te kişisel verilerin “ancak kanunda öngörülen hâllerde” işlenebileceği açıkça belirtildiğinden bu hususun KVKK'da ayrıca tekrarlanmasına gerek yoktur¹²⁶. Bu çerçevede, KVKK m. 5/2-a'da yer alan “kanunlarda açıkça öngörülmesi” ibaresinin, “diğer kanunlarda açıkça öngörülmesi” şeklinde anlaşılması yanlış olmayacaktır¹²⁷. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin herhangi bir kanunda açık bir hüküm bulunması veya açık bir hükümle ikincil mevzuata yönlendirme yapılması hâlinde, belirlenen sınır ve koşullara uygun olmak kaydıyla kişisel verilerin işlenmesi mümkündür¹²⁸.

2. KVKK'da Öngörülen Hâller

a. Fiili İmkânsızlık Nedeniyle Rızasını Açıklayamayacak Durumda Bulunan veya Rızasına Hukuki Geçerlilik Tanınmayan Kişinin Kendisinin ya da Başkasının Hayatı veya Beden Bütünlüğünün Korunması İçin Zorunlu Olması (KVKK m. 5/2-b)

Kişinin geçerli bir rıza verebilmesi için gerçekleştirilecek fiilin niteliğini, amacını ve kapsamını kavrayabilmesi; olası riskleri, yükümlülükleri ve sonuçları değerlendirebilecek yeterlilikte olması gerekir. Bu doğrultuda, bir kişinin rızasının geçerli kabul edilebilmesi, somut olay özelinde rıza verme yeteneğine sahip olmasına ve fiilin kapsamı ile sonuçlarını anlayabilecek durumda bulunmasına bağlıdır. Ancak fiilen rızasını açıklayamayacak durumda olan ya da hukuken geçerli bir rıza verme yeteneğine sahip olmayan kişilerden açık rızanın alınması mümkün değildir¹²⁹.

¹²³ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 82.

¹²⁴ AYGÜN EŞİTLİ, s. 144.

¹²⁵ AYGÜN EŞİTLİ, s. 144.

¹²⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 619.

¹²⁷ AYGÜN EŞİTLİ, s. 144.

¹²⁸ AYGÜN EŞİTLİ, s. 144; İÇEL, s. 20.

¹²⁹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 146-147.

Fiili imkânsızlık, kişinin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle iradesini açıklayamamasını ifade eder. Diğer yandan, kişi ayırt etme gücüne sahip değilse rızasına hukuki geçerlilik tanınmamaktadır. Dolayısıyla ilk durumda fiili olarak (örneğin, ağır yaralanma, baygınlık, uyuşturucu veya alkol etkisi) ikinci durumda ise hukuki olarak (örneğin, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü) ilgili kişinin rızasını açıklayabilmesi mümkün değildir. Bu tür durumlarda, yani ilgili kişinin fiilen veya hukuken rıza vermesinin mümkün olmadığı hâllerde, kişisel verilerin işlenmesi yalnızca ilgili kişinin veya bir başkasının hayatının ya da beden bütünlüğünün korunması açısından zorunlu olması durumunda mümkün olabilir. Örneğin, kişinin geçirdiği bir trafik kazası nedeniyle bilinç kaybı yaşaması hâlinde rızası alınmaksızın bir takım sağlık verileri işlenebilir ya da kaçırılarak özgürlüğü kısıtlanmış bir kişinin kurtarılması amacıyla telefon, bilgisayar veya diğer dijital cihazlar üzerinden konum bilgisi tespit edilebilir¹³⁰.

b. Bir Sözleşmenin Kurulması veya İfasıyla Doğrudan Doğruya İlgili Olması Kaydıyla, Sözleşmenin Taraflarına Ait Kişisel Verilerin İşlenmesinin Gerekli Olması (KVKK m. 5/2-c)

KVKK m. 5/2-c'ye göre bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla “doğrudan doğruya ilgili” ve “gerekli” olması şartıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Buradaki “doğrudan doğruya ilgili” ve “gerekli” ifadesiyle sözleşmenin kurulması ya da ifası için zorunlu olan bilgiler ifade edilmektedir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulması ya da ifasıyla dolaylı olarak ilişkili olan ya da gerekli olmayan veri işleme faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilemez. Ayrıca ilgili kişilerin sadece bu amaçla sınırlı olarak kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür. Sözleşmenin türü önemli olmasa da hukuken geçerli bir sözleşme olması gerektiği açıktır. Örneğin, bir satış sözleşmesinin kurulması sürecinde taraflardan birinin banka hesap numarası, kimlik bilgileri ya da teslimat adresi gibi verilerinin işlenmesi; ya da bir kredi sözleşmesinde başvuran kişinin malvarlığı, gelir durumu veya kefil bilgileri gibi verilerinin kaydedilmesi bu bent kapsamında değerlendirilebilir. Zira bu bilgiler, sözleşmenin kurulması veya ifası için zorunlu ve doğrudan ilişkilidir¹³¹.

Ancak bu hükmün yalnızca sözleşmenin tarafları olan gerçek kişilere ait kişisel veriler için geçerli olduğu unutulmamalıdır. Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere ait kişisel verilerin, söz konusu sözleşme ile ilgili olsa dahi, bu bent uyarınca işlenmesi mümkün değildir. Örneğin, bir kiralama sözleşmesine taraf olmayan ancak taşınmazın fiili kullanıcısı olan bir üçüncü kişinin kişisel verilerinin işlenmesi bu bent kapsamında değerlendirilemez. Yine iki tüzel kişi arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bu tüzel kişileri temsil eden gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda gerçek kişi temsilcileri, söz konusu sözleşmenin tarafı kabul edilemeyeceği için bu işlemin KVKK m. 5/2-c bendine dayalı bir hukuka uygunluk sebebi taşıdığı söylenemez. Bu gibi durumlarda veri işleminin hukuki dayanağı olarak KVKK m. 5/2-f bendi gündeme gelebilir. Anılan bent, veri sorumlusunun meşru menfaatini kişisel veri işleme açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. Gerçek kişi temsilcilerin kişisel verilerinin işlenmesi, sözleşmenin etkin bir şekilde yürütülmesi ve taraflar arasında sağlıklı iletişimin sağlanması gibi gerekçelerle meşru menfaat kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu bente dayanılabilmesi için veri sorumlusunun meşru menfaatinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile yarışabilecek düzeyde, belirli, mevcut ve etkin nitelikte olması gerekir¹³².

c. Veri Sorumlusunun Hukuki Yükümlülüğünü Yerine Getirebilmesi İçin Zorunlu Olması (KVKK m. 5/2-ç)

Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kişisel verilerin işlenmesi zorunluysa, bu durumda hukuka aykırı bir fiilden söz edilemez. Bunun için veri sorumlusunun herhangi bir tercih hakkına sahip olmaması, ilgili düzenlemeye uymanın zorunlu olması gerekir. Bu tür bir yükümlülüğün varlığı yalnızca kanunla sınırlı değildir, ikincil mevzuatla getirilen yükümlülükler de aynı

¹³⁰ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 7.

¹³¹ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 8.

¹³² YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 778.

şekilde bağlayıcıdır ve veri işlemeye hukuki dayanak teşkil edebilir¹³³. Ancak KVKK m. 5/2-ç hükmünün kapsamının genişliği, sınırlarının belirlenmesini de zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, yalnızca belirtilen hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olduğu durumlarla ve ölçülü olmak koşuluyla kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getirebilir. Bu durumda, kişisel verilerin işlenmesi, yalnızca hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesine yönelik ve bu amaca uygun olmalıdır. Örneğin, bir işverenin çalışanına maaş ödeyebilmesi için banka hesap numarası, medeni durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, eşinin çalışıp çalışmadığı gibi kişisel verilerinin yanı sıra, sosyal sigorta numarası gibi bilgilerini kaydetmesi bu kapsamdadır¹³⁴. Ancak bir işveren ve çalışan ilişkisinin devamlılığı açısından zorunlu olmayan bilgilerin (örneğin çalışanın siyasi görüşü) işlenmesi, artık bu hukuka uygunluk sebebinin sınırlarının aşıldığını gösterir.

d. İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmiş Olması (KVKK m. 5/2-d)

Anayasa m. 20/3 gereği herkes kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bununla beraber bu haktan feragat edilmesi veya diğer bir deyişle kişisel verilerin alenileştirilmesi mümkündür. Ancak kişisel verinin aleni kabul edilebilmesi için ilgili kişinin alenileştirme iradesinin bulunması gerekir. Yoksa kişisel verinin herkesin görebileceği bir yerde olması aleni olmasını sağlamaz¹³⁵. Bu bağlamda, kişisel verinin, ilgili kişinin iradesiyle ve belirsiz sayıda kişinin kolayca erişebileceği şekilde kamuoyuna sunulması hâlinde alenileştirme gerçekleşmiş sayılır. Böyle bir durumda kişi özel hayatına ilişkin bilginin gizliliğini kendisi kaldırmış olmakta ve hukukun sağladığı korumadan vazgeçmektedir¹³⁶. Hak sahibi tarafından alenileştirilen ve herkesin erişimine açık hâle getirilen kişisel verilerin artık korunmasına lüzum yoktur.

Bununla birlikte, alenileştirilmiş ve kamuoyuna sunulmuş kişisel verilerin, hiçbir sınırlama olmaksızın işlenebileceğini söylemek doğru değildir. Kişisel veriler her ne kadar aleni hâle getirilmiş olsa da bu verilerin alenileştirme amacına ve bağlamına aykırı şekilde işlenmesi hukuka uygunluk teşkil etmez. Bu çerçevede, ilgili kişinin alenileştirme iradesine dayanarak gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinde, verilerin hangi amaçla kamuya açık hâle getirildiği ve bu amacın dışına çıkılıp çıkılmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca KVKK m. 4'te yer alan genel ilkeler de bu değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, bir verinin aleni olması, onu sınırsız şekilde işlenebilir kılmaz. Alenileştirme amacı ve bağlamıyla bağdaşmayan ve KVKK'daki genel ilkelere aykırılık teşkil eden veri işleme fiilleri hukuka uygun sayılamaz. Nitekim, herkesin erişimine açık olarak sosyal medyada paylaşılan bir fotoğrafın, pornografik içerikli bir internet sitesine kaydedilmesi; alenileştirme iradesiyle bağdaşmayan ve bağlamdan kopuk bir fiil olup, TCK m. 135 kapsamında suç teşkil eder¹³⁷.

e. Bir Hakkın Tesisi, Kullanılması veya Korunması İçin Veri İşlemenin Zorunlu Olması (KVKK m. 5/2-e)

Bir hakkın kurulması, kullanılması veya korunması için kişisel verilerin işlenmesi zorunlu ise bu işlem hukuka aykırı değildir. Bu düzenleme TCK m. 26/1'deki "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" hükmünün özel bir görünüm şekli olarak değerlendirilebilir. Zira hukuk düzeni, bir kişiye belirli bir hak tanıdığı anda, o hakkın kurulması, kullanılması veya korunmasını için gerekli fiilleri de hukuka uygun kabul eder. Aksi takdirde "hukuk düzeninin birliği ilkesi" ihlal edilmiş ve hukuk düzeni kendi içinde çelişkiye düşmüş olur. KVKK gerekçesinde de bu hususa değinilmiş, bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanmasının veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasinin ya da kayyımın kısıtlının mali bilgilerini kaydetmesinin hukuka uygun sayılacağı belirtilmiştir.

¹³³ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 13.

¹³⁴ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 9.

¹³⁵ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 10.

¹³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 83.

¹³⁷ DÜLGER, s. 144.

Benzer şekilde, iş akdi sona eren bir çalışana ilişkin kişisel verilerin, dava zamanaşımı süresi boyunca saklanması veya bir avukatın müvekkili adına dava açabilmek ve diğer adli işlemleri yürütmek amacıyla gerekli kişisel verileri işlemesi bu hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁸.

f. İlgili Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Zarar Vermemek Kaydıyla Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması (KVKK m. 5/2-f)

Veri sorumlusunun meşru menfaati, kişisel verilerin işlenmesine izin veren hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Meşru menfaat hukuka aykırı olmayan her türlü menfaati içermektedir. Ayrıca ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar verilmemesi ve veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması gereklidir. Bu çerçevede bu hukuka uygunluk sebebi için üç koşulun olduğu ifade edilebilir. Bunlar; ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar verilmemesi, veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunması ve veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır.

İlk olarak, KVKK m. 5/2-f'de verinin işlenmesinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi gerektiği ifade edilse de kişisel verileri işlenen kişinin hukuki menfaatlerinin ihlal edildiği açıktır. Bu durumda kişisel verinin işlenmesiyle birlikte zarar da kendiliğinden doğmakta, veri sorumlusunun meşru menfaatinin bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi pratik bakımdan neredeyse imkânsız hâle gelmektedir¹³⁹. Dolayısıyla KVKK m. 5/2-f'de ifade edilen “*ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi*” koşulu mutlak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda, veri sorumlusunun meşru menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge kurulması gerekmektedir. Söz konusu denge, veri işleme faaliyetinin ölçülü olması ve haklı bir gerekçeyle dayanması hâlinde sağlanabilir. Bu çerçevede, veri sorumlusunun elde etmeyi amaçladığı faydanın; belirli, mevcut, ilgili kişinin haklarıyla yarışabilecek nitelikte olması ve hukuk düzeni tarafından meşru kabul edilen bir temele dayanması gerekir¹⁴⁰. Eğer veri sorumlusunun menfaati, bu dengeyi sağlamak için yeterince belirli, güçlü veya etkin değilse ya da meşru bir temele dayanmıyorsa kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırı kabul edilir¹⁴¹.

Bunun yanı sıra veri sorumlusunun ilgili kişinin kişisel verilerini işleyerek ulaşmayı hedeflediği amacın meşru bir menfaate dayanması gerekmektedir. Eğer amaç meşru değilse, buna bağlı olarak ileri sürülen menfaat de meşru kabul edilemez. Meşru menfaatin varlığı, somut, belirgin ve açık şekilde ortaya konmalıdır¹⁴². Son olarak, veri sorumlusunun kişisel verilerin işlenmesiyle ulaşmayı hedeflediği meşru amacın gerçekleştirilebilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması gerekmektedir. Eğer kişisel veriler işlenmeden beklenen amaca ulaşılamıyorsa kişisel verinin işlenmesi zorunlu kabul edilebilir. Ancak, veri sorumlusu dışındaki kişilerin menfaati, bu hukuka uygunluk sebebine dayanak oluşturmaz. Örneğin, bir taşıma ve lojistik şirketinin araçlarının GPS sinyal bilgilerini kaydetmesi, KVKK m. 5/2-f kapsamında meşru menfaatlere dayalı bir veri işlemedir¹⁴³ ve bu işlem, araçların güvenliğini sağlamak, rota planlaması yapmak ve teslimat süreçlerini optimize etmek amacıyla yapılabilir. Bu işlem ile çalışanların temel hak ve özgürlükleri karşılaştırıldığında, işlemin ölçülü olduğu ve haklı bir gerekçeyle dayandığı kabul edilmelidir¹⁴⁴.

¹³⁸ YÜCEDAĞ, *Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 782; AYGÜN EŞİTLİ, s. 150.

¹³⁹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 153.

¹⁴⁰ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 13.

¹⁴¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: *Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, Brussels, 2014, s. 24.

¹⁴² AYGÜN EŞİTLİ, s. 152.

¹⁴³ SAAT, Dursun: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda Öngörülen Meşru Menfaat Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 2, s. 628.

¹⁴⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 24.08.2023 tarihli ve 2023/1461 sayılı kararında bir eğitim kurumundaki güvenlik kamerası uygulamasını değerlendirmiştir. Kurul, görüntü kaydının güvenliği sağlama amacıyla orantılı olduğunu kabul etmiş, ancak aynı ortamda ses kaydının alınmasını, veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunmaması ya da en azından bu menfaat ile ilgili kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge kurulamaması gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur.

g. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

KVKK'nın “özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları” başlıklı 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında kişilerin “ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” özel nitelikli kişisel verileri olarak belirtilmiştir. Söz konusu veriler, KVKK'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere, öğrenildiklerinde ilgili kişinin ayrımcılığa uğramasına ya da mağduriyet yaşamasına neden olabilecek nitelikteki verilerdir¹⁴⁵. Yine KVKK m. 6'da bu verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir¹⁴⁶.

Esasen KVKK m. 6'nın ilk hâlinin ikinci fıkrasında; “özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu”, üçüncü fıkrasında ise; “sağlık ve cinsel hayat dışındaki diğer özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin kanunlarda öngörülmüş olması hâlinde ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği” ve “sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ise, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sadece sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ya da kuruluşlar tarafından ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği” hükmüne yer verilmiştir. Ancak uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak, kişisel verilerin korunması alanında Avrupa Birliği müktesebatı, kamu ve özel sektör temsilcilerinin istekleri, bilişim teknolojilerindeki yenilikler ve uluslararası alanda benimsenen yeni yaklaşımlar doğrultusunda 12.03.2024 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve 01.06.2024 tarihinde yürürlüğe giren 7499 sayılı Kanun ile KVKK m. 6’da değişiklik yapılmıştır¹⁴⁷. Bu değişiklik, özel nitelikli kişisel veriler arasındaki ayrım kaldırılmış, tüm özel nitelikli kişisel veriler için geçerli olacak şekilde veri işleme şartları yeniden düzenlenmiş ve ayrıca bu şartların sayısı artırılmıştır.

Buna göre, özel nitelikli kişisel verilerin; “a) İlgili kişinin açık rızasının olması, b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması, d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması, e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması, f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması, g) Siyasi, felsefî, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması”, hâlinde işlenmeleri mümkündür. Görüldüğü üzere KVKK m. 6’da sayılan şartların bazıları KVKK m. 5’te belirtilen şartlar ile örtüşmektedir. Zira KVKK’nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (a), (b), (c), (ç)¹⁴⁸ ve (d) bentlerinde sayılan şartlar KVKK m. 5 kapsamında da sa-

¹⁴⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 78; DÜLGER, s. 109.

¹⁴⁶ Ayrıca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde bakımından KVKK m. 4’te yer alan genel ilkeler de dikkate alınmalıdır. Veri işleme- nin hukuka uygun sayılabilmesi sadece KVKK’da belirtilen özel şartlara değil, aynı zamanda söz konusu genel ilkelere uygun olmasına bağlıdır. Bkz. YÜCEDAĞ, *Genel İlkeler*, s. 48; AYGÜN EŞİTLİ, s. 137.

¹⁴⁷ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, Ankara, 2025, s. 32.

¹⁴⁸ KVKK m. 5/2-d’de yalnızca “ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması” şartı öngörülmüşken, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen m. 6/2-ç’de “ilgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması” şartı aranmaktadır. Bu düzenlemenin, özel nitelikli kişisel verilerin daha güçlü korunması gerektiği anlayışıyla uyumlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TURAN BAŞARA, Gamze: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. Maddesinde Yapılan Değişiklik Bağlamında Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 28, Sayı, 4, s. 68. Ancak daha önce belirtildiği gibi, KVKK m. 5/2-d kapsamında alenileştirilmiş ve kamuoyuna sunulmuş kişisel verilerin hiçbir sınırlama olmak-

yılmıştır. Dolayısıyla KVKK m. 5 ile örtüşen bu düzenlemeler bakımından önceki açıklamalar geçerlidir.

Bununla beraber, KVKK m. 6/3'ün (e), (f) ve (g) bentlerinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine özgü yeni şartlar öngörülmüştür¹⁴⁹. İlk olarak, KVKK m. 6/3-e bendi uyarınca, veri işleme faaliyeti; sır saklama yükümlülüğü bulunan kişiler ile yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik hizmetleri, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amaçlarıyla gerekli olduğu hâllerde gerçekleştirilebilir. Bu düzenlemeyle Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 9. maddesinin ikinci fıkrasının (h) bendiyle paralellik sağlanırken, KVKK m. 6'nın önceki hâli de büyük ölçüde korunmuştur. Buna göre, örneğin devlet politikası gereği yapılması zorunlu tutulan çocukluk çağı aşılarının aile hekimleri tarafından takip edilmesi, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması amacıyla sağlık verilerinin işlenmesi mümkündür¹⁵⁰. Yine KVKK m. 6/3-f uyarınca istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ile sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olduğu durumlarda özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Bu işleme faaliyeti, kanunlarda açıkça öngörülen ya da bir yönetmelik, yönerge, tebliğ hatta sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğe dayanabilir¹⁵¹. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "işçi özlük dosyası" başlıklı 75. maddesi kapsamında işveren tarafından çalışana ait özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ya da Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin "şoför ve kuryelerde aranacak nitelik ve şartlar" başlıklı 34. maddesi kapsamında şoför ve kuryelerin özel nitelikli verilerinin işlenmesi mümkündür. Son olarak, KVKK m. 6/3-g ile Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 9. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi göz önünde bulundurularak, ilgili veri sorumlularının karşılaştığı ve karşılaşılabileceği zorlukların aşılması amaçlanmıştır¹⁵². Bu kapsamda, siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluşların özel nitelikli kişisel verileri, ancak kendi mevzuatlarına ve amaçlarına uygun şekilde, faaliyet alanlarıyla sınırlı olarak ve üçüncü kişilere açıklamamak koşuluyla işleyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Örneğin, bir siyasi parti, engelli bir üyenin oy kullanabilmesini sağlamak amacıyla, kişinin engellilik durumuna ilişkin sağlık verisini tekerlekli sandalye temini için işlemesi durumunda bu işlem hukuka uygun kabul edilecektir¹⁵³.

3. KVKK Dışındaki Kanunlarda Öngörülen Hâller

a. 5271 sayılı CMK Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) araştırma işlemleri, koruma tedbirleri ve delil değerlendirme araçları doğrultusunda kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan birçok düzenleme yer almaktadır¹⁵⁴. Bu işlemlerin hukuka uygun olması için kanunda bu konuda bir düzenleme olması, kanun hükmünde yer alan koşulların gerçekleşmiş olması ve bu çerçevede bir yetkinin doğması gerekmektedir. Bununla birlikte, doğan bu yetkinin yalnızca kanunla çizilen sınırlar içinde ve usûlüne uygun şekilde kullanılması zorunludur¹⁵⁵. Örneğin, CMK m. 75'te "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması", m. 81'de "fizik kimliğin tespiti", m. 134'te "bilgisayarlarda, bilgi-

sızın işlenebileceği söylenemez. Kişisel veriler aleni hâle getirilmiş olsa da bu verilerin alenileştirme amacı ve bağlamı dışında işlenmesi hukuka uygun sayılmaz. Bu nedenle, ilgili kişinin alenileştirme iradesine dayanılarak gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinde, verilerin hangi amaçla kamuya açık hâle getirildiği ve bu amacın dışına çıkılıp çıkmadığı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, KVKK m. 5/2-d ile m. 6/2-ç hükümlerinin birbirinden ayrılmadığı ve esasen örtüştüğü sonucuna varılabilir.

¹⁴⁹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 139, dn. 71.

¹⁵⁰ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, s. 47.

¹⁵¹ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, s. 49.

¹⁵² KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, s. 55.

¹⁵³ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, s. 59.

¹⁵⁴ ATAÇ, s. 127; MADEN, s. 155.

¹⁵⁵ ATAÇ, s. 127.

sayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma”, m. 135’te “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”, m. 139’da “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi”, m. 140’da “teknik araçlarla izleme tedbiri” düzenlemeleri yer almaktadır. Bu düzenlemeler ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılması için kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılmaktadır. Bu gibi durumlarda kanunla verilen yetkiye dayanılarak kişisel veriler işlenebilir.

b. 2559 sayılı PYSK Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nda (PYSK) kişisel verilerin kaydedilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin, PYSK m. 5’te “a) Gönüllü, b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan, c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen, ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan, d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi hâlinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı, e) Gözaltına alınan” kişilerden parmak izi alınacağı ve alınan parmak izi ile ilgili kişinin kimlik bilgilerinin bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, gönüllüler hariç, PYSK m. 5’te belirtilen kişilerin fotoğraflarının da alınarak parmak izi ile birlikte kaydedileceği öngörülmüştür. Alınan parmak izi ve fotoğraflar ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanmaktadır. Yine PYSK m. 4/A’da “Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek” kayda alınacağı düzenlenmiştir. Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğrafların, ilgili kişinin ölümünden itibaren on yılın geçmesiyle ve her hâlde kayıt tarihinden itibaren en geç seksen yıl sonra silineceği hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte, CMK m. 81’de sadece üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisinin gerekli olması hâlinde fotoğraf ve parmak izlerinin kaydedilebileceği ve kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtların Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği düzenlenmişken; PYSK’nın ilgili maddelerinde herhangi bir suç şüphesi altında olmayan kişilerin verilerinin kaydedilmesine ve saklanmasına imkân tanınması eleştiriye değerdir¹⁵⁶. Yine PYSK’nın parmak izi ve fotoğraf alma nedenlerini oldukça geniş şekilde düzenlemiş olması, toplumdaki hemen herkesin söz konusu verilerinin toplanmasını mümkün kılmaktadır. Bu durum ise suç şüphesi altında bulunmayan kişilere ait kişisel verilerin kaydedilmesi ve saklanmasına yol açarak KVKK m. 4’te yer alan amaç sınırlılığı ve ölçülülük ilkelerine açıkça ters düşmektedir¹⁵⁷. Bu bağlamda, kanun koyucunun aynı konuda düzenleme içeren farklı kanunlarda böylesine çelişkili yaklaşımlar benimsemesi, hukuki öngörülebilirlik ve tutarlılık açısından izaha muhtaçtır.

c. 5275 sayılı CGTİK Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK) kapsamında kişisel verilerin belirlenen usûl, yetki ve sınırlar çerçevesinde işlenmesi hukuka uygundur. Zira CGTİK m. 21’de “... (2) Ceza infaz kurumuna alınan hükümlülerin adı ve soyadı, işledikleri suç, cezalarının türü ve süresi, mahkûmiyet ilâmının tarih ve numarası ve infaza başlandığı gün hükümlü defterine kayıt olunur. Bu defterdeki sıra numarası, hükümlünün numarasını oluşturur. (3) Tanıya yönelik olarak

¹⁵⁶ KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022, s. 422.

¹⁵⁷ Günümüzde bireyler üzerindeki gözetim, yalnızca devletin yürüttüğü bir faaliyet olmaktan çıkmış; özel sektörün de aktif biçimde dahil olduğu kapsamlı bir izleme ağına dönüşmüştür. Bireylerin çeşitli bilgileri toplanmakta, bu veriler saklanmakta ve sistematik biçimde sınıflandırılmaktadır. Bu çerçevede, gözetim kavramının tarihsel gelişimine, modern toplumda devletin gözetim uygulamalarına ve bu gözetim ihtiyacını doğuran temel nedenlere değinmek; ayrıca bilgi ile iktidar arasındaki ilişki bağlamında bazı yasal düzenleme ve uygulamaları ele almak önem arz etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKEHYA, Hakan: “Gözetim ve Suça Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 2, s. 319-358.

hükümlülerin parmak ve avuç içi izleri alınır, fotoğrafları çekilir, kan grupları, vücutlarının dış özellikleri ve ölçüleri belirlenir. Kayıt altına alınan söz konusu bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında veya elektronik ortamda saklanır. Bu bilgiler, Kanunun zorunlu kıldığı hâller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme doğrultusunda söz konusu kişisel verilerin kanunun öngördüğü şekilde kaydedilmesi ve saklanması suç teşkil etmez.

d. Diğer Kanunlar

Kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen hukuki çerçeve oldukça geniş olup, yukarıda örnek olarak verilen hükümlerin yanı sıra, farklı kanunlarda da kişisel verilerin işlenmesini öngören birçok düzenleme bulunmaktadır. Ancak hukuk düzeni içinde yer alan ve kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getiren tüm kanunları ve ilgili hükümleri tek tek tespit etmek kolay değildir. Bu tür düzenlemeler hukuk sisteminin farklı alanlarına dağılmış olduğundan, her somut olay bağlamında ilgili kanun hükümlerinin titizlikle değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, hâkimin somut olaya özgü olarak kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılabilen hukuk alanlarını ve ilgili mevzuatı dikkatle incelemesi şarttır. Nitekim kanun koyucu da TCK m. 135 ile m. 136'da “*hukuka aykırı olarak*” ifadesine yer vererek bu tür fiilleri hukuka uygun hâle getiren bir sebebin bulunabileceği konusunda hâkimi uyarmakta ve somut olay doğrultusunda ilgili olabilecek mevzuata dikkat çekmektedir.

Yukarıda sınırlı olarak sayılanlar dışında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hükümler içeren diğer kanunlara örnek olarak verilebilir¹⁵⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kişisel verilere ilişkin tüm yasal düzenlemelerin, Anayasa'nın 20. maddesi ve KVKK'nın temel ilkeleriyle uyumlu olması icap etmektedir. Kanun koyucunun farklı mevzuatlarda aynı konuya ilişkin olarak ölçüsüz ve birbiriyle çelişen düzenlemeler öngörmesi, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından biri olan hukuki öngörülebilirlik ilkesini de ciddi biçimde zedelemektedir. Bu nedenle, kişisel verilerin korunması gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili alanlarda, yasal düzenlemeler arasında normatif uyumun ve ilkeler düzeyinde tutarlılığın sağlanması bir zorunluluktur.

SONUÇ

Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilgidir. KVKK m. 17/1'de kişisel verilere ilişkin suçlarda TCK'nın 135 ila 140. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiş, böylece KVKK ile TCK arasında doğrudan bir bağlantı kurulmuştur. TCK'da kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m. 136) ve verileri yok etmeme (m. 138) suçları yer almaktadır. KVKK yürürlüğe girmeden önce TCK'daki kişisel verilere ilişkin suçların konusunun kapsamı hususunda bazı tereddütler ortaya çıkmıştır. Zira bu dönemde kişisel veri kavramını tanımlayan herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Yargıtay, herkesçe bilinen bilgilerin kişisel veri sayılamayacağı yönünde kararlar vermişse de KVKK'nın yürürlüğe girmesinin ardından bu yaklaşımını değiştirmiştir. Günümüzde, Yargıtay, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu nedenle herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgilerin de kişisel verilere ilişkin suçlar kapsamında korunduğunu kabul etmektedir. Ancak bu yaklaşım, TCK'daki kişisel verilere ilişkin suçların kapsamını fazlasıyla genişleterek hem uygulamada belirsizlik yaratabilir hem de neredeyse her veri işleme eyleminin suç sayılması gibi sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı,

¹⁵⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*, s. 83-85; DÜLGER, s. 146; ATAÇ, s. 146; MADEN, s. 166.

hukuka uygunluk sebepleri dikkatle araştırılmalıdır. Nitekim, Yargıtay, her somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin olup olmadığının özenle incelenmesi gerektiğini istikrarla vurgulamaktadır. Kanun koyucu da TCK m. 135 ve 136’da “*hukuka aykırı olarak*” ifadesine yer vererek, hukuka uygunluk değerlendirmesinin bu suçlar açısından önemine işaret etmektedir. Dolayısıyla, TCK düzenlenmesi ve Yargıtay uygulaması gereği, kişisel verilere ilişkin suçlarda özellikle KVKK başta olmak üzere ilgili mevzuattaki hukuka uygunluk nedenlerinin titizlikle incelenmesi elzemdir.

Kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi hukuka uygun hâle getiren iki sebep bulunmaktadır. Bunlar; ilgili kişinin açık rızası ve kanunun öngördüğü hâllerdir. Bunlar dışında bir hukuka uygunluk sebebinin kabulüne Anayasa’nın “*ancak*” ifadesi izin vermemektedir Zira Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında bu husus açıkça düzenlenmiş ve “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. KVKK’nın 5. maddesinde de bu tekrarlanmış ve kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza veya kanuni bir dayanağın bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece hem Anayasa hem de KVKK kişisel verilerin korunması hususunda güçlü bir hukuki çerçeve oluşturmuştur. Bu çerçevede, ilk olarak, ilgili kişinin açık rızası kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getirir. Bu husus Anayasa m. 20/3’ün yanı sıra KVKK m. 5/1’de de açık şekilde düzenlenmiştir. Açık rıza, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza demektir. Ayrıca açık rızanın tereddüde yer bırakmayacak açıklıktaki bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle verilmesi gerekmektedir. Bununla beraber kişisel verilerin işlenmesine bir kere rıza verilmiş olması, bundan böyle bu verilerin işlenmesine hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kişi açık rızayı dilediği zaman geri alma hakkına sahiptir.

İkinci olarak, KVKK’nın “*kişisel verilerin işleme şartları*” başlıklı 5. maddesinde kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan hâller düzenlenmiştir. KVKK m. 5/2’e göre “*a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*” durumunda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. KVKK m. 6’da ise özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (e), (f) ve (g) bentlerinde KVKK m. 5’ten farklı olarak özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine özgü yeni şartlar öngörülmüştür.

Bununa yanı sıra, KVKK m. 5/2-a’da yer alan “*kanunlarda açıkça öngörülmesi*” ibaresi gereği KVKK dışındaki bir kanunda açık bir hüküm bulunması veya açık bir hükümle ikincil mevzuata yönlendirme yapılması hâlinde kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Bu kapsamda, kanunda bu konuda bir düzenleme olması, kanun hükmünde yer alan koşulların gerçekleşmiş olması ve böylece bir yetkinin doğması gerekmektedir. Bununla beraber doğan bu yetkinin de sınırları içinde ve usûlünce kullanılması zorunludur. Örneğin, 5271 sayılı CMK, 2559 sayılı PVSK, 5275 sayılı CGTİK, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Sonuç itibarıyla, kişisel verilere yönelik fiiller teknolojik gelişmelerin etkisiyle oldukça çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, her somut olayda fiilin niteliği, işlenme biçimi ve bağlamı

dikkate alınarak hangi hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabileceği titizlikle değerlendirilmelidir. Zira kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenip işlenmediği; verinin hangi yöntemle elde edildiği, hangi amaçla ve ne ölçüde kullanıldığı, üçüncü kişilerle paylaşılıp paylaşılmadığı, ilgili kişinin açık rızasının bulunup bulunmadığı ve konuyla ilgili açık bir kanuni düzenlemenin olup olmadığı gibi çeşitli ölçütler dikkate alınarak tetkik edilmelidir. Bu kapsamda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması hâlinde söz konusu fiili suç teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla fiilin gerçekleşmiş olup olmadığı kadar, aynı zamanda bu fiilin hukuka uygunluk sebepleri kapsamında kalıp kalmadığı da son derece önemlidir.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Hale: *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- AKGÜL, Aydın: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: Unutulma Hakkı ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 116, s. 11-38.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: *Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, Brussels, 2014.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ATAÇ, Asiye Selcen: *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- AVCI BRAUN, Cihan: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 1, s. 13-33.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 123-167.
- BÖREKÇİ, Eşref Barış: *Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇAKIR, Kerim: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 8, Sayı 16, s. 569-596.
- ÇELİKEL, Serdar: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 161-190.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 101-167.
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD: *Guidelines 05/2020 on Consent Under Regulation 2016/679*, 2020.
- GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 407-450.
- HAKERİ, Hakan: “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, Mersin Barosu Yayınları, Mersin, 2009, s. 126-131.
- HOOFNAGLEA, Chris Jay / van der SLOOTB, Bart / BORGESİUS, Frederik Zuiderveen: “The European Union General Data Protection Regulation: What it is and what it means”, *Information & Communications Technology Law*, 2019, Cilt 28, Sayı 1, s. 65-98.
- HORNUNG, Gerrit / SCHNABEL, Christoph: “Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination”, *Computer Law & Security Review*, 2009, Cilt 25, Sayı 1, s. 84-88.
- İÇEL, Kayıhan: “Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunmasında Kişisel Veri ve Hukuka Aykırılık Kavramları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 94, Sayı 2, s. 15-23.
- KARAKEHYA, Hakan: “Gözetim ve Suça Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 2, s. 319-358.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022.
- KETİZMEN, Muammer: *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, Ankara, 2025.

- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, Ankara.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler*, Ankara.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rehber*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, Ankara, 2025.
- KOCA Mahmut / ÜZÜMEZ İlhan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, s. 69-93 (Kişisel Verilerin Kaydedilmesi).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KUNOVA, Meglena: “Keynote Speech-Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling”, Brussels, 2009.
- KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- MADEN, Mehmet: *Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ORHAN, Uğur: “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 4, s. 1359-1384.
- ÖNOK, Murat: “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 1, s. 155-188.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PESCHKE, Lutz: “The Web Never Forgets!: Aspects of the Right to be Forgotten”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 1, s. 151-160.
- POLATER, Salih: “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.
- SAAT, Dursun: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda Öngörülen Meşru Menfaat Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 2, s. 617-638.
- SELEK, Ozan: “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 911-951.
- SINAR, Hasan: “Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2020, Cilt 2, Sayı 1, s. 32-62.
- SOLOVE, Daniel J.: “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”, *Harvard Law Review*, 2013, Cilt 126, Sayı 7, s. 1880-1903.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- TEZCAN, Durmuş: “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 16, Sayı 1, s. 27-25 (Özel Hayat Açısından Kişisel Veriler).
- TEZCAN, Durmuş: “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 1159-1164 (Kişisel Verilerin Kaydedilmesi).
- TOPAÇ, Tahir Hami: *6698 Sayılı Kanun Kapsamında Kişisel Verilere İlişkin Suçlar*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2022.
- TURAN BAŞARA, Gamze: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. Maddesinde Yapılan Değişiklik Bağlamında Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 28, Sayı 4, s. 51-80.

YÜCEDAĞ, Nafiye: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 47-63 (Genel İlkeler).

YÜCEDAĞ, Nafiye: “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 2, s. 765-789 (Hukuka Uygunluk Sebepleri).



Bölge Adliye Mahkemelerinin Bozma Kararlarının Yokluk Kavramı ile Birlikte Değerlendirilmesi^(*)



Evaluation of the Overturning Decisions of Regional Courts of Justice with the Concept of Absence

Metin KAPLAN



Hâkim, Doktor
Adana Adliyesi

Anahtar Kelimeler

İstinaf,
İstinaf Mahkemeleri,
Ceza Muhakemesi
Hukuku,
Yokluk,
Bozma.

Öz

Kelime anlamı itibarıyla yeniden başlamak veya sözün başı anlamlarıyla özdeşleşen istinaf kavramı, iç hukuk sistemimizde ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların ilgilerin istemi üzerine bir üst mahkeme tarafından hem hukuken hem de maddi olarak denetlenmesi anlamına gelmektedir. Bu denetimleri yapan üst mahkemeler ise, hukuk sistemimizde istinaf mahkemeleri bir diğer adıyla bölge adliye mahkemeleri olarak adlandırılmaktadırlar. İstinaf mahkemelerinin kuruluş gerekçelerinin yargısal süreçleri kısaltmak, dava taraflarının makul sürede yargılanma haklarını güvence altına almak ve yargılamalar sonucunda verilen kararların isabet derecelerini artırmak olduğu bilinmektedir. Çalışmamızda bu amaçlarla kurulan istinaf mahkemelerinin kuruluş süreçleri, görev ve yetkileri ve bu mahkemeler tarafından verilen kararlara değinilecektir. Özellikle istinaf mahkemeleri tarafından belirli şartların gerçekleşmesi durumunda verilebilecek olan bozma kararlarının uygulamada yarattığı sorunlar üzerinde durulacak olup bu kararların hukuk sistemindeki karşılığını güncel akademik görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirmesi yapılacaktır.

Keywords

Appeal,
Courts of Appeal,
Criminal Procedure
Law,
Absence,
Reversal.

Abstract

In our domestic legal system, the concept of appeal, which is synonymous with the meaning of restarting or the beginning of the word, means that the decisions rendered by the courts of first instance are reviewed both legally and materially by a higher court upon the request of the parties concerned. The higher courts that perform these audits are called courts of appeal, also known as regional courts of justice, in our legal system. It is known that the grounds for the establishment of the courts of appeal are to shorten the judicial processes, to guarantee the rights of the parties to be tried within a reasonable time and to increase the accuracy of the decisions rendered as a result of the proceedings. In our study, the establishment processes, duties and powers of the courts of appeal established for these purposes and the decisions rendered by these courts will be discussed. In particular, the problems created in practice by the reversal decisions that may be issued by the courts of appeal in the event of the fulfillment of certain conditions will be emphasized, and the equivalent of these decisions in the legal system will be evaluated in the light of current academic opinions and decisions of the Court of Cassation.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.01.2025, Kabul Tarihi: 28.04.2025.



GİRİŞ

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen olağan kanun yolu denetimi yollarından olan istinaf mahkemelerinin yargısal faaliyetleri 20.07.2016 tarihinden itibaren başlamıştır. Bu mahkemelerin hukuk sistemimiz içerisinde yer edinmesinin gerekçelerinden biri temyiz merci olarak ceza muhakemesi sistemimizde yer edinen Yargıtay'ın ciddi anlamda artan iş yükünü azaltmaktır. Bu mahkemelerin kurulmasının bir diğer gerekçesi ise, temyiz mahkemesinin artan iş yoğunluğuna paralel bir şekilde dava dosyalarının temyiz merci tarafından incelenme sürelerinin de ortalama üç dört yılı bulmasının beraberinde dosya taraflarının makul sürede yargılanma haklarını da ciddi bir biçimde ihlal etmesidir. İstinaf mahkemelerinin kurulması bu durumun önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Hal böyle olunca yargısal süreçleri kısaltmak, dava taraflarının makul sürede yargılanma haklarını güvence altına almak ve yargılamalar sonucunda verilen kararların isabet derecelerini artırmak amacıyla hukuk sistemimize yasal olarak 2005, faaliyete başlama bakımından ise 2016 yılında giren istinaf mahkemelerinden beklentinin oldukça fazla olduğu anlaşılmaktadır. Bu beklentilere rağmen istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmiş olduğu ilk zamanlar haricinde özellikle ilk derece mahkemelerinden gelen dosya sayılarının zamanla artması nedeniyle istinaf mahkemelerince yapılan yargılamaların sürelerinin temyiz denetimine konu olan sürelerle yaklaştığını görmekteyiz.

İstinaf incelemelerinin sürelerinin uzamasına ek olarak özellikle istinaf mahkemelerinin kuruluş gayeleri olarak karşımıza çıkan istinaf incelemesinde hem maddi hem de hukuki anlamda değerlendirme yapma yetki ve görevlerinin dışına çıktıklarını vermiş olduğu kararlardan görmekteyiz. İstinaf mahkemelerinin temyiz merci gibi sadece hukuki denetim yapma işlevini üstlenmesi ilk derece mahkemelerinin mevcut iş yüklerini daha da artırmakta ve istinaf mahkemelerinin kendi kuruluş gayelerinin uzağında kalmalarına yol açmaktadır. Bu çalışmamızda özellikle istinaf mahkemeleri tarafından belirli şartların gerçekleşmesi durumunda verilebilecek olan bozma kararlarının uygulamada yarattığı sorunlar üzerinde durulacak olup bu kararların hukuk sistemindeki karşılığını güncel akademik görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirmesi yapılacaktır. Yine asıl konumuza girmeden önce istinaf kavramından ve mahkemelerince verilebilecek kararlardan bahsedilecektir.

I. İSTİNAF KAVRAMI

İstinaf kavramı kelime anlamı itibarıyla “yeniden başlamak”, “sözün başı” anlamlarına karşılık gelmektedir¹. İstinaf kelimesi aynı zamanda “enf” kelimesinden türemiş olup “müste’nif”in de istinafa başvuran anlamına gelmektedir². İstinaf, iç hukuk sistemimizde ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı, karara konu olan uyuşmazlığın taraflarının bir üst mahkemeye başvurarak verilen kararın hem hukuken hem de maddi olarak denetlenmesini istemesi olarak kabul edilmektedir³. İstinaf incelemesi ilk olarak feodalitenin yıkılmasından sonra krallıkların kuvvetlenmesi amacıyla kral mahkemelerinin yetkisinin arttırılması fikriyle ortaya çıkmıştı⁴. Zaman içinde vilayetlerde de parlamentolar kuruldu. Bu parlamentolar yetkilerini krallardan almakta olup senyörlerden almamaktaydı. Bu nedenle istinaf kavramının dolayısıyla istinaf mahkemelerinin kuruluş felsefesinde hukuki saiklerden ziyade siyasi saiklerin ön planda olduğu anlaşılmaktadır⁵.

Bir hukuk devleti hukukla bağlı olduğu için devlet içerisinde yaşayan yurttaşlar, devletin işlem ve eylemlerine yönelik olarak hukuki çarelere başvurabilmelidir⁶. Hukuki çareler devletin yaptığı her

¹ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 766; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 623; GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8.Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 745.

² İTİŞGEN, Rezzak: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 16, s. 377.

³ ÇINAR, Ali Rıza: “İstinaf”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, Cilt 2, Sayı 8, s. 15.

⁴ KUNTER, Nurullah: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 1045.

⁵ KUNTER, s. 1045.

⁶ GÖSSEL, Karl Heinz: “İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistematiik Açıklama”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 159, s. 57.

türlü eylem ve işlemin yanında aynı zamanda mahkeme kararlarını da kapsamalıdır. İstinaf da bir hukuk devletinin vatandaşına sağladığı hukuki çarelerden biridir⁷. Bu kanun yolu ilk kez 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan alınan 1879 tarihli Usul-û Muhakemet-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat'la hukuk sistemimize girmiştir. İstinaf uygulamasından 1924 yılında, istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin hukuk eğitimi almamış, mübaşirlikten ve tutanak katipliğinden gelen kişiler olması nedeniyle işlerin uzaması ve istinaf mahkemelerinden yanlış kararlar çıkması dolayısıyla vazgeçilmiştir⁸. Aynı zamanda olağan kanun yolu olarak kabul edilen istinaf hukuk sistemimize ikinci kez girmiş ve 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren de yeniden uygulanmaya başlamıştır⁹. Hukuk sistemimize yeniden 25673 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda¹⁰ (CMK)” düzenlenerek giren istinaf incelemesi veya faaliyetleri, 20.07.2016 tarihinden itibaren bölge adliye mahkemeleri adıyla başlamıştır¹¹.

İstinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda maddi olguların belirlenmesi ve delillerin değerlendirilmesi ve bu olgulara karşılık olarak öngörülen hukuk kurallarının isabetli olup olmadığı, eksik veya tam olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünden inceleme yapan mahkemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. İstinaf mahkemelerinin amacının bir yargıç veya yargıçlar grubunun verdiği kararın hata ihtimaline binaen üst yetkili yargıç veya yargıçlar grubu tarafından gözden geçirilmesidir¹². İstinaf yolunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar üst derece mahkemesi olan istinaf mahkemesi tarafından maddi ve hukuki açıdan gözden geçirilir. İstinaf mahkemelerinin en önemli özelliği ilk derece mahkemesinin kararına konu olan olayla ilgili istinaf mahkemesince olaysal yani maddi olgularla ilgili değerlendirme yapılabilmesidir¹³.

Uluslararası hukuk bakımından diğer devletlerin kendi iç mevzuatlarındaki istinaf veya benzeri kurumlarla ilgili düzenlemelerine bakıldığında istinaf mahkemelerinin ilk olarak Fransa’da ortaya çıktığı görülmektedir¹⁴. Fransız ceza hukuku sisteminde hafif suçlara bakan mahkemelerle (*Tribunal de Simple Police*) nispeten önem arz eden ancak ağır ceza gerektiren suçlardan olmayan suçlara bakan mahkemelerin (*Tribunal Correctional*) vermiş olduğu kararlar bakımından istinaf kanun yoluna gidilebilmektedir¹⁵. Fransız ceza hukuku sisteminde ağır ceza gerektiren suçlar bakımından istinaf kanun yoluna gidilememekte olup bu suçlar bakımından temyiz kanun yoluna gidilebilmektedir¹⁶. Alman ceza hukuku sistemi bakımından istinaf kanun yolu iş yükü ağır olan asliye ceza mahkemelerinin kararları bakımından kabul edilmiş olup ağır ceza mahkemelerinin hem dosyalarının az olması hem de asliye ceza mahkemelerine göre baktıkları dosyalara konu suçların daha ağır ceza gerektirmesi nedeniyle bu mahkeme kararları bakımından istinaf kanun yoluna gidilememektedir¹⁷. Ağır ceza mahkemelerinin verdiği kararlar için temyiz kanun yoluna gidilmektedir¹⁸. Ancak Alman Ceza Hukuk sisteminde Atlamalı Temyiz (*Sprungrevision*) dediğimiz yol kullanılmak suretiyle istinaf kanun yoluna tabi olan karara karşı hak sahibi olan kimseler tarafından hukuki meselenin çözümüne yönelik olarak isti-

⁷ GÖSSEL, s. 57.

⁸ YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu* adlı kitabından aktaran ZAFER, Hamide / CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 920.

⁹ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 945.

¹⁰ 04.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete.

¹¹ ÖZEN, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 65, s. 2339.

¹² SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 542.

¹³ ÇAKIR, Kerim: “Ceza Muhakemesinde Bölge Adliye Mahkemesinin Bozma Kararı Vermesi ve Bozma Sonrası Direnme Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 17, Sayı 195, s. 49.

¹⁴ BİRTEK, Fatih, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (İstinaf), s. 79.

¹⁵ TEZCAN, Durmuş, “Fransız Ceza Muhakemesinde İstinaf (Fransız Ceza Muhakemesi)” adlı makalesinden aktaran BİRTEK, *İstinaf*, s. 79.

¹⁶ YENİSEY, Feridun, *Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Tekrar Kabulü* adlı kitabından aktaran BİRTEK, *İstinaf*, s. 79.

¹⁷ KINZIG, Jörg / ÖZKAN, Salih: “Almanya’da Kanun Yolu Konulu Bilimsel Araştırma”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 12, Sayı 159, s. 110.

¹⁸ BİRTEK, *İstinaf*, s. 82; KINZIG / ÖZKAN, s. 111.

naif incelemesine gidilmeksizin doğrudan temyiz yoluna gidilebilmektedir¹⁹. Hükmün esasına yönelik olarak atlamalı temyiz yolu kullanılamaz²⁰.

II. TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA İSTİNAF KANUN YOLU

A. Genel Olarak

İstinaf kanun yolu, CMK ile birlikte hukuk sistemimize giren ve mülga 1412 sayılı “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)” içerisinde düzenlenmemiş olan bir denetim yoludur. CMK’nın 272 vd. maddelerinde düzenlenen istinaf kanun yolunda adli yargı ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların ilk olarak denetimi yapılmaktadır. Yani belirli istisnalar dışında ilk derece mahkemeleri tarafından verilen son kararlara karşı yalnızca istinaf kanun yoluna gidilebilir. Bu noktada istinaf mahkemesi bir hükmü, olay, kanıtlama ve hukuksal açılardan kontrolünü yapan yargı mercidir. İstinaf yoluyla incelemeyi yapan mahkemeler, “Bölge Adliye Mahkemeleri”dir²¹ (BAM). BAM tarafından yapılan istinaf kanun yolu denetimi, henüz ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kesinleşmeden bu karar üzerinde denetim yapılması nedeniyle bir olağan kanun yolu denetimidir²².

Temyiz kanun yolu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve henüz kesinleşmemiş olan kararların Yargıtay tarafından sadece hukuki olarak denetlenmesine konu olan bir olağan kanun yoludur²³. İstinaf mahkemeleri yani BAM’lar faaliyete geçinceye kadar ilk derece mahkemesince verilen ve henüz kesinleşmeyen son kararlar bakımından olağan yargısal denetim Yargıtay tarafından yapıldı. İstinaf ve temyiz olağan kanun yollarını birbirinden ayıran en önemli özellik temyizde delillerle temas edilerek öğrenme muhakemesi yapılamamasına karşılık, istinaf incelemesinde gerekmesi durumunda delil incelemesi de yapılarak esas hakkında yeni bir karar verilmesidir²⁴. Bu noktada temyizde Yargıtay delillerle temas ederek öğrenme yargılaması yapmamasına karşın, istinaf yolunda BAM gerektiğinde delilleri de inceleyerek (mağdur ve sanık ile tanıkları dinleyip keşif yaparak bilirkişi görüşü almak suretiyle) esas hakkında yeni bir karar verebilir²⁵. Bu şekilde BAM yaptığı maddi yani olaysal yargılama sonucunda esas mahkemesinin yanlışlığını saptadığı takdirde ilk hükmü düzeltir ve esas hakkında da ilk derece mahkemesi gibi kararını verir²⁶. İstinaf incelemesinden farklı olarak temyiz incelemesinde Yargıtay temyiz incelemesi kapsamında önüne gelen mahkeme kararında hukuka aykırılıkların var olup olmadığına bakar. Hükmünde herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değilse kararı onar yok eğer ilk derece mahkemesi kararında hukuka aykırılık veya aykırılıklar söz konusu ise BAM’lardan farklı olarak ilk derece mahkemesinin yerine geçerek yeniden yargılama yapamaz, böyle bir durumda kararı bozar²⁷.

B. İstinaf Kanun Yoluna Tabi Olan Hükümler

1. İlgililerin Talebi Üzerine İstinaf

İlk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı istinaf kanun yoluna müracaat edilebilmektedir. Başka bir anlatımla genel kural gereği ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve istinafa tabi olan kararlar bakımından ilgililerin talebi üzerine ancak istinaf kanun yoluna gidilebilir. Kural

¹⁹ BİRTEK, *İstinaf*, s. 82-83; KINZIG / ÖZCAN, s. 111.

²⁰ GÖRKEMLİ, Burcu: *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 65.

²¹ YAŞAR, Osman: *Ceza Muhakemesi Kanunu*, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 3524.

²² ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 766.

²³ SELÇUK, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 330.

²⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 945.

²⁵ YAŞAR, s. 3525.

²⁶ YAŞAR, s. 3525.

²⁷ KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023, s. 509.

olarak istinaf kanun yoluna tabi olan kararlar CMK'nın 272. maddesinin 1. fıkrası "*İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Doğrudan aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen kararlara kanun koyucu hüküm adını vermiştir. Bunlar ilk derece mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı ve düşme kararlarıdır²⁸. İstinafa tabi olan kararların niteliklerine bakıldığı zaman bu kararların ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve bu kararlarla birlikte ilk derece mahkemelerinin söz konusu dosyalardan el çektikleri anlaşılmaktadır²⁹. İstinaf kanun yolu merci olan BAM'ların görev ve yetki alanına giren kararların 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 8. maddesinde "*Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır*" şeklindeki düzenleme ve BAM'ların 20.07.2016 tarihinde göreve başlama tarihleri dikkate alınarak bu tarihten sonra verilen son kararlardır. Bu tarihten önce verilen kararlar bakımından temyiz merci olan Yargıtay görev ve yetkilidir³⁰. BAM'ların faaliyete geçme tarihi olan 20.07.2016 tarihinden önce ilk derece mahkemeleri tarafından karar verilen ve temyiz merci olan Yargıtay'a gidip de Yargıtay tarafından bozulup kararı veren ilk derece mahkemelerine geri gönderilen dosyalar bakımından ise, bu dosyalar için yeniden ilk derece mahkemeleri tarafından istinafların kurulmasından sonra karar verilmesi durumunda da kanun yolu merci olarak temyiz kanun yolu yani Yargıtay göre ve yetkili olarak başvurulacak olan mercidir³¹.

Son olarak 7499 sayılı kanun ile değişik CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrasında yer alan düzenleme kapsamında CMK'nın 272. maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararlarının istinaf kanun yoluna tabi hale getirilmesinde Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında³² "... Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, 28.3.2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle yapılan değişiklikle itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddiaları yönünden de HAGB kararını denetlemesi zorunluluğu getirilmiş ise de bu durum hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira dava konusu kuralın kapsamında kalan hükümler yönünden olağan denetim mercii istinaf kanun yolu olarak düzenlenmişken sanığın HAGB uygulanmasını kabul etmesi ve mahkemenin HAGB kararı vermesiyle artık bu yola başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır. Sanığın geçerli bir feragat iradesi olmaksızın kanunen tâbi olduğu istinaf yoluna başvurusunun bu aşamada imkânsız kılınması -alternatif bir denetim mekanizması getirilmiş olsa bile- hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır...." gerekçesi ile CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrasını iptal etmesi etkili olmuştur.

2. Re'sen İstinafa Tabi Olan Kararlar

CMK'nın 272. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde "... Ancak, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir..." şeklindeki düzenleme kapsamında ilk derece mahkemesi tarafından karar verilen dosyanın ilgilileri yani sanık, katılan, savcı,

²⁸ TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 340.

²⁹ YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK) Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 Sayılı Kanun ile Birlikte*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 1041.

³⁰ GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 746.

³¹ Yargıtay, 13. CD, T. 26.10.2016, E. 2016/18187, K. 2016/14273 (Yargıtay Karar Arama).

³² AYM, T. 01.06.2023, E. 2022/120, K. 2023/107 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).

müdafî veya vekili vs. tarafından istinaf edilmesi bile mahkemeler tarafından verilen on beş yıl veya daha uzun süreli hapis cezaları bakımından zorunlu olarak istinaf yolunu düzenlemiştir. Kanun koyucu bazı suçlara verilen cezalar bakımından bu cezaların kişiler üzerinde yaratabileceği ağır etki ve olası hak kayıplarını göz önüne alarak ilgililer tarafından herhangi bir gerekçeyle istinaf edilmeyen kararlar bakımından istinaf kanun yolu denetimini zorunlu tutmuştur. Bu kanun maddesiyle tek bir suç için verilen ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya on beş yıl veya daha uzun süreli olarak verilen özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından bu kararların ilgileri tarafından istinaf edilmese bile BAM'lar tarafından re'sen incelenenleri düzenlenmiştir. Buradaki hapis cezalarının süreleri, soyut değil somut cezaya göre belirlenir. Bu nedenle her bir suç yönünden faile verilen ceza ayrı ayrı ele alınacaktır³³.

3. İstinafa Tabi Olmayan Kararlar

Kural olarak ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bütün kararlara yönelik olarak istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ancak kanun koyucu ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bazı hükümlere karşı bu hükümlerin kamusal açıdan ve bireyler bakımından ortaya çıkardığı mağduriyetin az olması ve bu suçların önemsizliğini dikkate alarak bazı kararları istinaf denetimi dışında tutmuştur. Kanun koyucu tarafından istinaf kanun yolu dışında tutulan kararlar bakımından bu kararlara karşı ancak olağanüstü kanun yollarına(örneğin kanun yararına bozma yolu) gidilebileceği belirtilmiştir³⁴. İstinaf kanun yoluna tabi olmayan kararlar kanun koyucu tarafından 7499 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 272. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“a) (Değişik: 31/3/2011-6217/23 md.) Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen onbeşbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine,

b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine,

c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, Karşı istinaf yoluna başvurulamaz. (Ek cümle: 14/4/2020-7242/17 md.) Bu suretle verilen hükümler tekrare esas olmaz.”

7499 sayılı Kanun öncesinde hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilen cezalar haricinde doğrudan doğruya verilen 3.000 TL ve altındaki adli para cezaları bakımından istinaf kanun yolu denetimini kapalı tutmuştu. Ancak enflasyondan kaynaklı para değerinin gerilemesi nedeniyle söz konusu olan 3.000 TL tutarı yerinde olarak yeni düzenleme ile 15.000 TL olarak belirlenmiştir. Son olarak 7499 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 231/12. maddesinde. maddesinin 12. Fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

“272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286 ncı madde hükümleri uygulanır. 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir.”

Bu düzenleme gereğince ilk derece mahkemelerince verilen HAGB kararları bakımından öngörülen adli para cezasının CMK'nın 272. maddesinin 3. fıkrasının a bendi kapsamında kalması durumunda HAGB kararı için herhangi bir olağan kanun yolu öngörülmediğinden istinaf kanun yoluna da gidilemeyecektir.

³³ GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 748.

³⁴ YAŞAR, s. 3526

C. İstinaf İncelemesi Aşamaları

1. İlk İnceleme Aşaması

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı istinaf mahkemesine gitme yetkisi bulunan kişiler, ilk derece mahkemesinin kararının tebliğ edilmesinden sonra 2 hafta içerisinde ilk derece mahkemesinin kararına yönelik olarak istinaf başvurusunda bulunabilirler. Kararın usul veya esas yönünden hukuka aykırı olduğunu düşünen sanık, sanık müdafisi, katılan, katılan vekili veya cumhuriyet savcısı istinafta talebinde bulunabilir³⁵. Tarafların istinaf başvurusunda bulunması sonrasında CMK'nın 275. maddesinin 1. fıkrası "*Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller.*" şeklinde belirtildiği üzere ilk derece mahkemesince verilen kararın infazına başlanamaz. İstinaf başvurusu ile birlikte hükmün kesinleşmesi engellenir. İstinaf başvurusu sonrası dosyanın düştüğü istinaf dairesi başvuruyla ilgili esas yönünden değerlendirme yapmadan önce istinaf başvurusunun süresi içerisinde yapılmadığına kanaat getirmesi veya başvuran kişinin başvuru yetkisinin olmaması durumunda veya başvuru konusu dosyanın istinafa tabi olmaması durumunda başvuruyu reddeder³⁶.

2. İstinaf Başvurusunun Esastan İncelenmesi

Temyiz kanun yolundan farklı olarak istinaf incelemesi istinaf mahkemeleri tarafından işin esasına girilmek sureti ile yapılmaktadır. Başka bir anlatımla karar dosya üzerinden değil gerekmesi durumunda duruşma açılarak verilir. Bu kapsamda istinaf mahkemesi önüne gelen istinaf başvurusuna konu olan dosyada ilk incelemeyi yaptıktan sonra herhangi bir eksiklik görmezse işin esasına geçer³⁷. İşin esasına geçen mahkeme söz konusu dosyada hem maddi vakıa denetimi hem de hukuki denetim yani hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol eder³⁸. İstinaf mahkemesi, yalnız itiraz konusu sorunla sınırlı olmayıp, istinaf davasının kabul edilebilirliğini her bakımdan inceleyecektir³⁹. İstinaf mahkemesinin itirazın kabulü ve reddine ilişkin kararları kesindir; bu kararlara karşı kanun yolu bulunmamaktadır ve bu kararların geri alınması mümkün değildir. İtirazın, istinaf mahkemesince kabul edilmesi, ilk derece mahkemesinin ret kararının kaldırılması anlamına gelmektedir⁴⁰. İstinaf mahkemesi dosyayı ve dosyadaki mevcut delilleri inceledikten sonra CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen kararlardan birine hükmedebilir.

III. İSTİNAF MAHKEMELERİ TARAFINDAN VERİLEBİLECEK KARARLAR

CMK'nın 280. maddesindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere istinaf mahkemeleri istinaf başvurusu sonrasında önüne gelen dosyayı maddi ve hukuki olarak inceledikten sonra ilk derece mahkemesince verilen kararda esas ve usul yönünden bir hukuka aykırılık tespit etmezse istinaf başvurusunun esastan reddine, CMK'nın 303. maddesinin 1. fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine⁴¹, kanun koyucu tarafından kanunda istinaf mahkemeleri tarafından yapılan incelemede CMK'nın 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir veya kanunen öngörülen bozma veya esastan ret şartları dışında başka bir maddi veya hukuki hatanın istinaf mahkemesi tara-

³⁵ HAKERİ, Hakan / ÜNVER, Yener: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 2246.

³⁶ ZAFER / CENTEL, s. 924.

³⁷ ZAFER / CENTEL, s. 924.

³⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 774; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 625.

³⁹ KARAKEHYA, s. 499.

⁴⁰ ÖZEN, *İstinaf*, s. 2359.

⁴¹ ZAFER / CENTEL, s. 926.

findan tespit edilmesi durumunda istinaf mahkemesince dosya için duruşma açılarak inceleme kararı verilir⁴². İstinaf incelemesi neticesinde istinaf mahkemesi tarafından verilecek kararlar arasında düşme kararından söz edilmemişse de af, zamanaşımı, sanığın ölümü gibi davayı düşüren sebeplerin varlığı halinde düşme kararı dışında başka bir karar vermesi mümkün olmayacağından istinaf mahkemesi tarafından da bu durumların varlığı halinde düşme kararı verilmesi gerekir⁴³.

A. İstinaf Mahkemesince Dosya Üzerinden Verilen İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar dosya tarafı veya taraflarınca istinaf edildikten sonra istinaf mahkemesi söz konusu başvuruyu usulen inceledikten sonra istinaf başvurusunun hukuka uygun olduğuna kanaat getirirse dosyayı esastan ele almaya başlar. İstinaf mahkemesince dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda delillerin tam olduğuna, ilk derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunmadığını ve ispat bakımından ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirmeyi yerinde bulursa istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir⁴⁴. İstinaf başvurusunun esastan reddi kararı hukuk sistemimiz bakımından kanıksanmış olan Yargıtay tarafından temyiz yolu incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun bulunması durumunda verilen onama kararına benzeyen bir karardır⁴⁵.

İstinaf mahkemesince verilen esastan ret kararı, ilk derece mahkemesince verilen kararın, kural olarak, her yönüyle usul ve esas yönünden kanuna uygun olduğunu, delillerin tam olarak toplandığını, fiil ve fail arasındaki ilişkinin ortaya konulduğunu ve hükmün, kanunda belirtilen koşulları taşıdığını ifade etmektedir⁴⁶. Buna karşın, esastan ret kararı verilmesi, hükmün, her zaman ve her yönüyle usul ve kanuna uygun olduğunu göstermez. Şöyle ki, aleyhe istinaf talebi bulunmayan bir durumda, sanık aleyhine olan hükümler uygulanarak eksik ceza tayin edilmiş olsa bile belirtilen yanlışlık ile aleyhe istinaf talebi bulunmadığı için hükmün düzeltilmediği veya bozulamadığı hususları, karar yerine yazılarak esastan ret kararı verilecektir⁴⁷.

B. Dosya Üzerinden Verilen Hukuka Aykırılık Giderilerek İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı

6545 ve 7035 sayılı Kanunlarla değişik CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılan gerekçelerden birinin varlığı durumunda istinaf mahkemesi, istinaf incelemesi yaparken dosyayı bozmadan kendisi dosya üzerinden duruşma vb. açmaksızın hukuka aykırılığı kendisi gidererek dosya hakkında düzeltilerek esastan ret kararı verir⁴⁸. Bu karar ile ilgili düzenleme kanun koyucu tarafından 6545 ve 7035 sayılı Kanunlarla değişik CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde *sayılan* “İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine, 303 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine, ...” şeklinde düzenlenmiştir. 2014 yılında 6545 sayılı ve 2017 yılında 7035 sayılı Kanun ile birlikte yapılan değişikliklerle istinaf mahkemele-

⁴² ZAFER / CENTEL, s. 927.

⁴³ KARAKEHYA, s. 500.

⁴⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 962; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 629; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 775; SOYASLAN, s. 548; GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 757.

⁴⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 962.

⁴⁶ KARAKEHYA, s. 499.

⁴⁷ ATALAN, Mustafa: “Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 53, s. 53.

⁴⁸ ZAFER / CENTEL, s. 926.

rinin Yargıtay’a benzetilmesi akımı sürdürüldü ve böylelikle istinaf mahkemelerince CMK’nın 280. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca yapılan kabul incelemesi sırasında ceza dairesine davanın esasına hükmetme yetkisi tanındı⁴⁹.

İstinaf mahkemelerince yapılan inceleme neticesinde ilk derece mahkemesince verilen kararın bozulmasını veya istinaf mahkemesince yeniden davanın görülmesini gerektiren sebeplerden birinin var olmaması ancak başka bir hukuka aykırılığın varlığı durumunda istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını düzeltmek suretiyle başvuruyu esastan reddedebileceğini ifade etmiştik. İstinaf mahkemesinin CMK’nın 280/1-a maddesinde zikredilen haller dışında da ilk derece mahkemesinin kararını bozmadan kendisi dosya üzerinden düzeltme kararı vererek başvuruyu reddedebileceği haller söz konusudur. Bu haller 6545 ve 7035 sayılı Kanun ile değişik CMK’nın 280. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁰. Kanun koyucu tarafından kanunda öngörülen hallerden birinin varlığı durumunda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını düzelterek onamasını, ilk derece mahkemesinin kararını ıslah etmek suretiyle onaması olarak da adlandırabiliriz⁵¹.

C. İstinaf Mahkemesince Verilen Dosyanın Yeniden Görülmesi ve Duruşma Kararı

İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın dosya tarafları tarafından istinaf edilmesi neticesinde kanunen öngörülen istinaf başvurusunun esastan reddi veya düzeltmek suretiyle istinaf başvurusunun esastan reddi kararının verilmesinin mümkün olmadığı ve aynı şekilde istinaf mahkemesi tarafından dosyasının kanunen öngörülen bozma şartlarının oluşmaması nedeniyle bozulamayacağını anlaşılmaması durumunda dosyada tespit ettiği hukuka aykırılıkları gidermek için istinaf mahkemesi dosyayı incelemeye alacaktır⁵². İstinaf mahkemesi bu kararla birlikte ilk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunduğunu, delillerde veya işlemlerde bir eksiklik olduğunu, sübut noktasında yapılan değerlendirmenin hatalı olduğunu tespit etmiş olmaktadır⁵³. Bu kararla birlikte istinaf mahkemesi tarafından daha önce ilk derece mahkemesi tarafından yapılan kovuşturma işlemlerinin başına dönülmekte ve kovuşturma işlemleri yeniden yapılmaktadır. Bu kararı aldıktan sonra istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesince verilen hükümdeki maddi meselede sonucu etkileyen bir hata veya ciddi bir hukuka aykırılık bulunduğunu tespit eder ve açılan istinaf davasının temelinin sağlam olduğunu tespit ederse gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir. Bu aşamaya kadar istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesi kararı hala kaldırılmadığı için hukuk düzenindeki varlığını sürdürmeye devam etmektedir⁵⁴.

Bu noktada istinaf mahkemesi tarafından duruşma açılmasına karar verilmesi sonrasında duruşma işlemlerine hazırlık aşamasında tıpkı ilk derece mahkemesi gibi gerekli görmesi durumunda tanık dinleyebilecek, gerekmesi durumunda keşif yapabilecek, bilirkişiye başvurabilecek ve yargılamayla ilgili müzekkere yazılması gibi tüm işlemleri yapabilecektir⁵⁵. İstinaf mahkemesine duruşma öncesinde duruşma sırasında yapılacak işlemler ve toplanacak delillerle ilgili hazırlıkları yapma yetkisinin verilmesinin altında istinaf duruşmasının tek celsede bitirilmesi amacı yatmaktadır⁵⁶. Kanun koyucu bu hususu CMK’nın 281. maddesinin 2. fıkrasında “*Mahkemece, gerekli görülen tanıkların, bilirkişilerin dinlenilmesine ve keşfin yapılmasına karar verilir.*” şeklinde düzenlemiştir.

⁴⁹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 963.

⁵⁰ GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 757.

⁵¹ ZAFER / CENTEL, s. 925.

⁵² ZAFER / CENTEL, s. 927.

⁵³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 632.

⁵⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 965.

⁵⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 778.

⁵⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 778.

İstinaf mahkemesi tarafından duruşma evresi tamamlandıktan sonra iki şekilde karar verilebilir⁵⁷. Söz konusu kararlar ilk derece mahkemesinin kararının duruşmalı olarak yapılan işlemler neticesinde hukuka uygun olduğunun anlaşılması durumunda istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi ki bu durumda ilk derece mahkemesinin kararı onanmış olur ya da ilk derece mahkemesinin kararının hukuka aykırı olduğuna istinaf mahkemesi tarafından kanaat getirilmesi durumunda ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden hüküm kurulmasıdır⁵⁸. İstinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra CMK'nın 223. maddesindeki kararlardan birine göre karar verilebilir⁵⁹. İstinaf mahkemesi tarafından verilen karar kararı istinaf etmemiş sanıklar yönünden istinaf kararına konu olan hususların bu kişiler açısından uygulanma olanağı varsa karar istinaf başvurusunda bulunmayan sanıklara da sirayet edecektir⁶⁰. Bu husus CMK'nın 280. maddesinin 3. fıkrasında *“Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanırlar.”* şeklinde düzenlenerek hüküm altına alınmıştır.

D. İstinaf Mahkemesince Dosya Üzerinden Verilen Bozma Kararı

İstinaf başvurusuna konu olan ilk derece mahkemesi kararında kanun koyucu tarafından öngörülen bozma gerekçelerinden en az birinin varlığı durumunda istinaf mahkemesince dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda dosyanın bozularak kararı veren veya kanunen bakmakla görev ve yetkili başka bir mahkemeye dosyanın gönderilmesine karar verilir⁶¹. Kanun koyucu istinaf mahkemelerince verilebilecek bozma kararlarıyla ilgili 7079 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde *“İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine”* şeklinde düzenlenmiştir.

7079 sayılı Kanun öncesinde CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasının g ve h bentlerinde düzenlenen ilk derece mahkemesinin kararının gerekçe içermemesi veya ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda savunma hakkının sınırlandırılması durumunda ilk derece mahkemesinin kararının bozulması söz konusu olmaktadır⁶². İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmelerinden sonra özellikle istinaf mahkemeleri tarafından kanunen öngörülen bozma sebepleri dışına çıkılabilmesi için CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasının g ve h bentlerinin istinaf mahkemelerince bozma gerekçesi olarak kullanılması yargı camiasında ciddi tartışmalara⁶³ sebep olduğu için kanun koyucu söz konusu tartışmalı maddeleri mutlak bozma sebepleri arasından çıkarmıştır. 7079 sayılı Kanun ile birlikte getirilen değişikliklerle birlikte bozma sebebi olarak kabul edilen en esnek iki hukuka kesin aykırılık hali bozma sebebi olmaktan çıkarılmıştır⁶⁴.

Değişiklikten sonra bölge adliye mahkemeleri, istinafa konu kararın gerekçe ve savunma hakkının ihlali nedenlerine dayalı olarak bozma kararı veremeyeceklerdir⁶⁵. Bu durum, bölge adliye mahkeme-

⁵⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 969.

⁵⁸ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 969.

⁵⁹ KARAKEHYA, s. 501.

⁶⁰ ZAFER / CENTEL, s. 929.

⁶¹ SOYASLAN, s. 549.

⁶² BİRTEK, Fatih: “Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine İlişkin Tartışma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 25, Sayı 2 (Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması), s. 458.

⁶³ İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf edilmesi neticesinde istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararının gerekçe içermemesi nedeniyle verilen bozma kararı üzerine yapılan tartışmalar için bkz. <https://t24.com.tr/haber/enis-berberoglu-kararinda-yetki-tartismasi-simdi-ne-olacak,484808>, <https://sen.av.tr/tr/makale/Anayasa-Mahkemesi-Enis-Berberoglu-Kararini-Yanlis-Mahkemeye-mi-Gonderdi> (ET: 02.12.2024).

⁶⁴ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 633.

⁶⁵ BİRTEK, *Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması*, s. 459.

lerinin görev kurallarına aykırılık haricinde, bozma kararı verme olağanı ciddi biçimde ortadan kaldırmıştır. Çünkü hükmün hukuka aykırı delillere dayanması da dahil olmak üzere, CMK'nın 289. maddesinin g ve h bentleri haricindeki kesin hukuka aykırılık hallerine kolay rastlanmamaktadır⁶⁶. Bu düzenleme ile birlikte daha öncede ifade ettiğimiz gibi istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmiş olduğu ilk dönemlerde bu iki nedene dayalı olarak çok sayıda bozma kararı verilmesi özellikle ilk derece mahkemelerinde ciddi huzursuzluklar yaratmıştı. Bu şekilde istinaftan beklenen yeniden yargılama yaparak yeni hüküm verme usulü uygulamaya geçirilememiş bilakis istinaf mahkemeleri Yargıtay gibi faaliyet göstermeye başlamıştı⁶⁷. Söz konusu düzenlemeyi hukuki bir ihtiyaçtan öte kamuoyu gündemine gelen bir ya da birkaç dosyayla ilgili uygulamada ortaya çıkan soruna karşı etki-tepki düzenlemesi olarak kabul eden görüşler de doktrinde dile getirilmiştir⁶⁸. Yine doktrinde kanun koyucu tarafından 7079 sayılı Kanun ile birlikte yapılan değişikliğin evrensel nitelikte korunma değeri olan ve Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen *Hak Arama Hürriyeti ve Adil Yargılanma Hakkı* ile yine Anayasamızın 141. maddesinde düzenlenen bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olacağına dair anayasal hükme aykırılık teşkil ettiği yine bu düzenleme ile birlikte istinaf mahkemelerinin kıdem vb. durumları dikkate alınarak verecekleri bozma kararları ile ilk derece mahkemeleri hakimleri bakımından öğretici ve yol gösterici kararlar veremeyeceklerine ve ilk derece mahkemesi hakimlerinin istinafın bozma yetkisinin elinden alınması durumunda savunma hakkı ve gerekçeli karar verme noktasında özensiz davranacaklarına dair görüşler mevcuttur⁶⁹. İstinaf mahkemeleri tarafından bakılan ilk derece mahkemelerinin kararları neticesinde kararı inceleyen dairenin başkanının kararı veren ilk derece hakimine çok iyi, iyi, orta veya zayıf notlarından birini verme yetkisine sahip olması⁷⁰ nedeniyle istinaf mahkemelerinin 7079 sayılı Kanun ile birlikte bozma kararı verebilme imkanının azaltılmasının ilk derece hakimlerinin dosyaya verecekleri özenle ilgili görüşe katılabilmek mümkün değildir.

İstinaf mahkemelerince bu kanun kapsamında verilen bozma kararlarına karşı Yargıtay tarafından verilen bozma kararlarına direnilmesi gibi direnme imkanı söz konusu olmadığına dair görüşler mevcuttur⁷¹. Ancak istinaf mahkemelerince verilen bozma kararları bakımından direnme yasağının istinaf mahkemelerinin CMK'nın 289. maddesinde zikredilen bozma sebeplerine dayalı olarak verdiği kararlarla ilgili olduğu bu madde hükmü dışında kalan diğer hukuka aykırılıklar veya eksik soruşturma gibi nedenlerle istinaf mahkemelerinin vermiş olduğu bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemesince direnilebileceği, ancak bunun günümüz şartları açısından çok da mümkün olmadığına dair görüşler de mevcuttur⁷². Mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında ilk derece mahkemelerine Yargıtay tarafından verilen kararlar bakımından verilen direnme yetkisinin kanunen istinaf mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından tanınmamış olması nedeniyle kanaatimizce ilk derece mahkemelerinin istinaf mahkemelerinin kararlarına direnme yetkisi bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüş kapsamında istinaf mahkemelerinin CMK'nın 289. maddesinde düzenlenen bozma sebepleri dışında kalan diğer hukuka aykırılıklar veya eksik soruşturma işlemleri nedeniyle verdikleri bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemelerine direnme hakkı verilmesi⁷³ istinaf mahkemelerinin keyfi bozmalarının önüne geçecektir.

İstinaf mahkemesince CMK'nın 289. maddesinde belirtilen ve g ve h bentleri haricinde söz konusu olan bozma gerekçeleri dışında da bazı istinafa özgü bozma gerekçeleri ile dosyayı bozma yetkisine

⁶⁶ PEHLİVAN, Ali: "İstinaf Kanun Yolu ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, s. 989.

⁶⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 776.

⁶⁸ GÖRKEMLİ, s. 172.

⁶⁹ YENİSEY, Feridun: *Ceza Muhakemesinde İstinafın Beş Yılı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 228-229.

⁷⁰ Söz konusu not takdiriyle ilgili yasal düzenlemeler için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=22887&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (ET: 02.12.2024).

⁷¹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 964.

⁷² KAYMAZ, Seydi: *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 187-188.

⁷³ KAYMAZ, s. 188.

sahiptir⁷⁴. Bu noktada 7188 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde “Soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine” şeklinde belirtildiği üzere ilk derece mahkemesince yapılan yargılamaya konu dosyada soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediği (örneğin bir milletvekiliyle ilgili yargılamada yasama dokunulmazlığı kalkmadığı halde milletvekili hakkında karar verilmesi durumu) veya önödeme ve uzlaştırmaya tabi olduğu halde bu yollar kullanılmadan ilk derece mahkemesince karar verilmesi durumunda da istinaf mahkemeleri bozma kararı verebilecektir⁷⁵. Benzer şekilde ilk derece mahkemesi tarafından yargılaması yapılan ve ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sırasında önödeme veya uzlaşmaya tabi olmayıp da istinaf aşamasında yargılamaya konu suçun önödeme veya uzlaşmaya tabi suç haline gelmesi durumunda da istinaf mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir⁷⁶.

İlk derece mahkemesinin önüne gelen dosyada tıpkı uzlaştırma ve önödeme gibi soruşturma ve kovuşturma şartı olarak kabul edilen seri muhakeme kurumunun uygulanmadan ilk derece mahkemesince iddianamenin kabul edilerek hüküm kurulması durumunda istinaf mahkemesince bozma kararı verilmesi gerekmektedir. Yine istinaf mahkemelerinin kurulduğu zamandan beri tartışma konusu olan istinaf edilmiş olan bir hükmün konusunu teşkil eden suçun yargılanmakta olan bir diğer suç ile bağlantılı bulunduğu ve davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu anlaşıldığında istinaf mahkemesi ikinci derece yargılama merci olması hasebiyle dosyayı kararı veren veya başka bir yetkili ve görevli olan ilk derece mahkemesine göndermek durumundadır.

IV. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN BOZMA KARARLARININ YOKLUK KAVRAMI İLE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahkemeler tarafından cezai uyumsuzlukla ilgili olarak verilen son karara hüküm denilmektedir⁷⁷. Ceza yargılamasında mahkemeler tarafından verilen beraat, mahkumiyet, düşme veya davanın reddi gibi kararlar ceza muhakeme hukuku bakımından hüküm olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Ancak davayı sonlandıran, mahkemelerin davadan el çekmesi sonucunu doğuran ancak yargılama konusu uyumsuzluğun çözülmesine yönelik hüküm içermeyen ayırma, birleştirme, yetkisizlik veya görevsizlik kararları bu noktada ceza muhakemesi bakımından hüküm niteliği taşımazlar⁷⁹. Hüküm, yargılama makamı tarafından gerçekleştirilen bir ceza muhakemesi işlemi olup ceza muhakemesinde fonksiyonel olarak yargılama makamında bulunmadığı için hüküm verme yetkisine sahip olmayan kişilerin kararları hüküm olarak nitelendirilemez⁸⁰.

Yokluk kavramı, bir muhakeme işleminin “işlemin yapılmamış olduğunu bir başka süjenin farz ve kabul etmesi” olarak ifade edilmektedir⁸¹. Bir kararın yok olarak kabul edilmesi, bir usul işleminin temel unsurlarındaki eksiklik nedeniyle ortaya çıkan, ağır ve önemli aykırılıklara uygulanan bir yaptırımdır⁸². Doktrinde yokluk kavramı, işlemin bünyesinde yer alan hukuka aykırılığın en ağır olduğu

⁷⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 964.

⁷⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 964; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 776; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 631; KARAKEHYA, s. 499.

⁷⁶ Yargıtay, 15. CD, T. 19.11.2018, E. 2018/8276, K. 2018/8149 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁷ KARAKEHYA, s. 442.

⁷⁸ SOYASLAN, s. 422 vd.

⁷⁹ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 552.

⁸⁰ ÖLMEZ, Gökhan: “Ceza Muhakemesinde Hükmün Yokluğu Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2023, Cilt 81, Sayı 4, s. 1003.

⁸¹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 147.

⁸² HAKERİ / ÜNVER, s. 320.

durumlarda tatbik edilmesi gereken en ağır yaptırım olarak kabul edilmektedir⁸³. Doktrindeki kabul bu olmakla birlikte gerek ceza muhakemesi kanununda gerekse de doktrinde hangi hukuka aykırılıkların söz konusu olması durumunda yokluk yaptırımının uygulanması gerektiğine dair net bir kriter geliştirilmemiştir⁸⁴. Yargıtay yokluk kavramını, kendisine başvurulmuş mercin görev ve yetkisi olmayan bir kararı incelemesi, bir ceza soruşturması bulunmaksızın takipsizlik kararı verilmesi, suçtan zarar görmeyen kişilerin davaya katılmasına karar verilmesi, nihai hüküm sonrasında mahkemenin hükmü değiştirmesi veya tutuklama kararı vermesi gibi ağır hukuka aykırılıklarla malul kararlar olarak kabul etmektedir⁸⁵.

Ceza muhakemesine konu olan bir işlemin veya kararın, bu işlemi yapan veya kararı veren makam dışında başka bir kişi tarafından ortadan kaldırılması için kanun yolu tanınmış olan hallerde Yargıtay'a göre söz konusu işlemin veya kararın yokluğundan söz edilemeyecektir⁸⁶. Bu noktada kanunun aykırılıkları giderme noktasında çareler kabul ettiği durumlarda işlemin yokluğundan değil, varlığından söz edilmesi gerekmektedir. Zira aykırılığı giderme, işlemi muhafaza ederek veya ortadan kaldırarak yapılacaktır ki bu da işlemin varlığının kabulü demektir⁸⁷. Yargıtay'ın bu noktada vermiş olduğu karar, yok hükmünde kabul edilmesi gereken bir kararın varlığı durumunda mevzuatta nasıl hareket edileceği noktasında düzenleme bulunmaması ve bu tarz kararların yokluğunu tespit eden bir makama ihtiyacın hasıl olması nedeniyle yerindedir⁸⁸.

Anayasamızın 36. maddesinin 2. fıkrası “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki olaya bakmaktan kaçınmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu anayasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, mahkemelerin görev ve yetki alanına giren bir konuda yargılama yapmaktan veya karar vermektan imtina etmesi en başta anayasal bir ihlal olarak değerlendirilmez⁸⁹. Yine adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen ve tabii hâkim bir diğer adıyla doğal hâkim huzurunda yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş ... mahkeme huzurunda görülmesini isteme hakkına sahiptir...” şeklinde düzenlenmiştir. Kanunla kurulmuş bir mahkeme huzurunda yargılanma hakkı, kişilerin davacı veya davalı olduklarında, tarafı oldukları uyuşmazlıkla ilgili hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduklarını önceden bildikleri ve aralarındaki ihtilafın ortaya çıkmasından önce söz konusu mahkemenin ve mahkemede görevli olan hâkim veya hâkimlerin belirli olmasıdır. Bu hak, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından sonra, uyuşmazlığa veya uyuşmazlığın taraflarına göre mahkeme kurulmasını engellemek amacıyla tanınmıştır⁹⁰. Adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen tabii hâkim ilkesi gereğince de bir uyuşmazlıkta hangi mahkeme görev ve yetkiliyse, o uyuşmazlığa da o mahkemenin bakması gerekmektedir⁹¹. Kanunla kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkı, kendisini hukuk devleti olarak kabul eden tüm devletlerde anayasal güvence altına alınması gereken ilkelere dendir⁹².

Çalışmamızın önceki bölümünde de ifade ettiğimiz gibi CMK m. 280. maddesinin 1. fıkrasının e ve f bentlerinde istinaf incelemesi neticesinde bozma kararı verilebilecek haller sınırlı bir şekilde sayılmış-

⁸³ ÖLMEZ, s. 1018.

⁸⁴ ÖLMEZ, s. 1018.

⁸⁵ HAKERİ / ÜNVER, s. 321.

⁸⁶ Yargıtay, CGK, T. 06.05.2008, E. 2008/90, K. 2008/100 (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁷ YENİŞEY / NUHOĞLU, s. 147.

⁸⁸ ÖLMEZ, s. 1021.

⁸⁹ ÖLMEZ, s. 1003.

⁹⁰ KAPLAN, Metin: *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 194; Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, Tüsiad Yayınları, İstanbul, 2003, s. 55.

⁹¹ KAPLAN, s. 194.

⁹² ÖZEN, Muharrem: “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 38.

tır. Buna göre “ilk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması” ve “soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile yürütülmesinin zorunlu olması” hallerinde bozma kararı verilebilecektir⁹³. Bozma nedenlerine bakıldığı zaman bu nedenlerin oldukça sınırlı olduğunu ve kıyas yoluyla genişletilebilmesinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bozma nedenlerinin usule ilişkin nedenler olarak düzenlendiği maddi meseleye veya suç vasfına yönelik olarak bir bozma nedeninin düzenlenmediğini görmekteyiz⁹⁴. Düzenlemeye göre istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararları esas yönünden yani maddi ceza hukukuyla ilgili olan hukuka aykırılıklarla ilgili olarak bozma kararı veremeyecektir⁹⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi istinaf mahkemelerince esas yönünden yapılan inceleme neticesinde ilk derece mahkemesince verilen kararların, CMK’nın 289. maddesinde belirtilen ve g ve h bentleri haricinde söz konusu olan bozma gerekçeleri dışında istinaf mahkemelerince bozulmalarının Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınan kişilerin mahkemelere erişim haklarını, istinaf mahkemesi önünde sözlü yargılanma haklarını ve kanun yolu mahkemelerine erişim haklarını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir⁹⁶.

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde 7079 sayılı Kanun’la değişik 5271 sayılı CMK’nın 289. maddesinde belirtilen ve g ve h bentleri haricinde söz konusu olan bozma gerekçeleri dışında istinaf mahkemelerinin bozma kararlarını veremeyecek olmalarına rağmen adeta kanun maddelerini hiçe sayarak istinaf mahkemelerinin önemli bir bölümünün ilk derece mahkemelerince verilen kararları esas yönünden yani maddi hukuka yönelik aykırılıkları gerekçe göstererek dosyaları bozup ilk derece mahkemelerine gönderdikleri belirtilmektedir⁹⁷. Bu konuda Yargıtay da ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf mahkemeleri tarafından incelenmesi neticesinde esas yönünden verilen bozma kararları sonrasında ilk derece mahkemelerince yeniden yargılama yapılarak verilen kararları yok hükmünde saymış ve istinaf mahkemelerinin CMK’nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendi kapsamında böyle bir yetkisinin olmadığını ifade etmiştir⁹⁸. Yine benzer şekilde Yargıtay bölge adliye mahkemelerinin hukuka aykırı olarak kanunen sayılan bozma sebepleri dışında kalan sebeplere dayalı olarak bozma kararı vermesi durumunda ilgililerin bölge adliye mahkemesi kararına yönelik olarak CMK’nın 308. maddesinin A fıkrasında düzenlenen olağanüstü kanun yollarından itiraz kanun yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir⁹⁹.

Yargıtay yine bir kararında istinaf mahkemelerinin kanunen kendilerine tanınmayan bir yetkiye dayanarak ilk derece mahkemelerince verilen kararları CMK’nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine aykırı olarak bozması durumunda gerek istinaf mahkemesince verilen bozma kararını gerekse de

⁹³ BİRTEK, *Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması*, s. 458.

⁹⁴ BİRTEK, *Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması*, s. 459.

⁹⁵ BİRTEK, *Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması*, s. 459.

⁹⁶ AYM, Ömer Oral, B. No: 2023/33667, T. 09.01.2025 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁹⁷ Yargıtay, 2. CD, T. 18.07.2024, E. 2023/29158, K. 2024/946 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 2. CD, T. 03.07.2023, E. 2023/14506, K. 2023/3965 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 2. CD, T. 08.07.2024, E. 2024/3145, K. 2024/11040 (Yargıtay Karar Arama).

⁹⁸ Yargıtay, 2. CD, T. 08.07.2024, E. 2024/3145, K. 2024/11040 (Yargıtay Karar Arama): “...(B)ozma kararında belirtilen hukuka aykırılıkların aynı Kanun’un 280/1-e maddesinde sınırlı olarak sayılan bozma nedenleri arasında gösterilmediği anlaşılmakla, buna göre Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesince davanın yeniden görülmesine karar verilerek yapılacak duruşma sonucunda hukuka aykırılığın giderilmesi yerine, dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde bozma kararı verilmesinin ve anılan karara yönelik direnme yetkisi bulunmayan İlk Derece Mahkemesince yeniden hüküm kurulmasının yasal dayanağının bulunmadığı...”. Yargıtay, 2. CD, T. 17.12.2024, E. 2024/2433, K. 2024/20239 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 2. CD, T. 10.12.2024, E. 2024/15265, K. 2024/19142 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 2. CD, T. 10.12.2024, E. 2024/12184, K. 2024/19233 (Yargıtay Karar Arama).

⁹⁹ Yargıtay, 2. CD, T. 04.07.2024, E. 2024/7285, K. 2024/10932 (Yargıtay Karar Arama): “... Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesince davanın yeniden görülmesine karar verilerek yapılacak duruşma sonucunda hukuka aykırılığın giderilmesi yerine dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde bozma kararı verilmesi” şeklindeki hukuka aykırılığa ilişkin olarak Samsun Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca 5271 sayılı Kanun’un 308/A maddesi gereği olağanüstü kanun yollarından itiraz yoluna başvurulabileceği değerlendirilmekte...”.

ilk derece mahkemesince istinaf mahkemesinde verilen bozma ilamını yok hükmünde kabul etmiştir¹⁰⁰. Yargıtay'ın zikredilen son kararları ile birlikte daha önce kabul edilen kanun maddesinin yanlış yorumlanmasının söz konusu olduğu, hâkimin takdirine bağlı ve bilinçli uygulamalardaki hata ve aykırılıkların yok hükmünde kabul edilmemesi yönündeki kararını değiştirdiği anlaşılmaktadır¹⁰¹.

Yargıtay kararlarında istinaf mahkemelerince yapılan istinaf incelemesi neticesinde CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine aykırı olarak esas yönünden verilen bozma kararlarının hukuka aykırılıkları söz konusu olsa bile yok hükmünde kabul edilmesinin mümkün olmadığına dair öğretide çeşitli görüşler mevcuttur¹⁰². Kanaatimizce istinaf mahkemeleri tarafından CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine aykırı olarak esas yönünden bozma kararlarının Yargıtay tarafından yok hükmünde sayılması yerinde olmuştur. Çünkü istinaf mahkemelerinin bu şekilde vermiş oldukları kararların kendi kuruluş felsefelerine öncelikle aykırı olmasının yanında istinaf mahkemelerince açıkça kanuna aykırı hareket edilmek suretiyle dosya taraflarının tabii hâkim huzurunda yargılanma hakları ihlal edilmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi yaparak ilk derece mahkemesinin verdiği kararda esas yönünden hukuka aykırılık bulunması durumunda, söz konusu kararın istinaf edilmesi halinde istinaf mahkemesini dosyayı ilk derece mahkemesi gibi hem maddi hem de hukuki olarak inceleme ve yargılama yapma görevini haiz kılmıştır. Bu nedenle dosya taraflarının istinaf mahkemesi dışında başka bir mahkemede yeniden yargılanması tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil edecek yine bu kararların yargılama süreçlerini ciddi bir biçimde uzatacak olması nedeniyle tarafların makul sürede yargılanma hakları ihlal edilmiş olacaktır.

İstinaf mahkemelerince verilen istinaf başvurusunun esastan reddi ile istinaf mahkemesince yargılama yapılarak verilen kararlara karşı CMK'nın 286. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere Yargıtay temyiz olağan kanun yoluna gidilebilmektedir¹⁰³. Bu şekilde istinaf mahkemelerince verilen bazı kararların temyiz edilebilir olduğu gerçeğinden yola çıkarak bir örnek verecek olursak ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir kararın istinaf edilmesi neticesinde istinaf mahkemesince söz konusu kararın CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine aykırı olarak esas yönünden istinaf mahkemesince bozulmuş olduğunu kabul edelim. Bozma kararı sonrası bu karara karşı direnilemeyecek olması nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından bozma kararı doğrultusunda karar verilsin ve bu karar da tekrardan istinaf edilmesi sonrasında istinaf mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunsun. İstinaf mahkemesince verilen istinaf başvurusunun esastan red kararına karşı ilgililerin temyiz kanun yolu için Yargıtay'a başvurmaları durumunda dosya tarafları hem istinaf sürecinden dolayı hem de temyiz sürecinden dolayı ciddi şekilde yıpranmış olacaklardır. Kanun koyucu da bu durumu düşünmüş olacak ki istinaf mahkemelerinin bozma yetkisini oldukça sınırlı tutmuştur. İstinaf mahkemelerinin bozma kararı verme noktasındaki uygulamalarının yargılamaları hızlandırmak şöyle dursun bilakis yargılama süreçlerini daha da uzatan ve yavaşlatan sonuçlar doğurmaya başlamış bu noktada istinaf mahkemeleriyle hedeflenen amaçlar gerçekleşmemiştir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Yargıtay, 2. CD, T. 24.09.2024, E. 2024/7672, K. 2024/12773 (Yargıtay Karar Arama): "... Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Ceza Dairesinin, 21.11.2023 tarihli ve 2023/5240 Esas, 2023/37069 Karar sayılı kararı ile bozma üzerine Samsun Asliye Ceza Mahkemesinin 28.12.2023 tarihli ve 2023/1108 Esas 2023/1239 Karar sayılı kararının hukuki değerden yoksun ve yok hükmünde olduğu belirlenerek yapılan incelemede..."

¹⁰¹ Söz konusu karar için bkz. Yargıtay, CGK, T. 15.03.2016, E. 2014/482, K. 2016/125 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁰² "... CMK 280/1-e, f hükümlerine aykırı bir şekilde -Kanun'da sınırlı sayılan haller dışında- özellikle suç vasfına veya sübuta yönelik olarak- tesis olunan bozma kararlarının, yok hükmünde sayılması mümkün değildir." şeklindeki değerlendirme için bkz. BİRTEK, *Be- raat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması*, s. 461. "... (İ)stinaf mahkemesinin esas yönünden vermiş olduğu bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin ..direnme kararı vermesi mümkün değildir." şeklindeki değerlendirme için bkz. YENİSEY / NUHOĞLU, s. 981. "Yargıtay, istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarına yönelik temyiz incelemesi yaparken, bölge adliye mahkemesinin o dosya- da daha önce verdiği bozma kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirtmek suretiyle hükmü bozmaktadır. Kanaatimizce, verilen bu kararlar yerinde değildir..." şeklindeki değerlendirme için bkz. ATALAN, s. 56. "... (C)eza muhakemesinde bir hükmün yok hükmünde kabul edilmesinin ceza muhakemesinin mantığı ile bağdaşmayacaktır. Ceza muhakemesi önüne gelen bir uyumsuzlukla ilgili kural olarak esas bakımından bir karar vermeli ve bu karar geçerli ve infaz edilebilir olmalıdır. Bu durumun istisnasını ise muhakeme şartının ger- çekleşmemesi nedeniyle esas hakkında bir karar verilemeyecek olması oluşturmaktadır. Bunlar dışında ayrı bir kategori olarak hükmün yokluğuna yer verilmesi gerekli değildir..." şeklinde değerlendirme için bkz. KILIÇ, Ali Şahin: "Ceza Muhakemesi Şartlarının Genel Teorisi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2024, Cilt 12, Sayı 2, s. 211.

¹⁰³ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 981.

¹⁰⁴ ÜLKÜ, Murat Fatih: "İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 81, Cumhuriyet Yüzüncü Yıl Özel Sayısı, s. 534.

SONUÇ

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan ve 25673 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve CMK’da düzenlenen istinaf incelemesi veya faaliyetlerinin asıl olarak 20.07.2016 tarihinden itibaren başlamış olduğunu çalışmamızda ifade etmiştik. Bu mahkemelerin hukuk sistemimiz içerisinde yer edinmesinin asıl gerekçesi temyiz merci olarak ceza muhakemesi sistemimizde yer edinen Yargıtay’ın ciddi anlamda artan iş yükünü azaltmaktır. Bunun yanında temyiz mahkemesinin artan iş yoğunluğuna paralel bir şekilde dava dosyalarının temyiz merci tarafından incelenme sürelerinin de ortalama üç dört yılı bulması beraberinde dosya taraflarının makul sürede yargılanma haklarını da ciddi bir biçimde ihlal etmekteydi. Hal böyle olunca yargısal süreçleri kısaltmak, dava taraflarının makul sürede yargılanma haklarını güvence altına almak ve yargılamalar sonucunda verilen kararların isabet derecelerini artırmak amacıyla hukuk sistemimize yasal olarak 2005, faaliyete başlama bakımından ise 2016 yılında giren istinaf mahkemelerinden beklentinin oldukça fazla olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun istinaf mahkemelerinden beklentisinin bu denli yüksek olduğundan söz etsek bile bu beklentilerin ne kadarının karşılık bulduğu ise oldukça tartışmalıdır. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği ilk dönemlerde istinaf mahkemelerinin önüne gelen dosyaların karara bağlanma hızlarının ortalama bir buçuk iki ay olduğu anlaşılmakta ise de yıllara göre Adalet Bakanlığı istatistiklerine bakıldığında istinaf mahkemelerinin dosya sayısı arttıkça bu mahkemelere gelen dosyaların karara bağlanma hızları da ciddi bir şekilde yavaşlamıştır. Örneğin ceza dosyaları bakımından 2017 yılında istinaf mahkemelerinin önüne gelen bir dosyanın karara bağlanması için geçen ortalama süre 49 gün iken; bu sürenin 2023 yılı itibarıyla 228 olduğu görülmüştür¹⁰⁵. Yani istinafin ilk dönemlerinde ortalama bir buçuk ayda karara bağlanan bir dosya 2023 yılı itibarıyla ortalama yedi buçuk ayda karara bağlanmaktadır. Yine 2023 yılı içerisinde ülke genelinde istinaf mahkemelerinin önüne gelen ceza davası dosya sayısı 1.222.917, bir önceki yıldan devreden dosya sayısı 921.682 iken 2023 yılında istinaf mahkemelerince karara bağlanan dosya sayısı ise 1.141.622’dir¹⁰⁶. Toplam dosya sayısından karara çıkan dosya sayısını çıkardığımızda 1.002.977 dosyanın karar verilmek üzere bir sonraki yıla devredildiği anlaşılmaktadır.

Söz konusu istatistiki verilere bakıldığında istinaf mahkemelerinin bir ceza dosyasını karara bağlama sürelerinin ortalamasının en az bir yıl olduğu anlaşılmaktadır. Bu süre dosyanın kapsamına göre iki ila üç yıla da tekabül edebilmektedir. Bu dosyaların bazılarının özellikle 7418 sayılı Kanun ile birlikte getirilen düzenlemelerle daha da genişletilmek suretiyle temyiz denetimine tabi kılındığını düşünürsek en az bir iki yıl istinafta süre kaybeden bir dosyanın temyiz edilmesi durumunda temyiz mercinde de en az bir o kadar daha süre geçireceği anlaşılmaktadır. Bu durumun sonucu olarak ülkemizde bir ceza dosyasının kesinleşme sürecinin iki üç yılı bulduğu anlaşılmaktadır. Tabi bu süreler istinaf veya temyiz makamları tarafından dosyanın bozularak ilk derece mahkemelerine gönderilmesi sonrasında o mahkemelerde geçecek olan süreler de eklendiğinde karşımıza oldukça uzun sürelerin çıktığını görmekteyiz. Çalışmamızda belirttiğimiz şekilde uygulamada istinaf mahkemelerinin, kendi mevcut iş yoğunluklarını azaltmak amacıyla 7079 sayılı Kanunla CMK’nın 289. maddesinde belirtilen ve (g) ve (h) bentleri ve diğer istisnai hallerle sınırlı olan bozma gerekçeleri dışında kanunun dışına çıkarak açık bir şekilde kanunu ihlal etmek suretiyle ilk derece mahkemelerinin kararlarını esas bakımından bozduklarına sıklıkla tanıklık etmekteyiz.

Bu bozma kararlarının hukuken yerinde olmadığına açık olması bir yana özellikle kanunen istinaf mahkemeleri tarafından verilen bozma kararlarına karşı direnme kararı verilememesinin de bazı istinaf dairelerince çok ciddi bir şekilde kötüye kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum ilk derece mahkemelerinin iş yüklerini artırmış olmasının yanında dosya taraflarının istinaf mahkemelerinin ka-

¹⁰⁵ Söz konusu karar için bkz. 2023CALISMALARI59.pdf (ET: 27.01.2025). https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADAlet_ist-

¹⁰⁶ Söz konusu karar için bkz. 2023CALISMALARI59.pdf (ET: 27.01.2025). https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADAlet_ist-

nunen belirli hallerde ilk derece mahkemesi gibi yargılama yetkisine haiz olduğu gerçeği karşısında tabii hâkim ilkesini de ciddi bir şekilde ihlal etmektedir. Bu şekilde verilen kararların dosya taraflarının adil yargılanma haklarını da ihlal ettiği kanaatindeyiz. Çalışmamızda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru kapsamında istinaf mahkemesince yapılan inceleme neticesinde verilen bozma kararlarının dosya taraflarının adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınan mahkemelere erişim hakkını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu incelemede istinaf mahkemelerinin kanunen çizilen sınırlar dışına çıkarak kanun koyucu tarafından tanınmamış bir yetkiye dayanarak hareket ettiğine dair tespitlerde bulunması istinaf mahkemelerinin kararlarının hukukiliği açısından oldukça önemlidir. İstinaf mahkemelerinin büyük çoğunluğunun bu yönde süregelen uygulamaları Yargıtay'ın da dikkatini çekmiş ve yüksek mahkeme son dönemde istinaf incelemesi neticesinde karşısına gelen dosyalarda istinaf mahkemelerinin yetkilerini aşır kanunu ihlal etmek suretiyle yok hükmünde kararlar verdiği vurgu yapmıştır. Çalışmamızda bu hususlara detaylıca yer vermemizin yanında çalışmamızın istinaf başlıklı bölümünde ele aldığımız Alman ve Fransız ceza muhakemesi sistemlerinde kabul edilen istinaf ve temyiz tabi olan dosyalar bakımından yapılan hafif suç- ağır suç ayırımına benzer bir şekilde ülkemizde de düzenlemeler yapılabilir. Bu noktada ilk derece ceza mahkemeleri tarafından verilen nispeten ağır ceza gerektiren suçlar veya suç önemli olmaksızın verilen cezanın niceliği dikkate alınarak fazla ceza içeren kararların doğrudan istinafa aşamasına tabi kılınmaksızın temyiz tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Yine benzer şekilde nitekim daha hafif nitelik taşıyan suçlar veya suç önemli olmaksızın verilen cezanın niceliği dikkate alınarak daha az ceza içeren suçlar bakımından ise istinaf kanun yolunun tek başına başvurulabilir merciler haline getirilmesi bu suçlar bakımından temyiz kanun yoluna başvurulamaması hedeflenen amaçlar bakımından daha yerinde olur düşüncesindeyiz. Çünkü halihazırda uygulanan ve çalışmamızda da dile getirdiğimiz ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlarının incelenmesi neticesinde istinaf mahkemelerince verilen kararlara konu bazı suç tipleri bakımından istinaf mahkemelerinin kararları için temyiz merci olan Yargıtay'a da gidilebilmekte yani bu dosyaların istinaf incelemesine ek olarak temyiz incelemesine de tabi tutulduğunu görmekteyiz. Sonuç olarak mevcut olağan kanun yolu uygulamasının yargısal süreçler ve adil yargılanma hakkı bakımından ciddi anlamda sorunlar barındırdığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ATALAN, Mustafa: “Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 53, s. 43-80.
- BİRTEK, Fatih: “Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine İlişkin Tartışma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 25, Sayı 2, s. 453-476 (Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması).
- BİRTEK, Fatih: *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (İstinaf).
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇAKIR, Kerim: “Ceza Muhakemesinde Bölge Adliye Mahkemesinin Bozma Kararı Vermesi ve Bozma Sonrası Direnme Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 17, Sayı 195, s. 47-57.
- ÇINAR, Ali Rıza: “İstinaf”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, Cilt 2, Sayı 8, s. 14-25.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÖRKEMLİ, Burcu: *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÖSSEL, Karl Heinz: “İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistemik Açıklama”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 159, s. 1-20.
- HAKERİ, Hakan / ÜNVER, Yener: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- İTİŞGEN, Rezzak: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 16, s. 373-404.
- KAPLAN, Metin: *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2023.
- KAYMAZ, Seydi: *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KILIÇ, Ali Şahin: “Ceza Muhakemesi Şartlarının Genel Teorisi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2024, Cilt 12, Sayı 2, s. 197-215.
- KINZIG, Jörg / ÖZKAN, Salih: “Almanya’da Kanun Yolu Konulu Bilimsel Araştırma”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 12, Sayı 159, s. 107-124.
- KUNTER, Nurullah: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- ÖLMEZ, Gökhan: “Ceza Muhakemesinde Hükmün Yokluğu Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2023, Cilt 81, Sayı 4, s. 996-1043.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZEN, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 65, s. 2331-2388 (İstinaf).
- ÖZEN, Muharrem: “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 31-65.
- PEHLİVAN, Ali: “İstinaf Kanun Yolu ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, s. 965-995.
- SELÇUK, Sami: “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 319-361.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- TÜRK SANAYİCİLERİ ve İŞ ADAMLARI DERNEĞİ: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, Tüsiad Yayınları, İstanbul, 2003.
- ÜLKÜ, Murat Fatih: “İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 81, Cumhuriyet Yüzüncü Yıl Özel Sayısı, s. 533-556.
- YAŞAR, Osman: *Ceza Muhakemesi Kanunu*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- YENİSEY, Feridun: *Ceza Muhakemesinde İstinafın Beş Yılı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK) Mart 2019 Tarihi İtibariyle 7165 Sayılı Kanun ile Birlikte*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Kitap İncelemesi



İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu^(*)

First-Degree Appeal against the Decisions of Enforcement Courts

[ACAR, Ayşe Ece: *İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu*,
On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022]

Elif Sena MALATYALIOĞLU



Öğretim Görevlisi

Toros Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu

Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü

Anahtar Kelimeler

İcra Mahkemesi,
Kanun Yolu,
İstinaf,
İstinaf Yargılaması,
Bölge Adliye
Mahkemesi.

Keywords

Enforcement Courts,
Legal Remedy,
First-Degree Appeal,
First-Degree Appeal
Proceedings,
Regional Court of
Appeal.

Öz

İcra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuruya ilişkin düzenlemeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel istinaf kanun yolundan farklı yönler içermektedir. Bu nedenle icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yolunun özellik gösteren yönleriyle ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması ve doktrinde yer alan görüşler ile uygulamadaki durumun incelenmesi önem arz etmektedir. Çalışmamıza konu olan eserde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru; “İcra Mahkemesinin Görevi, Yargılama Usûlü, Verdiği Kararlar ve Bu Kararlara Karşı Kanun Yolları”, “İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması” “İstinaf İncelemesi ve Bu İnceleme Sonunda Verilebilecek Kararlar” olmak üzere üç temel başlık altında incelenmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda her bölüm ayrı ayrı ele alınarak yazarın görüşleri çerçevesinde tartışmalı hususlara ilişkin düşüncelerimiz açıklanacaktır.

Abstract

The regulations regarding the application to the first-degree appeal against the decisions of the enforcement court have different aspects from the general first-degree appeal in the Code of Civil Procedure No. 6100. For this reason, it is important to subject the first-degree appeal against the decisions of the enforcement court to a separate evaluation with its specific aspects and to examine the opinions in the doctrine and the situation in practice. In the work that is the subject of our study, the application of the first-degree appeal against the decisions of the enforcement court is analyzed under three main headings: “The Duty of the Enforcement Court, Trial Procedure, Decisions, and Legal Remedies Against These Decisions”, “Application for Legal Remedies Against the Decisions of the Enforcement Court” and “First-Degree Appeal Review and Possible Outcomes of This Review”. In this context, each chapter will be analyzed separately and our assessments on the controversial issues will be explained within the framework of the author's views.

^(*) Kitap İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 13.03.2025, Kabul Tarihi: 12.05.2025



Çalışmamızda *Dr. Ayşe Ece Acar* tarafından kaleme alınan “İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu” adlı kitap incelenerek, yazarın görüşleri çerçevesinde doktrinde tartışmalı olan konular üzerinde durulacak ve kanaatlerimiz açıklanacaktır. Esasen doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma, icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yollarına başvurunun tüm yönleriyle ele alındığı monografik bir eserdir. Aynı konu başlığı altında daha önce yüksek lisans tezleri hazırlanmış olmakla birlikte, konu doktora düzeyinde ilk kez *Dr. Ayşe Ece Acar* tarafından ele alınmıştır. Eser, üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın “İcra Mahkemesinin Görevi, Yargılama Usûlü, Verdiği Kararlar ve Bu Kararlara Karşı Kanun Yolları” başlıklı birinci bölümünde, istinaf kanun yollarına ilişkin özellik gösteren durumlar incelenmeden önce icra mahkemesinin hukukumuzdaki işleyişinin ve yerinin anlaşılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda icra mahkemelerinin görevleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Diğer yandan icra mahkemelerinin görevlerine ilişkin düzenlemelerin yalnızca 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda¹ (İİK) yer almadığı, özel kanunlarda da icra mahkemesinin görevlendirildiği düzenlemeler bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yazar icra mahkemesinin görevli olduğu alanları; *şikâyet, itirazın kaldırılması, istihkak davası, ihalenin feshi ve icra mahkemesinin diğer görevleri* şeklinde bir başlıklandırma yaparak incelemiştir. Ayrıca bu bölümde icra mahkemelerinde uygulama alanı bulan yargılama usulü ve duruşma prosedürü açıklanmış, verilecek kararların niteliği irdelenmiştir. Son olarak, her ne kadar çalışmanın konusunu istinaf kanun yoluna başvuru oluştursa da, icra mahkemelerinin verdiği kararlara karşı başvuruda bulunulabilecek diğer kanun yolları da *bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce ve bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra* ayrımı yapılarak incelenmiştir.

Doktrinde İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki geçici hukuki korumaların ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığını ileri süren görüşler² bulunmakla birlikte yazar, icra ve iflas hukukuna ilişkin geçici hukuki koruma kararları hakkında da ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda ihtiyati tedbir kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuruya ilişkin hükümler, söz konusu kararlar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak İİK’de icra mahkemesince verilen ihtiyati tedbir niteliğindeki kararlardan aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenen hususlar saklıdır. İİK’de ihtiyati tedbir niteliğinde verilebilecek kurallar yer almakla birlikte, bu konuda sınırlayıcı bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle biz de yazarın görüşüne katılmaktayız. Zira kanun koyucunun amacı bu olsaydı, yazarın da ifade ettiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (HMK) ile bu hususta bir sınırlama getirilebilirdi.

Sınırlı bir inceleme yetkisine sahip olan icra mahkemelerince verilen kararlar, kural olarak, kesin hüküm teşkil etmemektedir. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etme, yalnızca icra mahkemelerinde genel hükümler çerçevesinde görülen davalar için söz konusu olmaktadır. İhalenin feshi talebinin reddi, istihkak davaları ve zamanaşımı nedeniyle alacaklının aleyhine icranın geri bırakılması kararı verilmesi ve bunun üzerine alacaklının süresi içinde dava açmaması neticesinde ilamın zamanaşımına uğradığına ilişkin kararlar bu kapsamda değerlendirilmelidir (bkz. İİK m. 33/a).

Çalışmanın “İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması” başlıklı ikinci bölümünde, icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurunun şartları ele alınmıştır. Ayrıca hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği ve bu başvurunun icraya etkisi konuları incelenmiştir.

¹ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

² ERİŞİR, Evrim: *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 287 vd. Yalnızca İİK ile yetki tanınan hallerde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim: *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 65; KONURALP, Cengiz Serhat: *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 36.

³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

Eserin yazıldığı dönemde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurunun süresi HMK m. 345⁴ hükmünden farklı bir şekilde hüküm altına alınmıştır. İİK m. 363/1'e göre, istinaf kanun yoluna başvuru süresi, "kararın tefhim veya tebliğinden itibaren on gün" olarak belirlenmiştir. Eserde bu husus eleştirilmekte ve sürenin başlangıcına ilişkin tereddütlerin giderilmesi için hükmün HMK m. 345 ile uyumlu hâle getirilmesi gerektiğini savunulmaktadır. Nitekim, 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁵ 37. maddesiyle bu fıkra da yer alan "on gündür" ibaresi "iki haftadır" şeklinde değiştirilmiştir.

Hükmün 7449 sayılı Kanun değişikliğinden önceki haline göre yapılan değerlendirmeye göre, icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf başvurusunun yapılabilmesi için kısa kararın değil, gerekçeli kararın tefhimi gerekmektedir. Bu durum, esasen hukukumuzda bulunmayan "süre tutum dilekçesi" uygulamasını ortaya çıkarmıştır. Buna göre, kısa kararın tefhimi ile süre tutum dilekçesi verilmekte, gerekçeli kararın tebliğinden sonra ise istinaf gerekçeleri başvuruya dâhil edilmektedir. Yazara göre, mevzuatımızda yer almayan bu uygulamanın ortadan kaldırılması, başvuru süresinin gerekçeli olarak hükmün açıklanması ile başlayacağını uygulamacılar tarafından kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Ancak 7449 sayılı Kanun değişikliği ile HMK m. 363/1'de yer alan "tefhim veya" ibaresinin madde metninden çıkarılmış olması nedeniyle bu hususta uygulamada yaşanan sorunlar çözüme kavuşacaktır.

İcra mahkemesi kararları açısından istinaf kanun yoluna başvurunun parasal sınırı özel olarak hüküm altına alınmıştır (bkz. İİK m. 363). Doktrinde kanun yollarına ilişkin getirilen parasal sınır düzenlemelerinin hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiğini, temel hakların ağır bir biçimde ihlal edilmesi hâlinde sınırın altında kalan kararlara karşı da başvuru yolunun açık olması gerektiğini savunan yazarlar bulunmakla birlikte⁶, kanun yollarına başvuruda parasal sınır uygulamasına, yargıda iş yükünü azaltarak daha sağlıklı kararların alınmasına hizmet etmesi açısından olumlu bakmaktayız. Yazar ise herkes için getirilmiş düzenlemelerin hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak İİK'de öngörülen parasal sınırların yüksekliğinin icra iflas hukukunda önemli yeri olan ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğunu, ek m. 1 gereği parasal sınırın her yıl artmasının karışıklıklara yol açtığını ifade ederek bu hususlarda eleştiride bulunmakta ve İİK'de yer alan düzenlemenin HMK ile uyumlu hâle getirilmesinin daha doğru bir uygulama olacağını, uygulamadaki karışıklıkları gidereceğini belirtmektedir (bkz. HMK m. 341). Bununla birlikte Alman hukukunda benimsenen izne bağlı istinaf sisteminin de hukukumuzda uygulanmasının düşünülebileceğine değinmektedir. Kanaatimizce de parasal sınırlara ilişkin düzenlemelerle birlikte izne bağlı istinaf sisteminin uygulamaya koyulmasıyla, hukuki dinlenilme hakkının korunması açısından daha faydalı bir sistem kabul edilmiş olacaktır. Ancak yazar, istinaf sisteminin ülkemizde henüz tam anlamıyla yerleşmemiş olması nedeniyle, izne bağlı istinaf uygulamasına tereddütte yaklaşmaktadır. Diğer yandan biz de yazarın istinaf sınırının hesabında faiz, icra inkâr tazminatı ve masrafların da dikkate alınması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Aksi bir kabulün, tarafların kanun yoluna başvuru hakkını zorlaştırarak hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan yazarın, maddi mecburi dava arkadaşlarından biri kanun yoluna başvurduğu takdirde başvurunun diğer dava arkadaşları için de sonuç doğuracağına ilişkin görüşüne katılmamaktayız. Doktrinde de savunulduğu üzere, başvurunun birlikte yapılmasının zorunlu olduğu, ancak süresinde istinaf başvurusunda bulunmayan tarafın yargılamaya katılması veya muvafakati hâlinde yargılamanın sürdürülebileceği görüşündeyiz⁷. Bu durumda HMK m. 60'ta ifade edildiği üzere duruşmaya gelmiş

⁴ HMK m. 345: "İstinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır."

⁵ 12.03.2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmi Gazete.

⁶ AKİL, Cenk: "Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak Hukuki Menfaat", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 3, s. 271-272; ALANGOYA, Yavuz: "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", (Ed.) PEKCANİTEZ, Hakan: *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 31.

⁷ KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 969; ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s. 147.

olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da sonuç doğuracaktır.

Ayrıca yazar, isabetli bir şekilde, fer'i müdahilin, asıl tarafından kanun yoluna başvuru hakkından feragat edilmemesi hâlinde tek başına kanun yoluna başvurabileceğini dile getirmektedir. Zira asıl tarafa yardımcı nitelikteki işlemleri gerçekleştirebilen fer'i müdahilin yine tarafa yardımcı olacak nitelikteki kanun yoluna başvuru hakkının elinden alınması çelişkili bir durum yaratacaktır.

Her ne kadar doktrinde iş yükünü artırması nedeniyle eleştiri konusu yapılmış olsa da⁸ yazarın da ifade ettiği üzere, kural olarak icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurunun açık olması yerinde bir tercihtir. Bölge adliye mahkemesi, Yargıtay'dan farklı olarak yalnızca hukuki denetim yapmamakta, tahkikat işlemleri de yaparak kararı yeniden değerlendirebilmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce de istinaf sebeplerinin sınırlayıcı olarak sayılmaması bölge adliye mahkemelerinin varlık amacına daha uygun bir yaklaşımdır. Ayrıca yazar, istinaf başvurusuna ilişkin olarak değere bağlı sınırlama getirilmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Zira konu bakımından yapılan sınırlamalar yeniden inceleme yapılması gereken çelişkili kararların kesinleşmesi sonucunu doğurabileceğinden aksi yöndeki görüşlere katılmak mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, sırf iş yükünün azaltılması gerekçesiyle istinafa gidilebilecek hâllerin hüküm altına alınması yoluna gidilirse hak arama özgürlüğünün önüne büyük bir set çekilmiş, menfaatler dengesi kurulamamış olacaktır. Kural bu olmakla birlikte, istinaf kanun yoluna başvurulamayacak hâllere ilişkin düzenleme İİK m. 363'te yer almaktadır. Dolayısıyla konu bakımından Kanun'da sayılan hâller dışında istinaf kanun yoluna başvurunun açık olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yazar, İİK m. 363'te yer alan durumları değerlendirerek bu hâllerde istinaf kanun yolunun kapatılmasının yerindeliliğini değerlendirmiştir. Bu kapsamda, "Taşınır ve taşınmaz malların haczi" kenar başlığı ile İİK m. 85'te hüküm altına alınan düzenlemenin mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirdiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin şikâyet üzerine icra mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolunun kapalı olması, hacizde tertip kuralının ölçülülük ilkesinin kapsamına girmesi ve bu nedenle kamu düzeninden olması açısından da doğru olmayacaktır. Bu gerekçelerle İİK m. 85'in uygulanmasına ilişkin şikâyet üzerine verilen icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yolunun açık olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

İcra dairesinin kıymet takdiri işleminin şikâyet edilmesi üzerine icra mahkemesinin verdiği kararlar da söz konusu işlemlerin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıması nedeniyle, istinaf kanun yolunun açık olmasının isabetli olacağı kararlardandır. Bununla birlikte, satış aşamasında kıymet takdirinde usulen hata yapılması ihalenin feshi sebebidir. İstinaf kanun yolu kapalı olmasına karşın, ihalenin feshinin mümkün olması takip ekonomisi ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu gerekçelerle icra mahkemesinin bu kapsamda verdiği kararlara karşı da istinaf kanun yolu açık olmalıdır.

Aynı şekilde İİK m. 363 gereği istinaf yolunun kapalı olduğu kararlardan İİK m. 106-110 çerçevesinde süresinde satış istenmemesi nedeniyle haczin düşmesi hâlinde şikâyet üzerine verilen kararlar ve satışın durdurulmasına ilişkin icra mahkemesi kararları da istinafa gidilmesi mümkün olmayan kararlardandır. Ancak satışın durdurulmasına yönelik ve haczin düşmesine yönelik bu kararlar ihalenin feshi sebebi oluşturduğundan istinaf kanun yoluna başvurunun önüne geçilmesi doğru olmayacaktır.

İİK m. 103'te düzenlenen davet kağıdına ("103 davetiyesi") ilişkin içerik ve şekil açısından yapılan şikâyetler üzerine icra mahkemelerince verilen kararlar ise hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açmamak için istinaf kanun yolunun açık olmasını gerektiren kararlardandır.

Uygulamada İİK m. 363'te sayılmayan bazı hâllerde icra mahkemesinin kararının kesin olduğuna dair kararlar verildiği görülmektedir. Bu durum, istinaf başvurusuna konu bakımından getirilen sınır-

⁸ KARSLI, Abdurrahim: *İcra ve İflas Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 104, 132.

lamaların tereddütlere sebebiyet verecek şekilde genişletici yorumlandığını, yargılamanın uzamasına sebebiyet verildiğini ortaya koymaktadır. Bu gerekçelerle yazar, İİK m. 363 hükmüyle getirilen sınırlamaların gerekli olmadığını, değer bakımından getirilen sınırlamanın yeterli olduğunu savunmaktadır. Ayrıca yazar, bölge adliye mahkemelerinin tek hâkimle karar verebileceği bir sistemin hukukumuza getirilmesini çözüm yolu olarak sunmaktadır. Böylelikle bazı kararlara ilişkin olarak daha hızlı karar alınması sağlanarak yargılamanın uzamasının önüne geçilmiş olacaktır. Bu öneri, Alman hukukunda uyuşmazlığın önemi ve niteliğine göre tek hâkimle yargılamanın önünü açan düzenlemelere dayanmaktadır. Yazar, konu bakımından getirilen sınırlamalar yerine bu kararlar hakkında bölge adliye mahkemelerinin tek hâkimle yargılama yaparak karar vermesine yönelik bir düzenlemeyle de aynı amaca ulaşılabilmesi kanısındadır. Bununla birlikte yazar, öncelikle bölge adliye mahkemelerinin sayısının artırılarak yargılamaya hız kazandırmaya yönelik önlemlerin alınması gerektiğini ifade etmektedir. Biz de bu yönde bir düzenlemenin mevzuatımıza eklenmesinin faydalı olacağı görüşüne katılmakla birlikte, hukuki altyapımızın henüz bu tür yeniliklere uygun olmadığını düşünmekteyiz.

Yazar, ayrıca, icra mahkemelerince verilen icranın geri bırakılması talebinin reddedilmesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna gidilebilmesinde kanunen aranan teminatın başvuru şartı olduğunu belirtmektedir. Biz de İİK m. 33 hükmünün lafzı gereği söz konusu teminatın başvuru şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesine katılmaktayız. Ancak bu durumda istinaf kanun yoluna teminat yatırılmadan başvuru yapıldığı takdirde, icra mahkemesinin dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermeden reddetmesinin söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda yazar, isabetli bir şekilde, hükümde öngörülen teminat yatırılmadan istinafa başvuru yapılması hâlinde, icra mahkemesinin teminatı bir haftalık kesin süre içinde tamamlattırması gerektiğini, teminat tamamlanmadığı takdirde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararının verileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşün temeli HMK m. 344'e dayanmaktadır. Doktrinde benimsenen bir diğer görüş, söz konusu teminatın istinaf kanun yoluna başvuru şartı olduğunu ve bu şartın yerine getirilmemesi hâlinde, istinaf başvurusunun İİK m. 365 ve HMK m. 346 hükümleri uyarınca reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹. Ancak İİK m. 365 ve HMK m. 346'da istinaf dilekçesinin reddedileceği hâller arasında bu husus sayılmadığından bu görüşe biz de katılmamaktayız. Bu nedenle her ne kadar başvuru şartı olsa da bu durumun doğrudan redde sebebiyet vermemesi, HMK m. 344 gereği teminat eksikliğinin tamamlanmasının sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Çalışmanın "İstinaf İncelemesi ve Bu İnceleme Sonunda Verilebilecek Kararlar" başlıklı üçüncü ve son bölümünde istinaf kanun yolunda yapılan incelemeler detaylı bir şekilde açıklanmış, bölge adliye mahkemesinin tahkikat sonunda verebileceği kararlar incelenmiştir. Bu bölümde incelenen diğer hususlar ise icra mahkemeleri açısından hükmün tamamlanması ve icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yararına temyizdir.

İstinaf yargılamasında, kural olarak, istinaf başvurusunda gösterilen sebepler kapsamında inceleme yapılacak olmakla birlikte, kamu düzenine aykırılık hâlleri re'sen incelenecektir (HMK m. 355, ayrıca bkz. HMK m. 342). Bununla birlikte, hem usul hukukuna ilişkin kamu düzenini ilgilendiren hususlar hem de maddi hukuka ilişkin kamu düzenini ilgilendiren hususlar re'sen inceleme konusu yapılmalıdır.

Hukukumuzda dar istinaf sisteminin benimsenmesi nedeniyle, ilk derece yargılamasının aynıyla tekrarlanması söz konusu olmamaktadır. HMK m. 357'de de istinaf yargılamasında yapılamayacak işlemlere yer verilmiş olması, ülkemizde dar istinaf sisteminin işlediğini göstermektedir. Böylece yargılamanın gereksiz yere uzatılmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

HMK m. 357/1 uyarınca bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen göz önüne alınacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmeyecektir. Dolayısıyla istinafta

⁹ OKUR, Mustafa: *Adli Teminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 252; KÖLE, Mehmet: *İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 301, dn. 1075. Okur, bu halde istinaf başvurusunun reddedilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmekle birlikte, görüşünü herhangi bir gerekçeye dayandırmamıştır.

esasen yeni vakıa getirme yasağı söz konusudur. Ancak kanaatimizce bu yasağın mevcut olan ve bilinen vakıaların bildirilmemesi hâlinde söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla yazarın, tarafın elinde olmayan bir sebepten bilmediği ve bilmesinin kendisinden beklenmediği vakıalar ile istinaf aşamasında ortaya çıkan vakıaları istinaf aşamasında ileri sürebileceği görüşüne katılmaktayız. Aksi bir kabul tarafların sırf bu sebeplerle yeni bir dava açma yoluna gitmesine yol açarak yargılama sürecini uzatacaktır. Yine yazarın da ifade ettiği üzere, ilk derece yargılamasında ıslah hakkı kullanılmamış ise istinaf aşamasında ıslah hakkının kullanılmasının mümkün olması gerekmektedir.

Ayrıca HMK m. 357/1'in devamında istinaf yargılamasında yeni delillere dayanılamayacağı ifade edilmiştir. Hükümde yer alan "re'sen" ifadesi, yalnızca yeni vakıa getirme yasağına ilişkin değildir; yeni delil getirme yasağı açısından da geçerlidir. Bununla birlikte hükümde istinaf yargılamasında yeni delil ileri sürülebilmesinin istisnalarına yer verilmiştir. Bunlardan ilki, usulünce gösterilmiş olan delillerin incelenmeden reddedilmesidir. İkinci istisna ise söz konusu delillerin ilk derece mahkemesinde mücbir sebep nedeniyle gösterilememiş olmasıdır. Bu kapsamda yazarın mücbir sebebin borçlar hukukunda geçerli olan objektif imkânsızlığın yanı sıra, medeni usul hukuku açısından geçerli olan subjektif imkânsızlığı da kapsayacak şekilde kabulünün gerektiği düşüncesine katılmaktayız.

"Duruşma yapılmadan verilecek kararlar" kenar başlığı altında düzenlenen ve icra mahkemesinin verdiği kararı kaldırarak davanın yeniden görülmek üzere icra mahkemesine gönderilebileceği hâllerden olan HMK m. 353/1-a.6, 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde doktrinde tekrar tartışılır hâle gelmiştir¹⁰. Yeni düzenleme ile "uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması" duruşma yapılmadan karar verilebilecek hâller arasında sayılmış, ancak hâkime çok geniş bir takdir yetkisi veren bu düzenleme yazar tarafından haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır. Yazarın da belirttiği üzere, düzenleme uyarınca uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin belirlenmesinde bölge adliye mahkemesi takdir hakkına sahip olacaktır. Delillerin eksik toplanması veya eksik değerlendirilmesi söz konusu olduğu takdirde eksiklikleri giderecek merci bölge adliye mahkemesi olacaktır.

İcra mahkemelerinden HMK m. 305/A'ya göre hükmün tamamlanması talep edilebilmekle birlikte, icra mahkemesinin bu hususta vereceği karar beklenerek bu karara karşı istinaf yoluna gidilmesi yargılamanın uzamasına sebebiyet verecektir. Oysa aynı anda hem hükmün tamamlanması yoluna hem de istinaf kanun yoluna gidilmesi yargılamaya sürat kazandıracaktır. Hükmün tamamlanmasına ilişkin icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurabilmek için hakkında hükmün tamamlanması istenen esas kararın parasal sınırlar açısından istinafının mümkün olması yeterlidir.

Kanun yararına temyiz yoluna başvuru için şekli anlamda kesinlik yeterlidir. Bu nedenle icra mahkemesi kararlarının da kanun yararına temyizi mümkün olmalıdır.

Üç bölümden oluşan ve konuyu hem teorik hem de uygulama yönünden ele alan bu eser oldukça akıcı bir dille yazılmıştır. Yazar hem olması gereken hukuk yönünden değerlendirmelerde bulunmuş hem de uygulamadaki sorunları dile getirerek uygulayıcılara yol gösterici nitelikte bir eser ortaya koymuştur. Eserin hukuk literatürümüze oldukça önemli katkılar sunduğu açıktır. Bu kıymetli çalışmaya ilgilili duyan tüm hukukçulara tavsiye etmekteyim.

¹⁰ Bkz. ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 141 vd.; AKİL, Cenk: "22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 45, s. 421 vd.; ERCEVAHİR, Mine: "İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 26, Cilt 1, s. 402 vd.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: “Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak Hukuki Menfaat”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 3, s. 267-298.
- AKİL, Cenk: “22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 45, s. 417-436.
- ALANGOYA, Yavuz: “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan: *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 17-48.
- ERCEVAHİR, Mine: “İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 26, Cilt 1, s. 367-412.
- ERİŞİR, Evrim: *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KARSLI, Abdurrahim: *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1995.
- KARSLI, Abdurrahim: *İcra ve İflas Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KONURALP, Cengiz Serhat: *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KÖLE, Mehmet: *İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- OKUR, Mustafa: *Adli Teminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ÖZTEK, Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, Sayı 149, s. 77-152.
- ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayınları, Konya, 1991.