

e-ISSN: 2667-6117



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER
ÜNİVERSİTESİ**

**Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)**

Cilt: 3
Vol.: 3

Sayı: 2
no.: 2

Aralık -2021
December-2021

Aralık - 2021

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 3 Sayı: 2

Vol.: 3 no.: 2

Aralık-2021

December-2021

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

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

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

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

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

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

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonstrated below.



Basım Tarihi:

Aralık, 2021

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Bülent KENT****Editör Kurulu**

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Rümeyza ÇEVİK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Enis KUŞCU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Mehmet BARUTÇU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Esin GÜRSEL DÜĞMECİ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
---------------------	---

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rauf KARASU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

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

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

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

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.

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

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

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.
<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi konulmalıdır. Eğer "ff:"dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff:"deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematğin kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

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

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

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

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

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

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

WRITING FORM

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.

- Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
- Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

- Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
- Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:
 - First level:** Numbering style: **I, II, III**... Title: bold and capital letter.
 - Second level:** Numbering style: **A, B, C**... Title: bold and first letter capital.
 - Third level:** Numbering style: **1, 2, 3**... Title: bold and first letter capital.
 - Fourth level:** Numbering style: **a, b, c**... Title: bold and first letter capital.
 - Fifth level:** Numbering style: *i, ii, iii*... Title: italic and first letter capital.
- Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
- Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

- Style: Palatino Linotype, 9 pt.
- Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
- Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
- All footnotes should be completed with a dot.
- Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.
 - **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

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

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

Spelling and Footnotes Rules

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

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

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

İÇİNDEKİLER/CONTENTS***YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN
KULLANILMA ZAMANI..... 277**

*In The Framework of Supreme Court Decisions Date of Time of Annual
Paid Leave..... 277*

İştar

URHANOĞLU

GENEL GÜVENLİĞİN TEHLİKEYE SOKULMASI SUÇLARI 313

*The Crimes of Endangerment of General Security (TPC Art. 170, 171)
..... 313*

Gülsün Ayhan

AYGÖRMEZ

**SOME LEGAL ASPECTS OF APPLICATION OF UNIVERSAL
JURISDICTION OVER WAR CRIMES..... 356**

*Evrensel Yargının Savaş Suçlarına Uygulanmasının Bazı Hukuki Yönleri
..... 356*

İlyas GULİYEV

**ALMAN HUKUKUNDA MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN
KANUNLAR İHTİLAFI BOYUTU..... 384**

*Conflict of Laws Dimension of International Commercial Arbitration in
German Law- Gesetzeskonflikt Dimension der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit im deutschen Recht 384*

Elif Selen

BATIGÜN

**5434 VE 5510 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE KAMU
GÖREVLİLERİNİN MALULİYET TÜRLERİ..... 458**

*Types of Disability; According to the Provisions of the Law No: 5434 and
5510..... 458*

Mehmet Zahid YENER

Burak KARAKOÇ

THE DISRUPTIVE DEVELOPMENT of COMMUNICATION TECHNOLOGIES: IS WEB 2.0 a REASSURANCE FOR or a THREAT to the CORE PRINCIPLES of DEMOCRATIC VALUES in RESPECT of HUMAN RIGHTS LAWS? 501

İletişim Teknolojilerinin Yıkıcı Gelişimi: Web 2.0, İnsan Hakları Kanunları ile ilgili Demokratik Değerlerin Temel İlkeleri için bir Güvence mi yoksa Tehdit mi?..... 501

**Bilge Kaan
GÜNER**

ALKOL, UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDELERİN ETKİSİ ALTINDA ARAÇ SÜRME YASAĞI 528

Prohibition of Driving Under The Effect of Alcohol, Drugs or Stimulants 528

Kadir SAĞLAM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEFEÇİLİK SUÇU 579

Crime of Usury in Turkish Penal Law 579

**Ali Ekber
ÇINAR**

BİLEŞİK SUÇ NİTELİĞİNDEKİ YAĞMA DÜZENLEMESİNİN SUÇTA KANUNİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 613

Evaluation of the Extortion Arrangement, Which Is Compound Crime, In Terms of the Principle of Legality in Crime 613

Ersin ŞARE

KİŞİSEL VERİ KORUMA HUKUKUNUN KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ..... 675

Evaluation of Personal Data Protection Law Within the Frame of Personal Right Protection..... 675

Rabia ÖZKAN

**FAİL-MAĞDUR UZLAŞTIRMASINDA AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP
ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI VE KANUNÎ TEMSİLİ 734**

*The Right of Participation and the Legal Representation of Mentally
Competent Child in the Process of Victim-Offender Reconciliation.. 734*

Reyhan

TUHAN BOZ

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

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN KULLANILMA ZAMANI

*In The Framework of Supreme Court Decisions
Date of Time of Annual Paid Leave*

İştar

URHANOĞLU*

Öz


İşveren çalıştırdığı işçilerin izne ilişkin isteklerini, iş yoğunluğu ve çalışma koşullarını dikkate alarak belirleme yetkisine sahiptir. İşçinin istediği tarihte doğrudan izne ayrılma hakkı yoktur. Aksi halde bu durum iş görme ve sadakat borcuna aykırılık oluşturur ve işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Yıllık ücretli iznin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi, yönetim hakkı kapsamında tamamen işverene aittir. İstisnai de olsa aksine bir düzenlemeye Kanunda yer

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı), ıstarurhanoglu@hacettepe.edu.tr. ORCID: 0000-0002-3769-92600.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 11.08.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 9.12.2021.

Atıf/Citation: Urhanoğlu, İştar. "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Yıllık Ücretli İzinin Kullanılma Zamanı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 277-312.

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

verilmemiştir. Elbette bir yıl çalışmak suretiyle yorulan ve yıllık ücretli izne hak kazanan işçinin gelecek hizmet yılı içinde, iznini kullanmak istediği tarihi bildirmesi ve işverenin koşulları değerlendirmek suretiyle, işçinin istediği tarihte veya başka bir uygun zamanda işçiye iznini kullandırması gerekir. İşveren tarafından iznin kullandırılabilceği zamanın da gelecek hizmet yılının içinde olması gerekmektedir. Bunun Kanunda emredici nitelikte hüküm ile zorunluluk olduğu hükme bağlanmıştır. İşverenin işçiye iznini, izin yılı içinde kullandırmaması açıkça Kanuna aykırıdır. Çalışmamızda Anayasa ile güvence altına alınan ve işçilerin dinlenme hakkı kapsamında önemli bir yere sahip olan yıllık ücretli izin hakkı ve bu hakkın kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Yıllık Ücretli İzin, İzin Hakkı, Toplu İzin Uygulaması, Dinlenme Hakkı, Yıllık Ücretli İzin Kullanılacağı Zaman.

Abstract

The employer has the authority to determine the leave request of the workers it employs, taking into account the workload and working conditions; the worker does not have the right to take direct leave on the date he/she wishes. Otherwisw, this situation constitutes a violation of the duty of working and loyalty and the employer may terminate the employmen contract immediately for just cause. The authority to determine when the annual paid leave will be used rests entirely with the employer within the scope of the management right; Although it is exceptional, no contrary regulation is included in the Law. Of course, the worker who gets tired from working for one year and is entitled to annual paid leave must notify the date he wants to use his leave in the next year of service and, by evaluating the conditions of the employer, have the worker take the leave on the date the worker requests or at another appropriate time. The time at which the leave can be granted by the employer must also

be within the next year of service; it has been decreed that this is an obligation with a mandatory provision in the Law. It is clearly against the Law that the employer does not allow the worker to use his leave during the leave year. In this context, within the framework of the annual paid leave right, which is guaranteed by the Constitution and has an important place within the scope of the workers' right to rest, the authority to determine the time of the leave to be used by the worker should be evaluated in detail.

Keywords: Annual Paid Leave, Right of Annual Paid Leave, Collective Annual Paid Leave, Right to Rest, Date of Time of Annual Paid Leave.

GİRİŞ

Kişisel ilişki kuran bir sözleşme ile çalışan işçinin çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan birisi de işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye verdiği talimatlardır. Sözleşmeler ile işçinin göreceği işin tüm ayrıntıları ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmelerde genel esasları ile düzenlenen çalışma koşulları, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlar ile şekillenir. İşçinin iznini kullanacağı zamanın belirlenmesi konusunda İş Kanunu'nda ayrıntılı hükümlere yer verilmiş ve özellikle de gelecek izin yılı içinde kullanılması zorunluluğu hükme bağlanmıştır. Bu sınırlar içinde iznin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi, işverenin yönetim hakkı içinde kabul edilmelidir. Nitekim işyerinde aynı tarihte izin kullanacak olan işçilerin sayısı, işin yoğunluğu, işletme gerekleri işveren tarafından dikkate alınmak suretiyle, işçinin isteği değerlendirilir; uygun görülürse istek doğrultusunda değilse uygun olan başka bir zamanda işçinin iznini kullanması sağlanır.

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanmasına rağmen, iznin işveren tarafından kullanılmaması hukuka aykırıdır. Nitekim iznin gelecek hizmet yılı içinde kullanılmasına ilişkin düzenleme, mutlak emredici nitelikte olduğu için, işçinin

talebine rağmen işverenin kullandırmaması halinde, işveren tarafından kanun ile belirlenen çalışma koşullarının uygulanmaması ve hatta işçi aleyhine ağırlaştırılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca yıllık ücretli izni düzenleyen hükümlere aykırı bir şekilde iznin kullandırılmaması, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının olumsuz bir şekilde etkilenmesine yol açmaktadır. İşverenin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınması gerekirken, işçiye iznini kullandırmaması, iş sözleşmesinden doğan gözetme borcuna da aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesi ile taraflar arasında devamlı bir ilişki kurulduğu için, işçinin hak kazandığı iznini kullanmadan uzun süre aynı verim ile çalışması mümkün değildir.

Çalışarak yorulan işçinin dinlenmeden aralıksız uzun yıllar çalışması sonucunda, sağlığı bozulabilir, erken yıpranır ve işteki verimi azalır. Anayasa ile güvence altına alınan ve kanun ile genellikle emredici bir şekilde düzenlenen yıllık izin hakkı kapsamında işçiye izin verilmezse, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının varlığı mutlak suretle kabul edilmelidir.

I. YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANILMA ZAMANININ BELİRLENMESİ

Yıllık ücretli iznin gelecek hizmet yılında kullanılacağı m.54/IV'de düzenlenmiş, m.60 hükmü ile de izne ilişkin esasların ne şekilde belirleneceği hükmüne bağlanmıştır.¹ *“İzinlere ilişkin düzenlemeler” kenar başlığını taşıyan madde hükmüne göre; “Yıllık ücretli izinlerin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca hangi dönemlerde kullanılacağı, izinlerin ne suretle ve kimler tarafından*

¹ Nuri Çelik et. al, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 852; Taner Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, (İstanbul: Üçdal Yayınevi, 1983), 153; Ercan Akyigit, *İş Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 298; Sarper Sarper, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2021), 866 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2021), 407-408.

verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı, yıllık izninin faydalı olması için işveren tarafından alınması gereken tedbirler ve izinlerin kullanılmasında konusuna ilişkin usuller ve işverence tutulması zorunlu kayıtların şekli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir.” (m.60). TBK m.424/II’ye göre de, “İşveren, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.”, şeklinde hükme yer vermiştir.

İşveren yönetim hakkına dayanarak, işçilerin durumunu, işin yoğunluğunu, mevsimi, çalışma koşullarını dikkate almak suretiyle izin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisine sahiptir.² İşçi yıllık ücretli izne hak kazandıktan sonra, istediği zaman talepte bulunmaksızın yıllık iznini kullanamaz. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği³ nin “İzin kullanma dönemleri” kenar başlığını taşıyan m.5 hükmüne göre, “İşveren veya işveren vekilleri, bu Yönetmeliğin 15’inci maddesinde belirtilen izin kurulu veya 18 inci maddeye dayanılarak bunun yerine geçene danışmak suretiyle işyerinde yürütülen işlerin nitelik ve özelliklerine göre, yıllık ücretli izinlerin, her yılın belli bir döneminde veya dönemlerinde verileceğini tayin edebilir. Bunu işyerinde ilan eder.”. Bir işyerinde izin kurulu olmasına rağmen, işçilerin izne çıkış tarihlerinin belirlenmesinde asıl olarak işveren yetkilidir. İzin kurulunun iznin zamanının belirlenmesine ilişkin hazırladığı çizelgeler de işverenin onayına tabidir (YÜİY m.16/a).

İşçi hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir.⁴

² Cevdet İlhan Günay, “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı,” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 20, (2010): 32.

³ RG, 03.03.2004, S. 25391.

⁴ “... izin isteği de yönetmeliğe göre 1 ay öncesinden talep edilmemiştir. Bu şekilde işçinin izin talebinin karşılanması noktasında işverene yeterli süre tanınmamıştır.” (Yar. 9. HD, E.2006/15954, K.2006/17843, 20.06.2006).

İşveren veya işveren vekilleri de bu istekleri Yönetmeliğin 15 inci maddesinde sözü geçen izin kuruluna veya 18 inci maddesinde belirtilen kişilere bildirir (YÜİY m.7). İşveren çalıştırdığı işçilerin izne ilişkin isteklerini, iş yoğunluğu ve çalışma koşullarını dikkate alarak belirleme yetkisine sahiptir; işçinin istediği tarihte doğrudan izne ayrılma hakkı yoktur. Yargıtay'ın 1993 yılında verdiği bir kararında⁵ da bu husus vurgulanmıştır. Karara göre, "... işçi dilediği zaman yıllık ücretli iznini kullanamaz. İş Kanunu ve izin yönetmeliği hükümlerine göre işçinin işverene izin kullanacağını bir dilekçe ile bildirmesi ve işverence de uygun görülmesi haline izne ayrılabilir. Geçekten işçi izin tarihini dilediği gibi belirleyerek istediği zaman izne ayrılamaz. Bu husustaki yetki işverene aittir.". Aksi halde bu durum iş görme ve sadakat borcuna aykırılık oluşturur ve işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.⁶

Konu hakkında Yargıtay'ın farklı tarihlerde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır.

*"... O gün davacı işyerine gelmişse de izin istemiş fakat eski devamsızlıkları da dikkate alınarak izin verilmemiştir. Davacının izin dilekçesini bırakıp gitmesi de kendisine izin verileceği anlamına gelmez. Eskiden böyle bir uygulama olsa dahi, bu husus davacıya bir hak sağlamaz. Bu bakımdan davacının bir ay içinde 3 gün işe gelmediği de sabit olmaktadır. Böyle olunca, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmayacağından bu isteklerin reddi gerekir."*⁷

*"Davacı dava dilekçesinde açıkça yıllık iznine mahsuben 5 gün izin istediğini, iznin verilmemesini, buna rağmen 5 gün işe gitmemesi sebebiyle hizmet akdinin feshedildiği açık ve seçik bir biçimde belirtilmiş olduğuna ve bu durumda işverenin feshi haklı nedene dayandığına göre ..."*⁸

⁵ Yar. 9. HD, E.1993/8915, K.1993/9235, 27.05.1993.

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, İş Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 1163-1164; Günay, 2010, s.31.

⁷ Yar. 9. HD, E.1991/14393, K.1991/7202, 04.04.1991.

⁸ Yar. 9. HD, E.1993/3021, K.1993/13593, 23.09.1993.

“Davalı işveren, işyerinde davacı ile aynı görevde çalışmakta olan diğer işçiye aynı tarihlerde izin verilmiş olmasını, davacının izin talebinin karşılanamamasının gerekçesi olarak göstermiştir. ... davacı işçinin işyerinden ayrılması geçerli bir mazerete dayanmamaktadır. İşverence davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayandığından. Davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır.”⁹

Bu durumu işçi tarafından yapılan usulsüz fesih olarak kabul eden kararlar da vardır.

“Davacı işveren davalı işçinin önel vermeksizin işten ayrıldığını bu nedenle de ihbar tazminatına hak kazandığını ileri sürerek davalı hakkında ilamsız icra takibinde bulunmuş, takibe karşı davalı izin ve fazla mesai alacakları bulunduğunu belirterek takibe itiraz etmiştir İzin hakkı bulunan işçinin istekte bulunmaksızın işyerinden ayrılıp gitmesi feshi haklı nedenle gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Gerçekten işveren düzenleme yetkisine dayanarak hangi tarihte işçilere izin kullandırma hakkını tespit etme yetkisini haizdir. Bir başka anlatımla işçi kendi isteğine göre herhangi bir tarihte izin kullanamaz.”¹⁰

“Gerçekten işyerinde çalışma düzenini kurma hakkı işverene aittir. İşveren işyerinde iş durumuna göre çalışan işçilere izin verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu olayda davalı işveren açıkça izin vermediği halde davacının izin verilmiş gibi işyerinden ayrılması 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II, f maddesi kapsamına girer. Bu nedenle ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulü isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”¹¹

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, belirli koşulların varlığı halinde işçinin hak ettiği iznini gelecek yıl içinde belirli bir tarihte kullanmak istemesine rağmen, işveren tarafından

⁹ Yar. 9. HD, E.2006/15954, K.2006/17843, 20.06.2006.

¹⁰ Yar. 9. HD, E.1998/312, K.1998/2510, 25.02.1998.

¹¹ Yar. 9. HD, E.1998/15055, K.1998/16955, 30.11.1998; aynı yönde Yargıtay 9. HD, E.1997/3705, K.1997/8536, 08.05.1997.

iznin kullandırılmaması halinde, işverenin kabulü olmadan işçinin kendiliğinden izne ayrılacağı ileri sürülmektedir. Bunun için iznin kullandırılması gereken yılın sonunda izin süresi kadar bir zamanın kalmış olması ve iznin kullanılmasıyla işverenin haklı çıkarlarının ihlal edilmemiş olması da gerekmektedir.¹² İşveren izne hak kazanılan yılı izleyen hizmet yılının bitimine kadar kullanımı söz konusu yıllık izin (ve ona rastlayan tatil günleri) süresi kadar bir süre kalıncaya dek iznin kullanılacağı tarihi belirlenmemişse, artık belirleme yetkisini yitirdiği ve yetkinin ilgili işçiye geçtiği söylenebilir. Zira yıllık iznin olağan kullanım süresini öngören yasa hükmü (İşK.50/4) işverenin izin kullanım tarihini belirleme yetkisini de (ilke olarak) sınırlayan bir kural niteliğine sahiptir. Böylece yetkisini kullanıp (yasal süresine rastlayan) farklı bir tarih belirlemeyen işverenin bu sürenin bitimiyle yetkisi el değiştirmektedir, denilebilir. Bununla birlikte, belirleme yetkisini elde eden işçinin de keyfi bir tutum sergilemesi mümkün olmamalı, mazur görülecek haklı bir neden yoksa işçi hemen o gün izne çıktığını belirterek işyerinden ayrılmalı yahut bu tarihten itibaren bu hizmet yılı (ve dolayısıyla izin süresi) bitmeden, belirleyeceği bir tarihte izne çıkmalıdır. Aksi halde iznin kullanımı gereken sürenin (izne hak kazanılan yılı izleyen hizmet yılının) bitimiyle işçi de belirleme yetkisini kaybetmesi önerilebilir. Aksi halde işveren, işçinin insafına terk edilmiş bir konuma itilecektir ki, bunu işin ve işyerinin gerekleri gibi işveren konumuyla bağdaştırmak da zordur. Bu tarihten sonraysa, işçi istiyorsa iznin kullanım tarihinin belirlenmesini mahkemeden

¹² M. Polat Soyer, "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not-İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, (2002): 294 vd; Ö. Polat, Soyer, *Avrupa Birliğinde İş Süresi ve Dinlenme Hakları*, (Ölüdeniz-Fethiye: Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları Ve Türkiye Semineri, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997), 52-53.

isteyebilir/istemelidir. Yıllık izin kullanım tarihini belirleme yetkisinin işçiye geçmesi düşünülen tek hal iznin kullanımı gereken yasal/olağan sürenin bitimine ancak izin (ve o döneme rastlayacak tatil günleri) süresi kadar bir süre kalmasına rağmen, işverenin belirleme yetkisini kullanmaması değildir.¹³

Yargıtay yıllık iznin süresinde kullandırılmamasının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermediği konusunda farklı kararlar vermektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2014 yılında “Yıllık iznin hangi tarihlerde kullandırılacağı işverenin yönetim hakkı kapsamında olmakla birlikte talep hakkının doğduğu yıl içerisinde izin hakkının kullandırılması gerekir. Ancak, yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullandırmaması ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması gereklidir. Somut olayda hizmet süresi itibari ile toplam 42 gün yıllık izne hak kazanan davacının, çeşitli tarihlerde toplam 35 gün yıllık izin kullandığı davalı işveren tarafından ibraz edilen yıllık izin belgeleri içeriği ile sabittir. Davacı fesih öncesinde bakiye 7 günlük yıllık izin hakkının kullandırılması hususunda davalı işverene başvuruda bulunduğunu ve bu talebin işverence reddedildiğini ispatlayamamıştır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının işçi tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.”¹⁴ şeklinde karar vermiştir. Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2015 yılında “İşçinin yıllık iznini talep etmesine rağmen işverence kullandırılması gereken yıl içinde kullandırılmaması “çalışma koşullarının uygulanmaması” kapsamında sözleşmenin feshinde işçi açısından haklı sebep oluşturmaktadır. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 54. maddesine göre, işçi kazandığı yıllık iznini bir sonraki yıl kullanır. Somut olayda davacı işçi 31.12.2012 tarihinde 2012 yılı izninin kullandırılmadığı gerekçesiyle iş

¹³ Ercan Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 366-367.

¹⁴ Yar. 22. HD, E.2013/7567, K.2014/6472, 18.03.2014.

sözleşmesini haklı sebep iddiasıyla feshetmiş ise de fesihden önce işverene başvurduğunu ve işverenin talebi kabul etmediğini ispatlayamadığı gibi İş Kanunu'nun 54. maddesine göre henüz yıllık izin kullandırma süresi dolmadığından davacı işçinin haklı sebebi ispatlayamadığı sonucuna ulaşılmıştır.¹⁵ şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise 2019 yılında vermiş olduğu kararında "Yıllık izin kullandırma zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olsa da işçinin yıllık olarak dinlenme hakkının sağlanması işyeri çalışma koşulları arasında yer alır. Başka bir anlatımla işçinin yıllık dinlenme hakkının tanınması, dayanağı Anayasa olan çalışma koşulu olup aksine uygulama 4857 sayılı yasanın 24/II-f. bendine göre işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur. Somut olayda davacı işçiye 6 yılı aşan süre içinde sadece 14 gün yıllık izin kullandırılmıştır. İşçiye uzun bir süre dinlenme hakkının sağlanmaması işçi açısından yukarıda sözü edilen madde gereği haklı fesih nedeni oluşturur."¹⁶ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazandıktan sonra, istediği zaman talepte bulunmaksızın yıllık iznini kullanamayacağı kuralına ilişkin olarak idari ceza hükümlerinin içinde "Yıllık ücretli izni bu Kanununun 56 ncı maddesine aykırı olarak bölen veya izin ücretini 57 nci maddenin üç ve dördüncü fıkralarında belirtilen usule aykırı olarak ödeyen veya eksik ödeyen veya 59 uncu maddedeki hak edilmiş izni kullanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bu izne ait ücreti ödemeyen veya 60 ncı maddede belirtilen yönetmeliğin esas ve usullerine aykırı olarak izin kullandırmayan veya eksik kullandıran işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için iki yüz yirmi Türk Lirası (Bu durumda olan her bir işçi için 2020 yılı için güncellenmiş meblağ olan 509,00-TL idari para cezası uygulanacaktır) idari para cezası verilir." (İşK.m.103) hükmüne yer verilmiş olmasına rağmen; Kanunda herhangi bir hukuki sonuç hükme bağlanmamıştır. Bu durumda işçinin yapabileceği,

¹⁵ Yar. 22. HD, E.2014/24209, K.2015/34653, 16.12.2015.

¹⁶ Yar. 9. HD, E.2017/10772, K.2019/8028, 08.04.2019.

işveren tarafından çalışma koşullarına uyulmaması, çalışma koşullarının ağırlaştırılması ve gözetme borcuna aykırı davranılmasından dolayı iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmek olabilir. Nitekim işverenin hak edilen izni kullandırmaması aynı zamanda Kanun ile belirlenen çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik niteliğindedir.¹⁷

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesi, İş Kanunu m.22 ile özel bir usule bağlanmıştır. Bu usule uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı gün içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. Yıllık iznin kullandırılmamasında ise, mevcut hakkın ihlali suretiyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu için, işçiyi bağlamamasının, izni kullanamaması açısından faydası olmaz. İşverenin iznin kullanılma zamanını belirleme yetkisinin işçiye geçmesi ve işçinin kendiliğinden izne ayrılmış sayılması, Kanunda buna ilişkin bir düzenleme olmadığı için mümkün olmamalıdır. 1475 sayılı Kanun döneminde işveren tarafından çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması halinde işçinin sözleşmeyi fesihden başka çözüm yolu olmaması gibi, bu konuda da işçinin izninin kullandırılmaması halinde fesihden başka yapabileceği bir çözüm yolu yoktur.

Bu konuda Kanunda bir değişiklik yapılması suretiyle, işverenin izni kullandırmaması halinde, geçerli bir özrü de yoksa ve izin yılının sonunda sadece hak ettiği izin süresi kadar süre kalmışsa, belirleme yetkisinin işçiye geçeceği ve işçinin kendiliğinden izne ayrılmış sayılacağı hükme bağlanabilir. Nitekim yıllık ücretli izin hakkından vazgeçme yasağı ile bu hak işçinin kendisine karşı bile korunmuşken, işverenin izni vermemesine ilişkin işçiyi koruyucu bir düzenlemenin olmaması büyük eksikliklerdir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde bunun kabul edilmesi, uygulamada uyuşmazlıklara yol açacağı için, işçi ya sözleşmeyi haklı sebeple fesheder, kullanamadığı iznin

¹⁷ Süzek, *İş Hukuku*, 876.

ücretini ve kıdem tazminatını alır; ya da izin yılı sona ermesine rağmen kullanmadığı iznin ücretini iş sözleşmesi devam ederken o dönemdeki ücreti üzerinden veya iş sözleşmesi sona ermişse birleştirilerek son aldığı ücret üzerinden iznin karşılığını alır. Nitekim kullanılmamış olsa bile izne hak kazanma koşulları yerine getirildiği için, bu durumda hakkın tamamen ortadan kalktığını kabul etmek işçinin korunması ilkesine uygun olmaz.

İşverenin, işçinin iznini kullanacağı zamanı belirleme yetkisinin kaynağı konusunda *öğretide* farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu yetkinin, işverenin yönetim hakkından kaynaklandığını ileri sürenler¹⁸ olduğu gibi, bunun sadece yönetim hakkı ile değil aynı zamanda işverenin işçiye gözetme borcu ile de ilgili olduğu¹⁹ da ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce Anayasa ile güvence altına alınan ve işçilerin dinlenme hakkı kapsamında önemli bir yere sahip olan yıllık ücretli izin hakkı çerçevesinde, işçinin kullanacağı iznin zamanını belirleme yetkisinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Kişisel ilişki kuran bir sözleşme ile çalışan işçinin çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan birisi de işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye verdiği talimatlardır. Sözleşmeler ile işçinin göreceği işin tüm ayrıntıları ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmelerde genel esasları ile düzenlenen çalışma koşulları, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlar ile şekillenir. İşverenin yönetim hakkının sınırı, konunun kanun veya

¹⁸ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, *İş Hukuku*, 1164; Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, 142; Günay, *Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı*, 31; Ekonomi, Münir Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, (İstanbul: İTÜ Yayınları, 1984), 349; Cevdet İlhan Günay, *İş Hukuku-Yeni İş Yasaları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 615; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1998), 551.

¹⁹ Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 1809-1810.

sözleşmeler tarafından düzenlenmemiş bulunması ve bunlara da aykırı olmaması gerekir. İşçinin iznini kullanacağı zamanın belirlenmesi konusunda Kanunda ayrıntılı hükümlere yer verilmiş ve özellikle de gelecek izin yılı içinde kullanılması zorunluluğu hükme bağlanmıştır. Bu sınırlar içinde iznin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi, işverenin yönetim hakkı içinde kabul edilmelidir.²⁰ Nitekim işyerinde aynı tarihte izin kullanacak olan işçilerin sayısı, işin yoğunluğu, işletme gerekleri işveren tarafından dikkate alınmak suretiyle, işçinin isteği değerlendirilir; uygun görülürse istek doğrultusunda değilse uygun olan başka bir zamanda işçinin iznini kullanması sağlanır.

Uygun olan başka bir zamanın belirlenmesinde ise, işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde değerlendirmenin yapılması gerekir. Nitekim işverenin işçiyi gözetme borcu, işverenin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınması anlamına gelir. Bunun gereği olarak öncelikle işçinin kişiliği korunmak zorundadır. İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, vücut bütünlüğünün, onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının korunmasını gerektirir. Yıllık ücretli izin hakkı bir sosyal haktır ve işçinin sağlığı, meslek ve özel hayatı ile yakından ilgilidir. İşveren iznin kullanılacağı zamanı belirlerken, gözetim borcunun gereklerine uygun bir şekilde yönetim hakkı çerçevesinde karar vermelidir.

²⁰ “Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuraları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine uygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullandırılması gerekir. İşverenin bu noktada yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunmayacağı kabul edilmelidir.” (Yar. 9. HD, E.2006/15954, K.2006/17843, 20.06.2006)

İşçinin hak ettiği yıllık ücretli iznini kullanmak istediği zamanı en az bir ay öncesinde işverene yazılı olarak bildirmemesi, izin hakkını kullanmaktan vazgeçtiği anlamına gelmemelidir. İşçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde bunun değerlendirilmesi gerekir ve işçinin buna ilişkin bir bildirim yapmaması halinde de işveren veya işveren vekili işin gereği ve işçi sayısına göre, bildirimde bulunan işçilerle birlikte, bildirimde bulunmayanları da dikkate alarak hepsinin izin tarihlerini belirlemesi gerekir. İşçi bu şekilde belirlenen izin tarihlerine uymakla yükümlüdür.²¹

İşçinin yıllık izne hak kazandıktan sonra, gelecek izin yılı içinde iznini kullanmak istediği tarihi Yönetmelik ile belirlenen esaslara uygun şekilde işverene bildirmesine rağmen, işverenin bu isteği değerlendirmeden doğrudan reddetmesi ve işçiye iznini kullandırmaması²² halinde, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip edemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, işçinin izin talebinin işveren tarafından reddedilmesi üzerine, işçi iş sözleşmesini işçiyi koruma borcuna aykırılıktan ve sözleşmeden veya kanundan doğan çalışma koşullarını uygulamamasından dolayı haklı sebeple feshedip, kıdem tazminatı almalıdır; çünkü iş sözleşmesi devam ederken izin hakkının paraya dönüşmesi mümkün olmadığı için, işçinin izin hakkını kullanmasının işveren tarafından engellenmesi halinde, işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği kabul edilmelidir.²³ İşverenin işçinin tercih ettiği yıllık ücretli izin

²¹ Lütfi İncirlioğlu, *Sorulu-Cevaplı, Yeni İş Hukuku Uygulaması*, (Ankara: Legal Yayınları, 2005), 231.

²² "İşçinin her hizmet yılına karşılık yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanması gerekirse de işverenin yönetim hakkı sebebiyle işçilere yıllık izinlerini bir plan dahilinde vermesi gerektiğinden işveren kimi zaman işçilerine yıllık ücretli izin kullandırmamaktadır." (Yar. HGK., E.2000/9-1079, K.2000/1103, 05.07.2000).

²³ Ahmet Sevimli, "Yıllık Ücretli İzin Hakkının Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not". *Sicil İş Hukuku Dergisi* 18, (2010), 44;

tarihiyle bağlı olmaması kuralı, işyerindeki düzenin ve mal ve/veya hizmet üretimi sürecinin aksamaksızın devamı açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Ancak bu, anayasal bir hakkın keyfi bir biçimde ihlal edilebileceği anlamına asla gelemez. Giderek iş sözleşmesinin devamı sırasında iznin kullandırılması için işverenin dava yoluyla zorlamasının tartışmalı olduğu ve işçinin kendiliğinden izne çıkabileceği görüşünün de öğretide azınlıkta kaldığı bir ortamda, ... işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisinin bulunduğundan kuşku duymamak gerekir.

24

Aksini kabul eden diğer görüşe göre ise, ücretli izin kullandırılması işverenin yetkisine ve yönetim hakkına ilişkin olup iznin işverence yapılacak plana göre kullanılması mümkün olduğundan, talebe rağmen iznin verilmemiş olması işçi için haklı fesih nedeni sonucunu doğurmaz. İleri sürülen başka bir görüşe göre ise, işveren işçinin hak ettiği izni kullanma zamanını belirlemiş ve izin yılı içinde ancak izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçi bu hakkını, işverenin belirlediği yıllık izin zamanının etkisizleşmesi nedeniyle ve işverenin haklı menfaatlerini ihlal etmeme koşuluyla, kendiliğinden kullanır.²⁵ Yargıtay bu konuda, genellikle işçinin fesih hakkının bulunduğu yönünde kararlar vermiştir.

Çelik et al., *İş Hukuku Dersleri*, 1163; Erol Akı, "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları," iç. Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2020), 37; Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, s.146; Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, (Ankara: Olgaç Yayınları, 1984), 690.

²⁴ Sevimli, *Yıllık Ücretli İzin Hakkının Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not*, 44; Çelik et al., *İş Hukuku Dersleri*, 1163; Akı, *Mevsimlik İşlerde Çalıştırma Sorunları*, 37; Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, 146; Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, s.690.

²⁵ Soyer, *İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not-İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması*, 294 vd.; Soyer, *Aوروبا Birliğinde İş Süresi ve Dinlenme Hakkı*, 53; Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 366.

“Davacı işçi fesih nedeni olarak izin hakkının kullandırılmamasını da davalı işverene gönderdiği fesih bildiriminde göstermiştir. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağı hüküm altına alındığına göre, bu yönden davacı işçinin feshinin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir, işçinin iznini kullanmak istememiş olması bu hukuki sonucu değiştirmez. Gerçekten işveren işyerindeki düzenleme yetkisine dayanarak bir plan ve program dâhilinde işçilerin anayasal güvenceye bağlanmış olan izin haklarını kullandırmak zorundadır. İzin hakkından vazgeçilemeyeceği açıktır.”²⁶

“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının ... dokuz yıllık izninin kullandırılmaması nedeniyle hizmet sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca haklı olarak hizmet akdini kendisi feshettiği için ...”²⁷

“Bununla beraber hak kazandığı izni çalışmakta iken işverenden isteyen işçi, kendisine böyle bir iznin kullandırılmayacağı açık ve kesin şekilde ifade edildiği takdirde İş Kanunu'nda tanınmış olan haklarını kullanabilir. ... Örneğin işçi için bu durum sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisi verir.”²⁸

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğine göre; *“İşçi yukarıdaki maddelere göre hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir. İşveren veya işveren vekilleri, bu istekleri Yönetmeliğin 15 inci maddesinde sözü geçen izin kuruluna veya 18 inci maddesinde belirtilen kişilere bildirir.” (m.7). “İşçi yıllık izin isteminde, adını soyadını, varsa sicil numarasını, iznini hangi tarihler arasında kullanmak istediğini ve ücretsiz yol izni isteyip istemediğini yazar. İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır. Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl*

²⁶ Yar. 9. HD, E.1998/8437, K.1998/10748, 23.06.1998.

²⁷ Yar. 9. HD, E.1995/19193, K.1995/24934, 30.11.1995.

²⁸ Yar. 9. HD, E.2002/17459, K.2002/2727, 13.02.2002.

iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir. Yol izni alanlar bu süreyi kullanmadan işe dönerlerse, işveren bunları anılan sürenin bitiminden önce işe başlatmayabilir.” (m.8).

Yargıtay’ca belirtildiği üzere, işçinin izin dilekçesini bırakmış olması kendisine izin verileceği anlamına gelmez. Eskiden böyle bir uygulama olması davacı işçiye bir hak sağlamaz ve bu durum devamsızlık sayılır²⁹ ve işveren için haklı fesih hakkı doğurur.³⁰ Ancak kararda belirtildiği gibi, işveren bu hakkını iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanmalıdır. Yargıtay’a göre; işçi izin tarihini dilediği gibi belirleyerek istediği zaman izne ayrılamaz. Bu husustaki yetki işverene aittir. Bu nedenle, işçi raporun bitiminde izne ayrılacağı ve bu arda kıdem tazminatı tavanının yükseleceği ve buna göre kıdem tazminatına hak kazanacağı faraziyesine dayanarak kıdem tazminatı farkı isteyemez.³¹ Aynı şekilde ücretli izin kullandırılması işverenin yetkisine ve yönetim hakkına ilişkin olup iznin işverence yapılacak plana göre kullanılması mümkün olduğundan, talebe rağmen izin verilmemiş olması işçi için haklı fesih nedeni sonucunu doğurmaz.³² Bizim de katıldığımız öğretideki görüşe göre, işveren işçinin hak ettiği iznini kullanma zamanını belirlemiş ve izin yılı içinde ancak izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçi bu hakkını, işverenin belirlediği yıllık izin zamanının etkisizleşmesi nedeniyle ve işverenin haklı

²⁹ Yar. 9. HD, E.1990/14393, K.1991/7202, 04.04.1991; Yar. 9. HD, E.1998/15055, K.1998/16955, 30.11.1998; Yar. 9. HD, E.2000/298, K.2000/2934, 20.03.2000; Yar. 9. HD, E.2007/15152, K.2008/10326, 25.04.2008; Yar. 9. HD, E.2016/30472, K.2016/3413, 22.02.2016.

³⁰ Yar. 9. HD, E.2006/15954, K.2006/17843, 20.06.2006; ayrıca bkz. Süzek, 2021, s.876,

³¹ Yar. 9. HD, E.1993/8915, K.1993/9235, 27.05.1993; Yar. 9. HD, E.1994/16833, K.1995/5974, 27.02.1995; Yar. 9. HD, E.1998/312, K.1998/2510, 25.02.1998.

³² Yar. 9. HD, E.1997/18487, K.1997/22430, 24.12.1997; Yar. 9. HD, E.2006/15954, K.2006/17843, 20.06.2006.

menfaatlerini ihlal etmeme koşuluyla kendiliğinden kullanabilir.³³

Kanaatimizce işçinin yıllık ücretli izne hak kazanmasına rağmen, iznin işveren tarafından kullanılmaması hukuka aykırıdır. Nitekim iznin gelecek hizmet yılı içinde kullanılmasına ilişkin düzenleme, mutlak emredici nitelikte olduğu için, işçinin talebine rağmen işverenin kullanmaması halinde, işveren tarafından kanun ile belirlenen çalışma koşullarının uygulanmaması ve hatta işçi aleyhine ağırlaştırılması söz konusu olmaktadır.³⁴ Ayrıca yıllık ücretli izni düzenleyen hükümlere aykırı bir şekilde iznin kullanılmaması, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının olumsuz bir şekilde etkilenmesine yol açmaktadır. İşverenin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınması gerekirken, işçiye iznini kullanmaması, iş sözleşmesinden doğan gözetme borcuna da aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesi ile taraflar arasında devamlı bir ilişki kurulduğu için, işçinin hak kazandığı iznini kullanmadan uzun süre aynı verim ile çalışması mümkün değildir.

Çalışarak yorulan işçinin dinlenmeden aralıksız uzun yıllar çalışması sonucunda, sağlığı bozulabilir, erken yıpranır ve işteki verimi azalır. Anayasa ile güvence altına alınan ve kanun ile genellikle emredici bir şekilde düzenlenen yıllık izin hakkı kapsamında işçiye izin verilmezse, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının varlığı mutlak suretle kabul edilmelidir. İşçi, kanun ile belirlenmiş olan çalışma koşullarının uygulanmamasına ilişkin olarak m.24/II,f hükmüne göre iş

³³ Bkz. aynı yönde Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 366; değerlendirmeler için bkz. Sevimli, *Yıllık Ücretli İzin Hakkının Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not*, 40-47.

³⁴ "Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır." (Yar. 9. HD, E.2009/6460, K.2009/23305, 17.09.2009.

sözleşmesini haklı sebebe dayanarak feshedebilir. Yargıtay'a göre işçinin kıdemine göre hak ettiği toplam yıllık ücretli izin süresinin tamamının değil de bir kısmının kullanılması ve kullanılmayan yıllık ücretli izin süresinin işçinin haklı nedenle feshine dayanak olarak kabul edilebilmesi için ancak işçinin talep etmesine rağmen işverence bu iznin kullandırılmaması durumunda söz konusu olur. Zira işçi iş sözleşmesini haklı nedenle sonlandırdığını ispatla yükümlüdür.³⁵

İşçinin fesih hakkını kullanabilmesi için öncelikle yıllık ücretli iznini kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirimde bulunması gerekir (YÜİY m.7/I). Böylece işverene, işyerinin gereklerini, işin yoğunluğunu, izinli işçilerin sayısını değerlendirerek, işçinin talebine göre izin tarihini belirleyebilmesi için uygun bir zaman verilmiş olacaktır. Ancak buna ilişkin talebini bildirmemiş olsa bile işverenin yönetim hakkına dayanarak yıllık izne ilişkin plan ve programı yapması gerekir; dolayısıyla bildirimde bulunmasa bile izin kullandırılmazsa işçinin fesih hakkının olduğu kabul edilmelidir. İşçinin hak kazandığı iznini gelecek yıl içinde kullanması gereğine göre, işçinin izin yılında hak ettiği izin günü kadar süre kalana dek beklemeli ve işveren o gün itibarıyla da iznini kullandırmaya başlamamışsa, işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmelidir.

Benzer şekilde yıllık ücretli izne hak kazanan işçinin, iznini kullanmak istediği zamanı işverene bildirip, bu konuda işverenin kabulünü veya başka bir tarihi belirlemesini beklemeden işten ayrılması halinde, izni kullandığının kabul edilmesi mümkün değildir; izne ilişkin bildirim yapıldığı tarihte iş sözleşmesini feshetmiş sayılmalıdır. Yargıtay'ın da aynı doğrultuda kararı bulunmaktadır. *“Davacı, davalıya ait işyerinde çalışırken ... dilekçe ile on beş gün izin istediğini ve izin süresinin bitiminde geçerli olmak üzere istifa ettiğini bildirmiş ve henüz izin*

³⁵ Yar. 22. HD, E.2016/15013, K.2019/12904, 13.06.2019.

verilmeden dilekçeyi verdiği tarihte işten ayrılmıştır. İş Kanunu ile ilgili mevzuat hükümlerine göre işçi kendi dilediği zamanda kullanamaz. İşveren izin kullanacağı süreyi ve zamanı belirleme yetkisine sahiptir. Buna rağmen işçinin izin dilekçesini verip işverenin bunu kabul etmesini beklemeden işten ayrılması, iş akdini o tarihte feshettiğini gösterir.”³⁶

Yönetmeliğin m.5 hükmünde bahsedilen izin kurulunun oluşumu m.15’de düzenlenmiştir. Buna göre, “İşçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur. Kurula işveren temsilcisi başkanlık eder. Kurulun başkanı dışında kalan işçi üyeleri ve yedekleri işyerinde varsa, işyeri sendika temsilcileri tarafından seçilir. Sendika temsilcileri seçilmemiş işyerinde izin kurulunun işçi üyeleri ve yedekleri, o işyerindeki işçilerin yarısından bir fazlasının katılacağı bir toplantıda açık oyla seçilir. İzin kurulu başkanı ile üye ve yedekleri işyerinde işveren tarafından ilan edilir. Asil üyelerin yokluğunda yedeklerin biri başkanın çağrısı üzerine toplantıya katılır. Herhangi bir nedenle eksilen üye ve yedekler aynı şekilde tamamlanır. İzin kurulu üyelerinin seçimi iki yılda bir yapılır. Yeni izin kurulu üyeleri seçilinceye kadar eski kurul üyeleri görevine devam eder. Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra yeni açılacak işyerlerinde seçim, işyerlerinin faaliyete geçtiği tarihi takip eden bir yıl içerisinde yapılır.”.

İzin kurulunun görev ve yetkileri ise Yönetmelik m.16’da sayılmıştır: “a) İşçiler tarafından verilip işveren veya işveren vekili tarafından izin kuruluna iletilen izin isteklerine göre hazırlayacağı izin çizelgelerini işverenin onayına sunmak, b) İzin çizelgelerini; işçilerin kıdemlerini, izni belirli bir dönemde kullanmak bakımından içinde buldukları zorunluluk veya engellerini, işin aksamadan yürütülmesini ve işçi sayısını göz önünde bulundurarak hazırlamak, c) İşçilerin yıllık izin hakları ile ilgili dilek ve şikâyetlerini inceleyerek sonucunu işverene ve ilgili işçiye bildirmek, d) Her yıl ücretli izinlerin

³⁶ Yar. 9. HD, E.1995/16833, K.1995/5974, 07.02.1995.

daha yararlı geçirilebilmesi için kamplar ve geziler düzenlemek, bu konuda alınması mümkün olan tedbirleri araştırmak ve işverene tekliflerde bulunmak. İzin kurulunun çalışmaları için gerekli yer, eleman, araç ve gereçler işveren tarafından sağlanır.” (YÜİY m.16). İzin kurulu kendisine yüklenen görevleri yerine getirmek üzere yıllık izin çizelgelerinin hazırlanması sırasında ve gerektiğinde başkanın çağrısı ile iş saatleri içerisinde toplanır. Toplantılarda alınan kararlar ve yapılan işler izin kurulu karar defterine yazılarak imzalanır (YÜİY m.17). İşçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde; izin kurulunun görevleri, işveren veya işveren vekili veya bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilci tarafından yerine getirilir (YÜİY m.15). Hükümde izin kurulu bulunması zorunlu olmayan işyerlerine ilişkin esaslar belirlenmiştir. İzin kurulunca hazırlanıp ilan edilecek çizelgede işçinin; adı soyadı, sicil numarası, işe giriş tarihi, yıllık izne hak kazandığı tarih, işyerindeki çalışma süresi, izin günleri sayısı, yol izni günleri sayısı, iznin başlama tarihi, iznin sona ereceği tarih belirtilir (YÜİY m.19).

İşçinin yıllık izin talebinde, ad ve soyadı, varsa sicil numarası, iznini hangi tarihler arasında kullanmak istediği ve ücretsiz yol izni isteyip istemediği belirtilmelidir. İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır. Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir. Yol izni alanlar bu süreyi kullanmadan işe dönerlerse, işveren bunları anılan sürenin bitiminden önce işe başlatmayabilir (YÜİY m.8).

Mevsimlik veya kampanya işlerinde yıllık ücretli iznin kullanılma zamanına ilişkin olarak ise, YÜİY m.12 hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, “İş Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında sözü geçen ve nitelikleri yönünden bir

yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanır.”. Dolayısıyla mevsimlik veya kampanya işlerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler açısından, yıllık ücretli izne ilişkin hak kazanma koşullarının gerçekleşmesi ile birlikte, işçi gelecek hizmet yılı içinde iznini kullanmak zorundadır.

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz; iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır. Yıllık izne hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz (YÜİY m.13). Geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında da geçici iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği takdirde, Yönetmelik hükümleri uygulanır (YÜİY m.14); dolayısıyla yıllık ücretli izne hak kazanma koşulları, izin süreleri, iznin kullanılması ve izin ücretine ilişkin belirlenen esaslar, geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiler hakkında da geçerlidir.

İşveren, çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği Yönetmeliğe ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır; ayrıca her işçinin yıllık izin durumunu aynı esaslara göre düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edebilir (YÜİY m.20). Yıllık iznin kullandırıldığına ilişkin ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile ispatlamalıdır.³⁷

³⁷ Yar. 22. HD, E.2017/21851, K.2019/12436, 10.06.2019; Yar. 22. HD, E.2016/15079, K.2019/12615, 11.06.2019; Yar. 22. HD, E.2017/22952, K.2019/13122, 17.06.2019; Yar. 22. HD, E.2016/27929, K.2020/1081,

Yargıtay 2019 yılında verdiği bir kararında davacı ve davalı tanıklarının işverence imza attırılsa da yıllık izinlerin kullandırılmadığı yönündeki ortak beyanı karşısında davalı işverence tutulan yıllık izin defterinin gerçeği yansıtmadığının ortaya çıktığını, davacının çalışma süresine göre hak kazandığı yıllık ücretli izin alacağına imza attırılmasına rağmen kullandırılmayan yıllık izin sürelerinin de hesaplama dâhil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁸ Yine 2019 yılında vermiş olduğu bir başka kararına göre de; *“Davacı son 5 yıl boyunca yıllık izinlerini kullanmadığını beyan ederek yıllık izin ücret talebinde bulunmuş, davalı ise davacının yıllık izinlerini kullandığını beyan etmiştir. Davalı tarafça dosyaya yıllık izin defterinin sunulduğu, davacının yıllık izin defterindeki atılan imzaların kendisine ait olmadığı yönünden imzaya itiraz ettiği görülmüştür. Jandarma Kriminal Dairesi tarafından yapılan 12.03.2013 tarihli bilirkişi incelemesi neticesinde, 2008 ve 2009 yıllarında atılan imzaların davacının eli ürünü olmadığı tespit edilmiş ancak 2010 ve 2011 yıllarına ait imzalar üzerinde inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece bilirkişi raporu doğrultusunda davacının 2008-2009-2010 ile 2011 yıllarına ait yıllık izinleri kullanmadığı değerlendirilerek yıllık izin ücret alacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak davalı tarafça dosyaya sunulan 2010 ve 2011 yılları şubat aylarına ait imzalı ücret bordrolarında; yıllık izin tahakkukları bulunduğu, söz konusu tahakkuklara ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür.*

22.01.2020; Yar. 22. HD, E.2016/28073, K.2020/957, 22.01.2020; Yar. 22. HD, E.2016/27483, K.2020/965, 22.01.2020; Yar. 22. HD, E.2017/27797, K.2020/2933, 19.02.2020; Yar. 22. HD, E.2017/27615, K.2020/2668, 17.02.2020; Yar. 22. HD, E.2017/27616, K.2020/2669, 17.02.2020; Yar. 9. HD, E.2016/9479 K.2019/21308, 02.12.2019; Yar. 22. HD, E.2016/27298, K.2020/1107, 23.01.2020; Yar. 22. HD, E.2019/4496, K.2019/12355, 30.05.2019; ayrıca bkz. Süzek, 2021, s.878.

³⁸ Yar. 22. HD, E.2016/15506, K.2019/12564, 11.06.2019; Yar. 22. HD, E.2016/15505, K.2019/12563, 11.06.2019; Yar. 22. HD, E.2016/15504, K.2019/12562, 11.06.2019.

Mahkemece davacı asil duruşmaya çağrılarak bordrolarda yer alan yıllık izin tahakkukları hakkında diyecekleri sorulup, gerekirse yıllık izin defterinde bulunan 2010 ve 2011 yıllarına ait imzalar üzerinde inceleme yaptırılarak sonuca gidilmesi gerekirken eksik incelemeye hüküm kurulması hatalı olmuştur.”³⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yıllık ücretli izin Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkıdır ve kullanılacak zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.⁴⁰ Covid-19 salgını nedeniyle, yönetim hakkı bağlamında, işverenin işçileri yıllık ücretli izne göndermesi meselesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Salgın dönemi dikkate alındığında zorlayıcı sebeple fesih yerine ücretli izne gönderilmek işçinin lehinedir. Bu nedenle işverenin işçi istemese bile yıllık ücretli izne göndermesi, salgın döneminde yönetim hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez.⁴¹

7244 sayılı Kanun⁴² ile İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesine eklenmiş olan fesih yasağına göre; *“Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez (f.I). Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı*

³⁹ Yar. 22. HD, E.2015/20894, K.2019/12767, 12.06.2019.

⁴⁰ Şahin Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 120; Yar. 9. HD, E.2014/27000, K.2016/2328, 28.01.2016.

⁴¹ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 120.

⁴² 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 17.04.2020, S: 31102 (https://www.resmi_gazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200417-2.htm , 25.06.2021).

nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez (f.II). Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir (f.III). Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri altı aya kadar uzatmaya yetkilidir (f.IV)." Madde hükmüne göre Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi yönünden fesih yasağı getirilmişti. İşyerinin salgından etkilenip etkilenmediğinin fesih yasağının uygulanması bakımından önemi bulunmamaktaydı. Kanun koyucu salgının çalışma yaşamına genel etkilerini gözeterek genel bir düzenleme yapmış ve geçici bir dönem için fesih yasağı getirmişti.⁴³

Burada ayrıca üzerinde durulması gereken husus; sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler bakımından yıllık ücretli izin hakkının serbestçe kullanılmayacak olmasıdır. Bu noktada işverenin yönetim hakkı sınırsız değildir.⁴⁴ İşçilere yıllık ücretli izin kullanılırken her birinin durumuna uygun bir şekilde hareket edilmeli ve sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler dikkate alınmak suretiyle bu izin kullanılmalıdır.⁴⁵

Kanaatimizce hafta sonu ve diğer günlerde sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan gün ya da günlerin işçinin yıllık iznine sayılması için Yargıtay uygulamasına da uygun olarak işçinin rızası gerekir. Yargıtay'a göre; kısa süreli izinlerin yıllık izinden sayılması için işçinin yıllık izin olarak kısa süreli izni kullanmayı talep etmesi gerekmektedir ve işçinin talebi olmaksızın kullanılan kısa süreli izinler *işverence verilen diğer*

⁴³ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 194.

⁴⁴ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 120-121; Yar. 22. HD, E.20137497, K.2013/28873, 12.12.2013.

⁴⁵ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 120-121.

izinler kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁶ O halde sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler ancak işçinin talebi ile yıllık izne sayılabilecektir. Henüz asgari bir yıllık bekleme süresini doldurmamış olan işçiler açısından ise, yıllık en az dinlenme hakkı olan on günlük izin süresinin bertaraf edilmemesi gerekir. İşçinin hak kazanılan izninden en az on günü saklı kalmak kaydıyla, sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler işçinin rızası ile yıllık izinden sayılabilir.⁴⁷

Sokağa çıkma yasağı olan dönemde bir yıllık süreyi doldurmuş olsun veya olmasın, işçinin rızasının olmadığı hallerde çalışılmayan sürenin İş Kanunu m.64 uyarınca telafi çalışması ile giderilmesi mümkün olabilecektir.⁴⁸

Yukarıda da bahsedildiği üzere yıllık ücretli izin hakkı, işçinin muvafakati olsa dahi avans olarak kullanılamaz. Hak kazanmadığı halde işçiye kullanılan izin *işverence verilen diğer izinler* kapsamındadır. Yıllık ücretli iznin avans olarak kullanılması kabul edildiği takdirde, mevcut düzenlemeler kapsamında, yıllık ücretli izin hakkı olmayan bir işçinin salgın tedbirleri nedeniyle takip eden yıllarda yıllık ücretli izin kullanılmaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Kaldı ki işçinin aynı işveren ait bir işyerinde ne kadar süre ile çalışacağı da aslında belirsizdir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 10. maddesinde yer alan *avans izin* kuralı, toplu izin kullanımı haline özgü olmak üzere getirilmiştir. Kaldı ki Yönetmelik işverenin avans izin kullandırmasına doğrudan imkân da sağlamamaktadır.⁴⁹

Ancak konuya çözüm getirilmesi açısından bazı önerilerde bulunulabilir. Öncelikle İş Kanunu m.56/III uyarınca yıllık

⁴⁶ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 188; Yar. 9. HD, E.2015/29199, K.2015/36728, 24.12.2015.

⁴⁷ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 188.

⁴⁸ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 187.

⁴⁹ Çil, *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 121-122.

ücretli *izin* bir bölümü on günden az kullandırılmaz kuralını koruyacak şekilde ve izinde bir tür saklı pay kabul edilerek avans izin kullanımına sınırlı olarak imkân tanınabilir. Örneğin, izin hakkının tamamını kullanmış bir işçinin gelecek her yıla ait izin hakkı otuz gün ise yirmi günü önceden avans olarak kullanması mümkün olabilir. Takip eden yıllar için hak kazanılacak olan izinler bakımından da her yıla ait en az on günlük saklı izin hakkı korunmak kaydıyla avans izin kullanımı kabul görebilir. Başka bir çözüm tarzı olarak, avans izin kullanımının sadece içinde bulunulan yıl ile sınırlı tutulması yani o yıl yıllık ücretli izin kullanma dönemi henüz gelmemiş işçi için avans izin, izin kullanımının öne çekilmesi anlamına gelecektir. Örneğin işe giriş tarihi temmuz ayı olan ve yıllık izin hakkı takip eden temmuz ayında doğacak olan işçiye on dört günlük izin hakkının avans olarak kullandırılması mümkün olabilir. Bu ihtimalde sonraki yıllar doğacak izinlerin avans olarak önceden kullanımı kabul edilmemelidir. *Çil'e* göre, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 10. maddesi de bu görüşü destekler mahiyettedir ve yargı uygulamasının sadece içinde bulunulan yıla ait izinlerin avans olarak kullandırılması yönünde gelişim göstermesi Yönetmeliğe de uygun olacaktır.⁵⁰ Diğer bir çözüm tarzı olarak ise, her iki çözüm tarzının bir arada uygulanması düşünülebilir. İçinde bulunulan yıl için yıllık ücretli izne hak kazanılmamış olursa da işçinin o yıl izninin avans olarak tamamının kullandırılması ve ancak takip eden yıllar için doğacak izinlerin her yıl için on gün saklı izin payına dokunulmamak kaydıyla kullandırılması şeklinde bir uygulama benimsenebilir.⁵¹ İkinci olasılık adil ve hukuka uygun olandır ancak salgın tedbirlerinin uzun süre devam edebileceği ihtimali karşısından farklı çözüm önerilerinin düşünülmesi de mümkündür.⁵²

⁵⁰ *Çil, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 122.

⁵¹ *Çil, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 122-123.

⁵² *Çil, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*, 123.

II. TOPLU İZİN UYGULAMASI

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile işyerlerinde toplu izin uygulamasına ilişkin esaslar da belirlenmiştir. Buna göre, “İşveren veya işveren vekili Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulayabilir. Bu uygulamaya gidildiğinde, izin kurulu izin çizelgelerini, toplu izne çıkacak işçiler aynı zamanda izne başlayacak ve Kanununun 53 üncü maddesindeki izin sürelerine ve yol izni isteklerine göre her işçinin izin süresinin bitimini gösterecek biçimde düzenler ve ilan eder. Toplu izin dönemleri, bu dönemlerde henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçileri de kapsayacak şekilde belirlenebilir. Şu kadar ki, ertesi yıl veya yıllarda bu toplu izin yönteminin uygulanmaması halinde, bu durumda olanların gelecek yıllık ücretli izne hak kazanacakları tarih, genel esaslara göre belirlenir.” (YÜİY m.10). Öğretide ekonomik krizde olan işyerleri için eski Yönetmelikte de yer alan toplu izin dönemine ilişkin hükmün esnekleştirilerek söz konusu dönem dışında toplu izin olanağının tanınması yönünde görüş ifade edilmektedir.⁵³

Bazı işçilerin toplu izin uygulaması dışında tutulabileceği m.11’de hükme bağlanmıştır. Buna göre; “Toplu izin uygulanması halinde işveren veya işveren vekili, işyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar için yeter sayıda işçiyi toplu izin dışında tutabilir. Bu durumda olanların yıllık izinleri toplu izin döneminden önce veya sonra diledikleri tarihte verilir.”. Bir işyerinde toplu izin uygulamasına gidilmesi halinde, işyerindeki

⁵³ Çelik et al., *İş Hukuku Dersleri*, 857; Öner Eyrenci, “Ekonomik Krizde Sorunlar, Öneriler ve Çözümler,” *Peryön Bülteni*, Ağustos 1994, 11-12; Tankut Centel, “Ekonomik Krizin Endüstri İlişkilerine Etkisi.” *Mercek*, (1999), 17.

faaliyete de ara verilmiş olmaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla, yıllık ücretli izne hak kazanma koşullarının tüm işçiler için aynı zamanda gerçekleşmiş olması mümkün değildir. Hükümde hak kazanma açısından bir istisnaya yer verilmiş ve bazı işçiler henüz yıllık izne hak kazanmamış dahi olsa, toplu izin uygulamasında işyerindeki faaliyetine geçici olarak ara verebilmesi için, bu işçiler de uygulamanın kapsamına alınmıştır. Ancak bu durumda ertesi yıl veya yıllarda bu toplu izin yönteminin uygulanmaması halinde, bu durumda olanların gelecek yıllık ücretli izne hak kazanacakları tarihin, genel esaslara göre belirlenmesi gerekir. Bu durumda toplu iznin başlangıç tarihinin, diğer yıllar için izne hak kazanılan tarih olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁵⁵

Yönetmeliğin 11. maddesinde birtakım sebeplerle yeter sayıda işçinin toplu izin dışında tutulabileceği ifade edilmiştir. Hükümde örneklendirme suretiyle sayılan sebepler işyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bu zorunlulukların gerektirdiği kadar işçinin toplu izin uygulamasının dışında bırakılması yeterli ölçü olarak kabul edilmelidir.⁵⁶ Hükümde bu ifadenin kullanılması, işverenin bu sayının belirlenmesinde serbest olmadığını, zorunlulukların giderilebilmesi için yeterli işçi sayısının belirlenen bu uygulamanın dışında bırakılabileceğini hükme bağlamaktadır. Hükümün ifadesinde çıkartılabilecek bir diğer husus, çalışacak işçilerin ismen belirlenmesinde, sayılan sebeplere ilişkin olarak o nitelikte işi yapan işçilerin seçilmesine dikkat edilmesi gereğidir. Böylece işyeri için bazı işlerin devamında zorunluluk

⁵⁴ Toplu izin uygulamasının ekonomik kriz ile olan bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ekonomi, İş Hukuku*, 172.

⁵⁵ Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, 150.

⁵⁶ Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, s.150.

varsa, ancak bu işleri yapabilecek işçilerin toplu izin uygulaması dışında bırakılarak çalıştırılması uygun olur. Aksi durum hükmün düzenleniş amacına aykırılık teşkil eder. İşyerindeki bazı işçiler, işverenin belirlemesi sonucunda toplu izin uygulamasının dışında kalmışlarsa, bunların yıllık izinleri toplu izin döneminden önce veya sonra diledikleri tarihte verilir. Ancak hakkaniyet çerçevesinde önemli nedenler varsa işveren, işçilerin istedikleri tarihten başka bir tarihte izinlerini kullanabilir.⁵⁷

III. COVID-19 SALGINININ YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ KULLANILMASINA ETKİSİ

Özellikle yıllık ücretli izin hakkının kullanım zamanının işverenin yönetim hakkı bağlamında yeniden incelenmesi; işçinin yıllık ücretli izin dönemine rastlayan ve hafta sonunda sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan gün ya da günlerin işçinin yıllık iznine sayılıp sayılmayacağı meselesinin değerlendirilmesi; ayrıca bir yıllık bekleme süresini doldurmayan işçi açısından yıllık ücretli iznin avans olarak kullanılarak kullanılamayacağı hususunun yeniden ele alınması gerekmektedir.

Yıllık ücretli izin hakkı, Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkıdır ve kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Salgın dönemi dikkate alındığında zorlayıcı sebeple fesih yerine ücretli izne gönderilmek işçinin lehinedir. Bu nedenle *kanaatimizce* işverenin işçiyi yıllık ücretli izne göndermesi, salgın döneminde yönetim hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyecektir.

⁵⁷ Kübra Doğan Yenisey, *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2009), 1810; Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 1810.

Burada ayrıca üzerinde durulması gereken husus; sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler bakımından yıllık ücretli izin hakkının serbestçe kullanılmayacak olmasıdır. Bu noktada işverenin yönetim hakkı sınırsız değildir. İşçilere yıllık ücretli izin kullanılırken her birinin durumuna uygun bir şekilde hareket edilmeli ve sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler dikkate alınmak suretiyle bu izin kullanılmalıdır. Hafta sonu ve diğer günlerde sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan gün ya da günlerin işçinin yıllık iznine sayılması için Yargıtay uygulamasına da uygun olarak işçinin rızası gerektiği kanaatindeyiz. Sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler ancak işçinin talebi ile yıllık izne sayılabilecektir.

Henüz asgari bir yıllık bekleme süresini doldurmamış olan işçiler açısından ise, yıllık en az dinlenme hakkı olan on günlük izin süresinin bertaraf edilmemesi gerekir. İşçinin hak kazanılan izninden en az on günü saklı kalmak kaydıyla, sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler işçinin rızası ile yıllık izinden sayılabilir. Sokağa çıkma yasağı olan dönemde bir yıllık süreyi doldurmuş olsun veya olmasın, işçinin rızasının olmadığı hallerde çalışılmayan sürenin İş Kanunu m.64 uyarınca telafi çalışması ile giderilmesi mümkün olabilecektir.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçinin muvafakati olsa dahi avans olarak kullanılamaz. Hak kazanmadığı halde işçiye kullanılan izin *işverence verilen diğer izinler* kapsamındadır. Yıllık ücretli izin hakkı olmayan bir işçi açısından, iznin avans olarak kullanılması kabul edildiği takdirde, mevcut düzenlemeler kapsamında, salgın tedbirleri nedeniyle takip eden yıllarda yıllık ücretli izin kullanılmaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Kaldı ki işçinin aynı işverene ait bir işyerinde ne kadar süre ile çalışacağı da aslında belirsizdir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 10. maddesinde yer alan *avans izin* kuralı, toplu izin kullanımı haline özgü olmak üzere getirilmiştir. Kaldı ki Yönetmelik işverenin avans izin kullanımına doğrudan imkân da sağlamamaktadır. Bir çözüm önerisi olarak, avans izin

kullanımının sadece içinde bulunulan yıl ile sınırlı tutulması yani o yıl yıllık ücretli izin kullanma dönemi henüz gelmemiş işçi için avans izin kullandırılmasının, yıllık ücretli izin kullanımının öne çekilmesi anlamına gelmesi şeklinde yorum yapılabilir. Bu ihtimalde sonraki yıllar doğacak izinlerin avans olarak önceden kullanımı kabul edilmemelidir. Kanaatimizce Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 10. maddesi de bu görüşü destekler mahiyettedir. Bu olasılık adil ve hukuka uygun olmaktadır ancak salgın tedbirlerinin uzun süre devam edebileceği ihtimali karşısında farklı çözüm önerilerinin düşünülmesi de mümkündür.

SONUÇ

Yıllık ücretli izin hakkı; işçiler için kanun, iş veya toplu iş sözleşmesi veya örf ve âdet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma süresinin içinde çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak olarak tanımlanabilecektir.

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanmasına rağmen, iznin işveren tarafından kullandırılmaması hukuka aykırıdır. Nitekim iznin gelecek hizmet yılı içinde kullanılmasına ilişkin düzenleme, mutlak emredici nitelikte olduğu için, işçinin talebine rağmen işverenin kullandırmaması halinde, işveren tarafından kanun ile belirlenen çalışma koşullarının uygulanmaması ve hatta işçi aleyhine ağırlaştırılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca yıllık ücretli izni düzenleyen hükümlere aykırı bir şekilde iznin kullandırılmaması, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının olumsuz bir şekilde etkilenmesine yol açmaktadır. İşverenin işçinin çıkarlarını koruması ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınması gerekirken, işçiye iznini kullandırmaması, iş sözleşmesinden doğan gözetme borcuna da aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesi ile taraflar arasında

devamlı bir ilişki kurulduğu için, işçinin hak kazandığı iznini kullanmadan uzun süre aynı verim ile çalışması mümkün değildir.

Çalışarak yorulan işçinin dinlenmeden aralıksız uzun yıllar çalışması sonucunda, sağlığı bozulabilir, erken yıpranır ve işteki verimi azalır. Anayasa ile güvence altına alınan ve kanun ile genellikle emredici bir şekilde düzenlenen yıllık izin hakkı kapsamında işçiye izin verilmezse, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının varlığı mutlak suretle kabul edilmelidir.

Yıllık ücretli izin Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkıdır ve kullanılacak zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Covid-19 salgını nedeniyle, yönetim hakkı bağlamında, işverenin işçileri yıllık ücretli izne göndermesi meselesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Salgın dönemi dikkate alındığında zorlayıcı sebeple fesih yerine ücretli izne gönderilmek işçinin lehinedir. Bu nedenle işverenin işçi istemese bile yıllık ücretli izne göndermesi, salgın döneminde yönetim hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez.

Sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler bakımından yıllık ücretli izin hakkının serbestçe kullanılmayacak olmasıdır. Bu noktada işverenin yönetim hakkı sınırsız değildir. İşçilere yıllık ücretli izin kullandırılırken her birinin durumuna uygun bir şekilde hareket edilmeli ve sokağa çıkma yasağı olan işçiler ve dönemler dikkate alınmak suretiyle bu izin kullandırılmalıdır.

Hafta sonu ve diğer günlerde sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan gün ya da günlerin işçinin yıllık iznine sayılması için Yargıtay uygulamasına da uygun olarak işçinin rızası gerekir. O halde sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler ancak işçinin talebi ile yıllık izne sayılabilecektir. Henüz asgari bir yıllık bekleme süresini doldurmamış olan işçiler açısından ise, yıllık en az dinlenme hakkı olan on günlük izin süresinin bertaraf edilmemesi gerekir. İşçinin hak kazanılan

izninden en az on günü saklı kalmak kaydıyla, sokağa çıkma yasağı sebebiyle çalışılmayan süreler işçinin rızası ile yıllık izinden sayılabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

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

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol. "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları." Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000.
- Akyiğit, Ercan. İş Kanunu Şerhi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.
- Akyiğit, Ercan. 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.
- Centel, Tankut. "Ekonomik Krizin Endüstri İlişkilerine Etkisi." Mercek, Ocak 1999.
- Çenberci, Mustafa. İş Kanunu Şerhi. Ankara: Olgaç Yayınları, 1984.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Nurşen, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Çil, Şahin. Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Çöğenli, Taner. Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin. İstanbul: Üçdal Yayınevi, 1983.
- Doğan Yenisey, Kübra. Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2009.
- Ekonomi, Münir. Maastricht Antlaşmasından Önce Birliğin Sosyal Politikaları. Fethiye: Avrupa Birliği'nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, 1997, ÇMİS Yayını, 1997.
- Ekonomi, Münir. İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku. İstanbul: İTÜ Yayınları, 1984.
- Eyrenci, "Öner. Ekonomik Krizde Sorunlar, Öneriler ve Çözümler." Peryön Bülteni, Ağustos 1994.
- Günay, Cevdet İlhan. "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı." Sicil İş Hukuku Dergisi 20, (2010).

- Günay, Cevdet İlhan. İş Hukuku-Yeni İş Yasaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- İnciroğlu, Lütfi. Sorulu-Cevaplı, Yeni İş Hukuku Uygulaması. Ankara: Legal Yayınları, 2005.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Muhittin Astarlı. İş Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. İş Hukuku. Ankara: Lykeion Yayınları, 2021.
- Narmanlıoğlu, Ünal. İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1998.
- Sevimli, Ahmet. "Yıllık Ücretli İzin Hakkının Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not." Sicil İş Hukuku Dergisi 18, (2010).
- Soyer, M. Polat. "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not-İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanmaması." Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, (2002)
- Soyer, Ö. Polat. "Avrupa Birliğinde İş Süresi ve Dinlenme Hakları." Ölüdeniz-Fethiye: Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları Ve Türkiye Semineri, 1997.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2021.

Derleme/Collected Work

GENEL GÜVENLİĞİN TEHLİKEYE SOKULMASI SUÇLARI (TCK mad. 170, 171)

*The Crimes of Endangerment of General Security
(TPC Art. 170, 171)*

Gülsün Ayhan
AYGÖRMEZ*

Öz


Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (TCK m. 170) ile taksirle tehlikeye sokulması (TCK m. 171) suçu, gerek özel kanunlar gerekse çekirdek ceza kanunu bakımından tüm genel tehlike yaratan suçlara temel oluşturan suç türleridir. Genel tehlike yaratan suç kapsamındaki söz konusu suçların doğası da tehlikelere yöneliktir. Bu husus, söz konusu suçların yapısını da esaslı oranda etkilemektedir. Buna karşın bu suçların hukuki değerler üzerinde yarattığı etkiler bakımından doğalarının ne olduğunun tartışılması ve ortaya konulması gerekmektedir. Burada bu suçlarla korunan hukuki değerlerin de nelerden ibaret olduğunun açık bir şekilde tespit edilmesi büyük önem

* Doç. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı), gulsun.aygormez@gedik.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3386-2470.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.10.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.11.2021.

Atıf/Citation: Aygörmez, Gülsün Ayhan. "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 313-355.

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

taşımaktadır. Tüm bunlara ek olarak bu suçlarda teşebbüs ve içtima hususlarının da ayrıca ele alınması gerekmektedir. Mevcut çalışma, tüm bu hususları öğreti ve yargı içtihatları göz önünde bulundurarak değerlendirmeye almayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması, Potansiyel Tehlike Suçu, Genel Tehlike, Genel Huzuru, Tehlike Suçları.

Abstract

Crime of intentional endangerment of general security (TPC art. 170) and crime of endangerment by negligence (TPC art. 171) are the basis for all crimes that create a general danger, whether it is special laws in terms of sub-criminal law norms or the Turkish Penal Code itself in terms of being the core criminal law. The nature of the aforementioned crimes, which are within the scope of the crime that creates a general danger, is also related to the dangers. This issue also affects the structure of the crimes in question substantially. On the other hand, it is necessary to discuss and reveal the nature of these crimes in terms of their effects on legal values. At this juncture, it is of great importance to clearly determine what the legal values protected by these crimes consist of. In addition to all these, the issues of attempt and collusion in these crimes should also be addressed. This paper aims to evaluate all these issues by taking into account the doctrines and jurisprudence.

Keywords: Endangerment of General Safety, The Crime of Potential Danger, General Danger, Public Peace, Crimes of Danger.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun Üçüncü Kısımında "Topluma Karşı Suçlar" başlığı altındaki Birinci Bölümünde öngörölmüş olan

“Genel Tehlike Yaratan Suçlar” içerisinde yer alan, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması TCK m. 170 ile taksirle tehlikeye sokulması TCK m. 171 suçu, bu bölümün en önemli suçlarından. TCK m. 170 gereği “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 kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu TCK m. 171 gereği ise „(1) Taksirle; a) Yangına, b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına, neden olan kişi, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Her ne kadar 2020 Türkiye Adalet ve Adli İstatistiklerinde bu suçlara ilişkin ayrı bir veri bulunmasa da TCK m. 170-180 aralığındaki tüm suçlara ilişkin suç sayısı 88.595, bunların tüm suçlara oranı ise 4, 1 olarak verilmiştir.¹ Bu yüzde hiç de azımsanmayacak bir orana tekabül etmektedir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir zarar tehlikesi olmadan ya da korku, kaygı, panik yaratabilecek olaylardan uzak, güvenli bir ortamda yaşamaları amacıyla genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçları kabul edilmiştir. Bu suçlar genele karşı işlenir, dolayısıyla suçların mağduru, belirli bir kişi olmayıp, tehlike altında bulunan ve zarar görme

1

<https://adaletsicili.gov.tr/Resimler/SayfaDoküman/22420211449082020HİZMETEÖZELKİTAP.pdf>.

olasılığı olan çok sayıda kişidir.² Bu suçların işlenmesiyle kişilerin sakin ve güvenli bir ortamda yaşama hakları ihlal edilmekte,³ malvarlığı ve sağlık hukukî değerleri tehlikeye girmektedir.⁴ Bu nedenle suçların tehlikelerden koruduğu hukuki değerler kişilerin hayatı, sağlığı ve/veya malvarlığı ile huzurudur (korku, kaygı ve panikten uzak). Burada hukuki değer olarak “genelin huzurunun” özellikle altını çizmek gerekir. Zira bu durum öncelikli olarak bu suçların var oluş gerekçesini açıklamaktadır. Gerçekten de şu husus sabittir ki kanun koyucu kişilere karşı işlenen öldürme, yaralama, mala zarar verme suçları hali hazırda Türk Ceza Kanunu içerisinde yer almasına rağmen bunların yanında bir de bu şekilde genel tehlike yaratan suçları öngörmüştür. Buna ek olarak genelin, hayat, sağlık, malvarlığı gibi hukuki değerlerinin tehlikelerden korunması haricinde, genelin huzurunun da bu suçlar eliyle korunuyor olmasının en önemli sonucu, bu suçların diğer suçlar ile içtimana ilişkindir. Hukuki değerlerdeki farklılıklar, hem özel norm genel norm hem de suçların birbiri içinde erimeleri ya da geçiş suçu olmalarında esaslı rol oynayan etmenlerdir.

II. SUÇLARIN DOĞASI

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (TCK m. 170) kapsamında birden fazla seçimlik hareketle⁵ işlenebilen (adeta toplu) bir suç öngörülmüştür:

² Yargıtay 8. CD, E.2015/15443, K.2016/5525, 25.4.2016; Eylem Aksoy Retornaz, “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 25 (2012): 5.

³ Yargıtay 8.CD, E.2 015/15443, K.2016/5525, 25.4.2016.

⁴ Benzer görüşler için bkz. Köksal Bayraktar (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 2; Aksoy Retornaz, “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu,” 4.

⁵ Aksoy Retornaz, “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu,” 6,7.

Birinci fıkranın birinci bendinde yangın çıkarma, birinci fıkranın ikinci bendinde bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, birinci fıkranın üçüncü bendinde silahla ateş etme ve patlayıcı madde kullanma suçu; ikinci fıkrada yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma suçu yer almaktadır.

Her bir tipik fiilin yapısı birbirinden farklıdır. Şöyle ki:

Baskın görüş⁶ birinci fıkradaki suçun somut tehlike suçu olduğu fikrindedir. Ancak burada tipik hareketler ayrı ayrı ele alınarak bir değerlendirme yapmak isabetli olacaktır. Hükmün birinci fıkrasının birinci bendinde yer alan yangın çıkarma ile birinci fıkranın ikinci bendinde bulunan bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, potansiyel soyut tehlike suçudur.⁷ Burada, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda dolayısıyla potansiyelde – elverişlilikte olma özellikle aranmaktadır. Bu suçlarda korunan hukuki değerler de bu zarar verme potansiyelinden korunmaya çalışılan değerlerdir. Bu suçların ağırlık noktası korunan bu kısım olup, tek başına yangın çıkarma, bina çökmesine neden vs. bu fıkra kapsamında korunmaya alınmamaktadır. Dolayısıyla korunan hukuki değerlerin ağırlık noktasından hareketle, bu suçların (her ne kadar

⁶ Yargıtay 16. CD, E.2017/1749, K.2017/4575, 23.6.2017; Eylem Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 18- 19; Halil Polat, "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimaı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2010): 140; Bayraktar (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 2.

⁷ Potansiyel soyut tehlike suçları hakkında açıklamalar için bkz. Gülsün Ayhan Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, Cilt:1 (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021), 57ff.

yangın çıkarmış olma bir netice olsa da) potansiyel soyut tehlike suçu olduğunu söylemek yanlış olmaz. Burada yaratılan kötü neticenin (yangın vs.) kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda olması dolayısıyla bu elverişliliğe/potansiyele sahip olması, bir soyut tehlike suçu olmasına rağmen bu fıkranın neden ikinci fıkradan daha fazla cezayı gerektirdiğini açıklamaktadır.

Aynı şekilde birinci fıkranın üçüncü bendinde yer alan silahla ateş etme ve patlayıcı madde kullanma da (potansiyel) soyut tehlike suçudur.⁸ Bu suçta silahla ateş etme ve patlayıcı madde kullanma hareketleri zaten başlı başına soyut tehlike yaratan hareketlerdir. Ancak kanun koyucu yaratılan bu soyut tehlikeyi tek başına yeterli görmemiş bunun yanında bu hareketin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda dolayısıyla potansiyelde olmasını aramıştır.

İkinci fıkrada yer alan yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma, madde gerekçesi ve öğretiyeye⁹ göre soyut tehlike suçu olup, bu fiiller dolayısıyla kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Gerçekten de bu fıkradaki suçun hareket suçu, dolayısıyla tehlike suçu olduğundan şüphe yoktur. Ancak normda açıkça yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ

⁸ Aksi yönde bu suçun somut tehlike suçu olduğu fikrinde Murat Aydın, "Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması," *Terazi Hukuk Dergisi*, no: 6 (Şubat 2007): 54.

⁹ Polat, "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimai," 140; Bayraktar (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 2; Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 18, 19.

düşmesi, sel veya taşkın “tehlikesine” neden olma özellikle şart koşulmuştur. Belirli bir tehlikenin suç tipikliğinde bu şekilde açıkça norma bağlanması, somut bir tehlike yaratılmasının özellikle arandığını göstermektedir. Soyut tehlike suçlarında yalnızca hareketin yapılması başlı başına tehlikelidir ve somut olarak tehlike yaratılması ayrıca aranmaz.¹⁰ Ancak ikinci fıkradaki suç, tipik hareketin icrası ile yangın çıkması ya da bina çökmesi vs. somut tehlikesi yaratılmasını, ancak şans eseri ne olduyorsa ne yangının çıktığı ne de binanın çöktüğü ancak bu zararlı netice ile burun buruna gelindiği durumları suç kapsamında görmektedir. Bu nedenle bu suç, somut tehlike suçudur. Bu somut tehlike suçu, yangın çıkarma tehlikesi yaratmayı cezalandırdığından ve bu tehlikenin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı üzerinde bir tehlike yaratma potansiyeli aramadığından, bu suçun cezası birinci fıkradaki suçun cezasına göre daha düşüktür. Böylelikle hareket ve netice haksızlığı ile orantılı kusura dayalı ceza miktarı öngörülmüş olmaktadır.

Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu ise öğretide¹¹ tehlike suçu olarak kabul edilmektedir. Bu suçta bina

¹⁰ Tehlike suçları hakkında ayrıntılar için bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 118, 119; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 214; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 261; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 8. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 252; Uğur Ersoy, “Türk Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, no: 41 (Ocak 2020): 27ff.; Elvan Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçları Tehlike Suçu Mudur?” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXV*, no: 2 (2021): 433ff.; Alman ceza hukuku bakımından bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Baskı (Münih: Beck Yayın Evi, 2006), 337.

¹¹ Somut tehlike görüşünde Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimai,” 151; Asuman Aytekin İnceoğlu

çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkına neden olunmasının yanında, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike yaratılması arandığından, bu suç somut tehlike suçudur. Suçun taksirli hali bu anlamda kasıtlı halinden farklıdır. Genel güvenliğin kasten tehlikeye atılması, potansiyel tehlike (dolayısıyla soyut tehlike) suçu iken, genel güvenliğin taksirle tehlikeye atılması somut tehlike suçudur.

Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu kapsamındaki tüm suçlar özgü değil, genel suç yapısındadır, herkes tarafından işlenebilir.

III. YANGIN ÇIKARMA, BİNA ÇÖKMESİNE, TOPRAK KAYMASINA, ÇIĞ DÜŞMESİNE, SEL VEYA TAŞKINA NEDEN OLMA, SİLAHLA ATEŞ ETME VEYA PATLAYICI MADDE KULLANMA SUÇU TCK M. 170

A. Tipiklik

1. Maddi Unsurlar

a. Yangın Çıkarmak

Yangın, “geniş bir alana yayılan veya yayılmak istidadını gösteren, söndürülmesi zorluk arz eden ve bir şeyin bütününe ya da önemli bir kısmını kapsamına alan bir ateş yakılması” olarak tanımlanmaktadır.¹² Şu halde yangın çıkarmak, belirli

(ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 32; tehlike suçu olduğu görüşünde Yargıtay 12. CD, E.2013/2377, K.2013/18943, 11.7.2013.

¹² Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimai,” 140; benzer Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel*

yoğunlukta bir ateş yakmak veya ateş ortaya çıkarmak olarak ifade edilebilir. Yakma fiilinin bu şekilde bir yangın boyutuna ulaşması şarttır. Ateşin büyük alevler halini alması değil, içten hafifçe yanması da mümkündür.¹³

“Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda” maddi unsuru gereği, tipik fiilinin belirli bir ağırlıkta, seviyede ve yoğunlukta olması, ortaya çıkarılan ateşin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olmaya ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratmaya uygun, yani elverişli olması icap etmektedir.¹⁴ Elverişlilik yoksa, tipiklik oluşmayacaktır.

Yargıtay “Sanığın, katılan evde olmadığı sırada evine giderek pencere camını kırıp içeride bulunan perdeyi yakarak evde yangın çıkardığı, yangın sonucunda perdenin zarar gördüğü olayda” TCK m. 170 I a’nın da oluştuğuna, ancak failin içtima hükümleri gereği mala zarar verme suçundan cezalandırılması gerektiğine;¹⁵ benzer şekilde sanığın hırsızlık yaptığı ikametdeki yatak odasında bulunan yatak, karyola ve perdenin yandığı, ayrıca oda girişinde bulunan yolluk üzerinde ütü izinin bulunduğu olayda, sanığın katılana yönelik eylemini

Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, 18.

¹³ Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtima,” 140; Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 18.

¹⁴ Yargıtay 9. CD, E.2008/19072, K.2008/14496, 30.12.2008; ayrıca Yargıtay 16. CD, E.2017/1749, K.2017/4575, 23.6.2017: “Yangın çıkarma eyleminin binanın aynına sirayet etmemesi, yakma fiilinin yangın boyutuna ulaşmaması, bu şekilde oluşan neticenin kişilerin sağlığı veya mal varlığı bakımından zarar tehlikesi doğurmaya elverişli hale gelmemesi karşısında”.

¹⁵ Yargıtay 8. CD, E.2014/10504, K.2014/20492, 22.9.2014.

yakararak mala zarar verme suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir¹⁶. Sanığın kız arkadaşı olan mağdura sinirlenmesi nedeniyle ona ait bir kısım giyim eşyasını apartman dairesindeki odanın ortasına toplayıp tutuşturarak yaktığı, ateşin büyüme eğilimi göstermesi üzerine battaniye ve yatağı üzerine atıp söndürmeye çalıştığı ayrıca yangın tüpü ile müdahale ettiği, apartman komşularının haber vermesi üzerine olay yerine gelen itfaiyenin de ateşi tamamen söndürdüğü başka bir olayda Yargıtay¹⁷ somut olayda yangın çıkarmaktan söz edilebilmesi için ateşe vermenin ya da yakmanın belirli bir ağırlığa erişmesi, ateş konulan cismin, kişiler ve mallar üzerinde genel bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde yanmaya başlaması, yaygınlaşma eğilimi göstermesi gerektiği, ateşin binaya ve yakılan nesnelere dışındaki şeylere sirayet etmemesi nedeniyle yangından söz edilemeyeceğine karar vermiştir.

Yangın, her türlü araçla çıkarılabilir.¹⁸ Şu halde yangının nasıl çıkarıldığıının, yapılan hareketin, kullanılan araç ya da gereçlerin vs. önemi yoktur. Yangın çıkarma, icrai hareketle ve ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur.¹⁹ Burada ayrıca Orman Kanunu m. 105'te 23/1/2008 yılında yapılan değişikliği de anmak icap eder. Buna göre "Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanunu'nun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır." Ancak

¹⁶ Yargıtay 22. CD, E.2015/1532, K.2015/1163, 26.5.2015.

¹⁷ Yargıtay 9. CD, E.2008/19072, K.2008/14496, 30.12.2008.

¹⁸ Polat, "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai", 141; Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 18.

¹⁹ Krş. Polat, "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai," 141; Aksoy Retornaz, "Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu," 6.

suçun ihmal suretiyle işlenebilmesi için failin garantör konumunda olması gerekir. Garantörlük, sözleşme, ön gelen tehlike ya da kanundan kaynaklanan koruma veya gözetim yükümlülüğünden doğabilir.

b. Bina Çökmesine, Toprak Kaymasına, Çığ Düşmesine, Sel veya Taşkına Neden Olmak

Bina, “her hangi bir malzemeye yapılmış, insan veya hayvanların barınmasına veya içinde bir işin yapılmasına ve eşyanın muhafazasına elverişli tamamlanmış yapılar”dır.²⁰ Bu nedenle inşaat bina sayılmaz.²¹ Binanın belirli bir temel üzerine oturması gerekmediğinden prefabrik yapılar da bina kavramına dâhildir.²² Teras, balkon vs. gibi eklentiler de bina kavramı kapsamındadır.²³ Bina çökmesine neden olmak, anılan özellikteki bir yapının, kısmen ya da tamamen son bulacak şekilde yıkılması anlamına gelmektedir. Bina çökmesine neden olma, “kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda” olmalı; dolayısıyla bünyesinde bu yönde bir potansiyel taşınmalı, anılan tehlikeyi yaratmaya uygun - elverişli olmalıdır.

Birinci fıkranın diğer seçimlik hareketleri toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmaktır. Toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın genellikle insan eli ürünü olmayan,

²⁰ Yargıtay 9. CD, E.2007/8398, K.2007/7111, 8.10.2007.

²¹ Taksirli bina çökmesine neden olma suçu bakımından Yargıtay 9. CD, E.2007/8398, K.2007/7111, 8.10.2007.

²² Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 19.

²³ Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 19.

doğal afet niteliği taşıyan olgulardır.²⁴ Ancak kişi bunların oluşmasına “tetikleyici bir harekette bulunması”, “bu olgulara sebebiyet vermesi” vs. söz konusu olmalıdır.²⁵ Toprak kayması, doğal yer zemininin yer çekimi, su akışı vs. gibi çeşitli sebeplerle bulunduğu yerden başka bir yöne doğru hareket etmesidir.

Çığ, dağ ya da tepenin yüksek bir noktasından kopup aşağı doğru yuvarlanarak sürüklenen, yuvarlandıkça da büyüyen kar ve buz kütlesi olup, bu kütlenin yıkıcı bir şekilde aşağı sürüklenmesi çığ düşmesidir.²⁶

Sel, aralıksız yağmur ya da eriyen kar suları gibi nedenlerle oluşan su kütlesinin kendine yarattığı yoldan şiddetli bir şekilde akmasıdır. Taşkın ise aralıksız yağmur ya da kar yağışı gibi sebeplerle mevcut su kaynaklarında (nehir, ırmak, çay, akarsu, kanal, baraj, göl, gölet vs.) yaşanan aşırı su seviyesi artışının kaynak kapasitesini aşarak çevreye yayılmasıdır.²⁷

Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak, hareketi ile anılan doğal afetlerden birinin gerçekleşmesine ilişkin nedensellik sürecini başlatmak ya da bu sürece dâhil olmak anlamına gelmektedir. Burada önemli olan nedensellik sürecine sadece dâhil olmak değil, ayrıca süreci başlatmak ya da sürece dâhil olma süresince fiil üzerinde hâkimiyet kurmaktır.

²⁴ Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai,” 141.

²⁵ Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai,” 141.

²⁶ Karşı görüş için AYTEKİN İNCEOĞLU (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 38.

²⁷ Benzer görüş için AYTEKİN İNCEOĞLU (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 38.

Tipikliğin oluşabilmesi için mutlaka “kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda” bu anlamda da uygun yani elverişli olması, bünyesinde bu yönde bir potansiyel taşıması gerekir. İnsanlardan çok uzak bir alanda olup da hayat, sağlık, malvarlığı üzerinde herhangi bir etki yaratamayacak olan, kişilerin haberinin dahi olmadığı madde kapsamındaki doğal afetlere neden olunması bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Bu seçimlik hareketlerin her biri icrai ya da ihmali işlenebilir.²⁸ Suçun ihmali olarak işlenebilmesi için failin kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeden kaynaklanan koruma ya da gözetim yükümlülüğü bulunan bir garantör olması gerekmektedir.

c. Silahla Ateş Eden veya Patlayıcı Madde Kullanmak

Hükümde tipik hareket olarak silahla ateş etme ve patlayıcı madde kullanma seçimlik hareketleri de yer almaktadır. Ateş etmek sözlükte²⁹, “*ateşli silahlarla mermi atmak*” anlamına gelmekte; bu bağlamda silahla ateş etme, ateş alma özelliğine sahip bir silahın ateşlenmesi, bu silahtan mermi atılması anlamına gelmektedir. Yargıtay³⁰ bu suçtaki silahın, “*ateşlenebilen bir silahın, işlevine uygun ve sonuç doğurmaya elverişli*” olmasını aramaktadır. Bu nedenle TCK m. 170 kapsamındaki silâhın, TCK m. 6 I f kapsamındaki silâh tanımından daha dar kapsamlı olduğunu ifade etmek gerekir. TCK m. 170 anlamında ateş edilebilecek silahlar, TCK m. 6 I f 1 kapsamındaki ateşli silahlar olmakla birlikte, ayrıca 6136 s. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve bu

²⁸ Karşı görüş için Aksoy Retornaz, “Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu”, 6.

²⁹ <https://sozluk.gov.tr>.

³⁰ Yargıtay 8. CD, E.2008/17309, K.2010/9001, 22.6.2010.

Kanun'a dayanılarak çıkarılan Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik kapsamında olan tüm ateşli aletlerdir (bu anlamda ateşli silâh, tabanca, tam otomatik silâh, yivli av tüfeği, ateşli aletler vs. olmaktadır).

Silahla ateş etmek gerektiğinden, silahla fişek atmak bu kapsamda değerlendirilememektedir. Gerçekten de 5729 sayılı Ses ve Gaz Fişegi Atabilen Silâhlar Hakkında Kanun ve Ses ve Gaz Fişegi Atabilen Silahlar Hakkında Yönetmelik m. 4 I c kapsamındaki ses ve gaz fişegi atabilen silâhlar ("*ses ve gaz fişegi atabilen, 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun hükümlerine tabi silâh vasfında olmayan, kurusıkı silah olarak da tabir edilen silâhlar*") TCK m. 170 kapsamında ateş edilebilen silahlardan değildir.³¹ Yargıtay³² da kurusıkı tabancaları TCK m. 170 anlamında ateş etme özelliğine sahip silahlar kapsamında görmemektedir: "*Ateşlenebilen bir silahın işlevine uygun ve sonuç doğurmaya elverişli bulunmayan 'kuru-sıkı' olarak tabir edilen tabanca ile yerleşik yerde ateş etme şeklindeki eylem, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36/1. madde ve fıkrasında tanımlanan gürültüye neden olma kapsamında olup idari yaptırımı gerektirdiği*"³³; "*Sanığın, kurusıkı tabanca ile havaya ateş etme eyleminin 5237 Sayılı TCK 170/1-c madde ve fıkrasında tanımlanan ve içinde silah ögesi bulunan suç tipine uygun bulunmadığı*"³⁴; "*Silah vasfında bulunmayan kurusıkı tabanca ile havaya ateş etme eyleminin, 5237 sayılı Kanun'un 170/1-c maddesinde tanımlanan, içinde silah ögesi bulunan suç tipine uygun*

³¹ Aksi görüş için Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratma, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 22; Aydın, "Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması," 58.

³² En son Yargıtay 8. CD, E.2016/11651, K.2017/2704, 16.3.2017.

³³ Yargıtay 8. CD, E.2008/17309, K.2010/9001, 22.6.2010.

³⁴ Yargıtay 8. CD, E.2016/11651, K.2017/2704, 16.3.2017; Yargıtay 8. CD, E.2011/1392, K 2011/941, 09.02.2011.

*bulunmadığından, korku, kaygı veya panik yaratacak şekilde ateş etme eyleminin oluşmayacağı gözetilmeden*³⁵; *“Silah niteliğinde bulunmayan gaz tabancası ile havaya ateş etme eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 170/1-c madde ve fıkrasında tanımlanan ve içinde silah ögesi bulunan suç tipine uygun bulunmadığı”*³⁶

Silahla ateş etmenin tipikliği oluşturabilmesi için mutlaka *“kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda”* dolayısıyla da anılan tehlikeleri ya da durumları yaratmaya uygun yani elverişli olması, bünyesinde bu yönde bir potansiyel taşınması gerekir. Burada ateş edilen silahın özellikleri, ateş edilen yer ve zamanın göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Patlayıcı madde kullanmadan söz edebilmek için öncelikle patlayıcı bir maddenin bulunması gerekir. Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi ve Benzerlerinin Üretimi, İthali, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Tüzük m. 2 merkezli olarak patlayıcı maddelerin ortak özelliği, *şiddetli kimyasal reaksiyonla parçalanarak, ani yüksek sıcaklıkla birlikte büyük hacimlerde gaz haline dönüşebilen maddelerden olmaları* olarak ifade edilebilir.³⁷

Harp maksatları için kullanılan bütün patlayıcılar, silah sevk sistemleri, patlayıcı ihtiva eden ordu donatım malzemeleri, nükleer silahlar ve kimyasal maddeler de içeren; uçak bombaları, harp başlıkları, güdümlü ve balistik füzeler, el bombaları, roketler, ağır silah mühimmatları, mayınlar, el yapımı patlayıcılar, torpidolar, su bombaları, tahrip kalıpları,

³⁵ Yargıtay 8. CD, E.2011/1392, K.2011/941, 09.02.2011.

³⁶ Yargıtay 8. CD, E.2006/1244, K.2006/7263, 4.10.2006.

³⁷ Polat, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimaı”, 145; tanımını esas alarak Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 22.

payroteknik malzemeler, kesici veya sevkediciler, elektronik patlayıcılar ile benzer şekilde patlayabilecek her türlü madde patlayıcı madde olabilir. Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi ve Benzerlerinin Üretimi, İthali, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Tüzük m. 3 kapsamında patlayıcı maddeler şu şekilde sınıflandırılmıştır:

Duyarlılıkları bakımından patlayıcı maddeler:

Güvenlikli patlayıcı maddeler; ısınma, sürtünmeye ve darbeye karşı çok duyarlı olmayan av kapsülleri, saniyeli fitiller gibi maddeler;

Güvenliksiz patlayıcı maddeler; ısınma, sürtünmeye ve darbeye karşı çok duyarlı olan nitrogliserin, sağırlandırılmış (plastifiye edilmiş) olanlar dışında kalan % 12.6 (yüzde on iki nokta altı) ve daha fazla azot içeren ve % 25 (yüzde yirmi beş) den az oranda su veya alkolle ıslatılmış olan nitroselüloz, trinitrotoluen ve dinamit gibi maddeler.

Uygulama alanları bakımından patlayıcı maddeler:

1-İtici ve balistik etkisi olan patlayıcı maddeler; kara av barutu, dumansız av barutu gibi maddeler,

2-Tahrip gücü olan patlayıcı maddeler;

On patlayıcılar (inisiyal patlayıcılar), asıl patlayıcıları patlatmada kullanılan kurşun azotür, kurşun trizinat, kurşun pikrat, tetrasen ve civa fulminat gibi maddeler,

Asıl patlayıcılar, trinitrotoluen, tetril, dinamit, nitrogliserin, sağırlandırılmış (plastifiye edilmiş) olanlar dışında kalan %12.6 (yüzde on iki nokta altı) ve daha fazla azot içeren ve % 25 (yüzde yirmi beş) den az oranda su veya alkolle ıslatılmış olan nitroselüloz gibi maddeler.

3-Piroteknik mamuller; maytaplar, roketler, şenlik, işaret ve aydınlatma fişekleri, şenlik bombaları, döner mamuller gibi maddeler.

Patlayıcı madde kullanmak, patlayıcı maddeyi aktif hale getirerek patlamasını sağlamak anlamına gelmektedir. Sanığın, müdahilin evinin önündeki boşluğa patlayıcı madde atıp patlatması;³⁸ molotof kokteyli atılması³⁹ da bu kapsamdadır. Patlayıcı madde kullanma fiilinin “*kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda*” olarak uygun yani elverişli olması, bünyesinde bu yönde bir potansiyel taşıması gerekir. Burada ateş edilen silahın özellikleri, ateş edilen yer ve zamanın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan seçimlik hareketler icraî ya da ihmali işlenebilir. Ancak suçun ihmali olarak işlenebilmesi için failin kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeden kaynaklanan koruma ya da gözetim yükümlülüğü bulunan bir garantör olması gerekmektedir.

d. Kişilerin Hayatı, Sağlığı veya Malvarlığı Bakımından Tehlikeli Olacak Biçimde ya da Kişilerde Korku, Kaygı veya Panik Yaratabilecek Tarzda

Bu unsur maddî bir unsur olup, üç seçimlik hareket için de bağlayıcıdır. Dolayısıyla birinci fıkranın, a, b ve c bendinde yer alan tüm fiillerin mutlaka “*kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda*” gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde tipiklik oluşmayacaktır. Burada söz konusu olan failin kendisinden başka kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek türden bir harekette bulunmasıdır.

Suç kapsamındaki seçimlik hareketlerle meydana getirilen neticenin ortaya çıkardığı potansiyel tehlike ile söz konusu

³⁸ Yargıtay 8. CD, E.2007/722, K.2008/9237, 16.7.2008.

³⁹ Molotof kokteylinin patlayıcı madde olarak kabulü konusunda Yargıtay 9. CD, E.2006/468, K.2006/2152, 10.4.2006.

hareketler arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu bağ koşul teorisine göre kurulacaktır. Bunun ardından bu somut tehlikenin failin hareketinin mi yoksa tesadüfün bir eseri mi olduğu objektif isnadiyet yani nesnel yüklenbilirlik basamağında incelenmesi gerekecektir.⁴⁰

Bunun haricinde yaratılan netice ve somut tehlikenin fail hareketinin eseri olması gerekir. Bunun için öncelikle netice ve somut tehlike öngörülebilir yani fiilin gerçekleştirildiği mevcut koşullar altında ve fiilin yapılması sırasında tahmin edilebilir olmalıdır.⁴¹ Burada netice ve somut tehlike somut şekliyle; nedensellik bağı da esaslı öğeleriyle öngörülebilir olmalıdır. Olağan hayat tecrübelerinin dışında kalan sıra dışı nedensellik gidişatları öngörülebilir değildir. Öngörülebilir olamayan, kaza ve tesadüfün eseri olan ve kaçınılabılır olmayan tehlikeler, failin sorumluluğunda değildir.⁴²

Ayrıca izin verilen risk ve güven ilkesi çerçevesinde hareket edildiğinde, hukukun kabul etmediği esaslı bir tehlike yaratılmış olmayacaktır. Gerçekten de hayatın olağan akışında izin verilen risk kapsamında bulunan durumlarda özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla da taksirden sorumluluktan söz edilemez.⁴³ Güven ilkesi, kurallara uygun olarak hareket edenin, bir başkasının da aynı şekilde kurallara uygun hareket edeceğine güvenebilmesi ve bu güvene dayanarak hareket eden failin,

⁴⁰ Nedensellik teorileri için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 276ff.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 129ff.

⁴¹ Ayrıntılar için bkz. Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 89ff.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 211ff.

⁴² Ayrıntı Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler, Cilt 1*, 89ff.; objektif isnadiyet için bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 207ff.

⁴³ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 89ff.

hukukun kabul etmediği esaslı bir tehlike yaratmadığı kabul edilir.⁴⁴

Objektif isnadiyete ilişkin sonraki aşamalarda, yükümlülüğe doğrudan aykırılık bağlantısı, normun koruma amacı bağlantısı; başkalarının sorumluluk alanlarına giren hususlar; mağdurun kendi sorumluluğunda (özgür iradesiyle) kendi kendine zarar vermesi ve kendini tehlikeye sokması; bir başkasının mağdurun rızasıyla mağduru tehlikeye sokması; üçüncü kişilerin sorumluluk alanına giren olaylar, üçüncü bir kişinin kasıtlı ve kusurlu ya da özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemi ya da taksirli bir eylemi göz önünde bulundurulur.⁴⁵

IV. YANGIN, BİNA ÇÖKMESİ, TOPRAK KAYMASI, ÇIĞ DÜŞMESİ, SEL VEYA TAŞKIN TEHLİKESİNE NEDEN OLMA TCK M. 170

Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarının ikinci fıkrasında yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma cezalandırılmaktadır. Bu suç içerisinde birden fazla seçimlik hareket öngörülmüştür. Bunlar yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkın tehlikesine neden olmaktır. Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma, yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın oluşturacak somut bir tehlike yaratmak anlamına gelmektedir.⁴⁶ Bu bağlamda öncelikle, yangın oluşturacak somut bir tehlikenin yaratılması,

⁴⁴ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 89ff.

⁴⁵ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 90, 91; ayrıntılar için bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 213ff.

⁴⁶ Aksi görüşte soyut tehlike fikrinde Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 23.

ancak herhangi bir sebepten dolayı somut tehlikenin yangınla sonuçlanmamış olması gerekir: Yakma henüz yangın halini almadan söndürülmüş veya sönmüşse yangın çıkarmadan değil, TCK 170. maddenin 2. fıkrasında yaptırma bağlanan yangın tehlikesinden söz edilir.⁴⁷ Benzer başka bir karara⁴⁸ göre yangın çıkarma eyleminin binanın aynına sirayet etmemesi, yakma fiilinin yangın boyutuna ulaşmaması, somut bir şekilde yangın tehlikesine neden olduğundan TCK m. 170 II'ye vücut verecektir. Anılan somut tehlikenin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda olmaması, TCK m. 170 I'in oluşmasına da engel olmaktadır. Anılan seçimlik hareket icraî ya da ihmali işlenebilir. Suçun ihmali olarak işlenebilmesi için, failin kanundan, sözleşmeden ya da ön gelen tehlikeden kaynaklanan koruma ya da gözetim yükümlülüğü bulunan bir garantör olması gerekmektedir.

A. TCK M. 170 I ve II Kapsamında Manevi Unsur

TCK m. 21 I gereği TCK m. 170 I, II kapsamındaki suçlar kasten işlenebilir. Hüküm kapsamındaki tüm seçimlik hareketler olası kasıtlı işlenmeye müsaittir. Failin kastının TCK m. 170 I, II kapsamında suç işlemeye yönelik olması, bu konuda en az olası kasıtlı hareket etmesi gerekmektedir. Hareketinin TCK m. 170 I, II kanuni unsurlarını gerçekleştirdiğini öngörmek buna rağmen TCK m. 170'in tipikliğini gerçekleştirmeye katlanmak, TCK m. 170 bakımından olası kasıtlı hareket etmek anlamına gelecektir.

Faillerin TCK m. 170'in tipikliğini gerçekleştirme yönünde en az olası kasıtlı hareket ettikleri tespit edilemiyor, tam tersine mala zarar verme gibi başka bir suç kastıyla hareket ettikleri ortada ise bu durumda sadece mala zarar verme suçundan ceza vermek gerekecektir. Yargıtay bu hususu şu şekilde ifade

⁴⁷ Yargıtay 9. CD, E.2008/19072, K.2008/14496, 30.12.2008.

⁴⁸ Yargıtay 16. CD, E.2017/1749, K.2017/4575, 23.6.2017.

etmektedir: “Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde katılanın oturduğu evin kapısına benzin dökerek ateşe verip paspas ve kapının ahşap olan kısımlarının yanmasına neden olma şeklindeki eyleminin, bir bütün halinde yakarak mala zarar verme suçunu oluşturduğu gözetilmeden...”⁴⁹ Aynı durum silahla ateş etmek ve yaralama suçu için de geçerlidir. Yargıtay TCK m. 170 kanuni unsurlarının oluşup oluşmadığının ayrıca incelenmesine özellikle dikkat çekmektedir: “Maddenin 1. fıkrasında yazılı hareketlerin belli bir kişi veya kişilere yönelik olması halinde, failin kastı gözetilerek suç vasfının tayini gerekmektedir. İncelemeye konu olayda sanığın X’, yaralamak amacıyla ateş etmesinden önce veya sonra kişilerde korku, kaygı veya panik yaratmak amacıyla ateş ettiğine dair mahkûmiyetine yeterli delil bulunmadığı...”⁵⁰ Başka bir olayda Yargıtay “Sanığın, tartıştığı mağduru takip ederek önce seyir halindeyken daha sonrada aracını park edip iş yerine sığınmak isterken mağdura yaralama kastıyla ateş ettiği, mağdurun yaralanmadığı, ancak işyeri ve aracın zarar gördüğü olayda; mağdurun hedef alınarak ateş edilmesi nedeniyle TCK’nun 170/1. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmelidir.”⁵¹ kararına varmıştır. Ancak bu karar yerinde gözükmemektedir, zira fail her ne kadar doğrudan yaralama kastıyla hareket etse de seyir halindeki araca silahla ateş etmek TCK m. 170 I a kapsamında da kasıtlı hareket edildiğini de göstermektedir. Dolayısıyla bu olayda TCK m. 170 I a’nın da oluştuğunu, ancak yaralamaya teşebbüs ile içtima hükümlerinin uygulanacağını ifade etmek daha isabetli olacaktır.

B. Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk

TCK m. 170 kapsamındaki suçlar topluma karşı işlenen, genel tehlike yaratan suçlardandır. Bu nedenle bireysel olmayan,

⁴⁹ Yargıtay 8. CD, E.2014/28346, K.2015/12440, 24.2.2015.

⁵⁰ Yargıtay 8. CD, E.2015/15443, K.2016/5525, 25.4.2016.

⁵¹ Yargıtay CGK, E.2013/8-135, K.2014/164, 1.4.2014.

evrensel hukukî değerlerden sayılan genel güvenlik ne rıza ne de meşru müdafaaya ehildir. Dolayısıyla kişi, bir başkasına rızaen genel güvenliği tehlikeye atmana ben rıza gösteriyorum diyemeyeceği gibi; kişiden genel güvenliğin tehlikeye atılmasını haklı savunmada bulunma yoluyla engellemeye çalışması da beklenemeyecektir.

Bunların dışında kişinin kendine ya da başkasına karşı işlenen herhangi bir suça karşı meşru müdafaada bulunurken ya da zorunluluk hali ile hareket ederken, genel güvenliğe karşı bir suç işlemesi mümkündür. Bu durumda da ilgili hukuka uygunluk sebebi ya da mazeret sebebinin koşullarına uyulup uyulmadığına göre bu suçların mevcudiyetine karar verilecektir. Yargıtay *“Sanık ile müşteki arasında çıkan kavgada mahallelinin sanığın evine taş ve kiremit atmaları üzerine, sanığın korkutmak amacıyla av tüfeği ile havaya ateş etmesi şeklindeki eyleminde, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek nitelikte olduğu, olayda, meşru müdafa koşulları bulunmadığının göz önüne alınması gerekir.”*⁵² Buna karşın gece vakti sokaktaki başıboş köpeklerin kendine saldırmasını önlemek amacıyla havaya ateş ederek TCK m. 25 II kapsamında hareket edilmesi halinde faile ceza verilmeyecektir.⁵³

C. Teşebbüs, İştirak

TCK m. 170 kapsamındaki tüm suçlara teşebbüs mümkündür.⁵⁴ Yargıtay da bu suçlara teşebbüsü kabul etmektedir: *“Sanığın elindeki molotofkokteyli yakmaya*

⁵² Yargıtay 2. CD, E.2004/16001, K.2005/26180, 23.11.2005.

⁵³ Yargıtay CGK, E.2012/8-1551, K.2013/64, 19.02.2013, iç: Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratın, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 25.

⁵⁴ Aksi görüşte Aksoy Retornaz (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratın, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 23, 24.

çalıştığı sırada görevlilerce güç kullanılarak yakalandığının anlaşılması karşısında, eylemin patlayıcı madde atmak suçuna TCK m. 170 I teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmelidir.⁵⁵ “5237 Sayılı TCK’nın 170. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun, somut tehlike suçu olup, somut tehlikenin objektif cezalandırma şartı olduğundan, sanığın hareketinin de bölünmesine olanak bulunmaması karşısında suça teşebbüs edilmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı yönündeki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşüne iştirak edilmemiştir. Ancak, 26.06.2000 tarihli olayda yangın çıkarma eyleminin binanın aynına sirayet etmemesi, yakma fiilinin yangın boyutuna ulaşmaması, bu şekilde oluşan neticenin kişilerin sağlığı veya mal varlığı bakımından zarar tehlikesi doğurmaya elverişli hale gelmemesi karşısında, eylemin TCK’nın 170/2 maddesinde tanımlanan salt tehlike suçunu oluşturacağı gözetilerek, bu maddeden hüküm kurulması gerekmektedir.”⁵⁶

İştirak konusunda genel hükümler geçerlidir.⁵⁷

D. İçtima

Failin ayrı eylemlerle TCK kapsamında birden çok yasa maddesini ihlal etmesi mümkündür.⁵⁸ Bu durumlarda failin her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.⁵⁹Buna

⁵⁵ Yargıtay 9. CD, E.2010/4768, K.2010/8415, 13.7.2010.

⁵⁶ Yargıtay 16. CD, E.2017/1749, K.2017/4575, 23.6.2017.

⁵⁷ Ayrıntılar için bkz. Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 312.

⁵⁸ Tehlike suçlarında içtima konusunda bkz. Koray Doğan, “Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 16 (2014): 179ff.

⁵⁹ Yargıtay 9. CD, E.2008/19072, K.2008/14496, 30.12.2008.

karşın failin tek bir eylemi ile TCK kapsamında birden fazla suç işleme halinde ise fikrî içtima nedeniyle bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması icap etmektedir.⁶⁰ TCK m. 44 kapsamındaki fikri içtima kuralları gereği, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Burada geçen en ağır ceza ile kastedilen, ilgili suçlardaki soyut ceza değil, faile verilecek olan somut cezadır. Bu durumda fiili ile hem TCK m. 170'e hem de TCK'da başka bir suça - örneğin TCK m. 151'e - vücut veren kişinin bu suçlardan cezaları ayrı ayrı somutlaştırılarak tespit edilecektir (somut ceza). En nihayetinde TCK m.170 hükmünden verilecek netice ceza ile TCK m. 151 hükmünden verilecek netice ceza kıyaslanmak suretiyle, diğerine göre daha ağır olan cezadan hüküm kurulacaktır.

TCK m. 170, TCK m. 151-152 kapsamındaki mala zarar verme suçu ile içtima edebilir: *“Sanığın ele geçirilemediği için nitelikleri tespit edilemeyen tabanca ile bir el ateş ederek katılanın işyerine zarar vermesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 170/1-c maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve TCK'nın 151/1. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçlarını oluşturduğu ve 5237 Sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, hem mala zarar verme suçundan hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarından ayrı ayrı hükümler kurulması, hatalıdır.”⁶¹“Olay günü müştekiye ait camı açık olan araca maytap atarak yanmasına sebebiyet veren sanıkların eylemlerinin genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak ve mala zarar verme suçlarını oluşturduğu, TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı*

⁶⁰ Yargıtay 9. CD, E.2008/19072, K.2008/14496, 30.12.2008.

⁶¹ Yargıtay 16. CD, E.2015/3758, K.2016/348, 14.1.2016.

uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması, buna göre de sadece TCK'nın 151/1. ve 152/2-a madde ve fıkrasında tanımlanan yakarak mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği..."⁶² "Sanığın, katılan evde olmadığı sırada evine giderek pencere camını kırıp içeride bulunan perdeyi yakarak evde yangın çıkardığı, yangın sonucunda perdenin zarar gördüğü olayda, 5237 sayılı TCK'nın 151/1, 153/2-a madde ve fıkralarında düzenlenen yakarak mala zarar verme suçunun oluştuğu, somut zarar suçunun oluşması nedeniyle ayrıca tehlike suçundan mahkumiyet hükmü kurulamayacağı gözetilmeden, mala zarar verme suçu ile birlikte TCK'nın 170/1- a madde ve fıkrası ile de cezalandırılmasına karar verilmesi"⁶³

Her bir suç bakımından ceza somutlaştırılırken, suçlardan biri bakımından ceza verilmesi söz konusu olamıyorsa - örneğin TCK m. 167 kapsamında bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunması nedeniyle - bu durumda diğer somut ceza daha ağır durumda kalacağından, ondan dolayı ceza verilmesi gerekir: "[...] katılanın sanığın kayınpederi olması sebebiyle T.C.K.nun 167/1-b maddesi uyarınca sanığa ceza verilmemesi durumunda, T.C.K.nun 44. maddesi göz önüne alındığında aynı Kanun'un 170. maddesinde yazılı suçun oluşup oluşmadığının da yerel mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir."⁶⁴

TCK m. 170, TCK m. 106 kapsamındaki tehdit suçu ile içtima edebilir: "Sanığın, önce katılanın göğsüne av tüfeğini dayaması ve ardından havaya ateş etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin silahla tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu bu durumda, en ağır cezayı gerektiren silahla tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, kanuni olmayan gerekçe ile tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması

⁶² Yargıtay 8. CD, E.2010/3320, K.2012/12317, 12.4.2012.

⁶³ Yargıtay 8. CD, E.2014/10504, K.2014/20492, 22.9.2014.

⁶⁴ Yargıtay CGK, E.2012/9-1471, K.2014/35, 4.2.2014.

suçlarından ayrı ayrı yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır.”⁶⁵
 “Dava; silahla tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarına ilişkindir. Sanığın, katılanlara yönelik havaya ateş etmekten ibaret eyleminin, TCK’nın 106/2-a maddesine uyan silahla tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu, aynı Kanununun 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren tehdit suçundan hükümlülük kararı verilmesi gerekirken”⁶⁶
 “Sanıkların, birlikte suç işleme kararıyla hareket ederek, sanıklardan SŞ ile aralarında husumet bulunan katılanlar MC, EC ve AY (şehrin değişik mahallelerindeki) evlerine ve yakınan EC’nin park halindeki otomobiline geceleyin silahla ateş etme eylemlerinin, silahla tehdit, mala zarar verme ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu somut olayda, sanıkların hukuki durumlarının, belirtilen suçların ne suretle içtima edeceği irdelenerek belirlenmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCY. 170/1-c maddesinde 765 sayılı TCY.nin 267/7.maddesindeki ‘eylem başka bir suçu oluştursa bile’ ibaresi bulunmaması gibi, 5237 sayılı TCY.nin 44.maddesinde ‘İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır’ hükmü ve ayın Yasa’nın 106/3.maddesinde ‘Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da ceza verilir’ hükümleri yer almaktadır. Bu durumlar karşısında, 5237 sayılı TCY.nin 44ve 106/3.maddelerinde düzenlenen fikri ve gerçek içtima hükümleri uyarınca sanıklar hakkında yalnızca silahla tehdit ve mala zarar verme suçlarından (TCY.nin 106/2a, 106/2a, 43 ve 151/1, 151/1, 43.maddeleri) hüküm kurmakla yetinilmeli ayrıca genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan ceza verilmemelidir. Mahkemece suçların içtimasına ilişkin genel (TCY. 44.madde) ve özel (TCY. 106/3. madde) hükümler tartışılıp değerlendirilmeden, sanıkların üç ayrı suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi...”⁶⁷

⁶⁵ Yargıtay 4. CD, E.2014/5700, K.2016/15103, 8.12.2016.

⁶⁶ Yargıtay 4. CD, E.2014/3981, K.2016/9045, 5.5.2016.

⁶⁷ Yargıtay 4. CD, E.2009/28151, K.2009/20545, 16.12.2009.

TCK m. 170, TCK m. 86 vd. kapsamında yaralama suçu ile içtima edebilir: *“Korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan kurulan hükme ilişkin temyize gelince; sanığın geceleyin meskun mahalde silahla ‘12’ el ateş ederek mağduru yaralamaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 86. ve 170/1-c madde ve fıkralarında yazılı suçları oluşturacağı, ancak aynı Yasa’nın 44. maddesindeki düzenleme uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasıyla yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda ateş etme suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiş...”*⁶⁸ *“Bilinçli taksirle yaralama ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından açılan davalarda, 765 sayılı TCK.nun 264/7. madde ve fıkrasındaki ‘... eylem başka bir suçu oluştursa bile...’ şeklindeki düzenlemenin 5237 sayılı TCK.nun 170/1-c madde ve fıkrasında yer almadığı göz önüne alındığında, bir bütün halinde ‘sanığın işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi’ nedeniyle 5237 sayılı Yasa’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, bilinçli taksirle yaralama ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından ayrı ayrı mahkumiyet hükmü kurulması; bozmayı gerektirmiştir.”*⁶⁹

TCK m. 170, TCK m. 81 kapsamında öldürme suçu ile içtima edebilir: *“Genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçu yönünden, sanığın av tüfeği ile iki üç el ateş ettikten bir süre sonra tabancasını alarak ateş ettiği, tabancadan çıkan merminin isabet etmesi sonucu maktülenin öldüğü olayda, sanığın av tüfeği ile ateş ederek kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından tehlike yaratacak şekilde genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçunu işlediği ve bu suçtan ayrıca cezalandırılması gerektiği, olayda fikri içtimanın uygulama*

⁶⁸ Yargıtay 8. CD, E.2006/6963, K.2006/7019, 27.9.2006.

⁶⁹ Yargıtay 8. CD, E.2007/8611, K.2007/9047, 17.12.2007.

koşullarının bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”⁷⁰ Burada tek bir fiille birden fazla suç değil, ayrı ayrı birden fazla fiille birden fazla suç işlendiğinden, TCK m. 44 kapsamında fikri içtima uygulanmaması yerindedir.

TCK m. 170 ile birlikte bir kabahat de oluşabilir. Bu durumda Kabahatler Kanunu m. 15 III hükmü *“Bir fil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”* göz önünde bulundurulmalıdır. *“Ateşlenebilen bir silahın işlevine uygun ve sonuç doğurmaya elverişli bulunmayan ‘kuru-sıkı’ olarak tabir edilen tabanca ile yerleşik yerde ateş etme şeklindeki eylem, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 36/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan gürültüye neden olma kapsamında olup idari yaptırımı gerektirdiği...”⁷¹*

V. GENEL GÜVENLİĞİN TAKSİRLE TEHLİKEYE SOKULMASI TCK M. 171

TCK m. 171, taksirle, yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına taksirle neden olma neticelerinin, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike yaratmasını yaptırımı bağlamaktadır. Suç, yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkına neden olarak, kişilerin yani genelin hayat, vücut bütünlüğü ve malvarlığına yönelik tehlikelerden korumasını sağlayarak geneli tehlikelerden korumayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda korunan hukukî değerler de genelin güvenliği ile hayat, vücut bütünlüğü ve malvarlığıdır.

⁷⁰ Yargıtay 1. CD, E.2008/3135, K.2008/7671, 1.12.2008.

⁷¹ Yargıtay 8. CD, E.2008/17309, K.2010/9001, 22.6.2010.

A. Tipiklik

1. Maddi Unsurlar

a. Yangına, Bina Çökmesine, Toprak Kaymasına, Çığ Düşmesine, Sel veya Taşkına Taksirle Neden Olma

Suç içerisinde birden fazla seçimlik hareket öngörülmüştür. Bunlar yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmaktır. TCK m. 170 kapsamındaki bu maddî unsurlara ilişkin açıklamalar burada da aynen geçerli olduğundan tekrar edilmeyecektir. Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak, hareketi ile anılan doğal afetlerden birinin gerçekleşmesine ilişkin nedensellik sürecini başlatmak ya da bu sürece dâhil olmak demektir. Burada önemli olan nedensellik sürecine sadece dâhil olmak değil, ayrıca bu süreçte fiil üzerinde hâkimiyet kurmaktır. Şu halde fiil üzerinde hâkimiyeti olan her türlü nedensel hareket bu fiil kapsamındadır.

b. Taksirli Hareket: Objektif Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Taksirli hareketten söz edebilmek için, hareketin dikkat/özen yükümlülüğüne aykırı olması lazımdır.⁷² Özen yükümlülüğü toplumsal davranış normlarından, hukuk kuralları, meslek kuralları, emir ve talimatlar, hukukî düzenlemeler, belirli özel normlar, genel tecrübelerden ya da

⁷² Centel, Zafer ve Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 384ff.; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 185ff.; Gülsün Ayhan Aygörmez, "Fahrlässigkeit' im Türkischen Strafgesetzbuch," *Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich - Beiträge zur Rechtsvergleichung - Band: IV. 4. Deutsch - Türkisches Symposium "Fünf Jahre Türkisches Strafgesetzbuch"*, Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver, (İstanbul: 2011), 205ff.

yazılı olmayan davranış kurallarından çıkarılabilir.⁷³ Yangına, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmamaya ilişkin özen yükümlülüğü;

Genel işyeri kurallarından doğabilir: *“Sanığın tesis müdürü olarak çalıştığı Ö isimli işyerinin mutfak olarak kullanılan prefabrik yapı kısmında gerekli tedbirlerin alınmaması sonucunda içeride bulunan tüplerin gaz sıkışmasıyla patlayarak etrafta hasara neden olması şeklindeki eyleminin...”*⁷⁴; *“Müştekiye ait börek imalat salonunda işçi olarak çalışmakta olan sanığın olay günü saat 20.00 sularında tüplü ocağı yakarak açık bırakmak suretiyle, olay yerini terk ettiği, aradan yarım saat geçtikten sonra salondan yangın çıktığının haber verilmesi üzerine imalathaneye döndüğü...”*⁷⁵; *“Olay tarihinde sanığın müdür olduğu... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited şirketine ait tekstil iş yerinde çalışan işçilere yemek temin etmek amacıyla kurulmuş olan yemekhanedeki LPG tüplerinden sızan gazın patlaması nedeniyle oluşan yangının çevredeki mağdurların yaralanmasına ve araçların zarar görmesine sebebiyet verdiği...”*⁷⁶

Trafik kurallarından doğabilir: *“Sanığın tedbirsiz ve dikkatsiz şekilde kullandığı aracının ve yük olarak taşıdığı LPG maddesinin yanması nedeniyle yaralamalı trafik kazasına sebebiyet verdiği, ‘Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması’ başlıklı TCK 171. maddesinin 1. fıkrasında taksirle yangına neden olan kişinin yangın çıkarması halinin suç olarak düzenlendiği, suçun tehlike suçu olup, katılanın yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu dikkate alındığında; sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasına*

⁷³ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 203, 204; davranış kuralları bakımından ayrıntılı Centel, Zafer ve Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 385ff.; ayrıntılı bilgi için Aygörmez, *Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich*, 205ff.

⁷⁴ Yargıtay 2. CD, E.2006/6438, K.2006/15790, 4.10.2006.

⁷⁵ Yargıtay 9. CD, E.2006/1660, K.2006/2687, 11.5.2006.

⁷⁶ Yargıtay 12. CD, E.2015/15290, K.2015/19348, 17.12.2015.

karar verilmesi yerine taksirle yangına neden olmak suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”⁷⁷

Genel yaşam tecrübelerinden doğabilir: “*Sanığın, sobayı yakarak, ahıra hayvanlara bakmaya gittiği, sobadan sıçrayan ateş sonucu çıkan yangının*”⁷⁸; “*Sanığın evinin bahçesinde bulunan otları ve pislikleri bir kenara toplayıp yaktığı, yangının sıçrayarak mera arazisine geldiği, [...] eylemin 5237 Sayılı TCK’nın 171. maddesinde düzenlenen taksirle yangına sebebiyet verme suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan beraat kararının verilmesi*”⁷⁹

Özene ayrılık tamamıyla normal bireylerin yetenekleri göz önünde bulundurularak objektif olarak belirlenmelidir. Bu durumda özenin tespiti yani gösterilecek özenin şekli ve miktarı, taksirli eylemde bulunanın eylem çevresindeki, makul ve dikkatli kişiden çıkarılacaktır (ait olunan toplum kesimindeki birey ortalaması).⁸⁰ Failin bireysel yeteneklerine göre, özellikle, nesnel ölçüğe uygun olarak belirlenmiş özeni yerine getirebilecek yeterliliği kusurlulukta ele alınması gereken bir husustur.

c. Başkalarının Hayatı, Sağlığı veya Malvarlığı Bakımından Somut Bir Tehlike Yaratmak

Taksirli seçimlik hareket başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike ortaya çıkarmalıdır.⁸¹ Anılan hukukî değerler üzerinde somut tehlike yaratılması,

⁷⁷ Yargıtay 12. CD, E.2013/2377, K.2013/18943, 11.7.2013.

⁷⁸ Yargıtay 9. CD, E.2006/4414, K.2006/4461, 18.9.2006.

⁷⁹ Yargıtay 19. CD, E.2015/1794, K.2015/1978, 26.5.2015.

⁸⁰ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 230; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 205.

⁸¹ Krş. AYTEKİN İNCEOĞLU (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratma, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 32.

objektif cezalandırma şartı değil, tipikliğin maddî unsurudur.⁸² Zira somut tehlikenin yaratılması tipikliğin kurucu bir unsurudur. Bunun yanında ne normun koruma ne de gerekçe merkezli olarak getiriliş amacından, somut tehlikenin objektif ceza şartı olarak kabul edilmesine yönelik bir veri çıkarılabilmektedir. Kişinin başkaları bakımından değil, sadece kendi hayatı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından somut tehlike yaratması bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁸³

Somut tehlike yaratmaktan anlaşılması gereken, anılan hukukî değerler üzerinde yaratılan somut tehlikede zararın meydana gelmesi veya gelmemesinin tamamıyla tesadüfe kalmış olmasıdır. Böyle bir somut tehlikenin yaratılması için yangının, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi ve sel veya taşkın belirlenir bir yoğunluğa ulaşmasının gerekeceği açıktır. Somut olayda yangına, bina çökmesine vs. neden olunmasına rağmen her ne olduysa (mesela yangın yayılmamış ya da yayılmış olmakla birlikte başkalarına yönelik tehlike oluşturmamış vs.) ölüm, yaralama ya da mala zarar vermeye yönelik zararlı netice kıl payı gerçekleşmemiş, şans eseri zarardan dönülmüş olmalıdır. Somut olayda örneğin kıl payı zarardan dönülerek, tesadüf eseri insanlar ölmemiş ya da yaralanmamış, başkasının malına zarar verilmemiş olmalıdır. Eğer anılan hukukî değerler üzerinde somut tehlike sınırı aşılarak zarar oluşursa, zarara uğrayan hukukî değere göre yaralama, öldürme ya da mala zarar verme suçları oluşacaktır.

Yargıtay kararlarına bu durum şu şekilde yansımaktadır:
“Sanığa atılı suçun oluşabilmesi için, maddede gösterilen şekilde

⁸² Aynı görüşte Aytekin İnceoğlu (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 33, 34.

⁸³ Aynı görüşte Yargıtay 9. CD, E.2006/5986, K.2007/460, 30.1.2007; Yargıtay 9. CD, E.2006/3656, K.2006/6426, 22.11.2006.

'başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından' somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasının gerektiği, tutanak ve ekli kroki, sanık anlatımı ile tüm dosya kapsamına göre; köyde yaşayan sanığın taksirli eylemi ile neden olduğu yangında kendi tahıl ambarının kısmen yanması dışında başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin oluşmadığı gözetilmelidir."⁸⁴; "5237 sayılı TCK 171. maddede yazılı suçun oluşabilmesi için, maddede gösterilen şekilde 'başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından' somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasının gerektiği, 4.11.2003 tarihli tutanak ve ekli kroki, sanık ve tanık anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre; köyde yaşayan sanığın taksirli eylemi ile neden olduğu yangında başka ev ve binaların uzağında yer alan kendi evi ve ahırının yanması dışında başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin oluşmadığı gözetilerek"⁸⁵; "Sanığın kolilerin arasına koyduğu elektrik ocağının depodaki kolileri tutuşturması sonucu çıkan yangında koli ve paketlerin yanması suretiyle, fiilin belli bir ağırlığa ulaşarak genel tehlike doğurduğu ve 5237 sayılı TCK.nun 171/1-a maddesinde tanımlanan yangınla genel güvenliği tehlikeye sokma suçunu oluşturacağı"⁸⁶; "Sanığın tesis müdürü olarak çalıştığı Ö isimli işyerinin mutfak olarak kullanılan prefabrik yapı kısmında gerekli tedbirlerin alınmaması sonucunda içeride bulunan tüplerin gaz sıkışmasıyla patlayarak etrafta hasara neden olması şeklindeki eyleminin başkalarının hayatı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından tehlikeli olup olmadığı araştırılarak sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 171. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılıp"⁸⁷; "Sanığın, sobayı yakarak, ahıra hayvanlara bakmaya gittiği, sobadan sıçrayan ateş sonucu çıkan yangının oda tabanı, tavanı, kapı ve

⁸⁴ Yargıtay 9. CD, E.2006/5986, K.2007/460, 30.1.2007.

⁸⁵ Yargıtay 9. CD, E.2006/3656, K.2006/6426, 22.11.2006.

⁸⁶ Yargıtay 9. CD, E.2006/4457, K.2006/6383, 21.11.2006.

⁸⁷ Yargıtay 2. CD, E.2006/6438, K.2006/15790, 4.10.2006.

*pencerelere sirayet ettiği, komşularının yardımı ve itfaiye tarafından söndürüldüğü anlaşılmış olup, meskun mahal olan köy içindeki evde çıkan yangının belli bir ağırlığa ulaşarak genel bir tehlike doğurduğu, bu itibarla da 5237 sayılı TCK.nun 171/1-a maddesinde tanımlanan yangınla genel güvenliği tehlikeye sokma suçunun unsurlarının oluştuğu*⁸⁸; *“sanığın tüplü ocağı yakarak açık bırakmak suretiyle, olay yerini terk ettiği, tüpün hortum ile bağlantılı olan yerinde yangın çıktığı ve 1 m. uzunluğundaki lastik hortumun yarıya kadar yandığı, ocağın yan tarafından bulunan duvarın yangından etkilenerek simsiyah olduğu, yangının duvarda ve imalathanede daha fazla ilerlemesine meydan verilmeden sanık ve diğer esnafın yardımı ile söndürüldüğü şeklinde gelişen olayda; yangının duvara sirayet etmesiyle belli bir ağırlığa erişerek imalathane ve çevresinde genel bir tehlike doğurduğu bu itibarla 5237 sayılı TCK.nun 171/1-a. maddesinde tanımlanana yangınla genel güvenliği tehlikeye sokma suçunun unsurlarının oluştuğu*⁸⁹

d. Nedensellik ve Objektif İsnadiyet

Taksirli seçimlik hareketle meydana gelen netice arasında ve bu netice ile bu neticenin ilgili hukukî değerler üzerinde yarattığı somut tehlike arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu bağ koşul teorisine göre kurulacaktır. Bunun haricinde yaratılan netice ve somut tehlikenin fail hareketinin eseri olması gerekir. Bunun için öncelikle netice ve somut tehlike öngörülebilir yani fiilin gerçekleştirildiği mevcut koşullar altında ve fiilin yapılması sırasında tahmin edilebilir olmalıdır.⁹⁰ Burada netice ve somut

⁸⁸ Yargıtay 9. CD, E.2006/4414, K.2006/4461, 18.9.2006.

⁸⁹ Yargıtay 9. CD, E.2006/1660, K.2006/2687, 11.5.2006.

⁹⁰ Centel, Zafer ve Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 387ff.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 211ff.; Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 234; Yargıtay CGK, E.1970/4-361, K.1979/432, 28.12.1970.

tehlike somut şekliyle; nedensellik bağı da esaslı öğeleriyle öngörülebilir olmalıdır. Olağan hayat tecrübelerinin dışında kalan sıra dışı nedensellik gidişatları öngörülebilir değildir. Öngörülebilir olamayan, kaza ve tesadüfün eseri olan ve kaçınılabılır olmayan tehlikeler, failin sorumluluğunda değildir.⁹¹

Ayrıca izin verilen risk ve güven ilkesi çerçevesinde hareket edildiğinde, hukukun kabul etmediği esaslı bir tehlike yaratılmış olmayacaktır. Gerçekten de hayatın olağan akışında izin verilen risk kapsamında bulunan durumlarda özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla da taksirden sorumluluktan söz edilemez: *“Sanığın 12 yıllık evinde ilk yapıldığı zamanki elektrik tesisatını kullandığı zaman içerisinde bu elektrik tesisatına herhangi bir ekleme ve müdahalede bulunmadığı yönündeki savunması, bunun aksine herhangi bir açıklama içermeyen yangın zabıt varakası ile bilirkişi raporu dikkate alındığından yangının çıkmasında sanığa kusur yüklenemeyeceği gözetilmeden beraati yerine, hayatın olağan akışına uymayan evindeki elektrikli aletlerini kullanırken cihazlarını kontrol ettirme gereğine riayet etmediğinden bahisle yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...”*⁹²; *“Sanığın evinde elektrik kontağından çıkan yangının orman alanına sirayeti sonucu meydana geldiğinin tutanaklara göre anlaşılmiş bulunmasına elektrik kontağı sonucu çıkan yangınlarda sanığa atfı kabil kusur izafe edilemeyeceğine göre sanığın elektrik tesisatında gerekli tedbiri almayışi sebebi ile yangının çıkmasında kusurlu olduğunun kabulü ile mahkûmiyetine hükmolunması ve talepten fazla olarak yangın söndürme masrafı tayin edilmesi yasaya aykırıdır.”*⁹³

⁹¹ Ayrıntılar için bkz. Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 234ff.

⁹² Yargıtay 9. CD, E2005/2918, K.2005/5803, 14.7.2005.

⁹³ Yargıtay 3. CD, E.2005/3002, K.2005/24269, 15.12.2005.

Güven ilkesi, kurallara uygun olarak hareket edenin, bir başkasının da aynı şekilde kurallara uygun hareket edeceğine güvenebilmesi ve bu güvene dayanarak hareket eden failin, hukukun kabul etmediği esaslı bir tehlike yaratmadığı kabul edilir.⁹⁴

Objektif isnadiyete ilişkin sonraki aşamalarda, yükümlülüğe doğrudan aykırılık bağlantısı, normun koruma amacı bağlantısı; başkalarının sorumluluk alanlarına giren hususlar; mağdurun kendi sorumluluğunda (özgür iradesiyle) kendi kendine zarar vermesi ve kendini tehlikeye sokması; bir başkasının mağdurun rızasıyla mağduru tehlikeye sokması; üçüncü kişilerin sorumluluk alanına giren olaylar, üçüncü bir kişinin kasıtlı ve kusurlu ya da özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemi ya da taksirli bir eylemi göz önünde bulundurulur.⁹⁵

Yargıtay'ın da işaret ettiği üzere, özen yükümlülüğüne aykırılıkla meydana getirilen somut tehlike arasındaki nedensellik bağının tespitinde, bilirkişiden faydalanılabilir: *"Olay yeri inceleme tutanağı, yangın raporu, sanık savunmaları, mağdur ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre, olay tarihinde fabrikanın kazan dairesinde bulunan ve olay saatinde kapatılmış olan kazanın brülöründen sızan ve zeminde biriken yağın tutuşması ve alev alması sonucu çıkan yangında, fabrikanın makine sorumlusu H.K. ile kazan sorumlusu olan A.K.'nin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışlarının ve yangının çıkmasında kusurlarının olup olmadığı konusunda içlerinde makine mühendisi de bulunan iş güvenliği bilirkişi heyetinden rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği..."*⁹⁶ Bilirkişi sadece özen yükümlülüğüne aykırı hareketle meydana gelen netice ve somut tehlike arasındaki nedenselliği bilimsel olarak ortaya koyacaktır! Netice ve somut tehlikenin faile objektif olarak isnat edilmesi

⁹⁴ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 234ff.

⁹⁵ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 234.

⁹⁶ Yargıtay 9. CD, E.2008/8712, K.2010/3291, 22.3.2010.

hukukî bir değerlendirme olduğundan, somut tehlikenin failin eseri olup olmadığına hâkim kendisi karar vermeli, bunun ardından taksir kusurunu da yine bizzat kendisi tespit etmelidir. *“Mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen orman bilirkşi raporunda yanan sahanın devlet ormanı sayılmayan yerlerden olduğu, yangının taşınmaz üzerinde yapılan temizlikten arta kalan çalı ve dikenlerin öbekler halinde bir araya toplanarak yakılması sonucu başladığı ve yine fındık bahçesi içerisinde son bulunduğu, yangının anız yangını şeklinde olmadığı ve yakılanların da anız niteliği taşımadığı tespit edilmiş olmasına göre; sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 171. maddesinde tanımlanan suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gerekmektedir.”*⁹⁷

2. Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk

Taksirli suçlarda da hukuka uygunluk söz konusu olabilmektedir.⁹⁸ Bununla birlikte bireysel olmayan, evrensel hukukî değerlerden genelin güvenliği, kural olarak meşru müdafaya ehil değildir. Aynı zamanda bu hukukî değerler bireyin rıza yoluyla üzerinde tasarrufta bulunabileceği hukukî değerlerden de değildir.

Nesnel tipikliğin ve hukuka aykırılığın tespitinden sonra kusurluluk aşamasında, kişisel özen yükümlülüğü ihlâli incelenir.⁹⁹ Burada taksirli hareket edenin, özellikle sübjektif özene aykırılık ve dolayısıyla da öznel öngörülebilirlik ve öznel kaçınılabilirlik incelemesi gerçekleştirilecektir. Bu incelemelerde failin kişisel yeteneklerine, kişisel hayat tecrübelerine, kişisel zihinsel gelişimine, eğitim durumuna, sosyal ve ekonomik

⁹⁷ Yargıtay 3. CD, E.2011/24539, K.2012/36617, 5.11.2012.

⁹⁸ Aygörmez, Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich, 220.

⁹⁹ Aynı yönde Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 227ff.; Aygörmez, Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich, 220.

durumuna, hayat şekline, yaşına göre, gerekli özeni yerine getirme imkânına sahip olup olmadığı saptanacaktır.¹⁰⁰

3. Şahsî Cezasızlık Sebebi TCK m. 22

Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir. TCK m. 22 VI'ün uygulama bulması kişisel ve ailevî bağlantıyı aradığından komşulara ait hukukî değerler üzerinde yaratılan somut tehlike ile failin bizzat mağdur olması bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir: "Sanığa atılı taksirle yangına neden olma eylemi sonucunda, kendisi dışında 3 ayrı mağdurun binasında zarar oluşması karşısında, meydana gelen neticenin, münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açtığı kabul edilemeyeceği, bu nedenle de 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesindeki koşulların somut olayda gerçekleşmediği gözetilmeden..."¹⁰¹; "Yangının sanığın kendi evi dışında komşusu olan kardeşinin oğluna ait ev ve samanlığa da sirayet ettiğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK'nun 22/6.maddesindeki koşulların gerçekleşmediği ve eylemin aynı Yasanın 171/a maddesinde belirtilen suçu oluşturduğu, sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden olaya uygun düşmeyen şekilde ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi"¹⁰²

¹⁰⁰ Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, 235; Yargıtay 2. CD, E.2003/24588, K.2005/1537, 10.02.2005.

¹⁰¹ Yargıtay 9. CD, E.2008/19341, K.2010/10514, 14.10.2010.

¹⁰² Yargıtay 9. CD, E.2006/9230, K.2007/3423, 18.4.2007.

4. İçtima

Failin tek bir hareketi ile TCK m. 171 ile birlikte taksirli yaralama ya da öldürme suçunu işlemesi durumunda, TCK m. 44 kapsamındaki fikrî içtima kuralları gereği, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.¹⁰³ Yargıtay da aynı görüştedir: “Olay tarihinde sanığın müdür olduğu... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited şirketine ait tekstil iş yerinde çalışan işçilere yemek temin etmek amacıyla kurulmuş olan yemekhanedeki LPG tüplerinden sızan gazın patlaması nedeniyle oluşan yangının çevredeki mağdurların yaralanmasına ve araçların zarar görmesine sebebiyet verdiği, TCK'nun ‘Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması’ başlıklı 171. maddesinin 1. fıkrasında taksirle yangına neden olan kişinin yangın çıkarması halinin suç olarak düzenlendiği, maddede belirtilen suçun tehlike suçu olup, somut olayda ise mağdurların yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu dikkate alındığında; taksirle yangına neden olmak suçundan karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulması gerekirken, sanığın bu suçtan da mahkûmiyetine karar verilmesi...”¹⁰⁴; “Sanığın tedbirsiz ve dikkatsiz şekilde kullandığı aracının ve yük olarak taşıdığı LPG maddesinin yanması nedeniyle yaralamalı trafik kazasına sebebiyet verdiği, ‘Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması’ başlıklı TCK 171. maddesinin 1. fıkrasında taksirle yangına neden olan kişinin yangın çıkarması halinin suç olarak düzenlendiği, suçun tehlike suçu olup, katılanın yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun oluştuğu dikkate alındığında; sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine taksirle

¹⁰³ Aynı görüşte Aytekin İncooğlu (ilgili bölüm yazarı), *Özel Ceza Hukuku Cilt IV Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, 42, 43.

¹⁰⁴ Yargıtay 12. CD, E.2015/15290, K.2015/19348, 17.12.2015.

yangına neden olmak suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”¹⁰⁵.

SONUÇ

Her bir suçun koruduğu hukuki değer ve normun getiriliş amacı, var oluş gerekçesi açık ve net bir şekilde ortaya konulmak durumundadır. Zira bu hususlar normun tabiatını belirleyici unsurlar olduğu kadar, norm unsurlarının yorumlanmasında da esaslı bir role sahiptirler. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması TCK m. 170 ile taksirle tehlikeye sokulması TCK m. 171 suçu, bu bakımdan anlamlıdır. Anılan suçların doğasında potansiyellik unsuru esaslı bir yapı taşı teşkil etmektedir. Elverişlilik, suçun maddi unsurlarının oluşumunda belirleyici bir etki göstermektedir. Suçlar sıklıkla potansiyel tehlike suçu karakterindedir. Suçların koruduğu hukuki değerler bakımından genelin huzuru bu suçların bir diğer baskın niteliğidir. Normlarla korunmak istenen bu değer, bu suçlara özerklik getirmekte ve bu suçların içtimai kısmında fikri içtimaya giderek diğer bazı zarar suçları içerisinde erimesine engel olmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Telif Beyanı: Yazar, orijinal eserin telif korumasına sahip olmadığını belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

¹⁰⁵ Yargıtay 12. CD, E.2013/2377, K.2013/18943, 11.7.2013.

Copyright Notice: The author stated that the original work is not under copyright protection.

KAYNAKÇA

- Aksoy Retornaz, Eylem. "Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no: 2 (2012): 3-16.
- Aydın, Murat. "Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması." *Terazi Hukuk Dergisi*, no: 6 (Şubat 2007): 50-59.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan. "‘Fahrlässigkeit’ im Türkischen Strafgesetzbuch." *Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich - Beiträge zur Rechtsvergleichung - Band: IV 4. Deutsch-Türkisches Symposium "Fünf Jahre Türkisches Strafgesetzbuch"*. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver. İstanbul, 2011.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan. *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler, Cilt 1*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- Bayraktar, Köksal, Vesile Sonay Evik, Zeynel T. Kanga, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Hasan Sınar, Hamide Zafer, Ali Hakan Evik, Güçlü Akyürek, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Pınar Memiş Kartal, Eylem Aksoy Retornaz, Fulya Eroğlu Erman, Sinan Altunç, ve Asuman Aytekin İnceoğlu. *Özel Ceza Hukuku Cilt IV: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut Yenerer. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Doğan, Koray. "Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 16 (2014): 179-208.

- Ersoy, Uğur. "Türk Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, no: 41 (Ocak 2020): 27-64.
- Keçelioğlu, Elvan. "Sırf Hareket Suçları Tehlike Suçu Mudur?" *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, no: 2 (2021): 433-464.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Polat, Halil. "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2010): 135-166.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Baskı. Münih: Verlag C.H. Beck, 2006.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

SOME LEGAL ASPECTS OF APPLICATION OF UNIVERSAL JURISDICTION OVER WAR CRIMES

*Evrensel Yargının Savaş Suçlarına
Uygulanmasının Bazı Hukuki Yönleri*

İlyas GULİYEV*

Abstract


The application of universal jurisdiction over war crimes requires responses to a number of questions: Which crimes under international law are considered war crimes? Is there consensus regarding the application of universal jurisdiction over war crimes? Is the prosecution of war crimes under universal jurisdiction the right or the duty of a state? Does the application of universal jurisdiction over war crimes require any connection to the forum state? Do the state officials enjoy immunities from being prosecuted by foreign states under universal jurisdiction for war crimes? Which value should outweigh in deciding of reasonableness of application of

* Doktora Adayı, Bakü Devlet Üniversitesi (Uluslararası Kamu Hukuku Bölümü), ilyasgulyev@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3297-323X.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 10.02.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 4.07.2021.

Atıf/Citation: Guliyev, İlyas. "Some Legal Aspects of Application of Universal Jurisdiction Over War Crimes." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 356-383.

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

universal jurisdiction – to prevent the impunity of the perpetrators of war crimes or to ensure stable and secure international relations with the foreign states? What measures should be taken to ensure further efficiency of universality principle in combatting international crimes?

These questions are the major ones, but not exhaustive and the answers to them have both theoretical and practical importance. In this article we will try to find answers to those questions analyzing the relevant norms of international law, the decisions of the international courts, the legislation and case-law of the states, as well as the legal doctrine. Significant place in the article is allocated to the questions related to the limitations on application of universal jurisdiction and how these limitations could affect the future perspective of this principle.

Findings reached in the article are that further limitations on application of universality principle can lead to loss of its meaning as a legal concept and adoption of a single convention in this field is the possible way out to preserve the important role of this principle in fighting international crimes.

Keywords: Universal jurisdiction, War crimes, International crimes, Immunities, Forum State.

Öz

Savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin uygulanması bir dizi soruya yanıt gerektirir: Uluslararası hukuka göre hangi suçlar savaş suçu olarak kabul edilir? Savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin uygulanması konusunda fikir birliği var mı? Savaş suçlarının evrensel yargı yetkisi altında kovuşturulması bir devletin hakkı mı yoksa görevi midir? Savaş suçları üzerindeki evrensel yargı yetkisinin uygulanması forum devletiyle herhangi bir bağlantı gerektiriyor mu? Devlet yetkilileri savaş suçları nedeniyle yabancı devletler tarafından evrensel yargı yetkisi altında yargılanmaktan muaf

tutuluyor mu? Evrensel yargı yetkisinin uygulanmasının makul olup olmadığına karar verirken hangi değer daha ağır basmalıdır - savaş suçu faillerinin cezasızlığını önlemek veya yabancı devletlerle istikrarlı ve güvenli uluslararası ilişkiler sağlamak? Uluslararası suçlarla mücadelede evrensellik ilkesinin daha fazla etkinliğini sağlamak için ne tür önlemler alınmalıdır?

Bu sorular başlıca sorulardır, ancak kapsamlı değildir ve cevaplar hem teorik hem de pratik öneme sahiptir. Bu makalede uluslararası hukukun ilgili normlarını, uluslararası mahkemelerin kararlarını, devletlerin mevzuatı ve içtihatlarını ve ayrıca yasal doktrini analiz ederek bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız. Makalede önemli bir yer evrensel yargı yetkisinin uygulanmasına ilişkin sınırlamalara ve bu sınırlamaların mevcut ilkenin gelecekteki perspektifini nasıl etkileyebileceği ile ilişkin sorulara ayrılmıştır.

Makalede evrensellik ilkesinin uygulanmasındaki daha fazla sınırlamanın onun hukuki bir kavram olarak anlamını yitirmesine yol açabileceği ve bu alanda tek bir sözleşmenin kabul edilmesinin bu ilkenin uluslararası suçlarla mücadeledeki önemli rolünü korumanın olası bir yolu olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar kelimeler: Evrensel Yargı, Savaş Suçları, Uluslararası suçlar, Dokunulmazlıklar, Forum Devleti.

INTRODUCTION

Universal jurisdiction, which is one of the forms of criminal jurisdiction, allows the courts of any state to prosecute those, who alleged to have committed certain serious crimes, regardless of where the alleged crime was committed, as well as of the nationality of the perpetrator or the victim of the crime. In this case the jurisdiction is based on the crime itself, not on the

place, where the crime was committed or the persons, who have committed the crime.¹

As a rule, universal jurisdiction is exercised over the crimes regarded by the international community as especially serious. There is no consensus either in doctrine or state practice with respect to the circle of crimes, which can be prosecuted based on universal jurisdiction. Nevertheless, it is mainly accepted that these crimes include, *inter alia*, the crimes against peace, humanity and security of mankind, genocide, torture, as well as war crimes.

Although the issue of application of universal jurisdiction over war crimes is less disputable in the doctrine, it is still premature to state that the debates around this matter are closed.² In the meantime, war crimes are better positioned in comparison to other crimes, subject to universal jurisdiction, mainly because there are more international conventions regulating the matters related to war crimes than any other international crime.³

Universal jurisdiction is not the only legal means in international law to prevent the impunity for war crimes. Those,

¹ *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Edited by Stephen Meledo, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004), p. 18; Christopher L. Blakesley, "United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime," *Journal of Criminal Law and Criminology* 73, no. 30 (1982), p. 1111.

² There have been efforts in legal doctrine to challenge the very nature of jurisdiction applied over war crimes. See, Matthew Garrod, "The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality," *International Criminal Law Review* 12, (2012): 763-826; See also, Bartram Brown, "The Evolving Concept of Universal Jurisdiction (Symposium)," *35 New England Law Review* 383, (2001), p. 384.

³ Anthony J. Colangelo, "The Legal Limits of Universal Jurisdiction," *Virginia Journal of International Law* 47, (2006), p. 191.

who are suspected of committing such crimes can be brought either before the local courts based on territorial or personal jurisdiction, *ad hoc* International Penal Tribunals, or the International Criminal Court. However, all these means have significant deficiencies in fighting war crimes. As it was rightly emphasized by Christopher C. Joyner, “*since war criminals often operate with the knowledge and assistance of local political and legal authorities, domestic law does little to deter these actors.*”⁴ The *ad hoc* International Penal Tribunals are mainly established to try crimes committed by the citizens of particular countries. As far as the International Criminal Court is concerned, not all the states are members of the Court. Furthermore, it is physically impossible for the Court to try all the cases of war crimes. In this respect, universal jurisdiction is the most efficient, under some circumstances even the only, legal tool in preventing impunity for war crimes.

I. PROSECUTION OF WAR CRIMES UNDER UNIVERSAL JURISDICTION: THE RIGHT OR THE DUTY FOR A STATE?

The notion of war crimes encompasses the cases of grave breaches of international humanitarian law both in international and non-international armed conflicts. It primarily includes grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims and Additional Protocol I to the Convention. According to Article 85 (5) of the Protocol I, “*without prejudice to the application of the Conventions and of this Protocol, grave breaches of these instruments shall be regarded as war crimes.*”⁵

⁴ Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability,” *Law and Contemporary Problems* 59, (1996), p. 153.

⁵ Additional Protocol I to the Geneva Conventions further extended the circle of grave breaches set out in Articles 50, 51, 130 and 147 of the respective Conventions.

War crimes perpetrated in non-international armed conflicts include the violations of Article 3, which is general for all Geneva Conventions, as well as grave breaches envisaged in Protocol II.

War crimes are also set out in Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court. Furthermore, in accordance with the Second Protocol (1999) to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict "*making cultural property, protected under the Convention and the Second Protocol, the object of attack*" is considered war crime and prosecuted based on universal jurisdiction.

Finally, the Convention on the safety of the United Nations and associated personnel dated 9 December 1994 sets forth that certain attacks against the UN personnel within peacemaking or peace-keeping operations are amounted to war crimes.

One of the pioneers of research of the subject matter of this article Willard B. Cowles expressed his formula of universality principle over war crimes as follows: "*The States of the world have jurisdiction to try and punish any war criminal unless prohibited from so doing by international law. Whether or not any such prohibition exists is to be found in the practice of States in relation to the trial and punishment of such offenses.*"⁶

Back in the late 1940s the United Nations War Crimes Commission (UNWCC) stated that alongside with the pirates, war criminals are also punished based on universal jurisdiction. In particular, referring to the *Almelo Trial*, the UNWCC emphasized that "*under the general doctrine called Universality of Jurisdiction over War Crimes, every independent state has in International Law jurisdiction to punish pirates and war criminals in*

⁶ Willard B. Cowles, "Universality of Jurisdiction Over War Crimes," *California Law Review* 33, (1945), p. 216.

*its custody regardless of the nationality of the victim or the place where the offence was committed.”*⁷

Two years later the Geneva Conventions, the major international instrument to protect the fundamental rights in war time, endorsed the UNWCC position that war crimes are subject to universal jurisdiction. In particular, the relevant articles of the Geneva Conventions (Articles 49, 50, 129 and 146 respectively) read that, “*Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a ‘prima facie’ case.*”

Some authors allege that the Geneva Conventions do not directly envisage the application of universal jurisdiction over war crimes. In particular, M. Cherif Bassiouni noted that “*there is no provision in the conventions related to the armed conflicts containing universal jurisdiction and that the assertion that universal jurisdiction is applied over war crimes is essentially driven by academics’ and experts’ writings.*”⁸ The similar view was expressed by Anthony J. Colangelo, who stated that “*no positive instrument concerning the law of armed conflict provides affirmatively in its*

⁷ “Law Reports of Trials of War Criminals”, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, English Edition, Volume I, 1947, Last modified April 26, 2021, <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/Law-Reports-Volume-1.pdf>.

⁸ M. Cherif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice,” *Virginia Journal of International Law* 42, (2001), p. 117.

jurisdictional provisions for the conventional equivalent of universal jurisdiction.”⁹

This writer does not share those views. First of all, 2016 Commentary to Article 49 of the I Geneva Convention clearly states that *“the effective implementation of these obligations requires that each State Party has previously extended the universality principle to the list of grave breaches in its national legislation.”*¹⁰ Furthermore, para. 1851 of the Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict dated September 15, 2009 reads that Article 146 of the IV Geneva Convention establishes universal jurisdiction.¹¹

Alongside with the Geneva Conventions, the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, elaborated by the International Law Commission in 1996 provides for universal jurisdiction over war crimes. In particular, Article 8 of the Draft Code reads that *“without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over war crimes, irrespective of where or by whom those crimes were committed.”*¹²

⁹ J. Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction,” *Virginia Journal of International Law* 47, (2006), pp. 192-193.

¹⁰ “Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field”, Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, Article 49, Penal Sanctions, Last modified April 30, 2021, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84>.

¹¹ “Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories”, Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, 15 September 2009, Last modified January 17, 2021, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>.

¹² Simple: “Draft Code of Crimes Against the Peace And Security of Mankind”, Last modified January 21, 2020,

It is widely accepted that the prohibition of war crimes is a *jus cogens* norm, i.e. peremptory norm from which there can be no derogation and *erga omnes* obligation, i.e. obligation for all states¹³. That means, the prosecution of war crimes is not an optional right, but a duty for all states. In other words, each state is not only entitled to prosecute war crimes, based on universal jurisdiction, but they are even obliged to exercise such jurisdiction, or extradite such persons for a trial to another state, “willing and able” to exercise prosecution, or hand them over to the international tribunal with the relevant jurisdiction. This fundamental obligation, which is expressed in each state’s duty to prosecute on the national level those, who alleged to have committed war crimes, is set out in the afore-mentioned articles of the Geneva Conventions.

As it was emphasized by M. Cherif Bassiouni, *erga omnes* character of obligation to prosecute war crimes imply certain duties, such as to “prosecute or extradite, the non-applicability of status of limitations and immunities, as well as universal jurisdiction over those, who have committed such crimes”.¹⁴

According to Amnesty International as of 2012 at least 136 UN member states have envisaged universal jurisdiction over war crimes in their legislation¹⁵, which clearly demonstrates the

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf

¹³ Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability,” *Law and Contemporary Problems* 59, (1996), pp. 168-169.

¹⁴ *International Criminal Law 3: International Enforcement*, Third Edition, Edited by M. Cherif Bassiouni, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), p. 11.

¹⁵ “Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World - 2012 Update”, London: Amnesty International Publications, October 2012, Last modified January 17, 2021,

existence of *opinio juris* on the matter. In the meantime, indictments for war crimes constituted the major part of indictments (alongside with torture) in universal jurisdiction trials worldwide for the past half of a century.¹⁶

It should be noted that although the Geneva Conventions did not envisage directly the possibility of implementation of the state's duty to prosecute the persons, alleged to have committed war crimes by handing them over to the international criminal tribunal, the International Red Cross Committee, which provided official interpretation to the Geneva Convention stated clearly that, the elaborators of the Conventions have not excluded that the states can exercise their duty to punish the persons, alleged to have committed war crimes, by handing over those persons to the international criminal tribunal.¹⁷

International law strictly prohibits granting asylum to the persons, alleged to have committed war crimes. Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights sets out that "*the right to seek and to enjoy asylum from persecution may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.*" In

<https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf>.

¹⁶ Devika Hovel, "The Authority of Universal Jurisdiction," *The European Journal of International Law* 29, no: 2 (2018), p. 434.

¹⁷ The ICRC's Commentary to the I Geneva Convention published in 1952 reads as follows: "*At the same time there is nothing in the paragraph to exclude the handing over of the accused to an international penal tribunal, the competence of which is recognized by the Contracting Parties. On this point the Diplomatic Conference declined expressly to take any decision which might hamper future developments of international law.*" Simple: "Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field", Geneva, August 19, 1949, Commentary of 1952, Last modified January 11, 2020, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=F2D40BED87D146D1C12563CD0042232B>.

the meanwhile, in accordance with Article 1 of the Declaration on Territorial Asylum adopted by the UN General Assembly in 1967 “the right to seek and to enjoy asylum may not be invoked by any person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes.”

The states’ duty not to grant asylum to the persons, alleged to have committed war crimes, also mean that states shall refrain from handing those persons to the states, which can grant asylum to them.

II. LIMITATIONS ON APPLICATION OF UNIVERSAL JURISDICTION OVER WAR CRIMES

A. Connection with the Forum State

The major difference between universal jurisdiction and the other forms of criminal jurisdiction is that no connection is required of the committed crime or the person, alleged to have committed the crime, with the state, which court sues that person (forum state). In other words, each state can bring before its courts the person, alleged to have committed war crimes, regardless of the state territory, where the alleged crime was committed, the nationality of the person, alleged to have committed the crime or of the victims of the alleged crime.

In its judgement on the case of *Naït-Liman v. Switzerland*, the European Court of Human Rights concluded, *inter alia*, that “in the concept’s absolute form” the application of universal jurisdiction does not depend on *ratione personae* or *ratione loci* connections with the “jurisdiction applied to in a specific case.”¹⁸

¹⁸ “Case of Naït-Liman v. Switzerland”, European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 51357/07, Judgement, 15 March 2018, Last

Although the doctrine mainly also supports the “concept of absolute form of universal jurisdiction”¹⁹, the legislation, as well as the judicial practice of the states are inclined to demonstrate a different approach, requiring a connection (sometimes substantial connection) of the alleged crime with the forum state to launch prosecution.

Germany is a clear example of this practice. In general, Articles 6 (9) and 7 (2) of the German Criminal Code envisaging the application of universal jurisdiction, do not require a connection of the committed crime or the person, alleged to have committed crime, with Germany.²⁰ Section 1 of Article 1 of the Code of Crimes Against International Law adopted by the German Federal Parliament on 26 June 2002 reads that “*this act shall apply to all criminal offences against international law designated*

modified April 14, 2021,
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-81608%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-81608%22]}).

¹⁹ Anthony J. Colangelo, “The Legal Limits of Universal Jurisdiction,” *Virginia Journal of International Law* 47, (2006), pp. 150-151, See also, Bartram Brown, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction (Symposium),” 35 *New England Law Review* 383, (2001), p. 383, Christopher C. Joyner, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability,” *Law and Contemporary Problems* 59, (1996), p. 171.

²⁰ Article 6 (9) of the German Criminal Code reads that “*German criminal law shall apply, regardless of the law of the place of their commission, to the acts which, on the basis of an international agreement binding on the Federal Republic of Germany, shall also be prosecuted if they are committed abroad.*” Simple: “Criminal Code of Germany”, Last modified January 11, 2020, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html; Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (New York: Oxford University Press, 2003), p. 145.

*under this Act, even when the offence was committed abroad and bears no relation to Germany.*²¹"

However, the local courts exercising universal jurisdiction over war crimes, genocide and the other deeds, considered a crime under international law, have reached a conclusion that a connection with Germany (for example, the fact of residence in Germany) is required to prosecute the persons, alleged to have committed the said crimes.

The first case, where a connection with Germany was required has been *Tadic* case. On 13 February 1994 the Federal Court of Justice of Germany hearing the case submitted that a connection of the crime of genocide, alleged to have committed, with Germany is required "*in order not to violate the principle of non-interference with internal affairs of the other states.*" The court concluded that such a connection existed in *Tadic* case. Thus, the person, suspected to have committed a crime in Bosnia and Herzegovina resided in Germany for several months and arrested there. The Court submitted, *inter alia*: "*The German criminal law is applied to the crime of genocide committed abroad regardless of the law of the place of commission (universality principle). The primary condition for that is existence of legal connection in each case; only under such circumstances the application of the German criminal law to the deeds committed beyond the German territory will be possible. Absence of such a connection will lead to the violation by the forum state of the principle of non-interference with the internal affairs demanding respect to the state sovereignty. The fact that the accused has been residing in Germany for several months, that he has*

²¹ "Act to introduce the Code of Crimes Against International Law of June 26, 2002", 2021, Last modified January 11, <https://www.refworld.org/docid/4374af404.html>.

created the center of his interests and arrested here, proves the existence of connection of this person with Germany.²²

The conclusion on *Tadic* case was later confirmed on *Djajic* case in May 1997. The Bavarian State Supreme Court hearing the case submitted that Germany is entitled to exercise universal jurisdiction on condition that “*she does not violate the principle of non-interference with internal affairs of the other states*” and for that purpose substantial connection with Germany is needed. The Court concluded that the fact that the suspected person had been living in Germany voluntarily and Germany had participated in the UN peacekeeping operation on the territory of Yugoslavia together with the other states is a substantial connection to hear the case.²³

Neither German legislation, nor German precedent-law shed light to the factors which can be regarded as substantial connection for bringing the case before the German courts. The existence of this connection is determined each time by the court itself hearing the case.

Alongside with the German precedent-law the requirement of connection with the forum state is set out in the legislation and

²² “*Tadic* case, Federal Court of Justice, 13 February 1994”, Last modified January 28, 2021, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=5171ADA8D4AD66AE412566080038787C&action=openDocument&xp_countrySelected=DE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state_

²³ “*Novislav Djajic* case, Bavarian Higher Regional Court, 23 May 1997”, Last modified January 21, 2020, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/3EA892A1FB670B46412565FC00394EA5/CASE_TEXT/Novislav%20Djajic%20case%20-%20Decision%20of%2023%20May%201997%20%5Bin%20English%5D.PDF.

recedent law of France,²⁴ Austria,²⁵ Belgium,²⁶ Spain²⁷ and the other countries as well. According to 1985 Spanish Judicial Power Organization Act universal jurisdiction could only be exercised in Spain if one of the following three conditions is fulfilled: the accused is present in Spain, the victim is Spanish, or there is another clear connection with Spain.

The Princeton principles on universal jurisdiction elaborated in 2001 also set forth that universal jurisdiction may be exercised by a court of any state on a condition that the person is present before that court.²⁸

It may be concluded that currently there is no single approach to the issue of necessity of connection with the forum

²⁴ “Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt 26 Mars 1996 (Javor), Bulletin criminel, 1996, N° 132”, Last modified January 17, 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336>; “Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991”, Last modified January 21, 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000532676/>.

²⁵ “Penal Code of Austria”, Last modified December 28, 2020, <https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2016/08/Criminal-Code-Austria-1998.pdf?x96812>.

²⁶ “Cour d’appel de Bruxelles, Chambre des mises en accusation”, Sharon & Yaron, 26 Juin 2002, Last modified January 17, 2021, <https://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/arret-26-juin-2002-apercu.pdf>.

²⁷ “Permanent Mission of Spain to the United Nations.” dated 29 April 2003, Last modified January 14, 2020, https://www.un.org/en/ga/sixth/68/UnivJur/Spain_E.pdf.

²⁸ Princeton University Program in Law and Public Affairs. “The Princeton Principles on Universal Jurisdiction 28 (2001)”, Last modified January 28, 2021, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html>.

state of the committed crime or the person, who allegedly have committed the crime, to institute criminal proceedings over war crimes. Although the Geneva Conventions do not explicitly require such a connection, this is more an exception rather than a general rule²⁹. As it follows from the analysis of the states' case-law the majority of them are reluctant to apply universal jurisdiction once there is no connection with the forum state.

B. Immunities

It is commonly accepted in international law that the personal immunity cannot serve as a ground to avoid responsibility for war crimes. Yet the Treaty of Versailles signed on 28 June 1919 noted that heads of states' immunities have certain limitations as far as the deeds regarded as international crime under international law are concerned. In accordance with Article 227 of the Treaty it was decided to establish a special tribunal to try former German Emperor William II of Hohenzollern for the "*offences against international morality and the sanctity of treaties.*"³⁰ It was a period when the concept of responsibility of natural persons for violating of laws and rules of war had recently started to develop. During and after World War II this concept has fully established.³¹ It was mainly reflected in the charters and judgements of the Nuremberg and Tokyo Military Tribunals.

²⁹ Ryan Rabinovitch, "Universal Jurisdiction in Absentia," *Fordham International Law Journal* 28, no: 2 (2004), p. 506.

³⁰ "Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes against Humanity", Amnesty International, 1 January 1999, Last modified January 22, 2020, <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/eur450011999en.pdf>.

³¹ Igor P. Blishchenko, *International Humanitarian Law* (Moscow: Progress Publishers, 1989), p.186.

In the meantime, the immunity from other states' jurisdiction enjoyed by diplomatic agents, as well as a number of state's high ranking officials, especially heads of states, heads of Governments (it should be noted that some authors state that unlike heads of states heads of Governments do not enjoy the immunities in the territories of foreign states) and Ministers for Foreign Affairs, is also commonly accepted principle in international law.³² Respect to this principle is very important in order not to prevent those persons from fulfilling their duties. The problem arises, in particular, when the person, suspected of having committed international crime, is still in office. In these circumstances a contradiction emerges between the principles of necessity to punish the persons, alleged to have committed a crime affecting the interests of the international community as a whole and absolute inviolability of state officials holding high rankings from the other states' jurisdiction. The solution of this contradiction has importance both for international law theory and judicial practice.

In this respect, Judgement adopted by the International Court of Justice on 14 February 2002 on the case of Democratic Republic of the Congo against the Kingdom of Belgium is highly interesting.³³ The reason for the dispute between the two

³² Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, Second Edition (London: Cavendish Publishing Limited, 2003), pp.168.

³³ With respect to the issue of immunities for war crimes, see also *Pinochet*, *Gaddafi* and *Fidel Castro* cases. J. Craig Barker, "The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet," *International and Comparative Law Quarterly* 48, (1999): 937-948, Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case," *European Journal of International Law* 10, (1999): 237-277, Reed Brody and Michael Ratner, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain* (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000), "Gaddafi case", General Prosecutor at the Court of Appeal of Paris, Appeal judgment, Appeal No.00-87215, Decision No.64, (2001) 125 ILR 490, (2001) RGDIP 474, ILDC 774 (FR 2001), 13th March 2001,

countries was the international arrest warrant issued on 11 April 2000 by Belgian investigating judge against the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo Abdulaye Yerodia Ndombasi accusing him of having committed of war crimes and crimes against humanity and circulation of that warrant to the foreign authorities to ensure his extradition to Belgium.³⁴ On 17 October 2000 the Congo lodged an application with the Court against Belgium and requested the Court to deliver a decision on annulment of the international arrest warrant of 11 April 2000. The Congo claimed that issuing such a warrant Belgium had violated the diplomatic immunity enjoyed by its Minister for Foreign Affairs.

In its Judgement the International Court of Justice found substantiated the claim of the Congo on violation of Yerodia's immunity by Belgium. Thus, the Court submitted that *"although the international treaties, and in particular, the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 do not contain any provision specifically defining the immunities enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs, under customary international law they enjoy absolute immunity from criminal jurisdiction while in Office."* The Court concluded that *"the functions of Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she*

France; Court of Cassation [Cass]; Criminal Division, Last modified January 22, 2021, https://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u831/OPL_%20Gaddafi%20case%2C%20General%20Prosecutor%20at%20the%20Court%20of%20Appeal%20of%20Paris%2C%20Appeal%20judgment%2C%20Appeal%20No%2000.pdf; Antonio Cassese, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2003), Simple: "Case Concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), International Court of Justice", Last modified January 14, 2020, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>

³⁴ It was claimed that in his public address made in 1998 Abdulaye Yerodia called to persecute and perish all tutsi population, including civilians and combatants. After the warrant was issued Yerodia made trips to a number of countries, but none of them tried to arrest him.

fulfils regular trips abroad and his or her deprivation from immunity would hinder him or her in the performance of his or her duties.” The International Court of Justice found that “the issue against Mr. Abdulaye Yerodia Ndobasi of the arrest warrant of 11 April 2000, and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law. Therefore, the Court decided that the Kingdom of Belgium must cancel the arrest warrant of 11 April 2002 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated.”

In the meanwhile, this decision must not be regarded as a ground to exempt the high ranking state officials, alleged to have committed war crimes, from entire responsibility. It was emphasized by the Court itself as well. Thus, the Court submitted that in some circumstances an incumbent or former Minister for Foreign Affairs can be brought before courts despite the immunities attributed to him or her by international law. Firstly, since the said persons do not enjoy criminal immunity in their own countries, they can be tried by the courts of the latter. Secondly, these persons can be prosecuted by the courts of foreign states in two cases - if their own state waives their immunity, and once they leave the office of Minister for Foreign Affairs and thus, no longer enjoy the diplomatic immunities. Finally, such persons can be tried by international criminal tribunals once they have jurisdiction.³⁵

This Judgement of the International Court of Justice resulted in making amendments to the Kingdom of Belgium Law of 7 May 2003 on Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law and Article 144 of Judicial Code. In

³⁵ C. Sonja Grover, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes* (Heidelberg: Springer-Verlag, 2010), p. 38.

accordance with the amendments “*the international immunity of the person deriving from the office he or she holds does not prevent the application of this law, except in the circumstances provided by international law.*”³⁶

CONCLUSION

There is no doubt that universal jurisdiction is an efficient tool in fighting the crimes, regarded by the international community as especially serious, including war crimes, and one of the important means to prevent impunity for such crimes. The importance of universal jurisdiction is that any state, which has no connection with the committed crime, can bring the person, alleged to have committed the crime, before its courts for the sake of common interests. However, almost there is no state exercising universal jurisdiction without any condition. There are some restrictions in the national legislation and judicial practice.

First of all, it is the requirement of connection with the forum state, which exists in the legislation of majority of the states and only in rare cases a state institutes criminal proceedings based on universal jurisdiction with regard to a suspected person, who is not present on its territory. This requirement contradicts to the absolute form of universal jurisdiction and to this writer’s stance serves as a major obstacle in fighting war crimes on the national level. It is obvious that the application of universal jurisdiction, in particular with respect to high ranking officials of the foreign countries, who are not even present on the territory of the forum state can trigger tensions in international relations. However, it is also clear that so far there is no other international legal tool, as effective as universal jurisdiction, in fighting international

³⁶ “Human Rights Watch, Belgium: Questions and Answers on the “Anti-Atrocity” Law”, Last modified January 21, 2021, <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/belgium-qna>.

crimes, in particular committed by high profile officials. Anyway, unfortunately, the experience of Belgium and Spain, once with the most progressive legislation in the field of universal jurisdiction, demonstrates that the states are getting farther from the practice of application of absolute form of universal jurisdiction.

One of the other issues to be paid attention in exercising universal jurisdiction is the issue of immunities. It should be taken into account that customary international law does not allow to prosecute diplomatic agents, as well as the incumbent head of state, head of Government and Minister for Foreign Affairs by a foreign state even for international crimes. It is important that the circle of persons enjoying immunity in the foreign states is not enlarged further.

Connection with the forum state and immunities are not the only limitations on application of universal jurisdiction. The absence of the relevant legislation, political interference into the judicial decision-making process, unlawful application of acts of amnesty, pardon or other such kind of impunity acts, unlawful application of statutory limitations are additional impediments for application of universal jurisdiction. Further restriction of universality principle can result in loss of its meaning and its disappearance as a legal concept.

To this writer's opinion there is a huge demand in international law to elaborate a single convention on universal jurisdiction, which will cover all the issues related to its application. The convention should both codify the already existing norms of international law, and elaborate new norms, taking as a basis the best practices in the states' legislation and case-law. The adoption of such a convention would allow to preserve the role of universal jurisdiction as the most effective legal tool in fighting heinous crimes.

Hakem Değerlendirmesi: ift kr hakem.

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

ıkar atışması: Yazar ıkar atışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

BIBLIOGRAPHY

- Bantekas, Ilias and Nash, Susan. *International Criminal Law*. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 2003.
- Barker, J. Craig. "The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet." *International and Comparative Law Quarterly* 48, (1999): 937-948.
- Brown, Bartram. "The Evolving Concept of Universal Jurisdiction (Symposium)." *35 New England Law Review* 383, (2001): 383-397.
- Bassiouni, M. Cherif. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice." *Virginia Journal of International Law* 42, (2001): 81-162.
- Bianchi, Andrea. "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case." *European Journal of International Law* 10, (1999): 237-277.
- Blishchenko, Igor P. *International Humanitarian Law*. Moscow: Progress Publishers, 1989.
- Brody, Reed and Ratner, Michael. *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Colangelo, J. Anthony. "The Legal Limits of Universal Jurisdiction." *Virginia Journal of International Law* 47, (2006): 149-198.
- Joyner, Christopher C. "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability." *Law and Contemporary Problems* 59, (1996): 153-172.

- Blakesley, Christopher L. "United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime." *Journal of Criminal Law and Criminology* 73, no. 3 (1982): 1109-1163.
- Grover, C. Sonja. *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.
- Hovel, D. "The Authority of Universal Jurisdiction." *The European Journal of International Law* 29, no: 2 (2018): 427-456.
- International Criminal Law, Volume 3: International Enforcement*. Third Edition. Edited by M. Cherif Bassiouni. Leiden: Martinus Nijhoff (2008).
- Garrod, Matthew. "The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality." *International Criminal Law Review* 12, (2012): 763-826.
- Rabinovitch, Ryan. "Universal Jurisdiction in Absentia." *Fordham International Law Journal*, 28, no: 2 (2004): 500-530.
- Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Edited by Stephen Meledo. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004.
- Cowles, Willard, B. "Universality of Jurisdiction Over War Crimes." *California Law Review* 33, (1945): 177-218.

Internet Resources

- "Act to introduce the Code of Crimes Against International Law of 26 June 2002." Last modified January 11, 2021. <https://www.refworld.org/docid/4374af404.html>.
- "Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), International Court of Justice." Last modified January 14, 2020. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>.

- “Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.” Geneva, 12 August 1949. Commentary of 1952. Last modified January 11, 2020. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=F2D40BED87D146D1C12563CD0042232B>
- “Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.” Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2016. Article 49: Penal Sanctions. Last modified April 30, 2021. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84>
- “Cour d’appel de Bruxelles, Chambre des mises en accusation.” Sharon & Yaron. 26 Juin 2002. Last modified January 17, 2021. <https://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/arret-26-juin-2002-apercu.pdf>.
- “Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt 26 Mars 1996 (Javor). Bulletin criminel, 1996, No: 132.” Last modified January 17, 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068336>.
- “Criminal Code of Austria.” Last modified December 28, 2020. <https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2016/08/Criminal-Code-Austria-1998.pdf?x96812>.
- “Criminal Code of Germany.” Last modified January 11, 2020. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.
- “Draft Code of Crimes Against the Peace And Security of Mankind.” Last modified January 21, 2020. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf.

“Case of Naït-Liman v. Switzerland.” European Court of Human Rights. Grand Chamber. Application no. 51357/07. Judgement, 15 March 2018. Last modified April 14, 2021. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22\],%22sort%22:\[%22kpdate%20Descending%22\],%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-81608%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JORGIC%20v.%20GERMANY\%22%22],%22sort%22:[%22kpdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-81608%22]}).

“Gaddafi case.” General Prosecutor at the Court of Appeal of Paris. Appeal judgment. Appeal No 00-87215, Decision No 64, (2001) 125 ILR 490, (2001) RGDIP 474, ILDC 774 (FR 2001). 13th March 2001. France; Court of Cassation [Cass]; Criminal Division. Last modified January 22, 2021. https://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u831/OPL_%20Gaddafi%20case%2C%20General%20Prosecutor%20at%20the%20Court%20of%20Appeal%20of%20Paris%2C%20Appeal%20judgment%2C%20Appeal%20No%2000.pdf.

“Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories.” Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict. 15 September 2009. Last modified January 17, 2021. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf>.

“Human Rights Watch, Belgium: Questions and Answers on the “Anti-Atrocity” Law.” Last modified January 21, 2021. <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/belgium-qna>.

“Law Reports of Trials of War Criminals.” Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission. English Edition. Volume I, 1947. Last modified April 26, 2021. <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/Law-Reports-Volume-1.pdf>.

“Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de

sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991." Last modified January 21, 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000532676/>.

Princeton University Program in Law and Public Affairs. "The Princeton Principles on Universal Jurisdiction 28 (2001)." Last modified January 28, 2021. <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html>.

"Novislav Djajic case, Bavarian Higher Regional Court, 23 May 1997." Last modified January 21, 2020, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=3EA892A1FB670B46412565FC00394EA5&action=openDocument&xp_countrySelected=DE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

"Permanent Mission of Spain to the United Nations." dated 29 April 2003. Last modified January 14, 2020. https://www.un.org/en/ga/sixth/68/UnivJur/Spain_E.pdf.

"Tadic case, Federal Court of Justice, 13 February 1994." Last modified January 28, 2021. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=5171ADA8D4AD66AE412566080038787C&action=openDocument&xp_countrySelected=DE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

"Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes against Humanity." Amnesty International. 1 January 1999. Last modified January 22, 2020. <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/eur450011999en.pdf>.

"Universal Jurisdiction. A Preliminary Survey of Legislation Around the World - 2012 Update." London: Amnesty International Publications, October 2012. Last modified

January 17, 2021.
<https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf>.

ALMAN HUKUKUNDA MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN KANUNLAR İHTİLAFI BOYUTU

*Conflict of Laws Dimension of International
Commercial Arbitration in German Law-
Gesetzeskonflikt Dimension der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit im deutschen Recht*

Elif Selen

BATIGÜN*

Öz


Almanya, milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda tahkim yeri olarak her geçen gün daha fazla tercih edildiğinden, incelememizin konusu Alman hukukunda milletlerarası kanunlar ihtilafı meseleleri olarak belirlenmiştir. Alman hukukunda ticari tahkim yargılamasına bakıldığında yabancılık

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, elifselenbatigun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4027-5645.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.03.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 15.09.2021.

Atıf/Citation: Guliyev, İlyas. "Alman Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkimin Kanunlar İhtilafı Boyutu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 384-457.

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

unsuru içeren ve içermeyen uyuşmazlıklara aynı hükümlerin uygulandığı görülmektedir. Almanya'da tahkime ilişkin kendi içinde bütünlük arz eden, yeknesak kuralların uygulanması, mahkemelerin tahkimi destekleyici ve özgürlükçü bir tavırla uyuşmazlıkları karara bağlamalarına neden olmaktadır. Çalışmamızın amacı Alman hukukunda milletlerarası tahkim prosedüründe karşılaşılan kanunlar ihtilafı meselelerini *Zivilprozessordnung* (Alman Usul Hukuku Kanunu) §1025-1066 arasındaki düzenlemeleri, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki *New York* Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ve Alman mahkemelerinin içtihatları ışığında incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticari Tahkim, Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları, Alman Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkim, Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzeni.

Zusammenfassung

Da Deutschland in internationalen Handelsstreitigkeiten zunehmend als Schiedsort bevorzugt wird, wurde der Gegenstand unserer Untersuchung als Frage des internationalen Kollisionsrechts im deutschen Recht bestimmt. Betrachtet man das Handelsschiedsverfahren nach deutschem Recht, so zeigt sich, dass für Streitigkeiten mit und ohne fremde Elemente dieselben Bestimmungen gelten. Die Umsetzung einheitlicher Regeln für die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, die integer sind, veranlasst die Gerichte, die Streitigkeiten auf unterstützende und libertäre Weise zu entscheiden. Ziel unserer Studie ist es, die im Rahmen des internationalen Schiedsverfahrens im deutschen Recht auftretenden Kollisionsnormen, die Bestimmungen der Zivilprozessordnung §1025-1066, die einschlägigen Bestimmungen des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung

ausländischer Schiedssprüche zu untersuchen. und die Rechtsprechung des Gerichts.

Schlüsselwörter: Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Internationale Handelsschiedsgerichtsregeln für Kollisionsnormen, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit Nach Deutschem Recht, Auf die Schiedsvereinbarung Anwendbares Recht, Öffentliche Ordnung.

GİRİŞ

Günümüzde globalleşmenin etkisiyle uluslararası ticaretin gelişmesi dünyanın farklı yerlerinde bulunan kişilerin birbirleriyle ticari ilişkilere girmesini yaygınlaştırmış, söz konusu ticari ilişkilerin neden olduğu uyuşmazlıkların çözümlenmesi meselesi büyük önem kazanmıştır. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri de gelişen uluslararası ilişkiler doğrultusunda değişmiş, uyuşmazlıkların özel yargılama usulleriyle çözümlenmesi düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda bünyesinde yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılaması devlet mahkemelerinin yanında tercih edilen bir usul olarak kabul edilmiştir.¹

Almanya’da ticari konulara ilişkin uyuşmazlıkların büyük bir kısmında tahkim yargılama prosedürüne başvurulmaktadır. 1998 yılında Alman Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ve yüksek profilli uyuşmazlıkların Alman ulusal mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilerek tahkim uyuşmazlık çözüm yolu ile çözümlenmesi ile birlikte, tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi

¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 5; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 758; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 326; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 232.

(*dispute resolution mechanism*) olduğuna ilişkin bilinç artmıştır. Günümüzde düzenlenen standart sözleşmelerin birçoğunda tahkim klotlarının bulunduğu görülmektedir. Milletlerarası tahkim arenasında Alman tahkim sisteminin mevcudiyeti ve etkinliği fazla bilinmemekte ve İsviçre gibi tahkim sistemi bakımından popüleritesi geniş çapta kabul edilen sistemlerin gölgesinde kalmaktadır. Ancak son dönemde milletlerarası ticari tahkim yargılamasında² tahkim yeri olarak Almanya'nın sıkça tercih edilmeye başlandığı görülmektedir. Avrupa Parlamentosu'nun yapmış olduğu 2014 tarihli bir araştırmada tahkim yeri olarak Almanya üye ülkeler arasında en çok tercih edilen beşinci ülkedir.³ Almanya'nın tahkim yargılamasında son zamanlarda sıkça tercih edilmesinin nedeni ise Almanya'da tahkimin gelişmiş, liberal, verimli ve ucuz bir sisteme dayanmasıdır.⁴

Çalışmamızda milli tahkimi, milletlerarası tahkimden ayırmak adına "*milletlerarası tahkim*" kavramı kullanılmıştır. İçinde yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından

² İncelemede özellikle "ticari tahkim" kavramının tercih edilmesinin nedeni, ticari menfaatlere ilişkin tahkim ile çalışmamızın kapsamının sınırlandırılmasıdır. 1994 tarihli UNCITRAL Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) uyarınca "ticari" kelimesi bir sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, ticari niteliği olan bütün meseleleri kapsayan bir kavram olarak dipnotta tanımlanmıştır. UNCITRAL Model Kanun için bkz. Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf.

³ Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, Study for the Juri Committee, 102, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPO_L_STU%282015%29509988_EN.pdf.

⁴ Marcel Barth ve Gerhard Wegen, *International Arbitration in Germany A Handbook*, (Beck/Hart, 2019), 5; Frank-Bernd Weigand, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, (Oxford: 2009), 23.

milletlerarası tahkim uygulaması, yerel tahkim yargılamasından farklı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Milletlerarası tahkimde uyumsuzluğun birden fazla devletin hukuku ile bağlantısı bulunmaktadır.⁵

“Milletlerarası tahkim”, “milletlerarası tahkim davası” ya da “milletlerarası hakem kararı” kavramları için yeknesak bir tanım veya açıklama mevcut değildir. Bir milletlerarası tahkimden veya milletlerarası hakem kararında söz edildiğinde bu kavramların tanımlanması milli hukukların anlayışlarına bağlı olarak, hukuk sistemlerine göre değişmektedir.⁶ Bu doğrultuda Alman hukukunda milletlerarası tahkim kavramının yasal bir tanımının bulunmadığı görülmektedir.⁷ Dolayısıyla incelememizin konusu olan yabancılık unsuru içeren tahkim uyumsuzluklarını belirlemek adına Alman hukukunda genel olarak yabancılık unsurunun nasıl belirlendiğini açıklamamız yerinde olacaktır.

Alman hukukunda yabancılık unsuru, uyumsuzluğun taraflarının vatandaşlıkları, yerleşim yeri, mutad meskenleri, tarafların iradeleriyle belirleyeceği yetkiye ilişkin kayıt, dava konusu taşınır, taşınmaz malın bulunduğu yer, haksız fiilin işlendiği yer gibi hususlara bakılarak belirlenmektedir. Söz konusu unsurlardan herhangi birinde yabancı ögelerin

⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 761.

⁶ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017), 543; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern Hunter on International Arbitration*, (New York: Oxford University Press, 2015), 1. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe'ye göre “milletlerarası tahkim” kavramı, yabancılık unsuru barındıran ve hakemler tarafından ihtilafların çözümünü kapsayan tüm ihtilaf çözme tekniklerini ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır. (Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 761)

⁷ Feyiz Erdoğan, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 88.

bulunması uyuşmazlığın bünyesinde yabancılik unsuru barındırdığını göstermektedir.⁸ Yabancılik unsuru barındıran tahkim uygulaması söz konusu olduğunda, örneğin; tahkim yargılamasının taraflarının ve tahkim yerinin yabancılik unsuru taşıması halinde tahkim yargılamasının yabancılik unsuru taşıdığı, milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda milletlerarası nitelik taşıyan tahkim ile yerel tahkim aynı hukuka tabidir. Bünyesinde yabancılik unsuru barındıran tahkime, tıpkı yerli tahkim gibi Alman Usul Kanununda⁹ (*Zivilprozessordnung-ZPO*) §1025-1066 arasında düzenlenen maddeler uygulanacaktır. Bu durum Almanya'da tahkim bakımından yeknesak ve kendi içinde uyumlu, bütünsel nitelik gösteren bir sistemin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu noktada uygulanacak kurallar bakımından UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerinin aksine milli ve milletlerarası tahkim uygulaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanunda belirli bir konuya ilişkin hüküm bulunmaması halinde, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin¹⁰ ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. (ZPO § 1061)

İçinde yabancılik unsuru bulunan tahkim yargılamasının taraflarının karşılaştıkları maddi hukuk ve usul hukuku

⁸ Özel yargılama usulü olan tahkimde, tahkim yargılamasının taraflarının ve tahkim yerinin yabancılik unsuru taşıması halinde de, tahkim yargılamasının yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilmektedir. Reinhold Geimer, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationale Zuständigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile*, (Bielefeld: 1966), 4.

⁹ Alman Usul Kanunu, *Zivilprozessordnung-ZPO* tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 5, 2021, <https://www.gesetze-im-internet.de>.

¹⁰ 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve terası Hakkındaki New York Sözleşmesi (RG. 21.5.199, S. 20877) tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 5, 2021, <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>.

meselelerine hangi hukukun uygulanacağı hususu kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmektedir. İncelememiz kapsamında ilk olarak, Almanya'da ticari tahkimin genel özellikleri ele alınacaktır. Bu bağlamda, Alman hukukunda ticari tahkime hâkim olan ilkeler incelenecektir. Takiben maddi hukuk bakımından tahkim anlaşması ve tahkime elverişlilik kavramları, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ele alınacaktır. Konumuzun kanunlar ihtilafı hukuku bakımından kapsamını; tahkime elverişliliğe, tahkim sözleşmesine, tahkim prosedürüne, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, kamu düzeni ve müdahaleci kurallar oluşturmaktadır. Konu ele alınırken kanunlar ihtilafı bakımından meseleler Türk hukuku ile karşılaştırmalı bir şekilde incelenecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Almanya'da federal düzeyde tahkime ilişkin ilk yazılı düzenleme 1879 yılında Alman Usul Kanunu ZPO § 1025 ve devamında yapılmıştır. Düzenlemelerde tahkime ilişkin oldukça olumlu bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Liberal bir yaklaşımla yalnızca 24 bölümden oluşan bu düzenleme, oldukça geniş bir alanda etki göstermeyi amaçlamakta ve şu an UNCITRAL Model Kanun¹¹ (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) ile benimsenen ilkeleri benimseyen, irade serbestisi ilkesine dayanan ve mahkemelerin müdahalesini sınırlayıcı nitelikte düzenlemeler ortaya koymaktadır.¹²

¹¹ UNCITRAL Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) tam metnine erişim için bkz. Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, <https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/Loitype-en.pdf>.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2009), 778; Karl Hein Böcktiengel, Stefan Micheal Kröll ve Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany*, (Wolters Kluwer, 2015), 234.

Alman tahkim hukukunun modernleşme süreci 1985 yılında UNCITRAL Model Kanunun Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmesiyle başlamıştır. Model Kanunu örnek olarak yapılmak istenen yeni düzenlemelerle Alman tahkim düzenlemelerinin milletlerarası tahkimde daha fazla tercih edilmesi amaçlamıştır. Yeni düzenlemeler tahkime giden yabancı tarafların, düzenlemeleri rahatlıkla anlayabilmelerini ve Alman tahkim düzenlemelerini tahkimde tercih etmelerini hedeflemektedir. Bu doğrultuda Alman kanun koyucular, 41 bölümden oluşan yeni düzenlemeleri Model Kanunu örnek olarak ZPO § 1025-1066 arasında düzenlemişlerdir.

Alman Federal Mahkemesi, *Bundesgerichtshof*'un (BGH) içtihatlarına bakıldığında, mahkemenin, genel olarak söz konusu liberal anlayışı benimseyerek, UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerine uyumlu kararlar verdiği görülmektedir.

Bu başlık altında milli ve milletlerarası tahkim kuralları bakımından ayırım gözetmeyen Alman hukukunda milletlerarası ticari tahkime hâkim olan ülkesellik ve taraf hakimiyeti ilkesine ve hakem heyetinin yetkilerine değinilecektir.

A. Ülkesellik

UNICTRAL Model Kanun ile paralel olarak, Alman tahkim düzenlemeleri tahkimi nihai sonuca ulaştıran bir yargılama yöntemi olarak kabul ederek ülkesellik ilkesini benimsemektedir. ZPO §1025 uyarınca Alman tahkim düzenlemeleri bütün tahkim uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulur. Bu noktada başka bir ülkenin tahkime ilişkin kurallarının tahkim yeri Almanya ise uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Bu kurallar sadece usul hukukuna ilişkin kurallardır.¹³ Maddi hukuk hükümlerine ilişkin söz konusu kural geçerli olmayacaktır.¹⁴

B. Taraf Hâkimiyeti İlkesi

Taraf hâkimiyeti ilkesi tahkim anlaşmasının taraflarına tahkimde uygulanacak prosedürü seçme özgürlüğü verir.¹⁵ Alman tahkim düzenlemeleri genel olarak taraf hâkimiyeti ilkesi ile yönetilmektedir. Taraflar arasında tahkime ilişkin bir anlaşma olması halinde, tahkim prosedürünün münhasırlığı ile hakem kararının kesin hüküm olarak kabul edilmesinin birlikte düşünülmesi, taraf hâkimiyeti ilkesine işaret etmektedir. Söz konusu ilke genel olarak kanunda “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” ifadesi ile karşımıza çıkmaktadır.¹⁶

Kanunda taraf hâkimiyetini sınırlayan sınırlı sayıda düzenleme bulunmaktadır. Birkaç istisna dışında Alman tahkim düzenlemeleri emredici nitelikte olmayan hukuk kuralları niteliğindedir. Tarafların bir sorunun nasıl çözüleceğini tahkim anlaşmasında kararlaştırmadıkları hallerde kanun tarafından soruna bir çözüm getirilmektedir.¹⁷

¹³ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Gerhard Wagner, “Country Reports, Germany,” iç. Practitioner’s Handbook on International Arbitration, Editör Frank-Bernd Weigand (2002), 731ff.

¹⁴ Ulrich Magnus ve Peter Mankowski, *Brussels I Regulation*, (München: 2012), 399.

¹⁵ Sundra Rajoo, *Law, Practice and Procedure of Arbitration*, (Datuk: LexisNexis, 2018), 368.

¹⁶ Gino Lörcher, *Yeni Alman Tahkim Kanunu*, çev. İbrahim Özbay ve Zekeriyya Arı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no:3-4 (2001): 35.

¹⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Lörcher, “Yeni Alman Tahkim Kanunu,” 34.

ZPO'da taraflar bakımından iki adet emredici kural öngörülmüştür. Bunlardan ilki; ZPO § 1042 uyarınca, tarafların eşit işlemde bulunma ve her bir tarafa usulüne uygun olarak dinlenilme hakkı verilmesi zorunluluğudur.¹⁸ İkinci emredici kural ise ülkesellik ilkesi uyarınca tarafların tahkim yerinin Almanya olduğu hallerde, başka bir devletin usul hukukuna ilişkin kurallarının uygulanmasını kararlaştıramamalarıdır. (ZPO § 1025)

Ancak tahkim yeri Almanya olan bir yargılamada taraflar başka bir devletin usul hukukuna ilişkin kurallarının uygulanacağını kararlaştıramasa da, tahkim anlaşmasına bir hüküm koyarak veya ZPO 10. Kitabına; DIS (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), UNICITRAL Tahkim Kuralları, *International Chamber of Commerce* (ICC) Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yaparak uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleyebilirler.¹⁹ (ZPO § 1042 (3))

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku ise serbestçe belirleyebilirler. (ZPO § 1051) Benzer şekilde yargılamanın dili veya dilleri, tahkim yeri ve hakemlerin atanmasına ilişkin kurallar da taraflarca serbestçe belirlenebilir. (ZPO § 1045, § 1043, § 1035.)

C. Hakem Heyetinin Yetkileri

Tahkim anlaşmasıyla mahkeme yerine uyuşmazlığın hakemler tarafından bağlayıcı olarak çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Hakem anlaşması ise hakem ve taraflar arasında yapılmaktadır. Söz konusu anlaşmayla taraflar aralarındaki uyuşmazlığın, hakemler tarafından çözümlenmesi

¹⁸ Lörcher, "Yeni Alman Tahkim Kanunu," 35.

¹⁹ Hilmar Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, (2019), 263.

teklif edilmekte, hakemler de hakem olarak uyuşmazlığın çözümü noktasında hakem olarak görev yapmayı kabul etmektedirler.²⁰ Sözleşmenin kurulmasıyla taraflar ve hakem arasında vekâlet sözleşmesine dayanan bir özel hukuk ilişkisi meydana gelmektedir.²¹ Hukuki niteliği bakımından hakem anlaşmasının borçlar hukukuna tabi bir vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.²² Hakem anlaşması rızâî bir anlaşma olarak kabul edilmektedir. Ayrıca hakem anlaşması taraflar arasında hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkileri düzenleyen usul hukuku ve özel hukuk hükümleri esas alınarak meydana getirilen bir sözleşmedir.²³ Kendisine hakemlik teklif edilen kimse söz konusu teklifi kabul etmek zorunda değildir.²⁴

ZPO 10. Kitabında düzenlenmeyen ve tarafların ayrıntıları belirlemediği hallerde boşluk, hakem heyetinin usul kurallarını bizzat belirleme yetkileri ile doldurulur. Nitekim taraflar ZPO 10. Kitapta düzenlenen emredici hükümlerle bağlı olmalarına

²⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Savaş Yayınevi, 2021), 178ff.

²¹ Torsten Lörchner, "Arbitration in Germany," iç. *CMS Guide to Arbitration*, eds. Torsten Lörcher, Guy Pendell ve Jeremy Wilson (2012), 384; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; (Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.)

²² Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), 131, dn. 9; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31.

²³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Alim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2015) 8ff.

²⁴ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 31; Günümüzde geçerliliği bulunmayan Alman doktrininden bir görüşe göre hakemlerin görevi kabul zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle hakem anlaşmasının sözleşmesel bir ilişki doğurmadığı savunulmaktadır. (Otto Averdick, *Die Haftung des Schiedsspruch nach gemeinem recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuhe*, (Freiburg: Diss, 1904), 14.

karşın hakem heyeti yalnızca 10. Kitapta hiç düzenlenmeyen durumlarda bu serbestiye sahiptir. Tahkime ilişkin kurallar hiyerarşisi ise emredici kurallardan, tarafların anlaşması ve tarafların değiştirdikleri hükümlere uzanmaktadır. Söz konusu kuralların olmaması halinde hakem heyeti boşluk doldurma yetkisine sahip olacaktır.²⁵

Hakem heyeti uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyemez. Eğer taraflar esasa uygulanacak hukuku kararlaştırmamışlarsa o zaman hakem heyeti yargılama konusu ile en yakın irtibat içinde olan devletin hukukunu uygular. (ZPO § 1051 (2))

ZPO hükümlerinin birçoğu hakem heyetine açık yetki vermektedir. Buna göre tahkim yargılamasında kararlar daima hakem heyeti tarafından verilir. Kararlar tüm üyelerin oy çoğunluğu ile alınır. (ZPO § 1052) Yalnızca uyuşmazlığın tarafları veya tahkim kurulunun diğer üyelerinin kendisine bu konuda yetki verdiği hallerde başhakem münferit usule ilişkin konularda tek başına karar verebilir. (ZPO §1052 (3))

D. Milli ve Milletlerarası Tahkim Ayrımının Olmaması

Milletlerarası ticari tahkim kavramı, uyuşmazlık konusunun milletlerarası ticaretin menfaatleri ile ilişkili olduğunu ifade etmektedir.²⁶ Milletlerarası tahkim, milli ve milletlerarası nitelikte düzenlemelerle tarafların serbest iradeleriyle sürdürülen bir yargılama usulüdür. Bu doğrultuda taraflar davalarını çözmek üzere görevlendirilen hakem ya da hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçilme prosedürlerini, tahkim anlaşması ve şartının içeriğini, tahkim yerini, tahkim anlaşmasına, tahkim prosedürüne, uygulanacak hukuku, esasa

²⁵ Lörcher, "Yeni Alman Tahkim Kanunu", 39.

²⁶ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 14.

uygulanacak maddi hukuku, tahkim yargılamasının şeklini ve usulünü, ispat için başvurulacak araçları ve tahkim yargılamasının usul ve şeklini serbestçe belirleyebilirler.²⁷ Devletler milletlerarası tahkime ilişkin usul hukukuna hâkim temel adalet ilkelerini göz önünde bulundurarak, oldukça az sayıda olmak kaydıyla emredici kurallar koyarak tahkim prosedürüne müdahale etmektedirler.²⁸

ZPO'nun 10. Kitabında milletlerarası tahkim hukuku standartlarını belirgin şekilde yansıtan UNICITRAL Model Kanun'un düzenlemeleri ile özdeş nitelikli tahkime ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Alman hukukunda yabancılik unsuru barındıran veya barındırmayan tahkim yargılamaları bakımından bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Buna göre milli ya da milletlerarası nitelikte olmasına bakılmaksızın bütün tahkim prosedürlerine ZPO §1025-1066 arasında düzenlenen kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir.²⁹ Düzenlemeler kaleme alınırken milletlerarası nitelik taşıyan tahkimden ne anlaşılması gerektiği ZPO'da veya diğer sair tahkim mevzuatında düzenlenmemiştir. Bir başka deyişle, uygulanacak kurallar bakımından UNICITRAL Model Kanun düzenlemelerinin aksine milli ve milletlerarası tahkim uygulaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

ZPO'da yer alan tahkime ilişkin düzenlemelerin milli ya da milletlerarası olduğuna bakılmaksızın tahkim yerinin Almanya

²⁷ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 28-31.

²⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 758; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara:1986), 123.

²⁹ Jean François Poudret ve Sebastian Beson, *Comperative Law of International Arbitration*, (London: Sweet&Maxwell, 2007) 28; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 63.

olduğu tüm tahkim prosedürleri bakımından uygulanması söz konusu olduğundan Alman mahkemelerinin tahkime ilişkin vereceği bütün kararlar milletlerarası tahkimin gereklerine uygun olmalıdır.³⁰ Bu doğrultuda tahkime ilişkin yeknesak ve kendi içinde bütünlük arz eden bir sistem oluşmaktadır. Söz konusu sistem Alman mahkemelerinin tahkim yargılamasına karşı daha liberal bir tavır sergilemelerine neden olmuştur.³¹

Alman Barolar Birliği de Alman meclisinde tahkimin milletlerarası boyutuyla ilgili yeknesaklığı sağlamak adına diğer ülke mahkeme içtihatlarına, ulusal ve uluslararası düzenlemelere bakılarak bir iyileştirme çalışması yapılması konusunda teklifte bulunmuştur. Çalışma grubu konuya ilişkin çalışmalara başlamış ve ZPO'nun ilgili bölümüne yeni ek maddeler koymaya hazırlanmaktadır, söz konusu maddelerin yürürlüğe girmesi beklenmektedir.³² Yapılacak değişikliğin mevcut düzenlemenin milli ve milletlerarası tahkim arasında herhangi bir sınırlama ve ayırım öngörmemesinden dolayı milletlerarası tahkime yönelik ayrı kuralların bulunmamasına istinaden, milletlerarası tahkime ilişkin yeni düzenlemelerin kaleme alınması noktasında olması beklenmektedir.³³

³⁰ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 259.

³¹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 259.

³² Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 1.

³³ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 3. Yürürlüğe girmesi beklenen bir diğer düzenleme ise tahkime elverişlilik konusuna ilişkindir. Mevcut kanunda, ekonomik menfaat içeren tüm talepler tahkime elverişli olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme muğlak ve fazla geniş bir anlam ihtiva ederek, parasal değeri olan her şeyi kapsamına almaktadır. Bu noktada, patentler gibi sınai mülkiyet hakları ile ilgili anlaşmazlıklar veya bir ortak girişimdeki kurul kararının geçerliliği hakkındaki anlaşmazlıklar dahil bütün ticari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağı kabul edilmektedir. Yeni düzenleme ile tahkime elverişliliğe ilişkin ZPO § 1030 (1)'in kapsamının daraltılarak, tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin hükümler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁴ (MTK) ile milli tahkimden ayrı olarak düzenlenmiştir. MTK “milletlerarası tahkim”den ne anlaşılması gerektiğini açıkça tanımlamaktadır.³⁵ Bir hakem kararının milletlerarası nitelikte olup olmadığı tayin edilirken ağırlıklı olarak uyuşmazlığın esası ile ilgili hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.³⁶ Buna göre MTK tahkim ilişkisindeki yabancılik unsurunu esas almaktadır.³⁷ Bu bakımdan 4686 sayılı Kanunun uygulanabilmesi için iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. Bunlar; uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olmasıdır.³⁸ MTK m. 2 uyarınca bir uyuşmazlığın, birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olup olmadığını, yani yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığını belirlemek adına somut kriterler öngörülmüştür. Buna göre;

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

sınırlı ve açık bir şekilde gösterilmesi beklenmektedir. (Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 2.)

³⁴ RG. 5.7.2001, S. 24453.

³⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 73.

³⁶ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 73.

³⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 74; Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2005), 108; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, (Ankara: 1994), 147.

³⁸ Nuray, Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23 (2011): 303; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 169.

b) *Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.*

3. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.*

4. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.” şeklinde sıralanan kriterlerden herhangi birinin mevcut olması uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim milletlerarası bir karakter kazanır.³⁹ Türk hukukunda milli ve yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası tahkim ayrımının, milletlerarası tahkimin uluslararası prensipler doğrultusunda değerlendirilmesine ve milletlerarası hakem kararlarının denetlenmesinde yerel tahkim düzenlemelerinin tamamına uygunluğun aranmamasını sağlaması sebebiyle faydalı olduğu söylenebilir.⁴⁰ Nitekim kanaatimizce söz konusu ayırım hakem kararlarına ilişkin tamamen birbirlerinden farklı yaklaşımların ve çelişkili mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına da mahal verebilir.*

³⁹ Hüseyin Ali Sadroleşrafi, “Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25-26 (2005-2006): 322; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 766.

⁴⁰ Milli-milletlerarası tahkim ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgehan Yeşilova, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 76, (2008), 116ff.

II. MİLLETLERARASI TAHKİM PROSEDÜRÜNÜN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Tahkim Anlaşması

Bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine özel yargılama prosedürüyle çözümlenmesi hususundaki taraf iradesini beyan eden tahkim anlaşması, tahkim prosedürünün başlangıç noktası olarak nitelendirilebilir.⁴¹ Alman mahkeme kararlarına göre tahkim anlaşmasının karakteristik unsuru, ulusal mahkemelere ait olan nihai kararı verme yetkisinin tahkim heyetine devredilmesidir.⁴² ZPO § 1029' da tanımlanan tahkim anlaşması tahkim için vazgeçilmez bir ön koşuldur. Buna göre tahkim anlaşması, bir hukuki ilişki içindeki taraflar arasında ortaya çıkmış veya çıkacak olan tüm uyuşmazlıkların veya belirli uyuşmazlıkların tahkim uyuşmazlık çözüm yolu ile çözümlenmesini öngören bir anlaşmadır.

BGH tahkim anlaşmasını usulî haklara ilişkin bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.⁴³

Tahkim anlaşması temel etkileri nedeniyle usulî bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, yargılamanın ulusal mahkemelerden hakem heyetine devredilmesi ve mahkemenin yargılamaasının sınırlandırılması bakımından tahkim anlaşması bir usul sözleşmesidir.⁴⁴ Ancak tahkim

⁴¹ Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2008), 31; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 132.

⁴² Born, *International Commercial Arbitration*, 235.

⁴³ BGH, 30.01.1957, BGHZ 23, 198 (200) kararına erişim için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=30.01.1957&Aktenzeichen=V%20ZR%2080/55>.

⁴⁴ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

anlaşması sonuçları ve taraflara yüklediği karşılıklı borçlar bakımından da bir maddi hukuk sözleşmesidir.⁴⁵ Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği hem usul hukukuna, hem de maddi hukuka göre belirlenmelidir.⁴⁶ Tahkim anlaşmasının kabul edilebilirliği ve sözleşmenin şekline ilişkin geçerlilik koşulları, usul hukukuyla, diğer meseleler ise maddi hukukla alakalıdır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Alman hukukunda oldukça minimum düzeyde koşul öngörülmüştür. Tahkim anlaşmasının kurulması için tarafların açıkça tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözme konusunda yani ulusal mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeye ilişkin iradelerini ortaya koymaları gerekmektedir.⁴⁷ Tarafların tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözme konusunda iradelerini açıkça göstermelerinin ardından tarafların arasında belirlenmiş bir hukuki ilişkinin olması beklenmektedir.⁴⁸

2016 yılında verilen bir BGH kararında⁴⁹ tahkim anlaşmasının; 1) *Antitröst* Yasasının 19(1) bölümü uyarınca piyasaya hâkim şirketin bu durumunu kötüye kullanması; 2) Alman Anayasasında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi; 3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesini ihlal etmesi hallerinde geçersiz olacağına hükmedilmiştir.

⁴⁵ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁶ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16; Bu görüşün aksine, tahkim anlaşmasının saf usul hukuku sözleşmesi olduğunu kabul eden görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 16. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterli bir sözleşme olduğunu savunan görüş için bkz. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 166.

⁴⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁸ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁴⁹ BGH, 07.06.2016 - KZR 6/15, Erişim Tarihi: Haziran 15, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=07.06.2016&Aktenzeichen=KZR%206%2F15>.

Hakemlerin sayısı, atanmaları, tahkim yeri gibi önemli detayların nasıl belirleneceği ise ZPO 10. Kitap veya uygulanacak kurumsal tahkim kuralları aracılığıyla belirlenecektir. Bu nedenle mahkeme içtihatlarına bakıldığında, tahkim anlaşmasına ilişkin asgari düzeyde koşulların yeterli görüldüğü söylenebilir. Örneğin, tahkim anlaşmasında “Hamburg” ifadesi geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için yeterlidir. Alman mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda sözleşmelere konan tahkim şartlarını ayakta tutmak adına oldukça büyük çaba sarf etmekte ve belirsiz, açık olmayan ifadelerle geçerli bir anlam yüklemeye çalışmaktadırlar. Örneğin, “Alman Ticaret Odası Tahkim Kuralları” gibi aslında olmayan bir kurumun tahkim kurallarının uygulanmasını öngören bir tahkim şartının tahkim sözleşmesine konulduğu hallerde, mahkemeler tarafların gerçek iradelerinin hangi kuralların uygulanması yönünde olduğunu araştırmaktadırlar.⁵⁰

B. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı (*Unabhängigkeit*), kanunlar ihtilafı hukukunda tahkim anlaşmasının akibetinin esas sözleşmeninkinden ayrılabilmesi, yani tahkim anlaşması ve esas sözleşmenin farklı hukuklara tabi olabilmesini mümkün kılmaktadır.⁵¹ Bu şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sürdürülmesi, korunabilmesi mümkün olabilmektedir.⁵²

⁵⁰ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

⁵¹ Manja Epping, *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht*, (München: 1999), 25; Julian Lew, Loukas Miteris ve Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, (Kluwer, 2003), 107; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 167.

⁵² Born, *International Commercial Arbitration*, 476; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

Tahkim anlaşması ZPO § 1029 uyarınca ayrı bir sözleşme şeklinde veya esas sözleşmeye konan bir tahkim şartı şeklinde olabilir. Her iki şekilde de tahkim anlaşması esas sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme olarak kabul edilir.⁵³ ZPO § 1040'da tahkim şartının sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme olduğu açıkça düzenlenmiştir. Madde metni uyarınca "Hakem heyeti kendi yetkisi hakkında ve bu bağlamda tahkim şartının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilir. Bu amaçla, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir sözleşme gibi değerlendirilecektir."

Alman mahkemelerine göre temeldeki maddi hukuk sözleşmenin geçersizliği, (örneğin Devlet tarafından zorunlu tutulan bir sözleşme şartının söz konusu sözleşme bakımından sağlanamaması) sözleşmede yer alan tahkim şartının geçersizliğine tek başına sebep olmaz.⁵⁴ Aynı şekilde maddi hukuk sözleşmesinin geçerli olmasına karşın tahkim anlaşmasının geçersiz olması söz konusu olabilir.⁵⁵ Bu noktada tahkim anlaşması esas sözleşmeye konan bir tahkim şartı olduğu halde ayrı ve bağımsız bir sözleşme gibi kabul edilecektir. Bu doğrultuda esas sözleşme geçersiz olsa dahi tahkim heyetinin uyuşmazlığı çözmeye ilişkin yetkisi devam edecek ve taraflar tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaya devam edeceklerdir.⁵⁶ Bu noktada Alman hukukunda tahkim sözleşmesinin

⁵³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 35; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164; Born, *International Commercial Arbitration*, 465; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

⁵⁴ OLG Koblenz, 27.06.2005 - 12 VA 2/04, Erişim Tarihi: Temmuz 2, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Koblenz&Datum=27.06.2005&Aktenzeichen=12%20VA%202/04>; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *International Arbitration*, 105.

⁵⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 760.

⁵⁶ Born, *International Commercial Arbitration*, 387ff.; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17.

bağımsızlığından, özerkliğinden söz edilmektedir.⁵⁷ Buna göre esas sözleşme için ağırlaştırılmış bir yazılı şekil şartı öngörülse dahi tahkim anlaşması için gerekli olan şekil şartına uyulması tahkim anlaşmasının geçerliliği için yeterlidir.⁵⁸ Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesi Alman hukukunda resmî yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmedir. Bunun yanında tahkim anlaşmasının adî yazılı şekilde yapılması yeterli görülmektedir. Taşınmaz satım sözleşmesi adî yazılı şekilde yapılması nedeniyle şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır. Buna karşın taşınmaz satım sözleşmesinin içinde yer alan tahkim şartı, kendisi için öngörülen şekil şartlarına uyulduğundan geçerli olarak kurulabilecektir.⁵⁹

Alman hukukunda aynı zamanda esas sözleşmedeki irade sakatlığı hallerinin tahkim sözleşmesini veya şartını etkileyeceği kabul edilmektedir.⁶⁰ Buna göre hata, hile, ikrah ve taraflardan birinin ehliyetsiz olması gibi hallerde bağımsızlık doktrininin tahkim anlaşması bakımından uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, yasal olarak sözleşme yapma yetkisi olmayan bir temsilci ile bir emlak sözleşmesi akdedildiğinde taraflar arasında geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyecektir.⁶¹ Bu durumda sözleşmedeki tahkim şartının geçerliliğinden

⁵⁷ Redfern, Hunter, Blackaby ve Partasides, *International Arbitration*, 105; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 103ff.; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 163.

⁵⁸ Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 273, Turgut Kalpsüz "Tahkim Anlaşması," *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan 2* (2003):1044. Akıncı, Alman hukukunda "tahkim anlaşmasının özerkliği" kavramının kullanıldığını ileri sürmektedir. (Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164.)

⁵⁹ Peter Schlosser, "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag," iç. *Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century*, Editör Robert Briner (2001) 709.

⁶⁰ Schlosser, "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag," 388.

⁶¹ Born, *International Commercial Arbitration*, 389.

(*Fehleridentität*) söz edilemeyecektir.⁶² Aynı şekilde Alman Medeni Kanununa (*Bürgerliches Gesetzbuch*, (BGB)) göre sözleşme taraflarından birinin kimliği konusunda karşı tarafı aldattığı hallerde, aldatılan kişi bakımından bağlayıcı bir sözleşmeden ve bu esas sözleşmeye konulan tahkim şartının da geçerliliğinden bahsedilemez.⁶³

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi milletlerarası bir kural olarak ortaya çıkmış ve Türk hukukunda da benimsenmiştir.⁶⁴ MTK m. 4 uyarınca “*tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*” Bu hükümle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi açıkça ortaya koyulmuştur.

C. Tahkime Elverişlilik

1. Maddi Hukuk Açısından Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik (*Arbitrierbarkeit, arbitrability*) hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini, hangilerinin tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğini belirleyen bir kavramdır.⁶⁵ Tahkime elverişlilik kanuni bir sınırlamadır ve

⁶² Born, *International Commercial Arbitration*, 450; Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, (Tübingen: 1989), 293.

⁶³ Born, *International Commercial Arbitration*, 389; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17.

⁶⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 37.

⁶⁵ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 187; Born, *International Commercial Arbitration*, 768ff; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 149; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010), 14; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, (İstanbul: İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 218.

kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular olarak ifade edilebilir.⁶⁶ Bu doğrultuda tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda en önemli unsurlardan biridir.⁶⁷

Ulusal hukuklarda genel olarak devletlerin kendi tahkim kanunlarında tahkime elverişliliğe ilişkin özel düzenlemelerin bulunduğunu görmekteyiz. Alman hukukunda tahkime elverişli uyuşmazlıkları tanımlama konusunda ekonomik menfaat içeren ve içermeyen talepler bakımından iki yönlü bir yaklaşım söz konusudur.⁶⁸ Tahkime elverişlilik konusunda Alman kanun koyucusunun ekonomik çıkar sağlamaya yönelik veya ekonomik işlemlerle ilgili konuları⁶⁹ tahkime elverişli kılan geniş yaklaşımı taraflar için serbest tasarruf hakkı (*free disposition*) olarak nitelendirmiş, ZPO §1030 düzenlemesi ceza hukukunun dışında kalan bütün uyuşmazlıkların aslında tahkime elverişli olabilmesini sağlamıştır.⁷⁰ Belirtmemiz gerekir ki yalnızca

⁶⁶ Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 11; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 188; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 318.

⁶⁷ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 14.

⁶⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 777.

⁶⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 14.

⁷⁰ Born, *International Commercial Arbitration*, 778; Loukas Mistelis, "Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?," iç. *Arbitrability International & Comparative Perspectives*, Editör Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, (Wolters Kluwer, 2009), 10. Tahkime elverişlilik konusunda *free disposition* ilkesini benimseyen düzenlemelere örnek olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177; Alman ZPO § 1030; Belçika Yargılama Kanunu (*Belgium Judicial Code*) m. 1676(1) gösterilebilir.

medeni yargının görev alanına giren özel hukuk uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasına konu edilebilir.⁷¹

ZPO § 1030(1)⁷² tahkime elverişlilik kavramını oldukça geniş bir şekilde ele alarak ekonomik menfaat içeren bütün taleplerin (*vermögesrechtlicher Anspruch*) tahkime elverişli olduğunu düzenlemiştir. Ayrıca ekonomik menfaat içermeyen taleplerin yani parasal değeri olmayan ya da taşınır veya taşınmaz bir mala ilişkin olmayan taleplerin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularla sınırlı olmak kaydıyla tahkim yoluyla çözülebileceği de aynı maddenin devamında ifade edilmiştir.⁷³ Kanun koyucu düzenlemeyi yaparken New York Sözleşmesi m. 2/I'de kullanılan "*dava konusu*"⁷⁴ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177⁷⁵'de kullanılan "*uyuşmazlık*" kavramından farklı olarak özellikle "*talep*" kavramını kullanmıştır. Brekoulakis'e göre, "*talep*" (*Anspruch, claim*) kavramını kullanan ZPO § 1030(1) düzenlemesi daha doğru bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira talep kavramı uyuşmazlığı da içine alan daha geniş bir terimdir.⁷⁶

⁷¹ Rudolf Kahn, "Arbitration in England and Germany, A Study In Comparative Legislation And Conflict Of Laws," (1930), Erişim tarihi: Haziran 9, 2021 www.heinonline.com.

⁷² Liebscher, "Insolvency and Arbitrability," 174. § 1030(1): "*Any claim involving an economic interest.*" Düzenleme yapılırken kanun koyucu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 177'nin etkisi altında kalmıştır.)

⁷³ Youssef Karim, "The Death of Inarbitrability", *Arbitrability International & Comparative Perspectives*, ed Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis (Wolters Kluwer, 2009), 174.

⁷⁴ Art II (I) "... concerning a subject matter capable of settlement by arbitration."

⁷⁵ Art. 177 "*Any dispute involving property.*"

⁷⁶ Stavros Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex Fori*," (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, 2009), 40.

Alman hukukunda bir tarafın iflasının tek başına tarafların tahkim prosedürüne başvurmasına etkisi bulunmamaktadır. Tahkim anlaşması iflas eden tarafın tahkim iradesini ortaya koyamaması gibi bir nedenle sonlanmadığı sürece tarafların iradeleri tahkim yoluyla uyuşmazlığı çözmek ise bağlayıcı olacaktır.⁷⁷ Bu durumda iflas prosedüründe iflas masası, yediemin gibi kurumlar tahkim anlaşması ile bağlı olacak ve prosedüre kaldığı yerden devam edeceklerdir.⁷⁸ Borçlu tarafın iflası söz konusu olduğunda yalnızca icraî işlemlerin tahkime konu edilmeleri yasaklanmıştır.⁷⁹

İflas konusunda mahkemelerin mutlak bir şekilde yetkili olduğu icra iflas hukukuna ilişkin bazı çekirdek meseleler bulunmaktadır.⁸⁰ Alman hukukunda oldukça sınırlı bir şekilde söz konusu çekirdek meselelere ilişkin ulusal mahkemeler yetkili kılınmıştır. Menfi tespit davası, takip konusu olan senedin hata, hile veya ikrah nedeniyle geçersizliğinin iddia edilmesi, hileli senetler hakkında icra mahkemesinin tedbir almasına ilişkin uyuşmazlıklarda ve icra işlemlerinin gerçekleştirilmesinde, münhasıran Alman ulusal mahkemeleri yetkilidir.⁸¹ (Alman İcra İflas Kanunu (*Insolvenzordnung*) § 102, § 158, § 163, § 190 ve § 202)

BGH'nin kararlarına bakıldığında mahkemenin 2016 yılında konuya ilişkin içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir.

⁷⁷ Liebscher, "Insolvency and Arbitrability," 175; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 61.

⁷⁸ BGH, 19.07.2004 - II ZR 402/02, para. 22, 39, karar için bkz. Schieds VZ. Zeitschrift fuer Schiedsverfahren, (2004), 259ff.; Vesna Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, (1998), 181, 183; Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 61.

⁷⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 45.

⁸⁰ İflas ile ilgili çekirdek meseleler ile çekirdek olmayan meseleler ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 44.

⁸¹ Jan Hendrik Dalhuisen, *International Insolvency and Bankruptcy*, (New York: 1986), 35.

Mahkemenin 2013 yılında vermiş olduğu bir karara⁸² bakıldığında mahkemenin iflas halinde olan tarafların tahkim anlaşması yapabilmesine veya devam eden tahkim prosedürünün devam etmesine ilişkin olumsuz yönde karar verdiği görülmektedir. 2016 tarihli, I/ZB 1/15 sayılı kararında⁸³ ise mahkeme, tahkim yargılaması esnasında iflas eden davalının bu durumunun tahkim yargılamasını etkilemeyeceğine ve tahkim yargılamasına kalındığı yerden devam edileceğine hükmetmiştir. Karara göre iflasın açıklandığı tarih itibariyle iflas prosedürünü yürüten yetkililer tarafların akdetmiş olduğu tahkim anlaşması ile bağlı olacaklardır.

Şirket içi uyuşmazlıklar, (*innerbetrieblich*) tahkime elverişli değildir. BGH, şirket hissedarlarına ilişkin davalarda ekonomik menfaat içeren taleplerin tahkime elverişliliğinin belirli sınırlamalara tabi olduğuna ilişkin karar vermiştir.⁸⁴ Bu noktada uyuşmazlığı tahkime elverişlilik bakımından etkileyen şey şirket hissedarlarının uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözme konusunda karara varmalarıdır. Burada hissedarların kararlarıyla ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine karşı temel endişe, hakem heyetinin kararlarının tahkim anlaşması çerçevesinde sınırlandırılmasından dolayı bu kararların yalnızca tahkim anlaşmasına taraf olan paydaşlar için bağlayıcı olmasına ilişkindir.⁸⁵ Buna karşılık tahkim sözleşmesiyle bağlı olmayan hissedarlar tahkim kararından etkilenmeyeceklerdir. Bu nedenle uyuşmazlık tahkim heyetine götürüldüğünde kısmen çözülmüş olacaktır. Dolayısıyla tahkimin bu tür şirket içi, paydaşlar arası

⁸² BGH, 19.10.2013, III ZB 37/12, Erişim tarihi: Haziran 12, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸³ BGH, 9.08.2016, I ZB 1/15, Erişim tarihi: Haziran 10, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸⁴ BGH, 29.03.1996, BGH, 29.03.1996 - II ZR 263/9 para. 132, 278, 289, karar için bkz. Erişim tarihi: Mayıs 20, 2021, <https://dejure.org/>.

⁸⁵ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

uyuşmazlıklarla başa çıkmak için uygun olup olmadığı şüphelidir. Bu konuda ulusal mahkemeler aracılığıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının daha iyi bir yol olduğu söylenebilir.⁸⁶ Bu doğrultuda söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olmasının temel sebebi tahkim heyeti kararlarının tahkim anlaşmasının sınırlarını aşmamasıdır. Şirket içi uyuşmazlıklarda bütün hissedarların tahkim yoluyla bir uyuşmazlığı çözme konusunda irade göstermeleri halinde bu tür uyuşmazlıklar tahkime elverişli olarak kabul edilecektir.⁸⁷

ZPO § 1030 (3) uyarınca diğer yasalarda düzenlenen tahkime ilişkin sınırlamalar genel kural olan § 1030 (1) karşısında etkisiz kılınmışlardır. Bahsedilen düzenlemelerin arasında BGB § 1822 ve İş Mahkemeleri Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG*) § 101-110 arasındaki hükümleri bulunmaktadır. BGB § 1822 (12)'de velayet hakkı sahibi ana ve baba tarafından çocuğun temsili hususunun tahkim anlaşmasına konu olabilmesi için uyuşmazlık konusunun 3,000 Euro ve üzerinde olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama öngörülmüştür. ZPO § 1030 (3) ile bu sınırlama bertaraf edilmekte ve çocuğun temsiline ilişkin BGB § 1822'de sıralanan uyuşmazlıklar belirtilen önkoşulu sağlamasa dahi tahkim yargılamasına konu olabilmektedirler. Benzer şekilde İş Mahkemeleri Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG*) § 101 ila 110 arasındaki hükümlerinde iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yargılaması ile çözümlenmesi meselesi ve tahkime ilişkin sınırlamalar kaleme alınmıştır. Bu sınırlamalar ZPO § 1030 (3)'e göre geçerli olmayacak, ArbGG § 101-110 arasında tahkim yargılaması için öngörülen önkoşullar aranmadan tahkim yargılaması ile uyuşmazlık çözülebilecektir.

⁸⁶ Ayrıca bkz. EC Regulation, 44/2001 Art. 22(2)

⁸⁷ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 16.

Eski Alman Antitröst Kanunu 91 (1)'de (*Antitrust Gesetz*) yer alan antitröst hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ifade eden düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Bu doğrultuda antritröst hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar tahkime elverişli hale getirilmiştir. Benzer şekilde fikri mülkiyet⁸⁸ ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da tahkime elverişli olarak kabul edilmektedirler.⁸⁹

Ticaret hukuku ile alakalı uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğe ilişkin Avrupa Adalet Divanı (AAD) *Asturcom Telecommunicaciones* kararında⁹⁰ bir sınırlamanın getirildiği görülmektedir. Söz konusu sınırlama kararda da vurgulandığı üzere, Avrupa Birliğinin izlediği kamu politikası uyarınca tüketici uyuşmazlıklarına ilişkindir. Zira Avrupa Birliği 93/13 Numaralı 5 Nisan 1993 tarihli Tüzüğü'nün⁹¹ 6. maddesi uyarınca üye ülkeler tüketicinin yararını her zaman gözetir ve tüketicinin menfaatine aykırı olabilecek kararlar vermekten kaçınırlar. Ulusal kanuna göre tüketicinin menfaatine aykırı hükümler içeren sözleşmeler bağlayıcı değildir. Alman mahkemeleri tüketici davalarında sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicinin harç veya vekâlet ücreti ödememesini öngören, ucuz ve hızlı bir yargılama imkânı sunduğundan tüketiciyi koruyan

⁸⁸ Fikri ve sınai mülkiyete ilişkin ulusal ve uluslararası tahkim, Alman Patent Kurumu tarafından yürütülmektedir. bkz. BGH, 17.11.2009, X ZR 137/07, BGHZ, para. 182, 183, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁸⁹ Böckstiegel, Kröll ve Nacimiento, *Arbitration in Germany*, 17. Ekonomik menfaatlere ilişkin Antitröst Kanunundan doğan ve telif hakkına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna yönelik karar için bkz. OLG Frankfurt, 14.03.2019 - 6 U 134/15, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Frankfurt&Datum=14.03.2019&Aktenzeichen=6%20U%20134/15>.

⁹⁰ ECJ, C-40/08, *Asturcom Telecommunicaciones SL v. Cristina Rodriguez Nogueira* 2009, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, <https://europa.europa.eu>.

⁹¹ EEC 93/13, 5.04.1993, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021, www.europa.eu.

bir politika izlemektedir. Bu noktada BGH'nin de zayıf taraf olan tüketiciyi korumak amacıyla, tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözülemeyeceğine ilişkin yerleşik içtihatları bulunmaktadır.⁹²

Tahkime elverişlilik konusunda Alman hukukundaki bir başka sınırlama ise konut kirası sözleşmelerinde gündeme gelmektedir. Kiracının kiralayan karşısında "zayıf taraf" olarak kabul edilmesi ve korunması gerektiği düşüncesiyle kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi uygun görülmemektedir.⁹³

Türk hukukunda ise "yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır." (MTK m. 1/II) Aynı zamanda aynı maddenin dördüncü fıkrasında hangi uyuşmazlıklar için MTK hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hükme göre Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tahkime konu bakımından elverişsizdir. Yani bir objektif tahkime elverişsizlik hali öngörülmüştür.⁹⁴ Bu nedenle Türkiye'de bulunmayan bir taşınmazla ilgili bir uyuşmazlık MTK m. 1'e göre tahkime elverişli olarak kabul edilebilecektir.⁹⁵ Alman hukukundan daha fazla sayıda olmak kaydıyla Türk hukukunda bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu kabul edilmektedir.

Rekabet Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlık milletlerarası nitelikte olsa dahi Türk mal ve hizmet

⁹² BGH, 3.05.2011, XI ZR 373/08, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

⁹³ Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri," *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 1 (2012): 39.

⁹⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 38.

⁹⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93.

piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı etki gösteren tüm uygulama ve anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, Rekabet Kurulunun yetkisi dâhilinde olduğundan tahkime elverişli değildir.⁹⁶ Dolayısıyla Kurulun yetkisi dışında kalan ve mahkemelerce karara bağlanması mümkün olan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilir.

Türk hukukunda, Alman hukukundan tamamen farklı olarak iflasa ilişkin uyuşmazlıkların alacaklıları korumak için tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir⁹⁷.

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının devrine ilişkin lisans sözleşmeleri de tahkim sözleşmesine konu yapılabilirler. Ancak Türk Patent Kurumunun münhasır yetkisinde olan tescil işlemleri tahkime elverişli değildir⁹⁸.

Bunların yanında Türk Hukukunda sosyal ve ekonomik nedenlerle tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konularda olmasına rağmen iş, tüketici⁹⁹, kira, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime izin verilmemiştir.¹⁰⁰ Aynı zamanda taşınmazların tahliyesi ve kira tespit davalarında da tahkim yoluna gidilemeyeceği kabul

⁹⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001), 181ff.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 39; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 100.

⁹⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 101.

⁹⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 45.

⁹⁹ Tüketicinin korunması amacıyla tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği kabul edilmektedir. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 113.

¹⁰⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93.

edilmiştir.¹⁰¹ Nitekim Yargıtay kira kaybı alacağına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

2. Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin tartışma, hakem heyeti toplanmadan, uyuşmazlık hakem heyetinin önündeyken, uyuşmazlık mahkeme önündeyken, hakem kararının tanınması veya tenfizi¹⁰³ aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda gündeme gelebilir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 93, 112; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 49; Aksi görüşü benimseyen, Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz'a göre kira tespitinin tahkime elverişli olmadığı hususu kabul edilemez. Kanaatimizce, taşınmazın aynına ilişkin olmadığı takdirde kira bedelinin tespitinden doğan uyuşmazlığın tahkime elverişli kabul edilmesi gerekir. (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 786.

¹⁰² Yar. 19. HD, E.2016/19635 K.2018/5253, Erişim tarihi: Haziran 26, 2021, www.lexpera.com.

¹⁰³ Alman hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümleri ile sağlanacaktır. (ZPO § 1061) İcra edilecek hakem kararı eğer ZPO uyarınca öngörülen kurallara uygun bir şekilde icra edilemiyorsa, yabancı hakem kararı, ulusal mahkeme tarafından icra edilebilecek bir hale getirilmek amacıyla yorumlanır. Ancak kararın içeriğinin yorum yaparken değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Eğer yorum yöntemiyle de Alman hukuku ile bir homojenlik sağlanamazsa hakem kararının icrası mahkeme tarafından reddedilir. Yabancı hakem kararlarının Alman ulusal mahkemeleri tarafından tanınması noktasında da, tahkim klozunun geniş yorumlanarak, Almanya'da tanınmasını ve icra edilmesinin kolaylaştırıldığı ve tanıma yanlısı bir yaklaşım izlendiği görülmektedir. (BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, BGHZ para. 187, 126, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹⁰⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55 ff.

a. Hakem Heyeti Oluşturulmadan Önceki Safha

ZPO § 1032 (2) uyarınca hakem heyeti oluşturulana kadar tahkim yargılamasının kabul edilebilir olup olmadığının belirlenmesi için mahkemelere dilekçe verilebilir. Bu doğrultuda tahkim yargılamasının henüz hakem heyeti oluşturulmadan önceki bölümünde mahkemelere doğrudan tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin karar verme yetkisi tanınmıştır.¹⁰⁵

b. Hakem Heyeti Önündeki Safha

Tahkim yargılamasında taraflardan biri hakem heyetinin uyuşmazlığı çözme konusunda yetkili olmadığını iddia ederse, hakem heyeti yetkili olup olmadığına *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca karar verecektir.¹⁰⁶ Bu noktada hakem heyetinin tahkime elverişliliğe hangi hukuku uygulayacağını belirlemesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Tahkim anlaşmasını yöneten hukukun, yani taraf iradelerine verilen öncelik nedeniyle taraflarca seçilen hukukun bu noktada belirleyici olması gerektiğine yönelik bir görüş bulunmaktadır.¹⁰⁸ Buna göre sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması irade serbestisi ilkesine ve sözleşmesel güvenlik ihtiyacına cevap vermektedir.¹⁰⁹ Ancak somut davalarda tahkim anlaşmasını hangi hukukun yönettiği kolay bir şekilde belirlenmemektedir. Örneğin, tarafların açıkça sözleşmenin esasına hangi hukukun

¹⁰⁵ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 105; Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 349.

¹⁰⁶ Born, *International Commercial Arbitration*, 854; Blackaby, Partasides, Redfern ve Hunter, *on International Arbitration*, 345.

¹⁰⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.

¹⁰⁸ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 21, 196; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.

¹⁰⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55.

uygulanacağını belirlemedikleri haller mevcuttur. Bu durumda tahkim anlaşmasının bağımsızlığı doğrultusunda hakem heyeti uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilecektir.¹¹⁰

Hakem heyeti söz konusu olduğunda *lex fori*'nin mevcut olmadığını düşündüğümüzde *lex loci arbitri* yani tahkim yeri hukuku önemli bir rol oynamaktadır.¹¹¹ Alman hukukunda hakem heyeti önüne gelen tahkime elverişlilikle ilgili sorunu genellikle tahkim yerinin hukuk kurallarıyla çözümler.¹¹²

Tahkim yeri hukukunun uygulanması bazı durumlarda faydalı olabilir. Örneğin, tarafları Amerikan ve Japon olan ve tahkim yerinin Almanya olduğu bir tahkim yargılamasında milli hukuklarına göre tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık, tahkim yerinde tahkime elverişli olarak kabul edilebilir.¹¹³ Buna karşın tam tersi bir şekilde tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili hakem heyeti tahkim yeri hukukunu uygularsa Amerikan ve Japon hukuklarına göre tahkime elverişli olan bir uyuşmazlık, tahkim yeri olan Alman hukukunda tahkime elverişli olarak kabul edilmeyebilir.¹¹⁴

Hakem kararının icra edileceği yerin tahkim yerinden farklı olması halinde tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanması çeşitli sorunları gündeme getirebilir. Ancak hakem kararının icra edileceği yer ile tahkim yerinin birbirinden farklı

¹¹⁰ Bernard Hanatiau, "The Law Applicable to Arbitrability," *Singapore Law Journal*, (2014): 882ff.

¹¹¹ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 111; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), 61; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 351; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 96; Hanatiau, "The Law Applicable to Arbitrability," 396.

¹¹² Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 105.

¹¹³ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 113.

¹¹⁴ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 106.

olması halinde tenfiz yeri hukukunun uygulanması söz konusu değildir.¹¹⁵ Özellikle değinmek gerekir ki tahkim yeri hukukuna göre uyumsuzluk tahkime elverişli kabul ediliyorsa, başka bir devlet hukukuna göre uyumsuzluğun tahkime elverişsiz olduğuna karar vermek yerinde olmayacaktır.¹¹⁶ Brekoulakis'e göre tahkim heyeti kararını verdiğinde, bu kararın uyumsuzluğu başarılı bir şekilde ortadan kaldıracığı düşünülebiliyorsa, uyumsuzluğun tahkime elverişli olduğuna karar verilmelidir.¹¹⁷

c. Mahkeme Önündeki Safha

Ulusal mahkemelerin büyük bir kısmı, uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmadığı hususunda ön inceleme aşamasında kendi ulusal hukuklarına göre karar vermektedir.¹¹⁸ Alman hukukunda da ulusal mahkeme tahkim sözleşmesini değerlendirirken derdest uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmadığı hakkında *lex fori*'yi uygulayarak karar verecektir.¹¹⁹ Nitekim *lex fori* yalnızca uyumsuzluğun önünde görüldüğü ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin, görülen uyumsuzlukla ilgili olacağı ölçüde uyumsuzlukla bağlantılı kabul edilebilir.¹²⁰ Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse *lex fori*'nin uygulanması sadece tahkim heyeti ile duruşmayı gören ulusal mahkeme arasında tahkim konusunda yetkiye ilişkin bir ihtilaf olduğunda

¹¹⁵ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55ff.

¹¹⁶ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 112.

¹¹⁷ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 113.

¹¹⁸ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, para. 9.18.

¹¹⁹ Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 103; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, (Kluwer, 1981), 126.

¹²⁰ Stavros Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," *Arbitrability International & Comparative Perspectives*, Editör Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, (Wolters Kluwer, 2009), 105.

söz konusu olacaktır. Tahkime elverişliliğe ilişkin ulusal düzenlemelerin temel amacı ulusal mahkemeler ve hakem heyeti arasında yetkiye ilişkin bir ihtilaf çıktığında, münhasır yargılama yetkisinin hangi makama verileceğinin tahsis edilmesinin sağlanmasıdır.¹²¹

d. Hakem Kararının Tanınması veya Tenfizi Safhası

ZPO § 1061 (1)'e göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York sözleşmesine tabidir. New York Sözleşmesi m. V(2)(a)¹²² uyarınca hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında tahkime elverişsizlik söz konusu olduğunda, tanıma ya da tenfiz talebi mahkeme tarafından reddedilir.¹²³ Söz konusu belirleme yapılırken tanıma ya da tenfiz için talepte bulunulan ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda tahkime elverişlilik *lex fori*'ye göre tespit edilir.¹²⁴

¹²¹ Brekoulakis, *Law Applicable to Arbitrability*, 104.

¹²² Söz konusu düzenleme UNICITRAL Model Kanun m. 34(1)(b)(i) ile paralel niteliktedir.

¹²³ Alman hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümleri ile sağlanacaktır. (ZPO § 1061) İcra edilecek hakem kararı eğer ZPO uyarınca öngörülen kurallara uygun bir şekilde icra edilemiyorsa, yabancı hakem kararı, ulusal mahkeme tarafından icra edilebilecek bir hale getirilmek amacıyla yorumlanır. Ancak kararın içeriğinin yorum yaparken değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Eğer yorum yöntemiyle de Alman hukuku ile bir homojenlik sağlanamazsa hakem kararının icrası mahkeme tarafından reddedilir. Yabancı hakem kararlarının Alman ulusal mahkemeleri tarafından tanınması noktasında da, tahkim klozunun geniş yorumlanarak, Almanya'da tanınmasını ve icra edilmesinin kolaylaştırıldığı ve tanıma yanlısı bir yaklaşım izlendiği görülmektedir. (BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, BGHZ para. 187, 126, Erişim tarihi: Haziran 24, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹²⁴ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 100; Okezie Chuckwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, (Oceana Publications Inc, 2000), 56; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

Tahkime elverişliliğin *lex fori*'ye göre tayin edilmesi forumun kamu düzenini ve menfaatlerini koruma noktasında kendini göstermektedir.¹²⁵ Bununla beraber tenfiz mahkemesinin bulunduğu yer hukuku uyumsuzlukla her zaman yakın irtibatlı olmayabilir.¹²⁶ Bu durumda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun *lex fori* ile sınırlı tutulmaması gerekmektedir.¹²⁷ Buna göre *lex fori*'nin uygulanmasını gerektiren bir durum yoksa, örneğin ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin tehlikede olması veya uyumsuzluk konusunun forumun meşru çıkarlarına bir etkisinin olması gibi haller söz konusu değilse, uyumsuzlukla yakın bağlantısı olan yer hukukunun uygulanması söz konusu olmalıdır.¹²⁸

e. Hakem Kararının İptali Nedeniyle Mahkemeye Başvuru Safhası

UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)(b)(i) uyarınca hakem kararlarının iptalini konu alan davalarda tahkime elverişsizlik bir iptal nedeni olarak görülmüştür. Bu doğrultuda bu meselenin iptal davasının açıldığı ülkenin hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir. İptal davası tahkim yeri mahkemesinde açılır. Tahkim yeri dışında başka bir ülkenin ulusal mahkemesinde iptal davası açılması halinde mahkeme hakem kararını iptal edemeyecek, yalnızca hakem kararının tanınmasını veya tenfizini reddedebilecektir.¹²⁹

¹²⁵ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 100; Özel, 57.

¹²⁶ Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 103.

¹²⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹²⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹²⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

f. Türk Hukukunda Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk noktasında uyuşmazlık hakem heyetinin önündeysen, mahkeme önündeysen, hakem kararının tanınması veya tenfizi aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır.¹³⁰

Hakem önündeki aşama için Alman hukukunun benimsediği tahkim yeri hukukuna öğretilde mesafeli yaklaşıldığı görülmektedir. Tahkim yeri hukuku tahkime elverişliliğe uygulandığında tahkim yeri hukukunda tahkime elverişliliğe uygulanacak bir maddi hukuk kuralının bulunmaması ihtimali tahkim yeri hukukunun uygulanmasını zorlaştırmaktadır.¹³¹ Tahkim yerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta tahkime elverişli olup olmadıkları bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmemiş olan meselelerle ilgili hangi

¹³⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 55ff. Tahkime elverişliliğe uygulanabilecek muhtemel sekiz adet hukuk mevcuttur. Bunlar;

“1. Tahkim davasının taraflarından birinin veya her ikisinin milli hukuku.

2. Taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuk (*lex causae*).

3. Tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*).

4. Tahkim sözleşmesiyle yetkisi kaldırılan mahkemenin milli hukuku.

5. Muhtemel tenfiz ülkesi hukuku.

6. Tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlı olduğu hukuk.

7. Yukarıda sayılan hukuklardaki kuralların bir kombinasyonu.

8. Uluslararası kurallar”dır. (Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 196; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 54.) Huysal’a göre tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk hususunda daha fazla hukuk mevcuttur. bkz. Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 348.

¹³¹ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 362.

hukukun uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir.¹³² Özel ise tahkim yeri hukuku ve tenfiz yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanmasını karşılaştırarak, hakem kararının nerede tenfiz edileceğini önceden öngörmenin mümkün olmadığını belirterek bu aşamada tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasını savunmaktadır.¹³³

Tahkim sözleşmesinin uygulanması için mahkemeye başvuru aşamada ise MTK 15(A)(2)(a) uyarınca tahkime elverişlilik yalnızca Türk hukukuna göre tayin edilecektir¹³⁴. Buna göre Türk mahkemelerinin tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulaması söz konusu olacak ve dahası mahkeme tahkime elverişliliği re'sen denetleyecektir.¹³⁵

Hakem kararının tanınması ve tenfizi için mahkemeye başvurulduğu aşamaya ilişkin MTK'da hüküm bulunmamaktadır. Nitekim gerek taraf olduğumuz New York Sözleşmesi m. V(2)(a)'da, gerekse paralel düzenleme olan UNCITRAL Model Kanun m. 36 (1)(b)(i)'de hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin tahkime elverişsizlik söz konusu olduğunda reddedileceği belirtilmiştir. Sair düzenlemeler uyarınca tahkime elverişsizliğin uyuşmazlık bakımından belirlenmesi noktasında tanıma ve tenfiz için talepte bulunulan devletin hukukunun uygulanacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu durumda Alman hukukuyla benzer şekilde tahkime elverişliliğin *lex fori*'ye göre tayin edilmesi söz konusu

¹³² Mustafa Cemre Can, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no:2 (2020): 1358.

¹³³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 56. Aynı görüşte olan yazarlar için bkz Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 197; Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability," 111.

¹³⁴ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 22; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 56.

¹³⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 352.

olacaktır.¹³⁶ Hakem kararının iptali için mahkemeye başvuru aşamasıyla alakalı da MTK'da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Hakem kararının iptali veya tenfizi için dava açıldığı zaman mahkemenin tahkime elverişlilik hususunu UNCITRAL Model Kanun m. 34(2)(b)(i)'de öngörüldüğü üzere *lex fori*'ye göre karara bağlaması yerinde bir tercihtir.¹³⁷

D. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

1. Tahkim Anlaşmasının Şekline Uygulanacak Hukuk

ZPO § 1031(1) uyarınca tahkim anlaşması yazılı bir şekilde taraflarca imzalanmış ya da anlaşmayı kayıt altına alan herhangi bir iletişim aracıyla (telex, mail, mektup, telegram ve benzeri.) yapılmış olmalıdır. ZPO § 1031 (2) uyarınca bir taraftan diğerine gönderilen bir belgede tahkim anlaşması varsa ve diğer taraf buna itiraz etmemişse geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuştur. ZPO § 1031(3)'e göre içinde tahkim şartı bulunan bir belgeye yapılan atıf, sözleşmenin bir parçası olacak şekilde yapılmışsa tahkim sözleşmesi geçerlidir. ZPO § 1031 (5) ise tüketici sözleşmelerine konan tahkim şartının mutlaka ayrı bir belgede olmasını ve tüketicinin söz konusu belgeyi imzalaması şartını öngörmektedir.¹³⁸ Frankfurt İstinaf Mahkemesinin 2019 tarihli kararında¹³⁹ kuralların içeriğinin kamuya açık bir şekilde erişime açık olması halinde tahkim anlaşmasında bu kurallara ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir.

¹³⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 57.

¹³⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 59; Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 398; Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability," 402.

¹³⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 623.

¹³⁹ OLG Frankfurt, 03.06.2019 - 26 SchH 3/19, Erişim tarihi: Mayıs 15, 2021, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Frankfurt&Datum=03.06.2019&Aktenzeichen=26%20SchH%203%2F19>.

New York Sözleşmesinin 2. maddesinde yazılı şekil şartına ilişkin iki temel ölçüt getirilmiştir. Bu doğrultuda “yazılı anlaşma terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.” ZPO §1031 (2) hükmü yazılılık koşulunu genişleten bir düzenlemedir.¹⁴⁰ Hükme göre tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak istemeyen tarafa Alman hukuku buna itiraz etme yükümlülüğü öngörmüştür.¹⁴¹ İtiraz edilmediği halde geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması söz konusu olacaktır.¹⁴² New York Sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca öngörülen şekil şartları bu doğrultuda katı olarak nitelendirilerek hükmün uygulanmasından kaçınılmaktadır.¹⁴³ Bahis konusu hükmün yerine ZPO § 1031’in uygulanması daha hızlı ve etkili yargılama açısından yerinde görülmektedir.¹⁴⁴ BGH vermiş olduğu bir kararında¹⁴⁵ New York Sözleşmesinin 2. maddesindeki şekil şartlarını taşımayan bir yabancı hakem kararı için ZPO § 1031’in uygulanmasına imkân vermiştir. Kararda söz konusu hakem kararının ZPO § 1031’deki şartları taşıması suretiyle tanınmasına olanak sağlandığı görülmektedir.

Hukukumuzda New York Sözleşmesinin iç hukukta öncelikli olarak uygulanması gerektiğinden bahisle tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği New York Sözleşmesi m. 2 uyarınca düzenlenen maddi hukuk kuralı ile tayin edilecektir.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 63.

¹⁴¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 63.

¹⁴² Lew, Misteris ve Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 134ff.

¹⁴³ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 31.

¹⁴⁴ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 31.

¹⁴⁵ BGH, 30.10.2010, III ZB 69/09, Erişim tarihi: Haziran 25, 2021, www.bundesgerichtshof.de.

¹⁴⁶ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 320; Sibel Özel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının şekli MTK m. 4 uyarınca da düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre tahkim anlaşması tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir. Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

2. Tahkim Anlaşmasının Taraflarının Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

a. Tarafların Ehliyeti

Tahkim anlaşmasının geçerliliği söz konusu olduğunda bir diğer önem arz eden mesele tarafların ehliyetidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmemiz için tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine sahip olmaları gerekir. Alman hukukunda bir tarafın tahkim anlaşmasına taraf olmaya ilişkin ehliyeti ZPO 1059(2)(1)(a)'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olan bir taraf varsa hakem kararı uygulanmayabilir. Madde metninde New York Sözleşmesinin 5. maddesine atıf yapılmıştır. New York

Geçersiz Olması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no:1 (2017): 307.

Sözleşmesi m. 5(1) (a)'ya göre, ehliyete uygulanacak hukuk tarafların haklarında uygulanması gereken kanundur. Bu kanun tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenir.¹⁴⁷

UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)(a) ve m. 36(1)(a) ise hakem kararlarının iptali nedenleri ve tanıma tenfizin reddi sebepleri arasında tarafların ehliyetsizliğini saymış ancak New York Sözleşmesinde yer alan düzenlemenin aksine tarafların tabi olduğu hukuku belirlemekten kaçınmıştır.

Ehliyete hangi hukukun uygulanacağı bu noktada büyük önem arz etmektedir. Gerçek kişiler bakımından Alman hukukunda ehliyete kişinin milli hukukunun uygulanması esastır. Kişisel menfaatlerin en iyi şekilde tespit edilmesi ve gerçekleştirilmesi noktasında ayrıca kötüye kullanım olasılığının en alt düzeyde olması sebebiyle ehliyete kişinin milli hukukunun uygulanması oldukça yararlı gözükmektedir.¹⁴⁸ Fakat vatansızlık veya mültecilik durumu ortaya çıktığında ve milli hukukun tespit edilememesi hallerinde olduğu gibi bazen de milli hukuk prensibinin uygulanamaması söz konusu olabilir.¹⁴⁹ Tüzel kişilerde ise Alman hukukunda kuruluş yeri teorisi benimsenmiştir.¹⁵⁰

Bu doğrultuda milli hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmayan veya ehliyetsiz olmasına rağmen

¹⁴⁷ Louise Hauberg Wilhelmsen, *International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation*, Edward (Denmark: Elgar Publishing, 2018), para. 2.2.

¹⁴⁸ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), Türkçe çevirisiyle Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası, m. 7/I.

¹⁴⁹ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 56.

¹⁵⁰ Sinancan Konyalı, "Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü," *International Journal of Social Inquiry* 8, no:2 (2017): 119.

tahkim sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre de ehliyetsiz olduğu için işlem güvenliği ilkesinin söz konusu olmadığı durumlarda tahkim sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecek ve dolayısıyla verilen hakem kararlarının tanınması veya tenfizine yönelik itiraz söz konusu olabilecektir.¹⁵¹

Türk hukukunda da Alman hukukundaki duruma benzer şekilde tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetli olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda, yabancı hakem kararlarının tenfizi reddedilebilecektir.¹⁵² MTK'da tarafların ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir hüküm yoktur. Bu noktada konuya ilişkin iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetli olup olmadıklarının tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafına göre belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵³ Tahkim anlaşması yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları, bu ehliyetin sona erme sebepleri de ehliyeti yöneten hukuka tabidir. Özellikle devlet veya devlet kurumu ya da şirketlerinin tahkim sözleşmesi

¹⁵¹ Özel, "Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması," 308.

¹⁵² Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 496ff.

¹⁵³ MÖHUK md. 9/I'e göre, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Buna göre gerçek kişinin hak ve fiili onların millî hukukuna göre tayin edilecektir. Nitekim MÖHUK md. 9/II işlem güvenliği ilkesi nedeniyle milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması hâlinde, yaptığı sözleşme ile bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bir ticaret şirketinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti, ilk olarak şirketin kurulduğu ülke ya da yönetildiği ülke hukukuna tabidir. Bu doğrultuda, tüzel kişiliklerin ehliyetlerinin belirlenmesinde kuruluş yeri teorisi, kontrol teorisi, fiili idare veya merkez teorisi kabul edilebilmektedir. (Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2015), 87.)

yapma ehliyetleri bakımından bu husus önemlidir. New York Sözleşmesine taraf devlet kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkileri tanınmamış, kısıtlanmış veya onay gibi bazı bürokratik işlemlerin ikmaline bağlanmış olabilir. Bu gibi durumlarda çok defa tenfiz safhasında davayı kaybeden tarafın ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılır. Bu tür itirazlar, prensip olarak iyi niyet kurallarına aykırı düşmedikçe devlet veya devlet kurumlarının statülerine istinaden karara bağlanacaktır.¹⁵⁴

b. Taraflar Adına Temsilcilerin Tahkim Sözleşmesi Yapma Ehliyetleri

ZPO'da avukatın ya da temsilcinin bir kişi adına, üçüncü kişilerle tahkim anlaşması yapabilmesi bakımından özel bir yetkinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵⁵

Alman mahkeme uygulamalarına bakıldığında avukatların ve temsilcilerin temsil ettikleri kişiler adına tahkim sözleşmesi akdedebilme yetkilerinin kendilerine tahkim anlaşmasına taraf olma konusunda açıkça yetki verilmesine bağlı olup olmadığına ilişkin bir netliğin bulunmadığı görülmektedir. Konuya ilişkin ICC, 5.05.2012 tarihli 17.822 numaralı kararında¹⁵⁶ Alman hukukuna göre ticari sözleşme yapmaya yetkili olan temsilcinin bu yetkisinin tahkim sözleşmesi akdetmeyi de kapsadığına değinilmiştir. Bu doğrultuda bir başka görüş uyarınca Alman hukukunda temsilciye tanınacak özel yetkinin, sözleşmenin yapılacağı şekilde verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, 347.

¹⁵⁵ Born, *International Commercial Arbitration*, 621.

¹⁵⁶ Karar için bkz. Erişim tarihi: Haziran 22, 2021, <https://iccwbo.org>.

¹⁵⁷ Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk: Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 68.

Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁵⁸ (TBK) m. 504/III uyarınca vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz.¹⁵⁹ Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁶⁰ (HMK) m. 74 uyarınca, avukatın bir takım işlemleri gerçekleştirmesi için açıkça özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. “Tahkim ve hakem sözleşmesi yapmak” bu işlemlerdendir. Bu nedenle genel nitelikli bir vekâletname, vekili tahkim konusunda açıkça yetkilendirmediği sürece tahkim veya hakem sözleşmesi yapmak konusunda yetersiz kalır.

Vekilin tahkim anlaşması yapma hususunda özel yetkiye sahip olup olmaması statüsü olarak vasıflandırılan bir meseledir.¹⁶¹ Buna göre vekilin temsil ettiği müvekkili adına bağlayıcı bir sözleşme yapıp yapamayacağı bu mesele kapsamında değerlendirilir.¹⁶²

Alman hukukunda temsil statüsüne ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Vekilin yetkilendirilmesine ilişkin sözleşmede uygulanacak hukukun seçiminde uyumsuzluğun tarafları tamamen serbesttir.¹⁶³ Nitekim BGH, taraflarca temsil statüsüne ilişkin uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı bir durumda *Wirkungsland*, yani temsilcinin işlemde bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.¹⁶⁴

¹⁵⁸ RG. 4.2.2011, S. 27836

¹⁵⁹ Yar. 19. HD, E.2007/380, K.2007/5114, 21.05.2007 karara erişim için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021 www.kazanci.com.

¹⁶⁰ RG. 4.2.2011, S. 27836.

¹⁶¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶³ Klaus Vorpeil, *deutsches internationales privatrecht* (Gau-Bickelheim, 2020), § 5

¹⁶⁴ BGH NJW 1990 3099; 2004 1315, 1316, BGHZ 128, Erişim tarihi: Haziran 15, 2021, <https://dejure.org/>.

Türk hukukunda ise MÖHUK m. 30'a göre "temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır."¹⁶⁵ Bu doğrultuda Türkiye'de yazıhanesi olan bir avukatın TBK m. 504/III uyarınca tahkim sözleşmesi yapabilmek için özel yetkiyi haiz olması gerekir.¹⁶⁶

3. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk esas olarak tarafların geçerli bir tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağını belirlemektedir.¹⁶⁷ Bu noktada irade sakatlıkları, sözleşmenin ifası ve tarafların ehliyeti gibi konular esasa uygulanacak hukuka tabidir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk irade sakatlıklarına ek olarak tahkim sözleşmesinin ifa edilmesine, tarafların ve uyuşmazlık bakımından sözleşmenin kimleri ve hangi uyuşmazlıkları kapsadığı meselelerinin tayiniyle ilgilidir.¹⁶⁸

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk belirlenirken meselenin tahkimin hangi aşamasında inceleneceği

¹⁶⁵ Ayfer Çavuşoğlu Uyanık, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no: 1 (2012): 67 Willful Representation in Turkish Private International Law, Erişim tarihi: Mayıs 8, 2021, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bnkavthd28&div=7&id=&page=>; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 77.

¹⁶⁷ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁶⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 181 ff.; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasının esastan geçersizliği, tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ileri sürülebilir.¹⁶⁹

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukukun belirlenmesine ilişkin ZPO'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin ulusal mahkeme önünde ileri sürülmesine ilişkin Almanya'nın taraf olduğu 1961 tarihli Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonunun¹⁷⁰ 6 (2) maddesinde, *" tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna, bu babta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa, taraflar hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanunda sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkeme el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise, el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince yetkili olan kanun hükümlerine göre karar verilecektir."* şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere Avrupa Konvansiyonu, tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafların iradesini ve tahkim yeri bağlama noktasını esas almıştır. Nitekim tahkim yerinin belirlenemediği durumlarda mahkeme *lex fori* uyarınca hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarıyla uygulanacak hukuku tayin edecektir. Kanımızca Avrupa Konvansiyonunun anılan hükmündeki belirsizliği gidermek adına bu konuda kanunda bir düzenleme yapılması yerinde bir tercih olacaktır.

¹⁶⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁷⁰ Almanya'da 1964 yılında yürürlüğe giren 1961 tarihli Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonu (RG. 21.5.1991, S. 20877.) İngilizce metni için bkz. Erişim tarihi: Haziran 2, 2021, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X XII-2&chapter=22&clang=_en.

Hakem heyeti önünde tahkim sözleşmesinin esasına ilişkin geçersizlik ileri sürüldüğünde ise uygulamada hakemlerin bu konuda farklı yöntemler izledikleri gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda bazı hakemler tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde tahkim yeri hukukunu, *lex loci arbitri*'yi uygulayarak sözleşmesinin esastan geçersiz olup olmadığına karar vermektedirler.¹⁷¹ Bir başka izlenen yöntem uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanmasıdır. Almanya'da mahkemelerin söz konusu görüşü kabul ettikleri kararlar mevcuttur. Hamburg İstinaf Mahkemesinin 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında¹⁷² tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde asıl uyuşmazlık için yapılan seçimin, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği bakımından da kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Kararda ayrıca tahkim sözleşmesinin esasına tahkim yeri hukukunun uygulanması halinde aynı sonuca ulaşılabileceği belirtilmiştir.¹⁷³ Thüringiya İstinaf Mahkemesinin 2011 yılında verdiği kararda¹⁷⁴, uyuşmazlığın esası bakımından yapılan seçimin tahkim sözleşmesinin esasına ilişkin "örtülü" bir hukuk seçimi olduğuna hükmedilmiştir.

¹⁷¹ van den Berg, *Interpretation* 291; Julian Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause," *ICCA Congress Series No:9*, Editör van den Berg, Albert Jan (Kluwer Law International, 1999), 128.

¹⁷² OLG Hamburg, 24.01.2003 - 11 Sch 6/01, Erişim tarihi: Haziran 30, 2021 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamburg&Datum=24.01.2003&Aktenzeichen=11%20Sch%206%2F01>.

¹⁷³ *Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXX (Kluwer International, 2005), 509-523.

¹⁷⁴ *Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXXVII (Kluwer International, 2012), 220-222. ICC'nin 1977 tarihli, 2626 Karar No'lu kararında, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukukun, örtülü bir hukuk seçimi olarak tahkim anlaşmasına uygulanmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. Erişim tarihi: Mayıs 13, 2021, https://www.idiproject.com/documents/arbitral_cases.

İptal davası aşamasında tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği ileri sürüldüğünde UNCITRAL Model Kanun m. 34(2)(a)(i) ile aynı doğrultuda olan ZPO § 1059(2) uyarınca iptal davası açılan mahkemenin hukukuna göre uygulanacak hukuk belirlenecektir. Hükme göre tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği bir iptal sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. İptal davasının açıldığı devlet mahkemesinde tarafların tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka ilişkin seçim yapmaması halinde hâkim kendi hukukunu uygulayarak tahkim sözleşmesinin esastan geçersiz olup olmadığına karar verecektir.

Tenfiz aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'ya göre tenfiz hâkimi bu durumu tahkim sözleşmesinin taraflarınca seçilen hukuka veya hakem kararının verildiği yer¹⁷⁵ hukukuna göre açıklığa kavuşturacaktır.

Esas bakımından geçerlilik, Türk hukukunda da şekil ve ehliyet meselelerinden bağımsız bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk, şekil ve ehliyete uygulanacak hukuktan farklıdır. Türk hukukunda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk dört aşamada belirlenmesi söz konusu olacaktır. Buna göre, esas yönünden geçerliliğin tespiti tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında mahkeme önünde yapılabilir. Tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin hakem heyeti veya mahkeme önünde ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf

¹⁷⁵ Hakem kararının verildiği yer, tahkim yargılamasının yapıldığı, tahkim yeri olarak belirlenen yerdir. Dolayısıyla hakem kararının imzalandığı, taraflara verildiği veya tebliğ edildiği yer, kararın verildiği yer olarak nitelendirilmektedir. (Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79)

iradeleri esas alınmaktadır.¹⁷⁶ (MTK m. 4/III) Bu durumda tarafların tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin bir hukuku seçmeleri halinde söz konusu hukukun uygulanmasına karar verilecektir.¹⁷⁷ Ulusal mahkeme önünde tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği hakkında taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır.¹⁷⁸ (MTK m. 4/III) Bu durumda tahkim anlaşmasının esas yönünden geçerliliğinin Türk hukukuna göre çözümlenmesi, tahkim usulünün Türk hukukuna göre yürütüldüğü uyuşmazlıklarda prosedürün tabi olduğu devlet sıfatıyla, tahkim yerinin Türkiye olduğu anlaşmazlıklarda ise tahkim yeri sıfatıyla uygulanacaktır.¹⁷⁹ Tahkim anlaşmasının esas yönünden geçersizliğinin hakem heyeti önündeki aşamada ortaya atılması halinde tahkim yeri hukukunun uygulanması ile uyuşmazlık çözülecektir.¹⁸⁰ İptal davası aşamasında ise Türk mahkemesi, tahkim anlaşmasında uygulanacak hukuka ilişkin açık bir hukuk seçimi yok ise Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği konusunda karar verecektir.¹⁸¹ Son olarak tenfiz aşamasında New York Sözleşmesinin tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine ilişkin ileri sürdüğü bağlama noktalarının aynen

¹⁷⁶ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 525; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 80, 83; Özel, "Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması," 317.

¹⁷⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 525, 526. Taraflar esasa uygulanması için bir hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, hakemler bu hukuku uygulayarak karar vermek durumundadır. Uygulamada kurumsal tahkimde tahkim kurumunun tüzük ya da yönetmeliklerinde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının öngördüğü hukuk, ad-hoc tahkim uygulamasında ise tahkim yeri ülkesinin milletlerarası özel hukuk kurallarının gösterdiği hukuk uygulanarak karar verilecektir. (Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 526.)

¹⁷⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 80.

¹⁷⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 81.

¹⁸⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 84.

¹⁸¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 85.

MÖHUK m. 62/e'de de kabul edildiği görülmektedir.¹⁸² Bu doğrultuda tahkim anlaşması ya da şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise tenfiz talebi reddedilecektir. Bu durumda Alman hukuku ile aynı şekilde New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'ya göre tarafların anlaşmanın esasına uygulanacak hukuku seçmeleri halinde seçilen hukuk, hukuk seçimi yapmadıkları hallerde ise hakem kararının verildiği devlet hukukuna göre uygulanacak hukuk tayin edilecektir.

4. Tahkim Anlaşmasının Yorumu

Tahkim anlaşmasının yorumu sözleşmenin kurucu unsuru olan iradelerin anlamının ve hangi hukuksal sonuçlara yöneldiğinin araştırılıp, ortaya konulması anlamına gelmektedir.¹⁸³ Bir başka anlatımla, sözleşme taraflarından biri, sözleşmenin içeriğini diğerinden farklı anlayabilir. Özellikle şüphe ve tereddütlere yol açan veya birden fazla anlama gelen sözleşme metni veya sözleşmedeki bir hüküm, taraflardan birini avantajlı duruma getiriyorsa, bu tarafın yanlış yorumlanmış bir hükme dayanarak talepte bulunabilme olasılığı bulunmaktadır.¹⁸⁴

ZPO § 1059(2)(1)(a) uyarınca tahkim sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk, tahkim sözleşmesinin yorumuna da uygulanacaktır. Alman hukukunun taraf iradelerine verdiği

¹⁸² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86. New York Sözleşmesinin uygulama alanı bulmadığı bir tenfiz davasında MÖHUK hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. (Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86.) New York Sözleşmesi ve MÖHUK'un hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı için bkz.; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 451ff.

¹⁸³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 86.

¹⁸⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 1060ff.

öncelikten dolayı sözleşmenin yorumu noktasında tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesi çok önemlidir. Bu doğrultuda hakemlerin taraflara tahkim sözleşmesindeki hükümlerin ne anlama geldiği hakkında sorular yöneltmesi ve tarafların gerçek iradelerini anlaması gerekmektedir.¹⁸⁵

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının yorumuna uygulanacak hukuka ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tahkim anlaşmasının yorumunun vasıflandırılması ve bu doğrultuda uygulanacak hukukun belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.¹⁸⁶ Tarafların iradelerinin varlığı, iradelerin birbiriyle uygunluğu ve sözleşmenin kapsamıyla ilgili yorum meselesi sözleşmenin esasen geçerliliği ile alakalıdır.¹⁸⁷ Dolayısıyla sözleşmenin yorumu sözleşmenin esasına uygulanan hukuk esas alınarak belirlenmelidir.¹⁸⁸ Buna göre MTK m. 4/III uyarınca “*tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” Kanun hükmünün bu durumda tahkim anlaşmasının taraflarının iradelerine öncelik verdiği görülmektedir. Tarafların açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tayin etmedikleri hallerde Türk maddi hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 27.

¹⁸⁶ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

¹⁸⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, 92; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klostları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69, no:3 (2020), 1496.

¹⁸⁸ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

¹⁸⁹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 89.

E. Tahkim Prosedürüne Uygulanacak Hukuk

1. Tahkim Prosedürüne Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Yargılama prosedürünün devlet yargısı mevzu bahis olduğunda mahkemenin kendi hukuku olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Nitekim usul hukukuna *lex fori* ilkesi hâkimdir. Usul hukuku meseleleri söz konusu olduğunda, uygulanacak kanunlar ihtilafı prosedürü izlenmez ve doğrudan *lex fori* uygulanır.¹⁹⁰

Özel yargılama usulü olan tahkim yargılamasında ise hakem heyetinin bir *lex fori*'si olmadığı için *lex fori* ilkesinin izlenmesi söz konusu değildir.¹⁹¹ Tahkim prosedürüne uygulanan hukuk, tahkimin ne şekilde yapılacağını, hakem heyetinin kurulmasını, uygulama usulünü, delillerin değerlendirilmesini ve karara varılması aşamasını ve söz konusu kararların sonuçlarını içine alan bir meseledir.¹⁹²

Alman hukuku tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk bakımından UNICITRAL Model Kanunu esas alan düzenlemelerle beraber, esasa uygulanacak hukuk açısından öngördüğü irade serbestisi ilkesinden vazgeçerek ülkesellik ilkesini benimsemiştir.¹⁹³ ZPO § 1043'e göre usul hukukuna ilişkin meselelerde Alman hukukunun uygulanması tercih edilmiştir. Ancak taraflar tahkim anlaşmasına bir hüküm koyarak veya ZPO 10. Kitabına, DIS, UNICITRAL Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası

¹⁹⁰ Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause," 135.

¹⁹¹ Huysal, *Tahkime Elverişlilik*, 351; Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, 135; Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi*, 114.

¹⁹² Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 79.

¹⁹³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 99.

Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yaparak, aralarında anlaşarak uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleyebilirler. (ZPO § 1042 (3)) Bu doğrultuda 1998 reformu ile irade serbestisi ilkesinin terk edildiğini söylemek yanlış olacaktır.

Tahkim prosedürüne uygulanacak hukuka ilişkin Türk hukukunda MTK m. 8 ile açık bir düzenleme getirilerek, tarafların bu kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere, hakem veya hakem heyetinin uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabileceği veya bir kanuna, milletlerarası ya da kurumsal tahkim düzenlemelerine atıf yaparak belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmaması halinde hakem veya hakem heyeti, tahkim prosedürünü MTK'ya göre yürütecektir. Bu doğrultuda Alman hukukundaki uygulama ile oldukça benzer bir şekilde irade serbestisi ilkesinin MTK'nın emredici hükümleriyle sınırlandırılmış olduğunu görüyoruz.

2. Kompetenz-Kompetenz İlkesi

Almanca bir kavram olan *Kompetenz-kompetenz*, hakem heyetinin tahkim sözleşmesinin var olup olmadığına, geçerliliğine, hukukiliğine ve tarafları konusunda kendi yargılama yetkisine ilişkin karar verme yetkisine işaret eder.¹⁹⁴ *Kompetenz-kompetenz* doktrini ve yargılama yetkisinin hakem heyeti ve ulusal mahkemeler arasında ayrıştırılması yakından ilişkilidir.

ZPO § 1040 (1) şu şekildedir; “*hakem veya hakem heyeti kendi yetkisi ya da tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme*

¹⁹⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 862; Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 44; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 102; Leyla Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, (Ankara: 2001),123.

yetkisini haizdir. Bu durumda, tahkim anlaşması asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilir.” Buna göre hakem heyeti taraflar ve devlet mahkemeleri için bağlayıcı etkisi olan geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda münhasır karar verme yetkisine sahiptir.¹⁹⁵ ZPO § 1040 hükmü esas olarak UNCITRAL Model Kanununun 16. maddesine benzemektedir. Her iki düzenleme, hakem heyetinin ara bir karar ile kendi yetkisini belirleyebilmesine olanak tanımaktadır. Hakemlerin kendi yetkilerini belirledikleri ara kararlara da ZPO § 1040 (3) uyarınca bir ay içinde ulusal mahkemeye başvurularak itiraz edilmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir.¹⁹⁶ Bu durumda ZPO § 1040 (3)’e göre hakem heyeti değil, ulusal mahkemenin vereceği karar hakem heyetinin yetkisini belirlemektedir.¹⁹⁷ Dolayısıyla hakem heyetinin yetkisine ilişkin verilecek kararlar ulusal mahkeme denetiminin etkisi altında kalmaktadır.¹⁹⁸ Hükmün kaleme alınmasında etkili olan neden ise özel kişilerden oluşan hakem heyetine karşı mutlak bir güvenin mevcut

¹⁹⁵ Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 176; Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” 127; İbrahim Özbay, “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan Cilt 2*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), 1062.

¹⁹⁶ Nazlı Töre, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi,” *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11 no:6 (2019); 214; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan*, no: 1 (2011), 364.

¹⁹⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, 899; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 107ff.

¹⁹⁸ Berber-Keser, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi,” 123; Wagner, “Country Reports, Germany,” 705; Born, *International Commercial Arbitration*, 899.

olmamasıdır.¹⁹⁹ Bu durumda hakem heyetinin sahip olduğu *kompetenz kompetenz* yetkisi geçici nitelikte bir yetki olarak kabul edilmektedir.²⁰⁰

Türk hukukunda *kompetenz kompetenz* prensibi HMK 422/I ve MTK m. 7(H) hükümleri ile kabul edilmiştir.²⁰¹ Söz konusu hükümler uyarınca hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar verme yetkilerinin olduğu kaleme alınmıştır. Buna göre hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken bir sözleşmede yer alan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir.²⁰² Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.²⁰³ MTK m. 7(H) hükmü, ZPO § 1040 (1) ile büyük benzerlik göstermektedir. Nitekim MTK m. 7 (H)'de UNCITRAL Model Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında ve ZPO § 1040 (3)'de düzenlenen hakem heyetinin verdiği yetkiye ilişkin kararlara karşı mahkemeye başvuru imkânı düzenlenmemiştir.²⁰⁴ Hakemler yetkili olduklarına karar verirlerse tahkim yargılamasına devam edilir ve hakemler

¹⁹⁹ Berber-Keser, "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi," 123.

²⁰⁰ Bilgehan Yeşilova, "Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları," *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* Özel Sayı no: 11 (2009), 743; Born, *International Commercial Arbitration*, 1050; Peter Huber ve Ivo Bach, *Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts*, (SchiedsVZ, 2005), 99.

²⁰¹ Recep Çakrak, "Kompetenz Kompetenz Prensibi," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 31 (2018): 660.

²⁰² Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 357.

²⁰³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

²⁰⁴ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

uyuşmazlığın esası hakkında karar verirler.²⁰⁵ MTK'nın 15/A/1/d hükmüne göre hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin doğrudan ulusal mahkemelere başvuru imkânı tanıyan ZPO'nun ilgili düzenlemesinden farklı olarak hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz yalnızca iptal davasında gündeme gelebilecektir.²⁰⁶

F. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen taraflar uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarını kendi aralarında kararlaştırabilirler ve hakem heyeti tarafların seçtiği hukuk kurallarıyla bağlıdır. (ZPO § 1051 (1)) Eğer taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa hakem heyeti uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı hukuk kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı çözer. (ZPO § 1051(2)) Uygulamada en sıkı bağlantılı hukuk kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensipleri uyarınca belirlenmektedir. Uygulanacak hukuk noktasında ZPO, maddi hukuk kurallarının uygulanmasını uygun görmüştür.²⁰⁷ Yani atfı reddetmiştir.

Alman mahkemelerinin ve tahkim yeri Almanya'da olan hakem heyetlerinin genel olarak tarafların kişisel hukukunu belirli uyuşmazlıklara uyguladıkları görülmektedir. Örneğin bir

²⁰⁵ Esen, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi," 376; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* 408; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109.

²⁰⁶ Esen, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi," 376; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 408; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 109

²⁰⁷ Rolf Trittman ve Boris Kasolowsky, "Arbitration in Germany," iç. *Arbitration World International Series*, Editör Karyl Nairn QC ve Patrick Heneghan, (Thomson Reuters, 2015), 538.

BGH kararında²⁰⁸ bir satıcının ehliyetinin işyerinin bulunduğu yer hukukuna göre belirleneceğine hükmedilmiştir.

ZPO § 1051 (1)'de hakem heyetinin taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk kurallarını uygulayarak karar vereceği düzenlenmiştir. Bu noktada tarafların ulusal hukuk dışında uluslararası sözleşme hükümlerini (CISG vb.) veya hukuk kurallarının birleştirilmesi için çaba harcayan kuruluşların kurallarını (örneğin, Uluslararası Ticari Akitlerle İlgili UNITDROIT prensipleri, Roma I Tüzüğü gibi) seçebilecekleri kabul edilmiştir.²⁰⁹

Almanya'nın konuyla ilişkili taraf olduğu bir başka sözleşme olan New York Sözleşmesi m. V/I (a)'nın uygulanması halinde taraflarca belirlenen hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanır. Hukuk seçimi yapılmadığında tahkim yeri, *lex loci arbitri*, Almanya ise Alman hukuku uygulama alanı bulur.

Türk hukukunda MTK m. 12(C) uyarınca hakem heyeti taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirledikleri hukuk kurallarına göre karar verecektir.²¹⁰ Sözleşme hükümlerini yorumlarken ve tamamlarken bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önünde bulundurulur.²¹¹ Taraflarca bir devletin hukukunun seçilmiş olması halinde aksi belirtilmediği takdirde o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının değil, maddi hukukun seçilmiş olduğu kabul edilir. Bu noktada Alman hukukundaki uygulama ile benzer şekilde atfın reddedildiği görülmektedir. Tarafların uyuşmazlığın esasına

²⁰⁸ BGH, 23.04.1998, Erişim tarihi: Mayıs 11, 2021, www.bundesgerichtshof.de; Born, *International Commercial Arbitration*, 556.

²⁰⁹ Wagner, "Country Reports, Germany," 791; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 126.

²¹⁰ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 127.

²¹¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 127.

uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde hakem veya hakem heyeti uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir. Hakem veya hakem kurulu ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.²¹² (MTK m. 12/C/2).

G. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Kurallar

1. Kamu Düzeni

Tahkimde kamu düzeni kavramı hakem kararının icrası, iptali ya da tenfizinde gündeme gelmektedir.²¹³ Kamu düzeni anlayışının ülkeden ülkeye değişiklik göstermesinden ve belirsiz bir kavram olmasından dolayı bir ülkede geçerli olan bir hakem kararı başka bir ülkede iptal edilebilir.²¹⁴

Kamu düzeni kavramı devletlerin hem iç hukuklarında, hem de milletlerarası özel hukuk kapsamında kullanılsa da devletlerin kamu düzeni kavramına ilişkin iç hukuk ile milletlerarası özel hukuk bakımından yaklaşımları arasında büyük farklılıkların bulunduğu görülmektedir.²¹⁵ Milletlerarası özel hukuk kapsamında kamu düzeninin uygulama alanı, iç hukuktaki kamu düzeninden daha dardır.²¹⁶ İç hukuka göre emredici kurallar olarak düzenlenen bazı konular, milletlerarası özel hukuk kapsamında kamu düzeninin gereği olarak dikkate alınmayabilirler.²¹⁷ Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu

²¹² Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 170.

²¹³ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 174.

²¹⁴ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543; Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 175.

²¹⁵ Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, 375ff.

²¹⁶ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²¹⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

düzeni kavramı, yargılamanın konusuyla mukayese edilemeyecek kadar mühim ve mutlaka göz önünde bulundurulması gereken menfaatlerle alakalıdır.²¹⁸

Alman hukukunda kamu düzeni anlayışı milli ve milletlerarası olmak üzere birbirlerinden ayrılmıştır.²¹⁹ Bu bakımdan yerli tahkime uygulanacak kamu düzeni ve yabancı tahkime uygulanacak kamu düzeninin birbirlerinden ayrıldıkları görülmektedir. Bu noktada yerli tahkim, tahkim yerinin, *lex loci arbitri*'nin Almanya olduğu ve tahkim ilişkisinin taraflarının mutad meskeni veya yerleşim yerlerinin Almanya dışında olmadığı bir tahkimi ifade eder. Yabancı tahkim ise tahkim yerinin Almanya olmadığı tahkim yargılamaları için kullanılan bir kavramdır.²²⁰ Nitekim hakkaniyeti sağlamak adına Alman hukukunda her iki tahkim arasında uygulanacak kamu düzeni arasındaki farkın oldukça az olduğu görülmektedir.²²¹ Dolayısıyla bu fark nadiren yabancı hakem kararlarının iptali (ZPO § 1056(2) b = UNICITRAL Model Kanun m. 34(2)b ii) ve yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi (ZPO § 1061) noktasında kendini göstermektedir.

BGH bir kararında²²² Alman Anayasası tarafından garanti altına alınan yargılama sürecinin ve hukuki dinlenilme hakkının, hakem heyeti tarafından ihlal edilmesi gerekçesiyle Alman kamu düzeninin hem ulusal, hem de uluslararası açıdan ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anılan BGH kararında, yerli bir hakem kararı olan kararın iptaline karar verilmiş ve söz konusu kararın bir yabancı hakem kararı olması halinde de kamu düzeninin ihlaline karar verileceğinin altı çizilmiştir. Yabancı bir hakem kararının bu noktada New York Sözleşmesi m. 5/2(b)'ye göre

²¹⁸ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²¹⁹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²²⁰ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 43.

²²¹ Raeschke Kessler, *The International Arbitration Review*, 261.

²²² BGH, 15.01.2009 – III ZB 83/07, Erişim Tarihi: 14 Haziran 2021.

kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. New York Sözleşmesi m. 5/2(a)'ya göre ulusal mahkeme kamu düzenini *lex fori*'ye göre belirleyecektir.

Anayasal ilkeleri ihlal etmediği sürece Alman mahkemeleri genel olarak yerli bir hakem kararını kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etme veya yabancı hakem kararını tanımama veya tenfiz etmeme yoluna gitmemektedir. Bu noktada kararın hukukun genel ilkelerine tamamen aykırı veya Anayasa'da düzenlenen temel hakları ihlal etmesi, kamu düzenin ihlal edilmiş kabul edilmesi için gereklidir.²²³

2006 yılında verilen Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi (*München Oberlandesgerichte*) kararında, tarafları buz patenci *Claudia Pechstein* ve Dünya Buz Pateni Federasyonu olan davada²²⁴ tahkim anlaşmasının tek taraflı olarak güçsüz tarafa dayatılması ve bir tarafın hâkim durumunu kullanarak diğer tarafı tahkim sözleşmesi yapmaya zorlaması Alman hukukunun temel ilkelerine aykırılık olarak kabul edilmiştir. Aynı kararda, rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin Alman kamu düzeninin bir parçası niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde bir kişinin hak arama hürriyetinden yoksun bırakılmasının da, Alman hukukunun temel ilkelerine ve bu doğrultuda kamu düzenine aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Kamu düzenini ihlal eden hakem kararlarına ilişkin genel bir kural olmasa da, bazı BGH kararlarına göre kamu düzeninin ihlaline sebep teşkil eden hallere örnek verebilmek mümkündür. Bunlardan bazılarını;

²²³ BGH, 28.01.2014 – III ZB 40/13, www.bundesgerichtshof.de, Erişim Tarihi: 14 Haziran 2021.

²²⁴ OLG, 17.05.2006 T. WM 2995, 1556, Erişim tarihi: Mayıs 14, 2021 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20M%C4%B4nchen&Datum=17.05.2006&Aktenzeichen=7%20U%201781/06>.

Hakem heyetinin bir olaya ilişkin yazılı hukuk kuralını doğru veya hiç uygulamadığı,²²⁵

Hakem heyetinin taraflardan biri veya diğeri tarafından ibraz edilen belgeleri, delilleri yok sayması ve bu durumdan diğeri tarafın bilgisinin olması ve diğeri tarafın söz konusu belge veya delillerin değiştirildiğini veya sahte olduğunu iddia etmediği,²²⁶

Hakem heyetinin, Alman Medeni Kanunundaki zaman yönünden intibak hükümlerini yanlış uyguladığı,²²⁷

Hakem heyeti üyesi olan hakemlerden birinin, ulusal mahkemede hâkim olduğu ve yetkili makamdan hakem olmaya ilişkin yetki almadığı,²²⁸

haller örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukukunda MTK m. 15/A/2/b uyarınca bir hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi ve hukuki sonuçlarını doğurması kamu düzeni bakımından aykırı sonuçlar gündeme getirecekse bu durum mahkeme tarafından re’sen incelenerek karara bağlanacak bir iptal sebebidir. Belirtmek gerekir ki bu durumda her aykırılık halinin değil, bâriz ve tahammül edilemez bir aykırılığın söz konusu olması gerekir.²²⁹ Türk hukukunda hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu başlıca haller hakem kararının konusu itibariyle kamu düzenine

²²⁵ BGH, 14.01.2016 – I ZB, Erişim tarihi: Mayıs 12, 2021 www.bundesgerichtshof.de.

²²⁶ BGH, 28.01.2016 – I ZB 37/15, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁷ BGH, 10.03.2016 – I ZB 100/14, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁸ BGH, 10.03.2016 – I ZB 100/14, Erişim tarihi: Mayıs 14, www.bundesgerichtshof.de.

²²⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 172.

aykırılık teşkil etmesi, hakemlerin bağımsızlığı ya da yargılama usullerinin kamu düzenine aykırı olması hususlarında ortaya çıkmaktadır.²³⁰ Ulusal mahkeme kamu düzeninin etkisini, hakem kararının iptali ve hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamalarında *lex fori* uyarınca değerlendirecektir.²³¹

Milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramlarının Türk hukukunda birbirlerinden tam anlamıyla ayrıldığı söylenemez.²³² İç hukuktaki kamu düzeni kavramı uyarınca toplumun yapısını ve menfaatlerini muhafaza eden ve uyulması zorunlu olan kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının bütünü kast edilmektedir. Bu doğrultuda kamu düzenine aykırılık Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere, Türk maddi hukuk düzenlemelerinin öngördüğü temel ilkelere ve ahlak anlayışına aykırılık olarak tarif edilebilir.²³³ Nitekim milletlerarası özel hukuk nezdinde öngörülen kamu düzeni daha dar bir uygulama alanına sahip olduğundan Alman hukukundaki yaklaşımın uygulanması milletlerarası tahkimin nitelikleriyle daha fazla uygunluk göstermektedir.

2. Müdahaleci Kurallar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakem heyetinin ulusal mahkemelerden farklı bir biçimde bağlı buldukları bir devlet bulunmadığından, uygulanacak hukuku belirlemek bakımından daha serbest oldukları söylenebilir.²³⁴

²³⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²³¹ Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 131.

²³² Yargıtay'ın Türk milli kamu düzeni kavramının korunması gerektiği yönünde vermiş olduğu karar için bkz. Y. 13. HD., 2012/8425 E., 2012/10348K., 17.04.2012, Erişim tarihi: Haziran 29, 2021, <https://legal.com.tr>.

²³³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 543.

²³⁴ Born, *International Commercial Arbitration*, 2710; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, 292, 293; Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, 61.

Alman hakem heyeti kamu politikasının gerektirdiği hallerde doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına karar verebilir. Söz konusu kurallar bazı sebeplerden dolayı uygulanabilir. Örneğin bu kurallar tahkim yeri hukuku olan Alman hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olabilir veya bu kurallar, uyuşmazlığa konu olan hukuki ilişki ile yakın ilişkili olabilirler. Söz konusu doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak; Anayasa'da belirlenen hukukun genel ilkelerine aykırı durumlar, rekabet hukukundan kaynaklanan bazı sınırlamalar ve bazı ticari yasaklamalar vb. (ticari ambargo gibi)²³⁵ gösterilebilir.²³⁶

SONUÇ

Tahkim esas olarak özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıklar için ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmakta ve tahkime elverişli kabul edilen hukuki bir uyuşmazlığın tarafları arasında yapılacak olan anlaşmaya dayanmaktadır.

ZPO 10. Kitabında yer alan tahkime ilişkin düzenlemelere bakıldığında milli ve milletlerarası tahkim arasında bir ayrım bulunmadığı görülmektedir. Yerli ve yabancı tahkime ilişkin bütün tahkim kurallarını kapsayan tek bir düzenlemenin yapılması, milli ve milletlerarası düzeyde tahkime ilişkin yeknesak bir uygulama oluşturulabilmesini sağlamaktadır. Bu noktada ZPO'nun 10. Kitabı kaleme alınırken tahkim alanında milletlerarası nitelikte kabul edilmiş prensipler dikkate alınarak,

²³⁵ Trittmann ve Kasolowsky, "Arbitration in Germany," 550.

²³⁶ Türk hukukunda gümrük, uyuşturucu maddelerin satışı ve kambiyo mevzuatıyla ilgili hükümlerin çoğu müdahaleci kural niteliğindedir. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8ff.; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no: 14,(2019); Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 180ff.

ulusal ve uluslararası düzeyde bütün hakem kararları bakımından geçerli olacak liberal düzenlemelerin hazırlanması amaçlanmıştır. Türk hukukunda ise yabancılık unsuru barındırmayan, bütünüyle bir ülkeyi ilgilendiren tahkim ilişkisinin tâbi olduğu düzenlemeler yabancılık unsuru barındıran ve bu sebeple milletlerarası karakter kazanan tahkim ilişkisi bakımından yeterli olmadığından, milletlerarası tahkim kuralları özel kurallar olarak ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Her iki sisteminde kendi içinde avantajları ve dezavantajları bulunmakla beraber, Alman tahkim sistemine liberal karakterini verme noktasında yerli ve yabancı tahkim ayırımının öneminin büyük olduğunu belirtmemiz gerekir.

Alman hukukunda hangi meselelerin tahkime elverişli olduğuna ilişkin ZPO § 1030(1)'e bakıldığında tahkime elverişlilik kavramının Türk Hukukuna kıyasla oldukça geniş bir şekilde ele alındığı, ekonomik menfaat içeren bütün taleplerin (*vermögesrechtlicher Anspruch*) tahkime elverişli olduğu görülmektedir. Tahkime elverişlilik konusunda, Alman kanun koyucusunun geniş yaklaşımı, taraflar için serbest tasarruf hakkı (*free disposition*) olarak nitelendirilmiştir. Alman hukukunda *free disposition* ilkesinin benimsenmesi, tahkime elverişliliğin kapsamının geniş tutulması, daha fazla uyumsuzluğun tahkim yargılaması ile çözülebilmeye olanak tanımaktadır. Bu bakımdan Alman mahkemelerinin uyumsuzlukların çözümünde tahkim yanlısı bir tavır içinde olmaları, pratik manada tahkimin yaygınlaşmasına ve bir gelenek haline gelmesine neden olmaktadır.

Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin Alman hukukunda, Türk hukuku ile benzer şekilde, uyumsuzluk hakem heyetinin önündeyken, mahkeme önündeyken, hakem kararının tanınması veya tenfizi aşamasında veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulduğunda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Hakem önündeki aşama hakkında Alman hukukunun benimsediği tahkim yeri hukukuna Türk

hukukunda doktrinde sıcak bakılmadığı görülmektedir. Diğer aşamalar için aynı bağlama noktalarına işaret edildiği görülmektedir.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği, Alman ve Türk hukuklarında şekil ve ehliyet meselelerinden bağımsız bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de tahkim anlaşmasının esastan geçersizliği, tahkim anlaşmasının ulusal mahkeme önünde, hakem heyeti önünde, iptal davası aşamasında, hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ileri sürülebilir. Alman hukukunda ulusal mahkeme önünde tarafların iradesi ve tahkim yeri bağlama noktası dikkate alınır. Hakem heyeti önündeki aşamada ise tahkim yeri hukuku ve uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması konusunda görüşler ileri sürülmektedir. İptal davası aşamasında ise *lex fori*'nin uygulanması söz konusudur. Türk hukukunda ulusal mahkeme önündeki aşama bakımından Alman hukukundakine benzer şekilde taraf iradelerine öncelik tanınmıştır. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde Türk hukuku uygulanacaktır. Hakem heyeti önündeki aşamada tahkim yeri hukuku, iptal davası aşamasında ise hukuk seçimi yapılmadığı halde Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir.

Tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibi Alman ve Türk hukuklarında kabul edilmektedir. Alman hukukunda tahkimin etkinliğini ve özerkliğini sağladığı kabul edilen *kompetenz kompetenz* ilkesine göre hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini haiz oldukları ZPO § 1040 (1)'deki hüküm uyarınca kabul edilmekle beraber, ZPO § 1040 (3)'te düzenlenen hüküm hakem heyetinin yetkisini sınırlı, geçici bir yetki haline getirmektedir. Türk hukukunda MTK m. 7/H hükmü ZPO § 1040 (1)'deki hükümle aynı şekilde düzenlenmiştir. Türk ve Alman hukukları arasında bu konuda farklılık, MTK m. 7 (H)'de, ZPO § 1040 (3)'de düzenlenen hakem heyetinin verdiği yetkiye ilişkin kararlara karşı mahkemeye başvuru imkânının düzenlenmemesi

noktasında ortaya çıkmaktadır. MTK m. 15/A/1/d'ye göre hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararları hakkında ulusal mahkemelere başvuru imkânı tanıyan ZPO § 1040 (3)'ten farklı bir şekilde, hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz sadece iptal davasında gündeme gelebilecektir.

Kamu düzeni konusunda anayasal ilkeleri ihlal etmediği sürece Alman mahkemeleri genel olarak yerli bir hakem kararını, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etme veya yabancı hakem kararını tanımama veya tenfiz etmeme yoluna gitmemektedir. Bu noktada kararın hukukun genel ilkelerine tamamen aykırı olması veya Anayasa'da düzenlenen temel hakları ihlal etmesi, kamu düzeninin ihlal edilmiş kabul edilmesi için gereklidir. Ülkemizde de kamu düzenine aykırılık nedeniyle hakem kararlarının içeriğine müdahale edilmesi söz konusu değildir. Bu anlamda Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu kadar geniş kapsamlı olmamak kaydıyla kamu düzeni oldukça dar bir şekilde uygulanmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Averdick, Otto. *Die Haftung des Schiedsspruch nach gemeinem recht und nach Bürgerliche Gesetzbuche*. Freiburg: Diss, 1904.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Barth, Marcel ve Gerhard Wegen. *International Arbitration in Germany A Handbook*. Beck/Hart, 2019.
- Berber-Keser, Leyla. "Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi." iç. *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, 123-139. Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.
- Bilgehan Yeşilova. "Tahkim İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları." *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, no: 11 (2009): 739-818.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter. *Redfern Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009.
- Böcktiel, Karl Heinz, Stefan Micheal Kröll, ve Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany*. Wolters Kluwer, 2015.
- Brekoulakis, Stavros "Law Applicable to Arbitrability." iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 99-121. Wolters Kluwer, 2009.
- Brekoulakis, Stavros. "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori." Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper, 2009.

- Budak, Ali Cem. "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri." *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, no: 1 (2012): 31-60.
- Can, Mustafa Cemre. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no:2 (2020):1349-1370.
- Chuckwumerije, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*. Oceana Publications Inc, 2000.
- Çakrak, Recep. "Kompetenz Kompetenz Prensibi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no: 31 (2018): 659-668.
- Çavuşoğlu Uyanık, Ayfer. "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no: 1 (2012): 67-108.
- Dalhuisen, Jan Hendrik. *International Insolvency and Bankruptcy*. New York: 1986.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Savaş Yayınevi, 2021.
- Ekşi, Nuray. "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, no: 23 (2011): 295-338.
- Ertekin, Erol, ve İzzet Karataş. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Esen, Emre. "Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, no: 1 (2011): 355-381.
- Geimer, Reinhold. *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationale Zustaendigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile*. Bielefeld: 1966.

- Hanatiau, Bernard. "The Law Applicable to Arbitrability," *Singapoure Law Journal*, (2014): 882-884.
- Huber, Peter, ve Ivo Bach. "Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts." *SchiedsVZ* (2005):98-100.
- Huysal, Burak. Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk: Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Huysal, Burak. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010.
- Işık, Fatih. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2015.
- Kahn, Rudolf. "Arbitration in England and Germany, A Study In Comparative Legislation And Conflict Of Laws," (1930), Erişim tarihi: Haziran 9, 2021. www.heinonline.com.
- Kalpsüz, Turgut. "Tahkim Anlaşması." *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, no: 2 (2003): 1027-1053.
- Karim, Youssef. "The Death of Inarbitrability." iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 47-69. Wolters Kluwer, 2009.
- Kocasakal Özdemir, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Konyalı, Sinancan. "Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları Işığında Ticari Şirketlerin Yerleşme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü." *International Journal of Social Inquiry* 8, no:2 (2017): 115-153.
- Lazic, Vesna. *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*. 1998.
- Lew, Julian, Loukas Misteris ve Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer, 2003.

- Lew, Julian. "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause." *ICCA Congress Series No:9*, editör Albert Jan van den Berg, 114-145. Kluwer Law International, 1999.
- Liebscher, Cristoph. "Insolvency and Arbitrability." İç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 165-179. Wolters Kluwer, 2009.
- Lörcher, Gino. "Yeni Alman Tahkim Kanunu," Çeviren İbrahim Özbay ve Zekeriyya Arı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 3-4 (2001): 29-40.
- Lörchner, Torsten. "Arbitration in Germany," İç. *CMS Guide to Arbitration*, editörler Torsten Lörcher, Guy Pendell ve Jeremy Wilson, 367-387, 2012.
- Magnus, Ulrich, ve Peter Mankowski. *Brussels I Regulation*. München: 2012.
- Manja, Epping. *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reforms des deutschen Schiedsverfahrensrecht*. München: 1999.
- Mistelis, Loukas. "Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?," iç. *Arbitrability Internatioal & Comparative Perspectives*, Editörler Loukas A. Mistelis ve Stavros L. Brekoulakis, 1-15. Wolters Kluwer, 2009.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017.
- Nomer, Ergin. *Milletlerarası Usul Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Özbay, İbrahim. "1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler." *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP'E Armağan Cilt 2*, 1055-1079. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.

- Özel, Sibel. "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no:1 (2017): 23 (2017): 303-323.
- Özel, Sibel. Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Legal Yayınevi, 2008.
- Poudret, Jean François, ve Sebastian Beson. *Comperative Law of International Arbitration*. London: Sweet&Maxwell, 2007.
- Raeschke Kessler, Hilmar. *The International Arbitration Review*. 2019.
- Rajoo, Sundra. *Law, Practice and Procedure of Arbitration*. Datuk: LexisNexis, 2018.
- Sadroleşrafi, Hüseyin Ali. "Türk 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, no: 25-26 (2005-2006): 317-366.
- Schlosser, Peter. "Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag." iç. *Law of International Business and Dispute Settlement In The 21st Century*, Editör Robert Briner, 697-713. (2001)
- Schlosser, Peter. *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Tübingen: 1989.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen, ve İnci Ataman Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021)
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara:1986.
- Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

- Şit, Banu. Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. Ankara: İmaj Yayınevi, 2005.
- Taşkın, Alim. *Hakem Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2015.
- Tekinalp, Gülören. Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Töre, Nazlı. "Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi." *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11, no:6 (2019): 208-216.
- Trittmann, Rolf, ve Boris Kasolowsky. "Arbitration in Germany." iç. *Arbitration World International Series*, editörler Karyl Nairn QC ve Patrick Heneghan, 533-553. Thomson Reuters, 2015.
- Tüysüz, Cemre. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no: 14, (2019): 463 – 500.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer, 1981.
- Vorpeil, Klaus. *deutsches internationales privatrecht*. Gau-Bickelheim, 2020.
- Wagner, Gerhard. "Country Reports, Germany," iç. *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, editör Frank-Bernd Weigand, 685, 2002
- Weigand, Frank-Bernd. *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: 2009.
- Wilhelmsen, Louise Hauberg. *International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation*. Denmark: Elgar Publishing, 2018.
- Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXX (Kluwer International, 2005)
- Year Book Commercial Arbitration*, Editör Albert Jan van den Berg, Volume XXXVII (Kluwer International, 2012)

Yeşilova, Bilgehan. "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 76, (2008): 83-164,

Yeşilova, Bilgehan. Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.

Yılmaz, Süleyman, ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no:3 (2020):1475-1504.

İnternet Kaynakları

<https://dejure.org/>

<https://europa.europa.eu/>

<https://legal.com.tr>

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU%282015%29509988_EN.pdf,

www.bundesgerichtshof.de

www.kazanci.com

www.lexpera.com

5434 VE 5510 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE KAMU GÖREVLİLERİNİN MALULİYET TÜRLERİ

*Types of Disability; According to the Provisions of
the Law No: 5434 and 5510*

Mehmet Zahid YENER*

Burak KARAKOÇ**

Öz

Devlet organizasyonu içerisinde bir teşkilata bağlı olarak kamu görevi ifa eden kimseler kamu görevlisi olarak ifade edilir. Kamu görevlisinin vazifesini yerine getirirken mevcut risk sonucu meydana gelen bir olay neticesinde bir zarara uğraması durumunda, zarara uğrayan kamu görevlisini koruyucu


* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi, mzyener@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2458-9580.

** Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, burak.karakoc@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9225-1530.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 01.04.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.11.2021.

Atıf/Citation: Mehmet Zahid, Yener ve Burak Karakoç. "5434 Ve 5510 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyet Türleri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 458-500.

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

muhtelif düzenlemeler mevcuttur. İşbu düzenlemeler kamu görevlilerinin maluliyeti olarak hukuki düzlemde vücut bulmaktadır.

Çalışmamızda kamu görevlilerinin maluliyeti, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu düzenlemelerine binaen incelenmiştir. Hem 5434 sayılı kanun hem de 5510 sayılı kanun hükümlerince maluliyet türleri ve şartları incelenmiş olup akabinde ise bu düzenlemelerin karşılaştırması yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, Maluliyet, Harp Malullüğü, Vazife Maluliyeti, Adi Maluliyet.

Abstract

Persons who are performing public duties within a state organization under an organization are referred to as public officials. There are various regulations to protect the public officer who got damage; in case of a loss as a result of an event that occurs because of current risk while performing its duty. These regulations appear as the disability of public officials.

In our study, disability of public officials has been examined in accordance with the regulations of the law no 5434 and the law no 5510. Disability types and its conditions were examined by both the provisions of the law numbered 5434 and the provisions of the law numbered 5510 then these regulations were compared.

Key Words: Public Official, Disability, War Disability, Duty Disability, Ordinary Disability

GİRİŞ

Kamu görevlileri, vazifelerinin kapsamını çalışma saatleri içerisinde gerçekleştirir. Bu süre içerisinde dışarıdan gelebilecek

olaylarla karşılaşma riski içerisindedirler. Meydana gelen riskler, kimi zaman bir zarar doğurabilir.

Vazifesini yerine getirirken mevcut risk sonucu meydana gelen bir olay neticesinde kamu görevlisi bir zarara uğrarsa; zarara uğrayan kamu görevlisini koruyucu muhtelif düzenlemeler ihdas edilmiştir. Zarara uğrayan bu kamu görevlisini koruyucu düzenlemelere, kamu görevlilerinin maluliyeti adı verilir.

Türk sosyal güvenlik sisteminde kamu görevlilerinin malullüğüne ilişkin olarak doğan risklerin sigortalanması, ilk kez mülga 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile söz konusu olmuştur. Bu kanun ile kamu görevlilerinin maluliyet sonucunda iş göremezlik riskleri sigortalanarak sosyal güvenlik açısından bir koruma sağlanmıştır. İş sözleşmesi ile çalışan işçiler bağlamında ise maluliyet sigortası, ilk kez 5417 Sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu ile sosyal güvenlik hukukunda uygulanmaya başlamıştır.

Bu çalışmada, mülga 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ve 5434 Sayılı Kanun'u ilga eden 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında düzenlenen kamu görevlilerinin maluliyet türleri incelenecektir. Öncelikle her iki kanun açısından maluliyet türleri ve şartları incelenecek, akabinde ise her iki kanundaki farklılıklar karşılaştırmalı olarak ortaya konacaktır.

I. GENEL KAVRAMLAR

A. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu çalışanları için hangi kavramın kullanılacağına dair Türk mevzuatında bir terim birliği mevcut değildir. Örneğin AY mülga m. 121'de, m. 128'de ve m. 129'da "*kamu hizmeti görevlileri*", yine AY m. 128'de ve m. 129'da "*memurlar ve diğer kamu görevlileri*", AY m. 39'da "*kamu hizmet ve görevinde*

bulunanlar”, AY m. 68’de “*kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri*” kavramları kullanılmıştır. Yine DMK m. 4, m. 7, m. 8, m. 9 ve sair birçok maddede “*memur*” kavramı, DMK m. 61/A’da “*kamu görevlisi*” kavramları kullanılmıştır. İYUK m. 27, m. 28, m. 33 ve birçok muhtelif maddede “*kamu görevlisi*” ifadesini kullanmıştır. Biz, bu çalışmada kamu görevlisi kavramını kullanarak işbu çalışma içerisinde terim birliğini sağlamış olacağız.

Kamu görevlisi, devlet organizasyonu içerisinde teşkilatlanmış bir teşkilata bağlı olarak kamu görevi ifa eden kimseler olarak ifade edilebilir. Söz konusu tanım hasebiyle bir kimsenin kamu görevlisi sıfatını haiz olabilmesi için aranan en önemli şart, devlet teşkilatı içerisinde örgütlenmiş bir teşkilata bağlı olarak çalışmasıdır.¹ Dolayısı ile niteliği itibariyle görülen iş her ne kadar kamu hizmeti olarak değerlendirilse de; kişi, bir kamu teşkilatına bağlı olarak çalışmıyorsa bu durumda kamu görevlisi kavramının varlığından söz edilemeyecektir.

İdare hukuku bağlamında kamu görevlisi kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir. Hukuki durumlarına bakılmaksızın ya da ifa ettikleri işin niteliği dikkate alınmaksızın, kamu teşkilatı içerisinde görev yapan ve hukuki rejim olarak kamu hukukuna tabi olan kişiler geniş anlamda kamu görevlisi olarak ifade edilirken; devletin yapısını oluşturan organlarda görev alanlar ile kamu teşkilatı içerisinde görev yapan, ancak hukuki rejim olarak özel hukuk hükümlerine

¹ Metin Günay, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 2011), 579; Çınar Can Evren ve İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 24; Mustafa Gökez, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, (Yüksek Lisans Tezi, Sivas: 2002), 71.

tabi olarak görev yapanlar dışında çalışan kişiler dar anlamda kamu görevlisi olarak ifade edilir.²

Her iki tanıma bakıldığında, temel olarak çeşitli farkların varlığı göze çarpar. Bunlardan ilki, yapılan işin niteliğinin önem kazanmasıdır. Bir kişinin geniş anlamda kamu görevlisi olarak değerlendirilebilmesi için, devlet teşkilatı içinde teşkilatlanmış bir kamu kurumunda görev yapması yeterlidir. Bu kişinin hukuki rejim olarak kamu hukukuna ya da özel hukuka tabi olması herhangi bir önemi haiz değildir. Dolayısı ile bu kapsamdaki kamu görevlisi ile idare arasında bir uyumsuzluk hâsıl olduğunda, aradaki hukuki rejime göre uyumsuzluk idari ya da adli yargıda çözüme bağlanır. Dar anlamda kamu görevlisine bakıldığında ise durum farklıdır. Zira bir kişinin dar anlamda kamu görevlisi olarak değerlendirilebilmesi için, devlet teşkilatı içerisinde teşkilatlanmış bir kurum içinde faaliyette bulunmasının yanında, hukuki rejim olarak kamu hukukuna tabi olması gerekmektedir. Bu sebeple kamu görevlisi ile idare arasındaki uyumsuzlukların çözüm merci sadece idari yargıdır. AY m. 128'e baktığımızda, kamu görevlisi kavramından anlaşılması gereken, kanaatimizce dar anlamda kamu görevlisidir.³

Devlet teşkilatı içerisinde çalışan herkes kamu görevlisi sıfatını haiz değildir. Her ne kadar yapılan iş devlet teşkilatı içerisinde görünse dahi bazı çalışanlar hukuki rejimleri itibariyle özel hukuka tabi olabilir ve bu kişiler kamu görevlisi olarak nitelendirilmez. Dolayısı ile çalışanların kamu görevlisi olup

² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017) 717ff.; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 441ff.; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdare Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 193ff.

³ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 490; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 718; Kemal Gözler, *Kısa İdare Hukuku* (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2014), 178.

olmadığının tespitini yapmak önemlidir. Zira kamu görevlisi olanlar ile olmayanların atama, ücret, terfi, yer değiştirme, disiplin, görevden ayrılma, izin gibi hukuki işlemleri birbirinden oldukça farklı hukuki rejimlere tabidir. Aynı şekilde bu hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklar, kamu görevlileri için idari yargının konusu iken diğer çalışanlar için adli yargının konusunu oluşturur.

Türk mevzuatında kamu çalışanlarının tasnifi, Devlet Memurları Kanunu'nda yapılmıştır. "İstihdam Şekilleri" başlıklı DMK m. 4'e baktığımızda, üç farklı istihdam şeklinin varlığını görmekteyiz: Memurlar, sözleşmeli personeller ve işçiler.

DMK m. 4/A, memur kavramından ne anlaşılması gerektiğini düzenlemiştir. Mezkûr maddeye göre "*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır. Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.*" Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere memurlar, kamu görevlisi kavramı içerisinde yer alır.

DMK m. 4/B ise sözleşmeli personel kavramını düzenlemiştir. Buna göre "*kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde, ihdas edilen pozisyonlarda, mali yıla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.*" Kanunda belirtilen şartlarda çalışan sözleşmeli personeller de kamu görevlisi kavramı içerisinde değerlendirilir.

DMK m. 4/D’de, işçiler kavramı düzenlenmiştir. Buna göre “(A), (B) ve mülga (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir. Bunlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.” Madde metninden anlaşıldığı üzere, bu fıkra kapsamında çalışanlar kamu görevlisi kavramına dâhil değildir.

B. Maluliyet Kavramı

Maluliyet kavramı, niteliği itibariyle olumsuz bir anlamı içerisinde barındırdığından; iş göremezlik, sakatlık, özürülük, engellilik gibi kavramlarla karıştırılabilir. Ancak niteliği itibariyle malullük, adı geçen tüm kavramlardan farklıdır.

Maluliyet, öğretilerde farklı tanımlamalara tabi tutulmuştur. Bir tanım uyarınca maluliyet, sigortalının ruhsal ve bedensel açıdan iş göremez duruma gelmesi olarak tanımlanmıştır.⁴ Bir diğer tanımda ise malullük, süreklilik arz edecek şekilde kısmen ya da tamamen çalışma gücünün kaybına sebep olan sağlık bozukluğu hali olarak ifade edilmiştir.⁵ Başka bir tanıma göre; bir insanın kanuni düzlemde malul sayılması halinde, sürekli iş göremezliğinin bertaraf edilmesini sağlayan risktir.⁶ Yine

⁴ Ozan Bardakçı, Musa Şahin ve Salih Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği* (Ankara: Girişim Yayınları, 2019), 88; Yusuf Alper, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku* (Bursa: Dora Yayınları, 2018), 305.

⁵ Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 478.

⁶ Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 395.

maluliyet, kişinin bedenen ya da ruhen iyileşme olanağı bulunmayan bir şekilde sürekli olarak çalışma gücünde yetersizliğe ya da eksikliğe uğraması ve bu sebeple gelir azalması ya da gelir kesilmesine sebebiyet veren durum olarak nitelendirilir.⁷ Bizim de katıldığımız görüşe göre maluliyet kavramında benimsenecek tanım, çalışma ya da meslekte kazanma gücünün kısmen ya da tamamen yitirilmesi sonucunda süreklilik arz edecek şekilde gelir kaybına sebebiyet veren fizyolojik risktir.⁸

Maluliyet sigortası; kamu görevlisinin, zarar sonucu doğuran bir olayla karşılaşması sonrasında çalışamayacak olması durumunda kamu görevlisine ekonomik olarak bir güvence getirir. Kamu görevlisinin sağlığının bozulması sonucunda sürekli olarak vazifesini görememesine sebep olan malullük her ne kadar erken emekliliğe benzese de; maluliyet aylığı, ödenmiş primlerin karşılığı değildir. Özellikle maluliyet, erken yaşlarda söz konusu olursa erken emeklilik gibi bir durum sosyal güvenlik sistemindeki aktüerya hesaplamalarına ters bir durum yaratır.⁹

⁷ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Gazi Yayınları, 2014), 352.

⁸ Muhammed Fatih Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 199; Hande Bahar Kerimoğlu, *Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Maluliyet Sigortası* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2004), 5.

⁹ Levent Akın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2007), 291.; Can Tuncay, *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 564.

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN MALULİYETİ

A. Mülga 5434 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Maluliyeti

1. Genel Olarak

Mülga 5434 Sayılı Kanun m. 44 kamu görevlilerinin maluliyetini düzenlemiştir.¹⁰ Buna göre "her ne sebep ve surette olursa olsun vücutlarında hâsıl olan ârızalar veya duçar oldukları tedavisi imkânsız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamayacak duruma giren iştirakçilere malul denir ve haklarında bu kanunun malullüğe ait hükümleri uygulanır." 5510 Sayılı Kanun m. 25 uyarınca da maluliyet hükümlerinin, yine aynı Kanun'un m. 4/I-a, b, c düzenlemelerinde belirtilen kişilere uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanun, malullükte objektif bir kriter benimsemek yerine sübjektif bir kriter benimsemiştir. Zira maluliyet hükümlerinin uygulanabilmesi, vazifelerini yerine getirememe kriterine bağlanmıştır.¹¹ Bunun bir sonucu olarak, her bir vazife için maluliyetin söz konusu olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bir örnek vermek gerekirse, Türk Silahlı Kuvvetleri'nde savaş uçağı pilotu olarak çalışan bir kişinin gözündeki ya da bileğindeki en ufak kusuru, malul sayılmasına yetecektir. Görme duyusu ve bilekle gerçekleştirilen kontrol hareketleri, uçağın sevk ve idaresinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Ancak temizlik personeli olarak çalışan bir kimsede, pilotun sahip olduğu göz kusuru ya da masa başında çalışan bir

¹⁰ 5434 Sayılı Kanun, 5510 Sayılı Kanun ile mülga hale gelmiştir. Ancak 5434 sayılı Kanun hükümlerinin bir kısmı, uygulamaya devam edecektir. bkz. 5510 sayılı Kanun Geçici Madde 4.

¹¹ AYİM 3. D, E.2003/854, K.2005/238 (legalbank.net); AYİM 3. D, E.2006/70, K.2006/917 (legalbank.net).

kişideki el kusuru savaş pilotunda olduğu kadar bir önem teşkil etmeyecektir.

5434 Sayılı Kanun'un uygulama zamanında, maluliyetin söz konusu olduğu bir diğer durum Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹² DMK m. 105, hastalanan devlet memurlarının hastalık ve refakat iznini düzenlemiştir. Buna göre uzun süreli hastalıklar için on sekiz ay, diğer hastalıklar için ise on iki ay süre ile memurların izinli olabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine bu maddeye göre memurun iyileşme durumu sağlık raporu ile sabit olduğunda, bir kereye mahsus yine on sekiz ve on ki aylık sürelerle uzatma verilebilir. Verilen izin süresi sonunda memur, işe başlayacak şekilde bir iyileşme göstermezse, malulün emeklilik hükümleri uygulanır.

Görüldüğü gibi, 5434 Sayılı Kanun zamanında esas olarak iki farklı maluliyet kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, 5434 Sayılı Kanun m. 44 gereği iştirakçinin vazifesini yürütemeyecek şekilde hastalığa uğramasıdır. İkincisi ise, DMK m. 105 gereği hastalık izin süresinin tamamını kullanmasına rağmen, vazifesine başlamak için iyileşme gösteremeyen memurların malulen emekli edilmesidir.

Mülga 5434 Sayılı Kanun m. 44/III, vazifeye başlamadan önce mevcut bulunan arızaların maluliyet hükümlerinin uygulanmasına sebep olmadığını hüküm altına almıştır.¹³ Buna göre "talim, manevra, seferberlik veya harb dolayısıyla vazifeleriyle ilgileri kesilmeksizin silâh altına alınan iştirakçilerin âdi veya vazife mâlüllüklerinin asıl vazifelerini

¹² Münüse Destan, *Norm ve Standart Birliği Sağlanması bakımında 5510 Sayılı Kanun'da Kamu Görevlilerinin (4/1-c) Sosyal Güvenliği* (Yüksek Lisans Tezi, Bursa: 2012), 52; Bardakçı, Şahin ve Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, 90.

¹³ AYİM 3. D, E.2003/854, K.2005/238 (legalbank.net); AYİM 3. D, E.2005/686, K.2005/1384 (legalbank.net).

yapmaya mâni olmadığı hallerde, haklarında malullük hükümleri uygulanmaz.”

Mülga 5434 Sayılı Kanun, temelinde üç farklı maluliyet halini barındırır. Bunlar 5434 Sayılı Kanun m. 46’da hüküm altına alınan adi maluliyet, 5434 Sayılı Kanun m. 45 ile düzenlenen vazife maluliyeti ve aynı Kanun m. 64’te yer alan harp maluliyetidir.

2. Adi Maluliyet ve Şartları

Adi maluliyet, Kanun’da tüm detayları ile belirlenmemiştir. Kanun koyucu vazife maluliyetini düzenlemiş, o kapsamda yer almayan maluliyet hallerini ise adi maluliyet olarak hüküm altına almıştır.¹⁴ Söz konusu husus, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 46’da “44 üncü maddede yazılı mâlullük 45 inci maddede gösterilenler dışında kalan sebep ve hallerden doğmuş olursa adi mâlullük ve bunlara uğrıyanlara da adi mâlul denir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte, vazife maluliyeti kapsamına giren ancak 5434 Sayılı Kanun m. 48’de sayılan hallerin mevcut olması durumunda da adi maluliyet hükümleri uygulanır. Mezkûr hüküm düzenlemesi; “Vazife malüllükleri: a) Keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan; b) Kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan; c) Yasak fiilleri yapmaktan; ç) İntihara teşebbüsten; d) Her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına menfaat sağlamak veya zarar yapmak maksadından; doğmuş olursa bunlara uğrıyanlar hakkında (Adi malullük) hükümleri uygulanır.” şeklinde olup, bu madde düzenlemesinde bahsi geçenler hakkında da adi malullük hükümlerinin uygulanacağı izahtan varestedir.

¹⁴ “... Vazife malüllüğü kapsamında dışında kalmayı gerektiren sebepler arasında sayılmış, bu durumda olanlar için adi malullük hükümleri uygulanacağı...”: Danıştay 11. D, E.2011/3388, K.2014/2674.

Mülga 5434 Sayılı Kanun'un sistematığı gereği, kamu görevlisinin malul olabilmesi için Kanun'da sayılan durumlar harici bir sebeple vazifesini yapamayacak duruma gelmesi şart ve yeterlidir.¹⁵ Vazifesini yapamayacak duruma gelmesine yol açan olayın sebebi herhangi bir önem teşkil etmeyeceği gibi rakamsal olarak belirlenen bir sakatlık da önem arz etmez.¹⁶

Kamu çalışanın adi maluliyet statüsüne sahip olmasının sonucu, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 53 ile adi malullük aylığı adı altında hükme bağlanmıştır. Beş fıkra olarak düzenlenen maddede, aylığın ne şekilde ve hangi tarihten itibaren bağlanacağı, hangi usul ve esaslara tabi olacağı düzenlenmiştir.

Adi maluliyete uğramış kamu çalışanına gelir bağlanabilmesi için en az on yıllık süre ile hizmetinin bulunması gerekir. Bununla birlikte beş yıllık çalışması bulunan kamu görevlisi, tedavisi mümkün olmayan bir halde maluliyete uğraması durumunda; yalnızca başkasının yardımı/bakımı ile hayatını idame ettirebilecek durumda ise, on beş yıllık hizmeti varmış gibi adi maluliyet aylığı bağlanır.¹⁷ Adi maluliyet aylığı, kamu çalışanlarının şahsına bağlı ödeneklerdir. Dolayısı ile bu

¹⁵ "...Kıbrıs'ta yedek subay olarak askerlik görevini yapmakta iken rahatsızlanması sonucu askerliğe elverişli olmadığına karar verilerek terhis edilen davacının, vazife malulü aylığı isteminin reddine dair işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır... düzenlenen sağlık raporunda konulan psikotik redaksiyon hastalığının davacının maluliyetinin oluşunda görevinin neden ve etkisinin bulunmadığı ve adi malul olduğuna karar verilmesi hususunda... verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın onanmasına..." Danıştay 11. D, E.2000/7288, K.2003/4055 (emsal.danistay.uyap.gov.tr). Kararda görüldüğü üzere, 5434 Sayılı Kanun m. 46 gereği, vazife maluliyeti olarak değerlendirilmeyen hastalık, Kanun gereği adi maluliyet olarak sayılmıştır.

¹⁶ Akın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, 211; Ahmet Yalçın, *5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti*, (Yüksek Lisans Tezi, Konya: 2010), 54.

¹⁷ Refik Korkusuz ve Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2018), 315.

ödeme, kamu çalışanı öldükten sonra onun eşi veya çocuklarına intikal etmez.

3. Vazife Maluliyeti ve Şartları

Vazife maluliyeti, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 45 ve devamında düzenlenmiştir. Kanun koyucu, kanaatimizce, gördükleri işin niteliği ve o işi görme esnasında gerçekleşen olayın, kamu çalışanının maluliyetine sebep vermesini göz önüne alarak vazife maluliyetini düzenlemiştir.¹⁸

Kanun'a göre "44 üncü maddede yazılı malullük, a) İştirakçilerin vazifelerini yaptıkları sırada vazifelerinden doğmuş olursa, b) Vazifeleri dışında kurumların verdiği herhangi bir kuruma ait başka işleri yaparken, bu işlerden doğmuş olursa, c) Kurumların menfaatini korumak maksadiyle bir iş yaparken o işten doğmuş olursa, ç) Fabrika, atelye ve benzeri işyerlerinde, iş başlamadan evvel iş sırasında veya işi bitirdikten sonra, o işyerinde husule gelen ve yine o işyerinin mahiyetinden veya çalışma konusundan ileri gelen kazadan doğmuş olursa, buna vazife mâlullüğü ve buna uğrayanlara da vazife mâlulü denir." Vazife malullüğünün söz konusu olabilmesi için, temel olarak iki şartın varlığı aranır. Bunlar, kamu çalışanlarının vazifelerini yaptıkları sırada vazifelerinden doğmuş olması ve madde kapsamında belirtilen iş veya kazalardan doğmuş olmasıdır.¹⁹

Bununla birlikte kanun koyucu, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 48 ile vazife maluliyetine ilişkin bir sınırlama da getirmiştir. Kamu çalışanının uğramış olduğu zarar, kanunda sayılan

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçın Bostancı, "Yargı Kararları Işığında Vazife Malullüğü Kavramı," *Kamu-İş* 8, no. 1 (2005): Erişim tarihi: Nisan 15, 2020, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/815.pdf>; AYİM 3. D, E.2006/70, K.2006/917 (legalbank.net); AYİM 1. D, E.2001/169, K.2002/785 (legalbank.net).

¹⁹ AYİM 1. D, E.1999/533, K.2000/133 (legalbank.net); AYİM 1. D, E.1999/60, K.1999/381 (legalbank.net).

kusurlu hareketlerin biri ile gerçekleşiyorsa, bu durumda vazife maluliyeti yerine adi maluliyet söz konusu olur. Bu durumlar, “a) Keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanılmaktan, b) Kanun, tüzük ve emir dışında hareket etmiş olmaktan, c) Yasak fiilleri yapmaktan, ç) İntihara teşebbüsten, d) her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına menfaat sağlamak veya zarar yapmak maksadından” olarak 5434 Sayılı Kanun m. 48’de sayılmıştır.²⁰

Diğer sigortalıların iş görme edimlerini yerine getirdikleri sırada zarara uğraması, iş kazası ve meslek hastalığı olarak ifade edilir. İşçinin, işyerinde ya da işyeri olarak sayılan yerlerde bulunduğu esnada, aniden cereyan eden, sigortalı işçinin bedensel ya da ruhsal zarara uğramasına sebebiyet veren her türlü olay iş kazası olarak ifade edilir.²¹ Meslek hastalığı ise işçinin, iş görme ediminin özelliği sebebiyle uğramış olduğu geçici veya sürekli hastalık, bedensel ya da ruhsal arıza halleri olarak tanımlanabilir.²² Görüldüğü üzere hem meslek hastalığı

²⁰ “... davacının jandarma astsubay olarak görev yapan eşi, görevlendirildiği esnada yaptığı trafik kazası sonucu ölmesi olayı, 5434 Sayılı Kanun m. 48/b kapsamında değerlendirilerek muris, vazife malulü olarak sayılmamıştır. Her ne kadar, trafik kazasının oluşumunda ölen araç sürücüsünü 5/8 oranında kusurlu bulunmuş ise de; dikkatli bir kimseden beklenebilen özen ve dikkati göstermemek biçimindeki söz konusu fiil, maluliyet ile görev arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırır nitelikte bulunmamaktadır. Bu haliyle ölen murisin vazife malulü sayılması ile davacı ve çocuğuna bu nedenle vazife malullüğü aylığı bağlanması gerektiğinden...” Danıştay 11. D, E.1997/190, K.1997/2601 (legalbank.net).

²¹ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 361; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974), 5; Resul Kurt, *İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 179; Ali Güneren, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 395ff.

²² Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 291; Mesut Balcı ve diğerleri, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 659ff.; Bülent

kavramı hem de iş kazası kavramı, kamu görevlisi olmayan çalışanların, iş görme edimlerini ifa ettikleri sırada karşılaştıkları zarar sonucunu doğuran olayların hukuki nitelendirilmesidir. Kamu görevlileri açısından ise vazife malullüğünün, iş kazası ve meslek hastalığı kavramlarına benzer şekilde düzenlendiği görüşüne katılmaktayız.²³

Vazife malulü olan kişinin sahip olacağı mali haklar, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 55 ve devamında vazife malullüğü aylığı adıyla düzenlenmiştir. Adi maluliyetten farklı olarak, vazife malullüğü aylığının bağlanması herhangi bir çalışma ya da prim şartına bağlı değildir. Otuz yılın altında hizmet süresi bulunanlar için otuz hizmet yılı esas alınırken, otuz yılın üzerinde hizmeti bulunanların süresi ise çalıştığı süre esas alınarak hesaplamaya tabi tutulur.

5434 Sayılı Kanun, temelinde adi ve vazife olmak üzere temelinde iki maluliyet türünü kabul eder. Ancak vazife maluliyetinde bağlanacak aylık oranının tespitine baktığımızda, çeşitli maluliyet türleri ifade edilebilir. Bunlar olağan vazife malullüğü, sivil vazife malullüğü, Türk Silahlı Kuvvetleri vazife malullüğü, erbaş ve erlerin vazife malullüğü, harp malullüğü, 2330 Sayılı Kanun kapsamında vazife malullüğü, 3713 Sayılı Kanun kapsamında vazife malullüğü olarak isimlendirilebilir.²⁴

Ferat İşçi, *Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti* (İstanbul: On İki levha, 2017), 92.; Huriye Karataş, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 41.

²³ Balcı ve diğerleri, *Kazası ve Meslek Hastalığı*, 73; Yalçın, *5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti*, 87.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bardakçı, Şahin ve Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, 93ff.

4. Harp Malullüğü ve Şartları

Dünya üzerinde gerçekleşen savaşlar sonucu, dünyada olduğu gibi ülkemizde de harp malullüğü önem kazanmıştır.²⁵ Bu öneme binaen kanun koyucu, mülga 5434 Sayılı Kanun m. 64 ve devamı maddelerinde harp malullüğünü düzenlemiştir.

Harp maluliyeti, temelinde vazife maluliyetinden hareket etmiştir. Dolayısı ile vazife maluliyeti, harp maluliyetinin bir ön şartıdır.²⁶ Bir diğer ifade ile harp maluliyeti, vazife maluliyetinin vasıflı bir şeklidir.²⁷

Vazife malulü olarak sayılabilecek kişiler, bazı özel durumların varlığı halinde harp malulü olarak kabul edilir. Bu durumlar, 5434 Sayılı Kanun m. 64'te "a) Harpte fiilen ateş altında, b) Harpte, harp bölgelerindeki harp harekât ve hizmetleri sırasında, bu harekât ve hizmetlerin sebep ve etkileriyle, c) Harpte veya harbe hazırlık devresinde her çeşit düşman silahlarının etkisiyle, ç) Askeri harekâtı gerektiren iç tedip ve sınır hareketleri sırasında, bu hareketlerin sebep ve etkisiyle, d) Varışta ve olağanüstü hallerde, emir veya görev ile uçuş yapan uçucularla hangi meslek ve sınıftan olursa olsun emirle görevli olarak uçakta bulunanlardan uçuşun havadaki ve yerdeki sebepleriyle ve yine emir ve görev ile dalış yapan dalgıçlarla, hangi meslek ve sınıftan olursa olsun emirle görevli olarak denizaltı gemisinde veya dalgıç kıtasında bulunanlardan denizaltıcılığın veya dalgıçlığın çeşitli sebep ve tesirleriyle, e) Anayasa'nın 66. maddesi (1982 Anayasası m. 92) veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar uyarınca yabancı ülkelere Türk Silahlı Kuvvetleri gönderilmesini gerektiren durumlarda, birliklerin buldukları yerlerden hareketlerinden

²⁵ Mehmet Bağcı, *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, (Doktora Tezi, İstanbul: 2014), 276.

²⁶ "... harp malullüğünün ön şartı olan vazife malullüğü durumuna sahip olmayan davacı hakkında harp malulü aylığı bağlanmaması işleminde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.": AYİM 3. D., E.2004/1407, K.2004/1700 (legalbank.net).

²⁷ AYİM 1. D., E.1999/32, K.1999/1104 (legalbank.net).

itibaren yurt içinde, yurt dışında, yabancı ülkelerde veya yurda dönüş sırasında, uğramış olan muvazzaf ve yedek subay, astsubay, uzman jandarma çavuş, uzman çavuş, erbaş ve erler (gönüllü erler dâhil) ile Türk Silahlı Kuvvetlerince görevlendirilen sivil iştirakçiler ve T.C. Emekli Sandığına, Sosyal Sigortalar Kurumuna, Bağ-Kur'a ve çeşitli sandıklara tabi olmayan sivil görevlilere de ayrıca harp malulü denir" demek suretiyle, kimlerin harp malulü olacağı detaylıca belirtilmiştir.²⁸

Harp maluliyeti düzenlemeleri göz önüne alındığında görülecektir ki; bu müessese ile alakalı olarak, vazife malullüğü düzenlemelerine göre nispeten nadir olarak gerçekleşecek vakıalar hüküm altına alınmıştır. Kanun ifadesine bakıldığında, harp ya da harbe hazırlık dönemleri, olağanüstü haller, çeşitli sebeplerle ülke içinde veya ülke dışında görevlendirilmeler gibi olağan hayat akışının içerisinde olamayan olayları Kanun, harp maluliyeti olarak değerlendirmiştir.

Harp malulü olarak sayılan bir kişi, esasında vazife maluliyet aylığına hak kazanır. Harp malulü sayılması sebebiyle; bu kişiye, bir üst miktarda harp maluliyeti aylığı bağlanır. 5434 Sayılı Kanun'un 64. maddesi bu hususu hüküm altına almıştır. Buna göre "... Bunlardan uzman erbaşlara buldukları kademenin üç ilerisindeki kademenin, uzman jandarma çavuşlara buldukları rütbenin bir üst rütbesinin aynı kademesinin; astsubaylarla yarbay rütbesine kadar, (yarbay hariç) bir üst rütbenin aynı kademesinin, yarbaylara albay, albaylara kıdemli albay, kıdemli albay ile general ve

²⁸ "... davacının oğlunun vefatının ... Balık Adam Kurs Eğitimi kapsamında emirli ve görevli olarak yapılan dalış esnasında olduğu açıktır. Ancak 5434 Sayılı Kanun m. 63/d'de '... hangi meslek ve sınıftan olursa olsun emirle görevli olarak denizaltı gemisinde veya dalgıç kıtasında bulunanlardan...' ifadesi ile yalnızca emirli görevli olarak dalış yapmanın harp malulü sayılma için yeterli olmadığı, aynı zamanda dalgıç kıtasında bulunmuş olmanın gerektiği koşuluna yer verildiği anlaşılmaktadır. Davacıların oğlunun ise emirle ve görevli olduğuna tereddüt olmamasına rağmen dalgıç kıtasında olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla dava konusu işlemden (harp malulü olarak sayılmama) hukuka aykırı bir yön bulunmadığından..." AYİM 3. D, E.2005/72, K.2005/1333 (legalbank.net).

amirallere bir üst rütbenin, sivil iştirakçilere ise buldukları derecenin bir üst derecesindeki aynı kademesinin emekli aylığı bağlanmasına esas gösterge tablosunda karşılığı olan derece veya kademesi üzerinden vazife malüllüğü aylığı bağlanır... ”

B. 5510 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Maluliyeti

1. Genel Olarak

Maluliyet, 5510 Sayılı Kanun’da uzun vadeli sigorta kolları altında düzenlenmiştir. Kanun m. 25 ve devamında yer alan düzenlemeler, 5434 Sayılı Kanun ile benzerlik gösterir. 5510 Sayılı Kanun’un 25. maddesi uyarınca; aynı Kanun’un m. 4/I-a, b, c hükümlerinde belirtilen sigortalı sayılan kişilere maluliyet hükümleri uygulanacaktır.²⁹

5510 Sayılı Kanun’da maluliyete ilişkin esaslar, genel olarak tüm sigortalılara yönelik düzenlenmekle beraber kamu görevlileri için vazife ve harp malüllüğü ayrıyeten düzenlenmiştir.³⁰ Uzun vadeli sigorta kollarındaki temel amaç, bireyin çalıştığı dönemde ödediği primleri; emeklilik zamanında, yatırdığı primlerinin karşılığında alacağı ödemelerle ekonomik olarak sıkıntı çekmemesidir. Aniden cereyan eden olay sonucunda bireyin malul olması ve sürekli iş göremez hale gelmesinde maluliyet sigortası, bunun barındırdığı riskleri ortadan kaldırmayı amaçlar.³¹

²⁹ 5510 Sayılı Kanun’un 4. madde düzenlemesinde bahsi geçen kişiler; iş sözleşmesine göre çalışan sigortalılar (m. 4/I-a), bağımsız çalışanlar (m. 4/I-b), devlet memurları ve diğer kamu görevlileridir (m. 4/I-c).

³⁰ Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 199; Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 312.

³¹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 463; Yusuf Alper ve İlknur Kılış, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Bursa: Dora Yayınları, 2018), 279; Levent Akın, “5510 Sayılı Yasa’ya Göre Malullük Sigortası ve Yeni

5510 Sayılı Kanun ile kamu görevlilerinin maluliyeti esasında iki farklı maddede düzenlenmiştir. Kanun m. 25 ile olağan (adi) maluliyet düzenlenirken, Kanun m. 47 ile vazife ve harp malullükleri düzenlenmiştir.

2. Olağan Maluliyet ve Şartları

5510 Sayılı Kanun, genel bir düzenleme ile tüm sigortalı çalışanlar için maluliyeti düzenlemiştir. Genel maluliyet; 5434 Sayılı Kanun'da adi maluliyet olarak tanımlanırken, 5510 Sayılı Kanun'da herhangi bir isimlendirme mevcut değildir. Madde başlığında "Malul Sayılma" olarak düzenlenen maluliyet hali, çalışmamızda olağan maluliyet olarak adlandırılacaktır.

5510 Sayılı Kanun m. 25'e göre "sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malûl sayılır."

Kamu görevlileri açısından kanun koyucu, diğer sigortalılara göre farklı bir kriter getirmiştir. Kamu çalışanınin olağan malul sayılabilmesi için; diğer sigortalılarda olduğu gibi çalışma gücünden en az %60 kayba uğramasının yanında, ayrıyeten vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybetmesi düzenlenmiştir.³²

Gelişmeler," Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri (Ankara: 2010), 37.

³² Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 199; Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 479; Ramazan Elma, *Örnekler ve*

Kanun koyucu, kanaatimizce kamu görevlilerinin vazifelerini göz önüne alarak böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Bir örnek vermek gerekirse, başparmağın kesilmesi oransal olarak çalışma gücünde belli bir oranda (%60'a varmayan şekilde) iş göremezliğe sebep olur. Ancak savaş pilotu için, uçağın sevk ve idaresinde oldukça önemli olan başparmağın kaybı sonucunda pilot, bir daha vazifesini yapamayacak derecede malul olarak değerlendirilebilir. İşte kanun koyucu, bu gibi durumları öngörerek kamu görevlileri için ek bir kriteri Kanun'da düzenlemiştir.

Kamu çalışanları için getirilen bir diğer özel düzenleme ise, Kanun m. 25/III'te düzenlenmiştir.³³ Buna göre *“yedeğ subay, yedeğ astsubay veya erbaş ve er olarak ya da talim, manevra, seferberlik veya harp dolayısıyla görevlileri ile ilgiler kesilmeksizin silâh altına alındıkları dönemde malûl olup, bu malullükleri asıl görevlerini veya işlerini yapmaya mani olmayanlar hakkında, bu hastalık veya engellilik hâlleri sebebiyle malullük sigortasına ilişkin hükümler uygulanmaz.”*

Kamu çalışanları için getirilen özel düzenlemelerden bir diğeri, Kanun m. 25/IV ile hüküm altına alınmıştır.³⁴ Buna göre *“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortaluların yazılı talepleri halinde, haklarında bu madde hükümleri uygulanmaksızın malullüklerinin mani olmadığı başka vazife veya sınıflara nakil suretiyle tayinleri yapılmak üzere istifa etmiş sayılırlar. Bunların, istifa etmiş sayıldıktan sonra dahi, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını isteme hakları mahfuzdur. Ancak, kurumlarında başka*

Uygulamalarla Sosyal Güvenlik Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 290.

³³ Hüseyin Akyıldız, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Alter Yayınları, 2009), 139; Bardakçı, Şahin ve Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, 104.

³⁴ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 470; Hüseyin Akyıldız ve Adem Korkmaz, *İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku* (Ankara: Alter Yayınları, 2009), 260.

vazife ve sınıflara nakli mümkün olanlardan özel kanunlarına göre yükümlülük süresine tabi olanlar, bu yükümlülüklerini tamamlamadıkça veya malûliyetlerinin yeni vazifelerine de mani olduğuna dair usûlüne uygun yeniden rapor almadıkça bu haklarını kullanamazlar.”

5510 Sayılı Kanun m. 25/V-VI ile kamu görevlilerine özel başka bir düzenleme daha getirilmiştir.³⁵ Kanun m. 25/V'e göre *“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan, vazifelerini yapamayacak derecede hastalığa uğrayanlar, hastalıkları kanunlarında tayin edilen sürelerden fazla devam etmesi halinde, hastalıklarının mahiyetlerine ve doğuş sebeplerine göre birinci fıkra uyarınca malûl veya 47 nci madde hükümlerine göre vazife malûlü sayılırlar.”* Yine Kanun m. 25/VI'ya göre *“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan; personel kanunlarına tabi olmayanların hastalık sebebiyle malûl sayılmalarına esas alınacak hastalık süresi hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanır. Kanunlarındaki yazılı sürelerden önce geçen hastalığı en çok bir yıl içinde nüksetmesi halinde eski ve yeni hastalık süreleri birleştirilmek suretiyle işlem yapılır.”*

5510 Sayılı Kanun m. 25/II, maluliyet için aranan %60 oranındaki çalışma kaybının ya da vazifeyi icra edemeyecek şekilde meslekte kazanma gücü kaybının mevcut bulunma anına dair de bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, kişinin ilk kez çalışmaya başladığı tarihte, malullüğe sebep olan %60 oranında ya da vazifesini icra edemeyecek şekilde meslekte

³⁵ Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 200; Bağcı, *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, 74.

kazanma gücü eksikliğinin bulunmaması gerekir.³⁶ Aksi halde kamu görevlisi, malullük aylığından yararlanamayacaktır.

Kamu çalışanları maluliyet durumunda çeşitli mali haklardan yararlanır. Maluliyet aylığının ne zaman bağlanacağı, hesabı, hangi usul ve esaslara tabi olduğu 5510 Sayılı Kanun m. 26 ve devamında düzenlenmiştir.³⁷ Bu mali haklardan yararlanma, süre açısından bir şarta bağlanmıştır. 5510 Sayılı Kanun m. 26/b gereği “*en az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan sigortalılar için ise en az beş yıldan beri sigortalı bulunup toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması*” gerekir.

3. Vazife Maluliyeti ve Şartları

Vazife maluliyeti, kamu görevlilerine özgü olarak 5510 Sayılı Kanun m. 47 ile düzenlenmiştir. Buna göre “bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlar için aşağıdaki hallerde vazife malullüğü hükümleri uygulanır. 25 inci maddede belirtilen malullük; sigortalıların vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerde veya kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kazadan

³⁶ Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 204; Akyıldız, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 139.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 469ff.; Yunus Yelmen, “5510 Sayılı Kanuna Göre 4 (a) 4 (b) 4 (c) Sigortalılarının Malullük Hali ile Malullük Sigortasından Sağlanan Yardımlar,” *Mali Çözüm 104* (2011 Mart-Nisan), 253ff.; Ali Nazım Sözer, “Arafta Sigortalılık: Maluliyet Aylığının Başlangıç Tarihi Üzerine,” *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan) (2013): 1857ff.

doğmuş olursa, buna vazife malullüğü ve bunlara uğrayanlara da vazife malulü denir.”

Kamu görevlilerinin vazife malulü sayılabilmesi için çeşitli şartların mevcudiyeti gerekir. Bunlardan ilki, 5510 Sayılı Kanun m. 25 kapsamında bir maluliyetin söz konusu olmasıdır. Vazife maluliyeti, olağan maluliyet oluştuktan sonra özel durumların varlığı ile söz konusu olur. Ayrıca 5510 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin, bu Kanun'un kabulünden sonra kamu görevlisi olarak çalışmaya başlaması gerekir.

Kamu görevlilerinde vazife maluliyeti için aranan şartlardan bir diğeri ise vazifenin yapıldığı sırada malul olunmasıdır.³⁸ Kanun'un düzenleniş şekli ile maluliyete yol açacak olayın vazifenin icrası sırasında gerçekleşmesi şart ve yeterli olup, bu olayın bizatihi vazifeden kaynaklanıp kaynaklanmaması bir önemi haiz değildir.³⁹

Vazife maluliyetinin söz konusu olabilmesi için varlığı aranan bir diğer koşul ise; kamu görevlisinin vazifesi dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait işleri yaptıkları esnada, bu işlerden ötürü malul olmasıdır. Kanun'da geçen kamu idaresi kavramına hangi kurum ve kuruluşların dâhil olduğu sayılmamıştır. Bunun yerine 5510 Sayılı Kanun m. 3/XXI, bu kanunda kamu idaresi kavramından ne anlaşılması gerektiğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre “10/12/2003 tarihli ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen kamu idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı idare, ortaklık, müessese ve işletmeleri ile yukarıda belirtilenlerin ödenmiş sermayesinin %50'sinden

³⁸ Fatih Acar, *Tüm Yönleriyle Sosyal Güvenlik Rehberi* (Bursa: Ekin Yayıncılık, 2016), 124.

³⁹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 492; Yalçın, *5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti*, 90.

fazlasına sahip oldukları ortaklık ve işletmelerden Türk Ticaret Kanununa tabi olmayanlarla özel kanunlarına göre personel çalıştıran diğer kamu kurumlarını” kanun koyucu, kamu idareleri olarak kabul etmiştir.

Vazife maluliyetine yol açan bir diğer koşul ise kamu görevlisinin, kurumunun menfaatini korumak amacıyla bir iş yaparken gerçekleşen zarar verici olay sonucu maluliyete uğramasıdır. Kanun ifadesinden, menfaati korunması gereken kurumdan ne anlaşılması gerektiği net olarak anlaşılammaktadır. Öğretide AKIN, burada menfaati korunacak kurumun, kamu görevlisinin kendi kurumu olması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁰ Kanaatimizce de bu yaklaşım yerindedir.

Kamu çalışanınin işyerinde meydana gelen bir kaza sonucunda maluliyet durumu ortaya çıkmasında da vazife maluliyeti söz konusu olur. İşyerinde gerçekleşen kazanın, kamu görevlisinin icra ettiği vazife ile alakalı olup olmaması önemli değildir. Kazanın, kamu görevlisinin işyerinde bulunduğu sırada gerçekleşmesi şart ve yeterlidir.⁴¹

Vazife maluliyeti için söz konusu şartlardan sonuncusu ise, kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak işe geliş gidişi sırasında maluliyete uğramasıdır. Bu hükmün uygulanabilmesi için kamu görevlisinin işe geliş ve gidişi esnasında kullanılan aracın, idare tarafından sağlanması gerekir.⁴²

Kanun koyucu, 5510 Sayılı Kanun m. 47/II’de bazı olumsuz şartlar da düzenlemiştir. Bunlar “vazife malullükleri a)Keyif

⁴⁰ Akın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, 246.

⁴¹ Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 493; Rabiye Yaman, “Vazife Malullüğü,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 96 (2014): 105.

⁴² Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 493; Hatice Duygu Özer, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na ve 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu’na Göre Vazife Malullüğü,” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2014): 125.

verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan, b) Mevzuat ve emir dışında hareket etmiş olmaktan, c) Yasak fiilleri yapmaktan, d) İntihara teşebbüsten, e) her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına menfaat sağlama veya zarar verme amacından" olarak düzenlenmiştir. Kanun metninde sayılan durumlardan herhangi birinin varlığı halinde, somut vakıa hukuken vazife maluliyeti kapsamında değerlendirilmez.⁴³

Vazife maluliyeti sonucunu doğuracak olay meydana geldiğinde, bunun ne şekilde bildirileceği esas olarak iş kazasının bildirimini düzenleyen 5510 sayılı Kanun m. 13/II'ye benzer şekilde düzenlenmiştir. Vazife maluliyet bildirimini ile iş kazası bildirimini arasında temel farkın kuruma bildirim sürelerine ilişkin olduğunu söylemek mümkündür. Vazife maluliyetinin bildirimini, 5510 Sayılı Kanun m. 47/III ve 47/IV ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre "kamu idareleri vazife malullüğüne sebep olan olayı, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatına göre yetkili mercilere derhal, Kuruma da en geç on beş iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür. Kuruma bildirim, aynı süre içerisinde sigortalılar veya hak sahiplerince de yapılabilir. Vazife malullüğüne sebep olan olaydan kamu idarelerinin yetkili mercilerinin haberdar edilmemiş olması hali dışında, ilgililerin bildirimini, kamu iradelerinin bildirim sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." 5510 Sayılı Kanun m. 47/III ile bildirim ne kadar süre içerisinde, hangi mercilere yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Kanun m. 47/IV ise kuruma bildirim sürelerini düzenlemiştir. Buna göre "Kuruma bildirim süresi; a) Vazife malullüğüne sebep olayın meydana geldiği tarihten, b) Hastalıklarının sebep ve mahiyetleri dolayısıyla haklarında vazife malullüğü hükümleri uygulanacaklar için, hastalıklarının

⁴³ Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 317; Akyıldız ve Korkmaz, *İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, 264; ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bağcı, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Vazife Malullüğünü Ortadan Kaldıran Sebep," *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 4 (2016): 16ff.

tedavisinin imkânsız olduğuna dair düzenlenen kati raporun onay tarihinden, c)Esirlik ve gaiplik hallerinde ise, bu hallerin sona erdiği tarihten başlar.”

Vazife maluliyetinin tespiti, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne göre belirlenir. İlgili yönetmelik m. 13/III uyarınca “Vazife malullüğü hâlinde ise, 13/7/1953 tarihli ve 4/1053 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Vazife Malullüklerinin Nevileri ile Dereceleri Hakkında Nizamname esas alınır.” İlgili Nizamname'de maluliyetin ne şekilde oluşacağı, esas olarak altı dereceye ayrılarak toplamda üç yüz on bir kalemde düzenlenmiştir. 5510 Sayılı Kanun m. 47/V ve devamı fıkraları ise vazife maluliyeti aylığının başlaması, hesaplanması, vazife malulünün yeniden çalışma sonucunda aylığın tekrar hesaplanması gibi konulara ilişkindir. Vazife maluliyetindeki mali haklar, ilgili fıkralarda oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.⁴⁴

4. Harp Maluliyeti ve Şartları

5510 Sayılı Kanun, vazife maluliyetine ilişkin düzenlemelerin ardından bir başka maluliyet türü olan harp maluliyetini de düzenlemiştir. Vazife maluliyetine ilişkin esaslar ile maddi haklar düzenlendikten sonra, 5510 Sayılı Kanun m 47/VIII ile harp malullüğü hüküm altına alınmıştır.

Kanun'a göre harp maluliyetinin şartları “*subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile Türk Silâhlı Kuvvetlerince görevlendirilen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan; a) Harpte fiilen ateş altında, b) Harpte, harp bölgelerindeki harp harekât ve hizmetleri sırasında, bu harekât ve hizmetlerin sebep ve etkileriyle, c) Harpte veya harbe hazırlık*

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Resul Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010), 1053ff.; Mert Ekşi, *Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Malullük Sigortası*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2014), 105ff.; Bardakçı, Şahin ve Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, 105ff.

devresinde her çeşit düşman silâhlarının etkisiyle, d) Askerî harekâtı gerektiren iç tedip ve sınır hareketleri sırasında, bu hareketlerin sebep ve etkisiyle, e) Barışta veya olağanüstü hallerde, emir veya görev ile uçuş yapan uçucularla hangi meslek ve sınıftan olursa olsun emirle görevli olarak uçakta bulunanlardan uçuşun havadaki ve yerdeki sebepleriyle ve yine emir ve görev ile dalış yapan dalgıçlarla, hangi meslek ve sınıftan olursa olsun emirle görevli olarak denizaltı gemisinde veya dalgıç kıtasında bulunanlardan denizaltıcılığın veya dalgıçlığın çeşitli sebep ve etkileriyle, f) Anayasanın 92 nci maddesi veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca Türk Silâhlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensuplarının yabancı ülkelere gönderilmesini gerektiren durumlarda, birliklerin buldukları yerlerden hareketlerinden itibaren yurt içinde, yurt dışında, yabancı ülkelerde veya yurda dönüş sırasında, vazife malûlü olanlara harp malûlü denir" şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi harp maluliyeti, vazife maluliyetinin bir alt kavramı olarak düzenlenmiştir. Zira kamu görevlisinin harp malulü sayılabilmesi için, öncelikle vazife malullüğüne ilişkin koşullar gerçekleşmelidir.⁴⁵

Harp maluliyetinin tespitinde ise 5510 sayılı Kanun m. 47/VIII esas alınır. 5510 sayılı Kanun m. 47/VIII'in devamı fıkralarında ise harp maluliyetinde söz konusu olan harp malullüğü aylığına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.⁴⁶ Vazife malullüğüne göre miktar olarak daha yüksek oranların harp maluliyeti için geçerli olduğu söylenebilir.

⁴⁵ Akın, "5510 Sayılı Yasa'ya Göre Malullük Sigortası ve Yeni Gelişmeler," 44; Arslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Şerhi*, 1054.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 206ff.; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 498ff.; Akyıldız ve Korkmaz, *İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, 265.

C. KAMU GÖREVLİLERİNİN MALULİYETİNİN 5434 VE 5510 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİNCE KARŞILAŞTIRILMASI

5510 Sayılı Kanun öncesi dönemde, sosyal güvenlik sistemi farklı çatılar altında toplanmıştı. Bir iş akdi ile çalışanlar 506 Sayılı Mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi ve bu kanuna göre örgütlenmiş bir kuruma bağlıydı. Bağımsız çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin işlemler ise 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yürütülüyordu. Kamu görevlileri ise 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak sosyal güvenlik işlemlerini yerine getiriyordu. Bu üç farklı kanunun uygulandığı sistem, 5502 ve 5510 Sayılı Kanunlar ile son bulmuş ve sosyal güvenlik sistemi, tek kanun ve tek kurum üzerinden gerçekleşmeye başlanmıştır.⁴⁷

Kamu görevlilerinin maluliyeti, 5434 Sayılı Kanun ile düzenleniyordu. Ancak bu kanunun mülga olması sonrasında maluliyet, 5510 Sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiştir. Her iki kanun hükümleri de maluliyete ilişkin temelde aynı prensiplerden hareket etmiş olsa da çeşitli farklılıklar barındırmaktadır.

Her iki kanun arasındaki ilk fark, uygulanmalarına ilişkindir. 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce kamu görevine başlamış bulunan ve bu tarihten sonra da görevine devam eden kamu görevlilerinin maluliyetinin tespiti 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilirken, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra kamu görevine başlayanların maluliyet tespitleri

⁴⁷ Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, 42; Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 45ff.

5510 Sayılı Kanun'un hükümlerine göre yapılır.⁴⁸ Söz konusu durum, 5510 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 4 ile hüküm altına alınmıştır.

Her iki kanundaki adi (olağan) maluliyet kriterleri, esas olarak benzer düzenlenmiştir. Bununla birlikte 5510 Sayılı Kanun, çeşitli yenilikleri bünyesinde barındırır. Malul sayılma koşullarından biri olan kamu görevlilerinin vazifelerini yerine getirememeye kriteri her iki kanunda yer almıştır. Ancak 5510 Sayılı Kanun, ayrıca herhangi bir nedene bağlı olarak çalışma gücünün %60 oranında kaybedilmesine de yer vererek, ikinci bir kriter belirleme yoluna gitmiştir.⁴⁹

Adi (olağan) maluliyete ilişkin bir diğer yenilik ise kamu görevlisinin vazifesine başlamadan önceki durumuna ilişkindir. 5434 Sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde kamu görevine başlamadan önce, kişinin bir sakatlığının olmaması koşulu mevcut değilken; 5510 Sayılı Kanun ile kamu görevlisinin malul sayılabilmesi için, vazifeye başlamadan önce maluliyet düzeyinde bir sakatlığının olmaması gerektiği düzenlenmiştir.⁵⁰

5510 Sayılı Kanun; 5434 Sayılı Kanun'un uygulandığı sürede kamu görevlisi kanunda sayılan şartları taşıyorsa bile Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucunda hastanın iyileşemeyeceğinin anlaşılması halinde, kanunda belirtilen azami süreler doldurulduğunda kamu görevlisinin malul sayılması uygulamasını prensip olarak

⁴⁸ Arslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Şerhi*, 1050; Alper, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, 304; Bardakçı, Şahin ve Kuşbudu, *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*, 89.

⁴⁹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 469; Akın, "5510 Sayılı Yasa'ya Göre Malullük Sigortası ve Yeni Gelişmeler," 39.

⁵⁰ Bağcı, *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, 191; Yalçın, 56.

terk etmiştir.⁵¹ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği⁵² m. 49/3(c) hükmü ile getirilen istisna sonucunda 5434 Sayılı Kanun'daki uygulama devam etmektedir.

5510 Sayılı Kanun ile birlikte, maluliyet aylığının hesabı tüm sigortalılar için aynı esasa bağlanmıştır. 5510 Sayılı Kanun m. 29'a göre, maluliyet aylığı yaşlılık aylığının hesaplanmasına ilişkin hükümlere bağlı kalınarak hesaplanır ve maluliyet türlerine göre artış kanunda sayılan usul ve esaslarda gerçekleştirilir.⁵³

Vazife maluliyeti, her iki kanunda da benzer usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenmiş olmakla birlikte 5510 Sayılı Kanun bazı farklılıkları düzenlemiştir. 5434 Sayılı Kanun'da kamu görevlisinin vazife malulü olabilmesi için; vazifesini icra ettiği sırada uğradığı kazanın, görevini icra ettiği sırada ve görevinden kaynaklı olması gerekmektedir. 5510 Sayılı Kanun, vazife maluliyeti için kamu görevlisinin vazifesini yaptığı sırada kazaya uğramasını şart ve yeterli saymıştır.⁵⁴

Vazife maluliyetine sebebiyet veren şartlara ilişkin olarak 5434 Sayılı Kanun'da düzenlenmeyen yeni bir şart 5510 Sayılı Kanun ile getirilmiştir. Kamu görevlileri, idarelerince temin edilen ya da sağlanan bir taşıt ile işe geliş ya da dönüş sırasında kazaya uğramaları halinde, 5510 Sayılı Kanun'a göre vazife maluliyeti söz konusu olur.⁵⁵

⁵¹ Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 479; Yalçın, 63.

⁵² 12.05.2010 Tarih, 27579 Sayılı Resmi Gazete.

⁵³ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 479.

⁵⁴ Özer, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na ve 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na Göre Vazife Malullüğü," 123; Yaman, "Vazife Malullüğü," 104.

⁵⁵ Bağcı, *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, 221; Yalçın, *5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti*, 86.

Harp maluliyeti her iki kanunda da benzer usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenmiştir. Ancak bazı değişikliklere 5510 Sayılı Kanun ile yer verilmiştir. Her şeyden önce, 5434 Sayılı Kanun'dan farklı olarak 5510 Sayılı Kanun, harp maluliyetini vazife malullüğünün bir alt türü olarak düzenlemiştir.⁵⁶

Harp malulü sayılmada 5510 Sayılı Kanun, önemli bir düzenleme getirmiştir. 5434 Sayılı Kanun'da Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından görevlendirilen sivil iştirakçiler, sosyal güvenlik kurumlarının herhangi birine tabi olmasalar bile harp malulü olabilirken; 5510 Sayılı Kanun, bu kapsamı daraltma yoluna gitmiş ve subay, astsubay, çavuş, erbaş ve er dışında sadece Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından görevlendirilen ve 5510 Sayılı Kanun m. 4/I-c'ye tabi sigortalıların harp malulü sayılabileceğini hüküm altına almıştır.⁵⁷

Harp maluliyetini 5434 Sayılı Kanun, prensip olarak olayın harp veya benzeri durumlarda gerçekleşmesini esas almıştır. Ancak 5510 Sayılı Kanun m. 47'de sayılan sebepler arasında barış zamanında gerçekleşebilecek hususlara da yer verilmiştir.⁵⁸

SONUÇ

Kamu görevlileri, vazifelerinin kapsamını çalışma saatleri içerisinde yerine getirirken mevcut risk sonucu meydana gelen bir olay neticesinde bir zarara uğrarsa; zarara uğrayan bu kamu görevlisini koruyucu muhtelif düzenlemeler vücut bulmuştur. Bu düzenlemeler, kamu görevlilerinin maluliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁶ Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 493.

⁵⁷ Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 494; Akın, "5510 Sayılı Yasa'ya Göre Malullük Sigortası ve Yeni Gelişmeler," 45.

⁵⁸ Bağcı, *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*, 279.

Türk sosyal güvenlik sisteminde kamu görevlilerinin malullüğüne ilişkin olarak doğan risklerin sigortalanması, ilk defa 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile söz konusu olmuştur. İş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından ise maluliyet sigortası, ilk defa 5417 Sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu ile sosyal güvenlik hukukunda uygulanmaya başlamıştır.

Genel olarak kamu görevlisi, devlet organizasyonu içerisinde teşkilatlanmış bir teşkilata bağlı olarak kamu görevi ifa eden kişiler olarak ifade edilebilir. İdare hukuku bakımından ise bir ikiye ayrılma durumu mevcuttur. Şöyle ki; hukuki durumlarına bakılmaksızın ya da ifa ettikleri işin niteliği dikkate alınmaksızın, kamu teşkilatı içerisinde görev yapan ve hukuki rejim olarak kamu hukukuna tabi olan kişiler geniş anlamda kamu görevlisi olarak ifade edilirken; devletin yapısını oluşturan organlarda görev alanlar ile kamu teşkilatı içerisinde görev yapan, ancak hukuki rejim olarak özel hukuk hükümlerine tabi olarak görev yapanlar dışında çalışan kişiler dar anlamda kamu görevlisi olarak ifade edilir. Ancak belirtmek gerekir ki; devlet teşkilatı içerisinde çalışan herkes kamu görevlisi sıfatını haiz değildir. Her ne kadar yapılan iş devlet teşkilatı sınırları içinde görünse dahi bazı çalışanlar hukuki rejimleri itibariyle özel hukuka tabi olabilirler ve söz konusu durumda bu kişiler kamu görevlisi olarak nitelendirilmez.

Maluliyet, öğretilerde farklı tanımlamalara tabi tutulmuştur. Kanaatimizce maluliyet kavramında benimsenmesi gereken tanımlama, çalışma ya da meslekte kazanma gücünün kısmen ya da tamamen yitirilmesi sonucunda süreklilik arz edecek şekilde gelir kaybına sebebiyet veren fizyolojik risktir.

5434 Sayılı Kanun m. 44 kamu görevlilerinin maluliyetini düzenlemiştir. Kanun, malullükte objektif bir kriter benimsemek yerine sübjektif bir kriter benimsemiştir. Zira maluliyet hükümlerinin uygulanabilmesi, kamu görevlilerinin vazifelerini yerine getirememeye kriterine bağlanmış durumdadır. 5434 Sayılı

Kanun, temelinde üç farklı maluliyet halini ihtiva etmektedir. Bunlar m. 46'da hüküm altına alınan adi maluliyet, m. 45 ile düzenlenen vazife maluliyet ve m. 64'te yer alan harp maluliyetidir.

5434 Sayılı Kanun adi maluliyeti tüm detayları ile düzenlememiştir. Kanun koyucu vazife maluliyetini düzenlemiş, o kapsamda yer almayan maluliyet hallerini ise adi maluliyet olarak hüküm altına almıştır. 5434 Sayılı Kanun'un sistematığı gereği, kamu görevlisinin malul olabilmesi için Kanun'da sayılan durumlar harici bir sebeple vazifesini yapamayacak duruma gelmesi şart ve yeterlidir. Adi maluliyete uğramış kamu çalışanına gelir bağlanabilmesi için en az on yıllık süre ile hizmetinin bulunması gerekir. Bununla birlikte beş yıllık çalışması bulunan kamu görevlisi, tedavisi mümkün olmayan bir halde maluliyete uğrarsa; yalnızca başkasının yardımı/bakımı ile hayatını idame ettirebilecek durumda ise, bu kamu görevlisine on beş yıllık hizmeti varmış gibi adi maluliyet aylığı bağlanır. Adi maluliyet aylığı, kamu çalışanlarının şahsına bağlı ödenek olduğundan; bu ödeme, kamu çalışanı öldükten sonra onun eşi veya çocuklarına intikal etmez.

5434 Sayılı Kanun'da düzenlenen diğer bir malullük türü de vazife malullüğüdür. Vazife malullüğünün söz konusu olabilmesi için, temel olarak iki şartın varlığı aranır. Bunlar, kamu çalışanlarının vazifelerini yaptıkları sırada vazifelerinden doğmuş olması ve madde kapsamında belirtilen iş veya kazalardan doğmuş olmasıdır.

Kamu çalışanının uğramış olduğu zarar, kanunda sayılan kusurlu hareketlerin biri ile gerçekleşiyorsa, bu durumda vazife maluliyeti yerine adi maluliyet söz konusu olur.

Hem meslek hastalığı kavramı hem de iş kazası kavramı, kamu görevlisi olmayan çalışanların, iş görme edimlerini ifa ettikleri sırada karşılaştıkları zarar sonucunu doğuran olayların hukuki nitelendirilmesidir. Kamu görevlileri açısından ise vazife

malullüğünün, iş kazası ve meslek hastalığı kavramlarına benzer şekilde düzenlendiği kanaatindeyiz. Adi maluliyetten farklı olarak, vazife malullüğü aylığının bağlanması herhangi bir çalışma ya da prim şartına bağlı değildir. Otuz yılın altında hizmet süresi bulunanlar için otuz hizmet yılı esas alınırken, otuz yılın üzerinde hizmeti bulunanların süresi ise çalıştığı süre esas alınarak hesaplamaya tabi tutulur.

5434 Sayılı Kanun'un düzenlediği son tür ise harp malullüğüdür. Harp maluliyeti, temelinde vazife maluliyetinden hareket etmiştir. Dolayısı ile vazife maluliyeti, harp maluliyetinin bir ön şartıdır. Vazife malulü olarak sayılabilecek kişiler, bazı özel durumların varlığı halinde harp malulü olarak kabul edilir. Bu durumlar, 5434 Sayılı Kanun m. 64'te detaylı bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Kanun ifadesine bakıldığında, harp ya da harbe hazırlık dönemleri, olağanüstü haller, çeşitli sebeplerle ülke içinde veya ülke dışında görevlendirilmeler gibi olağan hayat akışının içerisinde olamayan olayları Kanun, harp maluliyeti olarak değerlendirmiştir. Harp malulü olarak sayılan bir kişi, esasında vazife maluliyet aylığına hak kazanır. Harp malulü sayılması sebebiyle; bu kişiye, bir üst miktarda harp maluliyeti aylığı bağlanır.

Maluliyet, 5510 Sayılı Kanun'da da kendisine düzenlenme alanı bulmuştur. Maluliyet, 5510 Sayılı Kanun'da uzun vadeli sigorta kolları altında düzenlenmiştir. Kanun m. 25 ve devamında yer alan düzenlemeler, 5434 Sayılı Kanun ile benzerlik göstermektedir. 5510 Sayılı Kanun'da maluliyete ilişkin esaslar, genel olarak tüm sigortalılara yönelik düzenlenmekle beraber kamu görevlileri için vazife ve harp malullüğü ayrıyeten düzenlenmiştir. 5510 Sayılı Kanun ile kamu görevlilerinin maluliyeti esasında iki farklı maddede düzenlenmiştir. Kanun m. 25 ile olağan (adi) maluliyet düzenlenirken, Kanun m. 47 ile vazife ve harp malullükleri düzenlenmiştir.

5510 Sayılı Kanun m. 25, genel bir düzenleme ile tüm sigortalı çalışanlar için maluliyeti düzenlemiştir. Genel maluliyet; 5434 Sayılı Kanun'da adi maluliyet olarak tanımlanırken, 5510 Sayılı Kanun'da herhangi bir isimlendirme mevcut değildir, bu sebeple olağan maluliyet olarak adlandırmakta kanaatimizce bir beis yoktur. 5510 Sayılı Kanun m. 25'te; kamu görevlileri açısından kanun koyucu, diğer sigortalılara göre farklı bir kriter getirmiştir. Kamu çalışanınun olağan malul sayılabilesi için; diğer sigortalılarda olduğu gibi çalışma gücünden en az %60 kayba uğramasının yanında, ayrıyeten vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybetmesi düzenlenmiştir. Kanun koyucu mezkûr maddenin diğer fıkralarında yine kamu çalışanlarına özel muhtelif düzenlemeler ihdas etmiştir.

Vazife maluliyeti, kamu görevlilerine özgü olarak 5510 Sayılı Kanun m. 47 ile düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin vazife malulü sayılabilmesi çeşitli şartlara bağlanmıştır. Bunlardan ilki, 5510 Sayılı Kanun m. 25 kapsamında bir maluliyetin söz konusu olmasıdır. Vazife maluliyeti, olağan maluliyet oluştuktan sonra özel durumların varlığı ile birlikte söz konusu olur. Ayrıca 5510 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin, bu Kanun'un kabulünden sonra kamu görevlisi olarak çalışmaya başlaması gerekir. Kamu görevlilerinde vazife maluliyeti için aranan şartlardan bir diğeri ise vazifenin yapıldığı sırada malul olunmasıdır. Vazife maluliyetinin söz konusu olabilmesi için varlığı aranan bir diğere koşul ise; kamu görevlisinin vazifesi dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait işleri yaptıkları esnada, bu işlerden ötürü malul olmasıdır. Vazife maluliyetine yol açan bir diğere koşul ise kamu görevlisinin, kurumunun menfaatini korumak amacıyla bir iş yaparken gerçekleşen zarar verici olay sonucu maluliyete uğramasıdır. Ayrıca kamu çalışanınun işyerinde meydana gelen bir kaza sonucunda maluliyet durumu ortaya çıkmasında da vazife maluliyeti söz konusu olur. Vazife maluliyeti için söz konusu

şartlardan sonuncusu ise, kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak işe geliş gidişi sırasında maluliyete uğramasıdır. Öte yandan kanun koyucu m. 47'nin devam fıkralarında bazı olumsuz koşulları da açık bir şekilde hüküm altına almıştır.

5510 Sayılı Kanun, vazife maluliyetine ilişkin düzenlemelerin ardından bir başka maluliyet türü olan harp maluliyetini de düzenlemiş ve şartlarını detaylı bir şekilde hüküm altına almıştır. Harp maluliyeti, vazife maluliyetinin bir üst kavramı olarak düzenlenmiştir. Zira kamu görevlisinin harp malulü sayılabilmesi için, öncelikle vazife malullüğüne ilişkin koşullar gerçekleşmelidir. Vazife malullüğüne göre miktar olarak daha yüksek oranların harp maluliyeti için geçerli olduğu söylenebilir.

Ezcümle, her iki kanun hükümleri de maluliyete ilişkin temelde aynı prensiplerden hareket etmiş olsa da çeşitli farklılıklar barındırmaktadır. Her iki kanun arasındaki ilk fark, uygulanmalarına ilişkindir. 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce kamu görevine başlamış bulunan ve bu tarihten sonra da görevine devam eden kamu görevlilerinin maluliyetinin tespiti 5434 Sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilirken, 5510 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra kamu görevine başlayanların maluliyet tespitleri 5510 Sayılı Kanun'un hükümlerine göre yapılır.

Her iki kanundaki adi (olağan) maluliyet kriterleri, esas olarak benzer düzenlenmiştir. Bununla birlikte 5510 Sayılı Kanun, çeşitli yenilikleri bünyesinde barındırır. Malul sayılma koşullarından biri olan kamu görevlilerinin vazifelerini yerine getirememe kriteri her iki kanunda yer almıştır. Ancak 5510 Sayılı Kanun, ayrıca herhangi bir nedene bağlı olarak çalışma gücünün %60 oranında kaybedilmesine de yer vererek, ikinci bir kriter belirleme yoluna gitmiştir. 5434 Sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde kamu görevine başlamadan önce, kişinin bir sakatlığının olmaması koşulu mevcut değilken; 5510 Sayılı

Kanun ile kamu görevlisinin malul sayılabilmesi için, vazifeye başlamadan önce maluliyet düzeyinde bir sakatlığının olmaması gerektiği düzenlenmiştir. 5510 Sayılı Kanun; 5434 Sayılı Kanun'un uygulandığı sürede kamu görevlisi kanunda sayılan şartları taşımasa bile Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan hastalık sigortasından yapılan tedavi sonucunda hastanın iyileşemeyeceğinin anlaşılması halinde, kanunda belirtilen azami süreler doldurulduğunda kamu görevlisinin malul sayılması uygulamasını prensip olarak terk etmiştir. 5510 Sayılı Kanun ile maluliyet aylığının hesabı tüm sigortalılar için aynı esasa bağlanmıştır.

Vazife maluliyeti, her iki kanunda da benzer usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenmiş olmakla birlikte 5510 Sayılı Kanun bazı farklılıkları düzenlemiştir. 5434 Sayılı Kanun'da kamu görevlisinin vazife malulü olabilmesi için; vazifesini icra ettiği sırada uğradığı kazanın, görevini icra ettiği sırada ve görevinden kaynaklı olması gerekmektedir. 5510 Sayılı Kanun, vazife maluliyeti için kamu görevlisinin vazifesini yaptığı sırada kazaya uğramasını şart ve yeterli saymıştır. Vazife maluliyetine sebebiyet veren şartlara ilişkin olarak 5534 Sayılı Kanun'da düzenlenmeyen yeni bir şart 5510 Sayılı Kanun ile getirilmiştir. Kamu görevlileri, idarelerince temin edilen ya da sağlanan bir taşıt ile işe geliş ya da dönüş sırasında kazaya uğramaları halinde, 5510 Sayılı Kanun'a göre vazife maluliyeti söz konusu olur. Harp maluliyeti her iki kanunda da benzer usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenmiştir. Ancak bazı değişikliklere 5510 Sayılı Kanun ile yer verilmiştir. Her şeyden önce, 5434 Sayılı Kanun'dan farklı olarak 5510 Sayılı Kanun, harp maluliyetini vazife malullüğünün bir alt türü olarak düzenlemiştir.

Harp malulü sayılmada 5510 Sayılı Kanun, önemli bir düzenleme getirmiştir. 5434 Sayılı Kanun'da Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından görevlendirilen sivil iştirakçiler, sosyal güvenlik kurumlarının herhangi birine tabi olmasalar bile harp malulü olabilirken; 5510 Sayılı Kanun, bu kapsamı daraltma

yoluna gitmiş ve subay, astsubay, çavuş, erbaş ve er dışında sadece Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından görevlendirilen ve 5510 Sayılı Kanun m. 4/I-c'ye tabi sigortalıların harp malulü sayılabileceğini hüküm altına almıştır. Harp maluliyetini 5434 Sayılı Kanun, prensip olarak olayın harp veya benzeri durumlarda gerçekleşmesini esas almıştır. Ancak 5510 Sayılı Kanun m. 47'de sayılan sebepler arasında barış zamanında gerçekleşebilecek hususlara da yer verilmiştir.

Kamu görevlilerinin zarara uğraması sonucundaki maluliyet durumu, Türk hukukunda çeşitli isimler altında düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin maluliyeti esas olarak vazife ve harp maluliyeti olarak kanunda ifade edilmiştir. Her iki maluliyet esas olarak benzer olayları içerse de temel farklılık, kamu görevlisinin ifa ettiği göreve ilişkin işlemlerden oluşur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kanaatimizce maluliyet türleri ve bunlara ilişkin uygulanan usul ve esaslar, Türk mevzuatında oldukça karmaşık şekilde ele alınmıştır. 5434 sayılı Kanun zamanında yürürlükte bulunan çeşitli alt mevzuatlar, 5510 sayılı Kanun uygulaması sırasında da yürürlükte bırakılmıştır. Değişen ve gelişen çalışma ilişkileri bağlamında, maluliyete ilişkin düzenlemelerin bu değişime ve gelişime ayak uydurularak mevzuattaki karmaşıklığın giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Acar, Fatih. *Tüm Yönleriyle Sosyal Güvenlik Rehberi*. Bursa: Ekin Yayınları, 2016.
- Akın, Levent. "5510 Sayılı Yasa'ya Göre Malullük Sigortası ve Yeni Gelişmeler." *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri*. Ankara: 2010: 31-39.ak
- Akın, Levent. *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Akyıldız, Hüseyin. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Alter Yayınları, 2009.
- Akyıldız, Hüseyin ve Adem Korkmaz. *İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku*. Ankara: Alter Yayınları, 2009.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları 2017.
- Alper, Yusuf. *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*. Bursa:
- Alper, Yusuf ve İlknur Kılış. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. Bursa: Dora Yayınları, 2018.
- Arıcı, Kadir. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Gazi Yayınları, 2014.
- Aslanköylü, Resul. *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Bağcı, Mehmet. *Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*. Doktora Tezi. İstanbul: 2014.
- Bağcı, Mehmet. "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Vazife malullüğünü Ortadan Kaldıran Sebepler." *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 4 (2016): 11-29.
- Balcı, Mesut, Soner Birol, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener. *İş Kazası ve Meslek Hastalığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

- Bardakçı Ozan, Musa Şahin ve Salih Kuşbudu. *Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği*. Ankara: Girişim Yayınları, 2019.
- Bostancı, Yalçın. "Yargı Kararları Işığında Vazife Malullüğü Kavramı." *Kamu-İş* 8, no. 1. (2005): Erişim tarihi: Nisan 15, 2020, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/815.pdf>.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Destan, Münise. Norm ve Standart Birliği Sağlanması bakımında 5510 Sayılı Kanun'da Kamu Görevlilerinin (4/1-c) Sosyal Güvenliği. Yüksek Lisans Tezi. Bursa: 2012.
- Ekşi, Mert. Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Malullük Sigortası. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: 2014.
- Elma, Ramazan. *Örnekler ve Uygulamalarla Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.
- Evren, Çınar Can ve İsmail Uçar. *Kamu Görevlileri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Gökez, Mustafa. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği. Yüksek Lisans Tezi. Sivas: 2002.
- Gözler, Kemal. *Kısa İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2014.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınları, 2011.
- Güneren, Ali. İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Güzel, Ali, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

- İşçi, Bülent Ferat. *Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Karataş, Huriye. *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Kerimoğlu, Hande Bahar. *Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Maluliyet Sigortası*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: 2004.
- Korkusuz, Refik ve Suat Uğur. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2018.
- Kurt, Resul. *İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan. *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Özer, Hatice Duygu. "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na ve 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na Göre Vazife Malullüğü." *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2*, no. 2 (2014): 105-148.
- Sözer, Ali Nazım. "Arafta Sigortalılık: Maluliyet Aylığının Başlangıç Tarihi Üzerine." *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi 19*, no. Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) (2013): 1849-1866.
- Tuncay, Can. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri." *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013*. İstanbul: On İki Levha Yayınları (2017): 461-600.
- Tuncay, Can ve Ömer Ekmekçi. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Uşan, Muhammed Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.
- Uşan, Muhammed Fatih ve Canan Erdoğan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

- Yalçın, Ahmet, 5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.
- Yaman, Rabiye. "Vazife Malullüğü." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 96 (2014): 101-113.
- Yelmen, Yunus. "5510 Sayılı Kanuna Göre 4 (a) 4 (b) 4 (c) Sigortalılarının Malullük Hali ile Malullük Sigortasından Sağlanan Yardımlar." *Mali Çözüm*, no. 104 (2011 Mart-Nisan): 249-258.

**THE DISRUPTIVE DEVELOPMENT of
COMMUNICATION TECHNOLOGIES: IS
WEB 2.0 a REASSURANCE FOR or a
THREAT to the CORE PRINCIPLES of
DEMOCRATIC VALUES in RESPECT of
HUMAN RIGHTS LAWS?**

*İletişim Teknolojilerinin Yıkıcı Gelişimi: Web 2.0,
İnsan Hakları Kanunları ile ilgili Demokratik
Değerlerin Temel İlkeleri için bir Güvence mi
yoksa Tehdit mi?*

**Bilge Kaan
GÜNER***


* Research Fellow, Research Chair on the Law of Artificial Intelligence
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, e-mail: bilge.guener@uni-
tuebingen.de

Orcid: 0000-0001-6792-2817.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.04.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 10.07.2021.

Atıf/Citation: Güner, Bilge Kaan. "The Disruptive Development of
Communication Technologies: Is Web 2.0 a Reassurance for or a Threat to
the Core Principles of Democratic Values in Respect of Human Rights
Laws?" *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 501-527.

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

Abstract

Data is flying around us and there is a constant flow. Data traffic, based on a predictable and controllable system, is promising with its contributions to many areas of life and the solutions it offers to social problems. With the growth of technology, the internet continues to facilitate communication channels that are an integral part of our lives. The widespread applications of algorithms using artificial intelligence (AI) and the gradual increase in the use of 'Internet of Things' (IoT) technologies are stunning examples of how the internet has become a ubiquitous part of everyday life and how it permeates our lives.

While the extensive use of digital platforms benefits human rights, facilitating greater diversity of voices, greater access to information, and stronger social movements than ever before, there is also an increase in the abuse of society by malicious actors. Political microtargeting campaigns, mass spread of disinformation, foreign intervention in elections, and polarized 'echo chambers' during election periods, cyber techniques used directly or indirectly by such actors or institutions, we are subjected to destructive information bombardment. Therefore, within the framework of international human rights, there is a need for new local or international legislation to guide digital technology. However, due to the complexity of the problem, a multidimensional approach is needed to deal with cyber techniques that threaten democracy. Finding adequate solutions to disruptive cyber techniques is directly linked to maximizing accountability in the context of digital technology.

The purpose of this article is; It is an overview of why regulations that will solve this problem are vital while addressing the current and possible consequences of the algorithmic accountability problem in digital platforms created by governments and various institutions. In light of these, the

first part of this article will attempt to explain current cyber techniques and how digital platforms facilitate their use. Then, the adequacy of current approaches to the disruptive aspects of technology will be examined within the scope of relevant human rights laws. Finally, the article will be concluded with a multidimensional approach to ensure internet freedom and protect democracy and rights.

Keywords: Accountability, Democracy, Disinformation, Micro-targeting, Human Rights.

Öz

Veriler etrafımızdan uçuşup gidiyor ve sürekli bir akış var. Öngörülebilir ve denetlenebilir sisteme oturtulmuş veri trafiği hayatın birçok alanına katkısı ile toplumsal problemlere sunduğu çözümler noktasında meydana gelen gelişmeler umut vaat ediyor. Teknolojinin büyümesiyle internet, hayatımızın ayrılmaz bir parçası olan iletişim kanallarını da kolaylaştırmaya devam ediyor. Yapay zekâ (AI) kullanan algoritmaların yaygın uygulamaları ve 'Nesnelerin İnterneti' (IoT) teknolojilerinin kullanımındaki kademeli artışlar, internetin günlük yaşamın nasıl her yerde bulunan bir parçası haline geldiğinin ve hayatımıza ne denli nüfuz ettiğinin çarpıcı örnekleridir.

Dijital platformların yoğun kullanımı insan haklarına fayda sağlarken, daha fazla ses çeşitliliğini, bilgiye daha fazla erişimi ve her zamankinden daha güçlü sosyal hareketleri kolaylaştırırken, kötü niyetli aktörler tarafından toplumun istismar edilmesi noktasında da aynı oranda artış yaşanmaktadır. Siyasi mikro hedefleme kampanyaları, dezenformasyonun kitlesel yayılımı, seçimlere dış müdahale ve seçim dönemlerinde kutuplaşmış 'yankı odaları', bu tür aktörler veya kurumlar tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılan siber tekniklerle yıkıcı bilgi bombardımanı altında kalmaktayız. Bu nedenle, uluslararası insan hakları çerçevesinde, dijital teknolojiye rehberlik edecek yeni yerel veya

uluslararası mevzuata ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte, sorunun karmaşıklığı nedeniyle demokrasiyi tehdit eden siber tekniklerle başa çıkmak için çok boyutlu bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Yıkıcı siber tekniklere yeterli çözümler bulunması, dijital teknoloji bağlamında hesap verilebilirliğin azami düzeye çıkarılması ile doğrudan bağlantılıdır.

Bu makalenin amacı; hükümetlerin ve çeşitli kurumların yarattığı dijital platformlardaki algoritmik hesap verilebilirlik probleminin mevcut ve olası sonuçlarına değinirken bu probleme çözüm getirecek regülasyonların neden hayati olduğuna genel bir bakıştır. Bunların ışığında, bu makalenin ilk kısmı mevcut siber teknikleri ve dijital platformların kullanımlarını nasıl kolaylaştırdığını açıklamaya çalışacaktır. Ardından, ilgili insan hakları yasaları kapsamında, teknolojinin yıkıcı yönlerine karşı mevcut yaklaşımların yeterliliği irdelenecektir. Son olarak, internet özgürlüğünü sağlamak, demokrasi ve hakları korumak için çok boyutlu bir yaklaşımla makale noktalanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hesap Verilebilirlik, Demokrasi, Dezenformasyon, Mikro Hedefleme, İnsan Hakları.

INTRODUCTION

The internet, through the exponential growth of technology, continues to facilitate communication channels, which are an integral part of our lives, being unprecedentedly convenient and easy to use when compared to earlier communication media such as the telegraph, radio and telephone. To cite specifics, promising implementations of algorithms that use artificial intelligence (AI) and gradual increases in the use of 'Internet of Things' (IoT) technologies are impressive examples of how the internet has become a ubiquitous part of daily life. However, mass dissemination of information through digital platforms hosting user-generated content is a more complicated context in which to assess the benefits and detriments of the internet. For

example, more than 2.5 billion people were actively using Facebook as of December 2019, which is far greater than any government's influence on people.¹ The benefits of this intensive use of digital platforms are that they can easily mobilise like-minded people living in different parts of the world and allow people who demand democratic discourse to organize relatively easily, reducing the time, effort and money required to do so.² A salient example of the large-scale cyber rebellions in which digital technologies have been associated with social movements and democratic demands is the Arab Spring, although examples of cyber rebellion took place earlier than 2010, such as the rebellion in Estonia in 2007.³ Although the Estonian cyber-attacks and the Arab Spring are important examples of internal turmoil, there are important differences between them: the cyber-attacks in Estonia originated from external actors and employed (relatively) conventional cyber methods rather than digital platforms.⁴ Accordingly, cyber rebellions that, in the main, are not launched through digital platforms are outside the scope of this paper.

While intensive use of digital platforms has brought to benefits to human rights, facilitating a greater diversity of voices, greater access to information and stronger social movements

¹ "Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2020 Results," <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2021/Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2020-Results/default.aspx>.

² Zeynep Tufekci, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest* (New Haven ; London: Yale University Press, 2017).

³ Anya Schiffrin, "Disinformation and Democracy: The Internet Transformed Protest But Did Not Improve Democracy," *Journal of International Affairs* 71, no. 1 (2017): 117–26.

⁴ Rain Ottis, "Analysis of the 2007 Cyber Attacks against Estonia from the Information Warfare Perspective," *7th European Conference on Information Warfare and Security 2008, ECIW 2008*, 1 January 2008, 163–68.

than ever before, it has also been exploited by malicious actors, hyper-partisans, politicians and oppressive governments to pursue power.⁵ Political micro-targeting campaigns, mass dissemination of disinformation, foreign interference in elections and polarised 'echo-chambers' during election periods are disruptive cyber techniques used by such actors or institutions. In my opinion, we are not dealing with a new facet of human behaviour and the pursuit of power when we examine the rapid proliferation of use of the internet and digital platforms for such purposes, we are just looking at new ways of doing the same thing more intensely by using the internet. As such, international human rights could be applied as a general framework without the need for new (domestic or international) legislation to guide digital technology. However, by itself this general framework is inadequate to deal with cyber techniques that threaten democracy owing to the complexity of the issue. For this reason, a multi-dimensional approach is needed to tackle this problem. Otherwise, so long as adequate solutions to disruptive cyber techniques cannot be found, the positive impact of digital technology in rendering governments more accountable will remain an illusion. In view of this, the first part of this paper will attempt to describe current cyber techniques and how digital platforms facilitate their use. Then, within the scope of relevant human rights laws, the adequacy of existing approaches against disruptive aspects of technology will be examined. Finally, I conclude by suggesting a multi-dimensional approach to ensure the freedom of the internet, and protect democracy and rights.

⁵ Kate Jones, *Online Disinformation and Political Discourse: Applying a Human Rights Framework*, 2019.

I. CURRENT CYBER TECHNIQUES AND THE CONTRIBUTION OF DIGITAL PLATFORMS

The widespread commercialization of the internet was a watershed moment, not only creating competitive, private network infrastructures but also exposing new business models that include online technologies.⁶ One of the services that entered our lives with these new business models is digital platforms, the best known products of Web 2.0. “Surveillance” is a central aspect to this new business model between internet users and digital platforms, which depend on a symbiotic relationship.⁷ Users were willing to use social networking platforms, but reluctant to pay for them, so digital platforms decided to offer their services for free, as they need to ‘grow large quickly’ to harness network effects effectively. Accordingly, these service providers started to implement an advertisement-based business model that aims to collect data based on users’ online behaviour and to publish advertisements informed by the information obtained.⁸

A. Online Political Micro-targeting

Micro-targeting is a more sophisticated form of the advertisement-based business model. It is used by digital

⁶ Barry M. Leiner et al., “A Brief History of the Internet,” *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39, no. 5 (7 October 2009): 22–31, <https://doi.org/10.1145/1629607.1629613>.

⁷ Bruce Schneier, “News: Surveillance Is the Business Model of the Internet: Bruce Schneier - Schneier on Security,” Last modified: April 10, 2021, https://www.schneier.com/news/archives/2014/04/surveillance_is_the.html.

⁸ John Naughton, “The Evolution of the Internet: From Military Experiment to General Purpose Technology,” *Journal of Cyber Policy* 1, no. 1 (2 January 2016): 5–28, <https://doi.org/10.1080/23738871.2016.1157619>.

platforms or intermediaries and consists of three phases: 'collection of personal data' and amalgamation with correlative sources for analysing; 'classification of users' to fit within a particular profile; and sending 'individually tailored advertisements' to reach potential consumers.⁹ Although computer-based techniques for collecting personal data and profiling potential voters have been used by political parties in the United Kingdom since 2004, micro-targeting has started gaining popularity as a political tool owing to its deceitful potential to prompt life-changing decisions.¹⁰ Political micro-targeting can have many different objectives, including persuasion, encouragement or even demobilising (swing voters, in particular).¹¹ Political campaigns have intensified the application of micro-targeting through third-party platforms or special services of digital platforms such as Facebook's "lookalike audience". To cite specifics, the Cambridge Analytica scandal, in which a company that set itself up to work on political campaigns by applying sophisticated analysis to massive datasets without the permission of users, is a stunning example of how micro-targeting can affect elections in major democracies such as the UK and the USA.¹²

⁹ Tom Dobber, Ronan Ó Fathaigh, and Frederik J. Zuiderveen Borgesius, "The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe," *Internet Policy Review* 8, no. 4 (31 December 2019), <https://doi.org/10.14763/2019.4.1440>.

¹⁰ Bethany Shiner, "Big Data, Small Law: How Gaps in Regulation Are Affecting Political Campaigning Methods and the Need for Fundamental Reform," *Public Law*, 28 October 2018.

¹¹ Dobber, Ó Fathaigh, and Zuiderveen Borgesius, "The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe."

¹² Brian Tarran, "What Can We Learn from the Facebook-Cambridge Analytica Scandal?" *Significance* 15, no. 3 (June 2018): 4–5, <https://doi.org/10.1111/j.1740-9713.2018.01139.x>.

Although the extent to which extent micro-targeting affects election results is uncertain, as many commentators have pointed out, it poses significant risks for society and for individuals because of the way it has been implemented. These techniques breach individuals' right to privacy by accessing personal data, even sensitive personal data, without permission. Also, they use this information to confuse individuals' thoughts, emotional states and opinions and intend to affect citizens' views and opinions and thus change their voting behaviour. Personal thought needs to be protected with no exemptions, as it is considered *forum internum* for individuals. Alegre argues that two of the three basic elements of the international legal framework concerning freedom of thought have been infringed by micro-targeting activities:¹³ the prohibitions on 'revealing' and 'manipulating' an individual's thoughts have been infringed by micro-targeting activities. The risks to society stem from the costs of micro-targeting vendors, which could render competition between political parties unfair, further limiting the free flow of political disclosure, aggravating inequality between well-funded parties and poor parties in reaching potential voters.¹⁴

B. Massive Dissemination of Disinformation

The second deceitful technique used to manipulate the free flow of online information is disinformation. Disinformation could be defined as a dissemination technique aiming to acquire an economic benefit or public harm by knowingly sharing false,

¹³ Susie Alegre, "Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century," *European Human Rights Law Review*, no. 3 (2017): 221–33.

¹⁴ Dobber, Ó Fathaigh, and Zuiderveen Borgesius, "The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe."

inconsistent or distorted information.¹⁵ Further, the scope of disinformation goes far beyond fake news and does not include misleading interpretations of reality such as satire and parody, or illegal content such as hate speech.¹⁶ Moreover, methods used by state and non-state actors to spread disinformation and thereby influence elections have increased exponentially and have been observed in many countries during the last five years. For example, Freedom House reports that in 2018 various disinformation techniques were employed during elections in 24 countries.¹⁷

In May 2018, Twitter reported that its machine learning tools had detected approximately 10 million accounts per week that appeared to be spam or automatic accounts. This figure had been just 3.2 million per week in September 2017.¹⁸ Thus, it appears that mainstream digital platforms are major arteries for far-reaching disseminate of disinformation. In light of these striking examples, the CrossCheck Project, based on collaborative journalistic research, has sought to classify disinformation tactics by several methods.¹⁹ First of all, current disruptive content is

¹⁵ European Commission, "Final Report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation," Text, 12 March 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

¹⁶ European Commission, "Final Report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation."

¹⁷ Adrian Shahbaz and Allie Funk, "The Crisis of Social Media" (Freedom House, 2019), <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2019/crisis-social-media>.

¹⁸ Yoel Roth and Del Harvey, "How Twitter Is Fighting Spam and Malicious Automation," 2018, https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2018/how-twitter-is-fighting-spam-and-malicious-automation.html.

¹⁹ Sed Cubbon, "Evolving Disinformation Tactics in France: Comparing the 2017 and 2019 CrossCheck Projects," First Draft, 25 February 2020,

designed more strategically, to create “astroturfing”, which is more subtle so harder to detect than former examples which doctored online content poorly.²⁰ ‘Content recycling’ is another method: an example of this is the misleading presentation of outdated television interviews by hiding the date of the original to create a perception of social unrest. ‘Content laundering’ through unreliable news sites, ‘bots’ (automated accounts) and ‘trolls’ is another important problem because it encourages users to innocently share distorted content.²¹ ‘Memes’ that include inflammatory text or images are seen as a vital disinformation method, as they are simple to produce and easy to understand, but it is difficult to follow how they spread.²² Other obtrusive disinformation methods include repurposing satirical content for divisive ends, impersonating authentic news sites and politicians, and using alternative digital platforms such as VK and ‘closed’ peer-to-peer distribution networks.

Disinformation techniques have been used with objectives including malicious distortions of the truth relating to delicate issues such as immigration to provoke emotional reactions and polarise society, thereby directly linked to breaches of freedom of thought. Besides, expeditious spread of disinformation about particular political actors might deter them from standing for election, and this could be seen as a detrimental effect of disinformation on the right to participate in public affairs and to vote.²³ No consensus has yet been reached on the removal of harmful content. Each digital platform states it is trying to deal with this problem in different ways. Nevertheless, a narrow interpretation should be put on what restrictions of freedom of

<https://firstdraftnews.org:443/latest/evolving-disinformation-tactics-in-france-comparing-the-2017-and-2019-crosscheck-projects/>.

²⁰ Cubbon, “Evolving Disinformation Tactics in France.”

²¹ Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*.

²² Cubbon, “Evolving Disinformation Tactics in France.”

²³ Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*.

expression and freedom of information should be permissible in order to protect individuals from disinformation, applying within the scope of measures to be taken and tailored for each specific case.

C. Foreign Interference

At the outset of the Arab Spring, many scholars such as Philip Howard were optimistic that digital technology would prove a tool to help the world to be more democratic.²⁴ However, no significant progress in democratic development has been made among countries where the Arab Spring occurred except Tunisia, and the consequences of the social uprising have been a devastating civil war, especially in Syria, Yemen and Libya.²⁵ After the Arab Spring, repressive governments started looking for counter-approaches, driven by the fear of possible cyber rebellions in their own countries that could arise from use of the internet. For example, authoritarian regimes have tried to curb the effectiveness of the internet during social unrest by shutting down foreign websites, restricting mobile phone connectivity and blocking social media platforms and apps.²⁶

On the other hand, some countries that were made aware of the impact of the internet on society have started to use this as a route to intervene in other countries' domestic affairs by supporting non-state agencies. One salient example of foreign interference is the Internet Research Agency (IRA), a Russia-based establishment that has made constant cyber-attacks, first targeting Ukrainian and Russian citizens in 2014, then the 2016

²⁴ Schiffrin, "Disinformation And Democracy."

²⁵ Matthew J. Flynn, "Cyber Rebellions: The Online Struggle For Openness," *Journal of International Affairs* 71, no. 1.5 (2018): 107-14.

²⁶ Shahbaz and Funk, "The Crisis of Social Media."

US election and lately the Brexit process.²⁷ The Disinformation Report issued by New Information highlighted the extent of cyber tactics carried out by the IRA to influence the thoughts of voters in the US election, by presenting figures for the number of users of IRA's various mainstream digital platform accounts between 2014 and 2017. To quote specifics, harmful and manipulated content stemming from the IRA had been seen by 126 million Facebooks users, 20 million Instagram users and 1.4 million Twitter users.²⁸ Foreign interference of this kind has had similar objectives to disinformation techniques, to take advantage of societal divisions by deploying deliberately misleading content through the internet in order to take advantage of vulnerabilities in states' information ecosystem.²⁹

D. Polarised Echo-chambers (Daily Me)

Nicholas Negroponte, a technologist from MIT, foresaw as early as 1995 that individuals would have their own 'the Daily Me' in future (our present).³⁰ The concept of Daily Me was based on the idea that news sources would be personalised to become packages communicating what people want to see.³¹ With the widespread use of digital platforms, it would not be wrong to say that we have approached the Daily Me when we take into consideration that many people use these platforms as sources of the news they prefer to read. Giving priority to what people want

²⁷ Renee DiResta et al., "The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency," *U.S. Senate Documents*, 1 October 2019, <https://digitalcommons.unl.edu/senatedocs/2>.

²⁸ DiResta et al., "The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency," 30–34.

²⁹ DiResta et al., "The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency," 99.

³⁰ Cass R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media* (Princeton University Press, 2018), <https://doi.org/10.2307/j.ctv8xnhtd>.

³¹ Sunstein, *#Republic*, 1.

to see in their social media accounts may seem a positive development at first glance. However, the customisation of news feeds using the dedicated algorithms of digital platforms has several important problems. First of all, the business model of digital platforms is advertising-based, and the way they increase profit is by increasing the average time users spend on their sites and ensuring they interact with more ads.³² For this reason, algorithms that regulate the news fed to digital platforms should be seen not just as an innovation that provides more freedom to its users, but also as a marketing tactic to reach out to more advertisers.³³ The announcement of Facebook's new algorithm that regulates news feeds and sorts the content into the order its users prioritise is an important example.³⁴ Personalisation of news feeds based on posts a user has 'shared', the pages they follow, the content they interact with the most, reveals that machine-learning tools endeavour to know a lot of things about users and thus personal attributes or emotions could easily be uncovered.³⁵ For this reason, this issue is directly linked to the rights to privacy and to freedom of thought.

Another important problem with the personalisation of news feeds on digital platforms is the creation of 'echo-chambers', because it brings people who think alike closer together and reduces the opportunity to be exposed to divergent perspectives.³⁶ The essence of pluralist democracy is the

³² Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*, 34.

³³ H. Akin Unver, "Digital Challenges To Democracy: Politics Of Automation, Attention, And Engagement: Politics Of Automation, Attention, And Engagement," *Journal of International Affairs* 71, no. 1 (2017): 127–46.

³⁴ Adam Mosseri, "Building a Better News Feed for You, About Facebook," 29 June 2016, <https://about.fb.com/news/2016/06/building-a-better-news-feed-for-you/>.

³⁵ Sunstein, *#Republic*.

³⁶ Unver, "Politics Of Automation, Attention, And Engagement."

protection of a heterogeneous structure that hosts a wide range of opinions. So, what happens when individuals only see news and posts in their social media accounts that are close to their own opinions, *per se*? When like-minded people only share the same perspectives, they find it difficult to understand different views, they become more polarized and susceptible to disinformation, and this leads to harmful tribalism, extremism and fragmentation in society.³⁷ Conversely, enabling people to access different views will allow them to fully enjoy the right to choose, which is classified among the fundamental rights under democracy.

II. ADEQUACY OF EXISTING APPROACHES AND HOW RELEVANT HUMAN RIGHTS LAWS ADDRESS THE PROBLEM

The fact that various actors expose people to cyber techniques that violate many human rights should not mean that the general framework of human rights law is inadequate. However, the core problem stems from regulatory environments seeming unable to perceive potential threats of rapidly evolving technology at the onset and not apparently providing adequate safeguards.³⁸ This part of this paper will evaluate approaches that comply with the Universal Declaration of Human Rights

³⁷ Sunstein, *#Republic*.

³⁸ Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*.

(UDHR)³⁹ and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).⁴⁰

Data protection laws, in line with the right to privacy stipulated in Article 12 of the UDHR and Article 17 of the ICCPR, are the regulations states apply to prevent personal data from being unlawfully harnessed and/or extrapolated using various techniques. For example, the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR),⁴¹ the world's most advanced data protection regulation, contains principles governing the processing and transfer of personal data, which provide significant safeguards to the data subject wishing to control how their data is accessed, processed or shared. For this reason, unlawful use of personal data through micro-targeting could be limited by effective application of the GDPR, because political micro-targeting includes various techniques intended to reveal people's political views, which are included among the sensitive personal data under Article 9 GDPR. Since the data subject's political opinion is sensitive personal data, its processing is prohibited, unless consent to do so is explicitly given and other conditions highlighted in Article 9(2) are met. The exemption set out in Article 9(2)(d) also covers political parties, but it does not give them the right to draw inferences about their members' or former members' political views; only the right to process sensitive data in order to contact their members. The other basis under which it is lawful for political parties to process sensitive

³⁹ "Universal Declaration of Human Rights (1948)," Last modified: April 10, 2021, [https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/UniversalDeclarationofHumanRights\(1948\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/UniversalDeclarationofHumanRights(1948).aspx).

⁴⁰ "United Nations Treaty Collection," Last modified: April 10, 2021, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4.

⁴¹ General Data Protection Regulation [2016] OJ L 119/1.

personal data is with express consent, as specified in Article 9(2)(a) GDPR.

One context in which it is acceptable to draw inferences about a data subject's political views is where explicit consent is obtained from the data subject for this to be done, which is also stated as an exemption in Article 22(4) GDPR.⁴² Although the GDPR sets down no clear rules governing micro-targeting, this can be seen as a type of automated decision-making mechanism, which is covered in Article 22 GDPR, since such mechanisms have important consequences for individuals.⁴³ However, it is uncertain whether Article 22 contains 'the Right to Explain' as a provision or as a right, which raises doubts on whether the GDPR is adequate to regulate micro-targeting.⁴⁴ Nevertheless, the GDPR contains important provisions to protect the data subject against illegal micro-targeting and inform them when it is taking place, with specific conditions such as the privacy notice that must be issued if consent is to be explicit. In addition, the UK Election Commission has recommended that the sources of online political adverts be clearly labelled so such adverts would be more intelligible, which is in line with both the transparency principle and the requirement for a privacy notice under the GDPR.⁴⁵ A similar transparency principle exists in the EU Code

⁴² GDPR, Art. 22(4): *...shall not be based on special categories of personal data referred to in Article 9(1), unless point (a) or (g) of Article 9(2) applies...*

⁴³ Normann Witzleb, Moira Paterson, and Janice Richardson, eds., *Big Data, Political Campaigning and the Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting* (Milton Park, Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge, 2020).

⁴⁴ Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, and Luciano Floridi, "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation," *International Data Privacy Law* 7, no. 2 (May 2017): 76–99, <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>.

⁴⁵ Dobber, Fathaigh, and Borgesius, "The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe."

of Practice on Disinformation, and accordingly mainstream digital platforms should explain to their users why they display targeted political advertisements.⁴⁶ In this context, some digital platforms have either restricted the promotion of paid political advertising (e.g. Google) or completely banned it (e.g. Twitter).⁴⁷

Another crucial point in using the internet, which is an important tool for participating in political discussions and expressing opinions, is to determine the lawful scope of the freedom of expression. Article 19 UDHR and Articles 19 and 20 ICCPR are the key basis for the freedom of expression, which also includes the rights to receive and to impart information. Freedom of expression is not an absolute right and can be restricted in the cases specified in paragraph 3 of Article 19 ICCPR. However, any restriction of the freedom of speech must be provided by law and it should be necessary and proportional. In view of this, it is possible that the public order may be damaged where public debates are manipulated by providing deliberately distorted information through the internet (disinformation). Also, digital platforms' algorithms that regulate the order in which news feeds appear are likely to create echo-chambers containing like-minded people, and this fragmentation in society could aggravate intolerance of opposing views.⁴⁸ Moreover, algorithms that control the flow of news, and widespread disinformation breach the rights to receive and impart information, because these techniques

⁴⁶ EU Commission, "Code of Practice on Disinformation" (Shaping Europe's digital future - European Commission, 26 September 2018).

⁴⁷ Dobber, Fathaigh, and Borgesius, "The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe."

⁴⁸ Lindsey Andersen, "Human Rights in the Age of Artificial Intelligence," Last modified: April 10, 2021, <https://www.exploreaiethics.com/reports/human-rights-in-the-age-of-artificial-intelligence/>.

minimise the diversity of information individuals receive on public opinion related topics.⁴⁹ Although international human rights treaties such as ICCPR bind states, companies must respect the rules set out in these agreements. If they do not, under Article 2(1) ICCPR states can take the measures necessary to prevent violations of human rights through interference by non-state actors.⁵⁰ For example, the German Network Enforcement Act (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG*) requires social media sites to be removed within 24 hours of flagged content being reported by users.⁵¹ However, current applications used by digital platforms to restrict or prevent dissemination of disinformation are based on 'internal policy', owing to a lack of international regulation on this issue. Besides, the standards that digital platforms use to decide whether to remove content is 'inappropriate' it differs from platform to platform, and how fair their methods are cannot be fully determined since such platforms lack transparency. This ambiguity as to digital platforms' standards could lead to inconsistent and unjust decisions regarding the appropriateness of content and may unintentionally cause breaches of the right to freedom of expression. For these reasons, there is a need for international regulation on the removal of content that amounts to disinformation, which must respect the limits of the right to freedom of expression; and regulation to require digital platforms to be more transparent about the algorithms they use.

Another right affected by cyber techniques is the individual's freedom of thought, which is stated in Article 18

⁴⁹ Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*.

⁵⁰ Simon McCarthy-Jones, "The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century," *Frontiers in Artificial Intelligence* 2 (2019), <https://doi.org/10.3389/frai.2019.00019>.

⁵¹ Andersen, "Human Rights in the Age of Artificial Intelligence."

UDHR and Article 18 ICCPR. Freedom of expression is an absolute right that is an indispensable instrument for a democratic society, so it must be stringently protected against any interference.⁵² However, it is more difficult to identify the extent to which freedom of thought should be protected, as it is relatively difficult to determine the impact of technology on individuals' thoughts compared to the other rights violations stated above.⁵³ As Alegre argues, technological advances that have the potential to interfere with freedom of thought should be evaluated within the scope of the precautionary principle of The World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), regarding morally unacceptable harms.⁵⁴

IV. RECOMMENDATIONS

It is an undeniable fact that the internet provides great benefit to human life in many fields. The various facilities of the internet that empower individuals to express their views freely and participate in public discourse are important tools to consolidate democratic participation. However, the malicious and surreptitious cyber techniques discussed in this paper have not only affected the benefits that many users derive from the internet but also accelerated the internet's tilting towards a threat rather than an opportunity for democracy.

This situation is a problem both for democratic countries and for citizens of more authoritarian regimes, increasing the pressures on them. For example, some repressive governments have restricted internet access and/or the sites it may access as an

⁵² Alegre, "Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century."

⁵³ Alegre, "Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century."

⁵⁴ Alegre, "Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century."

opportunity to quell dissident voices, under the guise of preventing harmful impacts of the internet on internal turmoil.⁵⁵ In other regimes, regulation has not been adequate to tackle abusive cyber techniques. In any case, the measures to be taken to protect democracy and rights should reassure users that they are protected not only against existing threats, but also future threats. For these reasons, several measures should urgently be included on the states' agenda to ensure internet freedom as part of protecting democracy, notably on digital platforms.

First of all, international human rights laws should be placed at the centre of the process of drafting any regulation of harmful interferences by cyber techniques (and related guidance) because these rights contain necessary safeguards to protect people against the power of the state.⁵⁶ However, actions to be taken against cyber interventions purely in the legal sphere will not be sufficient to deal with complicated structures of cyber technique and their immense and gigantic diffusions. Accordingly, an independent group should be established containing digital platform representatives, researchers, journalists, government officials and lawyers, similar to the high-level expert group set up by the European Commission on Disinformation, to address in detail all dimensions of harmful cyber technique.⁵⁷

Secondly, the inadequacy of existing data protection laws to deal with micro-targeting should be addressed by determining on what basis interference with personal data should be both reasonable and lawful.⁵⁸ Also, digital platforms should be

⁵⁵ Shahbaz and Funk, "The Crisis of Social Media."

⁵⁶ Jones, *Online Disinformation and Political Discourse*.

⁵⁷ European Commission, "Final Report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation."

⁵⁸ Sandra Wachter and Brent Mittelstadt, "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI," SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 5 October 2018), <https://papers.ssrn.com/abstract=3248829>.

required to provide comprehensive information (transparency) to users exposed to political paid advertising through micro-targeting, stating why these ads are shown, the source of the ads and what users should do if they wish to avoid seeing these types of ad. Digital platforms should be required to be transparent, not only in micro-targeting, but also in the standards they apply to decide whether content is inappropriate, whether to remove it, and also in the algorithms they use to regulate news feed. Independent external oversight bodies should be established, to decide whether the right to freedom of expression has been violated where content is removed by/from digital platforms, which could help encourage impartial content-related decisions by platforms. Also, digital platforms should notify all users who are unintentionally exposed to disinformation by sharing or liking content containing maliciously distorted information. For instance, Facebook's informing users who interact with fake news about coronavirus could be adapted to the broader disinformation issue.⁵⁹

Individuals' awareness of the harmful effects of cyber techniques could be increased by including education in digital media literacy in schools, enhancing access to information control organizations such as Fact-checking projects, strengthening the diversity of free 'unbound' media and providing transparent datasets to researchers for prospective investigation of harmful cyber techniques. This awareness, together with the openness of digital media, will significantly reduce the potential of individuals to be targeted for unscrupulous interference (whether from inside or outside the home state).⁶⁰

⁵⁹ "Coronavirus: Facebook Will Start Warning Users Who Engaged with 'harmful' Misinformation," the Guardian, 16 April 2020, <http://www.theguardian.com/technology/2020/apr/16/coronavirus-facebook-misinformation-warning>.

⁶⁰ Flynn, "Cyber Rebellions."

Human behaviour and the pursuit of power will always contain bad as well as good as long as humanity exists. However, recent technological developments that reveal and even manipulate people's emotions and thoughts have gone far beyond what may be justified in the pursuit of power. As a result, it is crucial to take steps not only to eliminate threats against democracy but also to prevent people from homogenisation

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

BIBLIOGRAPHY

- Alegre, Susie. "Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century." *European Human Rights Law Review*, no. 3 (2017): 221–33.
- Andersen, Lindsey. "Human Rights in the Age of Artificial Intelligence." Last modified: April 10, 2021. <https://www.exploreaiethics.com/reports/human-rights-in-the-age-of-artificial-intelligence/>.
- The Guardian. "Coronavirus: Facebook Will Start Warning Users Who Engaged with 'harmful' Misinformation." 16 April 2020. <http://www.theguardian.com/technology/2020/apr/16/coronavirus-facebook-misinformation-warning>.
- Cubbon, Sed. "Evolving Disinformation Tactics in France: Comparing the 2017 and 2019 CrossCheck Projects." First Draft, 25 February 2020. <https://firstdraftnews.org:443/latest/evolving-disinformation-tactics-in-france-comparing-the-2017-and-2019-crosscheck-projects/>.
- DiResta, Renee, Kris Shaffer, Becky Ruppel, David Sullivan, Robert Matney, Ryan Fox, Jonathan Albright, and Ben Johnson. "The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency." U.S. Senate Documents, 1 October 2019. <https://digitalcommons.unl.edu/senatedocs/2>.
- Dobber, Tom, Ronan Ó Fathaigh, and Frederik J. Zuiderveen Borgesius. 'The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe'. *Internet Policy Review* 8, no. 4 (31 December 2019). <https://doi.org/10.14763/2019.4.1440>.
- European Commission. "Final Report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation." Text, 12 March 2018. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

"Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2020 Results."

<https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2021/Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2020-Results/default.aspx>.

Flynn, Matthew J. "Cyber Rebellions: The Online Struggle for Openness." *Journal of International Affairs* 71, no. 1.5 (2018): 107–14.

General Data Protection Regulation (GDPR). "General Data Protection Regulation (GDPR) – Official Legal Text." <https://gdpr-info.eu/>.

Jones, Kate. *Online Disinformation and Political Discourse: Applying a Human Rights Framework*, 2019.

Leiner, Barry M., Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Larry G. Roberts, and Stephen Wolff. 'A Brief History of the Internet'. *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39, no. 5 (7 October 2009): 22–31. <https://doi.org/10.1145/1629607.1629613>.

McCarthy-Jones, Simon. "The Autonomous Mind: The Right to Freedom of Thought in the Twenty-First Century." *Frontiers in Artificial Intelligence* 2 (2019). <https://doi.org/10.3389/frai.2019.00019>.

Mosseri, Adam. "Building a Better News Feed for You." *About Facebook*, 29 June 2016. <https://about.fb.com/news/2016/06/building-a-better-news-feed-for-you/>.

Naughton, John. "The Evolution of the Internet: From Military Experiment to General Purpose Technology." *Journal of Cyber Policy* 1, no. 1 (2 January 2016): 5–28. <https://doi.org/10.1080/23738871.2016.1157619>.

Ottis, Rain. "Analysis of the 2007 Cyber Attacks against Estonia from the Information Warfare Perspective." 7th European

Conference on Information Warfare and Security 2008, ECIW 2008, 1 January 2008, 163–68.

Roth, Yoel, and Del Harvey. "How Twitter Is Fighting Spam and Malicious Automation," 2018.

https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2018/how-twitter-is-fighting-spam-and-malicious-automation.html.

Schiffrin, Anya. "Disinformation and Democracy: The Internet Transformed Protest but Did Not Improve Democracy." *Journal of International Affairs* 71, no. 1 (2017): 117–26.

Schneier, Bruce. "News: Surveillance Is the Business Model of the Internet: Bruce Schneier - Schneier on Security."

<https://www.schneier.com/news/archives/2014/04/surveillance-is-the.html>.

Shahbaz, Adrian, and Allie Funk. "The Crisis of Social Media." Freedom House, 2019.

<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2019/crisis-social-media>.

Shiner, Bethany. "Big Data, Small Law: How Gaps in Regulation Are Affecting Political Campaigning Methods and the Need for Fundamental Reform." *Public Law*, 28 October 2018.

Sunstein, Cass R. "Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media." Princeton University Press, 2018.

<https://doi.org/10.2307/j.ctv8xnhtd>.

Tarran, Brian. "What Can We Learn from the Facebook-Cambridge Analytica Scandal?" *Significance* 15, no. 3 (June 2018): 4–5. <https://doi.org/10.1111/j.1740-9713.2018.01139.x>.

Tufekci, Zeynep. *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*. New Haven; London: Yale University Press, 2017.

"United Nations Treaty Collection."

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4.

“Universal Declaration of Human Rights (1948).”
[https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/UniversalDeclarationofHumanRights\(1948\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/UniversalDeclarationofHumanRights(1948).aspx).

Unver, H. Akin. “Digital Challenges to Democracy: Politics Of Automation, Attention, and Engagement: Politics of Automation, Attention, and Engagement.” *Journal of International Affairs* 71, no. 1 (2017): 127–46.

Wachter, Sandra, and Brent Mittelstadt. “A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI.” SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 5 October 2018.
<https://papers.ssrn.com/abstract=3248829>.

ALKOL, UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDELERİN ETKİSİ ALTINDA ARAÇ SÜRME YASAĞI

*Prohibition of Driving Under The Effect of Alcohol,
Drugs or Stimulants*

Kadir SAĞLAM*

Öz


Karayollarında meydana gelen trafik kazalarının farklı nedenleri bulunmakta, bu kazaların en önemli nedenlerinin başında da alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında araç sürme gelmektedir. Trafik kazalarını önlemek amacıyla alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında araç sürmek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi ile yasaklanmıştır. Yapılan bu düzenleme çalışmamızın konusunu oluşturmakta ve çalışmamız iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda trafik mevzuatındaki düzenlemeler ve uygulamadaki bazı sorunlar yargı kararları ile birlikte kısaca değerlendirilecek; ikinci

* Hâkim Adayı, Adalet Bakanlığı; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, kadir.saglam@student.asbu.edu.tr, ORCID:0000-0002-5895-5614.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 26.04.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.12.2021.

Atıf/Citation: Sağlam, Kadir. "Alkol, Uyuşturucu Veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 528-578.

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

kısımda vücuttan örnek alma uygulamasının şartları ile hukuka uygunluk durumu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Alkol Tespiti, Mükerrer Cezalandırma Yasası, Vücuttan Örnek Alma, Kan Tahlili, Ölçülülük İlkesi.

Abstract

There are different causes of traffic accidents that occur on highways, and the most important cause of these accidents is driving under the influence of alcohol or drugs. Driving under the effect of alcohol or drugs to prevent traffic accidents is prohibited by Article 48 of the Highways Traffic Law No. 2918. This regulation constitutes the subject of our study and our study consists of two parts. In the first part, regulations in traffic legislation and some problems in implementation will be briefly evaluated together with judicial decisions; in the second part, the conditions of sampling from the body and the legal compliance will be examined.

Keywords: Alcohol Detection, Prohibition of Repetitive Punishment, Taking Body Sampling, Blood Analysis, Proportionality Principle.

GİRİŞ

Günümüzde motorlu taşıtların kullanımının artmasıyla birlikte trafik kazaları da artış göstermekte ve kaza nedenlerinin başında alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında araç sürme gelmektedir. Meydana gelen kazaların sonucunda birçok can ve mal kayıpları yaşanmaktadır. Bu kayıpların önlenmesi amacıyla trafik kuralları konulmakta ve bu kurallara uyulmaması hali birtakım yaptırımlara bağlanmaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Başkanlığı'nın yayınladığı Mart 2021 tarihli Aylık Kaza İstatistiklerine göre¹; ülke genelinde Mart ayında yaşanan toplam 12.936 kazanın 180 tanesinin ana nedeni alkollü olarak araç sürmekten kaynaklanmakta, diğer kazalarda ise dolaylı olarak yine alkolün etkisi görülmektedir. Yine aynı rapora göre uygulanan trafik cezalarının dağılımına bakıldığında yayalara 588, yolculara 1.322, sürücülere 300.466, araç plakasına 1.213.589 adet ceza uygulanmışken; bu cezalar dışında kalan diğer ekip işlemleri kapsamında uygulanan 13.558 cezanın 11.000 tanesi alkollü olarak araç sürmekten kaynaklanmaktadır.

Alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürülmesine müsaade edilmemesi gerektiğinden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi ile alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürmek yasaklanmıştır. Çalışmamızın konusunu da bu yasak ve bu yasağa uyulup uyulmadığının tespiti amacıyla vücuttan örnek alma uygulaması oluşturmaktadır.

Çalışmanın birinci kısmında Karayolları Trafik Kanunu (KTK) md. 48 ve Karayolları Trafik Yönetmeliği (KTY) md. 97'de yer alan düzenlemelere detaylı bir şekilde yer verilmiştir. Bu düzenlemeler konunun daha iyi anlaşılması adına yargı kararları ile zenginleştirilmiş, özellikle uygulamada en çok sorun çıkan, rutin trafik kontrolleri sırasında yapılan alkol tespiti ile ilgili kararlara ağırlık verilmiştir. Çalışmanın devamında sürücülerin alkol ya da uyuşturucu madde tespitinde teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmemesi halinde hem bu eyleminden dolayı idari yaptırım uygulanması hem de sürücülerin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürdüğünün tespiti halinde ayrıca bu nedenden dolayı da idari

¹ "Trafik İstatistik Bülteni-Ülke Geneli-Mart-2021," Emniyet Genel Müdürlüğü, Erişim tarihi: 24 Nisan, 2021, <http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/04-Istatistik/Aylik/Mart21.PDF>.

yaptırım uygulanması hususunun mükerrer cezalandırma yasağı kapsamına girip girmediğı ve sürücülere verilen bu çifte idari yaptırımların hukuka uygunluğı tartışılmıştır.

Çalışmanın ikinci kısmını alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında araç sürölüp sürölmediğinin tespiti amacıyla vücuttan örnek alma uygulaması oluşturmaktadır. Vücuttan örnek alma uygulaması, asıl olarak ceza muhakemesi hukukunun konusunu oluşturmakta iken, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 75/7 maddesi uyarınca KTK'nın da konusunu oluşturmaktadır. Bu kısımda vücuttan örnek alma kavramı ve dayanağı ifade edildikten sonra, bu işlemin Anayasaya uygunluğı değerlendirilmiştir. Son olarak da sürücünün rızasının bulunmaması halinde sürücüdenden zorla örnek alınıp alınamayacağı ölçülülük ilkesi de göz önüne alınarak değerlendirilmiştir.

I. KARAYOLLARI TRAFİK MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

KTK'nın 48. maddesinde ve KTY'nin 97. maddesinde "Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı" düzenlenmiştir. KTK'nın 48/1. maddesiyle alkollü olan sürücüler ile uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmıştır. Bu yasağın sınırları KTK md. 48/5 dikkate alınarak KTY md. 97/1'de biraz daha detaylı olarak düzenlenmiş ve kanlarındaki alkol miktarı hususi otomobil sürücülerini için 0.50 promilin, diğere araç sürücülerini için 0.20 promilin üzerinde olanlar ile kullanım miktarı fark etmeksizin uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmıştır. Böylece kullanım miktarı fark etmeksizin uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri kesin bir şekilde yasaklanmışken, kanlarında alkol tespit edilen sürücülerini ise

yukarıda ifade edilen miktarları geçmeleri halinde karayolunda araç sürmeleri yasaklanmıştır.

Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürenlerin tespiti amacıyla kanun ve yönetmelikte üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Birinci ayırım ile rutin trafik kontrolünde sürücülerin alkol oranlarının tespiti düzenlenmiş, ikinci ayırım ile rutin trafik kontrolünde sürücülerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti düzenlenmiş ve üçüncü ayırım ile yaralanma veya ölümlü sonuçlanan kazalar ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazalarına karışan sürücülerin alkol veya uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tespiti düzenlenmiştir.

A. Rutin Trafik Kontrolünde Alkol Oranının Tespiti

Araç sürücüleri trafik görevlileri tarafından her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler (KTY md. 97/2). Alkol kontrolünün ne şekilde yapılacağı ise maddenin 3. fıkrasında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Alkol oranlarının tespiti için kullanılacak kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazların; tarih, saat ve ölçüm sonucu ile beraber cihaza ait seri numarasını gösterir şekilde çıktı verebilme özelliği olmalıdır (KTY md. 97/3-a). Cihazın doğru bir şekilde ölçüm yapabilmesi için kalibrasyon ayarının yapılmış olması önemlidir.² KTK md. 48/2 ile alkol oranının tespitinin teknik cihaz ile yapılacağı düzenlenerek uygulanacak olan idari

² “Dava dosyasının incelenmesinden; 12.05.2017 tarihinde saat 23.11’de Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü’ne bağlı ekipler tarafından İzmir İli, 300-02 Devlet Karayolu üzerinde yapılan trafik kontrollerinde ... plakalı hususi aracın sürücüsü olan davacının, alkolmetre cihazı ile yapılan alkol ölçümünde 1,27 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, alkolmetre cihazının kalibrasyon ayar süresinin 15.09.2017 tarihine kadar geçerli olduğu, davacının alkol raporunu imzaladığı, yasal sınırın üzerinde alkollü olduğunun tespit edilmesinde herhangi bir tereddütün bulunmadığı açıktır.” İzmir BİM 5. İDD, E.2018/389, K.2018/573, 20.03.2018, (UYAP).

yaptırımlarda ya da söz konusu eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında suç oluşturması durumunda uygulanacak adli yaptırımlarda, kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazın çıktısının esas alınacağı düzenlenmiştir. Böylece teknik cihaz ile yapılacak ölçüm sonucu, aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilerek cihazın verdiği çıktı delil olarak kullanılacaktır.

Teknik cihaz ile yapılan alkol ölçüm sonucu, hususi otomobili 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak sürenler ile diğer araçları 0.20 promilin üzerinde alkollü olarak süren sürücülere - bu fiilleri bir suç oluştursa bile- 1.339 Türk lirası idari para cezası verilerek sürücü belgeleri altı ay süreyle geri alınacaktır. Son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde bu ihlalin tekrarlanması halinde uygulanacak olan idari para cezasının miktarı ile sürücü belgesinin geçici süre ile geri alınması yaptırımının süresi artırılmıştır. (KTK md. 48/5 ve KTY md. 97/3-b). Yaptırımların kademe kademe artırılması ile kişilerin tekrar tekrar alkollü bir şekilde araç sürmelerinin önüne geçilmek istenilmektedir.

Teknik cihaz kullanılmasının kabul edilmemesi durumunda; teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye, bu eylemi nedeniyle kollukça 3.836 Türk lirası idari para cezası verilerek sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınacaktır (KTK md. 48/9 ve KTY md. 97/3-c). Sürücünün teknik cihaz kullanılmasını kabul etmemesi eylemi, yargı kararlarında da belirtildiği üzere kamu görevlilerinin görev yapmasını engellemek olarak değerlendirildiğinden daha sonra yapılan tespit ile sürücünün vücudundaki alkol oranı yasal sınırın altında olsa bile bu durum dikkate alınmayacak, teknik cihaz

kullanılmasını kabul etmemesi eyleminden ötürü idari yaptırım uygulanacaktır.³

Yapılan tespitler sonucunda yasal sınırın üzerinde alkollü bir biçimde araç sürdüğü tespit edilen sürücüler ile alkol miktarının tespiti amacıyla teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen ve bu nedenle hakkında işlem yapılan sürücüler araç kullanmaktan menedilir (KTY md. 97/3-ç). Teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücülerin de alkollü olma ihtimali göz önüne alındığında, vatandaşların can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla böyle bir önlem alınması önemlidir.

Yapılan tespitler sonucunda 1,00 promilin üzerinde alkollü bir biçimde araç sürdüğü tespit edilerek KTK kapsamında işlem yapılan sürücüler hakkında ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenen "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu"⁴ hükümleri uygulanacaktır (KTK md. 48/6 ve KTY md. 97/3-d).

³ "Davacının sürücüsü olduğu ... plakalı aracın, İstanbul Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü'nde görevli trafik polis memurlarınca, 02.04.2017 tarihinde saat 19:16'da durdurularak yapılan denetimde davacının; alkolölçer ile alkol kontrolünü reddettiği iddiasıyla, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca cezalandırılmasına... işlemlerin tesis edilmesinden sonra, denetimi yapan trafik polis memurlarının bilgisi ve hastaneye sevki olmadan kendi imkanlarıyla hastaneye giderek kan verdiği görülmekte... davacının aynı gün saat 20:48'de İstanbul Şişli Hamidiye Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde kan verdiği ve kanında 0,193 promil alkol olduğunu belirten Hastane Raporu aldığı anlaşılmakta... davacının, yasanın açık hükmüne rağmen, kamu görevlilerinin görev yapmalarını önleyerek alkolölçere üfleme reddetmesinin, anılan Yasa hükümlerinin ihlali sonucunu doğurduğu açıktır." İstanbul BİM 8. İDD, E.2018/625, K.2018/810, 26.04.2018, (UYAP).

⁴ "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu" bu çalışmaya dahil edilmemiş, çalışmada sadece KTK md. 48'de düzenlenen "Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı" incelenmiştir.

Trafik görevlilerince teknik cihaz ile yapılan ölçüm sonucuna itiraz edilmesi durumunda yeniden ölçüm yapılmayacağı, görevliler tarafından yapılan işlemlere karşı itirazın 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi kapsamında ilgili mahkemelere yapılacağı düzenlenmiştir (KTY md. 97/3-f). Bu düzenleme ile kolluğa teknik cihaz ile bir seferlik ölçüm yapma yükümlülüğü getirilmiş, kolluk tarafından farklı bir uygulamanın yapılamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye rağmen yargı kararlarına yansıyan olaylarda sürücünün itiraz ve talepleri doğrultusunda alkol tespitinin kan örneği üzerinden yapılması durumlarına rastlanılmaktadır.⁵ KTY md. 97/5-b-1'de yer alan istisnai hüküm haricinde, KTK md. 48 ve KTY md. 97 gereği alkol oranının tespitinin kan örneği alınması şeklinde yapılması mümkün değildir.⁶

⁵ "Dosyanın incelenmesinden, davacının ... plakalı aracı ile seyir halinde iken 20.12.2015 günü saat 01:12 sıralarında trafik ekiplerince durdurularak denetime tabi tutulduğu, teknik cihaz ile yapılan alkol ölçümünde 1,01 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, bu tespite itiraz ettiği, "davacının alkolmetre cihaz ölçümüne itiraz ederek alkol ölçümü için kendisinden kan numunesi alınmasını istediği" hususunun kollukça saat 01:58 sıralarında (adli kolluk cumhuriyet savcısı görüşme tutanağı) Cumhuriyet Savcısına bildirildiği, daha sonra ilgiliden kan numunesi alınması için Bursa 2.Sulh Ceza Hakimliğine başvuruda bulunulduğu, Mahkemece saat 14:35 sıralarında davacıdan kan örneği alınmasına karar verildiği, aynı gün saat 17:45 sıralarında ise Bursa Devlet Hastanesinde kan numunesi alınarak adli tıp kurumuna incelemeye gönderildiği görülmektedir." İstanbul BİM 8. İDD, E.2017/1536, K.2017/2170, 07.12.2017, (UYAP).

⁶ "Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde sürücülerin kanındaki alkol miktarının tespitinin, teknik cihaz (alkolmetre) ile yapılması zorunluluğu esas kural olarak benimsenmiştir. Yalnız, yaralamalı - ölümlü ve maddi hasarlı trafik kazalarında teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz olması halinde ya da teknik cihazlı ölçüme izin verilmemesi halinde sürücünün kan, idrar ya da tükürük örneklerinin sağlık kuruluşlarınca alınarak, alkol oranının tespit edileceği açıkça hükme bağlanmış olup, belirtilen durumlar haricinde (ölüm, yaralanma, maddi hasarlı kaza ve

KTK md. 48 ile KTY md. 97 değerlendirildiğinde rutin trafik kontrolünde, açık bir şekilde sürücülerin alkol miktarının tespitinin sadece teknik cihazlar aracılığı ile yapılacağı, teknik cihazlar aracılığı ile yapılacak tespit de yalnızca bir defa yapılacağı ve bu tespit sonucuna sadece ilgili mahkemelerde itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

Alkollü içki almış sürücünün alkol miktarının, teknik cihaz ile ölçülmesi ya da kan örneği alınarak ölçülmesi usullerinden hangisinin daha doğru ve gerçekçi sonuçlar vereceği hususu önemlidir. Yargı kararlarına bakıldığında bazı durumlarda teknik cihaz ile ölçüm yapılamadığı⁷ ya da yanlış ölçümler yapıldığı⁸ görülmektedir.

ölçüm yaptırmama) sürücülerin rutin trafik denetimlerinde teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz edebileceğine ilişkin bir kural hükümde yer almamaktadır.” Dan. 8. D, E.2020/3631 YD, 20.10.2020, (UYAP).

⁷ “Davacı hakkında uygulanan trafik idari para cezası karar tutanağında davacının alkolmetreye üfleme reddettiği, olay yeri tutanağında da davacıya 15 kez alkolmetre cihazı üfletilmesine rağmen ölçüm yapılabilecek seviyede üfleme yapmadığı...” İzmir BİM 5. İDD, E.2018/1954, K.2018/2173, 11.10.2018, (UYAP).

⁸ “İncelenen dosyada; sanığın idaresindeki arazi aracıyla olay gecesi saat 00:30 sıralarında şehir merkezinde seyir halindeyken geldiği kavşakta önce kenarda park halinde bulunan mağdura ait motosiklete daha sonra ise meydana Ataturk büstünün korkuluklarına çarparak ağır hasarlı şekilde durabilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, olay tarihinde kollukça alkolmetreyle saat 02:02 de yapılan ölçümde alkolsüz olduğu tespit edilmiş ve bunun üzerine sanıktan alınan kan örneği üzerinde İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığı'nca yapılan incelemede alkol veya uyutucu-uyuşturucu maddelerden hiçbirinin bulunamadığı rapor edilmiş ise de, Sanığın aşamalarda değişmeyen savunmasında, olay gecesi 5 adet bira içtiğini, biraz alkol alınca tamamen dengesini kaybettiğini, ayrıca bir arkadaşının verdiği ne olduğunu bilmediği bir tableti de biranın üzerine içtiğini, aracı kullanırken gözünün karardığını, karşıdan bir araç geliyor sandığını ve ona çarpmayayım diye sağa manevra yapınca park halindeki motosiklete ve sonrasında büste çarptığını beyan etmesi; mağdur ... nın kolluktaki 9.5.2011 tarihli sanığın aşırı derecede alkollü olduğuna ; tutanak mümzii tanıklardan

KTY md. 97/3-a'da teknik cihazların taşınması gereken özelliklerin neler olduğu belirtilmiştir. Yönetmelikte ifade edilen özelliklerin teknik cihazın sonucunun kesin delil niteliğini taşıyabilmesi için yeterli olmadığı, bu özellikler dışında "*cihazda kullanılan tüm tüplerin, bağlantı borularının, absorpsiyon haznesi gibi hava geçişinin olduğu kısımların ısıtılması, ağız alkolünü tespiti yarayacak eğim detektörü içermesi, cihaza üflenecek minimum süre ve hava miktarının bilimsel olarak gerekli miktarın altına düştüğünde ölçümü gerçekleştirmemesi, radyo frekanslarının ve elektromanyetik cisimlerin yarattığı interferansı anlayarak bu yönde uyarı verebilen detektör içermesi, barometrik basınçölçer ile dış ortam basıncını ölçerek otomatik doğrulama yapabilmesi, alkol miktarı önceden bilinen standart karışımlar ile her ölçüm öncesinde doğrulama testi yapabilmesi, birden fazla dalga boyunda ölçüm yapan IR (Infrared) teknolojisini veya IR ve fuel cell teknolojisini bir arada kullanarak yanlış pozitiflikleri engelleyebilmesi*" özelliklerinin de bulunması gerektiği ifade edilmektedir.⁹

Danıştay 8. Dairesi tarafından alkollü içki almış sürücülerin alkol miktarlarının teknik cihazla ya da kan testiyle yapılması usullerinden hangisinin daha doğru ve gerçekçi sonuçlar vereceği, hangisinden uygulamada daha çabuk sonuç alınacağı hususlarının bilimsel olarak ortaya konulabilmesi amacıyla, konunun uzmanlarından oluşturulan bir kurula bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Bilirkişi heyetinin 27.10.2009 günlü raporu ve 10.12.2009 günlü ek raporunda, "*...kandaki alkol tayininin tespitinde kamu otoritelerinin onayı ile kullanıma sunulan*

... nın duruşmada 15.12.2012 tarihli celsedeki, sanığın halinden aşırı derecede alkollü olduğunun anlaşılıyor olduğuna; tanık ... nın Köprübaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 05.03.2012 tarihli talimat duruşmasındaki, sanığın ayakta durmakta zorlandığı ve konuşmasının alkollü ya da madde almış gibi görüldüğüne dair açık beyanları" Yar. 12. CD, E.2012/30564, K.2014/434, 15.01.2014, (UYAP).

⁹ Faruk Aşıcıoğlu ve diğerleri, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol," *Adli Tıp Dergisi* 23, no. 3 (2009): 14.

kalibrasyon ayarları yapılmış ve taşınabilir özellikteki teknik cihazların, kandaki alkol seviyelerini göstermede pratik kullanım açısından faydalı olabileceği, bu yöntemde ortaya çıkabilecek muhtemel problemlerin ölçümlerin tekrarlanabilirliği ile azaltılabileceği, solunum yolu ile alkol düzeyinin ilgili kamu otoriteleri tarafından onaylanmış, uygun belgeye sahip, kalibrasyon ayarı yapılmış ve taşınabilir cihazlarla ölçümünün bilimsel olarak kabul edilebilir olduğu, kan alkol düzeyleri ölçümü ile solunum havasından alkol düzeyi ölçümü arasında istatistiksel bir fark olmadığı ve ülkemizde ve dünyada alveol havasından alkol tayininin yaygın olarak kullanıldığı...” ifade edilmiştir.¹⁰

Alkol ölçümünde kullanılacak teknik cihazların, yönetmelikte ifade edilen özellikleri dışında birtakım özelliklere sahip olması gerektiği görüşü ve Danıştay tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen rapor değerlendirildiğinde; teknik cihaz ile vücuttaki alkol oranının tespitinin yapılabileceği, fakat bu tespit sonucunun kesin bir şekilde doğru sonuçlar veremeyebileceği, muhtemel problemlerin ölçümlerin tekrar edilmesi ile azaltılabileceği görülmektedir. Kanaatimizce teknik cihaz kullanımının pratik olması da dikkate alındığında trafik denetimlerinin zamanında, trafik seyrini zorlaştırmadan hızlı ve düzenli bir şekilde yapılabilmesi için alkol miktarının tespitinde teknik cihaz kullanılması uygundur. Fakat teknik cihaz ile yapılan ölçüme sürücünün itiraz edememesi hususunun yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Sürücünün yapılan ölçüme itiraz etmesi durumunda yeniden ölçüm yapılmalı, yapılan ölçümlerden sürücünün lehine olan nihai sonuç olarak kabul edilerek bu orana göre işlem yapılmalıdır.

Rutin trafik denetimlerinde her ne kadar alkol oranının tespitinde sadece teknik cihaz kullanılacağı ifade edilse de kişinin kendi imkanları ile sağlık kuruluşuna başvurmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Danıştay “*rutin trafik denetiminde yapılan ölçüm sonucunda kişinin bir sağlık kuruluşuna*

¹⁰ Dan. 8. D, E.2007/8946, K.2011/150, 19.01.2011, (UYAP).

başvurmasını, tekrar ölçüm yapılmasını engeller nitelikte bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendinde de görevlilerce tekrar ölçüm yapılmayacağı belirtilmiş, ancak yine kişinin kendi imkanlarıyla sağlık kuruluşuna başvurmasını engelleyen bir düzenleme yapılmamıştır. Bu itibarla; davacının, alkol ölçümünün doğru olmadığı yönündeki iddiasını ispatlama imkanının ortadan kaldırılmaması gerekmekte olup; aksi yaklaşım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında savunma hakkının ve Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin hukuka aykırı bir biçimde sınırlandırılması anlamını taşıyacaktır. Bu değerlendirmeler karşısında; davacının, kanındaki alkol oranının tespiti bakımından kendi imkanlarıyla yaptırdığı kan testinin değerlendirmesi gerekmektedir.”¹¹ kararı ile sürücünün teknik cihaz ile yapılan ölçüm sonucunun hatalı olduğunu düşünmesi durumunda bunu ispatlamasının engellenemeyeceğini ifade etmektedir.¹²

Danıştay ve Danıştay İDDK içtihatlarına¹³ bakıldığında, sürücünün tek başına gidip kan tahlili yaptırmasında herhangi bir engelin bulunmadığı görülmektedir. Bu konuda farklı bölge idare mahkemelerinin ise farklı yönde kararlar verdiği

¹¹ Dan. 8. D, E.2020/3631 YD, 20.10.2020, (UYAP).

¹² Başka bir mahkeme kararında da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “...trafik ekiplerince veya Cumhuriyet Savcılığınca herhangi bir sevk olmaksızın kendi imkanlarıyla aldıkları raporların da hak arama özgürlüğü açısından yargılamaya esas alınması gerektiği, kaldı ki; hukuken aksi ispat edilene kadar doğru olarak kabul edilmesi gereken ve maddi gerçeğe ulaşmada delil niteliği taşıyan bu raporların yargı merciince göz ardı edilmesinin mümkün olmayacağı ve böyle bir değerlendirmenin yapılmamasının hakkaniyete aykırı olacağı sonucuna varılmaktadır...” Dan. 15. D, E.2014/9456, K.2015/7970, 24.11.2015, (UYAP).

¹³ Dan. İDDK, E.2018/1907, K.2019/925, 06.03.2019, (UYAP); Dan. İDDK, E.2017/423, K.2018/690, 28.02.2018, (UYAP); Dan. İDDK, E.2017/403, K.2018/688, 28.02.2018, (UYAP); Dan. İDDK, E.2016/3921, K.2018/686, 28.02.2018, (UYAP); Dan. 15. D, E.2017/1993, K.2017/5196, 05.10.2017, (UYAP); Dan. 15. D, E.2018/1878, K.2018/8029, 04.12.2018, (UYAP).

görülmektedir. Örneğin, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi de Danıştay ve Danıştay İDDK içtihatları ile benzer yönde kararlar vererek sürücünün tek başına gidip kan tahlili yaptırmasında herhangi bir engelin bulunmadığını kabul ederken¹⁴; İzmir Bölge İdare Mahkemesi sürücünün tek başına gidip kan tahlili yaptırması usulünün mevzuatta öngörülmediği gerekçesi ile bu sonuçların delil niteliğinde kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.¹⁵

¹⁴ "...davacının trafik ekiplerince yapılan kontrollerde teknik cihaz kullanılarak 13.01.2017 tarihi saat 15.04'te yapılan alkol kontrolünde 1,18 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, alkollü olmadığı yolundaki itirazlarının dikkate alınmadığı, kendi çabası ile gittiği Adli Tıp Kurumunda 13.01.2017 tarihi saat 17.31'da kan numunesi verdiği ve yapılan kan analizinde davacının 0 promil alkollü olduğunun tespit edildiği... uyuşmazlık kapsamında hukuki anlamda delil olarak kabulü zorunlu olan Adli Tıp Kurumu raporuna göre iki ölçüm arasında yaklaşık 2 saat 27 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 1,18 promilden 0,00 promile düşmesinin bilimsel olarak (Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiği uyarınca) mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçümü yapan teknik cihazın doğru ölçüm yapmadığı, ölçüm sonucunun sağlıklı olmadığı, ölçüm cihazının gerçek durumu tespit edecek özelliklerini kaybettiği..." İstanbul BİM 8. İDD, E.2017/2637, K.2018/53, 10.01.2018, (UYAP).

¹⁵ "...davacının Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde öngörülmeleyen bir usulle trafik görevlilerinin gözetimi de olmaksızın tek başına gittiği Denizli Devlet Hastanesinden alınan ve hukuken geçerliliği tartışma konusu yapılabilecek laboratuvar tetkik sonucunun hukuki dayanağı ve önemi, delil olma niteliği bulunmadığından..." İzmir BİM 5. İDD, E.2017/2006, K.2017/3078, 29.12.2017, (UYAP); Benzer Kararlar: İzmir BİM 5. İDD, E.2018/522, K.2018/588, 22.03.2018, (UYAP); İzmir BİM 5. İDD, E.2020/1679, K.2021/38, 19.01.2021, (UYAP). Danıştay da eski tarihli kararlarında (Dan. 15. D, E.2014/6115, K.2014/8906, 31.03.2014, (UYAP)) benzer yönde kararlar verirken; içtihat değişikliğine giderek sonraki kararlarında (Dan. 15. D, E.2015/8430, K.2015/9121, 23.12.2015 (UYAP)) sürücünün tek başına sağlık kuruluşuna gidip kan tahlili yaptırmasını delil olarak kabul etmektedir.

B. Rutin Trafik Kontrolünde Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılıp Kullanılmadığının Tespiti

Araç sürücüleri trafik görevlileri tarafından her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirken, uyuşturucu veya uyarıcı madde kontrolüne ise sadece durumundan şüphede edilen sürücüler tabi tutulacaktır (KTY md. 97/2). Maddenin 4. fıkrasında trafik görevlilerince sürücülerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılıp kullanılmadığının tespitindeki¹⁶ usul ve esaslar detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Uyuşturucu madde tespiti, alkol tespitinde olduğu gibi teknik cihaz ile yapılacak; sürücüden alınacak solunum havası, tükürük ya da benzeri biyolojik örnekler üzerinden tespit işlemi yapılacaktır. Tespit işlemi, tek kullanımlık test kitleri ile yapılacak, ayrıca bu kitler ile birlikte tarih, saat, ölçüm sonucu ve cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen test cihazları da kullanılabilir. Yasada alkol miktarının yasal oranı düzenlenmişken uyuşturucu madde için böyle bir düzenleme yapılmamış, bunun yerine tespit için aranacak olan eşik değerleri Adalet Bakanlığı (Adli Tıp Kurumu) ve Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığınca müştereken belirleneceği düzenlenmiştir (KTY md. 97/4-a). Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Dairesi Başkanlığı tarafından yayınlanan Trafik Denetimlerinde ve Trafik Kazalarında

¹⁶ Çalışmada anlatım sadeliğini sağlamak amacıyla “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılıp kullanılmadığının tespiti” kavramı yerine “uyuşturucu madde tespiti” kavramı; “uyuşturucu veya uyarıcı madde” kavramı yerine “uyuşturucu madde” kavramı kullanılacaktır.

Alınacak Önlemlere İlişkin Yönerge 'nin¹⁷ “Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde denetiminde dikkat edilecek hususlar” başlıklı 29. maddesinin 3. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde almış olanların tespitinin esasları düzenlenmiş fakat tespit için aranacak olan eşik değerlere yönergede de yer verilmemiştir. Her ne kadar eşik değerlere ilgili idari düzenlemelerde yer verilmese de tespit için uygulamada kullanılan¹⁸ Uyuşturucu Test Kiti (UTK) isimli cihaz ile 7 farklı uyuşturucu veya uyarıcı madde tespiti yapılmakta, uyuşturucu veya uyarıcı maddelere yönelik eşik değerlere de ilgili cihazın internet sitesinde yer verilmektedir.¹⁹

Alkol oranının tespitinde, alkol oranının yasal sınırın üzerinde çıkması halinde doğrudan idari ve/veya adli yaptırım uygulanırken; uyuşturucu madde tespiti sonucunda ise sonucun pozitif çıkması durumunda doğrudan idari ve/veya adli yaptırım uygulanamayacaktır. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97/4-b maddesine göre test sonucu pozitif çıkan sürücü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında uyuşturucu madde tespitinin yapılması amacıyla mahalli zabıtaya teslim edilecektir. Daha sonra araç sürücüsü, Cumhuriyet savcısının talimatıyla CMK 75/1 maddesi uyarınca

¹⁷ “Trafik Denetimlerinde ve Trafik Kazalarında Alınacak Önlemlere İlişkin Yönerge,” Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Dairesi Başkanlığı, Erişim tarihi: 17 Kasım, 2021, http://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/Trf_Kaza_Yonerge.pdf.

¹⁸ “Mersinde Trafikte Uyuşturucu Testi Dönemi Başladı,” TRT Haber, Erişim tarihi: 21 Kasım, 2021, <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/mersinde-trafikte-uyusturucu-testi-donemi-basladi-420831.html>.

¹⁹ Bu maddeler ve eşik değerler şu şekildedir: Amfetamin (AMP) 50 ng/ml; Metamfetamin (MET) 50 ng/ml; Ekstazi 50 ng/ml; Benzodiazepinler (BZD) 20 ng/ml; Kokain (COC) 30 ng/ml; Opiatlar (OPI) 40 ng/ml; Esrar (THC) 25 ng/ml. “UTK-Uyuşturucu Test Kiti,” Armas Elektronik, Erişim tarihi: 17 Kasım, 2021, <https://www.armaselektronik.com/uyusturucu-olcum-sistemleri/uyusturucu-olcum-kiti/utk-uyusturucu-test-kiti>.

kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılmak üzere en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülecek, burada yapılan tespit sonucunda uyuşturucu madde kullandığı tespit edilen sürücü hakkında KTK kapsamında işlem yapılması için mahalli zabıta tarafından ilgili trafik kuruluşuna, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre adli işlem yapılmak üzere ise adli birimlere bilgi verilecektir. Trafik kuruluşunca, uyuşturucu madde kullandığı tespit edilen sürücüye 6.909 Türk lirası idari para cezası verilecek ve sürücü belgesi beş yıl süreyle geçici olarak geri alınacaktır.

Trafik görevlilerince uyuşturucu madde tespiti amacıyla teknik cihaz kullanılacağı düzenlenmiş, sürücülerin teknik cihaz kullanılmasını kabul etmemesi halinde ise sürücüye, bu eylemi nedeniyle 3.836 Türk lirası idari para cezası ve sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınması cezası verileceği düzenlenmiştir (KTK md. 48/9 ve KTY md. 97/4-c). Alkol oranının tespitinde de aynı usul uygulanmakta iken uyuşturucu madde tespitinde sürücü, teknik cihaz kullanılmasını kabul etmemesi halinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında tespit yaptırılmak üzere mahalli zabıtaya teslim edilecektir. Böylece uyuşturucu madde tespitinde sürücülerin tespitten kaçınma imkânı bulunmamakta, sadece teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeme imkânı bulunmaktadır. Mahalli zabıta tarafından Cumhuriyet savcısının talimatına göre tespit işlemleri yaptırılacak, tespit sonucunda sürücünün uyuşturucu kullandığı tespit edilirse hakkında ayrıca trafik görevlilerince 6.909 Türk lirası idari para cezası ve sürücü belgesinin beş yıl süreyle geçici olarak geri alınması cezası verilecektir. Uyuşturucu madde kullandığından şüphelenilen fakat trafik görevlilerince teknik cihaz bulunmaması nedeniyle ölçüm yapılamayan sürücü de tespit yaptırılmak üzere mahalli zabıtaya teslim edilerek aynı işlemler yapılacaktır.

C. Yaralanma veya Ölümle Sonuçlanan Kazalar ya da Trafik Görevlilerince El Konulan Maddi Hasarlı Trafik Kazası Durumunda Yapılacak Tespit

Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına²⁰ karışması hâlinde, KTK 48/2. maddesinde belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunlu tutulmuştur (KTK md. 48/3). Yani sürücünün uyuşturucu madde kullanıp kullanılmadığının ya da alkollü bir şekilde araç sürüp sürmediğinin tespiti teknik cihaz ile yapılacaktır. Maddenin devamında teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen sürücülerin, sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınacağı düzenlenmiştir.

Sürücülerin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı ya da alkolün kandaki miktarının tespiti amacıyla, kollukça ikinci ve üçüncü fıkraların (a) bentlerinde belirtilen teknik cihaz kullanılacaktır (KTY md. 97/5-a). Yönetmelikte ikinci ve üçüncü fıkralar şeklinde yazılmış olsa da burada üçüncü ve dördüncü fıkraların (a) bentleri kastedilmektedir.

Alkol ve uyuşturucu madde tespitinde olduğu gibi trafik kazasına karışarak teknik cihazla ölçüm yapılmasına izin vermeyen sürücülere Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca 3.836 Türk lirası idari para cezası verilerek sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınacaktır (KTY md. 97/5-b). Düzenleme açık bir şekilde sürücünün ölçüm yapılmasına izin vermemesi durumunda, sürücüye bu eylemi nedeniyle öncelikle idari yaptırım uygulanacağı, sonrasında en yakın adli tıp

²⁰ Çalışmada anlatım sadeliğini sağlamak amacıyla "yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazası" kavramı yerine "trafik kazası" kavramı kullanılacaktır.

kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşuna götürüleceği düzenlenmişken aksi yönündeki kararlar düzenlemeye aykırılık oluşturmaktadır.²¹

Trafik kazası sonucunda sürücünün ölçüm yapılmasına izin vermemesi durumunda, sürücünün alkol veya uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla sürücü, mahalli zabıta tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşuna götürülecek ve uyuşturucu madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücudundan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılacaktır.²² Tespit sonucunda uyuşturucu kullandığı anlaşılanlar hakkında KTK md. 48/8 uyarınca, alkollü olduğu

²¹ “davacının sevk ve idaresindeki ... plakalı araç ile seyir halinde iken, meydana gelen tek taraflı maddi hasarlı trafik kazasında, olay yerine gelen trafik ekibince, alkolmetre cihazını üflemeği reddeden davacının, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48.maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca kollukça en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örneklerin alınmasını sağlaması gerekirken, bu hükmün gerekleri yapılmaksızın davacının alkolmetre cihazını üflememesi nedeniyle 2918 sayılı Kanunun 48. maddesinin 9. fıkrası hükmü uyarınca sürücü belgesinin iki yıl süre ile geri alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” İzmir BİM 5. İDD, E.2017/381, K.2017/489, 28.03.2017, (UYAP).

²² “Dosyanın incelenmesinden, davacının, ... plakalı aracıyla, 15.09.2017 günü saat 07:45 sıralarında E-80 Otoyolu üzerinde Edirne istikametinden gelip Kapıkule istikametine doğru seyir halinde iken yaralamalı ve maddi hasarlı trafik kazasına karıştığı, olay yerine gelen trafik zabıtasınca teknik cihazla saat 08:28'de yapılan denetimde davacının alkol oranının 0.83 promil olarak ölçüldüğü, söz konusu tespit esas alınarak da dava konusu işlemin tesis edildiği... olayda, trafik kazalarına karışan sürücülerin teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz etmeleri durumunda, alkol oranının tespiti için mevzuatta yazılan sağlık kuruluşlarından birine götürülmesi gerektiği...” İstanbul BİM 8. İDD, E.2018/853, K.2018/1399, 03.10.2018, (UYAP).

anlaşılanlar hakkında ise KTK md. 48/5 uyarınca idari para cezası verilerek sürücü belgesi geçici olarak geri alınacaktır (KTY md. 97/5-b-1 ve 2). Ayrıca 0,50 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen hususi otomobil sürücüleri ile 0,20 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen diğer araç sürücüleri, trafik kazasına sebebiyet vermeleri halinde Türk Ceza Kanunu'na göre adli işlem yapılmak üzere mahalli zabıtaya teslim edileceklerdir (KTK md. 48/7 ve KTY md. 97/5-ç).

Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığının 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında; kan-alkol düzeyindeki azalmanın zamanla orantılı olarak değişimi hakkında yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı, adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiği belirtilmiştir.²³ Görüldüğü üzere vücutta bulunan alkol oranı zamana bağlı olarak değişmekte, kişi alkol kullandıktan sonra vücudundaki alkol oranı zamanla azalarak belirli bir süre sonra tamamen sıfırlanmaktadır.

KTY md. 97/5-b-3'te de vücuttaki alkol düzeyinin değişimi ile alakalı düzenleme yer almaktadır. Buna göre KTY'nin 97/5-b-3 maddesi uyarınca sürücünün teknik cihaz ile yapılan ölçüm sonucuna itiraz etmesi ve bu nedenle tespitin sağlık kuruluşlarında yaptırılması halinde, her iki tespit arasındaki süre göz önünde bulundurularak sağlık kuruluşunda yapılan tespit sonucuna ilk ölçümü yapan trafik kuruluşu tarafından her bir saat için 0,15 promil eklenmek suretiyle alkol oranı belirlenecek ve çıkan sonuca göre işlem tesis edilecektir.²⁴ Teknik

²³ Dan. İDDK, E.2018/1907, K.2019/925, 06.03.2019, (UYAP).

²⁴ "Bilimsel çalışmalarda, alkole toleransın kişiden kişiye değişeceği gibi aynı kişide de farklı zamanlarda reaksiyonlarda farklılık olabileceği, kişinin yaşı, kilosu, cinsiyeti, metabolizma hızı, açlık ve tokluk durumu gibi pek çok

cihazla ölçüm yapılmasına izin verilmemesi halinde ise kaza saati ile sağlık kuruluşunda yapılan tespit saati arasındaki süre göz önünde bulundurulacaktır.

Son olarak trafik kazası sonucunda sürücünün ölmesi veya teknik cihaza üfleyemeyecek kadar yaralanmış olması hâlinde teknik cihaz aracılığıyla tespit yapılamamaktadır. Böyle durumlarda Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97/5-c maddesi uyarınca sürücünün vücudundan sevk edildiği sağlık kuruluşunda kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınarak tespit yapılacaktır.

D. Mükerrer Cezalandırma Yasağı (Non Bis İn İdem) ve Hukuka Uygunluk

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan 'non bis in idem' ilkesi, suç işleyen failin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanamaması ya da cezalandırılmaması anlamına gelmektedir.²⁵ Tanımdan da anlaşılacağı üzere mükerrer

nedene bağlı olarak vücuttaki alkol oranının azalma hızının değişebileceği kabul edilmektedir. Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında da zamanla orantılı olarak kan-alkol düzeyindeki azalma ile ilgili yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı, adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiği belirtilmiştir." Dan. 15. D, E.2018/4881, K.2019/240, 23.01.2019, (UYAP).

²⁵ İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar* (İstanbul: İÜ Yayın No: 3326, 1985), 35.; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım, 2006), 39.; Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 88.; Yücel Oğurlu, "Ceza Muhakemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne bis in idem" Kuralı," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 2 (2003): 103.; Mustafa Özen, "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 no. 1 (2010): 391.

cezalandırma yasağının aynı kişi ve aynı fiil olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan non bis in idem ilkesi, sınırlı da olsa idari yaptırımlar hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır.²⁶

Rutin trafik kontrolünde, teknik cihaz haricinde herhangi bir şekilde alkol tespiti yapılamayacağı ifade edilse de teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeme eyleminden ötürü sürücüye KTK md. 48/9 uyarınca idari yaptırım uygulanmasının ardından sürücünün alkollü olduğunun bir şekilde tespit edilmesi halinde ayrıca sürücüye alkollü araç sürmesi nedeniyle idari yaptırım uygulanabilmektedir.²⁷

İkinci olarak uyuşturucu madde tespitinde teknik cihaz kullanılmasının kabul edilmemesi durumunda, sürücü mahalli zabıtaya teslim edilerek yönetmelikte ifade edildiği şekilde uyuşturucu kullanıp kullanmadığı tespit edilecek, sürücünün uyuşturucu madde kullandığının tespiti halinde hem KTK md. 48/8 uyarınca uyuşturucu kullanıldığı için hem de KTK md. 48/9 uyarınca kollukça teknik cihaz kullanılmasının kabul edilmemesi eyleminden ötürü idari yaptırım uygulanacaktır.

²⁶ Yücel Oğurlu, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı," *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (1999): 190.

²⁷ "Samsun ili, Atakum ilçesi, Adanan Menderes Bulvarı üzerinde 09.10.2015 tarihinde saat 00.15 sıralarında koruma polisleri tarafından uyarılan davacının yol ortasında aracını durdurarak kendi aracının bagajından çıkararak silahını eline aldığı, uyarılara rağmen elinden silahı bırakmaması üzerine davacıya gerekli müdahalenin yapılarak silahının elinden alınarak davacının kontrol altına alındığı, asayiş ve trafik ekiplerine haber verilerek olay yerine gelen asayiş ve trafik ekiplerine teslim edildiği, polis merkezine götürülen davacıya alkol kontrolü yapılmak istendiği, söz konusu istemi reddettiği ve sürücü belgesinin istenilmesine rağmen vermemesi nedeniyle davacıya bu eylemi sebebiyle idari para cezası verildiği ve sürücü belgesine 2 yıl süreyle el konulduğu, adli işlemlere esas olmak üzere sevk edildiği Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan alkol ölçümünde 1.90 promil alkollü çıkması üzerine bu eylemi sebebiyle de idari para cezası verildiği ve ehliyetine 6 ay süreyle el konulduğu..." Dan. 15. D, E.2016/8344, K.2017/1498, 03.04.2017, (UYAP).

Son olarak trafik kazasına karışarak teknik cihazla alkol veya uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tespitine yönelik ölçüm yapılmasına izin vermeyen sürücülere hem KTK md. 48/9 uyarınca bu eyleminden ötürü idari yaptırım uygulanacak hem de yapılan tespit sonucunda uyuşturucu madde kullandığı ya da alkollü olduğu anlaşılanlar hakkında ayrıca KTK'nın 48. maddesinin eylemine uygun fıkrasından işlem yapılacaktır.

Teknik cihaz kullanılmasının amacı uyuşturucu madde ya da alkol kullanılarak araç sürme eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesidir. Sürücü tarafından teknik cihazla ölçüm yapılmasına müsaade edilmeyip akabinde alkol ya da uyuşturucu madde kullandığı tespit edilirse bu durumda teknik cihaz kullanılmasındaki amaç gerçekleşmiş olmaktadır. Fakat sonradan tespit yapılmış olsa bile yasal düzenlemeler gereği sürücülere aynı olayda iki farklı idari yaptırım uygulanması, mükerrer cezalandırma yasağını gündeme getirmektedir.²⁸

Mükerrer cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için hem kişi unsurunun hem de fiilin aynı olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/65, K. 2014/150 sayılı iptal davasında teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi eylemi için *"...kuralda yaptırıma bağlanmış olan denetime uyulmaması eyleminin alkollü araç kullanımı eyleminden bağımsız ve farklı bir eylem..."* olduğunu ifade etmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da *"2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinde, alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiilleri, ayrı ayrı ceza gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda, aynı somut ya da soyut olgular nedeniyle failin cezasının haksız yere ikinci kez artırılması ya*

²⁸ Aynı doğrultuda bkz. Mustafa Avcı ve Hüseyin Bilgin, "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süre El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (2019): 154.

da indirilmesi yasağını ifade eden mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında konu değerlendirildiğinde, her iki fiilin birbirinden bağımsız fiiller olduğu ve her bir fiil için Kanun'da farklı cezalar öngörüldüğü görülmekte olup, sürücülerin alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiillerini işlemeleri durumunda bu fiiller için öngörülen cezalar ile cezalandırılmaları, mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilemez.”²⁹ kararı ile söz konusu eylemlerin farklı eylemler olduğunu kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay İDDK'nın de ifade ettiği üzere, söz konusu eylemlerin farklı olması mükerrer cezalandırma yasağının şartlarını sağlamamaktadır. Bu nedenle sonradan tespit yapılmış olsa bile yasal düzenlemeler gereği sürücülere aynı olayda iki farklı idari yaptırım uygulanması mükerrer cezalandırma yasağı kapsamına girmemektedir.

Diğer taraftan teknik cihaz kullanılmasının kabul edilmemesi eylemi nedeniyle uygulanan idari yaptırımdan sonra alkol veya uyuşturucu madde kullanımından ötürü ayrı bir idari yaptırım uygulanması hususunun hukuka uygunluğu sorunu, yargı kararları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Uyuşturucu madde tespitinde (KTY md. 97/4-c) ve trafik kazasına karışan sürücülerin alkol oranları ile uyuşturucu madde kullanıp kullanmadıklarının tespitinde (KTY md. 97/5-b-1-2); sürücülerin teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmemeleri halinde önce bu eylemlerinden ötürü idari yaptırım uygulanacağı, daha sonra sağlık kuruluşunda tespit işlemi yapılacağı; tespit sonucu şartlar gerçekleşmişse KTK md. 48/5 ve/veya KTK md. 48/8 uyarınca ayrıca idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. KTK ve KTY'de teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi eylemi ile alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde araç sürme eylemleri nedeniyle

²⁹ Dan. İDDK, E.2016/4527, K.2017/18, 16.01.2017, (UYAP).

farklı cezalar verileceği açık bir şekilde düzenlediğinden dolayı bu noktada hukuka aykırılık sorunu bulunmamaktadır.

Hukuka uygunluk sorunu, rutin trafik kontrolleri sırasında yapılan alkol tespitinde kendisini göstermektedir. Teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi nedeniyle idari yaptırım uygulanacağı, akabinde bu sürücülerin trafikten men edileceği düzenlenmiş; bunun dışında bir işlem yapılacağı düzenlenmemiştir. KTK md. 48/9 düzenlemesi gereği idari yaptırım uygulandıktan sonra yeniden bir tespit yapılması yasada düzenlenmediğinden, sonradan herhangi bir şekilde yapılan tespit ile yeni bir idari yaptırımın uygulanması hukuka uygunluk sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Danıştay eski tarihli kararlarında rutin trafik kontrolünde sürücü tarafından teknik cihaz kullanılmasının kabul edilmemesinden sonra sürücünün alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürdüğünün tespit edilmesi sonucunda madde ile hedeflenen nihai amacın hâsıl olduğunu, bu nedenle sürücünün iki defa cezalandırılmasının hukuka uygun olmadığına karar vermekteyken,³⁰ yakın tarihli

³⁰ "Uyuşmazlık konusu olayda; her ne kadar davacı hakkında 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme' fiilinden dolayı idari para cezası verilmiş ise de, müteakip süreçte hastanede yapılan kontrolde davacının alkollü olduğu tespit edilmiş ve "Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı" başlıklı madde ile hedeflenen nihai amaç hasıl olmuş, bir başka deyişle sürücünün 'alkollü' olduğu tespit edilmiş ve bahsi geçen kabahate karşılık gelen idari para cezası verilmiş ve sürücü belgesi geri alınmış olup, açıklanan nedenlerle uyuşmazlık konusu olayda 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden' bahisle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." Dan. 15. D, E.2015/9217, K.2016/612, 05.02.2016, (UYAP). Aynı yönde kararlar için bkz. Dan. 15. D, E.2015/1813, K.2015/6874, 04.11.2015, (UYAP).; Dan. 15. D, E.2014/7841, K.2015/6604, 23.10.2015, (UYAP).

kararlarında ise iki farklı eylemden ötürü iki farklı idari yaptırım uygulanması gerektiğine karar vermektedir.³¹ Danıştay İDDK da sürücünün hem teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeme eyleminden ötürü hem de alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürme eyleminden ötürü ayrı ayrı idari yaptırım uygulanmasını hukuka uygun bulmaktadır.³²

Karayolları Trafik Kanunu md. 48/9 gereği idari yaptırım uygulandıktan sonra başka bir idari yaptırım uygulanacağı ya da başka bir işlem yapılacağı KTK'da düzenlenmese de yargı kararlarında görüldüğü üzere teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi eylemi dışında bir durumun varlığı halinde, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 13. maddesi uyarınca sürücüler sağlık kuruluşuna sevk

³¹ Dan. 15. D, E.2016/893, K.2016/4956, 17.10.2016, (UYAP).; Dan. 15. D, E.2015/8701, K.2016/613, 05.02.2016, (UYAP).; Dan. 15. D, E.2016/8344, K.2017/1498, 03.04.2017, (UYAP).

³² "Dosyanın incelenmesinden; davacının olay günü trafik ekiplerini görerek durduğu ve aracın şoför koltuğundan inerek kaçmaya başladığı, kaçarken düşmesi üzerine yakalandığı ve üzerinde silah tespit edildiği, trafik ekiplerince alkol kontrolü yapılmak istenildiği; ancak, alkolmetre cihazına üfleme reddetmesi üzerine hakkında, Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca ehliyetin geri alınması ve trafik para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği, davacının üzerinde bulunan ruhsatsız silah nedeniyle olay yerine çağrılan asayiş ekiplerince polis merkezine götürüldüğü, adli işleme esas olmak üzere sevk edildiği hastanede yapılan kontrol sonucu 1,98 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine yine aynı Kanununun 48. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ehliyetin geri alınması ve trafik para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği... davacı hakkında, alkollü araç kullandığından bahisle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık ve anılan işlemlerin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Dan. İDDK, E.2016/4411, K.2017/17, 16.01.2017, (UYAP).; Aynı yönde kararlar için bkz. Dan. İDDK, E.2017/1249, K.2018/687, 28.02.2018, (UYAP).; Dan. İDDK, E.2016/4527, K.2017/18, 16.01.2017, (UYAP).

edilmektedir.³³ Sürücünün sağlık kuruluşuna sevk edilmesinden sonra burada yapılan alkol tespiti, Karayolları Trafik Kanunu gereği yapılmamakta, bu tespit sürücünün genel adli muayene raporu için hastaneye sevk edilmesi sonucunda PVSU uyarınca adli işleme esas olmak üzere yapılmaktadır.

Trafik kontrolünde teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesinin (KTK md. 48/9) sonuçları kolluk tarafından sürücülere açık bir şekilde açıklanmasına rağmen sürücüler teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyerek KTK md. 48/5'te yer alan yaptırıma göre daha ağır yaptırım içeren teknik cihaza üfleme eylemini (KTK md. 48/9) tercih edebilirler. Diğer bir ifadeyle, KTK sürücüye seçenek sunmaktadır: Sürücü isterse teknik cihaz kullanılmasını kabul ederek çıkan promil oranına göre idari yaptırıma maruz kalır (KTK md. 48/5), isterse de teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeyerek bunun yaptırımına katlanır (KTK md. 48/9). Sürücü, teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeme tercihini kullandıktan sonra

³³ "Dava dosyasının incelenmesinden; 15.06.2019 günü saat 01:45 sıralarında, Sakarya İli, Tekeler Mahallesi kaynarca yolu üzerinde davacının, ... plakalı aracı ile seyir halindeyken, alkol uygulama noktasına 5 metre mesafede durduğunun görülmesi üzerine emniyet görevlilerinin aracın yanına giderek aracı kullanan davacıdan belgelerini istedikleri ve alkol kontrolü yapmak istedikleri, ölçümü reddetmesi halinde mevzuat uyarınca sürücü belgesine 2 yıl süreyle el konulacağı bilgisinin verildiği, davacının ise aracı kullanmadığını belirterek alkol ölçümünü reddettiği, işlem yapıldığı esnada davacının önce kaçmaya çalıştığı, akabinde bir polis memuruna saldırarak tehdit ve hakaret içerikli söylemlerde bulunduğu hususlarının görevli polis memurları tarafından tutanağa bağlandığı; davacının adli işlemler kapsamında polisler tarafından götürüldüğü Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesi Acil Servisinde saat 02:56'da yapılan alkol ölçümünde 1,65 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, dava konusu işlemlerin yanı sıra alkollü araç kullanması dolayısıyla davacının sürücü belgesine 6 ay süreyle el konulmasına ilişkin 15.06.2019 tarih ve 3941 sıra nolu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır." İstanbul BİM 8. D, E.2020/734, K.2020/695, 23.06.2020, (UYAP).

KTK gereği başka bir işlem yapılamaz. Şayet KTK md. 48/9 gereğince uygulanan idari yaptırımdan sonra herhangi bir şekilde yapılacak tespit ile sürücünün alkollü olduğu tespit edilir ve sürücüye KTK md. 48/5 dayanak kabul edilerek alkollü şekilde araç sürme nedeniyle idari yaptırım uygulanırsa bu durumda sürücüye sunulan seçeneklerden ikisinden de yaptırım uygulanmış olacaktır. Bu durum ise hem yasanın düzenlemesine hem de hukuka aykırı olacaktır.

KTK md. 48/9 gereği idari yaptırım uygulandıktan sonra sürücünün herhangi bir şekilde alkollü olduğu tespit edilirse sürücüye ayrıca alkollü araç sürmekten dolayı idari yaptırım uygulanamazken, şartları taşınması halinde adli yaptırım (KTK md. 48/6)³⁴ uygulanabileceği hususu gözden kaçırılmamalıdır. Sürücüye KTK md. 48/9 dışında idari yaptırım uygulanamazken, adli yaptırım uygulanabilmesinin temel iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi eylemi dışında bir eylem nedeniyle sürücüler sağlık kuruluşuna sevk edilerek alkol muayenesine tabi tutulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sağlık kuruluşunda yapılan alkol tespiti, sürücünün teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmemesi üzerine alkollü şekilde araç sürüp sürmediğinin tespiti amacıyla yapılmamakta, bu tespit PVSK uyarınca adli işleme esas olmak üzere yapılmaktadır. Adli işleme esas olmak üzere yapılan tespit sonucunda da 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücü, KTK md. 48/6 gereği TCK md. 179/3'te yer alan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işlemiş olduğundan dolayı sağlık kuruluşunda yapılan tespit ile adli yaptırım uygulanabilecektir. İkinci olarak yasa koyucu alkollü çıkmanın sonucunda hem idari (KTK md. 48/5) hem de adli (KTK md. 48/6) yaptırım uygulanması gerektiğini

³⁴ "Yapılan tespiti sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır." (KTK. md. 48/6)

düzenlemiştir. Sürücü teknik cihaza üflemeden KTK md. 48/5'ten daha ağır idari yaptırımını kabul etmiş olmakta, böylece tespit işlemi yapılmasına müsaade etmeyerek alkollü şekilde araç sürmenin idari ceza boyutunu peşinen ödemiş olmaktadır. Fakat sürücü KTK md. 48/9 uyarınca tespit işlemine müsaade etmeyerek KTK md. 48/6'da yer alan adli yaptırımın bedelini ödemiş olmamakta, bundan dolayı da sürücüye ayrıca adli yaptırım uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Sonuç olarak sürücü KTK. md. 48/9'da yer alan teknik cihaza üfleme eylemi ile KTK md. 48/6'da yer alan adli yaptırımdan kurtulma imkanına sahip olmadığından sürücünün 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilirse TCK md. 179/3 gereği adli soruşturma başlatılacaktır.

KTK md. 48/5 uyarınca alkollü bir biçimde araç sürme yasağının ilk ihlalde 1.339 Türk lirası idari para cezası yanında sürücü belgesinin geri alınma süresi altı ay, geriye doğru beş yıl içinde ikinci ihlalde idari para cezası 1.679 Türk lirası ve sürücü belgesinin geri alınma süresi iki yıl, üç ve daha fazla ihlal halinde ise idari para cezası 2.698 Türk lirası ve sürücü belgesinin geri alınma süresi beş yıldır. KTK md. 48/9 uyarınca teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesinin yaptırımı 3.836 Türk lirası idari para cezası ve sürücü belgesinin geri alınma süresi iki yıldır. Kanunun iki fıkrası değerlendirildiğinde; 5. fıkradaki idari yaptırım miktarı yalnızca yasağın geriye doğru beş yıl içinde üç ve daha fazla ihlal edilmesi halinde 9. fıkraya göre daha ağır olarak düzenlenmiştir. Alkollü araç süren sürücü, sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınması yaptırımından kurtulmak amacıyla teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeyebilir. Sürücünün böyle yaparak kanunu dolanmasının da önüne geçecek gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Son olarak sürücü 1.00 promilin üzerinde alkollü bir şekilde araç sürmesine rağmen sırf alkollü olduğunu gizlemek ve böylece adli yaptırımdan (KTK md. 48/6) kurtulmak amacıyla teknik cihaz kullanılmasından kaçınma niyetinde olabilir.

Sürücünün bu niyetle kanunu dolanmasının önüne geçecek gerekli düzenleme de yapılmalı ve bu düzenleme ile sürücünün trafik güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde araç sürdüğüne dair kollukta şüphe oluşması üzerine sürücü en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek alkol tespiti yaptırılmalıdır.

II. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA

A. Vücuttan Örnek Alma Kavramı ve Kanuni Dayanağı

İşlenen suçun aydınlatılması amacıyla insan bedenindeki suç izlerinin aranıp bulunması ve elde edilenlerin anlamlandırılması gerekmektedir.³⁵ Bu amaçla vücuttan örnek alınması yoluna başvurulmaktadır. Vücuttan kan, tükürük, tırnak, saç, vücut kılları, balgam, deri döküntüsü gibi örnekler alınabilir.³⁶ Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde de alkol veya uyuşturucu madde tespiti için vücuttan kan, tükürük veya idrar gibi örneklerin alınabileceği düzenlenmiştir.

Vücuttan örnek alınması temel olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanıktan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınabilmesinin şartları düzenlenmiştir. Kişinin vücudundan örnek alınması CMK md. 75 ile sıkı şekil şartlarına bağlanmış ve bu şartlar 6 fıkra halinde detaylı bir şekilde sıralanmıştır. 6 fıkra halinde sıralanan bu şartlardan sonra maddenin 7. fıkrası ile özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu düzenleme ile özel kanunlar gereğince yapılan alkol muayenesi

³⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 313.

³⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 597.

ve kan örneği alınması CMK md. 75'te belirtilen şartlara tabi olmaksızın gerçekleştirilebilecektir.³⁷ Özel kanunlar ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesindeki düzenlemeler kastedilmektedir.³⁸

CMK md. 75/7 yollamasıyla CMK md. 75'te belirtilen şartlara tabi olmaksızın KTK md. 48'e göre vücuttan örnek alınabileceği ifade edilmişken; KTK md. 48/3 uyarınca alkol ya da uyuşturucu madde tespitinde kullanılmak üzere vücuttan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alma işleminde CMK'nın 75. maddesindeki hükümlerinin, beşinci fıkrası³⁹ hariç olmak üzere uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemelerden çıkan sonuca göre KTK md. 48'de düzenlenen kabahat için vücuttan örnek alınırken yine CMK md. 75'te yer alan usullere uyulacak; sadece CMK md. 75/5'te yer alan üst sınırın iki yıldan daha az hapis cezasını gerektirmesi halinde vücuttan örnek alınamayacağı kuralı uygulanmayacaktır.

B. Vücuttan Örnek Alma Uygulamasının Anayasa'ya Uygunluğunun Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmü düzenlenmiş ve kişinin vücut bütünlüğü Anayasal düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Maddeye bakıldığında vücut bütünlüğüne müdahale edebilmek

³⁷ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 603.

³⁸ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 235.

³⁹ "Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz." (CMK md. 75/5).

için iki temel şarttan birinin yerine getirilmiş olması gerektiği görülmektedir. Buna göre müdahale için ya tıbbi bir zorunluluk mevcut olmalı ya da kanunda açık bir şekilde vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi düzenlenmiş olmalıdır. Bir kişinin vücudundan tıbbi zorunluluk halinin dışında adli bir amaçla örnek alınabilmesi için bu konuda kanunda bir düzenleme bulunmalıdır.⁴⁰ Aynı şekilde idari yaptırım uygulanabilmesi adına vücuttan örnek alınabilmesi için de kanunda düzenlemenin bulunması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." Bu madde ile Anayasada belirtilen hakların özlerine dokunmamak şartıyla ancak kanunla sınırlama yapılabileceği ve Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı kalınması gerektiği ifade edilmektedir. Böylece kişinin maddi ve manevi varlığına müdahale, sıkı şartlara bağlanarak güvence altına alınmıştır.

Vücuttan örnek alma, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturup temel hak ve özgürlükler kapsamına dâhil olduğundan; trafikte alkol veya uyuşturucu madde kullanılıp kullanılmadığının tespiti amacıyla vücuttan örnek alınabilmesi Anayasa'nın 13 ve 17. maddeleri uyarınca ancak kanunda yazılan haller doğrultusunda mümkündür.

Alkol tespiti bakımından; rutin trafik kontrolü sırasında alkol tespiti amacıyla sadece teknik cihaz kullanılacağı hem yasada hem de yönetmelikte düzenlenmiştir. Teknik cihazla yapılan tespit, kişinin cihaza üfleme şeklinde yapılmakta, diğer bir deyişle kişinin nefesinden tespit yapılmaktadır. Bu tespit yöntemi vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale

⁴⁰ Pervin, Aksoy İpekcioglu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19 (2013): 1158.

oluşturmadığından dolayı Anayasa'ya aykırılığından bahsedilemez.

Uyuşturucu madde tespiti bakımından; Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesinin 2. fıkrasında uyuşturucu tespiti amacıyla kollukça teknik cihazlar kullanılacağı ifade edilmiş, maddenin 14. fıkrasında uyuşturucu için kullanılacak teknik cihazların sahip olacağı asgari koşullar ile diğer usul ve esasların yönetmelikte gösterileceği ifade edilmiştir. Uygulamada alkol tespiti teknik cihaz ile nefesten yapılırken, uyuşturucu tespiti sürücünün ağzından alınan tükürük örneğinin teknik cihaza konulmasıyla gerçekteştirilmektedir.⁴¹ Böylece teknik cihaz ile yapılan ölçümde vücuttan örnek alma söz konusu olmaktadır.

Uyuşturucu madde tespiti için kanunda teknik cihaz dışında herhangi bir tespit yönteminden bahsedilmemiş, diğer usul ve esasların yönetmelikte düzenleneceği ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 97/4-b maddesinde ise teknik cihazla yapılan test sonucunun pozitif çıkması halinde sürücünün vücudundan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınırmak üzere en yakın sağlık kuruluşuna götürüleceği ifade edilmiştir. KTK'da tespit için teknik cihaz kullanılacağının ifade edilmesiyle yetinilmiş, yönetmelikte ise teknik cihaz ile yapılan test sonucunun pozitif çıkması üzerine vücuttan örnek alınacağı ifade edilmiştir. Kanunda açık bir şekilde vücuttan örnek alınacağı ifade edilmemiş fakat ifade edilen teknik cihazın kullanımı, vücuttan alınan tükürük örneğinin cihaza konulması şeklinde-dir. Böylece hem kanundaki düzenleme ile hem de yönetmelikteki düzenleme ile uyuşturucu madde tespitinde vücuttan örnek alma uygulaması gerçekteştirilmektedir. Teknik cihaz kullanılırken vücuttan tükürük örneği alınarak tespitin gerçekteştirilmesi göz önüne alındığında, yönetmelik ve

⁴¹ "Mersinde Trafikte Uyuşturucu Testi Dönemi Başladı," TRT Haber, Erişim tarihi: 12 Nisan, 2021, <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/mersinde-trafikte-uyusturucu-testi-donemi-basladi-420831.html>.

kanunun vücuttan örnek alınması hususunda benzer düzenlemeler içerdiği görülmektedir.

Teknik cihaz ile yapılan tespit sonucunun pozitif çıkmasıyla doğrudan idari yaptırım uygulamak yerine ayrıca vücuttan örnek alınmasının sürücülerin lehine olması ve KTK'da ifade edilen teknik cihaz kullanımında da vücuttan alınan tükürük örneğinin kullanılması söz konusu olsa da vücuttan örnek alma düzenlemesinin yönetmelikte yer alması Anayasa'nın 13 ve 17. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Kanunilik ilkesi gereği vücuttan hangi tür örneklerin alınabileceğinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Trafik kazası bakımından; KTK md. 48/3'te kişinin trafik kazasına karışması hâlinde sağlık kuruluşunda vücudundan örnek alınabileceği düzenlenmiş, vücuttan örnek alma uygulamasının CMK md. 75'teki hükümler çerçevesinde yapılacağı ifade edilmiştir. Düzenleme bu haliyle Anayasa'nın 13 ve 17. maddelerinde yer alan şartları sağlamaktadır.

C. Vücuttan Örnek Alma Uygulamasına Karar Verecek Makamlar

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin⁴² 3. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hâl kavramı, *"işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli"* olarak tanımlanmıştır. Vücutta bulunan alkol ile uyuşturucu maddenin zamanla azalması ve belirli bir süre sonra vücuttan tamamen atılmasından dolayı, sürücünün alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde araç sürüp sürmediğinin tespitinin hızlı ve usulüne uygun bir şekilde zamanında yapılması gerekmektedir.

⁴² RG. 01.06.2005, S. 25832.

Uyuşturucu madde tespitinde; yönetmeliğın 97/4-b maddesinde Cumhuriyet savcısının talimatıyla sürücünün sağılık kuruluşuna sevk edilerek vücudundan örnek alınacağı ifade edilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/1 maddesinde ise vücuttan örnek alma kararını hâkim veya mahkemenin verebileceğı, gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının verebileceğı düzenlenmiştir.

Trafik kazası bakımından; KTK md. 48/3'te vücuttan örnek alma uygulamasında CMK md. 75'in hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş, böylece vücuttan örnek alma kararını vermeye hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır. KTY md. 97/5-b-1-2 de ise mahalli zabıta veya trafik görevlileri tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek sürücünün sağılık kuruluşuna sevk edileceğı ve vücudundan örnek alınacağı ifade edilmiştir. Yönetmelikteki "Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek" ifadesiyle Cumhuriyet savcısının kararı olmadan, mahalli zabıta ya da trafik görevlileri tarafından vücuttan örnek alma uygulamasına karar verilebileceğı anlaşılmaktadır. KTK md. 48/3'te, CMK md. 75'in hükümlerinin uygulanacağı ifade edilirken, KTY'de karar yetkisinin kolluğa verilmiş gibi ifade edilmesi kanun ile yönetmeliğın uyumsuzluğuna neden olmaktadır. Mevcut düzenlemelerde kolluğın vücuttan örnek alma kararı verebilmesi mümkün olmadığından dolayı, yönetmelikte kullanılan "Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek" ifadesini "Cumhuriyet savcısının kararı ile" şeklinde anlamak gerekmektedir. Kanaatimizce trafikte hızlı bir şekilde mevcut delillerin toplanması gerektiğinden dolayı kan, tükürük ve idrar gibi vücuttan alınması zor olmayan ve kişinin sağılığına herhangi bir zararı olmayan örnekleri almaya karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve/veya kolluk görevlilerine verilmelidir. Bu yetkinin de KTY'de değıl açık bir şekilde KTK'de düzenlenmesi gerekmektedir. 24.08.2017 tarihinde Alman Ceza Usul Kanunu'nun 81a maddesinin 2. fıkrasına eklenen yeni bir cümle

ile trafikte sarhoş vaziyette araba kullanma durumunda şüpheliden kan örneği alınmasına karar verme yetkisinde değişikliğe gidilmiş ve hâkimin karar verme zorunluluğu kaldırılarak savcı ve/veya polis yetkili kılınmıştır.⁴³ Alman Ceza Usul Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ya da Ceza Muhakemesi Kanunu md. 75/7 yollamasıyla KTK'da yapılması yerinde olacaktır.

KTY ile hem uyuşturucu madde tespitinde (KTY md. 97/4/b) hem de trafik kazası sonrası yapılan tespitte (KTY md. 97/5/b/1-2), vücuttan örnek almaya karar verme yetkisi CMK md. 75/1 de düzenlenen şekli ile hâkim ya da mahkemeye değil, doğrudan Cumhuriyet savcısına verilerek uyuşturucu madde tespitinde ya da trafik kazasının mevcudiyetinde gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcut olduğu kabul edilmiştir. Zamanında tespit yapılmadığı takdirde alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde araç sürüp sürmediğinin tespitinin bir daha yapılamayacağından dolayı, kanaatimizce de uyuşturucu madde tespitinde ve trafik kazası sonrası yapılan tespitte doğrudan gecikmesinde sakınca bulunan hâlin mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında kararı Cumhuriyet savcısının vermesi yerinde bir düzenlemedir.

D. Sürücünün Rızası

KTK md. 48/3'te sürücünün vücudundan örnek alınacağı düzenlenmiş fakat sürücünün vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi durumunda zor kullanılıp kullanılmayacağı ya da zor kullanmanın nasıl yapılacağı hususu düzenlenmemiştir. Aynı şekilde CMK md. 75'te de vücuttan örnek alma uygulamasının şartları düzenlenmiş olmasına

⁴³ Reşit Karaaslan, "Trafik Suçlarında Şüpheliden Kan Örneği Alınmasına İlişkin Alman Ceza Muhakemesi Hukukundaki Önemli Kararlar ve Türk Hukukuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler," *Ceza Hukuku Dergisi* 14, no. 39 (2019): 61.

rağmen kişinin vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi hali hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 18/1. maddesinde⁴⁴ öncelikle vücudundan örnek alınacak kişiye gerekli açıklamaların yapılacağı, kişinin müdahaleye rıza göstermemesi durumunda ise bu işlemlerin yapılabilmesi için Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gerekli önlemlerin alınacağı ifade edilmekle kişinin rızasının bulunmaması durumunda örnek alınabileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin bu hükmüne göre kişi, zor kullanılarak muayene yapılacak yere götürülebilir, zorla üstü çıkartılabilir, muayene masasına yatırılabilir ve elleri tutulabilir.⁴⁵

KTK md. 48 uyarınca kan örneği alma işlemi, diğer tıbbi müdahalelere oranla tehlikesiz ve basit bir işlem olduğundan kan örneğinin alınması kişinin rızasına gerek olmayan hukuki bir işlemdir.⁴⁶ CMK'da yer alan beden muayenesi, her koruma tedbirinde yer alan potansiyel zorlamayı içinde barındırdığından dolayı kişinin rızası olmasa da gerektiğinde zor kullanılarak müdahale yapılabilir, bu amaçla kişinin

⁴⁴ “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.”

⁴⁵ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 327.

⁴⁶ Cengiz Apaydın, “Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisiyle ya da Başka Bir Nedenle, Emniyetli Bir Şekilde Araç Sevk ve İdare Edemeyecek Hâlde Olunmasına Rağmen Araç Kullanma Suçu,” *Terazi Hukuk Dergisi* 10, no. 103 (2015): 30.

tutulması ve bağlanması caizdir.⁴⁷ Kısaca kişinin rızası bulunmasa da vücudundan zorla kan örneği alınabilecektir.⁴⁸

Ünver ve Hakeri'ye göre; KTK md. 48 gereği sürücülerden zorla kan örneği alınabilecek, fakat sürücünün direnmesi durumunda ne oranda cebir kullanılacağı hususu sorun olmaktadır. Zorla kan alımının insan onurunu ihlal etmemesine dikkat edilmelidir. Diğer taraftan hiçbir şekilde zor kullanılmaması durumunda delil elde edilmesi mümkün olmayacak ve bunu bilen sürücüler delil vermemek için direnebileceklerdir. Bundan dolayı bu konuda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar ölçülülük ilkesine dikkat edilerek kan örneği alınmalı ancak orantılılık ilkesine yönelik ve özellikle de karar veren merci yanında uygulamacıyı da sınırlandıran ölçütler getirilmelidir.⁴⁹

Diğer taraftan bakıldığında PVSK md. 16⁵⁰ da polisin zor kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği sürücünün alkollü olup olmadığının belirlenmesi için götürüldüğü hastanede kan örneği vermekten kaçınması durumunda, polisin kan örneğini zorla aldırma yetkisi bulunmaktadır.⁵¹ Sonuç olarak KTK md. 48 hükmü uyarınca vücudundan örnek alınmasına müsaade etmeyen sürücünün rızası aranmayacak ve PVSK md. 16 düzenlemesindeki usullere riayet edilerek vücuttan örnek alma uygulaması gerçekleştirilebilecektir.

⁴⁷ Bahri Öztürk, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 362.

⁴⁸ R. Murat Önok, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK md. 179)," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 121, (2015): 191.

⁴⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 605.

⁵⁰ "Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir." (PVSK md. 16).

⁵¹ Aksoy İpekcioglu, "Vücuttan Örnek," 1171.

E. Nemo Tenetur İlkesi

Susma hakkı ve kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı delil vermeme hakkını ifade eden nemo tenetur ilkesi⁵², Anayasa'nın 38/5 maddesinde "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklinde ifade edilmektedir. Bu ilke, kişinin zorla kendisini suçlayacak bir harekette bulunmasına zorlanmasını yasaklamaktadır.⁵³

Zabita tarafından cihaza üfletmek suretiyle alkol miktarının tespiti, şüphelinin bizzat kendisinin delil konusu olmasından dolayı kendi kendisini suçlamaya zorlanamama ilkesi ile doğrudan alakalıdır.⁵⁴ KTY md. 97'ye göre sürücü teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmek zorunda değilken, kendisinden kan alınmasına katlanmak mecburiyetindedir. Burada "kamusal bir alan olan motorlu araç trafiğinin güvenliğinin sağlanmasındaki yüksek dereceli menfaatin" karşısında göreceli olarak daha hafif ve çerçevesi dar olan sanığın bedensel dokunulmazlığına yönelik temel hak ve hürriyete yönelen bir müdahale bulunmaktadır.⁵⁵ Sürücünün, aktif herhangi bir davranışını gerektirmeyecek şekilde hem delillerin toplanmasında hem de değerlendirilmesinde bedenleri inceleme

⁵² Fulya Eroğlu, *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri* (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul: 2009), 108.

⁵³ Zehra Başer Doğan, "Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (2017): 287.

⁵⁴ Sibel Kılıçarsan İsfen, *Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK md. 315 ila 316 ve TCK md. 179)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 135.

⁵⁵ Ümmügülüm Kılıç, *Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul: 2010), 127.

konusu yapılabileceğinden dolayı vücudundan örnek alınabilecektir.⁵⁶ Alman Hukuku'ndaki ilke uygulandığında, kişinin alkol ölçümü için ölçüm cihazına üfleme zorunluluğu bulunmaktayken, vücudundan kan alınması işleme katlanma yükümlülüğü bulunduğu ve bu uygulamanın da hukuka uygun sayılacağı ifade edilmektedir.⁵⁷ Zaten şüpheli aktif bir şekilde katılımı kabul etmez ve kan örneği alınması da nemo tenetur ilkesine aykırı olarak kabul edilirse; düzenlenen ceza normları mahkemeler önünde uygulama alanı bulamayacak ve bu durumda hukuki açıdan önem taşıyan alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürülüp sürülmediğinin ispatlanması da mümkün olmayacaktır.⁵⁸

F. Ölçülülük İlkesi

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kuşkusuz ki ne hakkın kullanılmayacak şekilde sınırlandırılması ne de demokratik toplum düzeninin gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması mümkün olmalıdır.⁵⁹ Ölçülülük ilkesinin temelinde de hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerektiği fikri yer almaktadır.⁶⁰

⁵⁶ Aksoy İpekcioglu, "Vücuttan Örnek," 1169.

⁵⁷ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 159.

⁵⁸ Sibel Kılıçarslan İsfen, "Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kan Örneği Alınması – CMK md. 75'e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım," *Hukuk Köprüsü* 1, no. 3 (2012): 247.

⁵⁹ Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 33.

⁶⁰ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 19.

Ölçülülük kavramı araç ile amacın, usul ile hedefin dengeli olmasını ifade etmektedir.⁶¹ İlkenin amacı, kamu gücünün gereksiz ve aşırı bir şekilde kullanılmasını önleyerek temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktır.⁶² Vücut bütünlüğüne yapılacak müdahale kanunla yapılırsa ve kamu yararını amaçlarsa dahi, müdahale ile başvuru amaç ulaşmak istenen amaçla ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır.⁶³

Araç ile amaç ilişkisiyle alakalı olan ölçülülük ilkesi, kanun koyucu ya da idare tarafından kullanılan aracın, erişilmek istenen amaca ulaşmak için gerekli ve elverişli olup olmadığı, erişilmek istenilen amaç ile başvuru aracın ölçülü bir orantı içinde olup olmadığı sorunu ile alakalıdır.⁶⁴

Ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç unsuru bulunmakta,⁶⁵ vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna ulaşmak için bu üç unsurun da tam anlamıyla karşılanması gerekmektedir.⁶⁶

Elverişlilik, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan müdahale ile başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, başka bir deyişle uygun olmasını ifade etmektedir.⁶⁷ Sınırlama amacının elverişli sayılabilmesi için de

⁶¹ Erdal Yerdelen ve Yavuz Selim Değerli, "Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük," *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan 1*, Editör: Ayşe Nuhoğlu, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 1339.

⁶² Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 148.

⁶³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2014), 421.

⁶⁴ Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 21.

⁶⁵ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: AÜSBF Yayınları: 506, 1982), 114.

⁶⁶ Yerdelen ve Değerli, "Ceza Muhakemesi," 1343.

⁶⁷ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 149.

yapılan sınırlamanın sonuca bir katkı getirmesi gerekmektedir.⁶⁸ Öncelikle müdahale ile hedeflenen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunmayacağı anlaşılıyorsa bu durumda düzenleme, elverişlilik ilkesine aykırı olacaktır.⁶⁹ Farklı bir şekilde ifade edecek olursak da istenilen neticeye alınan tedbir yardımıyla yaklaşıyor ise aracın elverişli olduğu, buna karşılık kullanılan araç istenilen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor veya amaca ulaşma bakımından hiçbir etki göstermiyor ise aracın elverişsiz olduğu söylenebilir.⁷⁰

Kişilerin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürüp sürmediklerinin tespitinin yapılması için vücutlarından örnek alınması gerekmektedir. Yapılan tespit sonucunda KTK md. 48 ile yasaklanan eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği saptanacağından kişiden örnek alınmasında *elverişlilik* unsuruna aykırılık bulunmamaktadır.

Gereklilik, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan müdahalenin dayandığı amacı gerçekleştirmek için aynı derecede etkili birden fazla tedbir bulunuyorsa, müdahale açısından en yumuşak olan aracın seçilmesidir.⁷¹ İdarenin sahip olduğu birden çok sınırlama imkânında, erişmek istediği amaç için gerekli olanı seçmesi, gereklilik ilkesinin yanında elverişlilik ile beraber değerlendirilebilecek ve birbirleriyle belirli noktalarında kesişen bir denetime dönüşecektir.⁷²

Rutin trafik kontrolünde alkol tespitinin teknik cihazla yapılabilmesi nedeniyle kişiden kan örneği alınmaması; uyuşturucu madde kullanılıp kullanılmadığının tespitinde öncelikle teknik cihaz ile ölçüm yapılması ve sonucun pozitif çıkması üzerine kişinin uyuşturucu madde kullanıp

⁶⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 114.

⁶⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 421.

⁷⁰ Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, 26.

⁷¹ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 149.

⁷² Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 38.

kullanmadığının tereddüte yer bırakmayacak şekilde belirlenebilmesi için kan örneği alınması; trafik kazası sonucunda öncelikle teknik cihaz ile tespit yapılması, teknik cihaz ile ölçüm yapılamaması durumunda ya da kişilerin itirazları doğrultusunda kişilerin alkol ya da uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilmesi amacıyla vücuttan örnek alınmasında *gereklilik* bulunmaktadır. Öncelikle teknik cihaz kullanılmakta, daha sonra vücuttan örnek alınmaktadır. Böylece *gereklilik* unsurunun şartları da yerine getirilmiş olmaktadır.

Oranlilik, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan müdahaleyle ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir.⁷³ Terazinin bir kefesine amacı diğer kefesine aracı koyduğumuzda, ortaya çıkacak olan kayıp ile giderilecek olan ihtiyaç ve erişilmesi beklenen yarar arasında eğer bir denge oluşmuyorsa, o zaman başvurulmuş olan aracın orantısız olduğu anlaşılacaktır.⁷⁴ Aslında oranlilik unsuru değerlendirilirken araç ile amacın ölçülü bir oran içinde olması aranmaktan ziyade yapılan müdahalenin yalnızca ölçüsüz olmaması istenmektedir.⁷⁵

Gereklilik ilkesinde ifade edildiği üzere vücuttan örnek alınmasından önce teknik cihaz kullanılarak tespit yapılacak, vücuttan örnek alınmasına ise son çare olarak başvurulacaktır. Yaralanma veya ölümle sonuçlanan trafik kazalarında sürücünün alkol ve uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla örnek alınmasında herhangi bir ölçsüzlük olmadığı açıktır. Trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazalarında sürücünün alkol veya uyuşturucu madde kullanıp

⁷³ Atar, *Türk Anayasa Hukuku*,149.

⁷⁴ Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 38.

⁷⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, 116.

kullanmadığının tespiti ile rutin trafik kontrolleri sırasında yapılan uyuşturucu madde tespitinde örnek alınmasının ölçsüz olabileceği düşünülebilir. Maddi hasarlı trafik kazası sonrasında kişinin sadece kendi malvarlığına değil kamunun ve başkalarının da zararına yol açması nedeniyle; rutin trafik denetimi sırasında yapılan uyuşturucu madde tespitinde ise kişinin teknik cihaz ile yapılan sonucunun pozitif çıkması üzerine uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilmesi amacıyla sürücünün lehine olarak vücudundan örnek alınmasında herhangi bir ölçsüzlük bulunmamaktadır.

SONUÇ

Trafik kazaları sonucunda yaşanan can ve mal kayıplarının büyüklüğü dikkate alındığında, trafikte uyulması gereken birtakım kuralların düzenlenmesi ve bu kuralların ihlal edilmesi halinde çeşitli yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi ile alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı da bu ihtiyaçlar doğrultusunda düzenlenmiştir.

KTK md. 48 ile alkol tespiti, uyuşturucu madde tespiti ve trafik kazası sonrası yapılan tespit olmak üzere üçlü bir ayırım yapılmıştır. Alkol tespiti, teknik cihaz ile bir defa yapılmakta ve bu tespit sonucuna itiraz imkânı sadece ilgili mahkemelere yapılabilmektedir. Teknik cihaz ile yapılan tespit, kimi zaman hatalı sonuçlar vermekte, bu da sürücülerin mağduriyetine yol açmaktadır. Kan örneği üzerinden yapılan tespit ise teknik cihaza göre daha doğru sonuçlar verse de trafikteki pratiklik açısından teknik cihaz kullanılması daha uygun olmaktadır. Fakat teknik cihazın hatalı sonuçlar verme ihtimali nedeniyle tespit sonucuna sürücünün itiraz etmesi üzerine tekrar ölçüm yapılmalı ve sürücünün lehine olan sonuç esas alınmalıdır. Ayrıca düzenleme ile sadece teknik cihaz ile tespit yapılacağı ifade edilse de sürücülerin teknik cihaz ile yapılan ölçüm

sonucunun hatalı olduğunu düşünmeleri durumunda kendi imkanları ile en yakın sağlık kuruluşuna giderek burada kan tahlili ile tespit yaptırmalarında ve sağlık kuruluşunda yapılan tespit sonucunu itiraz mercilerinde kullanmalarında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

KTK md. 48'de sürücülerin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında araç sürüp sürmediklerinin tespiti amacıyla teknik cihaz kullanılacağı ifade edilmiştir. Sürücülere, teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmemeleri halinde bu eylemlerinden ötürü KTK md. 48/9 uyarınca idari yaptırım uygulanmaktadır. Uyuşturucu madde tespitinde ve trafik kazası sonrası yapılan tespitte öncelikle teknik cihaz kullanılacağı, buna müsaade edilmemesi halinde ise en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek burada vücuttan örnek alınarak tespit yapılacağı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle tespit işleminin teknik cihaz ya da vücuttan alınan örnek ile yapılacağı belirtildiğinden dolayı tespitten kaçınma imkânı bulunmamaktadır. Rutin trafik kontrolü sırasında yapılan alkol tespitinde ise teknik cihaz kullanılmasına müsaade edilmemesi halinde sürücünün trafikten men edileceği ve KTK md. 48/9 uyarınca idari yaptırım uygulanacağı ifade edilerek yetinilmiştir. Rutin trafik kontrolünde yapılan alkol tespitinde, sürücünün teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmemesi nedeniyle KTK md. 48/9 uyarınca idari yaptırım uygulandıktan sonra, farklı bir nedenden dolayı sürücünün adli işleme esas olmak üzere yapılan adli muayenesinde alkollü olduğu tespit edilirse; alkollü araç sürme eyleminden ötürü adli yaptırım uygulanabilirken idari yaptırım uygulanamaz. Kanun koyucu, teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeme eyleminin yaptırımını alkollü şekilde araç sürme eyleminden daha ağır düzenlemiştir. Sürücü, daha ağır idari yaptırım uygulanacağını bilmesine rağmen teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmeme tercihinde bulunduktan sonra adli muayenenin sonucu, KTK md. 48'de düzenlenen kabahat için kullanılamayacağından dolayı, tercihini cihaz kullanılmasına müsaade etmeme şeklinde

kullanan sürücüye sonradan alkollü araç sürdüğü tespit edilse bile bu eyleminden dolayı idari yaptırım uygulanamaz, sadece adli yaptırım uygulanabilir.

Vücuttan örnek alma uygulamasının şartları CMK md. 75'te düzenlenmiştir. CMK md. 75/7 ile özel kanunlar gereğince yapılan alkol muayenesi ve kan örneği alınması hükümleri saklı tutulduğundan dolayı KTK md. 48'de yer alan vücuttan örnek alma uygulaması CMK md. 75'te belirtilen şartlara tabi olmaksızın gerçekleştirilebilecektir. CMK md. 75 ile örnek alma kararını vermeye hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmışken; KTY ile uyuşturucu tespitinde vücuttan örnek almaya karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Trafik kazası sonrası sağlık kuruluşunda yapılacak tespitte ise; tespit işlemi için vücuttan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek kolluk tarafından karar verileceği ifade edilmiştir. Kolluk tarafından örnek alma işlemine karar verilemeyeceğinden dolayı, yönetmelikteki Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek ifadesini, uyuşturucu madde tespitinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısının talimatıyla şeklinde anlamak gerekmektedir. CMK ile gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısına karar verme yetkisi tanınmış, KTY ile söz konusu kabahatin niteliğinden ötürü gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcudiyeti kabul edilerek karar verme yetkisi doğrudan Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Alman Ceza Usul Kanunu'nda olduğu üzere hukukumuzda da trafikte yapılacak tespitlerin niteliğinden dolayı karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısına ve/veya kolluğa verilmelidir.

CMK md. 75'te ve KTK md. 48/3'te sürücünün vücudundan örnek alınacağı düzenlenmiş fakat sürücünün vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği düzenlenmemiştir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 18/1 maddesi

ve KTY md. 97 hükümlerinden zorla örnek alınabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca PVSK md. 16 uyarınca sürücünün alkollü olup olmadığının belirlenmesi için götürüldüğü hastanede kan örneği vermekten kaçınması durumunda, polisin kan örneğini zorla aldırma yetkisi bulunmaktadır. Doktrinde de vücuttan örnek alma kararının uygulanabilmesi için kişinin rızasına gerek olmadığı, gerektiği ölçüde güç kullanılarak örnek alınabileceği ifade edilmektedir.

Susma hakkı ve kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı delil vermeme hakkını ifade eden nemo tenetur ilkesi gereği sürücü, -kamu menfaati ile sürücünün menfaat dengesi dikkate alındığında- teknik cihaz kullanılmasına müsaade etmek zorunda değilken, kendisinden herhangi aktif bir davranışını gerektirmeyecek olan örnek alma işlemine katlanmak mecburiyetindedir.

Elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç unsur bulunan ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde; vücut bütünlüğüne yapılacak müdahale, ölçülülük ilkesinin üç unsurunu da karşıladığından dolayı, vücuttan örnek alma uygulamasının ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Aksoy İpekciöğlu, Pervin. "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu." Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, (2013): 1157-1176.
- Apaydın, Cengiz. "Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisiyle ya da Başka Bir Nedenle, Emniyetli Bir şekilde Araç Sevk ve İdare Edemeyecek Hâlde Olunmasına Rağmen Araç Kullanma Suçu." Terazi Hukuk Dergisi 10, no. 103 (2015): 14-32.
- Armas Elektronik. "UTK-Uyuşturucu Test Kiti." Erişim tarihi: 17 Kasım, 2021. <https://www.armaselektronik.com/uyusturucu-olcum-sistemleri/uyusturucu-olcum-kiti/utk-uyusturucu-test-kiti>.
- Aşıcıoğlu, Faruk, Belkıs Yapar, Aliye Tütüncüler ve Ahmet Belce. "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol." Adli Tıp Dergisi 23, no. 3 (2009): 8-16.
- Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Avcı, Mustafa ve Hüseyin Bilgin. "Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süre El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme." Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 13, (2019): 129-166.
- Başer Doğan, Zehra. "Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar." İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi 16, no. 2 (2017): 273-303.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Emniyet Genel Müdürlüğu Trafik Uygulama ve Denetleme Dairesi Başkanlığı. "Trafik Denetimlerinde ve Trafik Kazalarında Alınacak Önlemlere İlişkin Yönerge." Erişim

tarihi: 17 Kasım, 2021.

http://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/Trf_Kaza_Yonerge.pdf.

Emniyet Genel Müdürlüğü. "Trafik İstatistik Bülteni-Ülke Geneli-Mart-2021." Erişim tarihi: 24 Nisan, 2021. <http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/04-Istatistik/Aylik/Mart21.PDF>.

Eroğlu, Fulya. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri. Yüksek Lisans Tezi. Yeditepe Üniversitesi, 2009.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları. Bursa: Ekin Kitabevi, 2014.

Karaaslan, Reşit. "Trafik Suçlarında Şüpheliden Kan Örneği Alınmasına İlişkin Alman Ceza Muhakemesi Hukukundaki Önemli Kararlar ve Türk Hukukuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler." Ceza Hukuku Dergisi 14, no. 39 (2019): 41-81.

Kılıç, Ümmügülsüm. Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi. Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2010.

Kılıçarsan İsfen, Sibel. Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK md. 315 ila 316 ve TCK md. 179). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Kılıçarslan İsfen, Sibel. "Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kan Örneği Alınması – CMK md. 75'e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım." Hukuk Köprüsü 1, no. 3 (2012): 241-254.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2006.

Metin, Yüksel. Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

- Oğurlu, Yücel. "Ceza Muhakemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne bis in idem" Kuralı." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 52, no. 2 (2003): 101-124.
- Oğurlu, Yücel. "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı." A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 1 (1999): 143-194.
- Oğurlu, Yücel. Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Önok, R. Murat. "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK md. 179)." Türkiye Barolar Birliği Dergisi 121 (2015): 157-202.
- Özay, İl Han. İdari Yaptırımlar. İstanbul: İÜ Yayın No: 3326, 1985.
- Özbek, Veli Özer. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özen, Mustafa. "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi." Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14, no. 1 (2010): 389-417.
- Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Öztürk, Bahri. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlanması ve Özü. Ankara: AÜSBF Yayınları: 506, 1982.
- TRT Haber. "Mersinde Trafikte Uyuşturucu Testi Dönemi Başladı." Erişim tarihi: 12 Nisan, 2021. <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/mersinde-trafikte-uyusturucu-testi-donemi-basladi-420831.html>.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Yerdelen, Erdal ve Yavuz Selim Değerli. "Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük." Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan 1, Editör: Ayşe Nuhoglu. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014: 1339-1378.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEFEÇİLİK SUÇU

Crime of Usury in Turkish Penal Law

**Ali Ekber
ÇINAR***

Öz

Bu çalışmada Türk hukukunda tefecilik suçu incelenmiştir. Bu kapsamda tefeciliğe dair önce genel çerçeve verilmiş, sonrasında suçun unsurları ele alınmış ve suçun özel görünüm şekillerine değinilmiştir. Akabinde yaptırım, zamanaşımı ve görevli ve yetkili mahkemeye dair esaslar tespit edildikten sonra, uygulamaya dair birtakım bilgilere yer verilmiştir. Çalışma esnasında mevzuattan, doktrinden ve Yargıtay içtihadından mümkün mertebe yararlanılmış, elde edilen veriler karşılaştırmalı bir bakış açısıyla sunulmaya çalışılmıştır.


Anahtar kelimeler: Tefecilik, Ceza Hukuku, Türk Ceza Kanunu, Maddi Çıkar, Madde 241.

* Araştırmacı, Helal Finans Araştırmaları Derneği (HEFİAD); Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi, aecinar@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6404-9271.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.05.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 02.11.2021.

Atıf/Citation: Çınar, Ali Ekber. "Türk Ceza Hukukunda Tefecilik Suçu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 579-612.

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

Abstract

In this study, the crime of usury in Turkish law is examined. In this context, a general overview has been provided first, then elements of the crime have been discussed, and the notions of criminal attempt, joinder of crimes and complicity have been studied. Subsequently, after having determined the principles regarding sanction, prescription, competence and jurisdiction, some information regarding the practice has been elaborated. An attempt is made to draw on current Turkish legislation, doctrine, and jurisprudence of Court of Cassation (Yargıtay) throughout the study, and the findings are presented as comparatively as possible.

Keywords: Usury, Penal Law, Turkish Penal Code, Financial Gain, Article 241.

GİRİŞ

Türk hukukunda tefecilik bir suç olarak düzenlenmiştir ve cezaî yaptırıma tabi tutulmuştur. Yargıtay'a göre tefecilik suçu, "kişiler arasında doğmuş bir alacak borç ilişkisine dayanmayan kazanç elde etme amaçlı ödünç para verme eylemi" manasına gelmektedir.¹ Dolayısıyla mahkemeler de tefeciliği bu şekilde yorumlayacaktır.

Tefecilik denince ilk akla gelen para tefeciliği olmakla beraber, tefecilik sadece para tefeciliğinden ibaret değildir ve tefeciliğin çeşitli türleri vardır. Nitekim tefecilik para tefeciliği şeklinde işlenebileceği gibi kira tefeciliği, hizmet tefeciliği ve sosyal tefecilik gibi şekillerde de işlenebilir. Türk hukukunda sadece para tefeciliği suç olarak düzenlenirken, tefeciliğin diğer türleri ceza normlarıyla yaptırım altına alınmamıştır.² Bu

¹ Yar. 5. CD, E.2014/1468, K.2016/3134, 29.03.2016.

² İsa Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 19-20.

nedenle çalışmamız da Türk hukukunda suç olarak düzenlenen yegâne tefecilik türü olan para tefeciliğine inhisar edecektir.

I. TARİHİ GELİŞİM

Tefecilik tarih boyunca çeşitli toplumlarda müşahede edilmiş olduğu gibi, günümüzde de hala varlığını sürdürmektedir. Bu bakımdan tefecilik yeni bir olgu olmadığı gibi, tefecilik suçu da ortaya yeni çıkmış bir suç değildir. Hukuk tarihimizde tefecilik suçuna dair çeşitli hukukî düzenlemelere rastlanmaktadır.

Osmanlı hukukunda rastlanan bir durum olarak, 1609 tarihinde Osmanlı padişahı I. Ahmet tarafından bir ferman vasıtasıyla ribâhor adı verilen tefecilerin aldıkları faizin belli bir haddi geçmemesi, bu haddi geçen ribâhorların küreğe konulacağı emredilmekte ve söz konusu had belirtilmektedir.³ 1848-1864 yılları arasında Osmanlı Devleti'nde yürütülen tefecilik faaliyetlerine dair yapılmış bir çalışmada, tefeciliğin o yıllarda toplumsal bir sorun haline dönüştüğü ve buna mukabil olarak 1852 ve 1864 yıllarında devletin tamamında uygulanmak üzere nizamnameler çıkarıldığı ortaya koyulmuştur.⁴ Keza 1872 yılında, her ne kadar hayata geçirilemese de, tefeciler tarafından sömürüye uğrayan halkın korunması için Ottoman Commercial Bank adı verilen bir banka kurulması fikrinin ortaya çıktığı görülmektedir.⁵

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra yaşanan hukukî gelişmelere bakıldığı zaman, tefeciliğin bir suç olarak

³ Neşet Çağatay, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Riba-Faiz Konusu: Para Vakıfları ve Bankacılık," *Vakıflar Dergisi* 7, no. 9 (1971): 51.

⁴ Kurtuluş Demirkol, "Toplumsal Trajedi: Osmanlı İmparatorluğu'nda Tefecilik (1848-1864)," *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no. 1 (2018): 645-46.

⁵ Erol Ortabağ, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon* (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018), 54.

tanımlandığı ve bir müeyyideye bağlandığı ilk hukukî metnin 18.06.1933 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun olduğu görülmektedir. 2279 sayılı kanunu 17. maddesi müstesna olmak üzere yürürlükten kaldıran 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise 06.10.1983 tarihli ve 18183 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun Hükmünde Kararname, 27.06.1994 tarihli ve 21973 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişikliğe uğramıştır. Nihayet 13.12.2012 tarih ve 28486 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve eklerini 52. maddesi ile yürürlükten kaldırmıştır.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU’NA GÖRE TEFECİLİK

12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun tefeciliğe ilişkin esas maddesi 241. maddedir. İlgili madde, kanunun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. “Tefecilik” kenar başlığını taşıyan 241. maddeye göre, “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” Madde ile ilgili detaylı incelemeler aşağıda yapılacaktır.

Kanunun sistematığıne bakıldığı zaman, ilgili maddeyi takip eden 242. maddenin de tefecilik suçu bakımından uygulama alanı bulan maddelerden biri olduğu görülür. 242. madde “Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” şeklindedir. Bu

hükümle alakalı hususlara da gerektiği ölçüde aşağıda değinilecektir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için söz konusu hükümlerin neden sevk edildiğine de işaret etmek gerekmektedir. Bu konuda aydınlatıcı bir mahiyete sahip olan madde gerekçelerine bakıldığında, 241. maddenin gerekçesinin şu şekilde olduğu görülür: “Madde metninde tefecilik fiili suç olarak tanımlanmıştır. Faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi, tefecilik suçunu oluşturur. Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, ‘senet kırdırma’ denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır. İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.” 242. maddenin gerekçesi ise daha kısa olarak “Madde metninde, bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı öngörülmüştür. Ancak, bunun için, tüzel kişi lehine haksız bir yararın sağlanması gerekir.” şeklinde bir ifadeden ibarettir.

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKÎ MENFAAT

Tefecilik suçunda suçla korunan hukukî menfaatin ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Korunan hukukî menfaat bir görüşe göre ekonominin istikrarı ve kamu

otoritesidir.⁶ İkinci görüş korunan hukukî yararın serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüğü olduğunu ifade etmektedir.⁷ Bizim de iştirak ettiğimiz üçüncü bir görüş, ilgili hükmün kanun içindeki sistematik konumuna bakarak bir yorum getirmekte, buna bağlı olarak tefecilik suçunun bireysel değerlerden ziyade toplumsal değerleri korumaya matuf olduğunun altını çizmekte, dolayısıyla korunan hukukî menfaatin serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve ekonomik yaşamın güvenilirliği olduğunu belirtmektedir.⁸

Suçla korunan hukukî menfaatin ne olduğuna Yargıtay kararlarında da değinilmiştir. Yargıtay, yukarıda zikredilen görüşlerden üçüncü görüşü benimsemektedir. Gerçekten de, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'ne göre korunan hukukî menfaat iktisadî kuralların ve serbest rekabet mekanizmasının bozulmasının önlenmesi ve kamu güvenliğinin korunmasıdır.⁹ Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre de bu suç ile korunmakta olan hukukî yarar serbest rekabet mekanizması ve ekonomik yaşamın güvenilirliğidir.¹⁰

⁶ Burak Bilge, Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 73; İzzet Özgenç, "Tefecilik Suçu," Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14, no. 1 (2010): 544.

⁷ Necati Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 20.

⁸ Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 949.

⁹ Yar. 5. CD, E.2013/9010, K.2014/396, 14.01.2014.

¹⁰ Yar. CGK, E.2014/118, K.2016/208, 26.04.2016.

IV. SUÇUN MADDİ UNSURU

A. Suçun Faili

Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmünde, tefecilik suçunu işleyen fail için "kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeye göre suçun failinin herhangi bir kimse olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tefecilik suçunun faili herkes olabilir. Bu bakımdan tefecilik suçu, ancak özel bir yükümlülük veya belirli faillik özellikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilen suçları ifade eden özgü suç özelliği göstermez.¹¹

Gerçek kişilerin tefecilik suçu işleyebilmelerinin yanında, tüzel kişiler de tefecilik suçunu işleyebilirler. Mamafih tüzel kişiler suçun faili olamayacakları gibi şüpheli ve sanık da olamazlar, suçu da ancak organ veya temsilcileri vasıtasıyla işleyebilirler. Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesine göre tüzel kişilere ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanır. Bu güvenlik tedbirlerinin neler olduğu kanunun 60. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde güvenlik tedbiri olarak iznin iptali ve müsadere öngörülmüştür. Dolayısıyla tefecilik suçunu işleyen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak iznin iptali veya müsadere gündeme gelebilecektir. Nitekim 242. madde de tefecilik suçunu işleyerek haksız yarar sağlayan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

Tefecilik suçunun failiyle alakalı olarak, bu suçun çok failli bir suç olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde görüşlerden ilki, tefecilik suçunun çok failli suçlardan

¹¹ İlhan Akıllı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul: 2014), 60.

olmadığını belirtmektedir.¹² Doktrindeki diğer görüş ise, tefecilik suçunun çok failli bir suç olduğunu vurgulamakta, dolayısıyla hem ödünç para veren kişinin, hem de para ödünç alan kişinin fail olduğunu ifade etmektedir. Tefecilik suçunun çok failli bir suç olduğunu savunan ikinci görüş de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bu görüşü savunanların bir kısmına göre, ödünç para alan kişi de faildir, ancak kanun koyucu bu kişiyi içinde bulunduğu ekonomik zorluklar nedeniyle ızdırar halinde gibi görerek cezalandırmamayı tercih etmiştir.¹³ Bu görüşü savunan diğer kısım yazarlara göre ise, ödünç para alan kişi esasında faildir ve tıpkı ödünç para veren kişi gibi suç işlemektedir, ancak ızdırar hali değil izlenen suç siyaseti gereği kanun bu kişiyi cezalandırmamayı tercih etmiştir.¹⁴ İki görüş arasındaki temel fark birincinin ızdırar haline, ikincisinin ise izlenen suç siyasetine dayanmasıdır. Bu iki görüşten ödünç para alan kişinin de fail olduğu, fakat izlenen suç siyaseti gereği cezalandırılmadığı yönündeki görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira 241. maddede suç teşkil eden fiilin “kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek” olduğu ifade edildiği gibi, kanun hükmünün gerekçesi de bu görüşü destekler mahiyettedir. Gerçekten de, ödünç para alan kişinin suç siyaseti gereği cezalandırılmadığı yönündeki düşünce Kanununun 241. maddesinin gerekçesindeki ifadelerle dayanmaktadır.

¹² Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 57; Çelik Arslan, “Tefecilik Suçu,” *Ankara Barosu Dergisi* 72, no. 1 (2004): 32.

¹³ Pınar Memiş Kartal, “Türk Ceza Kanunu’na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241),” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2012): 514.

¹⁴ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 950-51; Akıllı, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu,” 63; Elif Bekar, “Tefecilik Suçu,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 2 (2013): 512.

B. Suçun Mağduru

Tefecilik suçunda suçun mağdurun kim olduğu da doktrindeki tartışmalı hususlar arasındadır. Görüşlerden ilki, tefecilik suçunun mağdurunun tefeciden ödünç para alan kişi olduğunu belirtmektedir.¹⁵ Bizim de katıldığımız ve doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş olan diğer görüşe göre ise tefecilik suçunun mağduru tefeciden ödünç para alan kişi değil, toplumun genelidir.¹⁶

Tefecilik suçunun mağdurunun kim olduğuna dair Yargıtay içtihadına bakıldığında Yargıtay'ın yukarıda zikredilen iki görüşten ikincisini benimsediği, eşdeyişle mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğunu kabul ettiği görülmektedir.¹⁷

C. Suçtan Zarar Gören

Tıpkı mağdur konusunda olduğu gibi, tefecilik suçunda suçtan zarar görenin kim olduğuna dair de doktrinde tartışma söz konusudur. Bizim de katıldığımız görüşe göre tefecilik suçunda suçtan zarar gören, vergi kaybına uğramış olan devlet

¹⁵ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 88; Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, 25.

¹⁶ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 952; Akıllı, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu", 64; Bekar, "Tefecilik Suçu," 514; Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)," 515; Özgenç, "Tefecilik Suçu", 553.

¹⁷ Yar. 9. CD, E.2020/4197, K.2021/354, 28.01.2021; Yar. 9. CD, E. 2020/4197, K.2021/354, 28.01.2021; Yar. CGK, E.2014/12587, K.2016/208, 26.04.2016; Yar. 5. CD, E.2013/9010, K.2014/396, 14.01.2014; Yar. 5. CD, E.2012/6478, K.2013/4096, 30.04.2013.

ve toplumdur.¹⁸ Diğer görüşe göre ise suçtan zarar gören sıfatını yalnızca ödünç para alan gerçek kişi haizdir.¹⁹

Tefecilik suçunda suçtan zarar görenin kim olduğuna dair Yargıtay'ın görüşüne gelindiğinde, Yargıtay'a göre tefecilik suçunun belli bir kişinin zararına olacak şekilde işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören konumunda olduğu görülmektedir.²⁰ Keza Yargıtay'a göre Hazine de tefecilik suçu bakımından suçtan zarar görendir ve bu sıfatı gereği davaya katılma ve hükmü temyiz etme hakkını haizdir.²¹

D. Hareket

Tefecilik suçunda hareket, 241. maddede "kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek" şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere hükümde öngörülen hareket basit bir ödünç verme değildir. Kazanç elde etme amacı ile hareket ediliyor olması gerekir. Aynı zamanda ödünç olarak verilen şeyin para olması gerekir. Bu durum doktrinde eleştirilmekte ve kıymetli evrak, altın ve sair menkul kıymetli unsurların da madde kapsamına alınması gerektiği savunulmaktadır.²²

Doktrindeki ağırlıklı görüş, ödünç para veren fail tarafından elde edilen kazancın, piyasa koşullarında uğranan değer kaybından daha fazla olması gerektiği belirtmektedir.²³ Suça ilişkin hareketin ne şekilde işlendiği önemli değildir,

¹⁸ Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, 27; Bekar, "Tefecilik Suçu," 514.

¹⁹ Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)," 520.

²⁰ Yar. CGK, E.2014/118, K.2016/208, 26.04.2016.

²¹ Yar. 5. CD, E.2014/16747, K.2016/1363, 09.02.2016.

²² Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 71.

²³ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 90, 118.

binaenaleyh para elden verilmiş veya banka yoluyla havale edilmiş de olabilir. Aynı şekilde, ödünç olarak verilen para tek seferde veya taksitler halinde ödenmiş olabileceği gibi, bizzat ödünç para isteyen kişiye veya onun gösterdiği bir üçüncü şahsa da ödenebilir. Aynı minvalde olarak, ödünç para veren kişi kazancını ödünç verdiği kişiden veya onun adına bir başkasından elde etmeyi düşünebilir. Keza ödünç para verilmesi sözlü bir anlaşmaya dayanıyor da olabilir. Bu ihtimallerin hiçbiri suçun oluşumu bakımından önem arz etmez, her halükârda tefecilik suçu oluşur.²⁴ Suçun oluşması bakımından önem arz eden husus, ödünç olarak verilen paranın ödünç alan kişinin fiilî veya hukukî manada hâkimiyet alanına girmesidir.²⁵ Ödünç para verilmesi mukabilinde elde edilecek olan kazancın az veya çok miktarda olmasının da suçun oluşumu bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Eklemek gerekir ki, ödünç para verilmesi karşılığında sağlanan menfaatin mutlaka para olması gerekmez, bu menfaat mal veya hizmet şeklinde de olabilir.²⁶

Tefecilik suçunda failin, yani tefecinin ödünç para verme eylemini bir meslek haline getirmesi gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. 241. maddenin lafzına bakıldığında böyle bir şartın bulunmadığı görülmektedir. Mamafih doktrinde bir görüş, tefecilik suçunu itiyadî bir suç olarak kabul ederek suçun oluşumu bakımından tefeciliğin meslek haline getirilmesini aramaktadır.²⁷ Öte yandan doktrindeki ağırlıklı görüş, tefecilik suçunun oluşması için

²⁴ Erhan Günay, *Tefecilik Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 38-39.

²⁵ Arslan, "Tefecilik Suçu," 38.

²⁶ Samet Can Olgaç ve Ahmet Cemal Ruhi, *Tefecilik Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 19.

²⁷ Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, 32-33; Arslan, "Tefecilik Suçu," 34-35.

ödünç verme eyleminin fail bakımından bir meslek haline gelmesi gerekmediğini belirtmektedir.²⁸

Tefeciliği meslek haline getirme tartışmasına ilişkin Yargıtay kararlarına bakıldığı zaman, Yargıtay'ın da doktrindeki baskın görüşle aynı kanaatte olduğu ve tefecilik suçunun oluşumu bakımından tefeciliği meslek haline getirmeyi aramadığı görülmektedir.²⁹ Kanaatimizce kanunun açık lafzı karşısında meslek haline getirme koşulunun aranması makul ve kabul edilebilir değildir. Bu nedenle Yargıtay uygulamasının özellikle kanunilik ilkesi dikkate alındığında isabetli bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay'a göre sanığın sadece bir kişiye ödünç para vermesi dahi tefecilik suçunun meydana gelebilmesi için yeterlidir. Eşdeyişle, bu işi meslek haline getirip getirmediğinin bir önemi yoktur. Suç, ödünç paranın kazanç karşılığı verilmesi ile tamamlanır, ancak suçun tamamlanması için kazancın temin edilmiş olması gerekmez.³⁰

Tefecilik suçunun oluşması için elde edilecek kazancın ne şekilde adlandırıldığıнын önemi yoktur. Dolayısıyla kazanç "faiz" şeklinde adlandırılmasa dahi tefecilik suçu oluşur. Ayrıca elde edilecek kazancın para cinsinden bir kazanç olması zorunlu değildir.³¹ Tefecilik suçunun fail açısından kazan elde etme

²⁸ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 958; Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 95; Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)," 517; Özgenç, "Tefecilik Suçu", 547.

²⁹ Yar. 5.CD, E.2013/15648, K.2016/409, 18.01.2016; 5.CD, E.2013/15757, K.2016/572, 19.01.2016; 5.CD, E.2013/16468, K.2016/977, 27.01.2016; 5.CD, E.2014/1674, K.2016/3169, 30.03.2016.

³⁰ Yar. 5. CD, E.2014/2642, K.2014/4990, 05.05.2014; Yar. 5. CD, E.2013/1034, K.2014/6523, 11.06.2014.

³¹ Özgenç, "Tefecilik Suçu", 553.

maksadına matuf bir amaç suç olmasından mütevellit, fiilî olarak kazancın sağlanacağı vakte kadar geçecek sürenin kısa veya uzun olmasının herhangi bir ehemmiyeti yoktur.³²

E. Netice

Tefecilik suçu Türk Ceza Kanunu'nda serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Keza suçun oluşması için müstakil bir neticenin vuku bulması aranmadığı için tefecilik suçu bu bakımdan sırf hareket suçudur. Suçun oluşması için ödünç paranın verilmiş olması kâfidir.³³ İlgili hükümde herhangi bir kazancın elde edilmesi şart koşulmamıştır. Dolayısıyla tefecilik suçu bakımından suç tarihi, menfaat elde etme maksadı ile ödünç paranın verildiği tarihtir.³⁴

F. Suçun Maddî Konusu

Suçun maddî konusu, suçun fail tarafından üzerinde işlendiği insan veya şey olarak tanımlanmaktadır.³⁵ Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesinde suç, "ödünç para vermek" olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla suç oluşturan eylem, para üzerinde gerçekleşmekte olduğundan suçun maddî konusu paradır.³⁶ Suça konu para Türk lirası cinsinden olabileceği gibi yabancı bir para birimi cinsinden de olabilir,³⁷ ancak her halükârda suça

³² Akıllı, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu", 79.

³³ Olgaç ve Ruhi, *Tefecilik Suçu*, 24.

³⁴ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 56.

³⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 562.

³⁶ Zekiye Özen İnci, *Tefecilik Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 117.

³⁷ Abdullah Batuhan Baytaç, "Tefecilik Suçu," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2020): 145; Günay, *Tefecilik Suçu*, 27.

konu paranın mütedavil olması gerekir.³⁸ Para dışında bir şeyin verilmesi durumunca tefecilik suçu meydana gelmez.³⁹

Konuyla ilgili olarak Yargıtay içtihadına bakıldığında, Yargıtay'ın da suçun konusu olarak parayı kabul ettiği görülür.⁴⁰ Bu sebeple Yargıtay'a göre ödünç olarak altın verilmesi suretiyle tefecilik suçu işlenemez.⁴¹ Zira ödünç altın verilmesi halinde tefecilik suçunun oluşacağına söylenmesi Yargıtay'a göre kıyas manasına gelir ve dolayısıyla ceza hukukundaki kıyas yasağına aykırıdır.⁴² Yine Yargıtay'a göre tefecilik suçu çek ile de işlenemez.⁴³ Tefecilik suçunun konusunun sadece para ile sınırlandırılması doktrinde eleştirilmiş ve istenen amaca ulaşmaya engel olacağı belirtilmiştir.⁴⁴

Yargıtay'ın suçun maddî konusu olarak altın ve çek gibi değerleri kabul etmemesine karşın, 241. maddede yer almıyor olmasına rağmen Yargıtay tarafından tefecilik suçunu oluşturduğu kabul edilen ve bu sebeple doktrinde tartışma konusu olan birtakım özel haller mevzubahistir. Bu haller tefecilik suçunun senet kırdırmak şeklinde işlenmesi hali ile kredi kartının araç olarak kullanılması şeklinde işlenmesi halidir.⁴⁵ Bu iki özel hale aşağıda değinilecektir.

³⁸ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 36-37.

³⁹ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 76; Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)," 515.

⁴⁰ Yar. 5.CD, E.2014/2261, K.2014/4493, 21.04.2014.

⁴¹ Yar. 5.CD, E.2016/8424, K.2016/9622, 12.12.2016.

⁴² Yar. 5.CD, E.2012/15713, K.2014/607, 20.01.2014.

⁴³ Yar. 5.CD, E.2015/1716, K.2016/9075, 17.11.2016.

⁴⁴ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 38.

⁴⁵ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 98.

V. SUÇUN MANEVİ UNSURU

İlgili madde hükmünden de anlaşılacağı üzere tefecilik suçu, ancak kasten işlenebilir.⁴⁶ Söz konusu kanun hükmünde “kazanç elde etmek amacıyla” ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla bu ibare gereğince ödünç para vermenin kazanç elde etme amacı gütmesi gerekir. Doktrinde bir görüş, bu ibare nedeniyle tefecilik suçu bakımından özel kastın varlığının arandığını belirtmektedir.⁴⁷ Failin elde etmek istediği kazancın para cinsinden olması gerekmez.⁴⁸ Keza failin nihayetinde zarar etmiş olması da tefecilik suçunun oluşmasına engel teşkil etmez.⁴⁹

Tefecilik suçunun taksir veya olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. Zira bir suçun taksirle işlenebilmesi için bu durumun kanunda açıkça belirtilmesi gerekir (TCK m. 22/1). Tefeciliğe dair kanun hükümlerinde ise böyle bir kusurluluk biçimi öngörülmemiştir. Kanun hükmünde failin kazanç elde etme amacı arandığı için, bu suçun olası kast ile işlenmesi de mümkün değildir.⁵⁰

VI. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Tefecilik suçu için kanunda özel bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir.

Doktrinde tefecilik suçunun şikâyete tabi olmaması⁵¹ ve bu suçla korunan hukukî menfaatin sadece bireysel menfaatler

⁴⁶ Ahmet Haşim Bardakçı, “Tefecilik Suçu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 41 (2020): 653.

⁴⁷ İnci, *Tefecilik Suçu*, 169-70.

⁴⁸ Arslan, “Tefecilik Suçu,” 39.

⁴⁹ Baytaç, “Tefecilik Suçu,” 164.

⁵⁰ Kartal, “Türk Ceza Kanunu’na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)”, 518.

⁵¹ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 960.

değil aynı zamanda sözleşme yapma hürriyeti, toplumun iktisadî istikrarı ve serbest rekabet sistemi olması⁵² sebepleriyle mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği belirtilmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca kurulmuş olan kurum ve kuruluşlar, aldıkları yasal izin ile mevzuatın çizdiği sınırlar çerçevesinde kazanç karşılığı ödünç para vermektedirler. Bu kurum ve kuruluşların faaliyetleri hukuka uygun kabul edilmekte ve yaptıkları faaliyet suç teşkil etmemektedir.⁵³ Bu kurum ve kuruluşların yasal izin almak suretiyle yaptıkları bu faaliyetler, TCK m. 26/1 uyarınca hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir. İlgili kamu otoritesinden izin almadan ve mevzuatta öngörülen esaslara uygun olmayan şekilde yapılan kazanç karşılığı ödünç para verme işlemleri ise suç teşkil edecektir.⁵⁴ Dolayısıyla iznin alınmadığı veya alınan izin iptal edilmiş olduğu hallerde yapılan faizli ödünç para verme işlemi hukuka aykırı olacaktır.⁵⁵

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

İcrasına başlanmış, fakat elde olmayan sebeplerden ötürü tamamlanamamış suçlar teşebbüs halinde kalmış suçlar olarak adlandırılmaktadır.⁵⁶ Tefecilik suçu, sırf hareket suçu olduğu için prensip itibarıyla teşebbüse elverişli bir suç değildir. Mamafih

⁵² Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 122.

⁵³ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 67.

⁵⁴ Özgenç, "Tefecilik Suçu," 546-47.

⁵⁵ Yar. CGK, E.2016/781, K.2017/373, 03.10.2017.

⁵⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 413.

fiilin kısımlara bölünebildiği durumlarda tefecilik suçuna da teşebbüs mümkündür.⁵⁷ Sözelimi, posta yoluyla işlenen bir tefecilik suçunda gönderinin alıcısına ulaşmadan önce ele geçirilmesi halinde tefecilik suçuna teşebbüsten bahsedilebilecektir. Suçun tamamlanma anı, ivaz karşılığı ödünç olarak verilen paranın, ödünç para alan kişinin mülkiyetine geçtiği andır.⁵⁸ Yargıtay'ın da bu suçun sırf hareket suçu niteliğinde olduğu ve ödünç alan kişiye ivaz karşılığı para verilmesi ile tamamlandığına ilişkin kararları mevcuttur.⁵⁹

Failin ödünç para verme yönündeki taahhüdü suça teşebbüs edildiği manasına gelmez. Zira ödünç para verme taahhüdü m. 241 kapsamında icra hareketlerinden sayılmamaktadır.⁶⁰

B. İştirak

Tefecilik suçu bir veya birden fazla kişi tarafından işlenebilir. Tefecilik suçu iştirak açısından herhangi bir özellik göstermez. Bu bakımdan, tefecilik suçu açısından iştirakin her türlü mümkündür.⁶¹ Yargıtay kararlarında da tefecilik suçunun iştirak halinde işlendiği durumlar gözlemlenmektedir.⁶² Tefecilik suçuna iştirakin her türlü mümkün olduğuna dair doktrinde ve Yargıtay uygulamasında da görüş birliği mevcuttur.⁶³

Ödünç olarak verilmiş olan paranın tahsil edilmesine yönelik hareketler, iştirak hükümleri kapsamına girmemektedir.

⁵⁷ Arslan, "Tefecilik Suçu", 41.

⁵⁸ Özgenç, "Tefecilik Suçu", 547.

⁵⁹ Yar. 5. CD, E.2013/15803, K.2016/755, 21.01.2016; Yar. 5. CD, E.2013/16686, K.2016/1356, 09.02.2016; Yar. 5. CD, E.2014/2141, K.2016/3401, 05.04.2016.

⁶⁰ Günay, *Tefecilik Suçu*, 64.

⁶¹ Olgaç ve Ruhi, *Tefecilik Suçu*, 123.

⁶² Yar. 5. CD, E.2016/4205, K.2018/3440, 08.05.2018.

⁶³ Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)", 520.

Zira tefecilik suçu, paranın ödünç olarak verilmesi ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla tahsilata dair eylemler, tefecilik suçuna iştirakten ziyade, yeni bir suçu meydana getirir. Sahibi buldukları parayı tefeciye verip, tefecinin aracılığıyla üçüncü kişiden elde edilen faize ortak olan kişilerin durumları ise suça iştirak hükümleri bakımından tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüş, bu kişilerin birlikte fail oldukları yönündedir. Çünkü bu kişiler “sahip olduğu parayı faiz geliri elde etmek için kullanmaktadır” ve parayı tefeciye veren bu kişiler “tefecinin bu eylemi daha rahat gerçekleştirmesinden yararlanmaktadır.”⁶⁴

C. İçtima

Suçların içtimana dair bir inceleme yapılırken bileşik suç, zincirleme suç ve fikrî içtima müstakilen ele alınmalıdır. Belirtelim ki, ceza hukukunda temel kural, birden çok suç işlendiği zaman işlenen her bir suç sayısı kadar cezanın bağımsız olarak verilmesidir. Yani temel kural, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklindedir.⁶⁵

Tefecilik suçunda suçun unsurları göz önüne alındığında, bileşik suça dair kanunda yer alan hükümlerin uygulanması imkân dâhilinde görünmemektedir.⁶⁶

Zincirleme suç hükümlerinin tefecilik suçu bakımından uygulanması ise doktrin tarafından tereddütle karşılanmaktadır. Doktrinde Türk Ceza Kanunu’nda yer alan zincirleme suça dair 43. maddenin ilk fıkrasının tefecilik suçu açısından

⁶⁴ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 130.

⁶⁵ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 590.

⁶⁶ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 81.

uygulanamayacağını belirten görüşün⁶⁷ yanında, aynı maddenin ikinci fıkrasının uygulanamayacağına dair görüşler de mevcuttur.⁶⁸ İlk fıkranın uygulanmayacağına dair görüş dayanak olarak suçun oluşması için tefeciliği meslek haline getirmeyi aramakta iken, ikinci fıkranın uygulanamayacağına dair görüşlerin toplandığı esas nokta tefecilik suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesinin pratik açıdan mümkün olmadığı şeklindedir. Biz de bu iki görüşten ikincisine iştirak etmekteyiz. Dolayısıyla kanaatimizce de tefecilik suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir.

Doktrindeki bu görüşlerin hilafına Yargıtay, suçun zincirleme olarak işlenmesinin olanaklı olduğu kanaatindedir. Başka bir deyişle, Yargıtay uygulaması tefecilik suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği yönündedir.⁶⁹ Yargıtay'ın bu görüşü, tefecilik teriminin manasını ve içeriğini dikkate almadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.⁷⁰

Yargıtay, “tefecilik suçu ile korunan hukuki yarar ve suçun TCK'nın topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi karşısında bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamunun olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağının kabulü gerektiği, bu

⁶⁷ Arslan, “Tefecilik Suçu,” 41-42.

⁶⁸ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 132-33; Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, 36.

⁶⁹ Yar. 9. CD, E.2020/4197, K.2021/354, 28.01.2021; Yar. 9. CD, E.2020/4197, K.2021/354, 28.01.2021; Yar. 9. CD, E.2020/4147, K.2021/350, 28.01.2021; Yar. 5. CD, E.2014/719, K.2016/3800, 12.04.2016; Yar. 5. CD, E.2014/7229, K.2016/8858, 08.11.2016; Yar. 5. CD, E.2014/8282, K.2016/9079, 21.11.2016.

⁷⁰ Arslan, “Tefecilik Suçu,” 41-42.

bağlamda TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı, değişik zamanlarda ve/veya farklı kişilere karşı tefecilik eylemini zincirleme olarak işleyen sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiği' kanaatindedir.⁷¹ Yargıtay'ın görüşünün dayanağını ise, tefecilik suçunda mağdurun toplumdaki kişilerin tümü olması oluşturmaktadır.

Tefecilik suçunda iddianame ile dava açıldığı takdirde hukukî kesinti oluşacağından, yapılacak yeni eylemler müstakil bir suç oluşumuna sebebiyet verecektir. Doktrinde hukukî kesintiden sonra gerçekleştirilen sonraki tarihli ödünç para verme eylemlerinin, gerçekleştirilme biçimi ve zaman aralığı dikkate alınarak, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında ele alınarak zincirleme suç şeklinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷²

Fikri içtima bakımından, özellikle fiilin tekliğinin belirlenmesinde belirleyici hususun sonuç olduğu görüşü açısından, bir fiil eğer dış âlemde eş zamanlı olarak birden fazla sonuç doğurmuş ise söz konusu fiilin, hukukî anlamda tek bir fiil olarak sayılması mümkün değildir. Tek bir fiil neticesinde meydana yine tek bir sonuç gelmiş ve bu sonuç aynı anda birden fazla suç tipinin oluşumuna yol açmış ise bu durumda fikrî içtimadan, tek bir fiil neticesinde meydana birden fazla sonuç gelmiş ise gerçek içtimadan bahsedilir. Fikrî içtimanın bu özelliği dikkate alındığı zaman, tefecilik suçu bakımından uygulama alanı bulmasının imkân dâhilinde olmadığı görülmektedir.⁷³

⁷¹ Yar. 5.CD, E.2014/6141, K.2016/9076, 21.11.2016.

⁷² Günay, *Tefecilik Suçu*, 76-77.

⁷³ Akıllı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu*, 102.

VIII. YAPTIRIM

Yukarıda da değinildiği üzere, tüzel kişiler ceza hukuku bakımından fail, şüpheli ve sanık olamazlar. Tüzel kişiler hakkında kanunda ceza yaptırımları değil, kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK m. 20/2). Dolayısıyla tefecilik suçu bakımından da gerçek ve tüzel kişilere uygulanan yaptırımlar farklılık arz etmektedir. Bu nedenle, gerçek ve tüzel kişilere uygulanan yaptırımlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. Gerçek Kişilere Uygulanan Yaptırımlar

Tefecilik suçunu işleyen gerçek kişiler bakımından uygulanacak ceza, TCK m. 241'de iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası olarak belirtilmiştir. Adli para cezasının alt sınırı, TCK m. 52/1'de beş gün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla gerçek kişilere verilecek cezalar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş günden beşbin güne kadar adli para cezası arasında takdir edilecektir.

Buna ilaveten tefecilik suçunda, yalnızca el konmuş olması halinde tefecilik suçunun konusunu teşkil eden değer mahiyetindeki anapara müsadere edilebilir. Böyle bir durumda ödünç olarak verilen para sayesinde elde edilen yararın zarar gören niteliğinde olan gerçek kişiye, bu nedenle ortaya çıkan vergi kaybı karşılığının ise Hazine'ye iadesi gerekmektedir.⁷⁴

B. Tüzel Kişilere Uygulanan Yaptırımlar

Tefecilik suçunun tüzel kişiler tarafından işlenmesi de mümkündür. Ancak tüzel kişilere ceza yaptırımı değil, bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır (TCK m. 20). 242. maddede de tefecilik suçunu işleyerek haksız kazanç sağlayan tüzel kişiler

⁷⁴ Yar. 5. CD, E.2018/419, K.2020/613, 21.01.2020.

için bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı hükme bağlanmıştır.

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbirleri TCK m. 60'da düzenlenmiştir. Bu hükmün öngördüğü güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadere şeklindedir. Müsaderenin ise eşya müsaderesi (TCK m. 54) ve kazanç müsaderesi (TCK m. 55) şeklinde kanunda düzenlenen iki türü bulunmaktadır.

İzin iptali yaptırımının uygulanabilmesi için tüzel kişinin işlenen suçtan bir menfaat sağlaması ve kamu kurumundan alınan yetkinin kötüye kullanılmak suretiyle kasten işlenmesi gerekir.⁷⁵

Müsadere hükümleri uygulanırken sadece menfaat olarak elde edilen faiz tutarının mı, yoksa ödünç alınan miktarın tümünün mü müsadere edileceği konusunda doktrinde tartışma söz konusudur.⁷⁶ Kanaatimizce sadece elde edilen menfaati ifade eden faiz değil, suçun konusunu oluşturan paranın tümü müsadere edilmelidir.⁷⁷ Zira aksi takdirde cezalandırmadan murad edilen fayda meydana tam olarak gelmemiş olacaktır.

Kazanç müsaderesine hükmedilirken, sağlanan maddî yararın suç mağduruna iade edilememesi gerekmektedir (TCK m. 55/1). Buna paralel olarak, doktrinde tefecilik suçunda suçun mağduru olarak ödünç para alan kişi yerine toplumun tamamını kabul eden görüş, bu doğrultuda kazancın ödünç alana iade edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁸

Tefecilik suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de müsadereye hükmedilmesi gerekmektedir. Zira suç

⁷⁵ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 60.

⁷⁶ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 137.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Akıllı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu*, 117.

⁷⁸ İnci, *Tefecilik Suçu*, 216.

teşebbüs edilmesi hali müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.⁷⁹

Yargıtay kararlarında, tefecilik suçu bakımından tüzel kişilere güvenlik tedbirleri uygulanabilmesi için suçun kasıtlı olarak tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından işlenmiş olması, bu kişilerin işlenen suç dolayısıyla bir mahkûmiyet kararı almış olması, suçun tüzel kişinin almış olduğu faaliyet izninin sağlamış olduğu yetkinin kötüye kullanılması yoluyla işlenmiş olması ve tüzel kişinin kendisi için bir menfaat elde etmiş olması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁰

IX. ZAMANAŞIMI

Ceza hukukunda iki türlü zamanaşımı söz konusudur. Bunlardan birincisi devlet ve sanık arasındaki ceza ilişkisine ilişkin olan dava zamanaşımı, ikincisi de devlet ve hükümlü arasındaki infaz ilişkisine ilişkin olan ceza zamanaşımıdır.⁸¹

Tefecilik suçu bakımından dava zamanaşımı 8 yıldır (TCK m. 66/1-e). Zamanaşımını kesen hallerin (TCK m. 67/2) vuku bulması halinde, tefecilik suçu bakımından zamanaşımı azami 12 yıla kadar çıkabilir (TCK m. 67/4). Ceza zamanaşımına gelindiğinde, tefecilik suçu bakımından bu süre 10 yıldır (TCK m. 68/1-e).

Dava zamanaşımının başlangıç süresi tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayacaktır

⁷⁹ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 138.

⁸⁰ Yar. 5. CD, E.2013/7704, K.2015/10517, 16.04.2015.

⁸¹ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 741.

(TCK m. 66/6). Ceza zamanaşımı süresi ise hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren başlar (TCK m. 68/5). Ödünç para verme eyleminin birden fazla kez yapılması halinde suç tarihi, son ödünç verme eyleminin gerçekleştirildiği tarih olarak kabul edilmektedir.⁸²

X. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Tefecilik suçuna bakmaya yetkili mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir. Dolayısıyla ödünç paranın verildiği yer asliye ceza mahkemesi yetkili olacaktır. Görevli mahkeme ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11.maddesi gereği asliye ceza mahkemesidir. Belirtelim ki, tefecilik suçunun başka bir suçla beraber işlenmesi halinde ise, davaya bakmakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemesine dönüşebilmektedir.⁸³

Ödünç para verme işleminin posta veya banka havalesi şekillerinde gerçekleştirilmesi hallerinde hangi mahkemenin yetkili olacağı hususunda doktrinde iki farklı yönde görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre suça konu ödünç paranın, failin hâkimiyet alanından çıktığı yer mahkemesi yetkili olmalıdır.⁸⁴ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ödünç alan kişiye para üzerinde tasarruf etme imkânının sağlandığı yer mahkemesi yetkilidir.⁸⁵

⁸² Olgaç ve Ruhi, *Tefecilik Suçu*, 24.

⁸³ Yar. 5.CD, E.2015/13455, K.2019/10939, 21.11.2019.

⁸⁴ Çelik, *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*, 91; İnci, *Tefecilik Suçu*, 204.

⁸⁵ Abdülbaki Giyik, *Türk Hukukunda Tefecilik Suçu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 151.

Tefecilik suçu, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur.⁸⁶ Kanunda özel bir soruşturma veya kovuşturma şartı aranmadığı için şikâyet yahut izne tabi değildir.⁸⁷

XI. UYGULAMADA TEFECİLİK SUÇU TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Her ne kadar tefecilik suçu yasalara aykırı şekilde ödünç para verme işlemi olsa da, uygulamada tefecilik suçu işlenirken ipotek, satış vaadi sözleşmesi, senet, çek, hacizli satış, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış gibi birtakım işlem ve belgelerin hukuka uygun şekilde düzenlenerek ödünç para verme işlemine hukukî bir güvenilirlik sağlama amacıyla kullanıldığı gözlemlenmektedir.⁸⁸

Tefecilik suçuna dair uygulamaları esasa alan Yargıtay, günün ekonomik koşullarına göre yüksek sayılabilecek miktarda paranın aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında karşılıksız olarak verilmesini hayatın olağan akışına aykırı bularak tefecilik suçunun varlığına hükmetmektedir.⁸⁹ Yargıtay'ın bu uygulaması, pratik faydaları olmasına rağmen hukukî dayanaktan mahrum olması gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.⁹⁰

⁸⁶ Kartal, "Türk Ceza Kanunu'na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)", 520.

⁸⁷ Arslan, "Tefecilik Suçu," 43.

⁸⁸ Münevver Katkat, *Muhasebede Vergi Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı* (Yayınlanmamış Doktora Tezi. Atatürk Üniversitesi, 2007), 65.

⁸⁹ Yar. 5. CD E.2015/9231, K.2019/10708, 18.11.2019; Yar. 5. CD, E.2015/13435, K.2019/11111, 26.11.2019; Yar. 5. CD, E.2017/6849, K.2019/11641, 09.12.2019; Yar. 5. CD, E.2016/943, K.2019/11878, 17.12.2019.

⁹⁰ Arslan, "Tefecilik Suçu," 34-35.

Türkiye’de işlenen tefecilik suçunda, suçun işlenme yöntemi olarak başlıca üç yöntem olduğu görülmektedir. Bunlar yaygın ve bilinen usullerle işlenen klasik tefecilik, senet kırma yoluyla işlenen tefecilik ve “POS tefeciliği” olarak da bilinen kredi kartı aracılığıyla işlenen tefecilik suçlarıdır.⁹¹ Halk tarafından bilinen ve geleneksel yöntemlere dayanan klasik tefeciliğin yanında, nispeten yakın zamanlarda ortaya çıkmış senet kırma yoluyla tefecilik ve POS tefeciliği suçlarına ayrıca değinmekte yarar vardır.

B. Senet Kırma Yoluyla Tefecilik

Tefecilik suçunu işleme yollarından birisi, senet kırma yolu ile tefeciliktir.

Senet kırma yoluyla işlenen tefeciliğin pratik hayatta nasıl meydana geldiğine değinmek gerekirse, özellikle acil nakde ihtiyaç duyan kişi eğer elinde bono varsa vadesinden önce bonoyu, eğer elinde çek varsa düzenleme tarihinden önce çeki üçüncü bir kişiye ciro eder veyahut elinde bulunduruyor olmasına karşın tahsil etmekte birtakım güçlükler yaşadığı durumlarda elindeki kıymetli evrakı tahsil etmeye muktedir bir üçüncü kişiye ciro eder. Bu cirolar neticesinde ciro ettiği kişiden kıymetli evrakın üzerinden yazandan daha düşük bir bedel alır. Başka bir deyişle, vadesi gelmeyen kıymetli evrakın üzerindeki bedelden daha az bir bedel alınarak kıymetli evrak ciro edilir. Bu durumda senet kırma yoluyla tefecilik işlenmiş olur.⁹²

TCK m. 241’in gerekçesinde tefecilik suçunun senet kırma yöntemi ile işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.

⁹¹ Ömer Faruk Korkmaz ve Ömer Yazan. “Ulusal Fon Döngüsünü Sınırlandıran Bir Faaliyet Olarak Tefecilik,” *Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi* 1, no. 2 (2012): 60-61.

⁹² Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 106.

Kanun hükmünde yer almayan bu hususa gerekçede yer verilmiş olması doktrinde kanunilik ilkesi bakımından eleştirilmektedir.⁹³ Kanaatimizce bu eleştiri kanunilik ilkesi açısından isabetli bir eleştiridir. Ancak Yargıtay kararlarında tefecilik suçunun senet kırdırma denen usulle işlenebileceği belirtilmekte ve eylem bu haliyle suç olarak kabul edilmektedir.⁹⁴ Bu bakımdan Yargıtay'ın bu uygulaması kanunilik ilkesi bakımından eleştirilmekle birlikte, Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadı müstekar hale gelmiştir.⁹⁵

C. POS Tefeciliği

Tefecilik suçu kredi kartıyla "POS tefeciliği" adı verilen yöntemle de işlenebilir. Bu suçun işlenme şekli bakımından ortada daha önce aldığı bir borcu vadesinde geri ödeyemeyen bir kişi söz konusudur. Bu kişi tefeciye giderek borcun miktarı tutarınca nakit para alır. Buna mukabil olarak tefeci, ödünç alan kişinin kartından, o kişiye verdiği ödünç para miktarını üzerine faiz koyarak çeker. Bu çekim esnasında tıpkı bir mal veya hizmet satışı gerçekleştirilmiş gibi görünüm verilir. Kredi kartından çekim yapılması, bankalar tarafından verilen POS cihazları sayesinde mümkün hale geldiği için bu şekilde işlenen suç doktrinde "POS tefeciliği" olarak bilinmektedir. Kredi kartı vasıtasıyla tefecilik suçu, klasik manada tefecilik suçundan, suç işlenmesi esnasında banka, bankanın verdiği kredi kartı ve POS cihazının araç olarak kullanılması bakımından farklılık gösterir. Bu suçun işlenmesi esnasında kredi kartının kullanım şekli, kartın kullanım gayesine, daha açıkça ifade etmek gerekirse banka ile kredi kartı hamili olan kişi arasında yapılmış bulunan

⁹³ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 959.

⁹⁴ Yar. CGK, E.2016/1257, K.2019/12, 17.01.2019; Yar. CGK, E.2014/655, K.2015/152, 12.05.2015.

⁹⁵ Bardakçı, "Tefecilik Suçu," 644.

sözleşmeye de aykırılık teşkil eder. Uygulamaya bakıldığında POS tefecileri kuyumcu, telefon satıcısı veya kontör satıcısı gibi yaptıkları işlemlerde KDV ortaya çıkmayan veya düşük oranlarda KDV ortaya çıkan esnaf olarak ortaya çıkmaktadır.⁹⁶

Kredi kartı ile tefecilik suçu, herkes tarafından kolay şekilde işlenebilecek nitelikte olması ve karttan çekilmesinden sonra paranın tahsilinin kolay olması gibi sebeplerle günümüzde tehlikeli boyutlara ulaşmıştır. Bu durum aynı zamanda kayda değer bir vergi kaybı da meydana getirmektedir.⁹⁷

POS tefeciliğinin TCK m. 241 manasında suç teşkil edip etmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş POS tefeciliğini TCK m. 241 anlamına suç kabul ederken,⁹⁸ bir başka görüş bu anlamda bir suç olmadığını ve POS tefeciliğinin TCK m. 241 çerçevesinde cezalandırmanın tipikliğe aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁹⁹ Konuyla ilgili Yargıtay uygulamasına bakıldığı zaman, Yargıtay'ın tefecilik suçunun kredi kartı vasıtasıyla işlenebileceğini kabul ettiği görülmektedir.¹⁰⁰ POS tefeciliğinin TCK m. 241 anlamında suç teşkil ettiğini savunan görüş ve bu görüş doğrultusundaki Yargıtay uygulamasının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira kanaatimizce POS tefeciliğinin kanunilik ilkesi bakımından m. 241 hükmünün kapsamına girdiği açıktır.

⁹⁶ Bilge, *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*, 98-99.

⁹⁷ Hakan, Karakehya, *Türkiye'de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik*, (İstanbul, Türkiye: Beykent Üniversitesi, International Conference on Eurasian Economies 4, 2013) 936. <https://www.avekon.org/proceedings/avekon04.pdf>.

⁹⁸ Bardakçı, "Tefecilik Suçu," 648; Burak Bilge "Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (POS) Tefeciliği," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 3 (2015): 481-520; Özgenç, "Tefecilik Suçu," 550.

⁹⁹ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 959; İnci, *Tefecilik Suçu*, 158-59.

¹⁰⁰ Yar. 11. CD, E.2016/8942, K.2019/7627, 06.11.2019; Yar. 11. CD, E.2019/3455, K.2019/8838, 04.12.2019.

SONUÇ

Bazı hukuk sistemlerinde suç olarak düzenlenirken diğerlerinde düzenlenmeyen tefecilik suçu, Türk hukukunda bir suç olarak düzenlenmiş ve bu bağlamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesi sevk edilmiştir. Yargıtay tarafından "kişiler arasında doğmuş bir alacak borç ilişkisine dayanmayan kazanç elde etme amaçlı ödünç para verme eylemi" olarak tanımlanan tefeciliğe hukuk tarihimizde de rastlanmakta ve günümüze kadar gelen süreçte mevzuatta çeşitli hükümler vasıtasıyla tefecilikle mücadele edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Suçla korunan hukukî menfaate dair doktrinde çeşitli görüşler bulunmakla beraber, Yargıtay suçla korunan hukukî menfaati ekonomik kuralların ve serbest ticaret mekanizmasının bozulmasının önlenmesi ve kamu güvenliğinin korunması şeklinde değerlendirmektedir.

Tefecilik suçunun faili herkes olabilir. Ancak bu suçun çok failli bir suç olup olmadığı konusunda doktrinde tartışma söz konusudur. Suçun mağduru bakımından da bir tartışma mevcut olduğu görülürken, Yargıtay suçun mağduru olarak ödünç alan kişiyi değil toplumun tamamını esas almaktadır. Suçtan zarar gören de tartışmalı konulardan bir tanesidir. Yargıtay ödünç alan kişiyi ve Hazine'yi suçtan zarar gören olarak tanımlamaktadır. Suçun maddî unsurunu oluşturan hareket kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermektir. Hareketin işlenme şekli, ödeme şekli, kazancın elde edilip edilmemesi, kazancın miktarı gibi hususlar bu açıdan önem arz etmemektedir. Tefecilik suçu serbest hareketli bir suçtur ve suçun işlendiği tarih, ödünç paranın verilmiş tarihidir. Aynı zamanda Yargıtay, tefecilik eylemini işleyen kişinin bu eylemleri meslek haline getirmesini suçun oluşması bakımından gerekli görmemektedir. Suçun maddî konusu paradır, bu bakımdan altın ve çek suçun konusunu oluşturmaz.

Tefecilik suçu ancak kasten işlenebilir ve failin kazanç elde etme amacı ile hareket etmesi gerekir. Kanunda herhangi bir uygunluk sebebi öngörülmemesine karşın, çeşitli durumlarda hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelebilmektedir.

Tefecilik suçu kural olarak teşebbüse elverişli değildir, meğerki fiil kısımlara bölünebilsin. Bu suç aynı zamanda iştirak bakımından da bir özellik göstermez. İctima açısından, bileşik suç ve fikrî ictima hükümleri tefecilik suçu bakımından gündeme gelemezken, Yargıtay'ın zincirleme suça dair hükümleri tefecilik suçuna sistemli olarak uyguladığı görülmektedir.

Tefecilik suçunun işlenmesi halinde gerçek kişiler bakımından hapis ve adli para cezası, tüzel kişiler bakımından izin iptali ve müsadere gibi yaptırımlar gündeme gelmektedir. Dava zamanaşımı 8 ila 12 yıl arasında iken, ceza zamanaşımı 10 yıldır. Görevli mahkeme suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemesidir ve bu suç şikâyete tabi değildir. Çeşitli açılardan tartışmalar söz konusu olmakla beraber, tefecilik suçu klasik yöntemin yanı sıra senet kırma yoluyla ve kredi kartı yoluyla da işlenebilmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıllı, İlhan. *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tefecilik Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2014.
- Arslan, Çelik. "Tefecilik Suçu". *Ankara Barosu Dergisi* 72, no. 1 (2004): 23-48.
- Bardakçı, Ahmet Haşim. "Tefecilik Suçu". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 41 (2020): 623-682.
- Baytaç, Abdullah Batuhan. "Tefecilik Suçu". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2020): 139-174.
- Bekar, Elif. "Tefecilik Suçu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 2 (2013): 499-526.
- Bilge, Burak. *Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Bilge, Burak. "Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (POS) Tefeciliği". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 3 (2015): 481-520.
- Çağatay, Neşet. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Riba-Faiz Konusu: Para Vakıfları ve Bankacılık". *Vakıflar Dergisi* 7, no. 9 (1971): 39-57.
- Çelik, İsa. *Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demirkol, Kurtuluş. "Toplumsal Trajedi: Osmanlı İmparatorluğu'nda Tefecilik (1848-1864)". *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no. 1 (2018): 625-648.
- Giyik, Abdülbaki. *Türk Hukukunda Tefecilik Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Günay, Erhan. *Tefecilik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- İnci, Zekiye Özen. *Tefecilik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Karakehya, Hakan. Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik. İstanbul, Türkiye: Beykent Üniversitesi, International Conference on Eurasian Economies 4, 2013: 932-936.
- Kartal, Pınar Memiş. “Türk Ceza Kanunu’na Göre Tefecilik Suçunun Değerlendirilmesi (TCK m.241)”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2012): 511-522.
- Katkat, Münevver. *Muhasebede Vergi Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Atatürk Üniversitesi, 2007.
- Koca, Mahmut, ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Korkmaz, Ömer Faruk, ve Ömer Yazan. “Ulusal Fon Döngüsünü Sınırlandıran Bir Faaliyet Olarak Tefecilik”. *Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi* 1, no. 2 (2012): 59-70.
- Meran, Necati. *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Olgaç, Samet Can, ve Ahmet Cemal Ruhi. *Tefecilik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ortabağ, Erol. *Osmanlı İmparatorluğu’nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özgenç, İzzet. “Tefecilik Suçu”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2010): 543-553.

Pradel, Jean. "Malî Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar".
Çeviren Zeynel T. Kangal. *İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Mecmuası* 60, no. 1-2 (2002): 309-323.

BİLEŞİK SUÇ NİTELİĞİNDEKİ YAĞMA DÜZENLEMESİNİN SUÇTA KANUNİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Extortion Arrangement, Which Is
Compound Crime, In Terms of the Principle of
Legality in Crime*

Ersin ŞARE*

Öz


Hırsızlık ile cebir veya tehdit bir araya gelerek yağma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle yağma suçu bileşik suç kategorisi içerisinde değerlendirilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan yağma düzenlemesi yönünden sadeleştirilme yoluna gidildiği ifade edilmektedir. Ancak bu sadeleştirme neticesinde, yağma suçu kadar vahim olan hareketler, yağma suçu kapsamından çıkartılmış ve cezası daha hafif olan suçların kapsamına dâhil edilmiştir. Hırsızlıktan dönüşen yağmada taşınır mal önce alınmakta cebir ya da tehdit sonra uygulanmaktadır ve bu gibi haller en az yağma suçu kadar

* Hakim, Adana Adliyesi, ersinshare@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1441-5146.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 26.06.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.11.2021.

Atıf/Citation: Şare, Ersin. "Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 613-674.

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

vahimdir. Suçta kanunilik ilkesi gereği, kanunda bu yönde düzenleme olmadığı için hırsızlıktan dönüşen yağmanın, ceza kanununda yer verilen yağma hükmü kapsamında cezalandırılması olanaklı değildir. Yargı kararları ve öğretide çoğunlukla hırsızlık suçunda olduğu gibi yağma suçu işlenirken failde “faydalanma maksadı”nın bulunmasının gerektiği ifade edilmektedir. Yağma suçunun bir unsurunun hırsızlık olduğunu kabul etmek ve yağma suçunun oluşumu için “faydalanma maksadı”nın bulunmasını aramak, bunun yanında da hırsızlık ile yağma suçunun tamamlanma anının farklı olduğunu kabul etmek çelişkiye yol açmaktadır. Dolaylı yağmaya ve hırsızlık suçunda olduğu gibi faydalanma maksadı şeklindeki özel kast unsuruna yağma düzenlemesinde yer verilmesi daha doğru olacaktır. Yağma suçundaki tehdit unsuruna ilişkin olarak mağdurun ürkek olup olmamasına göre değil, tehdit fiilinin objektif olarak korkutmaya elverişli olup olmadığı esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yağma, Bileşik suç, Cebir, Dolaylı yağma, Tehdit.

Abstract

Theft and coercion or threat come together to form the crime of extortion. For this reason, the crime of extortion is evaluated within the category of compound crime. It is stated that the extortion regulation in the Turkish Penal Code numbered 5237 has been simplified. However, as a result of this simplification, acts that are as serious as extortion were removed from the scope of extortion and included in the scope of crimes with lesser penalties. In extortion turned from theft, movable property is taken first, coercion or threat is applied after, and such cases are at least as serious as the crime of extortion. Pursuant to the principle of legality in crime, it is not possible to punish extortion that turns from theft within the scope of the extortion provision in the criminal code, since there is no such regulation in the law.

In judicial decisions and teachings, it is stated that the perpetrator must have an "motive to benefit" while committing the crime of extortion, as in the crime of theft. Accepting that an element of the crime of extortion is theft and seeking the "motive to benefit" for the formation of the crime of extortion, as well as accepting that the completion time of theft and extortion crime is different leads to a contradiction. It would be more appropriate to include the indirect extortion and the "dolus specialis" element in the form of the motive to benefit, as in the crime of theft, in the extortion arrangement. Regarding the threat element in the crime of extortion, an evaluation should be made on the basis of whether the act of threat is objectively suitable for intimidation, not depending whether the victim is timid.

Keywords: Extortion, Compound crime, Coercion, Indirect extortion, Threat.

GİRİŞ

Bir eylemin, suç olarak nitelendirilmesi için başlıca şartlardan biri, eylemin kanundaki suç tanımına uygun olması, yani suç tanımının gerektirdiği tüm unsurları karşılamış olmasıdır.¹ Eylemin kanundaki suç tasvirine uygun olması hali "tipiklik" ya da "tipe uygunluk" olarak adlandırılmakta ve suçun oluşumu için bu şartın aranmasının "suçların ve cezaların kanuniliği" ilkesini kabul etmenin bir gereği olduğu ifade

¹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II* (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 66.

edilmektedir.² Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde bu ilkeye açıkça yer verilmiştir.³

Yağma suçu 5237 sayılı TCK'nın 148 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 495 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerle karşılaştırıldığında "dolaylı yağma", "korkutarak faydalanma" ve "adam kaldırma" gibi suç tiplerine 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Bunun nedeninin, 765 sayılı TCK'da kazuistik yöntemle düzenlenmiş olan yağma suç tipinin, 5237 sayılı Kanunla sadeleştirilmek istenmesi⁴ ve sadeleştirilmiş, esnek kural konulmasıyla hükmün genişletilerek uygulanması düşüncesi olduğu belirtilmektedir.⁵

Eski kanunda yer alan bazı suç tiplerine 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olması ve yine TCK 148. maddede düzenleme altına alınan yağma hükmünün bazı unsurlarının belirsiz bırakılması uygulamada sorun yaratacak niteliktedir. Çalışmamızda esas olarak bu hususlar değerlendirilecektir. Çalışmamızın kapsamını oldukça genişleteceğinden yağma suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nın 149. maddesine ayrıca değinilmemiştir.

Yağma suçu, hırsızlık suçu ile cebir ya da tehdit suçunun bir araya gelmesi ile oluşan bileşik suçtur. Nitekim madde

² Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), 39.

³ TCK'nın 2/1. maddesine göre; *kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*

⁴ 08.03.2004 tarihli Adalet Komisyonu raporunda; "XVI. Hükümet Tasarısına 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan yansıyan örneğin hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarıyla ilgili kazuistik mahiyetteki bazı hükümler sadeleştirilmeye çalışılmıştır." ifadeleri kullanılmıştır.

⁵ Doğan Soyaslan, "Malvarlığına Karşı Suçlar," iç. 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sempozyumu*, Editör: Bahri Öztürk, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 233.

gerekçesinde; hırsızlık suçunda olduğu gibi yağma suçunda da taşınır malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedin rızasının bulunmaması gerektiği, ancak hırsızlık suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için mağdurun rızasının cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir. Öğretide ve uygulamada ittifakla yağma suçunun bir bileşik suç olduğu kabul edilmektedir.⁶ Bu nedenle öncelikle bileşik suç ve yapısal özelliklerinin açıklanması ve bu açıklamaların TCK'nın 148. maddesinde yer verilen düzenlemeyle ne düzeyde uyuştüğunun belirlenmesi gerekmektedir. Yine bileşik suç tiplerinde esasen "suçların içtimaı" söz konusu olmasa da yağma suçu, farklı suçların kapsamına girebilecek birden çok hareketin bir arada gerçekleştirilmesi neticesinde işlenen bir suçtur. Örneğin bir malın tehdit ile alınmasında hem tehdit hareketi hem de alma hareketi bir arada gerçekleştirilir. Ancak kanundaki düzenleme gereği tek bir yağma fiilinden söz edilir. Bu yüzden öncelikle kısaca suçların içtimaı, görünüşte içtima ve bileşik suç konularına değinilecek, sonrasında yağma suçu yönünden kanunda bir boşluk bulunup bulunmadığına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Ceza hukukunda "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi geçerlidir. Birden fazla suçun tek fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu olan "suçların içtimaı" bu ilkenin istisnasıdır; yani belli

⁶ Esra Şule Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 26; Ali Kemal Yıldız, "Yağma," iç. *Özel Ceza Hukuku C. IV Malvarlığına Karşı Suçlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 112; Yağma suçunun bileşik suç olarak düzenlenmesinin zorunluk olmadığı, bir ceza politikası gereği bileşik suç olarak düzenlendiği, kanunda yağma suçuna yer verilmemiş olsaydı, tehdit ya da cebire başvurarak başkasının malını alan failin hırsızlık suçunun yanı sıra başvurduğu tehdit ya da cebir suçlarından sorumlu tutulacağı ve gerçek içtimaya gidileceği ifade edilmiştir. Bkz. Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 21.

koşulların varlığı halinde birden fazla suç işleyen faile tek ceza verilir.⁷

Fiil, hareketi, neticeyi ve arasındaki nedensellik bağına kapsayan üst kavramdır. Bazen birden fazla hareket yapılarak fiil gerçekleştirilebilir. Suçun birden fazla hareketle gerçekleştirilmesi durumunda ne zaman birden fazla fiilin ve dolayısıyla birden fazla suçun oluşacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer hareketler aynı amaca yönelmiş ve aynı zamanda ya da uzunca bir zaman aralığı olmadan gerçekleştirilmiş ise tek bir fiil ve dolayısıyla tek bir suç söz konusu olacaktır.⁸ Bir kişinin ardı sıra beş defa tokatlanmasında beş insan hareketi ancak tek bir kasten yaralama fiili söz konusudur. Eğer aynı kişiye birer gün arayla tokat atılması durumunda, iki farklı kasten yaralama fiili söz konusu olacaktır. Zira kasten yaralama teşkil eden hareketler arasında ayrı bir fiil teşkil edecek kadar uzun bir zaman geçmiştir. Kaç fiilin olduğunun tespiti, kaç defa ceza verileceği ya da zincirleme suç hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı açısından önem taşımaktadır.

Her hareket doğal âlemde bir olay meydana getirir ve bu olay aynı zamanda neticedir. Bu nedenle her suçta bir netice bulunmaktadır.⁹ Yapılan bir hareket sonucu doğal âlemde

⁷ Mehmet Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 703.

⁸ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2012), 129.

⁹ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 104; neticesi harekete bitişik suçlar olan, sırf hareket suçlarında dahi doğal âlemde bir değişiklik meydana geldiğinden tabii anlamda netice vardır. Farklı yönde görüş için bkz. Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 270: “Kanaatimizce hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olan netice, suç tipinde, suçun kanuni tanımında gösteriliyorsa, ceza hukuku bakımından bir değer taşır. Bu bakımdan, iradi insan davranışının dış

birden fazla netice meydana gelmişse, ortaya çıkan netice sayısı kadar fiil ve fiil sayısı kadar suç olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰ Patlatılan bomba ile öldürülmek istenen kişinin yanı sıra başka kişilerin de ölümüne sebep olunabilir. Burada ölen kişi sayısı kadar fiil, fiil sayısı kadar da kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.¹¹

Suç sayısını tespititte esas alınacak ölçütün normun ihlali olduğu, normu ihlal sayısı kadar suç sayısının olacağı ifade eden yazarların bulunduğunu söylememiz gerekir.¹² Nitekim netice sayısı kadar fiilin var olduğunun kabulü halinde fikri içtima hükmünün uygulanması hemen hemen imkânsız hale gelebilecektir.¹³

dünyada meydana getirdiği değişiklik kanuni tipte yer almıyorsa önem arz etmez. Örneğin, kasten öldürme suçunda netice (ölüm), cezalandırma için aranmışken hakaret suçunda suçun oluşması bakımından neticenin (mağdurun utanması, incinmesi, üzülmesi) gerçekleşmesi aranmamıştır."

¹⁰ Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 520.

¹¹ Yüksek mahkemenin benzer bir olayda farklı bir kararı bulunmaktadır. Bkz. Yar. CGK, E.2012/1-1569, K.2013/575, 03.12.2013, (UYAP) "katılanı öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren mağdurun kızı olan diğer mağduru olası kast ile yaraladığı somut olayda, mağduru öldürme amacıyla ona doğru bir kez ateş etme eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle, tek eylem sonunda hem mağdura karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de diğer mağdura karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığından, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir."

¹² Bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no: 1 (2012): 47, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001650; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 561.

¹³ Bkz. TCK madde 44. TCK'nın "Fikri İçtima" başlıklı 44. maddesine göre; işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Öğretide “suçların içtimaı” başlığı altında görünüşte içtima halleri de incelenmektedir. Ancak bu gibi durumlarda esasen birden fazla suçun işlenmesi ve gerçek bir içtima söz konusu değildir.¹⁴ Bazı suç tiplerinin bir araya getirilip yeni bir suç tipinin meydana getirildiği görünüşte içtima hallerinden biri olan bileşik suçta, bir araya getirilen suçlar ihlal edilmiş gibi görünse de; gerçekte ihlal edilen yeni suç tipidir ve faile bir araya getirilen suçların değil, yeni suç tipinden tek suçun cezası verilmektedir.¹⁵ Bir kişiye karşı cebir kullanılarak iradesi dışında malının alınmasında hem cebir hareketi hem de hırsızlık hareketi söz konusuyken, bu hareketlerin tamamını kapsayan yağma düzenlemesi olduğundan, bu gibi durumda tek bir yağma fiilinden söz edilecektir.

I. GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA VE BİLEŞİK SUÇ

Bazı hallerde ceza hukukunda yer alan hükümler görünüşte bir araya gelirler. Bu hükümlerden biri diğerinin uygulanmasının yolunu kapatır. Bu gibi hallere “görünüşte içtima”, “kanunların yarışması”, “gerçek olmayan içtima” veya “kanunların birliği” adları verilmektedir.¹⁶

Türk Ceza Kanunu’nda görünüşte içtima halleri kapsamında yalnızca bileşik suç hükmüne yer verilmiştir. Ancak görünüşte içtima hallerinin sadece bileşik suçtan ibaret olmadığı

¹⁴ Bkz. Kayıhan İçel, *Suçların İçtimaı* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1972), 167-168.

¹⁵ Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 705.

¹⁶ Hans-Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, Çeviren: Feridun Yenisey, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2007), 56-57.

ve özel normun önceliği¹⁷, bir normun diğer norm tarafından tüketilmesi¹⁸ ve yardımcı normun sonralığı ilkesi¹⁹ gibi belirli

¹⁷ Aynı fiile görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan biri, diğer normlarının unsurlarına ilave olarak bazı ek unsurları ve özellikleri de içeriyorsa özel-genel norm ilişkisi söz konusu olur. Bu durumda, özel normun önceliği ilkesi gereği, genel norm değil, özel norm uygulanacaktır. Bkz. İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 606-607. Suçun temel ile nitelikli hali arasındaki ilişki ve özgü suç ile genel suç arasındaki ilişki özel-genel norm arasındaki ilişkiye örnektir. bkz. Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 704. Yağma suçu silah ile işlendiğinde TCK'nun 148. maddesi değil, nitelikli halin düzenlendiği 149/1-a maddesi uygulanacaktır.

¹⁸ Bir normun diğer norm tarafından tüketilmesi halinde, farklı suçlara ilişkin normların koruduğu hukuki değeri, farklı suçları bünyesine alarak ortak şekilde koruyan bir norm olduğu, tüketen-tüketilen norm ilişkisinde, özel norm-genel norm ilişkisinden farklı olarak ceza normlarının gereklilik değil, tipiklik nedeniyle karşı karşıya geldiği ve farklı bir koruma yönüne doğru yöneldiği ifade edilmiştir. Bkz. Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 426. Ayrıca bkz. İçel, *Suçların İctimai*, 205. Bazı durumlarda da bir eylemin gerçekleştirilmesi ile birlikte ortaya çıkan hukuka aykırılık, birlikte veya sonraki eylemleri de kapsar, bu nedenle sonraki eylemler cezalandırılmaz; önceki eylemleri içeren normun uygulanması yeterli olur. Bu durumda esas eyleme ilişkin norm, cezalandırılmayan sonraki eylemlerle ilgili normları tüketir. Bkz. İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 607. Bir malın tehdit ya da cebir kullanılarak zorlan alınması yani yağma suçunun işlenmesinden sonra malın tahrip edilmiş olması ya da yok edilmesi durumunda failin ayrıca mala zarar verme suçundan cezalandırılmaması durumu cezalandırılmayan sonraki eylemlere örnektir. Bkz. İçel, *Suçların İctimai*, 196-197. Toroslu'ya göre, kanunun çatışır gibi gözüken normlardan birinin uygulanmayacağını öngördüğü durumlarda gerçek anlamda bir normlar çatışması söz konusu değildir. Zira kanun uygulanacak hükmü açıkça göstermiştir. Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 85.

¹⁹ Bir norm, açık ya da örtülü biçimde bir başka normun uygulanabilmesi için onun gerisine çekilirse, yardımcı normun sonralığı ilkesi söz konusu olur.

ilkeler çerçevesinde türlere ayrıldığı,²⁰ görünüşte içtima hallerinin sadece özel normun önceliği ilkesi ile açıklanamayacağı ifade edilmektedir.²¹

Görünüşte içtima konusu kapsamında incelenen bileşik suça 5237 sayılı TCK'nın 42. maddesinde yer verilmiştir.²² Görünüşte içtima hallerinin, aslında ceza kurallarının yorumlanması yolu ile çözümlendiği ifade edilmektedir.²³ Bu yüzden TCK'nın 42. maddesinde yer verilen bileşik suç hükmü olmasaydı dahi aynı sonuca normların yorumlanması yoluyla ulaşılabileceği belirtilmektedir.²⁴

Bkz. İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 608. TCK'nın "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" bölümünde kamu görevlilerince işlenebilecek suçlar gösterilmiştir. Bu bölümde düzenlenen suçlardan birçoğu aynı zamanda "görevi kötüye kullanma" suçunu oluşturmaktadır. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK'nın 257. maddesinde; "*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*" ifadesine yer verilerek diğer hükümlerin uygulanabilmesi durumunda bu hükmün açıkça geri çekileceği belirtilmiştir.

²⁰ Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no: 14 (2018): 37-39, <https://www.ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s14/035-049.pdf>; İçel, bu ilkelerin yanı sıra normlardan birinin seçilmesi ilkesinin de var olduğunu, bu ilkenin görünüşte içtima ilkelerinin arasına sokulmaması taraftarı olan yazarların çoğunlukta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. İçel, *Suçların İçtimai*, 176. Alternatif tipiklik için ayrıca bkz. Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım II*, 431 vd.

²¹ İçel, *Suçların İçtimai*, 181-183; Toroslu'ya göre; "özel normun önceliği ilkesi" görünüşte normlar çatışmasına ilişkin sorunları çözmeye yeterlidir. Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 85.

²² Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin en tipik örneğinin bileşik suç olduğu ifade edilmektedir. Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 705.

²³ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), 501.

²⁴ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 335-336, "*yağma suçunda, ilk bakışta hem cebir veya tehdit suçuna hem de hırsızlık suçuna ilişkin hükümler uygulanabilir gözükmesine rağmen, sadece yağma suçunu öngören hüküm uygulanmaktadır.*

TCK 42. maddesindeki düzenlemeye göre; *biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*²⁵

Bileşik suçta ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilen suç ilke olarak daha hafif olan suçtur.²⁶ Nitekim konut dokunulmazlığı ihlal edilerek işlenen yağma suçunda, hafif olan suç konut dokunulmazlığının ihlali suçudur. Ayrıca suçun temel şekli ile ağırlaştırılmış halinin koruduğu hukuki yarar aynıdır.²⁷

Birbirine bağlı olarak gerçekleştirilen suçlar²⁸ ile bileşik suçlar arasında fark bulunmaktadır.²⁹ Gerçi bileşik suçlarda da bileşik suçu oluşturan unsur suç ya da ağırlaştırıcı neden olarak belirlenen suç, çoğu zaman diğer unsur suçu işlemek için

Zira yağma suçuna ilişkin hüküm özel hükümdür. Nitekim tehdit ve cebir suçlarını öngören TCK 106 ve TCK 108 maddelerine nazaran fazladan bir malın alınması unsurunu, hırsızlık suçunu öngören TCK 141 maddesine nazaran da fazladan tehdit veya cebir unsurunu içermektedir."

²⁵ Bileşik suçta, bu suçu oluşturan suçlardan birinin, diğerinin unsuru olmadığı, aksine iki ya da daha fazla suçun bir araya gelerek üçüncü bir suçu oluşturduğu ifade edilerek kanunun koyucunun bileşik suç tanımı haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Nevzat Toroslu ve Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı," iç. *Türk Ceza Kanunu Reformu II, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004), 13.

²⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 263.

²⁷ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 445.

²⁸ Bir suçu işlemek veya işlenmiş bir suçu gizlemek için suç işlenmesi ya da işlenmiş bir suç vasıtasıyla başka bir suçun işlenmesi halleri "birbirine bağlı olarak gerçekleştirilen suçlar" olarak adlandırılmaktadır.

²⁹ Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953), 482-483.

gerçekleştirilir.³⁰ Nitekim yağma suçunun unsurları olan cebir ve tehdit suçu, esasen hırsızlık suçunu, yani malikinin ya da zilyedinin rızası olmadan, malın alınması için gerçekleştirilir. Bununla birlikte bir suçun diğerinin işlenmesinde araç olması, bileşik suçun varlığı için tek başına yeterli değildir. Kanunda açıkça araç suçun, unsur suç ya da ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi gerekmektedir.³¹ Nitekim yağma suçunun ağırlaştırıcı nedeni olan konut dokunulmazlığının ihlali suçu; cinsel saldırı veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları yönünden unsur suç ya da ağırlaştırıcı neden değildir; cinsel saldırı veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları ile birlikte ya da birbirine bağlı olarak işlenmesi halinde fail ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan da cezalandırılacaktır.³² Yağma suçunun işlenmesi için bir kişinin konutuna girilmiş olunabilir. Bu durumda konut dokunulmazlığını ihlal etmek yağma suçu için bir araçtır ve kanunda yağma suçunun nitelikli

³⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 541.

³¹ Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 520-521; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 654; ayrıca bkz. Yar. CGK, E. 2016/13-32, K.2016/228, 03.05.2016, (UYAP)

³² Sanık ile mağdur aynı köyde yaşamaktadırlar. Sanık yalnız yaşayan mağduru evine girmiş, mağduru yaralayarak etkisiz hale getirmiş ve iki saat boyunca yatak odasında mağdura cinsel saldırıda bulunmuştur. Cinsel saldırıda bulunduktan sonra çekyatın üzerinde bulunan ve mağdura ait olan 25 TL'yi alan sanık evden ayrılmıştır. Bu olayda yüksek mahkeme, cinsel saldırı ve nitelikli yağma suçunun oluşacağı, yağma suçunun nitelikli halinden cezalandırılma yoluna gidildiği için ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan cezalandırılmaması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Yar. CGK, E.2017/90 K. 2018/462, 23.10.2018, (UYAP). Eylemin yağma suçu değil de, hırsızlık suçunu oluşturduğu değerlendirilseydi, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan ceza verilecekti.

hali olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden fail, sadece nitelikli yağma suçundan cezalandırılacaktır.³³

Unsur ya da ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilen suç, suç tipinde açıkça gösterilmemişse bileşik suçtan söz edilemeyecektir.³⁴ Unsur suçun ya da ağırlaştırıcı neden teşkil eden suçun, suç tipinde açıkça belirtilmiş olması gerektiğinden anlaşılması gereken; mutlaka ilgili suçun adının bileşik suç tipinin içerisinde belirtilmiş olması değil, bu suçun eylem unsurunun bileşik suç tipi içerisinde ifade edilmiş olmasıdır.³⁵

Uygulamada tereddüt doğurması nedeniyle öğretide bu duruma ilişkin olarak çoğunlukla TCK'nın 82/1-h maddesinde yer alan nitelikli kasten öldürme düzenlemesi örnek verilmektedir.³⁶ İlgili maddeye göre; *kasten öldürme suçu, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesi kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi halinde cezadan artırım yapılacaktır.*³⁷ Somutlaştırmak gerekirse; mağdurun malını almak için ya da işlenen yağma suçunun açığa çıkmaması için kasten öldürme suçu işlenirse hem TCK'nın 82/1-h maddesinde belirtildiği şekliyle nitelikli kasten öldürmeden hem de yağma

³³ Bkz. Yar. CGK, E.2014/13-484, K.2016/108, 01.03.2016, (UYAP)

³⁴ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 654.

³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 542.

³⁶ Bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 357; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 505.

³⁷ TCK'nın 82/1-h maddesinin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketi aşamasında kalmış olmasının bir öneminin olmadığı, failin öldürme eylemini, amaç suçu gizlemek, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirmesinin yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yar. CGK, E.2011/1-113, K.2011/207, 11.10.2011, (UYAP)

suçundan ayrı ayrı ceza verilecektir.³⁸ Ancak böylesi bir durumda da failde, kasten öldürme kastıyla eşzamanlı olarak yağma suçunu işleme niyetinin bulunması gerekir. Başta maktulü yağmalama amacı olmayan fail, kasten öldürme suçunu işledikten sonra mağdurun üzerindeki eşyayı almaya karar verirse artık hırsızlık suçundan bahsedilecektir.³⁹ Yüksek mahkeme; TCK'nın 82/1-h maddesinde yer alan nitelikli kasten öldürme düzenlemesinin bileşik suç olmadığı, failin bir suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak, yakalanmamak veya diğer bir suçun delillerini kaldırmak amacıyla birini öldürmesi durumunda hem araç niteliğinde olan kasten öldürme suçundan hem de amaçladığı suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.⁴⁰

³⁸ Farklı görüş için bkz. Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 62-63; "hırsızlık yaparken kendisini yakalayan ev sahibini, suçun meydana çıkmaması için öldüren kimse, hırsızlık ve öldürmeden ayrı ayrı ceza görmeyip, adam öldürmenin 'bir suçu gizlemek ya da delil ve emarelerini ortadan kaldırmak için' işlenmiş olmasını adam öldürme suçunun şiddet nedeni sayan hükmü uyarınca tek cezaya çarptırılacaktır."

³⁹ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2017), 390. Ancak bu durumda da failin başlangıçta yağma kastı ile hareket etmediğinin ispatı zor olacaktır.

⁴⁰ Bkz. Yar. CGK, E:2014/1-707, K.2015/504, 08.12.2015, (UYAP), "sanıkların eylem öncesinde gözlem yaparak katılan ile maktule ait para ve değerli eşyaları tespit ettikleri, katılana karşı gerçekleştirilen basit yaralama eyleminin cep telefonu ve bir miktar parayı elde etmeye yönelik olduğunun anlaşıldığı, suç tarihinde inşaat işçisi olan sanığın maktulü öldürdükten hemen sonra katılana 'günlük 50 liraya çalıştığı' yönündeki söyleminin, öldürme eyleminin cinsel ilişki bedeli olarak verilen parayı geri almak için gerçekleştirildiğini desteklediği, bu anlamda katılana karşı uygulanan basit yaralama ile maktulün öldürülmesi eylemlerinin para ve değerli eşyaları elde etmeye yönelik olup sanıkların eyleminin nitelikli yağma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir." Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme suçunun yanı sıra yağma suçundan da ceza verilmesi gerektiği yönünde karar için ayrıca bkz. Yar. 1. CD, E.2012/4569, K.2012/9065, 05.12.2012, (UYAP), "sanıkların olay gecesi maktulün bekçi olarak çalıştığı"

İlgili suç tipinde, fiil gerçekleştirilirken failde bulunması gerektiği belirtilen saik, suçun maddi unsuruna değil, manevi unsuruna dâhildir; suçun tamamlanması için failin saikine ulaşmış olması aranmaz.⁴¹ TCK'nın 82/1-h maddesindeki; *"bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesi kolaylaştırmak ya da yakalanmak amacıyla"* ifadesi nitelikli halin uygulanması için failde bulunması gereken saiki nitelediğinden zaten bileşik suçtan söz edilemeyecektir.⁴²

Tüm bileşik suçlar sadece iki suçun bir araya gelmesi ile oluşmaz. Bazı durumlarda üç suç bir arada bulunabilir.⁴³ Nitekim konut içinde yağma suçu, bu türdeki bileşik suçun bir örneğidir. Bileşik suç niteliğinde olan yağma suçunun, başka bir suç niteliğindeki konut dokunulmazlığı ihlal edilerek işlenmesi hali ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.⁴⁴ Bu nedenle konut içinde yağma suçunun işlenmesi durumu söz konusu

işyerine hırsızlık amacıyla girdikleri, maktulün kendilerini görüp polise şikayette bulunacağım demesi üzerine sanıklardan birinin kürekle maktulün başına vurarak öldürdüğü, daha sonra işyerinde bulunan kasayı açarak içinde bulunan paraları aldıkları olayda sanıkların eylemlerinin 'bileşik suç' olan geceleyin birden fazla kişi ile birlikte işyerinde yağma suçunu oluşturduğu"

⁴¹ Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 207.

⁴² Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 654, "Özel kast hallerinde bileşik suç durumu yoktur." Başka örnek vermek gerekirse cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarının yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendiğinde, failde cinsel saikin bulunması nedeniyle verilen cezadan TCK'nın 109/5 maddesi uyarınca artırım yapılması çifte cezalandırma olarak değerlendirilemeyecektir. Zira TCK'nın 109/5. maddesi bileşik suç niteliğinde değildir. Cinsel istismar ile cinsel saldırı suçlarının yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlendiğinde, cinsel amaç bulunması nedeniyle ayrıca cezadan artırım yapılması gerektiği yönünde karar için bkz. Yar. 14. CD, E.2019/544, K.2019/11294, 03.10.2019, (UYAP).

⁴³ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 264.

⁴⁴ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 357.

olduğunda, hırsızlık suçundaki uygulamanın⁴⁵ aksine faile ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan ceza verilmeyecektir.⁴⁶

Bileşik suçlar, onu oluşturan suçların değil, doğrudan bileşik suçun neticesinin gerçekleştiği zamanda tamamlanmış olur.⁴⁷

Bileşik suçta, unsur suçlardan biri teşebbüs halinde kalmış, diğer unsur suçun icra hareketlerine hiç başlanmamış olsa dahi bileşik suça teşebbüsün varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade

⁴⁵ TCK'nın 142/2-h maddesinde; *"herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında"* ifadesi yer almaktadır. Yüksek mahkemece verilen kararda; söz konusu nitelikli hal bakımından hırsızlık suçunun bina ve eklentilere girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi bina ya da eklentiye girilmeden işlenmesinin mümkün olduğu, maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilere girilip, girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olmasının esas olarak önemsendiği, bu suç tipinin esas olarak bileşik suç olarak hüküm altına almak isteseydi 765 sayılı TCK'da olduğu gibi *"bina veya eklentilerine girilmek suretiyle"* şeklinde bir düzenlemeye yer vereceği, bu nedenle hırsızlık suçunun bina içerisinde işlenmesi halinde ayrıca faili konut dokunulmazlığından da cezalandırılması gerektiği, kaldı ki TCK'nın 142/4 maddesinin böyle bir uygulama yapılmasını açıkça ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yar. CGK. E.2014/13-484, K.2016/108, 01.03.2016, (UYAP). TCK'nın 142/1-b maddesinde hırsızlık suçunun nitelikli halinin düzenlendiğini, bina içerisinde işlenmesi halinde faile hırsızlık suçundan daha ağır ceza verileceğini, bileşik suç niteliğinde olan bu hükmün konut dokunulmazlığının ihlalini zaten cezalandırdığını, faile ayrıca TCK'nın 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlalinden ceza verilmesinin *"bir suç için bir ceza verilir ilkesi"* nin ihlali olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Metin Feyzioğlu ve Devrim Güngör, *"Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali TCK md. 142-4," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no:1 (2007): 142-143, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000336

⁴⁶ Bkz. Yar. CGK, E.2016/13-32, K.2016/228, 03.05.2016, (UYAP).

⁴⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 336.

edilmektedir.⁴⁸ Yine ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suç tamamlanmış, buna karşılık asıl suç teşebbüs derecesinde kalmış ise, teşebbüs derecesinde kalmış bileşik suçtan cezalandırma yoluna gidilir.⁴⁹

Bileşik suçlarda TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir.⁵⁰ Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten cezalandırılmaz. Nitekim bileşik suç olan yağmada, cebir kullanıldıktan sonra malın alınmasından vazgeçilmesi durumunda yağmaya teşebbüsten değil, sadece cebir suçundan cezalandırılma yoluna gidilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki gönüllü vazgeçmenin, dış etkenler olmadan failin özgür iradesinden kaynaklanması gerekmektedir.⁵¹ Maddi ya da manevi engeller nedeniyle fail icra hareketini tamamlamaktan vazgeçmiş ise gönüllü vazgeçmenin varlığından söz

⁴⁸ Mustafa Özen, *Suçların İctimai (Zincirleme Suç-Fikri İctima-Bileşik Suç)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2008), 133.

⁴⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 336.

⁵⁰ Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 794.

⁵¹ Bkz. Yar. 6. CD, E.2012/13430, K.2015/43330, 05.10.2015, (UYAP); sanıkların, mağdurdan 1.000.000 TL fidye almayı planladıkları, sanıklardan birinin önemli bir mesele konuşmak bahanesi ile mağduru arayarak evden dışarıya çıkmasını sağladığı, mağduru darp ederek arabaya bindirdikleri ve bir süre araba ile dolaştıkları, sanıkların olay sırasında katılana, kendisini bir namus meselesi nedeniyle kaçırdıklarını beyan etmekle yetindikleri, daha önceden düşünüp planladıkları yağma suçunun icrai hareketlerini sürdürüp gerçekleştirmelerinden alıkoyan herhangi bir engel olmamasına rağmen kendi iradeleri ile yağma suçunu işlemekten vazgeçtikleri olayda yüksek mahkeme, TCK 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme hükmü uyarınca sanıkların sadece o ana kadar gerçekleştirdikleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

edilemeyecektir.⁵² Yağma suçu yönünden değerlendirme yapmak gerekirse, malı almak için cebir kullanan fail, mağdurun mukavemeti ya da yakalanma korkusuyla icra hareketini sürdürmeyip malı almaktan vazgeçerse, gönüllü vazgeçmenin varlığından söz edilemeyecek ve yağmaya teşebbüsten cezalandırılacaktır.⁵³

Yağma suçu tamamlandıktan sonra, kişinin aldığını geri vermesi ya da tüm zararı gidermiş olması halinde gönüllü vazgeçme hükmü değil; diğer şartları mevcut ise TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmü uygulanacaktır.⁵⁴ Etkin pişmanlık hükmünün uygulanması için failerin ve şeriklerin bizzat pişmanlık göstermesi⁵⁵ ve bir zararın

⁵² Ersin Şare, "Suça Teşebbüsün Cezasızlığı: Gönüllü Vazgeçme," *Adalet Dergisi*, no: 56 (Eylül 2016): 167.

⁵³ Bkz. Yar. CGK, E.2015/6-258, K. 2017/486, 21.11.2017, (UYAP); yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; kendisini tanınmayacak bir hale sokarak mağdura ait kuyumcuya giren sanığın, içinde tabanca olduğu izlenimi oluşturacak şekilde elindeki poşeti tanıklara doğrulttuğu, karşı koymalarını engellemek için "bu gerçek silah, oyuncak değil" diyerek ziynet eşyasının bulunduğu vitrin camını açmaya çalıştığı, bu sırada tanıklardan birinin alarm düğmesine basmaya çalıştığı, bunu fark eden sanığın yakalanmamak için kuyumcudan kaçtığı olayda; elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerini sürdüremeyen sanığın TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamayacağına, sanığın fiilinin yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.

⁵⁴ Mehmet Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 615.

⁵⁵ Yar. CGK, E.2017/6-161, K.2018/18, 23.01.2018, (UYAP); yağma suçunu gerçekleştirdikten sonra kaçmaya başlayan sanığın, mağdur ve çevrede bulunan insanlar tarafından kovalanmaya başlanması üzerine suça konu cep telefonunu yere atıp kaçmaya devam ettiği olayda yüksek mahkeme; sanığın suça konu cep telefonunu pişmanlığın etkisi ile değil kendisini takip eden kişilerden kurtulmak amacıyla, başka bir anlatımla dış etkenlere bağlı olarak yere attığı anlaşıldığından sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168.

ortaya çıkması gerekmektedir. Yağmaya teşebbüs edilmiş ancak yapılan hareket neticesinde herhangi bir zarar oluşmamışsa etkin pişmanlık hükmünün uygulanması mümkün değildir.⁵⁶

Bileşik suçta, ağırlaştırıcı neden olarak yer alan bağımsız suçun soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete tabi kılınmışsa ya da bu suç uzlaşma kapsamında; şikâyet yokluğunda ya da uzlaşma halinde bileşik suçun bölünebileceği ve sadece temel suçtan dolayı failin cezalandırılması yoluna gidileceği ifade edilmektedir.⁵⁷ Böylesi bir durumun bileşik suçun bölünemeyen yapısına istisna getirmediğini düşündüğümüzden, bileşik suç şikâyete tabi ve uzlaşma kapsamında değilse failin yine nitelikli bileşik suçtan cezalandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu yüzden yağma suçunda, ağırlaştırıcı neden olan konut dokunulmazlığının ihlalinin uzlaşma kapsamında olması nedeniyle bu suç yönünden uzlaştırma yapılması ve yağma suçunun bölünerek sadece basit yağma suçundan cezalandırılma yoluna gidilmesi mümkün olmamalıdır.⁵⁸

maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanmayacağına hükmetmiştir.

⁵⁶ Keskin Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirilmesi)," *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* I, no: 1 (Haziran 2013): 47-48.

⁵⁷ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 602; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 793.

⁵⁸ Bileşik suç şikâyete tabi ve uzlaşma kapsamında değilse, unsur suçlar şikâyete tabi ya da uzlaşma kapsamında olsa da, bileşik suç bölünemeyeceğinden fail yine bileşik suçtan cezalandırılacaktır. Benzer yönde karar için bkz. Yar. 6. CD, E.2015/1305, K.2018/984, 12.02.2018, (UYAP). TCK'nın 150/1. maddesi uyarınca sadece tehdit suçundan cezalandırılma yoluna gidildiğinde şüphesiz uzlaşma olursa düşme kararı verilebilecektir.

II. 5237 SAYILI CEZA KANUNUNDA YER VERİLEN YAĞMA DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir tasniflemeye göre suçlar, bağıli hareketli suçlar ve serbest hareketli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵⁹ Bağıli hareketli suçlar; kanunun, tipik hareketin belirli şekilde veya belirli vasıtalarla işlenmesini öngördüğü suçlardır.⁶⁰ Yağma suçunda da malın herhangi bir şekilde alınması kabul edilmemiş ancak cebir veya tehdit kullanılması halinde bu suçun oluşacağı kanuni tipte belirtilmiştir. Bu nedenle yağma suçu, bağıli hareketli suçlar kapsamına girmekte,⁶¹ hem cebir ile tehdidin hem de alma hareketinin gerçekleştirilmesi nedeniyle aynı zamanda çok hareketli suçlar arasında yer almaktadır.⁶² Doğal anlamda birden çok hareket olmasına rağmen, suç tanımıyla cebir ve tehdit ile hırsızlık fiilleri bir araya getirilerek hukuki hareket birliği sağlanmıştır.⁶³

Yağma suçunun koruduğu hukuki menfaatler, mülkiyet ve zilyetlik ile özgürlüktür.⁶⁴ Kişi hürriyetine karşı suçlar kapsamında olan cebir veya tehdit kullanımı malın alınması için

⁵⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 131, "serbest hareketli suçlar, hareketin tipik sonuç yönünden nedensel bir değer taşımasının, yani onu meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli kabul edildiği suçlardır." Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 132.

⁶⁰ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 131.

⁶¹ Yıldız, "Yağma", 89.

⁶² Büşra Şenerdoğan, "Yağma Suçu (m. 148-150)," iç. *Malvarlığına Karşı Suçlar* (m. 141-169) (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 90.

⁶³ Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çeviren: Salih Oktar, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 347.

⁶⁴ Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, 108.

araç niteliğinde olduğundan yağma suçu malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.⁶⁵

İlgili bileşik suç tipinde özellikle belirtilmemişse bileşik suç oluşturur unsur suçların belirli bir zaman sırası izlenerek gerçekleştirilmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Unsur suçlardan biri önce gerçekleştirilebileceği gibi diğer unsur suçtan sonra da gerçekleştirilebilir. Yağma suçunun oluşumunda, önce araç niteliğindeki cebir veya tehdit hareketleri yapılır; sonrasında ise asıl amaç olan malın alınması hareketi gerçekleştirilir. Bununla birlikte ilk önce mal alındıktan sonra ancak icra hareketleri tamamlanmadan cebir ya da tehdit kullanılması hallerinde de yağma suçunun oluşabileceği ifade edilmektedir.⁶⁶

Bileşik suçta, unsur suçların hangisinin önce gerçekleştirilmesi gerektiği ya da ağırlaştırıcı neden niteliğinde olan suçun esas suçtan sonra mı yoksa önce mi gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle her bileşik suç tipinin kanundaki tanımlanmasına göre hareket edilecektir. Ceza Kanundaki bileşik suç tiplerine bakıldığında, araç suçun önce, amaç suçun ise sonra gerçekleştirilmesini gerektiren biçimde tanımlamalar yapıldığı gözlemlenmektedir. Nitekim yağma suçunun tanımlandığı TCK'nın 148. maddesinde; "tehdit ya da cebir ile malın alınması" ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar bileşik suçlarda, unsur suçların önce ya da sonra işlenmesi gibi bir zorunluluk bulunmasa da yağma suçunun tanımlandığı hüküm esas alındığında, araç suç olan tehdit ve cebir hareketinin önce, malın

⁶⁵ Bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (İstanbul: Yetkin Yayınevi, 1998), 361; "yağma suçunda kişinin özgürlüğüne yönelen saldırı, mamelek aleyhine işlenen suçun gerçekleştirilmesi bakımından bir araç teşkil ettiğinden suç yine mal aleyhindedir."

⁶⁶ Özen, *Suçların İçtimaı* (Zincirleme Suç-Fikri İçtima-Bileşik Suç), 71.

alınması şeklindeki amaç suçun ise sonra ya da her iki unsur suçun eşzamanlı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁶⁷ Malın alınmasından sonra kullanılan araç hareketler yağma suçunu değil, duruma göre ayrı ayrı hırsızlık ile cebir veya tehdit suçlarını oluşturacaktır.⁶⁸ Aşağıda dolaylı yağma bahsinde değinileceği üzere önce malın alındığı, sonrasında malın muhafazası için cebir ya da tehdidin kullanıldığı hallerin yağma kapsamında değerlendirilmesi için bize göre açık bir düzenleme ihtiyacı vardır.

Cebir veya tehdit fiili ile malın teslim edilmesi, alınması ya da alınmasına karşı koyulmaması arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.⁶⁹ Nitekim yağma suçunun bir unsuru ve aynı zamanda kasten yaralama niteliğinde olan cebrin, malın alınması için kullanılmaması, başka bir ifade ile cebir niteliğindeki kasten yaralama suçu ile malın alınması arasında illiyet bağının bulunmaması hallerinde yağma suçunun oluşmayacağı ve bu gibi bir durumda nitelikli hırsızlık suçunun oluşacağı yönünde yüksek mahkemenin kararı bulunmaktadır.⁷⁰

⁶⁷ Yağma suçunun oluşumu için, zilyedin mal üzerinde tasarruf imkanının ortadan kalkması anına kadar cebir veya tehdidin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 592.

⁶⁸ Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, 60, Korkmaz'a göre; malın alınmasına rağmen, kesintisiz takip esnasında zilyetliğini güvende tutmak isteyen failin kullandığı cebir veya tehdit yağma suçunu oluşturabilecektir. Bkz. 61-62.

⁶⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 392.

⁷⁰ Bkz. Yar. CGK, E.2018/6-209, K.2020/277, 09.06.2019, (UYAP) "*saniğin olay tarihinde mağdurun evine misafir olarak geldiği, hep beraber içki içerek eğlendikleri sırada saniğin alkolün etkisiyle agresifleşmeye başlaması üzerine mağdurenin sanıktan evi terk etmesini istediği, saniğin bunu kabul etmemesi üzerine mağdure ile aralarında çıkan kaoga sonucu saniğin mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaraladığı ve evden çıkarken masanın üzerinde duran arabanın anahtarını alıp söz konusu araçla olay yerinden ayrıldığı olayda; saniğin olay günü mağdurenin evine cinsel ilişkiye girme amacıyla gittiğini, gittiği yerde*

Bir taşınır malın cebir ya da tehdit kullanılarak alınması ve sonrasında değersiz olduğu düşünülerek bu mala zarar verilmesi durumunda sadece yağma suçundan ceza verilecektir. Zira kanun koyucu yağma suçundaki hukuka aykırılık yoğunluğunu ve faildeki kusuru dikkate alarak ceza öngörmüştür; cebir ya da tehdit kullanılarak alınan malın kullanılması, satılması ya da tahrip edilmesi ayrıca cezalandırılmamaktadır.⁷¹

kadın bekledikleri halde travesti bulunca mağdure ile aralarında kavga çıktığını savunması, tanışın olay günü mağdurenin evinde hep beraber alkol aldıklarını, travesti olan mağdure ve arkadaşlarının kendilerine kadın bulacaklarını söylemelerine rağmen bekledikleri kadın gelmeyince sadece sözlü tartışma yaşayarak evden ayrıldıklarını; diğer tanışın da mağdure ile sanık arasında sebebini tam hatırlayamadığı bir nedenden dolayı münakaşa çıktığını, evden çıkarken sanığın mağdureyi iteklediğini, sanık tarafından arabanın anahtarının alındığını görmediğini ancak arabanın çalıştırılması sesini duyunca çalındığını ifade etmeleri ve mağdurenin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralandığına dair doktor raporunun bulunması karşısında; baştan beri yağma kastıyla hareket ederek mağdureyi arabanın anahtarını vermeye mecbur bırakmak için yaraladığından bahsedilmeyecek olan sanığın, mağdure ile yaşadıkları tartışma sonucu onu yaraladığının, bu olayın vermiş olduğu sinirle de mağdureye ait arabanın anahtarını masanın üzerinden alıp bu araba ile olay mahallinden ayrıldığıının, bu nedenle mağdureye yönelik gerçekleştirdiği kasten yaralama eylemi ile arabanın anahtarının alınması arasında illiyet bağının bulunmadığının ve sanığın eyleminin TCK'nın 142. maddesinin ikinci fıkrasının d bendindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir."

⁷¹ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1992), 483; Önder'e göre; sonraki fiilin cezalandırılmaması için, failin gerçekleştirdiği ilk suç ile sonraki fiillerin aynı hukuki konu üzerinde meydana gelmesi gerekir. Ayrıca ilk suçu gerçekleştiren ile sonraki fiilleri işleyen fail aynı kişi olmalıdır. Failin ilk suçu işledikten sonra, hukuk düzenine getirdiği zararın büyütülmemesi ve bu zararın arttırılmaması gerekir. İlk işlenmiş olan suçtaki kusurun, daha sonra gerçekleştiren hareketleri kapsamı içine almış olması gerekir. Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 483-484.

A. Yağma Suçunun Unsuru Olan Cebire İlişkin Değerlendirme

“Cebir, mağdur tarafından yapılmış ya da yapılacak olan direnmeyi ortadan kaldırmak amacıyla yapılan ve mağdura fiziki yönden etki yapan her türlü davranış” olarak tanımlanmaktadır.⁷²

Eski kanun döneminde cebir kullanılmasının her zaman kasten yaralama suçunu teşkil etmediği ve cebirden söz edebilmek için mutlak olarak kasten yaralama boyutuna ulaşmasının şart olmadığı⁷³, bunun yanında yağma suçu işlenirken kullanılan cebir, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama neticesine yol açmış ise ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilmesi gerektiği ifade edilmekteydi.⁷⁴ 5237 sayılı TCK döneminde ise kanunda yapılan düzenlemelere bakıldığında kasten yaralama ile cebir suçları maddi unsur bakımından birbiriyle eşdeğer kabul edilmiştir. Aralarındaki tek fark manevi unsura ilişkindir. Cebir suçu özel kast ile işlenen bir suçtur.⁷⁵ Cebir ve kasten yaralama suçlarının maddi unsurları

⁷² Timur Demirbaş, “Yağma Suçları,” iç. 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sempozyumu, Editör: Bahri Öztürk, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 243.

⁷³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 362.

⁷⁴ İçel, *Suçların İctimai*, 207.

⁷⁵ Pınar Memiş Kartal, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M. 108),” *Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2010): 1042, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakultedergisi-2010-1-Cilt-2-hukuk-fakultesi.pdf>. Nitekim TCK’nın 108. maddesine göre, *bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye cebir kullanılması halinde, kasten yaralamadan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar arttırılacaktır. Yani fail, kasten yaralama niteliğindeki fiziksel müdahalesini bir şeyin yapılması veya yapılmaması ya da kendisinin yapılmasına müsaade edilmesi saiki ile*

eşdeğer kabul edildiği için yağma suçunda kullanılan cebir nedeniyle failin ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmayacağı sonucu çıksa da; TCK'nın 149/2. maddesi uyarınca; yağma suçunda kullanılan cebir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya yol açmış ise faile ayrıca bu suçtan ceza verilecektir.

Cebrin vücuda yönelik olması gerektiği ancak vücutla temasın şart olmadığı, korkutmak amacıyla yırtıcı bir köpekle bekleme veya önceden mağdurun direnmesini engellemek için mağduru kapalı yere kilitleme hallerinde cebrin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁶ Bunun yanında maddi unsur olarak cebir ile kasten yaralamanın birbirinden farklı olduğunu, kanundaki düzenlemeye göre cebirden anlaşılması gerekenin yalnızca “vücuda acı veren” şeklindeki kasten yaralama olduğunu, cebrin, TCK'nın 86/1. maddesinde belirtildiği şekliyle kasten yaralamanın diğer seçimlik hareketleri olan mağdurun “sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasının” cebir kapsamında değerlendirilemeyeceğini, TCK'nın 148 maddesinin 3. fıkrasındaki “mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de; yağma suçunda cebir sayılır.” hükmünün bu görüşü desteklediğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.⁷⁷

Sadece vücuduna acı verilmesi halinde değil, yapılan hareketle mağdurun sağlığının ya da algılama yeteneğinin

gerçekleştiğinde kasten yaralama suçu değil cebir suçu oluşacak ve kasten yaralama suçundan verilen ceza arttırılacaktır.

⁷⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 752; Farklı yönde görüş için bkz. Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 340.

⁷⁷ Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 587.

bozulduğu hallerde de yağma suçunun unsuru olan cebirin gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.⁷⁸ Cebir için mağdur üzerinde fiziksel güç kullanılması ya da fiziksel güç etkisi yaratacak bir davranışta bulunulması şarttır. 765 sayılı kanun döneminde düzenleme altına alınan manevi cebir⁷⁹ yani şartlı tehdit yeni TCK'ya göre tehdit suçu kapsamında değerlendirildiğinden yağma suçunun cebir unsurunun içerisinde yer almamaktadır.

Yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında cebirin varlığı için fiziki güç kullanılmasının arandığını söylemek mümkündür.⁸⁰ Ayrıca cebirin varlığı için mağdurun direnme kabiliyetine sahip bulunmasının gerektiği ifade edilmektedir.⁸¹

⁷⁸ Ezgi Cankurt, "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı," *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no: 2 (Aralık 2015): 112.

⁷⁹ Manevi cebir, tehdit kavramı yerine kullanılmaktadır. Bkz. Faruk Erem, "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı," *Yargıtay Dergisi* 16, no: 1-2, (Ocak-Nisan 1990): 94, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1990.pdf> ; "Esasında cebir kavramına tehdit dahil sayılır, çünkü tehdit manevi cebirden ibarettir."

⁸⁰ Bkz. Yar. 6. CD, E.2016/4944, K.2019/2047, 28.03.2019, (UYAP) "tanığın beyanında mağdurun kendisine, sanığın herhangi bir cebir ve tehdit olmadan arka cebinde bulunan cüzdanını aldığını söylediğini ifade ettiği, mahkemede ısrarla sorulmasına rağmen mağdurun zor ve tehdit unsurlarını açıklayamadığının ve Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 24.04.2015 tarihli raporunda mağdurun beden ve ruh bakımından kendini savunamayacağı ancak beyanlarına ana hatları ile itibar edilebileceğinin bildirildiğinin anlaşılması karşısında; yağma suçunun cebir veya tehdit unsurunun ne şekilde oluştuğunun tartışılıp gerekçelendirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması" .

⁸¹ Bkz. Engin Şafak, *Hırsızlık, Yağma (Gasp) ve Dolandırıcılık Suçları ile Müşterek Hükümler* (Ankara: İmaj İç ve Dış Ticaret A. Ş., 2002), 122-123; "cebir, şiddet veya tehlike maruz kalan kişinin kendini savunamayacak derecede çok küçük yaşta olması, akıl hastası ya da tamamıyla felçli durumda bulunması hallerinde yağma suçu unsurları itibarıyla oluşmadığından, hırsızlık suçuna göre hükümlülük kararı verilmelidir." Ayrıca bkz. Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Cilt: III (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), 2402.

765 sayılı TCK'nın "ırza geçme" suçunun düzenlendiği 416. maddesinde; *cinsel davranışın akıl veya beden hastalığını veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı gerçekleştirilmesi durumunda ırza geçme suçunun oluşacağı belirtilmekteydi.* Başka bir ifade ile akıl ve beden hastalığının bulunduğu, mağdurun kendini kaybedecek kadar sarhoş olduğu ya da başka bir sebepten ya da hileli araçlarla fiile direnemeyecek hale geldiği durumlarda mefruz cebirin var olduğu kabul edilmekteydi.⁸² Mağdurun akıl ve beden rahatsızlığının bulunması ya da iradesiyle kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirmesi halleri cinsel özgürlüğe karşı suçlar yönünden mefruz cebir kapsamında değerlendirilmekteydi. Yine 765 sayılı TCK'nın 501. maddesinde, TCK'nın 148/3. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmişti. İlgili madde de; *bir şahsın herhangi bir vasıta ile kendini bilemeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirilmesi dahi hırsızlık cürmünde cebir ve şiddet sayılır* ifadesi yer almaktaydı. Bu hükümdeki sınırlama nedeniyle kendi iradesi ile sarhoş olmuş bir kimsenin üzerinden hırsızlık yapılmış olması halinde 501. maddede yer alan hükmün uygulanmayacağı ifade edilmekteydi.⁸³

5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler esas alındığında mağdurun sırf akıl ve beden rahatsızlığının bulunması nedeniyle ya da aldığı uyuşturucu maddenin etkisiyle kendisini savunamayacak durumda olması mefruz cebir kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁸⁴ Zira TCK'nın 148/3. maddesindeki

⁸² Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983), 88-93.

⁸³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 368.

⁸⁴ Kimi yazarlara göre; "rızasına aykırı olmak" her zaman cebir anlamına gelmez. Mağdurun kendisinden ya da failin etkili olmadığı başka bir sebepten kaynaklı olarak gerçekleştirilen bir sebepten dolayı fiile

hükme göre, yağma suçu yönünden mefruz cebir varlığı için mağdurun bizzat fail tarafından kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi gerekir. Fail tarafından mağdurun meyve suyuna uyuşturucu madde konularak⁸⁵ ya da kahvesine uyku ilacı atılarak malının alınmasında olduğu gibi.⁸⁶ İradesi ile uyuşturucu ya da alkol alarak kendisinden geçen mağdur, bizzat kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirmiş olduğundan 148/3 maddesi uygulanmayacaktır. TCK'nın 148/3. maddesinin esasen bu ayırım için getirildiğini ve mefruz cebir kapsamını sınırlandırdığını söylemek mümkündür. Ayrıca nitelikli hırsızlık suçunun düzenlendiği 142/1. maddesinde yer alan "kişinin malını korumayacak olmasından veya ölmesinden yararlanarak" hükmünden de bu sonucu varmak mümkündür.⁸⁷

Sadece yağma suçu yönünden mefruz cebir düzenlemesine gidilmesinin, bir unsuru cebir olan diğer suçlar ve özellikle cinsel

direnemeyecek olması cebir olarak sayılmaz; bu gibi hallerde durumdan istifade edilmiş, fırsat kötüye kullanılmıştır. Bkz. Erem, "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı", 94; "Başkasının meydana getirdiği sonuçtan yararlanan kişi, eğer suç ortağı değilse, cebir suç unsuru olduğu halde nedensellik bağı içinde değildir."

⁸⁵ Bkz. Yar. 6. CD, E.2012/2390, K.2012/8078, 18.04.2012, (UYAP) "sanki ile yakmanın olay günü saat 20.00 sıralarında karşılaşmış bir süre gezdikten sonra sanığın, içerisine uyuşturucu madde bulunan meyve suyunu ikram edip etkisiz hale getirdiği yakmanın üzerinden parasını alması biçiminde gerçekleşen eylemin aynı yasanın 148/1. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden,"

⁸⁶ Kahvesine katılan ve ne olduğu tespit edilemeyen bir madde ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale gelen mağdurun, cep telefonunun ve yatağının altında bulunan 3.000 TL'nin alınması olayında yüksek mahkeme yağma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Bkz. Yar. CGK, E.2017/6-88, K.2017/290, 23.05.2017, (UYAP)

⁸⁷ Bkz. Müslüm Kuzudişli, *Yağma Suçu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, (2012), 38. "mağdurun hukuken özgür iradesi ile alkol alıp sarhoş olması veya üçüncü bir kişinin eylemi sonucu bayılması halinde nitelikli hırsızlık suçu oluşacaktır."

özgürlüğe karşı suçlar yönünden suçun oluşumunda mefruz cebirin geçerli olmadığı gibi bir sonuç doğurabileceği, bu nedenle böylesi bir mefruz cebir düzenlemesine, tüm suçlar için geçerli olmak üzere genel hükümlerde yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁸ Ortaya çıkabilecek çelişkili durumların önüne geçilebilmesi için mefruz cebre ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmeyerek bu boşluğun doldurulması öğretiyeye ve uygulamaya bırakılabilir. Nitekim cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar yönünden bu boşluk öğretiyeye ve yargı kararları ile doldurulmaktadır. Daha doğru olan çözüm ise yukarıdaki görüşte belirtildiği gibi tüm suç tiplerini kapsayacak nitelikte mefruz cebir düzenlemesine genel hükümlerde yer verilmesidir.

TCK'nın 149/1-e maddesine göre; beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı yağma suçu gerçekleştirilirse verilen cezadan artırım yapılacaktır.⁸⁹ Bu hükümden, hangi sebeple olursa olsun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı cebir ile yağma suçunun işlenebileceği sonucu çıkarılabilecekse de; uygulamada yüksek mahkeme bu hükmün, direnme kabiliyeti olan, kendini savunmada dezavantajlı bulunan

⁸⁸ Bkz. Cankurt, "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı," 117ff.

⁸⁹ Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan engelliye karşı gerçekleştirilen yağma suçunda, mağdurdaki engelliliğin dışarıdan anlaşılıp anlaşılmadığının tespit edilmesi gerektiği, bu gibi bir durumda TCK'nın 30/2. maddesinin uygulanabileceği yönünde yüksek mahkeme kararı bulunmaktadır. Bkz. Yar. 6. CD. E.2007/5155, K.2011/45436, 16.11.2011, (UYAP).

çocuklara⁹⁰, kısmi engeli bulunan kişilere, ya da yaşlılara⁹¹ karşı gerçekleştirilen yağma suçlarında uygulaması gerektiğine karar vermektedir.⁹² TCK'nın 148/3. maddesinde belirtildiği şekliyle mefruz cebirin bulunduğu hallerde TCK'nın 149/1-e maddesinin uygulanmayacağı yönünde yüksek mahkeme kararı bulunmaktadır.⁹³

765 sayılı TCK'nın 499. maddesinde "adam kaldırma" suçuna yer verilmişti. Bu suçun, yağma ve kişiyi hürriyetinden

⁹⁰ Yağma suçunun mağduru çocuk olduğunda yüksek mahkeme, mağdur çocuğun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığının tespiti için rapor alınması gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. Yar. 6. CD, E.2020/2071, K.2021/2370, 15.02.2021, (UYAP); Yar. 6. CD, E.2017/349, K.2019/4960, 21.10.2019, (UYAP).

⁹¹ Bkz. Yar. 6. CD, E.2011/10898, K.2013/22773, 14.11.2013, (UYAP) "pazar alışverişi dönüşü evinin bulunduğu binada asansöre binmek üzere olan yakınını itekleyip yere düşürdükten sonra boynundan tutup boynunda asılı bulunan altın kolyesini aldığı ve yakınının 12.02.2008 tarihli rapora göre yaşlılığı nedeniyle beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğunun anlaşılması karşısında; sanığın eylemi 5237 sayılı TCK'nın 149/1-e maddesindeki yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılğıya düşülerek yazılı biçimde hüküm kurulması"

⁹² "Yağma suçunun nitelikli hallerinin arasında yer alan TCK'nın 149/1-e maddesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında verilen bir değişiklik önergesi ile gerçekleşmiştir. Önergenin gerekçesi "Yağma suçunun, örneğin yaşı veya sakat olması nedeniyle beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesinde daha etkin bir yaptırımla karşılanmasına gerek duyulduğu" açıklanarak bu nitelikli kabul edildiği belirtilmiştir." Bkz. Yar. 6. CD, E.2015/9418, K.2018/4065, 24.05.2018, (UYAP)

⁹³ Bkz. Yar. 6. CD, E.2016/205, K.2018/7492, 03.12.2018, (UYAP) "iş yerinde, uyuşturucu özelliği bulunan madde içeriğine katılıp uyutulan katılanın 200 TL ve cep telefonunun alınması olayında, anılan şekilde katılanın kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi eyleminin yağma suçunda cebir sayıldığı, katılanın beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunmadığı, bu nedenle TCK'nın 149/1-e maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığının gözetilmemesi,"

yoksun kılma suçlarını içeren bileşik suç olduğu, suçun tamamlanması için elde edilmek istenen şeyin ele geçirilmesinin gerekmediği ifade edilmekteydi.⁹⁴ Bununla birlikte mağdurun hürriyeti kısıtlanarak amaca ulaşılmışsa yani istenen şey elde edilmiş ise failin, yukarı haddten cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştı.⁹⁵ 5237 sayılı TCK'da ise "adam kaldırma" suçuna yer verilmemiştir. Adam kaldırma suçunu yer verilmemiş olmasının çözümünün, fail ya da failerin hem yağmadan hem de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan cezalandırılması olduğu ifade edilmektedir.⁹⁶ Ayrıca belirtmeliyiz ki 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, "adam kaldırma" suçunun varlığının yanı sıra veliden para almak için "çocuk kaçırma", "haydutluk", "eşkıyalık" gibi karada; "korsanlık" gibi denizlerde işlenen bazı suçlar yönünden özel hükümlerin getirilmesi gerektiği tavsiye olunmaktaydı.⁹⁷

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiillerinin çoğu cebir ile işlenmektedir. Yağma suçunda faile hem yağmadan ve hem de hürriyeti yoksun kılmadan ceza verilmesinin, bir fiile iki ceza verilmesi halini oluşturduğu ifade edilmiş ise de;⁹⁸ cebir kullanmak ile kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilleri birbiri ile eşdeğer kabul edilemez. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, mutlaka cebir ile işlenmesi gerekmez. Nitekim kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği hükümde,

⁹⁴ Bkz. Yar. CGK, E.6/246, K. 342, 17.11.1998, (UYAP); karar için bkz. Mater Kaban et al., *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 1996-Temmuz 2001* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2001), 597-600.

⁹⁵ Bkz. 765 sayılı TCK madde 499/son cümle.

⁹⁶ Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirilmesi)," 48; Sedat Bakıcı ve Gürsel Yalvaç, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 286.

⁹⁷ Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 2401.

⁹⁸ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 265.

suçun cebir ile işlenmesi hali ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmektedir.⁹⁹

Bir kimsenin odaya kitlenmesinin tek başına cebir sayılacağını ileri süren yazarların olduğu yukarıda ifade edildi.¹⁰⁰ Girilen kuyumcu dükkânında mağduru lavaboya kilitleyip mücevherlerin alındığı durumda yağma suçunun oluşacağı savunulmuştur.¹⁰¹ Serbest iradesi ile bir yere giren bir kişinin kapı kitlenerek orada hapsedilmesi şüphesiz kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunu oluşturacaktır. Hapsedilmesinden faydalanarak malının alınması ise yağma suçuna vücut verecektir. Ancak bu durumda gerçek anlamda bir cebir söz konusu değildir. Kişi hile kullanılarak malını savunamayacak hale getirildiğinden mefruz cebir söz konusudur. Bu yüzden kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden cebir olmadığı kabul edildiği halde yağma suçunun oluştuğunun kabulü çelişki yaratmayacaktır.

Bir taşınır malı elde etmek için cebir kullanılarak sahibinin ya da zilyedinin özgürlüğünün kısıtlanması halinde hem yağma hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacağı yönünde yüksek mahkemenin istikrar kazanan kararları bulunmaktadır.¹⁰²

⁹⁹ Bkz. TCK 109/2.

¹⁰⁰ Erem, "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı," 95.

¹⁰¹ Kuzudişli, *Yağma Suçu*, 31.

¹⁰² Bkz. Yargıtay 6. CD, E.2020/321, K.2021/5390, 17.03.2021, (UYAP); Yar. 6. CD, E.2019/1339, K.2021/2270, 11.02.2021, (UYAP); senedi imzalaması için mağdurun önüne geçilerek gitmesinin engellendiği, senet imzalandıktan sonra gitmesine izin verildiği olayda yüksek mahkeme, mağdurun senedi imzalaması için gerekli olan süreyi aşan oranda hürriyetinden yoksun bırakılmadığı gerekçesiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden kurulan mahkumiyet hükmünü bozmuştur. bkz. Yar. 6. CD, E.2020/1221, K.2021/3319, 25.02.2021, (UYAP).

B. Yağma Suçunun Unsuru Olan Tehdide İlişkin Değerlendirme

Bileşik suçlarda, bileşik suçu oluşturan unsur suçlara ait fiillerin zaman bakımından birbirlerini izlemesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰³ Bileşik suç olan yağma suçunda da aynı durumun geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Nitekim malın alınması ile tehdit arasında zaman birliğinin bulunması gerektiği¹⁰⁴, tehdit ile malın alınması arasına zaman aralığı girerse, suçun yağma olarak nitelendirilemeyeceği, duruma göre sadece tehdit suçunun oluştuğunun kabulünün gerekeceği, aksinin kabulü halinde bir malın teslimini sağlamak üzere bağımsız bir tehdit suçunun işlenmesinin mümkün olmamasını ve bir malın teslimini sağlamak üzere yapılan her türlü tehdidin, malın teslim edilmediği hallerde yağma suçuna teşebbüs olarak nitelendirilmesinin yolunu açtığı ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Bu görüşün yanı sıra, kullanılan tehdit ile makul bir zamanın bulunabileceği, telefonla mağduru ölümle tehdit edip banka hesabına bir miktar para yatırılması istendiğinde, para banka hesabına tehdidin etkisi ile yatırıldığında yağma suçunun oluşacağı belirtilmektedir.¹⁰⁶

765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde düzenlenen "korkutarak faydalanma" suçunu, yağma suçundan ayıran bir özelliği, fail tarafından gerçekleştirilen tehdit ile neticenin meydana gelmesi arasında az veya çok bir zaman aralığının bulunmasıdır.¹⁰⁷ 5237 sayılı TCK'da "korkutarak faydalanma"

¹⁰³ İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç," 50.

¹⁰⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 367.

¹⁰⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 389.

¹⁰⁶ Şenerdoğan, "Yağma Suçu (m. 148-150)," 88-89; "bununla birlikte dışarıdan bakıldığında olayın bir bütünlük arz etmesi gerekir, araya bu bütünlüğü bozacak bir fasılanın girmesi durumunda yağma suçu oluşmaz."

¹⁰⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 374.

gibi bir suç tipine ayrıca yer verilmediğinden, bu gibi durumlarda kullanılan tehdit ile amaç hareket arasında zaman farkının bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Kanundaki bu boşluk ancak böyle bir yorum ile giderilebilecektir.¹⁰⁹

765 sayılı TCK'nın 188. maddesinde "şartlı tehdit" suçuna yer verilmişti. Bu hüküm uyarınca; *bir kimseyi bir şeyi işlemek veya işlenmesine müsaade etmek ya da o şeyi işlemeye mecbur etmek için diğer bir kimseyi tehdit etmek* cezalandırılmaktaydı.¹¹⁰ Yukarıda belirttiğimiz üzere bir menfaatin temini için başka bir kimseyi tehdit etme yani yağmaya teşebbüs hali eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde şartlı tehdit kapsamında değerlendirilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da "şartlı tehdit" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte esasen tehdidin çoğunlukla bir şarta bağlı olarak gerçekleştirildiği, kanun koyucunun da bu durumu göz önünde bulundurarak 5237 sayılı TCK'da şartlı tehdit-tehdit ayrımını kaldırdığı, tehdit suçunun düzenlendiği TCK 106. maddesinde

¹⁰⁸ Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, 58.

¹⁰⁹ Nitekim kanuni tipte, tehdit ile teslimi sağlama tanımının yapılmasının, "korkutarak faydalanma" suçunu da içine aldığı, yağma suçunun oluşumunda tehdidin mutlaka yüze karşı olmasının aranmaması gerektiği ve bu anlamda kanunda boşluğun bulunmadığı ifade edilmektedir. bkz. Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirilmesi)", 48; ayrıca bkz. Bakıcı ve Yalvaç, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2*, 252; "korkutarak yaralanma suçuna yer verilmeyip bu eyleminde yağma suçu kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle, artık tehdidin mutlaka yüze karşı yapılması aranmamalı, telefonla, mektupla, faksla, elektronik posta araçlarıyla ve hatta üçüncü bir kişi vasıtasıyla da mağdura ulaştırılmasını kabulde zorunluluk bulunmaktadır."

¹¹⁰ Bu hükmün benzerine Alman Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde yer verilmiştir. bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 316-317.

yer alan hükmün hem basit tehdidi hem de şartlı tehdidi kapsayan bir hüküm olduğu ifade edilmektedir.¹¹¹

Yüksek mahkeme istikrarlı şekilde vermiş olduğu kararlarında, hukuken korunan bir alacağın bulunmadığı durumlarda, mağdurun huzurunda yapılmayan, menfaat ya da para talebi içeren yazılı ve sözlü tehditleri yağmaya teşebbüs suçu kapsamında değerlendirmektedir.¹¹²

“Benimle birlikte olacaksın yoksa seni öldürürüm” biçimindeki bir fiilin cezası TCK madde 106 uyarınca altı aydan başlarken ve yetkili mahkeme asliye ceza mahkemesiyken; “bana para ver yoksa seni öldürürüm” biçimindeki tehdit fiilinin cezası TCK madde 148 uyarınca altı yıldan başlamaktadır ve yetkili mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Gerçi ikinci durumda teşebbüs hükmü uyarınca verilecek cezadan indirim yapılacak ise de, her iki fiile karşılık gelen ceza aralığı karşılaştırıldığında adaletsiz bir durum ortaya çıkmaktadır. Çözüm ise her iki fiilin de TCK 106 kapsamında değerlendirilmesi ya da TCK’da şartlı tehdit benzeri bir hükme yer verilmesidir.

Belirli olmayan, gerçekleşmesi olanağı bulunmayan veya kuşkuolu olan tehditler¹¹³ ile fevren, maksatsız olarak ağızdan

¹¹¹ Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 404.

¹¹² Bkz. Yar. 6. CD, E.2017/212, K.2019/4925, 22.10.2019, (UYAP) “*dayı-yeğen olan sanık ile müşteki arasında miras meselesi yüzünden anlaşmazlık olduğu, sanığın, müştekinin cep telefonuna mesaj yolu ile ve müştekinin evine zarf içinde kendi el yazısıyla yazdığı mektup göndererek tehdit etmek suretiyle para istediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden,*” ayrıca bkz. Yar. 6. CD, E.2018/1496, K.2020/3566, 21.10.2020, (UYAP); Yar. 6. CD, E.2016/5532, K.2019/2228, 04.04.2019, (UYAP)

¹¹³ Kaylan, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirilmesi),” 41.

çıkan tehdit belirten sözlerin yağma suçundaki tehdit unsurunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir.¹¹⁴

Tehditteki elverişliliğin ölçütü, failin hareketinin objektif olarak mağdurun iradesini ortadan kaldıracak nitelikte ve ölçüde olup olmadığıdır.¹¹⁵ Yağma suçundan bağımsız olarak tehdit suçunda, hareketin elverişli olup olmadığının tespitinde, tehdit niteliğindeki fiilin mağdur üzerindeki somut etkisi değil, ortalama insan ölçütü¹¹⁶ esas alınarak fiilin objektif olarak bir kişiyi korkutabilecek nitelik taşıyıp taşımadığı dikkate alınır.¹¹⁷ Aynı ölçütün yağma suçunun bir unsuru olan tehdit niteliğindeki hareket değerlendirilirken kullanılması mümkündür. Nitekim yağma suçunun düzenlendiği maddenin gerekçesinde; kullanılan cebir ya da tehdidin malın alınmasında elverişli olması gerektiği, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle mal alınmış ise yağma suçundan söz edilemeyeceği, bu gibi durumlarda fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁸

Bununla birlikte failin bilinen kişiliği itibariyle tehditkâr tavırlar içerisinde olması, örneğin herkesçe mafya olarak bilinen bir kişinin adamı olan şahsın “ağabeyin selamı var” şeklinde tehdit sözü niteliğinde olmayan bir ifade kullanması halinde dahi yağma suçunun oluşabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁹ Ancak yüksek mahkeme, failin psikopat ya da belalı kişi olması, ancak herhangi tehdit ifadesi kullanılmadan mağdurun üzerinden

¹¹⁴ Bakıcı ve Yalvaç, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2*, 259.

¹¹⁵ Memiş Kartal, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M. 108),” 1044.

¹¹⁶ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 81.

¹¹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 485.

¹¹⁸ TCK 148. madde gerekçesi.

¹¹⁹ Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 349.

eşyasının alınması hallerinde madde gerekçesine dayanarak yağma suçunun oluşmayacağı yönünde kararlar vermektedir.¹²⁰

Yağma düzenlemesine bakıldığında unsur suç olan tehdidin, mağdurun veya onun bir yakınının yaşamına, beden veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğrattığından bahisle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹²¹ TCK'nın 106. maddesinde yer verilen "sair kötülük" biçimindeki tehdit şekline yağma düzenlemesine yer verilmemiştir. Suçta kanunilik ilkesi gereği "sair kötülük" kapsamında kalan bir tehdit hareketi ile malın alınması sağlanmışsa yağma suçunun değil, hırsızlık suçunun kabulü gerekecektir.¹²²

Kanun koyucu, ceza siyaseti gereği yağma suçunda tehdidin objektif ve daha ağır nitelikte olmasını aramıştır. Ancak bu şart bazı durumlarda adaletsiz durumlara yol açabilecektir. Zira yazılı ve sözlü bir harekete başvurulmaksızın da mağdurun korkması sağlanabilmektedir. Tehdit içerikli herhangi bir söz ya da yazı kullanmamasına rağmen fail veya faillerden birinin silahlı olması¹²³ ya da faillerin birden fazla kişi olması hali mağdur üzerinde korku yaratabilecektir. Nitekim eski ceza

¹²⁰ Bkz. Yar. 6. CD, E.2016/2244, K.2019/777, 12.02.2019, (UYAP) "mağdurun sanığın kimliğine yönelik geçmişten gelen algı ya da tasavvurunun ya da mağdurun psikolojik durumu ve/veya ürkek kişiliği itibariyle büyük bir zarara uğrattığından bahisle tehdit ve yağma boyutunda bir cebir bulunmadığı gözetilmeden, yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile sanığın yağma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi" ayrıca bkz. Yar. 6. CD, E.2016/6047, K.2019/779, 11.02.2019, (UYAP); Yar. 6. CD, E.2015/6316, K.2018/2205, 26.03.2018, (UYAP).

¹²¹ Bkz. TCK 148/1.

¹²² Aynı yönde karar için bkz. Yar. 6. CD, E.2020/3016, K.2021/7225, 06.04.2021, (UYAP).

¹²³ Sadece silah göstermenin nitelikli tehdit suçunu oluşturduğuna ilişkin karar için bkz. Yar. 4. CD, E.2020/18704, K.2020/21740, 23.12.2020, (UYAP).

kanunu tasarısında bu haller başlı başına tehdit sayılmıştı.¹²⁴ Örnek vermek gerekirse, beş kişinin bir araya gelip mağdurdan çantasını istemesi, hatta daha da ötesinde çantayı isterken “çantayı ver yoksa senin için kötü olur” demesi, bunun üzerine mağdurun da çantasını vermesi mevcut düzenlemeye göre yağma değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır.¹²⁵

Şantajın, tehdidin özel bir şekli olduğu, kanun koyucunun belli şekillerde gerçekleştirilen ve belli değerlere yönelen tehdidin, şantaj başlığı altında suç olarak düzenlediği ifade edilmektedir.¹²⁶ Bu durumda şantaj niteliğindeki tehdit fiili ile yağma suçunun oluşup oluşmayacağı sorunu gündeme gelmektedir.

¹²⁴ Bakanlar Kurulu tarafından 14.04.2003 tarihinde kabul edilerek Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 12.05.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı, bkz. Erişim tarihi: Haziran 19, 2021, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20001efdf6732ca61055ab71ac15a4597ee6433cd463aec63c1c5c5368d1074a154d0846c46f06143000fd71af7f8fb62ba37543b3872364c05d079c05701e3e554d73ff1657d7537993d58b9b366d12c5d9bb9e372c0fd0cb1c.

¹²⁵ Bakanlar Kurulu tarafından 14.04.2003 tarihinde kabul edilerek Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 12.05.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısının 206/3. maddesinde; “fail veya şeriklerden birinin görünür tarzda silahlı veya faillerin ikiden fazla olması hallerinde de tehdit var sayılır” hükmü yer almaktaydı. Bkz. Erişim tarihi: Haziran 19, 2021, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20001efdf6732ca61055ab71ac15a4597ee6433cd463aec63c1c5c5368d1074a154d0846c46f06143000fd71af7f8fb62ba37543b3872364c05d079c05701e3e554d73ff1657d7537993d58b9b366d12c5d9bb9e372c0fd0cb1c.

¹²⁶ Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 23, no: 92 (2011): 121, <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-671>.

Şantaj suçu TCK'nın 107 maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 107 maddenin 1. fıkrasında; *"hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından ya da yapmayacağından bahisle"* ifadesine, 2. fıkrasında; *"bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması"* ifadesine yer verilmiştir. Yağma suçunun oluşumu için yaşama, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağından bahisle tehdidin gerçekleştirilmesi gerektiğinden kanunilik ilkesi gereği şantaj yoluyla malın alınması yağma suçunu oluşturmayacaktır.¹²⁷ Zira her iki düzenleme karşılaştırıldığında korunan hukuki değerler ve kullanılan araçlar birbirinden farklıdır.¹²⁸ Malvarlığına yönelik tehditler belli koşullar oluştuğunda yağma suçu kapsamında değerlendirilebilecekken, şerefe ve özel yaşama yönelik tehditlerin yağma suçu kapsamı dışında tutulması haklı olarak eleştirilmiştir.¹²⁹

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, eski tarihli yüksek mahkeme kararında, *"cinsel ilişki durumundaki fotoğrafların başkalarına gösterme yoluyla şahsen büyük bir zarara uğratacaklarından söz ederek, katılandan para alan sanıkların eyleminin yağma suçu kapsamında kaldığına hükmedilmiştir."*¹³⁰

¹²⁷ Bakıcı ve Yalvaç, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2*, 260; *"şeref, kişi özgürlüğü, özel yaşam gibi hukuksal değerlere yönelik tehdit yağma suçunu oluşturmaz."*

¹²⁸ Taner, *"Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu,"* 149.

¹²⁹ Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 348.

¹³⁰ Bkz. Yar. CGK, E.145, K. 292, 12.05.1986, Yargıtay Kararları Dergisi 1986/9 s. 1385 karar için bkz. Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Cilt: III, 2404. Yağma suçunun düzenlendiği 765 sayılı TCK'nın 495/1. maddesinde tehdidin *"şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı"* ile yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Şantaj suçunun tamamlanması için şantaj yoluyla istenen menfaatin sağlanmış olması gerekmez, sırf hareketin yapılması yeterlidir.¹³¹ Yağma suçunun tamamlanmasında tehdit sonucu malın alınmış olması gerekmektedir. Şantaj hareketini gerçekleştiren failler, çoğu zaman mağdurun şeref veya saygınlığını hedef almaktan ziyade mal varlığından kazanım sağlama amacı taşırlar. Bazı şantaj hadiseleri, kişi özgürlüğü ve mal varlığı kaybı kapsamında değerlendirildiğinde yağma suçundan da vahim sonuçlar doğurabilmektedir. Şantaj niteliğindeki fiilleri yağma kapsamında değerlendirmek mümkün olmadığından 765 sayılı TCK'nın 192. maddenin 2. fıkrasında yer verildiği gibi istenen menfaatin elde edilmesi durumunda cezanın ağırlaştırılması için düzenleme yapılmalıdır.¹³²

765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde yer alan "korkutarak faydalanma" suçuna yeni kanunda yer verilmemiş olması, eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde, yağma suçu kapsamına giren fiillerin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesine sebep olmaktadır.¹³³ Nitekim kendisini kamu görevlisi olarak tanıtip terör örgütlerinin korkutucu etkisinden faydalanarak başkalarından menfaat temin edilmesi

¹³¹ Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 216.

¹³² 765 sayılı TCK'nın 192. maddesinin 2. fıkrasında; "fail, arzu ettiği para veya diğer bir menfaati elde etmiş ise ceza üçte bir oranında arttırılır" hükmü yer almaktaydı.

¹³³ Bkz. Bakıcı ve Yalvaç, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2*, 300. Sanığın katılanı "bir kadını rahatsız ettiği ve PKK'ya yardımda bulunduğu, bu nedenle Ankara'da öldürülmesi işinin kendilerine ihale edildiği" yolunda tehdit ederek menfaat temin etmeye çalışması hadisesinin yağma suçu kapsamında kaldığına karar verilmiştir. bkz. Yar. 6. CD, E.11210, K.12110, 11.10.2001; karar için bkz. Şafak, *Hırsızlık, Yağma (Gasp) ve Dolandırıcılık Suçları ile Müşterek Hükümler*, 136.

nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmektedir.¹³⁴

Senet yağmasının düzenlendiği TCK'nın 148/2. maddesinde sadece “tehdit kullanılarak” ifadesine yer verilmiş, tehdidin yöneleceği hukuksal değerler gösterilmemiştir. Bu durum haklı olarak eleştirilmiştir.¹³⁵ Suçta kanunilik ilkesi esas alındığında “sair kötülük” ya da “şantaj” yoluyla borç doğurucu senet alınması halinde yağma suçu oluşabilecektir. Ancak bu boşluğun bilinçli olarak yapıldığını söylemek güçtür. TCK'nın 148 maddesinin 1. fıkrasındaki gibi uygulama yapılması daha doğru olacaktır.¹³⁶

C. Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)

Hırsızlık suçunun icra hareketi olan malın alınması fiilinden sonra cebir veya tehdit kullanılmasının, hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürüp dönüştürmeyeceği tartışmalıdır.¹³⁷ Zira

¹³⁴ 765 sayılı TCK'nın 498. maddesinde; “hükümet tarafından verilmiş gibi emir göstererek” menfaat temin etme hali korkutarak faydalanma suçunu oluşturmaktaydı. Telefon dolandırıcıları da kendilerini kolluk gücü ya da yargı mensubu olarak tanıtarak, adlarının terör soruşturmasında geçtiğini söyleyip mağdurları korkutup menfaat temin etmektedirler. 5237 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu fiiller nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmektedir. bkz. Yar. 6. CD, E.2018/953, K.2020/3498, 19.10.2020, (UYAP)

¹³⁵ Bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2016), 362.

¹³⁶ Kanundaki bu boşluğun, senet yağmasında tehdidin kapsamının genişletildiği şeklinde yorumlayanlar da bulunmaktadır. bkz. Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 361.

¹³⁷ TCK 148. maddesinde yer verilen yağma suçunun iki şekilde gerçekleştirilebileceği, cebir veya tehdit ile başkasının malının zilyedi olunmasına tam yağma, alınan şeyin muhafazasını sürdürülmesini sağlamak için cebir veya tehdit kullanılmasına tam olmayan yağma adı

765 sayılı TCK'da yer verilen "dolaylı yağma" suç tipine 5237 sayılı kanunda yer verilmemiştir.¹³⁸ Kanun koyucu tarafından bunun bilinçli olarak yapıldığını söylemek gerekir. Zira yağma suçunun düzenlendiği TCK'nın 148. maddesinin gerekçesinde; *mal, zilyedin tasarruf ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdidin, hırsızlığı yağmaya dönüştüreceği, mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde, artık yağma suçundan söz edilemeyeceği* ifade edilmiştir.¹³⁹ Burada sorun teşkil eden husus yağma suçu ile hırsızlık suçunun tamamlanma anının birbirinden farklı olduğunun öğretide ve uygulamada neredeyse ittifakla kabul edilmiş olmasıdır.

Hırsızlığın yağmaya dönüşmesinde fail, hırsızlık kastı ile hareket eder. Hırsızlık suçunu tamamlayamaz ve aldığı malın muhafazası için cebir ya da tehdit kullanır. Bu aşamadan itibaren eklenen kast ile suç yağmaya dönüşmektedir.¹⁴⁰

Dolaylı yağma konusunda açıklama yapmadan önce, hırsızlık suçunun ne zaman teşebbüs aşamasında kaldığı ne zaman tamamlandığı konusunun irdelenmesi gerekmektedir. Yüksek mahkemeye göre; failin, suça konu eşyayı bulunduğu yerden almasından itibaren, olayı fiilen engelleme imkânı olan kişiler tarafından kesintisiz takip sonucu eşyayı hâkimiyet altına alamadan yakalandığı hallerde hırsızlık eylemi teşebbüs

verildiği ifade edilmiştir. bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 414.

¹³⁸ 765 sayılı TCK'nın 495/2 maddesine göre; *bir malın yağması esnasında veya akabinde fiil icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmakla için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da TCK'nın 495/1 maddesinde düzenlenen basit yağma suçundan cezaya hükmolunur.*

¹³⁹ Bkz. TCK 148. maddenin gerekçesi.

¹⁴⁰ Özen, *Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç-Fikri İçtima-Bileşik Suç)*, 136.

aşamasında kalmıştır; ancak, takip sırasında failin gözden kaybolup bir süre sonra görülerek yakalanması halinde ya da takip sonucu yakalanan failin suça konu eşyayı bir başkasına vermesi, bir yere saklaması veya tüketmesi nedeniyle suça konu eşyanın ele geçirilemediği durumlarda suçun tamamlanmış olduğu kabul edilmelidir.¹⁴¹

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, failin yağma suçunu mu yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğunun tespitinde, yağma suçuna konu malın, zilyedinin egemenlik alanının dışına çıkarılıp çıkarılmadığı belirlenmelidir. Ancak failin bu durumda, mal üzerinde fiili egemenliğini ayrıca tesis etmesi gerekli değildir. Bu yüzden fail, ilgili malı hırsızlık yoluyla zilyedinden aldıktan sonra kaçarken, takipçilerinden kurtulabilmek için cebir ya da tehdit kullanırsa suç yağmaya dönüşmez zira bu durumda hırsızlık suçu tamamlanmıştır.¹⁴² Bu görüşün yanı sıra hırsızlık suçu ile yağma suçunun tamamlanma anının farklı olduğu, yağma suçunun tamamlandığı anın failin mal üzerinde egemenlik kurduğu an olduğunu ifade eden yazarlar

¹⁴¹ Yar. CGK, E.2014/13-485, K.2017/426, 24.10.2017, (UYAP) "saniğin, çok katlı, çok bölümlü, içinde çok sayıda insanın çalıştığı ve bulunduğu Özel Megapark Hastanesinin altıncı katındaki çocuk polikliniği bölümünde bulunan odanın içerisine girip mağdura ait çantadan para çaldığı olayda; saniğin suçun icrasına başlamadan önce şüphe üzerine güvenlik görevlisi tanık tarafından hastane içerisinde aranmasına karşın, kesintisiz takip olmadan ve işlemeyi kast ettiği suçun elverişli icra hareketlerini engelleyen bir durum ile karşılaşmaksızın hastanenin altıncı katında bulunan odaya girip mağdurun çantasından para aldıktan sonra hastanenin giriş katına inmesi, bu şekilde mağdurun para üzerindeki hakimiyetinin son bulması, saniğin suça konu para üzerinde tasarruf etme imkanını elde ettikten sonra hastaneden çıkmak üzereyken görevlilerce görülüp kovalamaca sonucu hastane dışında yakalanması karşısında, eylemin tamamlanmış hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir."

¹⁴² Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 764.

bulunmaktadır.¹⁴³ Hırsızlık suçunda malın alınması, “mal üzerinde mevcut zilyedin sahip olduğu fiili tasarruf imkânının ortadan kaldırılıp fail lehine yeni bir egemenlik kurulması” ile gerçekleşir. Yağma suçunda ise malın alınmasının gerçekleşmesi için, failin malı egemenlik alanına sokmasının yani serbestçe tasarruf edebileceği bir konuma getirmesi zorunlu değildir.¹⁴⁴

Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında; yağma suçunun oluşumu için hırsızlık suçundan farklı olarak failin mal üzerinde serbestçe kullanım imkânı sağlayacak şekilde fiili hâkimiyet kurmasının aranmayacağına, sanığın elindeki telefonu vermek istemeyen mağdurun üstünü arayarak bulduğu cep telefonunu alarak mağdurun mal üzerindeki tasarrufu ortadan kaldırması ile birlikte yağma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.¹⁴⁵ Başka bir ifade ile yüksek mahkemeye göre, yağma suçunun tamamlandığı an mağdurun mal üzerindeki tasarrufunun kaldırıldığı andır.

Yağma düzenlemesine bakıldığında cebir ve tehdit araç, malın alınması ise amaçtır. Normal olan aracın kullanılarak amaca ulaşılmasıdır. Amaca yani mal alındıktan sonra araç hareketlere başvurulması halinde, kanunda bu durumu kapsayan bir düzenleme olmadığı için yağma suçunun değil hem hırsızlık hem de cebir ya da tehdit suçu suçun oluştuğunun kabulü gerekecektir. Yağma suçu ile hırsızlık suçunun tamamlanma anına ilişkin farklı bir belirleme yapılarak, hırsızlık suçunu yağma suçuna dönüştürmek kanunilik ilkesi gereği mümkün değildir.¹⁴⁶ Özellikle mal alındıktan hemen sonra, ancak mal üzerinde zilyetliğin kesin olarak güvence altına

¹⁴³ Veli Özer Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 672.

¹⁴⁴ Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 593.

¹⁴⁵ Yar. CGK, E.2017/6-652, K.2019/265, 26.03.2019, (UYAP).

¹⁴⁶ Farklı görüş için bkz. Soyaslan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 235-237.

alınmadığı suçüstü hallerinde, faile yağma suçundan ceza verebilmek için açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Mal üzerindeki zilyetliğin ve mülkiyetin korunmasının, kişilere tanınan bir hak olduğu dikkate alındığında, gerçekten bu gibi hallerde yağma suçundan değil de duruma göre hırsızlık, cebir, tehdit veya kasten yaralama suçlarından ceza verilmesinin haklı bir açıklaması bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Nitekim mehz nitelikteki kanunlarda dolaylı yağma düzenlemelerine ayrıca yer verilmiştir.¹⁴⁸

Yüksek mahkeme hırsızlık suçunun tamamlanma anı konusunda bir belirleme yaparak dolaylı yağmayı üstü kapalı şekilde kabul etmektedir. Bileziklere bakmak için kuyumcudan isteyen sanığın aniden tezgâhın üzerindeki bilezikleri alarak kaçmaya başladığı, arkasından kuyumcu ve tesadüfen olay yerinde bulunan polis memurunun sanığı kesintisiz olarak takip ettiği, bunun üzerine sanığın müşteki kuyumcu ile polis memuruna silah doğrultarak takip etmemeleri için tehdit ettiği olayda yüksek mahkeme; yağma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.¹⁴⁹ Bu karardan da anlaşılacağı üzere yüksek

¹⁴⁷ Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, "Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no: 2 (Temmuz-Ağustos 2017): 673; "yağma suçu ile aynı ağırlığa sahip olan bir fiilin hırsızlık ve duruma göre ayrıca tehdit, cebir kullanma ya da kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılması, işlenen fiilin haksızlık içeriğini karşılamamaktadır."

¹⁴⁸ Alman Ceza Kanunu'nun "Hırsızlıktan Yağmaya Dönüşen Fiil" başlıklı 252. maddesine göre; *her kim, hırsızlık suçunu işlerken suçüstü rastlandığı sırada, çaldığı malın zilyetliğini korumak için, insana karşı cebir kullanır veya onu vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederse, yağma suçunun faili gibi cezalandırılır.* Bkz. Yenisey ve Plegemann, *Alman Ceza Kanunu*, 328. İtalyan Ceza Kanunu'nun 628/2. maddesinde dolaylı yağma düzenlemesine yer verilmiştir. İlgili maddeye göre; *her kim, malı aldıktan hemen sonra, çaldığı şeyin sahipliğini korumak için cebir ya da tehdit kullanırsa 628/1. maddesinde düzenlenen basit yağma suçuyla aynı şekilde cezalandırılacaktır.* Bkz. Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, 85.

¹⁴⁹ Bkz. Yar. CGK, E.2012/6-1548, K.2013/346, 05.07.2013, (UYAP).

mahkeme, henüz hırsızlık suçunun tamamlanmadığı, kesintisiz takip hallerinde, önceden alınmış olan malı muhafaza için fail tarafından kullanılan cebir veya tehdidi yağma suçu kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim sanığın, fark ettirmeden mağdurun arka cebinden aldığı telefonla iş yerinden çıkıp 250 metre kadar uzaklaştığı, cep telefonunun yerinde olmadığını fark eden sanığın iş yerinden az önce ayrılan sanıktan şüphelenerek temin ettiği mobiletle 250 metre kadar uzaklaşmış bulunan sanığı yakaladığı, kendisine ait telefonu gördüğü, telefonu almak için elini uzattığı sırada bıçakla sanık tarafından yaralandığı olayda yüksek mahkeme; **kesintisiz takip olmaksızın 250 metre kadar uzaklaşan sanığın**, suça konu telefonu hâkimiyet alanına geçirmiş olduğu için hırsızlık suçunun tamamlanmış olduğuna, 5237 sayılı TCK'da dolaylı yağma düzenlemesine yer verilmemiş olduğundan tamamlanmış hırsızlık suçunun yağmaya dönüşmediği gerekçesiyle somut olayda tamamlanmış hırsızlık suçu ile kasten yaralama suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.¹⁵⁰

Yağma suçu ile hırsızlık suçunun tamamlanma anının esasında aynı olduğu, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi için her iki maddeye de “malı hakimiyeti altına sokma” gibi bir ifadenin eklenebileceği tavsiye edilmektedir.¹⁵¹

Eşyaya cebir uygulanması yağma suçuna neden olmaz.¹⁵² Ancak eşyaya uygulanan cebir sonrasında mağdura etki etmişse yağma suçunun oluştuğu söylenebilir.¹⁵³ Kişinin üzerinden çantası alınması için güç kullanılır, mağdurun direnmesi üzerine

¹⁵⁰ Bkz. Yar. CGK, E.2012/6-549, K.2012/1831, 04.12.2012, (UYAP).

¹⁵¹ Soyaslan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 234-235.

¹⁵² Şenerdoğan, “Yağma Suçu (m. 148-150),” 85; “cebirden söz edebilmek için mutlaka kişiye yönelmiş bir zorlamanın varlığı gerekir.”.

¹⁵³ Bakıcı ve Yalvaç, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2, 266.

daha fazla güç kullanılarak çantanın alınması durumunda cebir var olduğunun ve yağma suçunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Esasında bu gibi bir durumda malın alınması ile cebir eş zamanlı gerçekleştirildiğinden dolayı yağma hükmüne gerek kalmadan failin yağma suçundan cezalandırılması mümkündür.¹⁵⁴

Mağdurun yolun solundaki kaldırımdan yürüyerek evine doğru gittiği sırada sanığın kullandığı aracın mağdura yaklaştığı, sanığın sürücü tarafındaki camdan mağdurun sağ omzundan asılı siyah renkli, deri çantayı hızla çekip aldığı, bu esnada mağdurun dengesini kaybederek yer düştüğü ve eli ile bacağından yaralandığı olayda yüksek mahkeme; kuvvet sarfının mağdura değil eşyaya yöneltildiği, mağdurun direncini kırarak şekilde herhangi bir cebir eylemi gerçekleştirilmeksizin omzunda asılı çantanın çekilip alındığı ve mağdurun bu sırada dengesini kaybederek yere düştüğü gerekçesiyle sanığın eyleminin nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁵⁵

D. Yağma Suçunda Özel Kastın Varlığının Aranıp Aranmayacağı Sorunu

Yağma düzenlemesine bakıldığında, hırsızlık suçu düzenlemesinde olduğu gibi özel kastı niteleyen “faydalanma maksadı” biçiminde bir ifadeye yer verilmemiştir. Toroslu’ya göre; yağma suçunun oluşumu için genel kastın yanı sıra özel kastın da bulunması gerekir. Genel kast, cebir ve tehdide başvurarak başkasına ait taşınır malı elinden almak bilinç ve

¹⁵⁴ TCK’nın 142/2-b maddesinde yer alan; “elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle” işlenen nitelikli hırsızlık suçunun, icra hareketi olan malın alınması henüz tamamlanmadan cebir kullanılması nedeniyle hırsızlık suçu yağmaya dönüşmüştür.

¹⁵⁵ Yar. CGK, E.2018/6-617, K.2020/342, 02.07.2020, (UYAP).

iradesidir. Ancak bu yeterli olmamakta, hırsızlık suçunda olduğu gibi ayrıca failde faydalanma saiki de bulunmalıdır.¹⁵⁶

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre ise yağma suçu bakımından failin saiki önemsizdir; fail hangi saik ve amaçla hareket ederse etsin, cebir veya tehdit kullanılarak bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymaya mecbur kılınması yağma suçunu oluşturacaktır.¹⁵⁷

Yüksek mahkeme kararlarında yağma suçunun, tehdit veya cebir ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesi ile oluşmuş bir bileşik suç olduğu, hırsızlık suçunda olduğu gibi yağma suçunda da suçun oluşumu için failde "faydalanma maksadının" bulunması gerektiği istikrarlı bir şekilde ifade edilmektedir.¹⁵⁸ Nitekim yüksek mahkemece verilen bir kararda; sanığın olay tarihinde, iki yıldır birlikte olduğu mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olduğunu düşünerek evine gidip yanında taşıdığı silahı mağdureye doğrultarak tehdit ettiği, silahın kabzasıyla mağdureye vurduğu, mağdurenin elinde bulunan telefonu, arama kayıtlarına bakmak amacıyla zorla aldıktan yaklaşık 20 gün sonra iade ettiği olayda; sanığın mağdurenin başka bir kişiyle ilişkisi olup olmadığını öğrenmek için telefonu aldığı ve faydalanma amacının bulunmadığı, bu nedenle yağma suçunun unsurlarının oluşmadığı ifade edilmiştir.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 152; aynı doğrultuda görüş için bkz. Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 612.

¹⁵⁷ Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 660. "yağma kasten işlenebilen bir suçtur. Suç tipinde ayrı bir saik ya da amaca yer verilmediğine göre suçun işlenmesi bakımından özel kast aranmaz." bkz. s. 670.

¹⁵⁸ Bkz. Yar. CGK, E.2016/6-1446, K.2018/153, 10.04.2018, (UYAP).

¹⁵⁹ Yar. CGK, E.2015/6-709, K.2016/33, 26.01.2016, (UYAP).

Faydalanma maksadıyla hareket eden failin elde etmek istediği yararın, maddi olabileceği gibi manevi de olabileceği, yarar sağlamak kavramından sadece malvarlığındaki artışın kastedilmediği, failin hareketi ile elde etmeyi umduğu her türlü tatmin ve hazzın yarar sağlama kavramına dahil olduğu, ayrıca yarar sağlamanın varlığı için failde haksız olarak faydalanma amacının olmasının yeterli olduğu, suçun tamamlanması için yararın fiilen sağlanmış olmasının gerekmediği ifade edilmektedir.¹⁶⁰ Bu yönüyle yukarıdaki paragrafta naklettiğimiz karar eleştiriye açıktır. Nitekim benzer bir olaya ilişkin yüksek mahkemenin bir kararında; sanığın olay tarihinden üç hafta önce ayrıldığı kız arkadaşı mağdureyi aradığı, mağdurenin telefonunun sürekli meşgul çalması nedeniyle bir başkası ile gönül ilişkisi olduğundan şüphelenerek bu konuyu konuşmak için 22.30 sıralarında mağdurenin evine gittiği, mağdurenin evin kapısını açması üzerine içeriye girdiği ve mağdureden cep telefonunu istediği, mağdurenin telefonunu vermek istememesine sinirlenerek yumruk vurmak suretiyle elindeki telefonu zorla aldığı, ardından da mutfaktan eline geçirdiği bıçak ile “sesini çıkarırsan seni bunla keserim” diyerek mağdureyi tehdit ettiği, ancak cep telefonunun şifreli olması nedeniyle arama kayıtlarına bakamadığı, mağdurenin bağırması üzerine yakalanmamak için telefonu da yanına alarak ikametden ayrıldığı olayda; sanığın, mağdurenin telefonunu arama kayıtlarına bakabilmek amacıyla aldığı, yağma suçunun oluşması için suça konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının şart olmadığı, yararlanmanın sadece ekonomik menfaati değil aynı zamanda bilgi edinmeyi de kapsadığı, içinde bulunan çağda cep telefonlarının birer bilgisayar mahiyetinde olduğu ve içlerindeki bilgiye ulaşma, bilginin değiştirilmesi ya da yok edilmesinin de yararlanma kastını ortaya koyduğu, somut olayda söz konusu telefonu, arama kayıtlarını kontrol edebilmek için geçici olarak alan sanığın faydalanma kastının bulunduğu,

¹⁶⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 337.

yağma suçunun oluşumu için faydalanma maksadının yeterli olduğu ve ayrıca failin fiilen faydalanmasının gerekmediği, tüm bu nedenlerle yağma suçunun unsurlarının oluştuğu ifade edilmiştir.¹⁶¹

Öğretide çoğu yazar yağma suçunun, hırsızlık ile cebir veya tehdit suçlarının bir araya gelmesi ile oluştuğunu kabul ederek yağma suçunda “faydalanma maksadı” biçiminde özel kastın varlığının aranması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶² Yine suçun oluşumu için taşınır malın mutlaka sahip olmak maksadı ile alınmış olmasının şart olmadığı belirtilmektedir.¹⁶³

Türk Ceza Kanunu’nun yapım çalışmalarında esin kaynağı olan kanunları dikkate alıp karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmak ve aynı zamanda adalet komisyonu raporlarını irdelemek bu konuyu çözümlenmede yardımcı olacaktır. Yağma suçunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu’nun 249. maddesi uyarınca yağma suçunun oluşumu için failin, “hukuka aykırı bir şekilde mal edindirmek maksadıyla” hareket etmesi gerekmektedir.¹⁶⁴ Yine İtalyan Ceza Kanunu’nun 628. maddesine bakıldığında yağma suçunun oluşumunda failin, “haksız bir

¹⁶¹ Yar. CGK, E.2018/6-284, K.2020/275, 09.06.2020, (UYAP).

¹⁶² Şenerdoğan, “Yağma Suçu (m. 148-150),” 120; Demirbaş, “Yağma Suçları”, 245; Hafızoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 363; Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 363-364.

¹⁶³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 367.

¹⁶⁴ Yağma suçunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu’nun 249/1. maddesine göre; *her kim diğer bir kişiye karşı cebir kullanarak veya vücut ya da hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek, başkasının taşınır malını kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir şekilde mal edindirmek maksadıyla, muhafaza edenin rızası olmadan bulunduğu yerden alırsa yağma suçundan dolayı cezalandırılacaktır.* bkz. Yenisey ve Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, 325-326.

menfaat temini için” hareket etmesi gerekmektedir.¹⁶⁵ Her iki kanunda yağma suçu bakımından özel kastın varlığı aranmıştır. Türk Kanun Koyucusu’nun yağma suçunun düzenlenmesinde özel kasta yer vermemesinin bilinçli olduğunu söylemek gerekir. Nitekim hükümet tarafından teklif edilen ceza kanunu tasarısında yağma suçu düzenlenmesinde özel kasta yer verilmemiş ve gerekçede; “maddede, bir yarar sağlamak maksadından söz edilmemiş, yağma suçunda genel kastın varlığı yeterli sayılmıştır” ifadelerine yer verilmiştir.¹⁶⁶ Hükümet tarafından teklif edilen metin adalet komisyonunda da kabul görmüş ve sonuç olarak özel kasta ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmeden yasalaşmıştır. Suçta kanunilik ilkesi gereği özel kasta yer verilmediğinden yağma suçunun oluşumu için genel kastın varlığı yeterli kabul edilmelidir. Yağma suçunun hırsızlık ile cebir ya da tehditten oluşan bileşik suç olması ve kanunda hırsızlık suçu bakımından ‘faydalanma kastı’nın aranması bu durumu değiştirmemelidir. Kaldı ki TCK’nın 148. maddesinde, hangi değerlere yönelen tehdit fiillerinin yağma suçunu teşkil edeceği açıkça sayılmış, basit tehdit kapsam dışında bırakılmıştır. Eğer istenseydi hırsızlık düzenlemesinde olduğu gibi “faydalanma maksadı” ifadesine yer verilebilirdi. TCK’nın

¹⁶⁵ İtalyan Ceza Kanunu’nda düzenlenen malvarlığına karşı suçların birçoğunda, “haksız bir menfaat temini” ifadesinin suçun unsuru olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 311.

¹⁶⁶ Bakanlar Kurulu tarafından 14.04.2003 tarihinde kabul edilerek Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 12.05.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı, bkz. Erişim tarihi: Haziran 19, 2021, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20001efdf6732ca61055ab71ac15a4597ee6433cd463aec63c1c5c5368d1074a154d0846c46f06143000fd71af7f8fb62ba37543b3872364c05d079c05701e3e554d73ff1657d7537993d58b9b366d12c5d9bb9e372c0fd0cb1c.

148. maddesinin lafzı dikkate alındığında ayrıca özel kastın varlığını aramak, kanun koyucu gibi suçun oluşumu için ek unsur ilave etmek anlamına gelecektir. Hırsızlık suçu düzenlenmesinde olduğu gibi yağma hükmünde de “faydalanma maksadı” ifadesine yer verilmiş olması uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

Ayrıca belirtmeliyiz ki yağma suçunda fail, malı geçici bir süre kullandıktan sonra zilyede iade etme amacı taşısa dahi yine tamamlanmış suçtan cezalandırılır.¹⁶⁷ Zira kanunda, TCK'nın 146. maddesinde düzenlendiği şekliyle kullanma hırsızlığına benzer bir düzenleme yağma suçu için öngörülmemiştir. Bununla birlikte mal cebir ya da tehditle alınıp kullanıldıktan sonra iade edilirse etkin pişmanlık hükmünün uygulanması söz konusu olabilir.

E. Yağma Suçunun Daha Az Cezayı Gerektiren Hallerine İlişkin Değerlendirme

765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde yer alan “ihkakı hak” (kendiliğinden hak alma) suçuna 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olmasının yaratacağı boşluğu gidermek üzere kanunda 150/1. maddeye yer verildiği ifade edilmektedir.¹⁶⁸ TCK'nın 150/1. maddesine göre; *kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla cebir ve tehdit kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.* TCK'nın 150/1. maddesinde yer alan yağma suçunun hafifletici nedeninin, sadece unsur suçtan ceza verilmesi nedeniyle bileşik suçun tekliği, bölünmezliği niteliğine aykırı mahiyette olduğu

¹⁶⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 367. Farklı görüş için bkz. Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 886; “hırsızlık suçundan farklı olarak kullanma amacıyla suça konu malın alınması durumunda yağma suçunun oluşmayacağı söylenebilir.”

¹⁶⁸ Demirbaş, “Yağma Suçları,” 248.

ifade edilmektedir.¹⁶⁹ Ayrıca yağma suçunun cebir ve hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluştuğu, bu hükmün uygulanma koşulları bulunduğu faile, TCK'nın 108. maddesinde düzenlenen cebir suçundan değil de, kasten yaralama suçundan ceza verilmesinin, yağma suçunun unsurları ile bağdaşmadığı belirtilmektedir.¹⁷⁰

İtalyan Ceza Kanunu'nun 628. maddesine bakıldığında yağma suçunun oluşumu için "haksız bir menfaat temin etme" amacıyla hareket edilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme karşısında borçlar hukuku uyarınca talep edilebilecek bir alacağın tahsili amacıyla hareket edilmesi durumunda sadece tehdit ya da kendiliğinden hak alma suçunu oluşacaktır.¹⁷¹ TCK'nın 148. maddesinde, İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlendiği gibi bir ifadeye yer verilmemekle birlikte, 150/1. maddede de failin, "bir hukuki ilişkiye dayanan tahsili amacıyla" hareket etmesi durumunda kasten yaralama veya tehditten cezalandırılacağı belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda kendiliğinden hak alma suçuna yer verilmediği göz önünde bulundurulduğunda ve TCK'nın 150. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yağma suçu bakımından negatif özel kastın arandığını söylemek mümkündür. Başka bir ifade ile TCK'nın 148. maddesindeki yağma suçunun oluşumu için failin, "bir hukuki ilişkiye dayanan tahsili amacıyla" hareket etmemesi gerekmektedir.

TCK'nın 150/2. maddesinde; "*yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden*

¹⁶⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2017), 357.

¹⁷⁰ Özen, *Suçların İctimai (Zincirleme Suç-Fikri İctima-Bileşik Suç)*, 120.

¹⁷¹ Francesco Antolisei, "Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar," Çeviren: Uğur Alacakaptan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no: 1 (1962): 80-81, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001427.

yarıya kadar indirilebilir” hükmüne yer verilmiştir. İlgili hükümde malın değerinin azlığının neye göre belirleneceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yüksek mahkeme “failin daha çoğunu alabilme olanağı varken gerçek değeri az olan şeyleri almasının” bu hükmün uygulanmasında kriter olarak kabul etmektedir.¹⁷²

SONUÇ

Birbirinden farklı iki ya da daha fazla suçun bir araya gelerek başka bir suçu oluşturduğu veya bir suçun başka bir suçun ağırlatıcı nedenini oluşturduğu durumlarda bileşik suçun varlığından söz edilecektir. Bileşik suçun başta gelen örneği yağma suçudur. Öğretide ittifakla, cebir ya da tehdit ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesi ile oluşan yağma suçunun bir bileşik suç olduğu kabul edilmektedir. Türk Ceza Kanunu’na bakıldığında müstakil olarak düzenlenen cebir ya da tehdit ile hırsızlık suçlarının tüm tipik özelliklerinin yağma suçuna yansıtılmadığı görülecektir. Nitekim hırsızlık suçunun varlığı için gerekli olan “faydalanma maksadı” şeklindeki manevi unsura yağma düzenlemesinde yer verilmemiştir. Her ne kadar yağma suçunun bir unsurunun hırsızlık suçu olduğu kabul edilmekte ve öğretide ile uygulamada yağma suçunun “faydalanma maksadı” ile gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmekte ise de; suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, yorum yoluyla ilgili maddede yer almayan bir unsurun kanun koyucu gibi suç tipine eklemek doğru değildir. Bu nedenle ilgili düzenleme gereği yağma suçu genel kast ile işlenen bir suç olarak kabul edilmelidir. Yine uygulamada, öğretide ve maddenin gerekçesinde, hırsızlık suçunun tamamlanma anı ile yağma suçunun tamamlanma anı arasında farklılık olduğu ifade edilmektedir. Hırsızlık suçunun, yağma suçunun bir unsuru olduğu dikkate alındığında böyle bir farklılığa gidilmesinin

¹⁷² Bkz. Yar. CGK, E.2018/6-285, K.2020/150, 05.03.2020, (UYAP).

haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Her iki suç tipinin tamamlanma anına ilişkin farklı bir belirleme yaparak dolaylı yağma hallerini, yağma hükmü kapsamında cezalandırmak suçta kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle eski kanunda yer verilen “dolaylı yağma” suç tipine yeni kanunda yer verilmemesi eksikliklerdir.

Kanundaki yağma düzenlemesine bakıldığında her türlü değere yönelen tehdit fiili yağma suçunun unsuru olarak değerlendirilemeyecektir. “Sair kötülük” olarak adlandırılan basit tehdit fiilleri yağma suçu kapsamında değildir. “Parayı ver yoksa kötü olur” gibi bir ifade kullanılarak mağdurun parası alınmışsa yağma suçu değil, hırsızlık suçu oluşacaktır. Önemle belirtmeliyiz ki yağma suçu düzenlemesinin gerekçesinde, kişinin fazla ürkek olmasından dolayı malı vermiş olması halinde yağma suçunu oluşmayacağı belirtilmiş ise de; burada mağdurun ne kadar cesur ya da ürkek olması değil, tehdit fiilinin objektif olarak malın alınmasındaki etkisi esas alınmalıdır. Geçmiş ceza kanunu tasarılarında fail ya da faillerden birinin silahının olması veya faillerin birden fazla kişi olması başlı başına tehdit olarak kabul edilmişti. Kanunun sadeleştirilmesi çabası gerekçesi ile geçmiş tasarıda yer verilen bu hüküm, adalet komisyonundaki çalışmalar sırasında çıkarılmış ve 5237 sayılı kanunda yer verilmemiştir. Fail ya da faillerin silahlı olması ve herhangi bir tehdit içermeyen sözle para istemeleri yargı kararı ile tehdit kabul edilebilir. Zira yargı kararlarına bakıldığında sadece silahı göstermek bile silahlı tehdit olarak kabul edilmektedir. Ancak uygulama yoluyla malın alınması sırasında birden fazla kişinin bulunmasının başlı başına tehdit olarak kabul edilmesi suçta kanunilik ilkesi gereği doğru olmayacaktır. Beş kişinin bir araya gelip herhangi bir tehdit ifadesi kullanmadan bir kişiden para istemesi, o kişinin karşıdaki kalabalıktan korkarak istenilen paraya vermesi TCK’daki düzenleme karşısında yağma değil, hırsızlık suçunu oluşturacaktır.

“Parayı ver yoksa seni öldürürüm ifadesi” esasında şartlı tehdittir. Uygulamada bu türdeki tehdit fillerinin kullanılması ancak menkul malın alınmaması hallerinde yağmaya teşebbüs etme suçundan ağır ceza mahkemesine dava açılmaktadır. TCK’nın 106. maddesinde yer verilen tehdit düzenlemesinin şartlı tehdidi kapsadığı ve yağma suçu ile tehdit suçu için öngörülen cezalar arasındaki büyük fark dikkate alındığında eşitsiz bir durumun ortaya çıktığını söylemek gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur. Suçun Unsurları. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Antolisei, Francesco. "Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar." Çeviren: Uğur Alacakaptan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, no: 1 (1962): 65-94, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001427.
- Artuç, Mustafa. Malvarlığına Karşı Suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Aydın, Devrim. Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Bakıcı, Sedat ve Gürsel Yalvaç. 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Cankurt, Ezgi. "Yağma Suçu ve Cebir Kavramı." Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, no: 2 (Aralık 2015): 99-135.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Cilt: 1. İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.
- Demirbaş, Timur Demirbaş. "Yağma Suçları." İç. 3. *Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve*

Suçun Aydınlatılmasının Sempozyumu, Editör: Bahri Öztürk, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, 241-50.

Dönmezer, Sulhi. *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.

Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Yetkin Yayınevi, 1998.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*. İstanbul: Der Yayınları, 2019.

Erdem, Mustafa Ruhan ve Candide Şentürk. "Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no: 2 (Temmuz-Ağustos 2017): 651-674.

Erem, Faruk. "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı." *Yargıtay Dergisi* 16, no: 1-2 (Ocak-Nisan 1990): 94-97, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ya/ocak1990.pdf>.

Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*. Cilt: III. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993.

Feyzioğlu, Metin ve Devrim Güngör. "Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali TCK md. 142-4." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no: 1 (2007): 139-143. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000336.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2017.

Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.

Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım II*. Editör: Yener Ünver. Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A.

Aygörmez Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Hilgendorf, Eric ve Brian Valerius. *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*. Çeviren: Salih Oktar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

İçel, Kayıhan. "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no: 14 (2018): 35-49. <https://www.ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s14/035-049.pdf>.

İçel, Kayıhan. *Suçların İçtimaı*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1972.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy. "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no: 1 (2012): 43-67, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001650.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Alman Ceza Hukukuna Giriş*. Çeviren: Feridun Yenisey. İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.

Kaban, Mater, Halim Aşaner, Özcan Güven ve Gürsel Yalvaç. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 1996-Temmuz 2001*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2001.

Kaylan, Keskin. "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirilmesi)." *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi I*, no: 1 (Haziran 2013): 39-49.

Korkmaz, Esra Şule. *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Kunter, Nurullah. *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

- Kuzudışli, Müslüm. *Yağma Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi, 2012.
- Memiş Kartal, Pınar. "Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M. 108)." *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2010):1035-1048, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2010-1-Cilt-2-hukuk-fakultesi.pdf>.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özen, Mustafa. *Suçların İctimai (Zincirleme Suç-Fikri İctima-Bileşik Suç)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Soyaslan Doğan, "Malvarlığına Karşı Suçlar." *İç. 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sempozyumu*. Editör: Bahri Öztürk. 233-39. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Şafak, Engin. *Hırsızlık, Yağma (Gasp) ve Dolandırıcılık Suçları ile Müşterek Hükümler*. Ankara: İmaj İç ve Dış Ticaret A. Ş., 2002.

- Şare, Ersin. "Suça Teşebbüsün Cezasızlığı: Gönüllü Vazgeçme." *Adalet Dergisi*, no: 56 (Eylül 2016): 157-185.
- Şenerdoğan, Büşra. "Yağma Suçu (m. 148-150)." İç. *Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169)*. 69-134. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Taner, Fahri Gökçen. "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 23, no: 92 (2011): 118-156. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-671>.
- Taneri, Gökhan ve Gani Kamışlı. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2012.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Toroslu, Nevzat ve Yüksel Ersoy. "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı." İç. *Türk Ceza Kanunu Reformu II, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap*. Editör: Teoman Ergül. 1-35. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Yıldız, Ali Kemal. "Yağma." İç. *Özel Ceza Hukuku C. IV Malvarlığına Karşı Suçlar*. 75-114. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yokuş Sevük, Handan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

Mahkeme Kararları: UYAP.

KİŞİSEL VERİ KORUMA HUKUKUNUN KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Personal Data Protection Law
Within the Frame of Personal Right Protection*

Rabia ÖZKAN*

Öz


Kişisel verilerin korunması hukuku, son elli yılda dünyada, son yirmi yılda da Türkiye’de önemli gelişmeler olduğu bir alandır. Bu gelişmeler, enformasyon çağının getirdiği büyük dönüşümlerin etkisi ile yoğunlaşmakta ve ülkeler kişisel verilerin korunması için hukuki mekanizmaların etkinliğini artırmaya çalışmaktadır. Hukuki düzenlemeleri etkileyen temel hususlardan biri ise kişisel verilerin hukuki nitelendirmesindeki farklılıklardır. Bu nitelendirme farklılıkları temellerini ülkelerin sosyal, tarihî, hukukî tecrübelerinde bulur. Bu farklılıkların önemi kişisel veri koruma hukukunun ana çerçevesinin

* İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Helal Finans Araştırmaları Derneği (HEFİAD), rbaozkn@outlook.com, ORCID: 0000-0002-6419-8429.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 05.07.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2021.

Atıf/Citation: Özkan, Rabia. “Kişisel Veri Koruma Hukukunun Kişilik Hakkının Korunması Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 675-733.

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

belirlenmesi bakımından ortaya çıkar. Kişisel verilerin ekonomik yanına ağırlık veren görüşler olduğu gibi korumanın temelini insan hakları üzerinden olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu makalede bu görüşlerin temel hareket noktaları karşılaştırmalı olarak sunulmuştur. Bu farklılıkların açıkça anlaşılması için farklı hukuk sistemlerinde verilmiş ve bu sistemlerin benimsediği farklı hukuki korumaların daha açık anlaşılması için bazı yargı kararları ele alınmıştır. Kişiliğe ve insana bağlı değerlerin kişilik hakkı çerçevesine girebileceği düşüncesinden hareketle kişisel verilerin korunmasının temeli kişilik hakkının korunması ile birlikte değerlendirilmiş ve Türk Medeni Kanunu'nda kişiliği koruyan hükümler ile kişisel verilerin korunması mevzuatı arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Bu ilişkiye dair değerlendirmeler hukuka uygunluk sebepleri ile kişiliği koruyucu davalar bakımından ele alınmış, bu hususların kişisel verilerin korunması hukukunda karşılık geldiği düzenlemeler tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişilik Hakkı, Özel Hayat, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Veri Sahibinin Rızası, Kişiliğin Korunması.

Abstract

Personal data protection law is an area where there have been significant developments in the world in the last fifty years and in Turkey in the last two decades. These developments are intensified by the great transformations brought by the information age, and governments try to strengthen the efficiency of legal mechanisms in personal data protection law. The differences in legal definition of personal data have an effect on legal regulations. These definition differences are fundamentally found in the social, historical and legal experiences of countries. These differences matter in terms of determining the main framework of personal data protection law. There are considerations that focus on economic aspect of

personal data, as well as there are opinions arguing that the basis of protection should be through human rights. In this article, the main points of these views were presented comparatively. In order to clarify the differences, some judicial decision made in different legal systems have been addressed. Based on the idea that personality and human values can fall within the framework of personality rights in terms of civil law, the basis of the protection of personal data was evaluated together with the protection of the right of personality. The relationship between provisions protecting personality in the Turkish Civil Code and the legislation on the protection of personal data was revealed. Assessments of this relationship were considered in terms of justification grounds in TCC and actions for protection of personality. It has been determined the regulations in which these issues correspond to the law on the protection of personal data.

Keywords: Personal Data, Personal Rights, , Privacy, Justification Grounds, Consent of the Data Owner, Protection of Personality.

GİRİŞ

Bir Alman filmi olan “Başkalarının Hayatı”¹ İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman devletinin gözlem mekanizmalarının hem toplum hem bireyin üzerinde oluşturduğu aşınmaların bir sunumu niteliğindedir. Hâlbuki film kurgu olmaktan uzak, günümüzde burun buruna gelinen bir tehdidi tarihsel bağlamda sunmakta ve filmografik öğelerle zenginleştirmektedir. 2013 yılında ise Amerika Ulusal Güvenlik Kurumunda bilgisayar uzmanı olan Snowden, film karakterinin yaşadıklarının benzerini gerçek hayatta tecrübe etmiş ve Amerika hükümetinin

¹ “Das Leben der Anderen.” Film ile bilgiler için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.imdb.com/title/tt0405094/>.

yaptığı dinlemeleri ifşa ederek Rusya'ya iltica etmişti.² Devletlerin kişileri dinlediği bir gözetim toplumunda, ulusal çıkarlar başlığı altında vatandaşlara kurulan gizli tahakküm, çoğu kişice bilinen ve örtülü şekilde kabul edilen bir gerçek haline gelmiştir. Ancak insanların bireysel hayatlarının kapsamı yalnızca devletin kontrol maksatlı izlemesinin ötesinde bir anlam ifade eder. Bireysel bilgiler ve insanlar adına toplanan kişisel veriler enformasyon çağının en önemli ürünü ve güç faktörü haline gelmeye başlamıştır.³ Ekonomik bağlamda kişiye ait verilerin değerinin bu denli anlam farklılaşması, kişisel verilerin korunmasının taşıdığı önemi açık bir şekilde ortaya çıkarır.

Bununla birlikte korumanın sınırlarının neler olacağı, kişisel verileri korurken onlara yüklediğimiz hukuki nitelik ile yakından ilişkilidir. Kişisel verileri değerlendirdiğimiz ana çerçeveye göre sağlayacağımız koruma da anlam değiştirecektir. Öyleyse ülkelerin kişisel veri düzenlemelerinde tarihî, sosyolojik, hukukî yaklaşımlarının farklı olması kaçınılmazdır. Örneğin yukarıda bahsi geçen iki ülkenin, Amerika ve Almanya'nın, tecrübeleri birbirinden çok farklıdır; dolayısıyla kişisel verilere yükledikleri anlam ve sağladıkları koruma da farklı yönlerde seyretmektedir. Ancak birtakım hususlarda kaçınılmaz olarak benzer noktalar üzerinden değerlendirmeler yapıldığı da görülmektedir. Bu makalede öncelikle kişisel verilerin hukuki nitelendirmesine ilişkin muhtelif görüşler değerlendirmeye alınacaktır. Ardından kişisel verilerin hukuki

² Edward Snowden'a ilişkin haber için bkz. <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>; Snowden'in hikayesini anlatan film için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.imdb.com/title/tt3774114/>.

³ Verilerin yeni çağın petrolü olduğuna dair değerlendirme için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

nitelendirmelerine dair farklı hukuki yaklaşımları benimsemiş bazı yargı kararları münferit ve karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu hukuki yaklaşımların sağladığı hukuki korumaların çerçevesi mahkeme kararları vasıtası ile sunulmaya çalışılacaktır. Son olarak kişisel verilerin korunması mevzuatının medeni hukukta karşılık bulduğu hususlar değerlendirilecek, hukuka uygunluk sebepleri ve koruma yolları bakımından benzerlik ve farklılık taşıdığı noktalar açıklanacaktır.

I. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki nitelendirmeye geçilmeden önce kişisel veri kavramı ile ifade edilmek istenenin açık bir şekilde ortaya konulması gerekir. Kişisel veri kavramının tanımlanması, bu kavramın kapsamının belirlenmesi bakımından önemlidir. Öncelikle kişisel verilere ilişkin hukuki düzenlemelerde ortak bir tanım oluşturulmuş belirtilebilir. Avrupa Konseyi'nin kişisel veri korunması hususunda ilk düzenlemesi olan 96/45 sayılı Direktifte doğrudan bir tanım karşımıza çıkmamaktadır. Ancak Konsey'in düzenlediği ve şu an uluslararası bağlamda en kapsamlı düzenleme olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde⁴ kişisel veri "*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*"⁵ olarak tanımlanmıştır. Yine Türk hukukunda da bu tanıma çok paralel bir nitelendirme yapılmış ve Kişisel

⁴ GDPR Türkçe ve İngilizce tam metin için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://gdpr-info.eu/> ve <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>.

⁵ GDPR m.4 f.1: "'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person".

Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁶ m. 3/b. d’de kişisel verinin “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi” ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Bu tanımlarda başlıca dikkat çeken husus kişisel verilerin “gerçek kişilere” ait olduğu üzerinedir. Zira KVKK’nın koruma altına aldığı menfaat gerçek kişilere aittir. Tüzel kişiler veri korunması bağlamında ilgili kişi statüsü de elde edememektedir.⁷ Yine bu tanımlarda önemli olan husus, bilgiler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı ve “her türlü bilginin” kişisel veri olarak değerlendirilebileceğidir.⁸

Kişisel kaygılar, sermaye çıkarları ve kamu otoritesi politikalarının karşılaşma alanı⁹ olarak kişisel veriler, her ne kadar ortak bir şekilde tanımlansa da ülkeden ülkeye değişen bir

⁶ RG. 24.03.2016, S. 6698.

⁷ Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010), 18; *Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (Ankara: KVKK Yayınları, 2018), 21, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>; Bir görüşe göre tüzel kişilerin verileri ile gerçek kişilerin verilerine ulaşmak imkan dahilinde ise bu durumda tüzel kişinin o verileri de koruma kapsamına alınmalıdır. Bu görüş için bkz. Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2004), 35.

⁸ Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* 13; Veriye bir anlam yüklenemediği takdirde bilgi ifade edecektir; bu bağlamda bilgi üst başlık olarak kullanılmaktadır. Bu ayrımlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 39-40; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 9-10.

⁹ Hüseyin Can Aksoy, "The Right to Personality and Its Different Manifestations As The Core of Personal Data", *Ankara Law Review*, 5, no.2, (2008): 236, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/42809/1/6911.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

hukuki nitelendirme ile karşı karşıyadır.¹⁰ Bir taraftan bireylerin özerkliklerini kullanarak kendi kişisel verileri üzerinde hâkimiyet kurma talepleri; diğer yandan veri işleyicilerinin (devletler, firmalar vb.) veriye ücretsiz erişim ve kendi çıkarları için kullanma amaçları çatışmaktadır.¹¹ Bu çatışmaya getirilen çözümde dengenin sağlanması için hangi çıkara ağırlık verildiği, kişisel verilerin özünde yatan hakkın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Anglo-Amerikan hukuk sistemleri, bireysel özgürlüklere, kişilerin otonomilerini kurmalarına ve serbest piyasa ekonomisine verdikleri büyük önemden ötürü kişisel verilere daha çok ekonomik ve teknolojik değerler olarak bakmaktadır. Bunun yanında Kıta Avrupası'nda genel eğilim, kişisel verilerin insan hakkı bağlamında korunması gereken değerler olduğu yönündedir.¹² Bu iki yaklaşımdaki farklılığın sebebi özellikle iki ülkenin tarihi tecrübelerindeki farklılıklarla ilişkilendirilmiştir. Özellikle Avrupa tarihinde vuku bulan Nazi olayları gibi devletin kişisel verilere erişiminin oluşturduğu tehlikeler, Avrupa'da bireyin korunmasını önceleyen politikaların artmasına sebep olmuştur.¹³ Ancak belirtmek gerekir ki kişisel

¹⁰ Serpil Karlıdağ, "Ekonomi Politik Açından Kişisel Verilerin Korunması," *Amme İdaresi Dergisi* 47, no.1 (2013): 128, <https://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=6e4524c2-8590-4b76-aaf3-f18eb9512aa7%40sessionmgr102>.

¹¹ Aksoy, "The Right to Personality," 236.

¹² Şehriban İpek Aşıkoğlu, *Avrupa Birliği, Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 25; Aksoy, "The Right of Personality," 236; Pamela Samuelson, "Privacy As Intellectual Property?" *Stanford Law Review* (2000): 1143, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1229511.pdf>.

¹³ Samuelson, "Privacy," 1143; Scott Rempell, "Privacy, Personal Data and Subject Access Rights in the European Data Directive and Implementing UK Statute: Durant v. Financial Services Authority as a Paradigm of Data Protection Nuances and Emerging Dilemmas," *Florida Journal of International*

veriler, “herhangi bir bilgi” ifadesi ile ucu açık ve geniş kapsamlı bir alanı ifade ettiğinden iki görüşün de kabul edilebilir yanları mevcuttur.¹⁴

B. Ekonomik Değer Yaklaşımı

Kişisel verilere ilişkin ana yaklaşımlardan ilki ekonomik değer yaklaşımıdır. Bu görüş, kişisel verileri korunması gereken bir değerden ziyade piyasa ekonomisinde akışı sağlanabilecek bir “ürün” olarak değerlendirmektedir.¹⁵ Ekonomik değer yaklaşımı görüşü temellerini Anglo-Amerikan hukuk sisteminin dayandığı serbest piyasa ve özel mülkiyet fikirlerinden almaktadır.¹⁶ Bu yaklaşımı diğer yaklaşımdan

Law 18, no. 3 (2006): 814, https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/fjil18&id=821&men_tab=srchresults; Lucas Bergkamp, "EU Data Protection Policy: The Privacy Fallacy: Adverse Effects Of Europe's Data Protection Policy in an Information-driven Economy," *Computer Law & Security Review* 18, no.1 (2002): 32, <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364902001061?token=3568C52355A47EE0EF0058BE7E5052D831E48A9328DB9256E098C69867325B5E6C2ADBA7DA955EC1351A0F9EDD0EF31E&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210501194203>.

¹⁴ Sinan Sami Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukukî Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 2 (2020): 22, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kvkd/issue/55487/726372>.

¹⁵ Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 57; Samuelson, "Privacy," 1143; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 55; Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 22; Corien Prins, "When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter," *A Journal of Law, Technology and Society* 3, no. 4 (2006): 274, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scripted3&div=32&g_sent=1&casa_token.

¹⁶ Kenneth C. Laudon, "Markets and Privacy," *Communication of ACM* 39, no.9 (1996): 93, <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/234215.234476>; Corien Prins, "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of

ayırarak temel husus kişisel verileri ait olduğu kişiden bağımsızlaştırması ve meta olarak ele almasıdır. Kişisel veriler, kişiye ait bir değer olarak değil; “iktisadî bir değer” olarak ticarî işlemlerde kişilerin özgür iradeleri ile üzerinde hâkimiyet sağlayabilecekleri bir “şey” olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımı savunanlar, kişisel veriyi “mülkiyet hakkı” veya “fikrî mülkiyet hakkı” olarak farklı iki hak kapsamına alarak koruma çerçevesini belirlemektedirler.

1. Mülkiyet Hakkı Yaklaşımı

İktisadî bir değer olarak kişilerin kişisel verileri üzerinde tam hâkimiyet kurabilmelerini amaçlayan mülkiyet hakkı yaklaşımı, kişisel veriler üzerinde bireylerin mülkiyet hakkı olduğunu iddia etmektedir.¹⁷ Burada ifade edilen mülkiyet hakkı, eşya hukuku anlamında olup kişi, kişisel verileri üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerine sahiptir.¹⁸ Bu görüşü savunan yazarlar, bireylerin verileri üzerindeki otonomilerine önem vererek kişilerin serbest piyasa

our Identity” *Information Law Series* 16 (2006): 224, <https://www.recht.nl/doc/10.Prins.pdf>.

¹⁷ Nadezda Purtova, "Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation," *European Journal of Legal Studies* 2, no. 3 (2010): 194, https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ejls2&id=750&men_tab=srchresults.

¹⁸ Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 22; Prins, "Property Rights Approach," 271; Lawrence Lessig, "Privacy As Property" *Social Research: An International Quarterly* 69, no.1 (2006): 247, <https://www.proquest.com/docview/209668947?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true>; Paul Sholtz, "Transaction Costs and the Social Cost of Online Privacy," *First Monday*, 6, no. 5 (2001), <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/859/768?inline=1>.

koşullarında kendi verileri üzerinde özgür iradeleri ile işlem¹⁹ yapmaları fikrine öncelik vermektedir.²⁰ Bu görüşe göre veri sahiplerinin verileri üzerinde sağlamış oldukları hâkimiyet, veri pazarındaki dolaşımında rekabeti ve adil işleyişi artıracaktır. Bilginin ekonomik değerinin yükseldiği çağımızda, kişilere mülkiyet hakkı kapsamında tanınacak tam hâkimiyetin hem özel hayatın²¹ korunması açısından hem de elde edilecek faydanın artırılması açısından kişilere ekonomik kaynak oluşturduğu düşüncesi bu görüşün ana hareket noktasıdır.²²

Kişisel verilerin kişinin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu görüşü kabul edilirse kişilerin bir ihlâl durumunda doğrudan doğruya koruma²³ sağlayabilme imkânları söz konusu olacaktır. Mülkiyeti korumak amacıyla açacakları davalar ile haklarına yapılan müdahaleleri ayrı bir koruma mekanizmasına ihtiyaç duymaksızın kendileri önleyebileceklerdir. Ancak burada veri sahiplerinin açacakları davaların eşya hukuku bağlamında mülkiyet ihlâlinde açılacak davalar olduğu dikkate alındığında görüşün en güçlü savunusunun zayıf yanı ortaya çıkmaktadır. Örneğin, malikin haksız el atmalara karşı açabileceği “elatmanın önlenmesi” ve “istihkak” davalarının (TMK m.683) ya da “taşınır davasının” (TMK m.989) mahiyetleri

¹⁹ Prins, “Property Rights Approach,” 270; Lessig, “Privacy As Property,” 247; Sholtz, “Online Privacy,”

²⁰ Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 65-66.

²¹ Araştırmanın bir kısıtı olarak belirtmek gerekir ki yabancı kaynaklarda kullanılan “privacy” kavramının Türk hukukunda ve doktrininde karşılığı konusunda farklı değerlendirmeler mevcuttur. Biz yazımızda “privacy” tabirini AİHS ile de bağlantılı ve daha kapsayıcı olacağı düşüncesi ile özel hayat olarak kullanacağız. Benzer açıklamalar için bkz. Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 14-15.

²² Bergkamp, “EU Data Protection,” 34 -35.

²³ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 18; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 3.

kişisel verilerin mülkiyeti kapsamında nasıl değerlendirileceği belirsizdir.²⁴ Ayrıca bu davaların korumayı hedeflediği değerler malvarlığı değerleri üzerinde odaklanmaktadır; ancak kişisel verilerin ihlâlinde kişilik değerlerinin zarar görmesi de kaçınılmazdır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının korumayı amaçladığı menfaat ile kişisel verilerin korunması hukukunun koruduğu menfaatlerin tam anlamıyla örtüşmedi söylenebilir. Ticarî perspektiften bakan mülkiyet hakkı görüşünün kapsayıcı bir koruma getirmemektedir. Ayrıca kişisel verilerden bazılarının (dini inanç, cinsel yönelim vb.) mülkiyet hakkına konu olacak feragat etme, tasarrufta bulunma işlemlerine konu olamayacak olması da ayrıca değerlendirilmelidir.²⁵

Bununla beraber kişilere tam hâkimiyet sağlanmasından hareketle savunulan, verilerin oluşturacağı serbest pazar fikrinin de gerçekçi olmadığı; üstelik verilerin kullanımında, kişilerle her defasında üzerinde anlaşılmış ve hâkimiyetin devredildiği hukuki işlemlerin yapılmasının pazarın akışına zarar verdiği ve şirketlere büyük külfet oluşturduğu iddiaları ile de mülkiyet hakkı yaklaşımı eleştirilmektedir.²⁶

²⁴ Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 23-24.

²⁵ Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 23; Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 64; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 57.

²⁶ Samuelson, "Privacy," 1132; Paul M. Schwartz, "Property, Privacy, and Personal Data," *Harvard Law Review* 117, no. 7 (May 2004): 2059, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr117&div=91&g_sent=1&casa_token=&collection=journals; Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 23; Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 65; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 57; Steven A. Bibas, "A Contractual Approach to Data Privacy," *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, no. 2 (1994): 606, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlpp17&div=40&g_sent=1&casa_token=

2. Fikrî Mülkiyet Hakkı Yaklaşımı

Enformasyonel ekonominin öneminden hareketle verilere iktisadî değer yükleyen bir diğer görüş, kişisel verilerin taşıdıkları ekonomik değer ile kurdukları paralellikler neticesinde kişisel verileri fikrî mülkiyet hakkı olarak değerlendirmektedir. Verilerin çok boyutluluğunu²⁷ dikkate alan bu görüş, kişisel verilerin mülkiyet hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini ve farklı bir hukuki nitelendirmeye ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir. Fikrî mülkiyet hakları ile korunmak istenen hususların, özel hayata dair korunması beklenen hususlarla yakından ilişkisi olduğunu belirten yazarlar, kişisel veri korunmasında da telif hakkı benzeri bir hukuki korumanın oluşturulması gerektiğini belirtmektedirler.²⁸ Neticede iki koruma mekanizmasında da korunan “şeyin” bir fiziki karşılığının olmaması ve bireyin üzerinde doğrudan kontrol kurmadığı “şeylerden” bahsedilmesi bu fikri destekler niteliktedir. Nitekim fikrî mülkiyet yaklaşımı ile sağlanmak istenen, kişinin verileri üzerinde “hukuki kontrol” mekanizmalarına sahip olmasıdır.

Yapılan açıklamalarla birlikte belirtmek gerekir ki fikrî mülkiyet hukukunda korunmak istenen menfaat ile kişisel verilerin korunmasındaki menfaatin tam anlamıyla örtüştüğünü söylemek zordur.²⁹ Öyle ki fikrî mülkiyet hukukunda kişinin

²⁷ Samuelson, “Privacy,” 1172. Samuelson sözleşmesel yaklaşım içerisinde kişisel verilerin korunmasının avantajlarından bahsederken kişisel verilerin hem sosyal hem bireysel hem işlemsel yönünün bulunduğu altını çizer. Zaman içerisinde kişisel verilere ilişkin anlayışımızın değişim gösterebilme ihtimalini de yine bu boyutların birbirlerine karşı ağır basmaları olarak değerlendirir.

²⁸ Samuelson, “Privacy,” 1172; Prins, “Property Rights Approach,” 279-280.

²⁹ Samuelson, “Privacy,” 1172; Prins, “Property Rights Approach,” 296; Sholtz, “Online Privacy,”; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 58.

zihinsel ve iradî emeğinin sonucu eserden³⁰ söz ederken kişisel veriye sahip olmak için sadece kişiye ait olmaktan bahsetmek yeterli olacaktır.³¹ Söz konusu kişisel veri olduğundan bir üründen bahsedemeyecek ve koruma altına aldığımız menfaatlerin birbiriyle ilişkili olmadığı görülebilecektir.³² Bununla birlikte mülkiyet hakkı yaklaşımına getirilen eleştirilerin birçoğu fikrî mülkiyet yaklaşımına da getirilmiştir.³³

Kişisel verilerin hukukî mahiyetine ilişkin ekonomik değerlendirmeler, korunmaya çalışılan menfaatlerin örtüşmemesi ve sağlamış oldukları koruma mekanizmalarının kapsayıcı olmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Her ne kadar kişiye kendi verisi üzerinde doğrudan yetki sağlamayı amaçlayan görüşler³⁴ olsa da bu yetkinin sağlayacağı korumanın yeterli olmayacağı kabul edilmiştir. Kişisel veri ile kişinin birbirinden ayrı iki unsur olarak değerlendirilmesi, kişisel verilerin ait olduğu kişiyle olan ilişkisini göz ardı etmekte veya

³⁰ Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2012), 5; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 19.

³¹ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 58; Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 24; Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 66; Samuelson, "Privacy," 1140; Prins, "Property Rights Approach," 296.

³² Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 58; Samuelson, "Privacy" 1141; Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 24; Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 66.

³³ Küzeci, *Kişisel Veri*, 66; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 58.

³⁴ Ann Bartow, "Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization and Gender" *University of San Francisco Law Review*, 34 (1999), 685 ve 687, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/usflr34&div=30&g_sent=1&casa_token. (çevrimiçi, e.t.: 20.9.2021); Lessig, "Privacy As Property" 247; Sholtz, "Online Privacy".

önemsizleştirmektedir.³⁵ Ancak kişisel veriler, veri sahiplerine hem maddi hem de manevi olarak bağlıdır. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasının ana çerçevesinin belirlenmesinde kişinin ve kişiliğın korunması göz önüne alınmak zorundadır. Yine belirtmek gerekir ki ekonomik hak yaklaşımının en belirgin temsilcisi olarak değerlendirebileceğimiz ABD’de dahi iktisadî öneminden ziyade insan hakkı olması sebebiyle veri koruma politikaları takip edilmeye başlanmıştır.³⁶ Bu husus ise kişisel verilerin salt ekonomik değerin ötesinde taşıdıkları anlamı açıkça ortaya koymaktadır.

C. İnsanî ve Sosyal Değer Yaklaşımı

Kişisel verilerin sahip olduğu iktisadî değer yadsınamaz bir gerçektir. Ancak kişisel verilerin sadece bu boyutuna odaklanmak yukarıda belirttiğimiz gibi dar bağlamda bir koruyuculuğa sebep olmakta ve kişisel verilerin yakından ilişkili olduğu “insan onuru” ve “insan hakları” gibi hususlarda müphemliğe yol açmaktadır. Gerçekten kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin tarihî gelişimine bakıldığında insan hakları doktrininin gelişmesi ile yakından ilişkili olduğu görülecektir.³⁷ Kişisel verilerin insan hakkı olarak nitelendirilmesi ve bu bağlamdaki haklar vasıtasıyla bir koruma getirilmesi özellikle Kıta Avrupası’nda yaygın olarak benimsenen bir yaklaşımdır. Nazi tecrübelerinin tarihi önemi ile ilişkilendirilen ve 19’uncu ve 20’nci yüzyılda bireysel özgürlüklerin artması sonucu insanların hukukî vasıtalar ile korunması anlayışı, kişisel verilerin de insan

³⁵ Aksoy, *Medeni Hukuk Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 65; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 57; Küzeci, *Kişisel Veri*, 67-68.

³⁶ Onur Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 47.

³⁷ Küzeci, *Kişisel Veri*, 70; İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 89.

hakları kapsamında korunması doktrininin gelişmesinde önemli rol oynamıştır.³⁸

Belirtmek gerekir ki kişisel veriler mahiyeti itibariyle insan haklarının birçoğu ile yakından ilişki içerisindedirler.³⁹ Fakat kişisel veriler, ilk etapta özel hayatın gizliliği hakkı ile bağlantılı ele alınmıştır. Alman Federal Mahkemesi'nin 1983 tarihli meşhur *Nüfus Sayımı Kararı'ndan*⁴⁰ sonra kişisel verilere ilişkin değerlendirmeler, daha çok kişiye kendi kaderini tayin hakkı (self-determinasyon hakkı) bağlamına odaklanmıştır. Bu hak ile kişilere kendi bilgilerinin geleceğini belirleme imkânı tanınmıştır. Ayrıca kişisel veriler medeni hukuk anlamında kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmeye başlamıştır. Kişisel verilerin korunmasını gerek özel hayatın gizliliği hakkı ile değerlendiren görüş gerek de kendi kaderini tayin hakkına odaklanarak açıklayan görüş sağladıkları koruma ve karşılık geldikleri kapsam bakımından ekonomik hak değerlendirmelerinden daha isabetlidir.

1. Özel Hayat Kapsamında Değerlendirme

Kişisel verilerin özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirilerek korunması daha çok Avrupa'da yapılan düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk uluslararası düzenleme olan Avrupa Konseyi'nin 95/46 sayılı Direktifi'nde korumanın amacının "özellikle kişilerin özel

³⁸ Bkz. yukarıda dn.13.

³⁹ İnsan hakları ile ilişkisinin değerlendirmeleri için bkz. Küzeci, *Kişisel Veri*, 69ff.

⁴⁰ BVerfGE 65, 1-Volkszählungsurteil. Kararın önemli noktalarının İngilizce çevirisi için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://freiheitsfoo.de/census-act/>. Bu karar aşağıda "Alman Federal Mahkemesi Nüfus Sayım Kararı" başlığı altında kapsamlı olarak incelenecektir.

hayat haklarının korunması” olduğu belirtilmiştir.⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ise kişisel verilerin korunması ayrı bir hak olarak değerlendirilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişisel verilere ilişkin ihlalleri AİHS m. 8’de düzenlenen özel hayata saygı başlığında değerlendirmektedir.⁴²

Özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin gizliliğinin bağlantısının kurulması ise ABD gibi kişisel verilere doğrudan koruma sağlamayan ülkelerde “bilgisel gizlilik” vasıtası ile sağlanmaya çalışılmıştır.⁴³ Bilgisel gizlilik ile ifade edilmek

⁴¹ “...respect their fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy...” 95/46 sayılı Direktif m.2.

⁴² 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.” “The protection of personal data is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention. The domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article.” (S. ve Marper / Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008 tarihli Büyük Daire Kararı § 103), Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Benzer kararlar için bkz. Shimovolos / Rusya 21 Haziran 2011 tarihli 30194/09 başvuru numaralı karar; Gaskin / Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989 tarihli ve 10454/83 başvuru numaralı karar; Sõro/Estonya, 3 Eylül 2015 tarihli 22588/08 başvuru numaralı karar.

⁴³ Amerika’daki bir görüş, kişisel verilere ilişkin korumayı mülkiyet hakkı kapsamına almadan bilgilerin korunmaya elverişli bir şekilde veri ticaretinde akışını savunmaktadır. Bu görüş verilere sahip olma, transfer ve kullanma süreçlerinde kısıtlamaları kabul etmemektedir. Açıklamalar için bkz. Susan Rose-Ackeman, “Inalienability and the Theory of Property Rights,” *Columbia Law Review* 85, no. 5 (1985): 931, https://www.jstor.org/stable/1122458?seq=1#metadata_info_tab_contents; Schwartz, “Property, Privacy” 2057ff.

istenen, kişisel bilgilerin işlenmesi sürecindeki kontroldür.⁴⁴ Bu yaklaşım tarzı, yukarıda açıkladığımız mülkiyet hakkı görüşü ile yakından ilişkilidir. Bununla beraber mülkiyet hakkı görüşünün kişisel verilere insan hakları bağlamında değer atfetmeye başlamasının sonucu olarak bu yönde hukuki değerlendirmelerin yapıldığı görülebilir.

Bununla birlikte özel hayatın korunması ile yakın ilişkisine rağmen kişisel verilerin korunmasının ayrı bir alan olarak düzenlenmesi gerektiğini belirten görüşler de vardır.⁴⁵ Bu görüşlerin etkileri, AB Temel Haklar Şartı'nda "kişisel verilerin korunması hakkının" m.7'de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından ayrı olarak m.8'de düzenlenmesinde görülebilir.⁴⁶ Yine Türkiye'de anayasal bir hak olarak güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkı her ne kadar özel hayatın gizliliği başlıklı m.20'de düzenlense de ayrı bir hak

⁴⁴ Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 239; Domingo R. Tan, "Personal Privacy in the Information Age: Comparison of Internet Data Protection Regulations in the United States and European Union," *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal* 21, no. 4 (August 1999): 664,

https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/loyint21&id=674&men_tab=srchresults.

⁴⁵ Küzeci, *Kişisel Veri*, 73; Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği," 27; Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (İstanbul: Hukuk Akademisi, 2019), 47; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 66.

⁴⁶ AB Temel Haklar Şartı m.7: "Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. m.8:Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmuş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzeltirme hakkına sahiptir. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir."

olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi kararları da kişisel verilerin korunmasının ayrı bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁴⁸ Hollanda, Meksika, Yunanistan gibi diğer ülkelerdeki eğilim de kişisel verilerin korunmasının anayasalarda ayrı bir hak olarak düzenlenmesi şeklinde seyretmektedir.⁴⁹

Özel hayatın korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı her ne kadar ortak bir zemini paylaşırsa da bu iki hakkın birbirlerine karşılık gelmediği yönünde görüşler de mevcuttur. Buna göre kişi hakkında yayınlanan herhangi bir yanlış bilgi özel hayatın ihlâlini oluşturmazken bu bilgi belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait olduğu takdirde kişisel veri ihlâli oluşturacaktır.⁵⁰

⁴⁷ AY m.20 f.3: “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 hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” RG. 12/9/2010, S. 2709.

⁴⁸ “Özel hayata saygı hakkı Anayasa’nın 20. maddesinde koruma altına alınmıştır. Devlet, kişilerin özel ve aile hayatına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrıca düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır.” (Celal Oraj Altunörg Başvurusu, AYM, B. 2018/31036, 12/1/2021 § 25), Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/31036?KelimeAra%5B%5D=ki%C5%9Fisel+veri>.

⁴⁹ Hollanda Anayasası m. 10/f. 2-3; Meksika Anayasası m. 16; Portekiz Anayasası m. 35; Yunanistan m. 9A; İspanya Anayasası m. 18/f. 4. Örnekler için bkz. Küzeci, *Kişisel Veri*, 78; Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği,” 27.

⁵⁰ Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliği,” 240; “‘fişleme’ faaliyetlerinin de kişisel veri ihlâli oluşturduğunu bunun klasik anlamda özel hayat anlayışı bağlamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir.” Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 66.

Öyleyse kişisel verilerin korunması hukuku ile korunma altına alınmaya çalışılan menfaat yalnızca özel hayata ilişkin bilgiler üzerindeki menfaat değildir. Bir başka ifade ile özel hayat kapsamına girmeyen, kamuya açıklanmış bilgiler de kişisel veri olarak bir değere sahiptir.⁵¹ Kişisel verilerin korunması hukukunun sağladığı koruma, özel hayata ilişkin menfaatin yanında kamuya açık bilgilere yönelik menfaatin de korunmasını sağlayarak tam bir korumayı amaçlamaktadır. Kamunun bilgisi dahilinde ve kamunun kullanımda olan verilerin de hala kişiliği yakından ilgilendirdiği eleştirileri kişisel verilerin mahiyetine ilişkin bir başka değerlendirmeye yol açmıştır.

2. Kendi Kaderini Tayin Hakkı (Self-Determinasyon) Kapsamında Değerlendirme

Özel hayata ilişkin görüş, kişisel verilerin kapsamını sınırlandırdığından bu durum farklı bir nitelendirme arayışına sebep olmuştur. Yukarıda açıkladığımız ekonomik hak yaklaşımlarının da hareket noktası olan kişiye verileri üzerinde iradî bir yetki vermeyi amaçlayan yaklaşımın da etkisi ile kişisel verilere dair değerlendirmeler farklılaşmıştır. Bu yaklaşım kendisini öncelikle Federal Alman Anayasa Mahkemesinin etkisi çok geniş olan “Nüfus Sayım Kararı’nda” göstermiştir.⁵² Bu

⁵¹ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 66. Kişisel verilerin korunmasını yaşam alanının üçlü ayrımı teorisi çerçevesinde değerlendiren bir görüş, kişinin ilgi alanlarını ortaya koyan arama kayıtları gibi bilgilerin gizlilik alanına dahil olmamasına ve kamuya ait alana ait olması halinde dahi kişisel veri korumasından yararlanacağını kabul etmektedir. Açıklamalar için bkz. Cansu Çakan, “Kişilik Hakkı Kapsamında Korunan Bir Değer Olarak Kişisel Veriler,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, no.2 (2013): 205.

⁵² Kararın detaylı incelemesi için aşağıda bkz. “Alman Federal Mahkemesi Nüfus Sayım Kararı” başlığı.

kararda en dikkat çeken husus, mahkemenin kişisel verilerin korunmasını kişilik hakkının bağımsız bir görünüşü olarak değerlendirmesidir.⁵³ Mahkeme, kişisel verileri kendi kaderini tayin etme hakkı bağlamında koruma altına almaktadır. Bu değerlendirme ile birlikte mahkeme, korunan menfaati medeni hukuk anlamında kişilik hakkı bağlamında kabul etmekte ancak kişilik hakkının bağımsız bir ifadesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme Alman Anayasası'nın birinci maddesinde düzenlenen insan onurunun korunması ve ikinci maddesinde düzenlenen kişiliğin korunmasına dayandırılmıştır. Bu noktadan hareketle de kişisel verilerin korunması kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınmaya başlanmıştır.

Söz konusu kararda kişilik hakkı, anayasal anlamda kişilik hakkını ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bununla beraber doktrinde kişilik hakkı kapsamındaki değerlendirme daha genel olarak ele alınmıştır.⁵⁴ Demokratik bir toplumda kişinin kendi gelişim imkânlarını elde etmesi itibarıyla kişisel verilerin korunmasının kamusal yönünün belirtilmesi bakımından da bu yaklaşım önemlidir. Bununla beraber kişinin kaderini tayin hakkı bağlamında yapılacak değerlendirme, kişisel verilerin medeni hukuk açısından kişiliğin korunması çerçevesine alınmasını sağlamaktadır. Çünkü kişisel verilerin korunması, salt kişilik hakkının korunması ile sınırlandırılmadan, kendi bağımsız alanını yaratma kabiliyetine sahip kişisel bir varlığı ifade etmektedir. Nitekim Türk hukukunda genel kişiliği koruyan hükümlerin yanında ad üzerindeki hakkı koruyan TMK

⁵³ Gerrit Hornung ve Christop Schnabel, "Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-Determination," *Computer Law & Security Review* 25, no.1 (2009): 86. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2008.11.002>; Paul Schwartz, "American Right of Informational Self-Determination" 687.

⁵⁴ Hornung ve Schnabel, "Data Protection in Germany," 86.

m. 26⁵⁵, resim üzerindeki hakkı koruyan FSEK m.84⁵⁶ gibi diğer kişisel varlıkların korunmasının özel hükümlerde düzenlenmesi⁵⁷ kişisel veriler için de benzer bir kabulün yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Ayrıca veri korumasına getirilecek özel düzenlemeler vasıtası ile özel hukuk anlamında korumanın pekiştirileceği bir gerçektir. Bu yaklaşım ile kişisel verilerin korunması hem kendi özel düzenlemeleri ile korunmakta bununla birlikte medeni hukukun kişiliğin korunması için getirilen düzenlemeler ile de koruma altına alınmaktadır. Bu yaklaşım, bütün görüşler içerisinde en geniş koruma zeminini ortaya koyan görüş olarak değerlendirilebilir.

Kişilerin kendi kaderlerini tayin etmeleri bağlamında kişilik hakkı değerlendirmesi ekonomik değer görüşünün kurmaya çalıştığı bireysel hâkimiyeti sağlaması bakımından da önemlidir. Bu görüş vasıtası ile veri sahibine kişisel verisine ne olacağına, işleme sürecine, saklanmasına veya silinmesine karar verme yetkisi, kendi kişiliğinin bir uzantısı olarak sunulmaktadır. Doğrudan bir ekonomik değer atfetme amacı taşımayan bu görüş, kişiliğin bir bütün olarak ele alınmasını sağladığından dolayı ekonomik değer yaklaşımının sunduğu hâkimiyetten

⁵⁵ TMK m. 26: “Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa maneî tazminat ödenmesini isteyebilir.”

⁵⁶ FSEK m.84: “Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Tevacüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır. Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.”

⁵⁷ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, cilt II, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 144.

daha yoğun ve kapsamlı bir hâkimiyeti veri sahibine vermektedir.

Yine kişilik haklarının özellikle de başlıca kişilik değerlerinden olan kişinin hayat alanını koruyan yönü dikkate alındığında özel hayat hakkının da bu kapsama dahil edilebileceğini belirtmemiz mümkündür. Öyle ki kişisel bir değer olarak kişinin hayat alanı özel hayatı da kapsayan daha geniş bir alanı ifade eder. Bununla birlikte kişilik hakkı diğer birçok insan hakkı ile kurduğu yakın dirsek teması neticesinde özel hayat görüşünün sağlamış olduğu imkânları ihtiva etmektedir.

Kanaatimizce kişisel verileri kendi kaderini tayin hakkı kapsamında değerlendirerek kişisel verileri kişilik hakkı şemsiyesi altına alan görüş, kişilik hakkına medeni hukuk kapsamında sunulan korumaları kişisel verilerin korunması alanına aktarması ve kişisel verilerin korunması hukukunun bağımsız bir düzenleme olarak kabul edilmesini sağladığından kişisel verilere en kapsamlı korumayı sağlar. Kişisel verilerin korunmasını hem anayasal bağlamda korunan kişilik hakkı ile yakından ilişkilendirmesi hem de kişilik hakkının korunmasının medeni hukukta kapsamlı bir şekilde ele alınması bu korumanın sağladığı alanı çok boyutlu hâle getirmektedir. Öyleyse kişisel verilerin korunmasını kişilik hakkının korunması çerçevesine giren ve koruma alanının temelini kişilik hakkı olmasında bulan bağımsız bir koruma olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

III. Yargı Kararlarında Kişisel Verilerin Değerlendirilmesi ve Korunması

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda görüldüğü üzere kişisel verilerin korunması iktisadî hayatı, bireylerin özel hayatını, bunların kesişme noktasında kişilere sunulacak kontrol mekanizmasının belirlenmesi bakımından geçişli bir alanı ifade eder. Öyle ki bazı yargı kararlarında kavramlar diğer kavramlarla mündemiç bir yapıda kullanılabilen ve

korumanın sınırları buna bağlı olarak değişim gösterebilmektedir. Bu durum yargı kararlarında kavram kargaşasına da sebep olabilmektedir. Ayrıca kişilik hakkı, özel hayat, mahremiyet gibi kavramların geniş çerçeveleri ihlallerin belirlenmesinde yargı merciinin yaptığı nitelendirmeleri etkilemektedir. Bu sebeple bu kavramların sınırlarının yargı kararlarında iyi tanımlanması gerekirken literatür çalışmalarının da bu bağlamda belirli tasnifler kullanmaları faydalı olacaktır.⁵⁸

Bu bölümde yukarıda yapılan nitelendirme farklılıkları dikkate alınarak hem Kıta Avrupası'nın hem de Amerikan ekollerinin kişisel veri ihlallerine ilişkin değerlendirmelerinde hangi nitelendirmeye yakın durduklarına ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Alman Federal Mahkemesi Nüfus Sayımı Kararı⁵⁹

Almanya'da 1983 yılında Alman vatandaşlarının güncel nüfus bilgilerini toplamak üzere Nüfus Sayım Kanunu⁶⁰ kabul edildi. Alman nüfusunun coğrafi, ekonomik ve sosyal özellikler açısından dağılımını keşfetmeyi amaçlayan bu kanun sayesinde

⁵⁸ Bu tür doktrinsel ayrımların değerlendirmesi ABD kaynaklı çalışmalarda daha çok ortaya çıkmaktadır. Örneğin Schwartz, Amerika'da epey ses getiren *Roe v. Wade* davasında ileri sürülen gizlilik iddiasını karar verme gizliliği (decisional privacy) olarak değerlendirirken kişisel verilere atıf yapar. Schwartz, "Privacy," 2058. Ayrıca fiziksel gizlilik ayrımı için bkz. Ian Ayres ve Matthew Funk, "Marketing Privacy," *Yale Journal on Regulation* 20, no. 1 (Winter 2003): 96, https://heinonline.org/HOL/Page?men_tab=srchresults&handle=hein.journals/yjor20&id=102&size=2&collection=journals&terms=physical&termtype=phrase&set_as_cursor.

⁵⁹ (Volkszählungsgesetz 1983). Kararın önemli kısımlarının İngilizce çevirisi için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://freiheitsfoo.de/census-act/>. Ayrıca kararın detaylı bir değerlendirmesi için bkz. Elif Küzeci. "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı." *İnsan Hakları Yıllığı*, no. 32, 2014, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734107>.

⁶⁰ Volkszählungsgesetz, 1983.

Almanya hükümeti vatandaşlarının yaş, cinsiyet, medeni hal vb. birçok kişisel verisine ulaşma imkânı edinmiştir. Ancak kanunlaşma çalışmalarından sonra vatandaşlardan Alman Federal Mahkemesi'ne çok sayıda iptal başvurusu yapılmış ve kanun ülke bazında ciddi tepkilerle karşılaşmıştır. Federal Mahkeme, devletin nüfus sayımı için faaliyet yürütmesini Anayasa'ya uygun bulmuştur. Hükümetin veri toplamak amacıyla bu şekilde kanun çalışmaları yapmasının anayasal dayanağı olarak üstün kamusal yarar gösterilmiştir. Bununla birlikte Federal Mahkeme veri toplama faaliyeti ile üstün kamusal yarar arasındaki dengenin orantılılık ilkesine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirmelerden hareketle Alman Anayasası m.2'de "kişiliği geliştirme hakkı" bağlamında kişilerin kendi kişisel bilgileri üzerinde kendi kaderini tayin hakkı (*informational self-determination*) olduğunu belirten mahkeme, bu hakkın korunması için yeterli önlemlerin alınmadığını belirterek kanunu Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı, kişisel verilerin korunması bakımından dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.⁶¹ Öncelikle Federal Mahkeme, "bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı" kavramı ile kişisel verilerin korunmasını anayasal anlamda genel kişilik hakkı olarak değerlendirmiştir. Mahkeme insan onuru ile bağlantılı bir değerlendirme yaparak kişisel verilerin korunmasının temelini genişletmiştir.⁶² Bununla birlikte Federal Mahkemenin kişilerin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı olarak kavramsallaştırdığı

⁶¹ Küzeci, "Bilginin Geleceğini Belirleme Hakkı," 55.

⁶² Federal Mahkeme'nin kararının dayandırdığı maddeler şunlardır: "Article 1/1: Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority. Article 2/1: Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law. 2: Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law."

hak bakımından da sınırsız bir koruma kabul etmediğini belirtmek gerekir. Bu hakkın korunması bakımından üstün kamusal yararın gerektirdiği durumlarda orantılılığı sağlayan önlemlerin sağlanması şartıyla sınırlamanın mümkün olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu sınırlamanın genel kişilik haklarının korunmasına da uygun olduğu belirtilerek sınırlamaların yapılmasına imkân tanınmıştır. Yine ilgili kararın değerlendirmelerine göre devletlerin üstün kamusal yarara ilişkin değerlendirme yaparken insan hakları yaklaşımı ile bağdaşmayan hususlardan kaçınmaları, demokratik devletin gerekliliklerine uygun hareket etmeleri gerekmektedir.⁶³

İlgili karar, Kıta Avrupası'nda kişisel verilere yaklaşımın ana çerçevesini sunması bakımından önemlidir. İktisadî ve fonksiyonel yönlerinden ziyade insana ait olup bunun üzerindeki kontrol mekanizmasının kişilerin özgür iradelerine bırakılmasının altını çizen bu karar vasıtası ile kişisel veriler genel kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilmiştir.⁶⁴

B. Google Street View Davaları: İki Farklı Yaklaşım

Google 2007 yılında Street View uygulamasını duyurduğunda⁶⁵ birçok yerden gizlilik konusunda endişelerin ve itirazların oluşmasına sebep olmuştur. Bu durum ayrıca literatürde, özellikle özel hayatın korunması, kişilik haklarının zedelenmesi, kişisel verilerin toplanması gibi gizliliğe ilişkin

⁶³ Küzeci, "Bilginin Geleceğini Belirleme Hakkı," 59.

⁶⁴ Hornung ve Christop, "Data Protection in Germany," 86.

⁶⁵ İlgili Google duyurusu ve Street View uygulaması için detaylı bilgi için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, https://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-announces-new-mapping_29.html.

birçok noktadan tartışmalara yol açmıştır.⁶⁶ Bununla birlikte mahkemelere bu konuda özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin usule uygun olmayan yollardan toplandığına ilişkin birçok başvuru da yapılmıştır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız kişisel verilerin hukuki nitelendirilmesine ilişkin tutum farklılıkları, mahkemelerin gerekçelendirmelerinde ve vatandaşa tanıdıkları korumanın sınırının ve mahiyetinin belirlenmesinde önemli rol oynamıştır. Google Street View'in özel hayat ihlâli ile biri İsviçre biri Amerika'da açılmış iki davadaki kararlar, farklı yaklaşımların gerekçelendirmelerinin sunulması bakımından önemlidir.

Söz konusu davalardan Amerika'daki davada⁶⁷ Boring çifti, yüzme havuzları da dâhil olmak üzere konutlarının resimlerinin Google Street uygulamasında herhangi bir izin alınmadan kullanıldığı iddiası ile Google'a karşı tazminat davası açmışlardır. Çiftin iddiaları Google'ın arazilerine izinsiz bir şekilde girdiği⁶⁸, konutlarının bir kısmının kamuya açık bir

⁶⁶ Bu konuda örnek olarak bkz. Roger C. Geissler, "Private Eyes Watching You: Google Street View and the Right to an Inviolable Personality," *Hastings Law Journal* 63, no. 3 (2011-2012): 897-926, https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hastlj63&div=26&start_page=897&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. ve Lauren H. Rakower, "Blurred Line: Zooming in on Google Street View and the Global Right to Privacy," *Brooklyn Journal of International Law* 37, no. 1 (2011): 317-348, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bjil37&id=319&collection=journals&index>.

⁶⁷ İlgili davanın metni için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, https://www.wsgr.com/a/web/154/boring_v_google.pdf. Bu dava Google Street View uygulamasının oluşturduğu hukuka aykırılıkların değerlendirilmesi bakımından Amerika'da epey ses getirmiştir.

⁶⁸ Google'ın kullandığı teknolojide, araç üzerinde konumlandırılan kameralar ile geniş perspektifte çekim yapılması imkânı mevcuttur. Dolayısıyla doğrudan mülke tecavüz oluşmadan kişilerin özel yaşam alanlarından görüntüler alınabilmesi de mümkündür. Google Street View

şekilde yayınlandığı ve inzivaya izinsiz girişin (intrusion upon seclusion)⁶⁹ yapıldığı yönündedir. Google ise bu iddiaları, kullanıcılara uygun bulmadıkları resimlerin kaldırılmasını talep hakkı tanıdığını belirterek reddetmiştir. İlk derece mahkemesi bütün değerlendirmesini haksız fiilin şartlarının⁷⁰ oluşup oluşmadığı üzerinden yapmış ve bir zararın oluşmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Boring çifti, davayı üst mahkemeye taşımış ancak yüksek mahkeme de zararın ispatlanamadığından hareketle haksız fiil iddialarını reddetmişse de araziye izinsiz girişin oluşturduğu özel hayata

uygulamasının teknolojisine ilişkin detaylı bilgiler için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.bbc.com/news/technology-41082920>.

⁶⁹ Çiftin iddialarının dayanağı Amerika hukuk sisteminde (eyaletten eyalete değişmekle birlikte) kabul edilen özel hayata saldırı (invasion to privacy) altında düzenlenen haksız fiilleri ifade etmektedir. Google Street View uygulaması ve oluşturduğu ihlaller Amerika'da bu iki husus üzerinden değerlendirilmektedir: Özel hayatın kamuya yayılması (publicity given to private life) ve inzivaya izinsiz giriş (intrusion upon seclusion). Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Jordan E. Segall, "Google Street View: Walking the Line of Privacy - Intrusion upon Seclusion and Publicity Given to Private Facts in the Digital Age," *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* 10 (2009-2010): [i]-32. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pittjtlp10&div=8&g_sent=1&casa_token=&collection=journals; Kelly Culpepper Larkin, "The Google Earth Controversy," *Convergence* 2010 (2010): 1-6, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/convrg2010&div=3&g_sent=1&casa_token=&collection=journals.

⁷⁰ Türk doktrininde haksız fiilin şartları temek olarak şu unsurlardan oluşur: Hukuka aykırılık, fiil, zarar, kusur, zarar ve fiil arasında illiyet bağı. Açıklamalar için bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku*, cilt 2, *Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 12; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 516; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 138.

tecavüzün varlığını kabul etmiştir. Bunun üzerine Google, Boring çiftine bir dolar tazminat ödemiştir.⁷¹

İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen olayda⁷² ise İsviçre Federal Veri Koruma Kurumu'nun (Federal Data Protection and Information Commissioner) Google Street View uygulamasının sebep olabileceği gizlilik ihlallerini engellemesi için Google'dan bazı taleplerde bulunmasına rağmen Google bu istekleri reddetmiştir. İsviçre Federal Veri Koruma Kurumu Google'ın gereken tedbirleri alması amacıyla Google'a karşı saldırının önlenmesi davası açmış ve ilk derece mahkemesinde görülen davayı kazanmıştır. Bunun üzerine Google ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi Google Street View uygulamasının ihlâl oluşturup oluşturmayacağını birçok açıdan ele almıştır. Bunlardan en dikkat çekenini ise veri sahibinin rızası şartının aranması ve bu rıza sağlanmadan oluşacak ihlâl durumlarında İsviçre Medeni Kanunu'nun kişilik haklarını koruyan m.28'e göre tazminat talep edebileceği yönündedir. Federal Mahkeme, kararında rızanın sağlanamadığı durumlarda ancak üstün kamu yarar bulunduğu takdirde kişisel verilerin kullanılmasının hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Bu değerlendirmeler kişisel veri ihlâli için yapılan başvuruda medeni hukuk anlamında genel kişilik hakkı yaklaşımının benimsendiğinin göstergesidir. Zira

⁷¹ İlgili haber için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.yahoo.com/news/boring-family-gets-1-google-street-view-trespass.html#:~:text=A%20couple%20who%20sued%20Google,Google%20has%20agreed%20to%20pay.>

⁷² BGE 138 II 346, 31 Mayıs 2012. Kararın önemli kısımlarının İngilizce çevirisi için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, [https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/en/home/data-protection/Internet_und_Computer/online-services/google-street-view/judgment-of-the-federal-supreme-court-on-google-street-view--dec.html.](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/en/home/data-protection/Internet_und_Computer/online-services/google-street-view/judgment-of-the-federal-supreme-court-on-google-street-view--dec.html)

mahkemenin dayandığı kişinin rızası, üstün kamu yararı gibi hukuka uygunluk sebepleri İsviçre Veri Koruma Kanunu'nda⁷³ düzenlenmiş olmakla beraber mahkemenin dayanağını oluşturduğu nokta kişilik hakkı ihlâlinin varlığıdır.⁷⁴ Mahkeme bu değerlendirmesini medeni kanun hükümlerine dayandırarak gerekçelendirmektedir.

Amerika'daki karar ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarındaki değerlendirmelerin farklılığı dikkat çekicidir. Öncelikle İsviçre'de kişilerin verilerine ilişkin koruma bir idari kurum vasıtası ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu durum yukarıda belirttiğimiz kişisel verilerin insanî bir değer olarak korunmasının Avrupa'da yaygın bir kabul haline gelmesinin yansımasıdır. İsviçre'deki olayda devlet, kişilik değeri olarak kişisel verilerine yönelik hakkını korumak için faaliyette bulunmaktadır. Bir başka ifade ile kişisel verilere yönelik idarî eylem ile bir koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Bir diğer yansıması ise Devlet, kişilerin fotoğraflarının, konutlarının resminin yayınlanmasında rızanın alınmasını, tam bilgilendirmenin yapılmasını veya üstün bir kamu yararının mevcudiyetinin varlığı gibi hususları veri işleyen tarafa yüklemekte, kişilerin "kişisel verilerinin korunması hakkını" koşulsuz bir korumaya tabi tutmaktadır. Ayrıca rızanın başlıca hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi, yukarıda bahsettiğimiz kişilerin kendi kaderini tayin hakkına ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karara yakınlığını göstermektedir. Ancak Amerika'daki örnek olayda bireyler,

⁷³ İsviçre Veri Koruma Kanunu (Federal Act on Data Protection) Madde 13: *"A breach of privacy is unlawful unless it is justified by the consent of the injured party, by an overriding private or public interest or by law."*

⁷⁴ İsviçre Medeni Kanunu Madde 28: *1-Any person whose personality rights are unlawfully infringed may petition the court for protection against all those causing the infringement. 2-An infringement is unlawful unless it is justified by the consent of the person whose rights are infringed or by an overriding private or public interest or by law.*

kişisel verilerine ve özel hayatlarına ilişkin yapılan ihlâli kendileri tespit ederek tazminat talebinde bulunmuşlardır. Hukuka aykırılığı tespit eden tarafın söz konusu haksız müdahaleler neticesinde uğradığı zararı ispat etmesi de gerekmektedir. Amerikan Mahkemesinin yaklaşımında Google'ın faaliyetleri sonucu oluşabilecek ihlâller bakımından idari kurumların tedbirleri söz konusu değildir. Buradan hareketle kişisel verilerin korunmasına ilişkin yaklaşımlarında temel insani değeri koruma amacıyla gelişmiş bir hukuki korumanın olmadığını belirtebiliriz. Haksız fiil hukuku çerçevesinde değerlendirme yapan mahkeme, ihlâlâ uğradığını iddia eden tarafın zararını ispatlayamadığından sadece tazminatın şartları bakımından bir değerlendirme yapmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına benzer bir rıza varlığını araştırma veya kişiye tanınan özel bir değer ihlâlinin öncelikli varsayılması gibi durumlar, Amerika'daki Mahkeme tarafından değerlendirilmemiş; Google'ın yaptığı faaliyetin hukuka uygun olduğunu öncelikli olarak kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi değerlendirmesini medeni hukuk çerçevesinde kişilik hakkına dayandırdığı için üstün kamusal yarar, kişinin rızası gibi belirli hukuka uygunluk sebepleri oluşmadığından yapılan müdahaleyi hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir. Bu bakımdan özellikle kararda İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerine atıf yapılması önemlidir. Nitekim üstün kamu yararı ve ilgilinin rızası İsviçre Kişisel Veri Koruma Kanunu'nda da düzenleme altına alınmış olmasına rağmen Federal Mahkeme İsviçre Medeni Kanunu'na dayanarak değerlendirmelerde bulunmuştur. Temelde iki kararın farklılığı, İsviçre uygulamasında kişisel verilere ilişkin müdahalelerde medeni hukuk çerçevesinde bir kişilik hakkı varlığının kabul edilmesi noktasında göstermektedir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında Amerika'daki serbest piyasa düşüncesinin⁷⁵ ve kişilerin kendi kişisel verilerine ilişkin korumaya yönelik idari eylem gerekliliğinin yansımalarının Boring vs. Google kararında örtülü olsa da var olduğunu belirtebiliriz. Bu karar Google Street View uygulamasının oluşturabileceği ihlaller çerçevesinde Amerikan doktrininde de tartışmalara sebep olmuştur. Özellikle uygulama açısından da haksız fiil şartlarının ispatlanmasına ilişkin değerlendirmeler bakımından doktrinsel tartışmaları doğurmuştur.⁷⁶ Aynı şekilde İsviçre Veri Koruma Kurulu'nun ortaya herhangi bir ihlâl çıkmasını beklemeksizin vatandaşların verilerini korumak adına adım atması da Avrupa sistemlerinde, ihlâlin öncelikli olarak hukuka aykırı olduğu değerlendirme yaklaşımının yansımasıdır. Bu değerlendirme, temelini kişisel verilerin kişilik hakkının korunması çerçevesine alınmasında bulmaktadır.

IV. Kişisel Verilerin Korunması ve Kişilik Hakkının Korunmasının İlişkisi

Kişilik hakkının Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmasına yer verilmemiştir. Yine kaynak İsviçre Medeni Kanunu da kişilik hakkının doğrudan bir tanımlanmasını yapmamış, iki kanunda da kişiliğin korunması genel bir çerçeve olarak düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda m.27 ve m.28'de⁷⁷; Türk Medeni

⁷⁵ Buna ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda "Ekonomik Değer Yaklaşımı".

⁷⁶ Davaya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Rakower, "Blurred Line," 332-333; Geissler, "Private Eyes Watching You" 905-908; Segall, "Google Street View" 2; Larkin, "The Google Earth,".

⁷⁷ İsviçre Medeni Kanunu m.27: "1-No person may, wholly or in part, renounce his or her legal capacity or his or her capacity to act. 2-No person may surrender his or her freedom or restrict the use of it to a degree which violates the law or public morals." m.28: "1-Any person whose personality rights are unlawfully infringed may petition the court for protection against all those causing the infringement. 2-

Kanunu'nda ise m.24 ve 25'te kişiliğin korunması hüküm altına alınmıştır. Kişiliğe bağlı bütün değerlerin kişilik hakkı oluşturduğunu iddia eden görüşler vardır.⁷⁸ Bunun yanında kişilik hakkını kişinin hak süjesi olarak tanınmayı ve itibar görmeyi içeren menfaat ve yetkileri⁷⁹ olarak veya kişinin toplum içindeki saygınlığın korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilme imkânı⁸⁰ gibi farklı tanımlamalar da mevcuttur. Kişilik hakkının sınırlarını ve kapsamına giren hakların tek tek belirlenmesi söz konusu olmadığı için⁸¹ genel bir kişilik hakkının varlığını kabul ederek kişisel değerlerin ve kişisel varlıkların bu hakkın farklı tezahürleri olarak değerlendirmek isabetli olacaktır.⁸² Kişilik hakkının hukuki işlemler içinde korunmasının sınırları TMK m.23 ve TBK m.27'de belirlenmiştir. Bunun yanında kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı saldırılara karşı korunması TMK m.24 ve m.25 ile TBK m.58'de hüküm altına alınmıştır.⁸³

An infringement is unlawful unless it is justified by the consent of the person whose rights are infringed or by an overriding private or public interest or by law."

- ⁷⁸ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 158; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007), 69; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 454; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), 85.
- ⁷⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku*, cilt 1, *Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Basım, 2015), 341.
- ⁸⁰ Dural ve Öğüz, "Kişiler Hukuku," 100; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 66.
- ⁸¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku*, 343; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2015), 72; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 296.
- ⁸² Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 101; Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 66; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 298.
- ⁸³ Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 145; Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 66-67; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku*, 350; Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 86; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 340; Helvacı ve Erlüle, *Medeni Hukuk*, 94-95.

Kişisel verilerin kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ait her türlü bilgiyi ifade ettiğini yukarıda belirtmiştik. Kişisel verilerin korunması hem uluslararası alanda hem de Türk mevzuatında son elli yıldır ciddi bir gelişme kaydetmiş, bununla ilgili mevzuat düzenlemeleri hız kazanmıştır. Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin yapılan düzenlemelerin başında 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kişisel verilerin korunmasının anayasal güvence altına alınması gelmektedir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da kişisel verileri ihlâlin suç oluşturduğu düzenlemeler (TCK m. 135, m. 136, m. 138, m. 140) mevcuttur.⁸⁴ Ayrıca Türkiye, uluslararası alanda yapılan düzenlemeleri de takip etmiş ve 108 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni⁸⁵ ilk imzalayan ülkelerden biri olmuştur. Türk mevzuatında kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunlaşma çalışmaları 2000'li yıllarda başlamış, bu çalışmalar neticesini 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile göstermiştir.

Kişisel veri koruması, kişilik hakkı şemsiyesinin altında ancak kişilik hakkının bağımsız bir uzantısı olduğundan bu alanda yapılan ulusal düzenlemelere ayrıca ihtiyaç olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu anlamda KVKK, TMK'da kişilik hakkına getirilen korumadan daha kapsamlı bir koruma

⁸⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135. maddesinde, kişisel verilerin kaydedilmesi, 136. Maddesinde, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 138. maddesinde, verileri yok etmeme fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Kanunun 140. maddesinde bu suçlarla ilgili olarak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4183/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Alaninda-Uluslararası-ve-Ulusal-Duzenlemeler>.

⁸⁵ RG'de yayınlanarak iç hukuka dahil edilme tarihi: 17 Mart 2016. İlgili metin için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317-2.pdf>.

sağlaması ve kişisel verilerin korunduğu özel bir alan oluşturulması bakımından büyük önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki KVKK düzenlemesinden önce gerek Anayasa gerek de TMK'da kişiliği koruyucu hükümlere başvurularak kişisel verilere ilişkin korumanın sağlanması mümkündür.⁸⁶ Ancak KVKK'nın yürürlüğe girmesi ile kişisel verilerin işleme şartlarını, kişisel verilerin işlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esaslar da düzenleme altına alınmış ve bu konudaki kanun boşluğu da giderilmiştir.⁸⁷

A. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kişilik hakkına müdahale oluşturan durumların aynı zamanda TBK anlamında haksız fiil olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸ Fakat bu tür durumlarda TBK m. 49 vd. hükümlerine başvurmadan önce kişilik haklarına saldırı için koruma hükümleri olan TMK m. 24, 25 ve bu maddeleri tamamlayıcı nitelikteki TBK m. 58'in uygulanması gerekmektedir.⁸⁹ TMK m. 24/f. 2'deki düzenlemeye göre kişilik hakkına yönelik saldırılar kural olarak hukuka aykırıdır. Maddede sayılan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmadığı durumlarda kişilik hakkına yapılan saldırının hukuka aykırı sayılması esasında KVKK'daki düzenleme ile de paralellik arz

⁸⁶ Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 77.

⁸⁷ KVKK m.1: "Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir. Aşıkoğlu, *Büyük Veri*, 107; Dülger, *Kişisel Veriler*, 73.

⁸⁸ Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 148.

⁸⁹ Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 110.

etmektedir. Öyle ki hukuka aykırılığın kural olması⁹⁰ kişisel verileri işleme faaliyetleri⁹¹ için de geçerlidir. Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun hale gelmesi kişilik haklarına yapılan müdahaleler gibi kanunda öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile mümkündür. Ancak kişisel verilerin korunmasında hukuka uygunluk sebeplerinin KVKK'da ayrı olarak düzenlenmiş olması, TMK m. 24'teki genel nitelikteki hukuka uygunluk sebeplerini dikkate almamıza engeldir.⁹² Öyleyse kişilik hakkına sağlanan koruma ile kişisel verilere ilişkin özel mevzuatın karşılıklı çerçevelerinin belirlenmesi önemlidir.

1. KVKK'da Temel Hukuka Uygunluk Nedeni: Rıza

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında, kişilik hakkına yapılan saldırıların kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının sağlanması halinde hukuka uygun hale

⁹⁰ Salih Polater, "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri" *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1 (2019): 6, <https://dergipark.org.tr/en/pub/kvkd/issue/45759/552135>; Nafiye Yücedağ, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 1 (2019): 48, <https://dergipark.org.tr/en/pub/kvkd/issue/45759/566993>. Bu husus ayrıca KVKK gerekçesinde de kural olarak belirlenmiştir.

⁹¹ KVKK m.3 b. e' de kişisel verilerin işlenmesi deyimini "*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 işlem*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁹² Nafiye Yücedağ, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı Ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri," *İÜHFİM LXXV*, no. 2 (2017): 771, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/470647>.

geleceği düzenlenmiştir. Yine KVKK'da da hem genel nitelikli hem de özel nitelikli kişisel verilerin⁹³ işlenmesi şartlarında karşımıza çıkan ilk husus ilgilinin açık rızasıdır. Açık rıza KVKK m. 3'te "*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*" olarak tanımlanmıştır. İki kanunda belirtilen rızanın da hukuka ve ahlaka uygun olması ve rızayı veren kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir durum hakkında olması gerekir.⁹⁴ Örneğin kişinin özel hayatına dair paylaşımların yapılmasına ilişkin vereceği rıza ancak hukuka ve ahlaka uygun olduğu takdirde geçerlidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında aranan rıza, kişilik hakkının korunması maksatlı aranan rızadan bazı noktalarda farklılaşmaktadır. TMK m. 24 kapsamında rıza açık olarak verilebileceği gibi müdahaleye ses çıkarmayarak örtülü olarak da verilebilir.⁹⁵ KVKK ise verilecek rızanın açık olmasını ve belirli konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayalı ve özgür irade ile verilmiş olma şartlarını taşımasını m. 3 ile hüküm altına almıştır. Başka bir ifade ile KVKK kapsamında aranan rızanın "olumlu bir irade beyanı" şeklinde açıklanması gerekmektedir.⁹⁶

⁹³ Özel nitelikli veriler KVKK'da özel bir korumayı gerektiren, nitelikleri itibarıyla daha hassas olan verileri ifade etmektedir. m.6'da sayılan özel veriler şunlardır: "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*"

⁹⁴ Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017): 98; Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020): 93. Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 90.

⁹⁵ Ayan, *Kişiler Hukuku*, 118.

⁹⁶ KVK Kurum Rehberi, *Açık Rıza* (Ankara: KVKK Yayınları, 2018), 3, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf>.

İki kanunda aranan rızanın da özgür irade ile verilmesi gerekmektedir. Her ne kadar TMK bunu açık bir şekilde düzenlemese de özgür irade ile verilmeyen rıza sonucu yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. KVKK'da bu durumun özellikle altının çizilmesinin sebebi kişisel verilerin işlenmesinde kendine has özel koruma alanı oluşturulması gerekliliğidir. Örneğin bir hizmetin sunulmasının ön şartı olarak ilgiliden rıza istenmesi hukuka uygun değildir.⁹⁷ Kişisel verilere ilişkin kararlar bir kişilik değeri uzantısı olduğundan kişilerin kendi verilerine ne olacağına ilişkin karar vermede bu şekilde bir şartın varlığı, iradi bir zorunluluk teşkil eder. Bir başka ifadeyle kişisel verilerin korunması kendi kaderini tayin etme hakkı çerçevesinde ele alındığında, bu şekilde bir şart bu hakkı kısıtlayıcı bir unsur olarak değerlendirilir.

Bununla birlikte KVKK açık rızanın bir diğer şartı olarak rızanın bilgilendirmeye dayalı verilmesini aramıştır. TMK kapsamındaki aydınlatılmış onama dayalı rıza şartı⁹⁸ doktrinde özellikle tıbbî müdahaleler bağlamında ele alınmıştır.⁹⁹ Fakat kişisel verilere dair işlemlerde bu rızanın her zaman bilgilendirmeye dayalı olması şarttır. Bu durum ayrıca KVKK m. 10'da düzenlenen veri sorumlusunun aydınlatma

⁹⁷ KVK Kurum Rehberi, *Açık Rıza*, 6; Çakan, "Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veriler," 207.

⁹⁸ Aydınlatılmış onama dayalı rıza şartında yapılacak müdahaleye ilişkin bilgilendirmenin yapılması verilecek rıza bakımından bir geçerlilik şartı teşkil etmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 108;

⁹⁹ Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 107-108; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 108; Zeytin ve Ergün, *Medeni Hukuk*, 93.

yükümlülüğünün¹⁰⁰ ve m. 11'de¹⁰¹ ilgili kişiye tanınan veri işleme süreciyle ilgili bilgi isteme hakkının yansımalarıdır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun aradığı açık rıza belirli bir konuya ilişkin olmalıdır. Bu husus kişisel verilerin işlenmesine hâkim olan amaçla sınırlılık ilkesi ile yakından ilişkilidir. Öyle ki KVKK m. 4 ç bendi, kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma kuralını getirmektedir. Aynı maddenin d bendinde kişisel verilerin sadece belirli amaç için gereken süre boyunca muhafaza edilebileceklerini belirtmektedir.¹⁰² Öyleyse kişisel verilere ilişkin işlemlerin sadece belirlenen amaç kapsamında kullanılması ilkesi ile bağlantılı olarak ilgili kişiden rıza alınırken

¹⁰⁰ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesi KVKK m.10 ile paralel olarak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için asgari şu hususların varlığını araştırmıştır: *"a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, d) İlgili kişinin Kanununun 11 inci maddesinde sayılan diğer hakları"* RG, 10.03.2018, S. 30356, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.htm>.

¹⁰¹ İlgilinin haklarını düzenleyen m. 11 şu şekildedir: *"(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) 7 nci 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."*

¹⁰² Ayrıca aynı maddenin c bendinde belirli, açık ve meşru olması gerektiği de hüküm altına alınmıştır.

bu durumun sınırlarının açık bir şekilde gösterilmesi gerekir. Bu husus ise yine m.11’de ilgiliye tanınan kişisel verilerin işlenmesi amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı ile de yakından ilişkilidir. Örneğin Google, Facebook gibi hizmet sağlayıcılarının “*güvenlik ve daha iyi hizmet*” amaçlarının açık ve meşru bir sınır teşkil edeceği şüphelidir.¹⁰³ Ayrıca veri sorumlusunun verinin işlenme amaçlarının değişmesi durumunda veri sahibini bilgilendirme ve değişen amaç için ayrıca bir rıza sağlama yükümlülüğü de vardır.¹⁰⁴ Örneğin yurtiçinde kullanılan bir verinin yurtiçinde hangi amaçlarla kullanıldığının açıklanması gibi veriler yurtdışına aktarılacaksa hem bu konuda hem de yurtdışına aktarma amacının açıkça veri sahibine bildirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu ve KVKK kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olarak aranan iki rıza arasındaki ilişkide dikkat çeken KVKK kapsamındaki rızanın açık olması ve belirli şartları sağlaması zorunluluğudur. Bu durumun önemi, özellikle veri sorumlusuna, bilgilendirmeyi yapmak, rızayı sağlamış olmak gibi hususların kanun tarafından yükümlülük olarak getirilmesidir. Kişisel verilerin korunması, bu anlamda her ne kadar kişilik hakkının korunması çerçevesi ile paralel değerlendirilebilse de kendi sınırlarını daha dar çizen bir alanı ifade etmektedir.

2. Kanunun Verdiği Yetki

Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen müdahaleler, kişilik hakkı veya kişisel verilerin korunması bakımından ihlal teşkil etmez. Kanunun vermiş olduğu yetki, söz konusu müdahale bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Kanunun verdiği yetkinin hukuka uygunluk sebebi olduğu hem TMK m. 24/f. 2’de hem de KVKK m. 5/f. 2 b.a’da

¹⁰³ Çakan, “Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veri,” 207.

¹⁰⁴ KVK Kurum Rehberi, *Açık Rıza*, 6.

açıkça düzenleme altına alınmıştır. Yine kanunun verdiği yetki ile yapılan müdahaleler TBK m. 63/f.1'de de genel nitelikte hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmiştir. Ancak kanuni yetkisini kullanan kişi, bu yetkinin sınırını aşmamalıdır. Kanunun sunmuş olduğu yetkinin sınırını ise dürüstlük kuralı olarak oluşturmaktadır. Dürüstlük kuralı, kişisel verilerin korunması bakımından da isabetli bir sınırdır.¹⁰⁵ KVKK m. 28'de düzenlenen, ilgili kanunun uygulama alanı bulmayacağı istisna durumlar, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kanunun verdiği yetkinin hukuka uygunluk sebebine örnektir. Kişinin kendi verisini alenileştirmesi durumu böyledir. İlgili kişi tarafından alenileştirilen verilerin işlenmesi hukuka uygundur; kişisel veri ihlâlinden bahsedilemeyecektir. Yine m. 28/f.1 b.d'de düzenlenen "*kişisel verilerin kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*" durumuna örnek olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 5. maddesinde gözaltına alınan kişilerin açık rızası olmaksızın parmak izi verisinin işlenebilmesi verilebilir.¹⁰⁶ Resmi kurumların, kendi faaliyet alanlarına giren hususlarda vatandaşların verilerini işlemeleri de kanunun verdiği yetki kapsamına girer. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün mahkûmların rızalarını olmaksızın verilerini işlemesi buna örnektir.¹⁰⁷ Meşru müdafaa, ıztırar hali, bir görevin ifası veya bir hakkın kullanılmasını da Türk Borçlar Kanunu kapsamında kanunun verdiği yetki kapsamında değerlendiren bir görüş de mevcuttur.¹⁰⁸

Kanunun verdiği yetkinin özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından her zaman hukuka uygunluk sebebi oluşturmadığını özellikle belirtmek gerekir. Öyle ki KVKK m.

¹⁰⁵ Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 118.

¹⁰⁶ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 167.

¹⁰⁷ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 167.

¹⁰⁸ Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 181.

6/f.3'te sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesi bakımından verilen kanuni yetki yeterli değildir. Kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi ile sınırlı bir amacın bulunması ilgili verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.¹⁰⁹

3. KVKK'daki Diğer Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yukarıda belirttiğimiz hukuka uygunluk sebeplerine ek bazı hukuka uygunluk sebepleri daha düzenlemiştir. İlgili kanunun 5. maddesinde fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukukî geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olduğu durumlarda rıza sağlanamamış olmasına karşın yapılacak veri işleme faaliyeti hukuka uygun olacaktır. Ayrıca bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olmak koşuluyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu hâller ile veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olduğu hâllerde hukuka uygunluk sebebi vardır. Yine KVKK m. 5'teki düzenlemelere göre bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için ve veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlemenin zorunlu

¹⁰⁹ Madde hükmü ayrıca sağlık ve cinsel verileri kimin işleyeceğine de ilişkin birtakım sınırlamalar getirmiştir. Bu tür verileri sadece sır saklama yükümlülüğü altında bulunan veya yetkili kurum veya kuruluşlar söz konusu amaçların varlığı halinde işleyebilirler. Ayrıca maddenin son fıkrasına göre söz konusu istisnalar söz konusu olsa dahi Kurul'un belirlediği önlemlere uyulması gerekmektedir. Bu önlemler için bkz. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180307-7.pdf>.

olduğu hallerde de veri işleme faaliyeti hukuka uygundur. Son olarak ilgili kişinin kendisine ait verileri alenileştirmiş olduğu durumlarda da hukuka uygunluk sebebi mevcuttur.

Bu hukuka uygunluk sebeplerinden bazıları yine TMK m. 24'te düzenlenen bir diğer hukuka uygunluk sebebi "üstün nitelikte özel veya kamusal yarar" çerçevesinde değerlendirilebilir. Sözleşmenin tarafları için veya veri sorumlusunun hukukî sorumluluğunu yerine getirebilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması bu bağlamda değerlendirilebilir. İşverenin çalışanına maaş ödeyebilmesi için, banka hesap numarasını, sosyal sigorta numarasını veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri belirlemesi gibi hususlarda verilerini işleme buna örnek olarak gösterilebilir.¹¹⁰ Burada ikincil mevzuat kaynaklı kanunî yükümlülükten bahsedilebileceği¹¹¹ gibi çalışanın özel menfaatinin verilerinin korunmasının önüne geçtiğinden bir kişilik hakkı ihlâli oluşturmadığı söylenebilir. Yine bir hakkın tesisi için verilerin işlenmesinin zorunlu olması hâlleri de bu bağlamda değerlendirilebilecek hukuka uygunluk sebeplerindedir. Burada sayılan hukuka uygunluk sebepleri ayrıca kanunun verdiği yetki bağlamında değerlendirilmesi de mümkündür.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 5. maddenin son fıkrasında düzenlenen veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlemenin zorunlu olması durumu kişilik hakkı bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü burada veri sorumlusunun veriyi işleyebilmesi için sınır, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek olarak çizilmiştir. Bu durum, işleme faaliyetinin ilgili kişi üzerinde oluşturacağı ihlâl

¹¹⁰ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (Ankara: 2016): 9, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>.

¹¹¹ Yücedağ, "Hukuka Uygunluk Sebepleri," 778.

ile veri sorumlusunun meşru menfaati arasında bir denge sağlanmasını ihtiyacını ortaya koymaktadır.¹¹² Bu hukuka uygunluk sebebinin bir kişilik hakkı ihlâli oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için verinin niteliği, veri işleme yöntemi, veri sahibinin oluşan etkiyi en aza indirmek için önlem alıp almadığı gibi hususların değerlendirilmesi gerekir.¹¹³

B. Koruma Yolları Bakımından

KVKK yürürlüğe girmeden önce özel hukuk alanında kişisel verilerin korunmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildi. Bununla birlikte kişisel verilerin işlenmesinde hukuka aykırılığın bulunduğu hallerde genel hükümlere başvurabileceği kabul ediliyordu.¹¹⁴ KVKK'nın yürürlüğe girmesi ile kişisel verileri ihlal edilen kişilerin başvurabileceği hukuki imkânlar değerlendirildiğinde mevcut düzen ile tutarlı bir kanunî sistematığın olduğu söylenebilir. Gerçekten kişisel verileri ihlâl edilenlerin KVKK'da sunulan koruma imkânlarının yanında genel hükümlere göre tazminat talep etmeleri de mümkündür (KVKK m. 14/f. 3).¹¹⁵ Ancak KVKK'nın sağlamış olduğu koruma mekanizmaları ile genel hükümlerde sağlanan koruma arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Zira

¹¹² Aşkoğlu, *Büyük Veri*, 135; Yücedağ, "Hukuka Uygunluk Sebepleri," 784; Baskın, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veri*, 124.

¹¹³ Yücedağ, "Hukuka Uygunluk Sebepleri," 784-785.

¹¹⁴ Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 95. Bahsi geçen koruma temelde TMK ve TBK'daki ihlal durumları için kabul edilmiştir. Kişisel verilerin korunması genel hükümlerde dayanaklarını sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşmeye aykırılık, haksız fiil vb. borç kaynaklarında bulmuştur. Bu hususta kapsamlı açıklamalar için bkz. Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 95ff; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 79ff. Bununla birlikte özel hukukun diğer alanlarında kişisel verilerin korunmasının dayanağı için bkz. Küzeci, *Kişisel Veriler*, 377ff.

¹¹⁵ Bu hüküm ile tazminat hakkı düzenlenmiş olmakla beraber bu hükme dayanarak önleme, durdurma ve tespit davalarının açılabilmesi kabul edilmelidir. Çakan, "Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veriler", 204.

KVKK'nın sağlamış olduğu koruma, TMK'nın sağlamış olduğu korumaya dayanıyor olsa da veri sahibi ile veri sorumlusu arasındaki ilişkiye öncelik tanınması bakımından özellik arz etmektedir.

1. Genel Koruma Hükümleri

Türk Medeni Kanunu 25. madde, kişilik hakkı ihlâl edilenlerin açabileceği davaları düzenlemektedir. Kişilik hakkının ihlâli durumunda, m. 25/f.1'de düzenlenen önleme, durdurma, tespit davaları açılabilir ve bu davalar ile birlikte hukuka aykırılığın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayınlanması talep edilebilir. Bununla birlikte kişilik hakkı ihlâllerinde kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse, kusur şartına bağlı olarak m. 25/f. 3'te düzenlenen maddî ve manevî tazminat istemlerinde bulunabilecek; söz konusu hukuka aykırılık dolayısıyla elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini de talep edebilecektir. Kişisel verilerin işlenmesi ile elde edilmiş bir kazanç varsa vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iade istenecekken kişisel verilere yapılan saldırıların meydana getirdiği malvarlığı azalmaları için maddî; kişide oluşturduğu acı, elem ve ızdırıp içinse manevî tazminat istenecektir.¹¹⁶ TMK hükümleri yanında TBK m. 58'de haksız fiilin kişilik hakkını zedelemesi halinde manevî tazminata hükmedilebileceği veya tazminat yerine başka bir giderimin de karara bağlanabileceği düzenlenmiştir. Yine TBK m. 58/f. 2'ye göre saldırının kınanması ve yayınlanmasına ilişkin kararın verilebilmesi de mümkündür. TBK m. 58, kişilik hakkına yapılan saldırıların aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesi nedeniyle

¹¹⁶ Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 205; Afra Ece Kaya, "Kişilik Hakkı Olarak Kişisel Veriler ve Yeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu," *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 125 (2017): 79.

önemlidir.¹¹⁷ Kişilik hakkına yapılan saldırılarda genel hükümler kapsamında talepte bulunmak sözleşme dışı ilişkiler için söz konusu olmakla birlikte sözleşme içi ihlâl hâllerinde de söz konusu olabilir.¹¹⁸

2. KVKK'da Belirtilen Koruma Hükümleri

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenen koruma yolları ise kişilik hakkı saldırılarına karşı koruma bakımından daha çeşitlidir. Kişisel veri koruma hukukunda veri sahibine KVKK m. 11'de tanınan haklar, hem ihlâlin oluşmasını engellemesi hem de olası bir ihlâle karşı öncelikli koruma alanını sağlaması bakımından önemlidir. KVKK m. 11'de tanınan haklar, ilgili kişinin doğrudan veri sorumlusuna başvurarak kullanacağı haklardır. Özellikle KVKK m. 11/b. 'de, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinde oluşacak zararlar bakımından veri sahibine, veri sorumlusuna doğrudan başvurarak zararını tazmin edebilme imkânı sağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki bu fıkrada düzenlenen koruma, kişisel veri hukukuna özgü bir korumayı ifade eder. Çünkü genel hükümlerin sağladığı korumadan farklı olarak veri sorumlusundan doğrudan talep imkânı sağlanmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre, veri sahibinin veri sorumlusuna başvurarak zararını tazmin edebilmesini amaçlayan bu hüküm, zarar, tazminat miktarının belirlenmesi gibi hususları veri sorumlusuna bıraktığı için isabetli bulunmamaktadır. Bu görüşe göre veri sahiplerinin tazminat talebinde bulunabilmek için dava açmaları gerekmektedir.¹¹⁹

¹¹⁷ Kemal Atasoy, "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22, no. 3 (2016): 274.

¹¹⁸ Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 191.

¹¹⁹ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 199.

Ancak açılan davada hangi hükümlere başvurulacağına ilişkin ortak bir görüş bulunmamaktadır. İşlenen kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması için gerekli kontrol ve özenin sağlanıp sağlanmadığı bakımından kusur sorumluluğu söz konusu olduğunu ve veri sorumlusunun kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulacağını belirten görüşler vardır.¹²⁰ Ancak görüşümüz, genel hükümlere göre tazminat hakkının ayrı olarak KVKK m. 14/f.3'te düzenlendiği, KVKK m. 11'de herhangi bir şartın belirtilmediği ve kişisel veri koruma hukukunun daha geniş bir koruma sağlamayı amaçladığı göz önüne alındığında, veri sorumlusunun bu madde bağlamındaki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu yönündedir.¹²¹ Ayrıca bu tazminat talebinin KVKK m. 28'de düzenlenen istisnalar kapsamında bulunmadığını da belirtmek gerekir. Veri sahibi, KVKK m. 11'de sahip olduğu hakların yanında KVKK m. 13¹²² ile veri sorumlusuna, KVKK m. 14 ile de Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'na başvuru hakkına sahiptir. Veri sahibi, herhangi bir kişisel veri ihlâli durumunda bu hususa ilişkin taleplerini veri sorumlusuna iletebilecektir; veri sorumlusu bu başvuruları en kısa sürede ve ücretsiz olarak sonuçlandırma

¹²⁰ Özdemir, *Kişisel Verilerin Korunması*, 215; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 182; Çiğdem Ayözger, *Kişisel Verilerin Korunması* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 222.

¹²¹ Başalp, *Kişisel Veriler*, 66.

¹²² Veri sorumlusuna başvuruyu düzenleyen KVKK m.13 şu şekildedir: (1) İlgili kişi, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir.(2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir. (3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilir.

sorumluluğu altındadır (KVKK m. 13/f.2). Bu başvuru yapılırken uyulacak usul ve esaslar için Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır.¹²³

Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'na şikâyette bulunulması hakkı da kişisel verilerin korunması için KVKK'da getirilmiş özel bir koruma hükmüdür (KVKK m. 14/ f. 1). Bu düzenlemeye göre *“Başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyette bulunabilir.”* Ancak veri sahibinin Kurul'a şikâyet hakkından faydalanabilmesi için öncelikle KVKK m. 13'te öngörülen veri sorumlusuna başvuru yolunu tüketmesi gerekir (KVKK m. 14/f. 2). Kurul'a şikâyette bulunma hakkı, uygulama bakımından özellikli bir önem taşır. Nitekim, veri sorumlusuna başvurarak zararını tazmin ettirme hakkına sahip olan (KVKK m. 11/b.ğ) veri sahibinin bu talebi boşa çıkmış olabilir; bu durumlarda Kurul'a yapılan şikayetle birlikte kişilik hakkı saldırıya uğrayan veri sahipleri, veri sorumlularına karşı ayrı bir tazminat davası ile zararlarının giderilmesini talep edebileceklerdir. Genel hükümlere göre tazminat talep imkânı KVKK m. 14/ f. 3'te *“Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.”* şeklinde ifade edilmiştir. Genel hükümlere göre tazminat talep edilebilmesi için kişisel verilerin ihlaline ilişkin durumun kişilik hakkı ihlali de oluşturması gerekir. Ancak KVKK m. 14/f. 3'e dayanarak tazminat davasının açılabilmesi için KVKK m.13'te öngörülen veri sorumlusuna başvuru veya KVKK m. 14/f. 1'de öngörülen Kurul'a şikâyet haklarının kullanılıp tüketilmesi şart değildir. Genel hükümlere

¹²³ Söz konusu tebliğ için bkz. Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-6.htm>.

göre tazminat talebinin şartlarının oluşması halinde veri sorumlusunun hukuki statüsüne göre adli veya idari yargı yoluna başvurulabilmesi mümkündür.¹²⁴ Bir başka ifade ile kişisel verileri ihlâl edilenler, veri sorumlusuna başvurmaksızın doğrudan kişiliği koruyan hükümler çerçevesinde maddi veya manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. KVKK m. 14/f. 3'te tanınan bu imkân sonucu TMK hükümleri ile KVKK'da düzenlenen zararların giderimi hükümlerinin birbirleriyle yarıştığı söylenebilir.

Bununla birlikte KVKK m. 14/f. 3'ün tanıdığı diğer bir imkân ise kişisel veri ihlâli durumunda kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimselerin TMK m. 25'te düzenlenen kişilik hakkını koruyucu diğer davaları açabilmeleridir. TMK m. 25'te düzenlenen koruyucu davalardan önleme davası, kişisel verilerin korunması bakımından önleyici bir rol oynamakla beraber bu alan içerisinde sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Fakat kişilik hakkının korunması bakımından koruyucu davalardan tespit davası ve durdurma davası KVKK'da da karşılığını bulan, kişisel verilerin korunması için uygulama alanı olan davalardır. Gerçekten KVKK m. 11/b. a, b, c ve ç bentlerinde ilgiliye tanınan kişisel verilerinin işleme sürecine ilişkin bilgi edinme hakkı, tespit yapılması yolunu kolaylaştırmakta ve uygulamada da tespit davası açmaya nispeten daha çok tercih edilmektedir.¹²⁵ Yine KVKK m.11/b. d, e, f ve g bentlerinde, verilerin yanlış veya eksik işlenmesi halinde düzeltme talep etme; m. 7'de, şartlar kapsamında verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep etme ve kişinin kendi aleyhine çıkacak durumlara itiraz etme imkânı

¹²⁴ KVKK gerekçesi, 56, Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>.

¹²⁵ Baskın, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veri* 129; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 196.

tanınmıştır. Bu madde hükümleri TMK m. 25/f. 2' de düzenlenen durdurma davası açmak yerine veri sorumlusuna başvurmak suretiyle daha kolay bir yol sunmaktadır.¹²⁶ Bununla birlikte KVKK m. 15/f. 7' de telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılığın bulunduğu hallerde Kurul'un verilerin işlenmesini veya yurtdışına aktarılmasını durdurma kararı verebilme imkânı düzenlenmiştir. KVKK m. 15'te¹²⁷ Kurul'a, şikâyet üzerine veya re'sen böyle bir incelemede bulunma ve karar verme yetkisinin verilmesi, idari makamların kişisel verilerin korunması bağlamında faaliyetlerde bulunduğunu gösterir. Nitekim bu durum da ülkemizde, kişisel verilerin kişilik varlığı değeri olarak korunduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.¹²⁸

¹²⁶ Baskın, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Veri*, 130; Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 194.

¹²⁷ Kurulun şikâyet üzerine veya resen yapacağı incelemeni usul ve esasları KVKK m.15'te düzenlenmiştir: Madde 15: (1) Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar. (2) 1/11/1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanununun 6 ncı maddesinde belirtilen şartları taşımayan ihbar veya şikâyetler incelemeye alınmaz. (3) Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç; veri sorumlusu, Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadır. (4) Şikâyet üzerine Kurul, talebi inceleyerek ilgililere bir cevap verir. Şikâyet tarihinden itibaren altmış gün içinde cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. (5) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin varlığının anlaşılması hâlinde Kurul, tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu karar, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilir. (6) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin yaygın olduğunun tespit edilmesi hâlinde Kurul, bu konuda ilke kararı alır ve bu kararı yayımlar. Kurul, ilke kararı almadan önce ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini de alabilir. (7) Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması hâlinde, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir.

¹²⁸ Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Veri*, 194-195.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bağlamındaki korumanın erişilebilir ve çeşitli olmasının yanında doğrudan veri sahibine başvurmanın oluşturabileceği bazı tehlikeleri de barındırdığını belirtmek gerekir. Nitekim yukarıda KVKK m.11 b.ğ'de belirtildiği üzere veri sorumlusunun, veri ihlallerine ilişkin kendisine yapılan başvuruları yanıtsız bırakması veya yeterli cevap vermemesi durumu söz konusu olabilir. KVKK m.15'te Kurul'a tanınan idari denetim ve kontrol mekanizması da ayrıca önem taşımaktadır. Bu husus, kişisel verilere ilişkin korumaların çerçevesini genişletmektedir.

SONUÇ

Ülkelerin istihbarat faaliyetleri başta olmak üzere vatandaşlarının verilerine ulaşarak politika çalışmalarını şekillendirmesi yeni bir olgu değildir. Bununla birlikte piyasanın enformasyonel boyut kazandığı çağımızda sadece ülkeler bakımından değil, piyasa aktörleri bakımından da değer kazanmaya başlayan veriler, günümüzde iktisadî değerleri ile daha çok dikkat çekmeye başlamışlardır. Ancak veriler üzerinde meydana gelen bu ekonomik pazar, temelde kişilerin insan olmaktan kaynaklı sahip oldukları değerlerin bir uzantısı olarak kişisel verilere anlam yüklememizin önüne geçmez; aksine kişisel verilerin korunma mekanizmalarının çerçevesini genişletmemizi gerektirir.

Kişisel verilerin korunmasının belirlenmesi, kişisel verilere atfedilen nitelik ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nitelik belirlemede de ülkelerin "piyasa ekonomisi ile insan hakkı" dengesinde sosyolojik olarak tercihleri etkili olmaktadır. Liberal ekonominin başlıca ayağı olan Amerikan hukuk sistemi kişisel verilerin korunmasını özel düzenlemeler vasıtası ile değil; piyasa içerisinde gelişen bir yapıda, bireylere büyük bir özerklik sunarak sağlamaya çalışmaktadır. Bununla birlikte Avrupa, bu yaklaşımdan ziyade toplumsal tehditlere karşı kişisel verileri korunması gereken bir kişisel değer olarak değerlendirmektedir.

Bu anlamda insan onuru gibi noktalarla yakın dirsek temasından ötürü kişisel verileri genel kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu durum yargı kararlarında daha açık ve net ortaya çıkmakta hatta kişisel verilerin korunması için ana çerçeve ve hukuki nitelendirme mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Özellikle Almanya'nın Nüfus Sayım Kararında kişisel verilere ayrı bir kişilik hakkı olarak yaklaşması, kişisel verilere ilişkin değerlendirmelerin sınırlarının çizilmesi adına önemli bir adım sağlamış ve kişisel verilere bu bağlamda koruma sunulmasının ana hareket noktasını belirlemiştir.

Türk hukukunda kişisel veri koruması son on yılda önemli gelişmeler göstermiştir. Bu koruma, Avrupa'ya yakın bir şekilde kişisel verileri kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirmenin temelinde gelişmiştir. 2016 yılında yürürlüğe giren ve kişisel verilerin korunması adına hukukumuzda atılan en büyük adımlardan biri olan Kişisel Verilerin Korunması Kanuna da kişisel verilerin korunması çerçevesini medeni hukuk bağlamında kişilik hakkının korunmasına dayandırmıştır. Kişisel verilere ilişkin müdahalelerin, kişilik hakkına yapılan müdahaleler benzeri hukuka aykırılık önceliğinde değerlendirilmesi bunun örneğini teşkil etmektedir. Zira KVKK bağlamında düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri TMK'da kişilik haklarına müdahaleleri hukuka uygun hale getiren rıza, kanunun verdiği yetki, üstün kamusal veya özel yarar sebepleri ile paralellik arz etmektedir. Ayrıca KVKK'nın kişisel verilerin korunması için getirdiği düzenlemeler, TMK'da düzenlenen kişiliği koruyucu hükümlerden geniş bir zeminde ve bu hükümleri destekler nitelikte kaleme alınmıştır. Bununla birlikte KVKK, kişisel veri hukuku kapsamında korumanın sağlanamadığı durumlar açısından genel hükümlere başvurulabileceğini düzenlemiştir. Her ne kadar kişisel veri koruma hukukunun sağladığı koruma daha geniş bir anlam ifade etse de kişisel veri koruması dayanağını kişilik hakkının korunmasında bulunduğu için medeni hukuk bağlamında genel hükümlere başvurulması her zaman mümkün olabilecektir.

Nitekim kişisel veriler özünde kişisel bir varlık olarak değerlendirilmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku. Cilt 1, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Basım, 2015.
- Akkurt, Sinan Sami. "Kişisel Veri Kavramının Hukukî Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 2, no. 1 (2020): 20-32. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kvkd/issue/55487/726372>.
- Aksoy, Hüseyin Can. *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.
- Aksoy, Hüseyin Can. "The Right to Personality and Its Different Manifestations as the Core of Personal Data." *Ankara Law Review* 5, no. 2 (2008): 235-249. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/42809/16911.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Atasoy, Kemal. "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 269-301.
- Aşıkoğlu, Şehriban İpek. *Avrupa Birliği, Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2015.
- Ayres, Ian ve Matthew Funk. "Marketing Privacy." *Yale Journal on Regulation* 20, no. 1 (2003): 77-138. https://heinonline.org/HOL/Page?men_tab=srchresults&handle=hein.journals/yjor20&id=102&size=2&collection=journals&terms=physical&termtype=phrase&set_as_cursor.
- Ayözger, Çiğdem. *Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.

- Baskın, Onur. *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Başalp, Nilgün. *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2004.
- Bergkamp, Lucas. "Eu Data Protection Policy: The Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe's Data Protection Policy in an Information-Driven Economy." *Computer Law & Security Review* 18, no. 1 (2002): 31-47. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0267364902001061?token=3568C52355A47EE0EF0058BE7E5052D831E48A9328DB9256E098C69867325B5E6C2ADBA7DA955EC1351A0F9EDD0EF31E&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210501194203>.
- Bartow, Ann. "Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization and Gender." *University of San Francisco Law Review*, 34 (1999): 633-704. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/usflr34&div=30&g_sent=1&casa_token.
- Bibas, Steven A. "A Contractual Approach to Data Privacy." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, no. 2 (1994): 591. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp17&div=40&g_sent=1&casa_token. 591-611.
- Çakan, Cansu. "Kişilik Hakkı Kapsamında Korunan Bir Değer Olarak Kişisel Veriler." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2013): 187-202.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku*. Cilt II, *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. İstanbul: Hukuk Akademisi, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Geissler, Roger C. "Private Eyes Watching You: Google Street View and the Right to an Inviolable Personality." *Hastings*

Law Journal 63, no. 3 (2011): 897-926.
https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hastlj63&div=26&start_page=897&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.

Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007.

Helvacı, Serap ve Fulya Erlüle. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.

Hornung, Gerrit ve Christoph Schanabel. "Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-Determination." *Computer Law & Security Review* 25, no. 1 (2009): 84-88.
<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2008.11.002>.

Karlıdağ, Serpil. "Ekonomi Politik Açından Kişisel Verilerin Korunması." *Amme İdaresi Dergisi* 47, no. 1 (2013): 127-152.
<https://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=6e4524c2-8590-4b76-aaf3-f18eb9512aa7%40sessionmgr102>.

Kaya, Afra Ece. "Kişilik Hakkı Olarak Kişisel Veriler ve Yeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu." *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 125 (2017): 67-80.

Kayıhan, Şaban ve Mustafa Ünlütepe. *Medeni Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu. Ankara: KVKK Yayınları, 2018. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021.

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. *Açık Rıza*. Ankara: KVKK Yayınları, 2018.

Korkmaz, İbrahim. *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019

Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Küzeci, Elif. "İstatistikî Birimler Ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı." *İnsan Hakları Yıllığı* 32, (2014): 1-23. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734107>.

Larkin, Kelly Culpepper. "The Google Earth Controversy." *Convergence* 2010 (2010): 1-6. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/convrg2010&div=3&g_sent=1&casa_token=&collection=journals.

Laudan, Kenneth C. "Markets and Privacy." *Communication of ACM* 39, no. 9 (1996): 92-104. <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/234215.234476>.

Lessig, Lawrence. "Privacy As Property." *Social Research: An International Quarterly* 69, no. 1 (2006): 247-269. <https://www.proquest.com/docview/209668947?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true>.

Nadedza, Purtova. "Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation." *European Journal of Legal Stud.* 2, no. 3 (2008): 193-208. https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ejls2&id=750&men_tab=srchresults.

Nomer, Hâluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku*. Cilt 2, Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Polater, Salih. "Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1, no. 1 (2019): 1-20. <https://dergipark.org.tr/en/pub/kvkd/issue/45759/552135>.
- Prins, Corien. "When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter." *A Journal of Law, Technology and Society* 3, no. 4 (2006): 270-280. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scrip3&div=32&g_sent=1&casa_token.
- Prins, Corien, "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity." *Information Law Series* 16, (2006): 223-257. <https://www.recht.nl/doc/10.Prins.pdf>.
- Rakower, Lauren H. "Blurred Line: Zooming in on Google Street View and the Global Right to Privacy." *Brooklyn Journal of International Law* 37, no. 1 (2011): 317-348. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bjil37&id=319&collection=journals&index>.
- Rempell, Scott. "Privacy, Personal Data and Subject Access Rights in the European Data Directive and Implementing Uk Statute: Durant V. Financial Services Authority as a Paradigm of Data Protection Nuances and Emerging Dilemmas." *Florida Journal of International Law* 18, no. 3 (2006): 807-842.

https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/fjil18&id=821&men_tab=srchresults.

Rose-Ackeman, Susan. "Inalienability and the Theory of Property Rights." *Columbia Law Review* 85, no. 5 (1985): 931-969.

https://www.jstor.org/stable/1122458?seq=1#metadata_info_tab_contents.

Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Samuelson, Pamela. "Privacy As Intellectual Property?." *Stanford Law Review* (2000): 1125-73. Erişim tarihi: Temmuz 1, 2021. <https://www.jstor.org/stable/pdf/1229511.pdf>.

Schwartz, Paul M. "The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination." *The American Journal of Comparative Law* 37, no. 4 (1989): 675-701. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr117&div=91&g_sent=1&casa_token=&collection=journals.

Segall, Jordan E. "Google Street View: Walking the Line of Privacy-Intrusion Upon Seclusion and Publicity Given to Private Facts in the Digital Age." *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* 10, (2009): i-32. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pittjtlp10&div=8&g_sent=1&casa_token=&collection=journals.

Sholtz, Paul. "Transaction Costs and the Social Cost of Online Privacy." *First Monday* 6, no. 5 (2001). <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/859/768?inline=1>.

Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.

Tan, Domingo R. "Personal Privacy in the Information Age: Comparison of Internet Data Protection Regulations in the

United Stats and European Union." *Loyola of LA International & Comparative Law Journal* 21, no. 4 (1999): 661-684.

https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/loyint21&id=674&men_tab=srchresults.

Taştan, Furkan Güven. *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2012.

Yücedağ, Nafiye. "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1, no. 1 (2019): 47-63.
<https://dergipark.org.tr/en/pub/kvkd/issue/45759/566993>.

Yücedağ, Nafiye. "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı Ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75, no. 2 (2017): 765-90.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/470647>.

Zeytin, Zafer ve Ömer Ergün. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

FAİL-MAĞDUR UZLAŞTIRMASINDA AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI VE KANUNÎ TEMSİLİ

*The Right of Participation and the Legal
Representation of Mentally Competent Child in the
Process of Victim-Offender Reconciliation*

Reyhan

TUHAN BOZ*

Öz


Ayirt etme gücüne sahip çocuk, her ne kadar belli işlemler bakımından kanunî temsilcinin rızasına veya katılımına ihtiyaç duysa da tarafı olduğu fail- mağdur uzlaştırması da dâhil kendisini ilgilendiren her türlü karar sürecine katılım hakkına sahiptir. Bu bağlamda uzlaştırmanın her aşamasında çocuk, uzlaştırmanın yürüyüşü ve sonuçları konusunda bilgilendirilmelidir. Çocuğun görüşlerini açıklamasına imkân tanınmalı ve görüşlerine çocuğun menfaatine olduğu sürece

* Arş. Gör. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi (Medeni Hukuk Anabilim Dalı), Uzlaştırmacı, reyhan.tuhan@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6324-5860.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 8.10.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.12.2021.

Atıf/Citation: Tuhan Boz, Reyhan. "Fail-Mağdur Uzlaştırmasında Ayirt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Katılım Hakkı ve Kanunî Temsili." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 734-802.

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

öncelik verilmelidir. Buna karşılık uzlaştırma uygulamasına bakıldığında çocuğun katılım hakkının yeterince gözetilmediği görülmektedir. Bu çalışmada uzlaştırma süreci, her bir aşamasının arz ettiği nitelikler gözetilerek incelenmekte, çocuğun kanuni temsiline, katılım hakkına ve çocuğun kanunî temsilcisinin rızası veya katılımına ihtiyaç duymadan yapabileceği işlemlere dair teori ve uygulamada karşılaşılan bazı sorunlu noktalar tespit edilmektedir. Tespit edilen hususlar değerlendirilerek bu sorunlara çocuğun üstün yararı ilkesi ve onarıcı adâlet bağlamında hukukî çözüm önerileri sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Çocuk, Kanunî Temsil, Katılım Hakkı, Çocuğun Üstün Yararı.

Abstract

Mentally competent child, although certain legal actions require the consent or participation of his/her legal representative, he/she has the right to participate in any decision-making process that concerns him/her, including the victim-offender reconciliation. In this context, the child must be fully informed about the process and consequences of reconciliation. As a legal necessity, the child must be allowed to express his/her opinions and these opinions should have priority as long as they are in the child's interest. On the other hand, when the reconciliation practice is examined, it is detected that the child's right of participation is not regarded enough. In this study, process of victim-offender mediation is examined by considering various qualifications of every stage of the process; some problematic points encountered in theory and practice regarding the child's legal representation, right to participate and legal transactions that can be carry out by the child without consent or participation of his/her legal representative are identified. By evaluating of the matters detected; legal solutions in the context

of the principle of the child's best (superior) interest as well as restorative justice are suggested for problematic issues.

Keywords: Victim-Offender Reconciliation, Child, Legal Representation, The Right of Participation, The Principle of the Child's Best (Superior) Interest.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun¹16. maddesine göre yaşı kaç olursa olsun ayırt etme gücüne sahip bir çocuk, kendisini borç altına sokan hukukî işlemleri, kural olarak, kanunî temsilcisinin katılımıyla gerçekleştirebilir. Bununla birlikte kanun koyucu, ayırt etme gücü olan çocuğun iradesini yok saymamış, yaşı gereği tam ehliyetli olmayan ama irade kudretine sahip çocuğun belli konularla sınırlı olsa da hukukî işlemlerde bulunabileceğini öngörmüştür. Ayrıca çocuğun taraf olduğu tüm karar alma süreçleri bakımından çocuğa hakkındaki işlemlere katılım hakkı tanınmıştır (TMK m. 339/3).

Çocuğun işlemleri için bir kanunî temsilci tayin edilmesinin temelinde çocuğun korunması fikri bulunmaktadır.² Çocuğun kendi kişiliğini oluşturabilmesi, toplumsal rolünü edinebilmesi ve kendini doğru biçimde ifade edebilmesi için çocuğun kendisi ile ilgili süreçlerin dışında bırakılmaması, çocuğa katılım hakkı tanınması önem arz etmektedir. Dolayısıyla çocuğu korumakla

¹ Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 8.12.2001, Resmî Gazete Sayısı: 24607.

² Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 345; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 251; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 272; Akipek ve Akıntürk, Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku: Şahsın Hukuku, Cilt I-Cüz II*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996), 93.

görevli kanunî temsilci, çocukla ilgili meselelerde çocuğun menfaati aksini gerektirmedikçe onu karar sürecinin her aşamasına dâhil etmelidir³.

Çocuğun taraf olduğu ve dolayısıyla kanunî temsilinin ve katılım hakkının gündeme geleceği işlemlerden birisi de uzlaştırmadır. Temel amacı barışma olan⁴ fail-mağdur uzlaştırması, hukukumuzda onarıcı adâlet anlayışının kilit role sahip bir yansıması olup⁵ onarıcı adâlet sisteminin belki de en eski ve yaygın uygulamasıdır.⁶ Bu usûl ile uyumsuzluğun

³ Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar,” iç. *Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, Editörler Baki İlkey Engin, Başak Baysal, Tülay Aydın Ünver, Cüneyt Pekmez (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010),823; Bahar Öcal Apaydın ve Selin Hışım, “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı,” iç. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Editörler Aslı Makaracı Başak, Gülen Sinem Tek, Seda Öktem Çevik (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 290; , Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1137.

⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 849; Mümin Güngör, *Ceza Yargılamasında Uzlaştırma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 25; Özellikle mağdurun sürece dâhil olması bu alternatif uyumsuzluk çözüm yönteminin arkasındaki asıl fikirdir. Bkz. Erdal Yerdelen, Mustafa Serdar Özbek, Şeyda Altuntaş, Burak Boz, Dilek Özge Erdem, ve Berna Ayşen Yılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 8.

⁵ Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 73; Ebubekir Yıldırım, *Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 24.

⁶ Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 101; İslam Safa Kaya ve Huzeyfe Karabay, *Ceza Hukuku Sistemlerinde Uzlaştırma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 28; Modern anlamda uzlaştırma, onarıcı adaletin bir tezahürü olarak, ilk defa 1974 yılında Kanada’da görülmekte olan ve *Kitchener Deneyi* olarak adlandırılan bir ceza davasında iki çocuk fail hakkında uygulanmıştır. *Kitchener Deneyi* suça sürüklenen çocuk ve gençlere ikinci bir fırsat tanımak için önemli bir girişimdir. Bu girişimin başarısının, uzlaştırma kurumunun

mahkeme dışında sonuçlandırılması sağlanmaktadır.⁷ Uzlaştırma ile yalnızca ceza hukukuna dair uyuşmazlık sonlanmamakta, haksız fiilin özel hukuka ilişkin sonuçları da çözüme kavuşturulmaktadır.⁸ Uzlaştırma neticesinde tarafları borç altına sokan bir anlaşmanın ortaya çıkma ihtimâli dolayısıyla uzlaştırmanın taraflarından birinin çocuk olması hâlinde kanunî temsilcinin katılımına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak çocuğun süreçten tamamen dışlanması da söz konusu değildir. Bu, hem uzlaştırmanın temelinde yatan onarıcı adâlet anlayışı hem de çocuğun katılım hakkı ile ilgilidir. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip çocukların taraf olduğu uzlaştırma uygulamalarında maalesef çocuğun katılım hakkının yeterince önemsenmediği, bütün sürecin kanunî temsilci ile yürütülerek çocuğun tarafı olduğu sürecin dışında bırakıldığı görülmektedir.⁹ Çocuğun taraf olduğu bir uzlaştırma süreci

pek çok farklı hukuk düzenince gerek çocuklar gerek yetişkinler bakımından iktibas edilen bir kurum olmasında önemi büyüktür. *Kitchener Deneyi*'nin karşılaştırmalı ve uluslararası mevzuat ve doktrindeki etkisine dair kronolojik açıklamalar için bkz. Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 25ff.

⁷ Hazal Ertemür, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 32; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 75; Meral Ekici Şahin ve Kürşat Yemenici, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2018): 445 – 507, 452ff; Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 29.

⁸ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 76; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 292ff.; Değirmenci, *Onarıcı Adalet*, 323 ff; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 594.

⁹ Burcu Baytemir Kontacı, "Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no. 4 (2021): 1705-1772, 1732.

boyunca çocuğun temsilinde çocuğun menfaatinin gözetilmesi, gerek çocuğun üstün yararı ilkesi gerekse onarıcı adâletin gerekleri ve uzlaştırmanın felsefi temelleri bağlamında esastır.¹⁰ Çocuğun sürece dâhil edilmesi, hem katılma hakkının sonucu hem de çocuğun üstün yararının bir gereğidir. Bunun yanında uzlaştırma sürecine dâhil olmak, çocuk için önemli bir tecrübedir.¹¹

¹⁰ Uzlaştırma usûlü, öncelikle çocuklar gözetilerek oluşturulmuştur. Bkz. Nuri Berkay Özgenc, "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma," *Legal Hukuk Dergisi* 13, no. 145 (2015): 39-84, 43; Örneğin, Alman hukukunda fail mağdur uzlaştırması, öncelikle çocuklara yönelik olarak uygulanmış ardından yetişkinler bakımından da bu imkân getirilmiştir. Bkz. Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 25; Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 98; Almanya, Finlandiya, İspanya ve Polonya gibi Avrupa ülkelerinde konunun önemi dolayısıyla çocuklar hakkında uzlaştırmaya ilişkin ayrı kanunî düzenleme söz konusu olduğu doktrinde tespit edilmiştir. Bkz. Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 64; Türk hukukunda da uzlaştırma, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK m. 73/8 hükmünde "uzlaşma" adıyla düzenlenmekle birlikte 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren ÇKK m. 24 hükmüyle de çocukların uzlaşmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş, uzlaşmaya ilişkin usûl kuralları da CMK m. 253, 254 ve 255 hükümlerinde yer bulmuştu. 06.12.2006 tarihli ve sayılı 5560 Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde bu kurumun hem usûlü hem de esası "uzlaştırma" adıyla CMK'nın anılan maddelerinde düzenlenmiş, ÇKK m. 24 hükmü ise CMK hükümlerine atf yaparak çocuklar bakımından da CMK hükümlerinin uygulanacağını öngörececek biçimde değiştirilmiştir. Doktrinde çocuklar için uzlaştırmanın kapsamının yetişkinlerle aynı maddede düzenlenmesi, söz konusu değişikliğin uzlaştırmanın çocuk hukukuna dair bütün özelliklerini kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bahsi geçen eleştiri için bkz. Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması* (Ankara: Pegem Akdemi Yayıncılık, 2020), 574; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 868.

¹¹ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 97; Kanaatimizce de fail konumundaki çocuğun işlediği suçun anlam ve sonuçlarını hissetmesi, ıslahı ve gelecekte topluma faydalı bir birey olmasını sağlayacak, ayrıca karar sürecinde bizzat bulunduğu bir yaptırımla karşılaşmak, cezanın soğuk yüzüyle muhatap olmaya göre hukuk düzeni ve topluma karşı bir öfke beslemesinin önüne geçecektir.

Çalışmanın konusunu, ayırt etme gücüne sahip çocuğun tüm bu süreçteki kanunî temsilinin ve katılım hakkının yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde incelenmesi oluşturmaktadır. Bu hususlar, çocuğun üstün yararı ilkesi ve onarıcı adâletin gerekleri bağlamında değerlendirilecektir. Bu amaçla öncelikle kanunî temsile ilişkin konuyla bağlantılı olan genel hususlardan bahsedilecek, ardından ise uzlaştırma süreci genel olarak özetlenecektir. Daha sonrasında bu süreç içerisinde kanunî temsilcinin çocuğu temsili ile çocuğun katılım hakkına ilişkin uygulamadaki sorunlar ve doktrindeki tartışmalar çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP ÇOCUĞUN KANUNİ TEMSİLİ VE KATILIM HAKKI

Uzlaştırma süreci içerisinde ayırt etme gücüne sahip çocuğun kanunî temsiline ve katılım hakkına ilişkin sorunlar değerlendirilmeden önce söz konusu sorunların çözüme kavuşacağı temelin belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla kanunî temsil kavramı ve genel olarak kanunî temsilin kullanımı ele alınmalı ve ardından kanunî temsilin kullanılmasının hem esasını oluşturan hem de sınırını çizen çocuğun üstün yararı kavramı ve onarıcı adâletin amaçları bakımından önem arz eden çocuğun katılım hakkı üzerinde durulmalıdır. Bu hususlar ana hatlarıyla ortaya koyulduktan sonra uzlaştırma sürecinde kanunî temsile ilişkin meseleler bu temel üzerinde cevaplanmalıdır.

Ayrıca mağdur konumundaki çocuğun sürece katılımı da yaptırımın belirlenmesinde söz sahibi oluşu dolayısıyla suç dolayısıyla yaşadığı travmayı hafifletecek ve ayrıca hukuk düzeninin kendisini ne şekilde koruduğunu bizzat tecrübe ederek topluma ve hukuka olan bağlılığını arttıracaktır. Tüm bu süreçte söz sahibi olmak, çocuğu gerçek hayata hazırlayacak bir tecrübe de kazandıracaktır.

A. Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Kanuni Temsili

Henüz 18 yaşını doldurmamış olan kimseler, hukukumuzda çocuk¹² olarak nitelendirilmektedir.¹³ Hukukî işlem ehliyeti bakımından çocuklar, ergin olmayan kimseleri ifade ettiğinden, tam ehliyetli değildirler. Bununla birlikte çocuklar, ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarına göre tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olarak ifade edilmektedirler. Ayırt etme gücü, her hukukî işlem veya olay için ayrıca değerlendirilmesi gereken göreceli bir kavramdır. 14 Ayırt etme gücü, “kişilerin fiil ve

¹² Çocuk kavramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku*, 3; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 94ff.; Burcu G. Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması* (Ankara: Yeykin Yayınları, 2019), 21ff.; Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), 5ff.; Hülya İmamoğlu, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 2 (2005): 183-218, 189ff. Toplum ve zamana bağlı olarak değişen “çocukluk” algısı ile krş. Rebecca Steward, *Child Participation and Independent Human Rights Institutions for Children in Europe: Innocenti Working Paper No.2009-23* (Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2009), 5-9.

¹³ Ejder Yılmaz, “Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, Özel sayı (2009): 819-841, 820; Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 1 hükmünde de “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁴ Bkz. Eugen Bucher ve Regina Elisabeth Aebi-Müller “Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, iç. *Berner Kommentar* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017), Art. 16 Rn. 112ff.; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 430; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 60; Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 58; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018) 253; Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer,

işlemlerinin amacını, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun olarak hareket edebilme yeteneğini” ifade etmektedir¹⁵. TMK m. 13 hükmünde yaş küçüklüğünün ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir durum olarak sayılmıştır. Fakat söz konusu hükümde, hangi yaştan itibaren kişinin ayırt etme gücüne sahip olacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle somut olaya göre, çocuğun ruhsal ve akli gelişimi, muhakeme yeteneği, yaşadığı sosyal çevre ile yapılacak hukuki işlemin niteliği göz önünde bulundurularak o işlem bakımından çocuğun ayırt etme gücü tespit edilmelidir.¹⁶ Örneğin, sekiz yaşındaki çocuğun kalem satın alma konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilirse de aynı çocuğun araba satın alma konusunda ayırt etme gücünün mevcudiyetinden bahsetmek güçtür¹⁷.

Ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar, fiil ehliyetinden yoksundur (TMK m. 14). Fiil ehliyeti bulunmadığından söz konusu çocuklar, kendi işlemleriyle hak elde edemeyecekleri gibi borç altına da giremezler (TMK m. 15), kanunî temsilcileri tarafından temsil edilirler.¹⁸ Ayırt etme gücüne sahip çocuklar

“Ayırt Etme Gücü,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 3 (2011): 485-522, 488; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 111.

¹⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler* (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016), 54ff.; Erkan ve Yücer, *Ayırt Etme Gücü*, 488-489; ayırt etme gücü kavramına ilişkin tanımlar için bkz. Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 55ff.; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 57; Serozan, *Medeni Hukuk*, 430.

¹⁶ Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 59; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 57; krş. Bucher ve Aebi-Müller, *Berner Kommentar*, Art. 16 Rn. 86ff.; Erkan ve Yücer, *Ayırt Etme Gücü*, 490.

¹⁷ Benzer örnekler için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 57; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 58; sözleşme dışı sorumluluk alanına ilişkin örnekler için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, 431.

¹⁸ Affolter-Fringeli Kurt, Vogel Urs, “Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige

bakımından ise kural, çocukların tek başlarına hukukî işlemlerde bulunamamalarıdır.¹⁹ Ancak ayırt etme gücü bulunmayanlardan farklı olarak, ayırt etme gücü bulunan çocuğun kendi başına gerçekleştirdiği hukukî işlem, kanunî temsilcinin onayına kadar tek taraflı olarak askıda hükümsüz olup kanunî temsilcinin onayı ile geçerlilik kazanır.²⁰ Kanunî temsilci, ayırt etme gücüne sahip çocuğun hukukî işlemlerine açık veya örtülü biçimde rıza gösterebilir (TMK m. 451). Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, haksız fiillerinden doğan sorumluluk bakımından tam ehliyetli kimseler gibidir, haksız fiil sonucu vermiş oldukları zararlardan bizzat kendileri sorumludur (TMK m. 16/2).

unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB" Schweizerisches Zivilgesetzbuch" iç. *Berner Kommentar* (Bern: Stämpfli Verlag AG 2016), Art. 304 Rn. 4; Bucher ve Aebi-Müller, *Berner Kommentar*, Art. 17 Rn. 25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 86; Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 73; Serozan, *Medeni Hukuk*, 433; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 71; Öztan, *Aile Hukuku*, 1116.

¹⁹ Şakir Berkî, "Türk Medeni Kanunu'nda Küçüklerin Ehliyeti," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no.1 (1967): 125-149,133; Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 86; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 85; Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2011),18ff.; Ayırt etme gücüne sahip çocuğun dava ehliyeti de hukukî işlem ehliyetine paraleldir. Kural olarak ayırt etme gücüne sahip çocukların dava ehliyeti yoktur ve davalarda kanunî temsilcileri tarafından temsil edilirler fakat bazı hallerle sınırlı olarak fiil ehliyeti söz konusudur ve bu hallerde ayırt etme gücüne sahip çocukların dava ehliyeti mevcuttur. Bkz. Bilge Umar, "Medenî Usûl Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29, no. 3 (1963): 591-619, 604; Yılmaz, *Çocuğun Davada Temsili*, 825ff.; Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 92; Öztan, *Aile Hukuku*, 1118-1119; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 85; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 241.

²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 98; Serozan, *Medeni Hukuk*, 446; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 89-90; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 246; Zeytin ve Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 87, Akyüz, *Çocuk Hukuku*,119; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 98; krş. Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 95 ff.

Kanun koyucu, ayırt etme gücüne sahip çocukların, irade sahibi olmalarından ötürü istisnai olarak bazı hukukî işlemler bakımından ehliyetlerinin varlığını kabul etmiştir. Zira TMK m. 16/I hükmüne göre “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*” Dolayısıyla hukukî işlem, ayırt etme gücüne sahip çocuğu borç altına sokmuyorsa, ona bir yükümlülük yüklemiyorsa, sadece menfaat sağlıyorsa çocuk, bu işlemi kanunî temsilcinin rızası gerekmeksizin gerçekleştirebilir.²¹ Örneğin, ayırt etme gücüne sahip bir çocuk, kendi lehine yapılan şarta bağlı veya yüklemeli olmayan bağışlamayı kanunî temsilcinin katılımı olmaksızın bizzat kendisi kabul edebilir.²² Aynı şekilde ayırt etme gücüne sahip çocuklar, kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı olan haklara ilişkin işlemleri de tek başlarına yapabilirler(TMK m. 16/1). Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar, kişiliği yakından ilgilendiren, kişinin iç dünyasıyla bağlantısı dolayısıyla başkasına devredilemeyen ve kural olarak temsil kabul etmeyen haklardır.²³ Fakat çocuğun gerçekleştirmek istediği hukukî işlem kişiyeye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan ergin kılınma, evlenme, nişanlanma ve evlatlığa

²¹ Berki, *Küçüklerin Ehliyeti*,136; Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 89; Serozan, *Medeni Hukuk*, 442; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 92; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 252-253; Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 253; Zeytin ve Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 87, Akyüz, *Çocuk Hukuku*,117.

²² Krş. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 104; Akipek ve Akıntürk, *Şahsın Hukuku*, 89; Zeytin ve Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 89; Akyüz, *Çocuk Hukuku*,117; Öztan, *Aile Hukuku*, 1117; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 253; bu husustaki başkaca örnekler için bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, 439ff.

²³ Ekrem Kurt, “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları,” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2, (2016): 121-187, 124; Serap Helvacı, *Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993), 4ff, 23; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 78; Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 253.

alınmaya ilişkin ise bu hâllerde kanunî temsilcinin de bu işleme rızası gerekmektedir (TMK m. 12, 118, 126, 309). Bunlara ek olarak bir meslek veya sanatla uğraşmasına izin verilen çocuğun, bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili her türlü hukukî işlemi yapması mümkündür (TMK. m. 359 ve 455). Buna karşılık, TMK m. 343 hükmünde çocuğun hukukî işlem ehliyetinin vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi olduğu öngörüldüğünden TMK m. 449 hükmünde yer alan kefil olma, vakıf kurma ve önemli bağışlamalarda bulunma işlemleri yasak işlemlerdendir. Söz konusu hukukî işlemler, kanunî temsilcinin rızasıyla yapılamayacağı gibi bu işlemlerin kanunî temsilci tarafından yapılabilmesi de mümkün değildir.

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun kanunî temsilcisi, çocuk velâyet altında ise velâyet hakkına sahip ana veya babasıdır (TMK m. 342). Evlilik birliğinin sona ermesi veya ayrılık sebebiyle velâyet eşlerden birine verilmişse çocuğun kanunî temsilcisi, velâyet hakkına sahip eştir. Ana ve baba evli değilse TMK m. 337 hükmüne göre çocuğun velâyeti anaya ait olduğundan bu hâlde çocuğun kanunî temsilcisi de ayırt etme gücüne sahip çocuğun anasıdır. Bununla birlikte, ayırt etme gücü olan çocuğun bazı hâllerde vesayet altına alınması mümkündür. Söz konusu durumda çocuğun kanunî temsilcisi, vasisidir (TMK m. 342, 404).

Çocuğun temsilinin söz konusu olduğu bazı durumlarda çocuk ile kanunî temsilcinin menfaatleri çatışabilir. Bu bağlamda TMK m. 345 hükmüne göre "*Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.*" TMK m. 345 hükmünün yanı sıra TMK m. 426/1-2 hükmünde de "*bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*" vesayet makamının kayyım atayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla çocukla kanunî temsilcinin menfaatlerinin çatışması hâlinde çocuk, kayyım tarafından temsil edilir.

Ana ve baba, evlilik süresince kural olarak velâyete ilişkin yetkileri birlikte kullanırlar (TMK m. 336). Dolayısıyla çocuğun temsili hususunda da ana ve babanın, birlikte karar vermesi, hukukî işlemleri çocuk adına birlikte yapmaları beklenir.²⁴ Fakat bu kural, ana ve babanın her işlemi eş zamanlı olarak birlikte yapacakları anlamına gelmez. Doktrinde de çocuğun birlikte temsili için ana ve babanın iradelerinin aynı yönde olmasının yeterli olacağı ifade edilmektedir.²⁵ Ana ya da baba, ilgili işleme önceden izin verebileceği gibi işlem yapıldıktan sonra da onay vermeleri mümkündür. Hatta çocuğun menfaati için derhâl bir davranışta bulunulması, bir karar alınması gerekiyorsa ana ya da baba, tek başına hareket edebilir.²⁶ TMK m. 342/2 hükmü de iyi niyetli üçüncü kişilerin, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsaymasına imkân tanıyarak, açıkça ifade edilmese de, ana ya da babanın çocuk adına tek başına hukukî işlemlerde bulunabileceğini belirtmektedir.²⁷

Çocuğu birlikte temsil edecek olan ana ve babanın her konuda hemfikir olması mümkün olmayabilir. Böyle bir uyuşmazlık hâlinde TMK m. 195 hükmü doğrultusunda tarafların hâkime müracaat etmeleri gerekir. Zira ana ve babanın

²⁴ Suat Sarı, "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması," *Legal Hukuk Dergisi* 5, no. 49 (2007): 83-94, 89; Cem Baygın ve Murat Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı," *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.1-2 (2005): 379-427; 389; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi 2012), 759; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 272; Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı*, 42; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 348.

²⁵ Sarı, *Velayetin Birlikte Kullanılması*, 89; Baygın ve Doğan, *Çocuk Mallarının Yönetimi*, 390; Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı*, 42-43.

²⁶ Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 53; Sarı, *Velayetin Birlikte Kullanılması*, 90; krş. Öztan, *Aile Hukuku*, 1122.

²⁷ Affolter-Fringeli ve Vogel, *Berner Kommentar*, Art. 304 Rn. 52; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 272-273; Serozan, *Medeni Hukuk*, 439; Sarı, *Velayetin Birlikte Kullanılması*, 89; Öztan, *Aile Hukuku*, 1122.

çocuğu birlikte temsil edeceklerini düzenleyen kanun koyucu, çocuğun temsil edileceği bir işlem konusunda ana ve baba arasında çıkabilecek uyuşmazlığın çözümü konusunda özel bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla çocuğun temsili noktasındaki uyuşmazlık, evliliğin genel hükümleri ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenecektir.²⁸

B. Çocuğun Üstün Yararı

Çocuk, bir taraftan hukuken bir hak süjesini ifade ederken diğer taraftan fiziksel, ruhsal, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf durumda bulunan ve bu yüzden korunmaya ihtiyaç duyan bir varlığı ifade etmektedir.²⁹ Kendi haklı menfaatlerini koruyamayacak bir yapıya sahip çocuğa özel haklar tanınarak söz konusu durumunun güçlendirilmesi gerekmektedir.³⁰ Bu bağlamda çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren konularda esas alınması gereken bir ilkedir.³¹

Hukukçular, aileler ve konuyla ilgisi bulunan uzmanlar tarafından sıklıkla başvurulmasına rağmen genel kabul gören bir tanıma kavuşmamış olan³² çocuğun üstün yararı kavramının

²⁸ Sarı, Velayetin Birlikte Kullanılması, 91.

²⁹ İmamoğlu, *Çocuğun Kişiliğinin*, 191; krş. Serozan, *Çocuk Hukuku*, 4-5; Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 61.

³⁰ Serozan, *Çocuk Hukuku*, 4-5; İmamoğlu, *Çocuğun Kişiliğinin*, 191.

³¹ Alexandra Rumo-Jungo ve Marc Spescha, "Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte," *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 1103 (2009):1103-115,1105; Elçin Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 824ff.; Özden Özer Taşkın, "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 239-262, 239; İmamoğlu, *Çocuğun Kişiliğinin*, 192, Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 5; Öztan, *Aile Hukuku*, 1137.

³² Joan B. Kelly, "The Best Interests of the Child: A Concept in Search of Meaning," *Family Court Review* 35, no. 4 (1997): 377-387, 378.

içeriğinin ortaya konmasındaki zorluk açıktır; zira sözü edilen herhangi bir menfaat olmayıp en üstün, en yüksek menfaatin belirlenmesini gerektirir.³³ Çocuğun üstün yararı, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme³⁴ (BMÇHS) m. 3/1'de "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir." düzenlemesiyle dile getirilmiştir. TMK m. 317, 324, 325, 339 ve 346 hükümlerinde de çocuğun menfaatine üstünlük tanınarak çocuğun üstün yararı ilkesine işaret edilmiştir.³⁵ Bu bağlamda, çocuğun üstün yararının, çocukla ilgili tüm konularda göz önünde bulundurulması gerekir.³⁶ Çocuğun üstün yararı ilkesinin özünde, çocuğun korunması gereken ve haklarına saygı duyulması gereken bir hak süjesi olarak kabul edilmesi yer alır.³⁷ Bu ilke, özellikle de çocuğun kanunî temsilinde en üst ilke olarak

³³ Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı, 119.

³⁴ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, "Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. madde uyarınca olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtlı onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir." Bkz. UNICEF, "Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları", iç. UNICEF Türkiye, Erişim tarihi: Aralık 5, 2021, <https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7hds-ve-ihiyari-protokoller-usul-kurallar%C4%B1-ile-%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1-komitesi-genel-yorumlar%C4%B1>.

³⁵ Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı, 117ff.

³⁶ Stephen Parker, "The Best Interests of the Child: Principles and Problems," *International Journal of Law, Policy and the Family* 8, no. 1 (1994): 26–41, 27; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 65; Yücel, *Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı*, 118; Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 61-62; Öztan, *Aile Hukuku*, 866, 1137.

³⁷ Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı, 118.

gözetilmelidir. Kaldı ki velâyetin asıl amacı da her koşulda çocuğun yüksek yararının gözetilmesi suretiyle, çocuğun beden, zihin, manevî ve ahlaki gelişiminin en iyi şekilde sağlanarak hayata hazırlanmasıdır.³⁸ Dolayısıyla çocuğun üstün yararı, kanunî temsil yetkisinin de sınırını oluşturur.³⁹ Bu sınırın nerede çizildiği, yani çocuğun üstün yararı kavramının içeriğinin tespiti önemli bir sorundur.

Çocuğun üstün yararı, göreceli, soyut bir kavramdır ve somut olayın gereklerine göre belirlenmesi gerekir.⁴⁰ Dolayısıyla, neyin çocuğun üstün yararının gereği olduğunu önceden tespit etmenin mutlak bir formülü yoktur.⁴¹ Çocuğun menfaati, çocuğun yaşına, fizikî ve sosyal yaşam koşullarına, yaşamını devam ettirdiği çevreye göre değişkenlik gösterir.⁴² Ayrıca çocuk, bedensel ve zihinsel olarak da gelişim içerisinde ve her çocuğun farklı bir gelişim süreci söz konusudur. Ancak genel olarak, bu hedefe ulaşmanın yolu, her somut olayda ana ve babanın talepleri, sosyal kalıplar, kültürel gelenekler ve hukukî

³⁸ Özer Taşkın, Velayet Hakkının Kullanılması, 240; Öztan, *Aile Hukuku*, 1074, 1081,1121; Aile hukukunun önceliğinin de çocuğun üstün yararı olması gerektiği hususunda bkz. Schwenzer Ingeborg, "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen," *FamPra.ch*, no. 966,(2014): 966-1008, 976.

³⁹ Affolter-Fringeli ve Vogel, *Berner Kommentar*, Art. 304 Rn. 6; Elçin Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 827, 830; Yücel, *Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı*, 119, Serozan, *Çocuk Hukuku*, 66; Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 62; Öztan, *Aile Hukuku*, 1121; Elif Selen Batgün, *Milletlerarası Aile Hukukunda Velâyet ve Çocuğun Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 37.

⁴⁰ Özge Yücel, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi," *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2, (2013): 117-137,118; Serozan, *Çocuk Hukuku*, 65; Elçin Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 825, Batgün, *Velayet*, 40; Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 17.

⁴¹ Parker, *The Best*, 39.

⁴² Elçin Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 825; Batgün, *Velayet*, 40; Ingeborg, *Familienrecht*, 976.

emsaller yerine çocuğun bireysel ve psikolojik gelişimi ile ihtiyaçlarının odağa alınması, çocuğun bir birey olarak şahsi çıkarının gözetilmesidir.⁴³ Bu bağlamda çocuğun üstün yararına ulaşmanın ilk aşaması, çocuğun ihtiyaçlarının gerçek anlamda ortaya çıkarılmasıdır. Bu her zaman kolay olmayıp çocuğun ihtiyaçların belirlenmesi, çoğu durumda salt hukukî bir sorundan ibaret olmadığı gibi kimi zaman birden çok bilim dalına bir arada başvurulmasını gerektirebilir.⁴⁴ Doktrinde ve mahkeme kararlarında çocuğun üstün yararının, çocuk eğer yetişkin olsaydı kendisi lehine nasıl bir karar verecektiye kanunî temsilcinin de o şekilde çocuğun menfaatini koruması

⁴³ Kelly, *The Best*, 385.

⁴⁴ Yücel, *Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı*, 120; Çocuk Koruma Kanunu m. 35 hükmü başta mevzuatta çeşitli hükümlerde yer verilen sosyal inceleme raporu, bu anlamda büyük değere sahiptir. Çocuğun üstün menfaati ideale ulaşmak için çocuğun gerçek ihtiyaçları muhakkak ortaya çıkarılmalı, bundan sonra ise mevcut imkânlar bu doğrultuda seferber edilmelidir. Yargıtay da çocuğu ilgilendiren çeşitli konularda sosyal inceleme raporunu çocuğun üstün yararının içeriğini tespit etmekte önemli bir vasıta olarak görmektedir. bkz. Yar. 2. HD, E.2016/19961 K.2017/1756, 21.02.2017: "Mahkemece yaşı nedeniyle idrak çağında bulunan ortak çocukların velayetleri konusunda görüşlerine başvurulmadan karar verilmiştir. Bu sebeple ortak çocukların bizzat ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hakim tarafından kendilerinden sorulması (Yargıtay HGK 16.03.2012 tarih E. 2011/2-884-K. 2012/197 ile 22.01.2014 tarih K.2013/2-2085-K. 2014/30 sayılı kararları) ve gerektiğinde yeniden psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzman veya uzmanlardan (4787 sayılı Kanun m.5) ortak çocukların anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocukların menfaatine olacağı tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır."

anlamına geldiği belirtilmektedir.⁴⁵ Kanaatimizce çocuğun üstün yararı, kanunî temsilciye bundan daha büyük ödev yüklemektedir. Söz konusu ilke, çocuk bir yetişkin olsaydı kendisini gözetmeyeceği durumlarda dahi onun menfaatinin öncelenmesini gerektirir.

Çocuğun üstün yararının gözetilmesi anlamında CMUY m. 5/6'da yer alan *"Şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin yaşı, olgunluğu, eğitimi, sosyal ve ekonomik durumu gibi belirgin farklılıklar, uzlaştırma sürecinde göz önüne alınır."* hükmünü isabetli bir düzenleme olarak vurgulamak gerekir. Genel olarak uzlaştırmanın tüm tarafları bakımından geçerli olan bu düzenleme, özellikle çocuk bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda çocuğun yaşı ve olgunluğu ayrı ayrı dikkat edilmesi gereken hususlar olarak uygulayıcının karşına çıkacaktır. Gelişimin hızlı olduğu bu süreçte eğitim imkânları, çocuğun gelişimine uygun bir sosyal çevrede büyümesiyle uygun olmayan ortamlara maruz kalması, engellilik gibi birçok etmen, yetişkinlerdense çocuklar bakımından daha büyük önem arz eder. Bu bağlamda her çocuğun ihtiyacının birbirinden farklı olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁶. Bununla birlikte

⁴⁵ Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı, 132ff.; Elçin Grassinger, Çocuğun Menfaati, 828; Özcan Büyüktanır, Çocuğun Kişilik Hakkı, 62; Yar. 2. HD, E.2016/19961 K.2017/1756, 21.02.2017: *"Velayet düzenlemesinde; 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 verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır."*

⁴⁶ Kirsten Sandberg, "Children's Right to Protection Under the CRC", iç. *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and*

çocuğun ihtiyaçlarının sınıflandırılması ve somut olayda bunlardan birinin ağır basması veya bunlar arasında kurulacak dengenin tespiti açısından kanaatimizce yol gösterici olacaktır.

Doktrinde *Salter*'a göre çocukların menfaatleri, *Maslow'un İhtiyaçlar Piramidi*⁴⁷ uyarlanarak, menfaatin niteliğine göre "fizyolojik menfaatler", "psikolojik-duygusal menfaatler", "ilişkisel menfaatler", "bilişsel-gelişimsel menfaatler" şeklinde kategorize edilebileceği gibi "bugün odaklı menfaatler" ve "gelecek odaklı menfaatler" olarak da sınıflandırılabilir.⁴⁸ Yazara göre çocuğun hayatını idame ettirmesi için gereken ihtiyaçlarını ifade eden fizyolojik menfaatleri bugün odaklıyken güvende hissetme, acıdan kaçınma, dinlenme gibi psikolojik-duygusal menfaatler, aile ve arkadaşlarla kaliteli zaman geçirmek gibi ilişkisel menfaatler ile bilgi ve becerilerin gelişmesine yönelik tecrübeler dayanan bilişsel-gelişimsel menfaatler hem bugün hem de gelecek için önem arz eder⁴⁹. Kanaatimizce bu sınıflandırma yalnızca çocuğun menfaatleri bakımından değil ihtiyaçları bakımından da geçerlidir. Böylece, çocuğun üstün yararına uygun adım tespit edilirken hem çocuğun ihtiyaçları hem de çocuğun menfaatleri sınıflandırılarak karar neticesinde elde edilmesi muhtemel menfaatlerin, çocuğun ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı, çocuğun bugünü ve yarını da gözetilerek incelenmelidir. Nitekim aşağıda uzlaştırma sürecine ilişkin hukukî düzenlemeler bu bakış açısıyla değerlendirilecek

Policy, Editörler Asgeir Falch-Eriksen ve Elisabeth Backe-Hansen (Cham: Palgrave Macmillan, 2018), 32.

⁴⁷ İhtiyaçların niteliğine göre tasnifine ilişkin açıklamalar için bkz. Abraham H. Maslow, "A Theory of Human Motivation", *Psychological Review* 50, no 4 (1943): 370-396, 372-385.

⁴⁸ Erica K. Salter, "Deciding for a Child: a Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard", *Theor Med Bioeth* 33, (2012): 179-198, 186ff.

⁴⁹ Salter, *Deciding For a Child*, 187.

olup kanunî temsilcinin ödevleri ve uygulayıcıların gözetmesi gereken hususlar da bu doğrultuda ele alınacaktır.

C. Çocuğun Katılım Hakkı

Çocuğun korunması ihtiyacının yanında çocuğun kendisini ilgilendiren kararların alınma sürecine katılımının önemi uluslararası düzeyde kabul görmekte olup çocuğun korunması amacıyla karar alma yetkisi sorumluluk sahibi yetişkinlere bırakılmışsa da çocuğun kendisini ilgilendiren konulardaki karar alma süreçlerine dâhil olması bir hak olarak tanınmıştır.⁵⁰ Bu hak ile çocuk karar alma süreçlerine dâhil edilmekte ancak kararın sorumluluğu hâlen yetişkinlerin üzerinde bırakılmaktadır⁵¹.

Çocuğun karar alma süreçlerinin bir parçası olmasını ifade eden katılım hakkı⁵² BMÇHS m. 12'de "*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini özgürce ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni gösterilmek suretiyle tanınlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.*" ifadeleriyle öngörülmüştür. BMÇHS m. 12 hükmü, çocuğun ifade özgürlüğü ile ilgili olarak ailesindeki yetişkinlere, kendisi ile temasta bulunan öğretmenler, doktorlar gibi profesyonellere

⁵⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, *Children's Rights and Justice Minimum Age Requirements in The EU* (2018), 5; krş ; Rumo- Jungo ve Spescha, *Kindeswohl*, 1106.

⁵¹ Steward, *Child Participation*, 7.

⁵² Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz., Öcal Apaydın ve Hışım, *Katılım Hakkı*, 287; krş. Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı*, 95, Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 18.

ve adli ve idari makamlarda bulunan kimseler ile politikacılara çocuğun kendisi ve çevresini ilgilendiren hususlardaki görüşünü dinleme yükümlülüğü yüklemektedir. Ancak bu basit bir dinleme yükümlülüğü olmayıp çocuğun fikirlerinin ciddiye alınmasını gerektirir.⁵³ Hatta eğer çocuğun görüşleri doğrultusunda hareket edilmiyorsa imkân dâhilinde çocuğa bunun nedeni izah edilmelidir.⁵⁴ Çocuğun küçüklüğü, engelli oluşu veya başka bir hassas durumda bulunması onun üstün yararının gözetilmesi, ihtiyaçlarının belirlenmesi bakımından önem arz eder; ancak bu, çocuğun dinlenilme hakkından mahrum bırakılmasına yol açmamalıdır.⁵⁵

Çocuğun karar alma süreçlerine katılmasını sağlamak, yalnızca çocuğun sürece dâhil olma arzusunu yerine getirmesine müsaade etmek değildir. Çocuğun bu süreci anlamasına, hak ve sorumluluklarının bilincine varmasına destek olunmalıdır. Hukukî bir sürece ilişkin olarak katılım hakkına sahip çocuğun mevcut hukukî uyumsuzluğun doğası, sürecin detayları ve olası sonuçlar konusunda bilgilendirilmesinin yanında sürece dâhil olan diğer kişilerin, özellikle psikologlar, ebeveynler, uzlaştırmacılar, hâkimler, savcılar, kâtipler, polisler ve diğer görevlilerin uymak zorunda olduğu gizlilik ilkesi başta, sürece dair tüm haklarının bilincinde olması sağlanmalı, çocuğa hakkını hangi yollarla arayabileceğine dair seçenekler gösterilmelidir⁵⁶.

⁵³ Gerison Lansdown, *Can You Hear Me?: The Right of Young Children to Participate in Decisions Affecting Them* (The Hague: Bernard van Leer Foundation, 2005), 3.

⁵⁴ Lansdown, *Can You Hear Me*, 3

⁵⁵ Sandberg, *Children's Right*, 32.

⁵⁶ UNICEF, "Çocuk Dostu Hukuki Yardıma İlişkin Rehber İlkeler", iç. UNICEF Türkiye, 31-32, Erişim tarihi: Aralık 5, 2021, <https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7ocuk-dostu-hukuki-yard%C4%B1ma-ili%C5%9Fkin-rehber-ilkeler-2018>.

Çocuğun kendini ifade ediş tarzının yetişkinlerden farklı olacağı gözetilerek çocuğun sözlerinin doğru yorumlanması, çocuğun doğru anlaşılması da katılım hakkının kapsamındadır. Çocuğun kendisini ifade edebileceği güvenli bir ortamın sağlanması, çocuğun fikirlerine değer verildiğinin hissettirilmesi ve çocuğun kişisel durumuna uygun iletişim yöntemlerine başvurulması, çocuğun yetişkinlerden farklı olan zihin dünyasına ulaşılmasında kilit rol oynamaktadır.⁵⁷ UNICEF de velilerin çocukla kuracağı iletişimde çocuğa duygularını ifade etme olanağı tanıyan sorular sorulmasının, çocuğun sabırla dinlenilmesinin öneminin yanında çocukla resim yapmak ve hikâye okumanın etkili bir iletişim yöntemi olduğunu vurgulanmaktadır⁵⁸. Çocukların dil kullanım alışkanlıklarının yetişkinlere göre farklılık arz ettiği, her çocuğun dil ve iletişim becerilerinin farklı olduğu, hatta aynı yaştaki çocuklar arasında dahi belirgin farklılıklar olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁵⁹. Örneğin, küçük yaştaki çocuklar, örtülü ve soyut ifadeleri anlamakta zorluk çekebilir, zamansal ve fiziksel ölçü birimlerini kavrayamayabilir, herkesin kendileri gibi düşünmesi ve hissetmesi gerektiği inancında olabilirler hatta bu daha ileriki yaşlardaki çocuklarda da rastlanabilir ve bu çocuklar kendilerinin küçümsendiği algısına karşı aşırı hassas olabilirler⁶⁰. Bu tür hususlar ve her bir çocuğun kendi özellikleri

⁵⁷ Sultan Şahin ve Neriman Aral, "Aile İçi İletişim," *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi* 1, no. 3 (2012): 55-66, 62ff.

⁵⁸ UNICEF, "Velilere Çocukların Evde Eğitime Devamı için 5 Öneri: Velilere Destek Broşürü", iç. UNICEF Türkiye, §3, Erişim tarihi: Aralık 5, 2021, <https://www.unicef.org/turkey/raporlar/velilere-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-evde-e%C4%9Fitime-devam%C4%B1-i%C3%A7in-5-%C3%B6neri>.

⁵⁹ UNICEF, *Çocuk Dostu*, 29.

⁶⁰ UNICEF, *Çocuk Dostu*, 29.

de gözetilerek çocuğun karar alma sürecine katılmaya büyük bir özenle hazırlanması gerekir.

Çocuğun kendini ifade edebilmesi ve karar alma süreçlerine katılması pek çok durumda çocuğun menfaatinde. Kendisi hakkındaki kararlara katılan çocuk, kendisini gerek kendi kişisel yaşamındaki gerekse aktif bir vatandaş olarak toplum içerisindeki geleceğine hazırlayacak tecrübeler edinir, kendisinin ve başka çocukların istismar ve zorbalığa maruz kalmasının önüne geçer ve kendini doğru şekilde ifade edebilme olanağına sahip olur.⁶¹ Bu yalnızca çocuklar lehine değil, yetişkinler lehine sonuçlar da doğurur. Yetişkinler de bu iletişim sayesinde çocukların ihtiyaçlarının farkına varırlar ve dünyayı onların bakış açısından da görme fırsatı yakalar.⁶²

Çocuğun katılım hakkı, iç hukukta da yer bulmuştur. Kanunkoyucu, TMK m. 339/3'te yer alan "*ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*" biçimindeki düzenlemesiyle ana ve babayı çocuğu ilgilendiren bir konuda karar alırken çocuğun da görüşünü almakla yükümlü tutmuştur. Bu bağlamda ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendini ilgilendiren herhangi bir konuda karar alınacaksa çocuğun bu husustaki görüşlerine başvurulması gerekir. Ayrıca kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk görüşlerini özgürce ifade etme hakkına sahip olduğu gibi çocuğun ilgili konuda ifade ettiği görüşlere de çocuğun yaşı ve

⁶¹ Steward, *Child Participation*, 7; Aile içinde kendini ifade etme, sorunlarını paylaşma olanağı bulan gençler diğer sorunlarını aşmanın yanında bağımlılıklarından kurtulmada da daha başarılıdır. Bkz. Şahin ve Aral, *Aile İçi İletişim*, 64.

⁶² Steward, *Child Participation*, 7.

olgunluğu doğrultusunda önem atfedilmesi gerekmektedir.⁶³ Bahsedilen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda ayırt etme gücüne sahip çocuğun kanunî temsilinin sınırlarını çocuğun üstün yararı ilkesi ve katılım hakkı çizer.⁶⁴

II. UZLAŞTIRMA SÜRECİ VE BU SÜREÇTE AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI VE KANUNİ TEMSİLİ

Uzlaştırma, fail ve mağdurun tarafsız ve bağımsız bir uzlaştırıcı önünde uyuşmazlıklarını müzakere ederek sonlandırmaya çalıştıkları alternatif bir çözüm yöntemidir. Bu kurumunun esası, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁶⁵ m. 253, 254 ve 255 hükümlerinde ve konuya ilişkin kapsamlı bir ikincil mevzuat niteliğindeki Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği⁶⁶ (CMUY) ile düzenlenmiştir. Bir muhakeme engeli olarak ceza muhakemesi kurumu ve cezai sorumluluğu bertaraf etmesi yönüyle ceza hukuku kurumu olan uzlaştırma, karma nitelikli bir hukukî kurumdur⁶⁷. Buna karşılık, çocuğun katılım hakkı ve kanunî temsili, temel olarak medenî hukuka ait bir sorundur. Bu çerçevede, uzlaştırma sürecinin aşamaları

⁶³ Affolter-Fringeli ve Vogel, *Berner Kommentar*, Art. 304 Rn 14; Öcal Apaydın ve Hışım, *Katılım Hakkı*, 290; Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı*, 96, Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 348, Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 106; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 87; Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 18.

⁶⁴ Affolter-Fringeli ve Vogel, *Berner Kommentar*, Art. 304 Rn. 49,50; Yücel, *Çocuğun Temsili*, 33; Yücel, *Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı*, 119; krş.Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 53.

⁶⁵ Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, Resmî Gazete Tarihi: 17.12.2004, Resmî Gazete Sayısı: 25673.

⁶⁶ Resmî Gazete Tarihi: 05.08.2017 Resmî Gazete Sayısı: 30145.

⁶⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 584ff.; Yıldırım, *Uzlaştırma*, 22; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 849-850; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 30ff.; Uğur Aşkın, Veysel Topuz ve Burak Bilge, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 67.

bağlamında çocuğun kanunî temsili ve katılım hakkı değerlendirilmeden önce uzlaştırma sürecinin bir bütün olarak özetlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Ardından uzlaştırmanın her bir aşamasının, çocuğun kanunî temsili ve katılım hakkı bakımından nitelik arz ettiği yönleri tespit edilerek, uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara çözüm aranacaktır.

A. Genel Olarak Uzlaştırma Süreci

Uzlaştırma süreci, soruşturma konusu olan bir suçun uzlaştırma kapsamında olması dolayısıyla gerekli koşulların var olduğunu tespit eden Cumhuriyet savcısının dosyayı uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısının yönetiminde olan uzlaştırma bürosuna göndermesi ve burada gerekli incelemeleri yapan uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda uzlaştırma bürosu tarafından bir veya birden fazla uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile başlar. Uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecini belirli bir sürede tamamlamakla görevli olup müzakerelerin yönetilmesi vazifesini ve buna bağlı olarak tarafları bilgilendirme, müzakerelerin güvenliğini gözetme gibi birtakım ödevler üstlenmektedir (CMUY m. 4/1-1, 5, 6 ve 29/5).

Tarafların sürece katılımı ise uzlaşma teklifi ile sağlanır. Teklifi sunmadan önce uzlaştırmacının taraflara ulaşip onları süreç hakkında bilgilendirmek suretiyle teklife hazırlaması gerekir (CMUY m. 5/5, 5/8). Usûlüne uygun olarak yapılan uzlaşma teklifinin kabulü ile sürece katılan taraflar arasındaki müzakerelerin yönetimi uzlaştırmacıya ait olup CMUY m. 6/1-a hükmünde uzlaştırmacı hakkında *“Görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirir, tarafların ortak yararlarını gözetir, tarafların müzakerelerde yeterli ve eşit fırsatlara sahip olmasına özen gösterir”* ifadeleri yer almaktadır. Tarafsız ve bağımsız bir konumdaki uzlaştırmacıya, sürecin hukuka uygun biçimde yürütülmesi ile ilgili olarak, uzlaştırmacıdan sorumlu Cumhuriyet savcısı talimat verebilir (CMUY m. 31/2). Bu süreçte

taraflar arasında onarıcı adâletin tesisi amacına uygun bir iletişim sağlanır ve neticede gerçekleştirilmesi umulan uzlaşma anlaşmasına ilişkin görüşmeler gerçekleştirilir. Son aşamada müzakere neticesi, uzlaştırma raporu isimli bir belgeye bağlanır (CMUY m. 25). Taraflar anlaşma sağlanıncaya kadar, özgür irade ilkesinin bir gereği olarak, diledikleri zaman süreçten ayrılabilirler (CMUY m. 5/1). Ayrıca uzlaştırma müzakerelerine katılmaktan imtina eden taraf, süreçten ayrılmış sayılır (CMUY m. 31/1).

Uzlaştırma bir anlaşma ile neticelenmişse bu anlaşma, uzlaştırma raporuna derç edilir (CMUY m. 4/1-m). Uzlaştırmacı görevlendirilmeden önce veya uzlaşma teklifinin reddedilmesinden sonra, uzlaştırmacı tarafından yürütülen bir müzakere söz konusu olmaksızın, tarafların aralarında da anlaşması ve bunu uzlaşma belgesine bağlaması mümkündür (CMUY m. 4/1-n). CMK m. 253/19 gereği uzlaştırma raporu ve uzlaştırma belgesi, İcra ve İflas Kanunu (İİK)⁶⁸'nin 38. maddesinde sayılan ilam niteliğindeki belge hükmündedir.⁶⁹

Uzlaştırma sonucunda taraflar arasındaki uyuşmazlığın sadece ceza hukuku yönüyle değil bir bütün olarak çözüme kavuşması hedeflendiğinden⁷⁰ uzlaşmanın sağlanması hâlinde mağdur veya suçtan zarar gören, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açamaz; açılmış olan davadan feragat etmiş sayılır (CMK m. 253/19); ancak, kararlaştırılmış ise, edimi talep edebilir. Edim vadesinde yerine getirilirse soruşturma

⁶⁸ Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, Resmî Gazete Tarihi: 19.6.1932, Resmî Gazete Sayısı : 2128.

⁶⁹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 1844; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 876ff.; Güngör, *Uzlaştırma*, 270ff.

⁷⁰ Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 190; Yıldırım, *Uzlaştırma*, 22; Ertemür, *Uzlaştırma*, 24.

aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilir.⁷¹

Edim vadesinde yerine getirilmezse ceza hukuku yaptırımlarının yanında edime ilişkin alacak da devam eder. Bu alacağın tahsiline ilişkin olarak, İİK m. 38'de sayılan ilam niteliğindeki belge hükmündeki uzlaştırma raporu veya belgesiyle ilamlı icra takibi yapılabilir.⁷²

Kural uzlaştırmanın soruşturma aşamasında gerçekleştirilmesi olup istisnai hâllerde kovuşturma aşamasında da uzlaştırma yoluna gidilebilir. Bu hâlde dosyayı uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısına gönderecek olan mahkeme olduğu gibi uzlaştırma raporu veya uzlaşma belgesinin özgür irade ilkesine ve hukuka uygunluğu da yine mahkeme tarafından denetlenir (CMUY m. 22).

Uzlaştırma, suçu ceza yaptırımıyla karşılanacak bir ihlal olarak değil insanlar arasındaki ilişkileri bozan bir eylem olarak ele alır.⁷³ Onarıcı adâlet anlayışının gereklerinden biri de fail ile toplum arasındaki bozulan barışın yeniden tesisinin gözetilmesidir.⁷⁴ Bu bağlamda failin, özellikle de suça sürüklenen çocuğun, işlediği fiilin olumsuz sonuçlarıyla yüzleşerek bunların sorumluluğunu almak suretiyle topluma kazandırılması ve yeniden suç işleme ihtimâllerinin bertaraf

⁷¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 876; Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, 582; Aşık, *Uzlaştırma*, 100, 103.

⁷² Hülya Tan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 100; Aşık, *Uzlaştırma*, 101; Ertemür, *Uzlaştırma*, 105.

⁷³ Değirmenci, *Onarıcı Adalet*, 74; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 17; Ertemür, *Uzlaştırma*, 27.

⁷⁴ Uzlaştırma mağdurun zararının giderilmesi suretiyle mağdurun onarılmasından ibaret değil, toplum açısından da onarıcı olma niteliği arz eden bir kurumdur. Bkz. Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 9; Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, 13ff.

edilmesi gerekir.⁷⁵ Bu itibarla uzlaşma sağlanarak edimler ifa edilmiş dahi olsa Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)⁷⁶ m. 5 çerçevesinde suça sürüklenen çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanabilir.⁷⁷

⁷⁵ Baytemir Kontacı, *Uzlaştırma*, 1734ff; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 17; Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 33.

⁷⁶ Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 3.7.2005, Resmî Gazete Tarihi: 15.7.2005, Resmî Gazete Sayısı: 25876.

⁷⁷ Tan, *Uzlaştırma*, 100; Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 157; Doktrinde bu tedbirlerin uygulanması için çocuk hâkimine başvurulmasının her bir somut olay bakımından Cumhuriyet savcısının takdirine bırakılmış olması eleştirilmektedir. Bkz. Baytemir Kontacı, *Uzlaştırma*, 1735; Çocuk Koruma Kanunu'nun "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

“(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

Yönelik tedbirdir.

(2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

B. Uzlaştırma Teklifine Davet Ve Uzlaştırma Teklifi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/4 hükmüne göre soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir ve ardından büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacının şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunması gerekir. Uzlaşma teklifinin kabulünden, CMUY m. 4/1-k hükmünde uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanunî temsilcisinin, kanun ve bahsi geçen yönetmelikteki usûl ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi süreci olarak tanımlanan uzlaştırma sürecine dâhil olma iradesi anlaşılır. Taraf, uzlaşma teklifini kabul etmekle, uzlaştırmacının yönetiminde ve gerekirse onun vasıtasıyla, sürecin karşı tarafıyla, uzlaştırma süreci içerisinde müzakerelere dâhil olma iradesini ortaya koymaktadır. Bu teklifin kabulü, uzlaşmanın sağlanması bakımından tarafları bağlayıcı değildir. Teklifi kabul etmelerine rağmen taraflar, diledikleri an uzlaştırma sürecinden ayrılabilirler. Öte yandan, uzlaşma teklifinin kabulü, CMK m. 253 ve CMUY m. 31 hükümleri başta olmak üzere mevzuatta detaylı olarak düzenlenmiş bir müzakere prosedürünün yürütülmesi ve bu süreç içerisinde uzlaştırmacının yönetici olarak konumu ve müzakerelerin gizliliği gibi birtakım kuralların kabulünü içerir. Bunun yanında CMK m. 253/21 hükmü çerçevesinde şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma

(3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.”

bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

Uzlaştırma süreci, her ne kadar kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olsa da uzlaşma teklifinin kime yapılacağı ve çocuğun bu süreçte katılım hakkı ve temsili ele alınması gereken hususlardır. Bu hususlar aşağıda uzlaştırma sürecini düzenleyen ceza muhakemesi kurallarının yanında ehliyete ilişkin genel kurallar bağlamında ele alınacaktır.

1. Teklifin Kime Yapılacağı Sorunu

Uzlaştırma CMK ve CMUY ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir süreç olduğundan bu sürece katılımı sağlayan irade beyanının koşullarını, öncelikle yine bu düzenlemelere ilişkin hükümlerde incelemek gerekir. Söz konusu irade beyanı, elbette ki uzlaştırmaya taraf olan kimselerce gerçekleştirilmelidir. Uzlaştırmanın tarafları, suçtan zarar gören ve mağdur ile sanık ve şüphelidir. Kural, uzlaştırma sürecine dâhil olmak hususunda bu kimselerin iradelerinin doğrudan aranmasıdır. Öyle ki uzlaştırma sürecine tarafların katıldığı an olan uzlaşma teklifi, kural olarak, tarafların vekil veya müdafilerine dahi yapılamaz.⁷⁸ Zira CMK m. 253/4 hükmünde uzlaştırmacının uzlaşma teklifinde bulunacağı kimseler, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören olarak sınırlı sayıda sayılmıştır.⁷⁹ Ancak aynı fıkrada bu kurala bir istisna getirilerek, şüphelinin, mağdurun veya

⁷⁸ Yerdelen, Özbek, Altuntaş Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 298; Mustafa Özen, *Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 111; Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 29/2 söz konusu düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır. Özel hukuk tüzel kişilerinin vekillerine uzlaşma teklifi yapılabilir. Bkz. Mustafa Aydın Aşık, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 81; Özgenç, *Uzlaşma*, 68,

⁷⁹ Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 160; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 298; Krş. Güngör, *Uzlaştırma*, 233.

suçtan zarar görenin reşit olmaması hâlinde uzlaşma teklifinin kanunî temsilcilerine yapılacağı hüküm altına alınmıştır.⁸⁰

Kanun koyucu, uzlaşma teklifinin kabulü veya reddi konusundaki kararı, reşit olmayan kişinin kanunî temsilcisine bırakmıştır.⁸¹ Dolayısıyla uzlaşma teklifi, reşit olmayan kimseye

⁸⁰ *Yerdelen ve diğerleri*, kanunda sadece reşit olmamaktan bahsedilmiş olmasını, kanunî temsilci atanmasını gerektiren hallerin rüşt ile sınırlı olmadığından bahisle eleştirmekte ancak fiil ehliyetine sahip olmayanların tüm hukukî işlemlerini ancak kanunî temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği ve dolayısıyla medeni hukukun genel kurallarının meseleye çözüm getirdiği görüşünü dile getirmektedir. Yazarların, fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin tüm hukukî işlemlerini ancak kanunî temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirilebileceğine dair görüşüne katılmamaktayız. Kanaatimizce CMK m. 253/4 hükmü gereği genel kural, uzlaşma teklifinin kişinin kendisine yapılması olup reşit olmayan sınırlı ehliyetsizler bakımından ise teklifin kanunî temsilciye yapılması istisna olarak öngörülmüştür. Reşit olmayanlar dışındaki sınırlı ehliyetsizler ise CMK m. 253/4'te yer alan istisnanın kapsamına dâhil değildir. Öte yandan, söz konusu teklifin kime yapılacağı CMK ile düzenlenmeseydi de sorunun çözümü ehliyetle ilişkin genel kurallara bırakılmış olsaydı dahi yazarların ileri sürdüğü neticeye, tam ehliyetsizler bakımından ulaşmak mümkün olsa da, sınırlı ehliyetsizler yönünden varılmazdı. Zira genel ehliyet kuralları bağlamında, ayırt etme gücüne sahip bir kısıtlının, bir sözleşme hakkında kendisini bağlayıcı olmayan bir görüşme yapması hatta kendisine sıkı sıkıya bağlı bir edimi konu alan veya kendisini borç altına sokmayan bir sözleşmeye taraf olması kanunî temsilcisinin katılımını gerektirmez. Yazarların bahsi geçen görüşleri için bkz. *Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, Uzlaştırma*, 295-297.

⁸¹ *Erdem ve diğerleri*, uzlaştırmaçılarının uygulamada devlete ait kurumlarda kalan çocukların kanunî temsilcilerine ulaşmak yerine bu kurumların yöneticilerine teklif formlarını sunduğu tespit etmiştir ve bu uygulamanın hukuka uygun olmadığını isabetli olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser, ve Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma: Uzlaştırmaçının El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 328.

yapılamaz.⁸² Kanunda geçen “reşit⁸³” ifadesini TMK anlamında erginlik olarak değerlendirmek gerekir.⁸⁴ Mülga Medeni Kanun döneminde ergin ifadesine karşılık gelen “rüşt” doktrinde, fiil ehliyetinin olumlu şartlarından biri olan, belirli bir yaş düzeyine erişmek olarak tanımlanmış, başka bir ifadeyle “reşit olmak” ifadesinden belirli bir yaşa erişmiş olmak anlaşılmıştır. TMK m. 11/1 anlamında reşit, ergin olma, 18 yaşın doldurulması ile gerçekleşmektedir. Bununla birlikte çocuğun evlenme yoluyla ergin olması ya da mahkeme kararıyla ergin kılınması da mümkündür (TMK m. 11/2, 12). Bu hâllerde de uzlaşma teklifi, 18 yaşını doldurmamış olmakla birlikte ergin olan çocuk tarafından kabul veya reddedilebilecektir.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, kendisine teklif yapılabilecek kimselere ilişkin olarak kanundan daha farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, CMUY m. 29/1 hükmünde ise teklifin kanunî temsilciye yapılacağı hâller “... Şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görenin reşit olmaması ya da kısıtlı olması hâli ile mağdur veya suçtan zarar görenin ayırt etme gücü bulunmaması durumunda, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır.” ifadesiyle genişletilmiştir; CMUY m. 29/2’de ise müşterinin veya suçtan zarar görenin özel hukuk tüzel kişisi olması hâlinde vekâletnamede özel yetki var ise vekile de uzlaşma teklifinde bulunulabilmesine imkân tanınmıştır. Görüleceği üzere, kanunda reşit olan ve olmayan sınırlı ehliyetsizlere ilişkin ayırım, CMUY m. 29/1 hükmü ile giderilmeye çalışılmıştır. Doktrinde bazı yazarlarca, kanunun

⁸² Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 1839; Ekici Şahin ve Yemenici, *6763 Sayılı Kanunla*, 485; Tan, *Uzlaştırma*, 79.

⁸³ Söz konusu tanım için bkz. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku: Şahsın Hukuku*, Cilt I-Cüz II (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996), 63.

⁸⁴ Yerdelen, Özbek, Altuntaş Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 297; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 70; Tan, *Uzlaştırma*, 79.

reşit olmayanların durumunu düzenlemekle yetinip kısıtlılar ve ayırt etme gücünden yoksunlardan bahsetmemesinden kaynaklanan eksikliğin CMUY m. 29/1 hükmü ile giderildiği savunulmaktadır.⁸⁵ Yürürlükteki mevzuat bakımından reşit olsun veya olmasın sınırlı ehliyetlilerin tamamının kanunî temsilcisine yapılması gerektiği doktrinde belirtilmekte olup uygulama da bu yöndedir.⁸⁶ Fiil ehliyetinin sınırlarına ilişkin böyle bir düzenlemenin yönetmelikle değil kanunla yapılması gerekli olduğundan söz konusu hükmün kanunî bir düzenlemeye dönüşmesine ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyiz.

Taraflardan birinin kendisine kanunî temsilci atanması gerektiği hâlde bu kimsenin kanunî temsilcisi bulunmuyorsa, öncelikle kanunî temsilci atanması için girişimde bulunulmalıdır. Uzlaştırıcı, durumu fark etmişse uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısı ile görüşerek sulh hukuk mahkemesine bildirimde bulunulmasını temin etmeli ve süreci sulh hukuk mahkemesinin kararı doğrultusunda sürdürmelidir.⁸⁷ Bir kanunî temsilci var ancak tüm çabalara rağmen kendisine ulaşmak mümkün değilse kayyım atanması için gerekli işlemler başlatılması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir.⁸⁸ Nitekim TMK m. 426/1 b.3'te kanunî temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa kayyım atanması gerektiği öngörülmüştür. Fakat bu noktada CMK m. 253/6 hükmü de göz ardı edilmemelidir. Buna göre, adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşamaması hâlinde CMK m. 253/6 gereğince

⁸⁵ Değirmenci, *Onarıcı Adalet*, 217, 242; Ekici Şahin ve Yemenici, *6763 Sayılı Kanunla*, 486.

⁸⁶ Uzlaşma teklifinin sadece reşit olmayanlar bakımından değil kısıtlılar bakımından da kanunî temsilciye yapılacağı yönünde bkz. Aşık, *Uzlaştırma*, 81; Yıldırım, *Uzlaştırma*, 11ff.

⁸⁷ Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 172.

⁸⁸ Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 328.

uzlaştırma süreci sonlandırılmalı, diğer durumlarda TMK m. 426/1-3. hükmünün koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.

Uzlaştırıcı, süreci yürüteceği dosyada bir kanunî temsilci olduğunu fark etmesi hâlinde mutlaka kanunî temsilci ile temsil olunan arasında bir menfaat çatışması olup olmadığına dikkat etmelidir. TMK m. 426/1-2. hükmü, böyle bir durumda menfaat çatışmasını çözenin yolunun kayyım atanması olduğunu hükme bağlamakta olup eğer velâyet veya vesayet altında bulunan kimse ile kanunî temsilcisi aynı dosyada şüpheli, sanık, suçtan zarar gören veya mağdur olarak bulunuyorsa uzlaştırıcı, uzlaşma teklifi yapmak yerine önce kayyım atanmasını sağlamalıdır.⁸⁹ TMK m. 426 hükmüne göre atanan kayyım, çocuğun hâlihazırdaki kanunî temsilcisine ikame olarak menfaat çatışmasının söz konusu olduğu işlemi gerçekleştirir.⁹⁰ Dolayısıyla, mevcut kanunî temsilci ve çocuk arasında menfaat çatışmasının bulunması hâlinde uzlaşma teklifi atanan kayyıma yapılır.

Kanaatimizce kanunî temsilci ile temsil olunan çocuğun aynı dosyada mağdur olması hâlinde dahi menfaat çatışması söz konusudur. Zira kanunî temsilcinin kendi menfaatini gözeterek gerçekleştireceği müzakerede velâyeti altında bulunan kimsenin

⁸⁹ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 260; Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 327; Sertaç Işıka, "Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 151 (2020), 61-84, 71; Özgenç *Uzlaşma*, 68; Vesayet bakımından incelendiğinde, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da iznine bağlıdır (TMK 463/1-7.). Kanunî temsilci ile menfaat çatışması halinde kayyım atanmasını öngören TMK m. 426/1-2. hükmü vesayet bakımından da geçerlidir.

⁹⁰ Cengiz Otacı, "Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması," *Terazi Hukuk Dergisi* 6 no. 53, (2011): 67-76, 68.

menfaatini göz ardı etmesi mümkündür ve daha kötüsü kanunî temsilci, çocuk adına söz söyleme hakkını kendi menfaati amacıyla kötüye kullanabilir.

Kanunî temsilci olarak çocuğu birlikte temsil eden ana ve babadan sadece biriyle çocuk arasında menfaat çatışması söz konusu ise bu durumda da kayyım atanması gerekir gerekmediği hususu önem arz etmektedir. Doktrinde çocuk ile arasında menfaat çatışması bulunan ana ya da baba bakımından temsil yetkisinin sona ereceği, çocuk ile arasında menfaat çatışması bulunmayan kanunî temsilcinin çocuğu o işte tek başına temsil edeceği savunulmaktadır⁹¹. Bununla birlikte çocuğu temsil edecek ana ya da baba, menfaat çatışması sebebiyle temsil yetkisi alınan ana ya da baba ile yakın ilişkisi dolayısıyla çocuğun menfaatini yeterince gözetemeyecek durumda ise o zaman söz konusu kanunî temsilci bakımından da dolaylı menfaat çatışması bulunduğu kabul edilerek çocuğa kayyım atanması gerektiği doktrinde bazı yazarlarca belirtilmektedir.⁹² Kanaatimizce uzlaştırma süreci bakımından eğer ana ya da babadan biriyle çocuk arasında menfaat çatışması söz konusu ise çocukla diğer eş arasında da menfaat çatışmasının olma ihtimâli, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmeli ve her zaman bu ihtimâl, göz önünde bulundurulmalıdır. Kanunî temsilci olan ana ve babanın boşanma sonrasında ortak velâyete sahip olmaları hâlinde, çocuk ile doğrudan menfaat çatışması olmayan eş arasında da menfaat çatışması olduğunu söylemek, hâlihazırda evlilik birliği içerisindeki eşlere kıyasla daha zordur. Nitekim hâlihazırda evlilik birliği içerisindeki eşler arasında, evlilik birliği nedeniyle daha yakın bir ilişki vardır.

⁹¹ Yücel, *Çocuğun Temsili*, 57, krş. Otacı, *Kayyım Atanması*, 69; Öztan, *Aile Hukuku*, 1128-1129.

⁹² Yücel, *Çocuğun Temsili*, 57, krş. Otacı, *Kayyım Atanması*, 69.

Onarıcı adâletin gereği olarak uzlaştırmadan, mağdurun zararının giderilmesi beklenmekte olup bu zarar, maddî veya manevî olabilir⁹³. Özellikle şerefe karşı suçlar ve özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar gibi kişinin manevî bütünlüğünün ihlal edildiği bir suçun söz konusu olması dolayısıyla, mağdur çocuğun yalnızca manevî zararının bulunması veya maddî zararıyla beraber manevî zararının da bulunması hâlinde, bir kanunî temsilci bulunmasına rağmen teklifin kime yapılacağı ele alınması gereken bir sorundur. Zira bahsedilen suçlara ilişkin uzlaşma neticesinde feragat edilmiş olacak tazminat, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan manevî tazminat hakkı olup⁹⁴ kanunî temsilcisinin ayırt etme gücüne sahip çocuk adına böyle bir işlemi tek başına yapıp yapamayacağı incelenmelidir. Kanun ve yönetmelikteki teklifin kanunî temsilciye yapılmasını gerektiren açık hükümler dolayısıyla uzlaşma neticesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan feragat söz konusu olacak olsa dahi teklifin çocuğa yöneltilmesi mümkün değildir.⁹⁵ Bu düzenleme, bir kez suçun mağduru olmuş çocuğu ikinci defa mağdur edebilecek niteliktedir. Zira hakarete uğramış çocuk için söz konusu fiilin kendi iradesi dışında bir edim karşılığı pazarlık konusu yapılması, belki de suç fiilinden bile daha yıkıcı olabilir. Nitekim cinsel suçlar şikâyete tabi olsalar dahi uzlaştırmanın kapsamı dışında

⁹³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 590; Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 21; Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 228ff.

⁹⁴ Oğuz Sadık Aydos, "Basın Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no.2 (2012): 1-36, 27; Ayırt etme gücüne sahip çocuğun manevi zararının tazminini kendisinin talep edebileceği yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 101, 253; Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 239.

⁹⁵ Kanunî temsilcinin böyle bir durumda, ayırt etme gücüne sahip çocuğun katılımı olmaksızın, uzlaştırma raporunu veya uzlaşma belgesini imzalamak suretiyle uzlaşma sağlayıp sağlayamayacağı sorunu ileride müzakere ve anlaşmanın sağlanması aşamalarında tartışılacaktır.

bırakılarak mağdurun cinsel dokunulmazlığının herhangi bir edim karşılığında pazarlık konusu olmasının önü kanaatimizce de isabetli olarak kesilmiştir.⁹⁶ Bu noktada da manevî zararın söz konusu olması hâlinde ayırt etme gücüne sahip çocuğa öncelik tanıyan bir kanunî düzenlemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2. Uzlaştırma Teklifine Davet Aşamasında Çocuğun Katılımı ve Kanunî Temsili

Uzlaştırma, tarafların özgür iradelerine dayanır (CMUY m. 5/I). Onarıcı adâletin tecellisi için tarafların özgür iradesi, uzlaştırma sürecinin her aşamasında bulunmalıdır. Bu iradenin oluşabilmesi için öncelikle tarafların uzlaştırma süreci, süreçteki iş ve işlemler ile uzlaşmanın sağlanması veya sağlanmamasının anlam ve sonuçları hakkında uzlaştırmacı tarafından aydınlatılmaları gerekir.⁹⁷

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 29/7'de yer alan *"Uzlaşma teklifinde bulunmak için çağrı; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, bu çağrı uzlaşma teklifi anlamına gelmez."* hükmünde uzlaşma teklifi öncesinde uzlaştırmacının tarafları uzlaşma teklifine davet etmesinden söz edilmiştir. Uzlaşma teklifi yapılmadan önce uzlaştırmacıdan taraflara telefon, e-posta ve sair iletişim araçlarıyla ulaşıp onlara kendisini tanıtmaması ve uzlaştırma süreci ile ilgili genel bir bilgi vermesi beklenmektedir. Uzlaşma teklifini yapmadan önce, teklifin anlam ve sonuçlarını taraflara bildirmesi, tarafların varsa sürece

⁹⁶ Söz konusu hususun özellikle çocuk bakımından önem taşıdığı hakkında bkz. Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 153.

⁹⁷ Uğur Eriş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.137 (2018): 241-271, 248; Tan, *Uzlaştırma*, 53; Akbulut ve Aksan. *Ceza Muhakemesi*, 49ff.; Güngör, *Uzlaştırma*, 96ff.

ilişkin sorularını cevaplama uzlaştırmacının görevlerindedir.⁹⁸ Ayrıca CMUY ekinde yer alan teklif formu üzerinde uzlaştırmaya ilişkin birtakım açıklamalar yer alsa da bu, uzlaştırmacıyı tarafların bilgilendirilmesi ödevinden kurtarmaz.⁹⁹ Kanaatimizce uzlaştırmacı, bu açıklamaları taraflara okumakla da yetinemez. Uzlaştırmacının, CMUY m. 5/6 hükmünü de gözeterek, tarafların yaşı, olgunluğu, eğitimi, sosyal ve ekonomik durumu gibi belirgin farklılıkları hesaba katmak suretiyle konuyu onların anlayabileceği biçimde sunması ve meselenin anlaşıldığından emin olması gerekir.

Her ne kadar uzlaşma teklifi kanunî temsilciye yapılacağından teklife davet aşamasında yalnızca kanunî temsilcinin muhatap alınması gerektiği sonucu çıkarılabilirse de tarafların uzlaştırma sürecinden haberdar edildiği ve sürece ilişkin bilgilendirmenin gerçekleştiği bu aşamada çocuğun varlığı inkâr edilemez. Çocuğun sürece bizzat katılımı, onarıcı adâletin bir gereği olup sürece katılım hakkı bulunan ayırt etme gücüne sahip çocuğun uzlaştırma süreci ve uzlaşp uzlaşmamanın anlam ve sonuçları konusunda eksiksiz biçimde bilgilendirilmesi, özgür iradesinin tecellisi açısından bir zorunluluktur. Zira ifade edildiği üzere, hem BMÇHS' de hem de TMK m. 339 hükmünde çocuğun katılım hakkı çerçevesinde görüşlerini özgürce ifade etme hakkı vardır.¹⁰⁰ Ayrıca

⁹⁸ Uzlaştırmacının taraflara vermesi gereken bilgilerin içeriği ve bilgilendirmeye ilişkin hususlar için bkz. Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 134-137; Uzlaştırmacı asgarî olarak, teklif formunun üzerinde yer alan bilgileri, taraflara açıklamalıdır. Bkz. Kaya ve Karabay, *Uzlaştırma*, 141; Uzlaştırmacı tarafları bilgilendirirken şüpheli veya sanığı uzlaşmaması hâlinde alabileceği muhtemel ceza ve mağdur veya suçtan zarar göreni yaşayabileceği mağduriyet ile tehdit etmekten kaçınmalıdır. Bkz. Aşık, *Uzlaştırma*, 83.

⁹⁹ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 136ff.

¹⁰⁰ Öcal Apaydın ve Hışım, *Katılım Hakkı*, 291; Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkı*, 95; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 87; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 106.

belirtilmelidir ki, CMK m. 253/4 ve CMUY 29/1 hükümlerinde bizzat kanunî temsilciyle yürütülmesi öngörülen işlem uzlaştırma teklifinden ibarettir. Uzlaştırma sürecinin diğer aşamalarında, ileride de ifade edeceğimiz üzere, çocuğun katılımı engellenmemiştir. Bilakis, çocuğun sürece katılımı hukuk düzenince gerekli görülmekte hatta çocuğun tek başına yapabileceği işlemlerle sınırlı olması kaydıyla geri kalan süreci bizzat yürütüp uzlaşma anlaşmasını imzalamasına cevaz verilmektedir.

Çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebilmesi için öncelikle kendisini ilgilendiren konu hakkında görüşünü almakla yükümlü kişiler tarafından bilgilendirilmesi şarttır¹⁰¹. Şüphesiz ana ve baba, kanunen temsil ettiği çocuğu bu hususlarda bilgilendirmekle yükümlüdür. Fakat uzlaştırmacı, bu sıfatı taşımak için kanunun ve yönetmeliğin aradığı nitelikleri haiz, uzlaştırma konusunda mevzuatta zorunlu tutulan eğitimleri almış ve sınavda başarılı olmuş kimse olarak uzlaştırma gibi teknik bir konuda ana ve babadan veya vasiden çok daha yetkin olduğu gibi sürece katılan herkese gerekli bilgilendirmeyi yapmakla da yükümlüdür. Kaldı ki uzlaştırmacının görevini kısmen ya da tamamen bir başka uzlaştırmacıya veya üçüncü bir kimseye yaptırması mümkün değildir (CMUY m. 7/11). Bu yasağa çocuğu bilgilendirme işini kanunî temsilciye bırakmak da dâhildir.

3. Uzlaştırma Teklifi Aşamasında Çocuğun Katılımı ve Kanunî Temsili

Ayırt etme gücüne sahip çocuk kanunî temsilcilerin icazeti bulunsa dahi reşit olmadığından onun uzlaşma teklifini cevaplandırması geçerli olmaz. Zira kanun gereği teklifin doğrudan kanunî temsilcilere yapılması gerekir.

¹⁰¹ Serozan, *Çocuk Hukuku*,70;

Türk Medeni Kanunu m. 336/1 hükmüne göre evliliğin devamı süresince ana ve baba velâyet hakkını birlikte kullanırlar. Dolayısıyla uzlaşma teklifi, velâyet hakkına ana ve baba birlikte sahipse her ikisine birden yapılmalıdır.¹⁰² Ana ve babanın velâyet yetkisini birlikte kullanmaları hâlinde teklif formu ana ve babanın her ikisine de imzalatılmalı, teklif tebliğ edilecekse ana ve baba aynı konutta yaşasalar dahi her birine tebligat çıkarılmalıdır.¹⁰³

Öte yandan uzlaşma teklifinin kanunî temsilciye sunulmasını öngören bu kanunî düzenleme, doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Bir görüşe göre uzlaşma teklifinin kanunî temsilcilere yapılması kuralı, çocuğu uzlaştırma sürecinin dışına itmemektedir. Bu görüşteki yazarlara göre müzakerelerin her aşamasında çocuğun görüşüne başvurmak gerekir.¹⁰⁴ *Akbulut ve Aksan* ise suç dolayısıyla ceza infaz kurumuna konulabilen çocuğun, uzlaşma teklifinde muhatap kabul edilmemesini bir çelişki olarak değerlendirmiş ve çocuğu geri planda bırakarak tek başına kanunî temsilcinin iradesini esas alan kanunî düzenlemenin toplumsal barışı değil mağdurun zararının tazminini sağlamayı amaçlayan bir bakış açısının ürünü olduğunu savunmuştur.¹⁰⁵ *Değirmenci*, kanun koyucunun çocuğu aradan çıkartarak kanunî temsilcinin iradesini tek başına esas alan düzenlemesinin arkasında uzlaşma neticesinde uzlaşan mağdur veya suçtan zarar görenin suçtan kaynaklanan tazminat davası açamamasını ve bunlara ilişkin açılmış bulunan davalardan feragat etmiş sayılmasını öngören

¹⁰² Işık, *Uzlaştırma Sürecinde*, 70, Özgenç, *Uzlaşma*, 66,

¹⁰³ Krş. Işık, *Uzlaştırma Sürecinde*, 70,

¹⁰⁴ Aşık, *Uzlaştırma*, 81; Ekici Şahin ve Yemenici, *6763 Sayılı Kanunla*, 486, Işık, *Uzlaştırma Sürecinde*, 70.

¹⁰⁵ Akbulut ve Aksan. *Ceza Muhakemesi*, 165, 172.

CMK m. 253/19 hükmünün bulunduğunu tespit etmiştir.¹⁰⁶ Oysaki onarıcı adâlet ile amaçlanan neticelere erişmek için suçun etkileri üzerinde durmak, zararın tazmininden önce gelmelidir.¹⁰⁷ *Ekici-Şahin ve Yemenici*, küçüğün iradesi yerine kanunî temsilcinin küçüğün menfaatini gözeten iradesinin üstün tutulmasının, uzlaştırmanın sonuçları da gözetildiğinde yerinde olduğu kanaatindedir.¹⁰⁸

Adalet Bakanlığı Kanun İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı'nda ise "CMK m. 253/4'te şüphelinin reşit olmaması hâlinde, uzlaşma teklifinin kanunî temsilcilerine yapılması öngörülmüşse de, edimin konusu kendisini maddî bir yükümlülük altına sokmayacak, özür dilemeyle ifa edilebilecek bir edim ise, reşit (ergin) olmayıp ayırt etme gücüne sahip suça sürüklenen çocuğa uzlaşma teklifi yapılabileceğinin ve çocuğun uzlaşma önerisini kabul etmesi hâlinde uzlaşmanın gerçekleşmiş sayılacağı kabulü uygun olur. Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun 16. maddesinde, "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler" denilmekte ise de, aynı maddenin son cümlesinde, "karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir" hükmü mevcuttur. Özür dilenmesiyle maddî bir yükümlülük altına girmeden, uzlaşma sonucunda "kovuşturmaya yer olmadığı" kararı verilmesi ve artık soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaması, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılması (CMK m. 253/19, CMUY m. 7, 6), suça sürüklenen (şüpheli-sanık) çocuk için bir kazanımdır.¹⁰⁹"

¹⁰⁶ Değirmenci, *Onarıcı Adalet*, 245. Aynı kanaatte bkz, Özgenç, *Uzlaşma*, 62,

¹⁰⁷ Püren Akçay, "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması," *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, no. 9 (2011): 129 – 144, 139.

¹⁰⁸ Ekici Şahin ve Yemenici, *6763 Sayılı Kanunla*, 485.

¹⁰⁹ Mustafa Serdar Özbek, "Soruşturma Evresinde Uzlaştırma Usulü," iç. *Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Editörler Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni ve

ifadelerine yer verilmektedir. Doktrinde benzer bir durum, hükümlülük dolayısıyla kısıtlanan kimse bağlamında ele alınmıştır. Uzlaşma teklifinin hükümlünün vasisine yapılması gerektiği ancak kısıtlıyı maddî bir edim içerisine sokmayan bir özür dilemenin edim olarak kararlaştırıldığı ya da edimsiz bir uzlaştırmanın söz konusu olduğu durumlarda uzlaşma teklifinin vasi yerine doğrudan hükümlüye yapılabileceği, müzakerelerin de onunla gerçekleştirileceği görüşü belirtilmiştir.¹¹⁰ Kanaatimizce, uzlaşma teklifi sırasında edimin ne olacağı belirli olamayacağından maddî bir edim içermeyen veya edimsiz uzlaşmanın söz konusu olup olmadığına göre kime teklif yapılacağına belirlenmesi mümkün değildir.

Esasen uzlaşma teklifinin kabul edilmiş sayılması için teklif formunda kanunî temsilcinin imzasının bulunması gerekli ve yeterlidir. Reşit olmayanın veya tam ehliyetsizin imzasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce, onarıcı adâlet anlayışının ürünü olan uzlaştırma kurumunda özellikle suça sürüklenen çocuğun, işlediği fiilin doğurduğu mağduriyetle yüzleşmesi veya mağdurun fail tarafından doğrudan doğruya tatmin edilebilmesi ve taraflar arasında sağlıklı iletişimin tesisi açısından kanunî temsilci tarafından temsil olunan kimselerin, imkânlar ölçüsünde sürece dâhil edilmesi¹¹¹, bunun da en başta teklif aşamasında sürece katılıp katılmama yönünde iradesini

Merve Özcan (Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayını, 2018), 85.

¹¹⁰ Aşkın, Topuz ve Bilge, *Uzlaştırma*, 141, 235. dn.

¹¹¹ Doktrinde aksi görüşe göre uzlaştırma bu amaca hizmet etmek bir yana çocuklar bakımından tamamen mevzuattan çıkarılmalıdır. Bu görüşe göre uzlaştırma kurumuyla devlet, çocuğu topluma kazandırmak yerine pazarlık masasına oturtmaktadır. Bkz. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 68.

ortaya koyabilme fırsatı tanınarak gerçekleştirilmesi isabetli olacaktır. Belirtilmelidir ki açık kanun hükmü karşısında, reşit olmayanın imzası ancak sembolik bir değer taşıyacaktır. Bu sembolik imza, toplumsal barışın sağlanması yönünde¹¹² özellikle çocuk yaştaki kimselerin sorumluluk almaları ve toplumun bir parçası olarak kazanılmaları yönünde ilk basamak teşkil etmektedir. Öyle ki, BMÇHS m. 12 hükmü ile tanınan katılım hakkı da çocuğa yetişkinlere tanınan tüm ehliyet yetkilerini ve sorumluluklarını yüklememekte ancak çocukları kendilerini ilgilendiren kararlara ilişkin fikirlerini açıklayarak çocukların karar alma sürecine katılmalarını teşvik etmektedir.¹¹³ Doktrinde BMÇHS'nin bu yönünün çocuğun gelişimine, çocuğun üstün yararının sağlanmasına, en temelde çocuğun daha iyi korunmasına katkı sağladığı belirtilmektedir. Karar alma süreçlerine katılan çocuğun, istismara karşı da kendisi hakkındaki kararlarda sürecin dışında bırakılan çocuklara kıyasla daha güvende olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴ Bu nedenlerle kanaatimizce eğer kanunkoyucu çocuğun menfaatini gözetmek üzere kanunî temsilcinin iradesine özel bir hükümle açık bir üstünlük tanıyacaksa çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde karar alma sürecine dâhil olması için de gerekli tedbirleri almalıdır.

Ayrıca uzlaşma teklifinin çocuğa bir yükümlülük yüklememesi de göz önünde bulundurulduğunda uzlaştırmacının inisiyatifiyle alınan sembolik bir imzanın ötesinde, anlam ve sonuçlarını anlayabilecek ve iradesini oluşturarak beyan edebilecek durumdaki çocuğun uzlaşma teklifinin muhatabı olarak görüldüğü bir kanunî düzenlemenin yapılması elzemdir. Kaldı ki uzlaşma teklifi reddedildikten

¹¹² Onarıcı adalet sürecinde taraflar ve hatta toplum, suçun doğurduğu kötü neticeleri bertaraf edip onarmak için birlikte hareket ederler. Bkz. Akçay, *Onarıcı Adalet Modeli*, 133.

¹¹³ Lansdown. *Can You Hear Me*, 8.

¹¹⁴ Lansdown. *Can You Hear Me*, 8.

sonra çocuğun kendisini borç altına sokmayacak biçimde haricen uzlaşması da mümkündür. Haricen uzlaşmada çocuğun karşı taraf ile yürüteceği görüşmede kanunî temsilcisinin iradesinin hilafına uzlaşacak olan çocuğun, sürecin uzlaştırıcı gibi tarafsız ve uzman bir kimsenin yönetiminin dışında kalması dolayısıyla aydınlatılma gibi uzlaştırma sürecine ilişkin birtakım tarafları koruyucu olanaklardan yoksun bırakılmasının herhangi bir haklı gerekçesi bulunmamaktadır.

C. Uzlaştırma Müzakereleri

1. Çocuğun Müzakerelere Katılım Hakkı ve Onarıcı Adâlet

Müzakere, uzlaştırmanın gerçek anlamda yürütüldüğü, tarafların uzlaştırmanın yönlendirmesiyle birbirlerini anlama çabasına giriştikleri, toplumsal barışın ve onarıcı adâlet anlayışının tecellisi için büyük önem arz eden bir aşamadır¹¹⁵. Uzlaştırmanın modern hukuk sistemlerinde kurumsallaşması da suça sürüklenen çocukların mağdur ettikleri kimselerle müzakere etmeleriyle elde edecekleri kazanımların ne derece önemli olduğunun anlaşılmasıyla olmuştur. Modern anlamda uzlaştırmanın ilk örneği kabul edilen ve *Kitchener Deneyi* olarak bilinen davada, dini bir gruba mensup olan bir gözetim memurunun, söz konusu dini topluluğun değerleriyle paralel olarak, davada yargılanan çocukların, mağdurlarla yüzleştirmek suretiyle işledikleri suçun neticelerini görmelerinin olumlu olacağı önerisine hâkim tarafından başlangıçta mesafeli yaklaşmışsa da çocukların mağdurlarla yüzleşmesi ve mağdurların zararlarının ortaya çıkarılması için zaman tanınmasına, ayrıca bahsi geçen dini organizasyona üye olan bir başka kişinin de bu görüşmeleri gözlemlemesine karar verilmiş, bunun üzerine, çocukların vandallık yaptıkları ev ve

¹¹⁵ Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 184; Aşık, *Uzlaştırma*, 83.

işletmeler ziyaret edilerek gözetim memuru ve gözlemci notlar alırken, failer ise neden orada buldukları ve kim oldukları hakkında açıklamalarda bulunmuşlar, neticede, çocuklar yirmi bir mağdurla görüştüktan sonra sigorta ödemeleri akabinde bakiye zararın 1065,12 \$ olduğu tespit edilmiş ve mahkeme çocuklar hakkında verilen para cezasından başka mağdurların zararının da üç ay içerisinde ödenmesine hükmetmiş; süreç tamamlandıktan sonra çocuklar, bu tecrübeyi zor fakat faydalı bulduklarını, mağdurlar ise çoğunlukla “zararlarının tazmin edilebileceğini düşünmediklerini dolayısıyla zararları karşılandığı için müteşekkür olduklarını”, “bu parayı başka insanlara yardımcı olacak özel biçimlerde harcayacaklarını” belirtmişler ve “zararımı tazmin ettiğiniz için teşekkür ederim biz de zamanında genç olduk” söylemlerinde bulunmuşlar ancak negatif beyanlarda bulunan mağdurlar dahi sigorta primlerinin yükselmesi gibi hususlar hakkında sitem ettikten sonra kimsenin hapse girmesini istemediklerini ve gelecekte böyle durumların yaşanmamasını temenni ettiklerini dile getirmişlerdir.¹¹⁶

Failin, suçun mağduruna verdiği zararı bizzat göyerek mağdurun hislerini anlaması gerek mağdurla gerekse toplumla barışması uzlaştırmanın temel amaçlarından¹¹⁷. Bu amaç özellikle suça sürüklenen çocuğun hatalarından ders alması ve gelecekte suç işlemekten kaçınması için önemli bir fırsattır. Buna karşılık Türk ceza muhakemesi mevzuatı değerlendirildiğinde ister fail ister mağdur konumunda olsun çocuğun sürece katılımının sağlanması konusunda yeterli düzenlemelerin

¹¹⁶ Süreç hakkında bkz. Katherine L. Joseph, “Victim-Offender Mediation: What Social & Political Factors Will Affect Its Development,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, no. 1 (1996): 207-226, 207ff.

¹¹⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 593; Aşık, *Uzlaştırma*, 34; Tan, *Uzlaştırma*, 43.

bulunmadığı ve uygulamada da bu hususta hassasiyet gösterilmediği görülmektedir.¹¹⁸

Uzlaşma teklifini kabul eden taraflar arasında uzlaştırmanın yönetiminde uzlaştırma müzakereleri gerçekleştirilir. Bu aşamada, suçtan zarar gören veya mağdur ile sanık veya şüphelinin müzakerelere bizzat katılımı zorunlu değildir. Taraflar, vekil veya müdafî ile de temsil olunabilirler (CMK m. 253/13, CMUY m. 31).¹¹⁹ Taraflar veya temsilcilerinin doğrudan doğruya bir araya gelmeleri söz konusu olmaksızın uzlaştırmacı ile birebir görüşmelerle de süreç yürütülebilir (CMUY m. 31/3). Ancak onarıcı adâletin gerekleri doğrultusunda tarafların bizzat katılımının temini önemlidir. Müzakerelerin nasıl yürütüleceği, kimlerin ne şartlar altında birbiriyle iletişim kuracakları sürecin yöneticisi olan uzlaştırmacı tarafından belirlenmeli, uzlaştırmacı, bu aşamada tarafların özgür iradelerine saygı göstermeli, sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini teminen gerekli tedbirleri almalı ve tarafların güvenliklerini gözetmelidir.¹²⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/4 hükmündeki düzenleme, teklifin kime yapılacağı ile sınırlı olup genel ehliyet kurallarına istisna getiren bu hükmün uzlaştırmanın ileriki aşamalarını da kapsayacak biçimde geniş yorumlanmasına imkân bulunmamaktadır. CMUY m. 31/1'de uzlaştırma müzakerelerine “*şüpheli, sanık, katılan, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekilin*” katılabileceği öngörülmüştür.

¹¹⁸ Baytemir Kontacı, *Uzlaştırma*, 1750.

¹¹⁹ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 297. Tarafların bir avukatın yardımından faydalanabileceği ancak avukatın taraflar olmadan müzakereye katılamayacağı yönündeki görüş için bkz. Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 185.

¹²⁰ Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, 135ff.; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 217; Ertemür, *Uzlaştırma*, 54.

Kaldı ki hem BMÇHS m. 12’de hem de TMK m. 339/3’te çocuğun kendisini ilgilendiren her türlü konuda görüşlerini ifade etmesine ve çocuğun görüşlerine gerekli önemin verilmesine ilişkin olarak çocuğun katılım hakkı ifade edilmiştir. CMUY m. 31/1 hükmünden, reşit olsun olmasın, temsil olunanın tek başına da müzakereye katılmasının mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır.¹²¹ Reşit olmayan ancak asgari koşulları sağlayan velâyet veya vesayet altındaki kimseler, kural olarak, müzakerelere bizzat dâhil olarak fikirlerini beyan edebileceklerdir. Ceza yargılamasına muhatap tutulan suçta sürüklenen çocuğun, mağdur veya suçtan zarar gören çocuğa nazaran müzakerelere katılmakta daha büyük bir hakkı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Özgür irade ilkesi gereği taraflar, müzakerenin her aşamasında görüşmeleri sonlandırarak uzlaştırma sürecinden ayrılabilirler. Kural olarak, kanunî temsilci süreci bu şekilde sonlandırma yetkisine sahiptir. Uzlaşma teklifini kabul ederek uzlaştırma sürecine dâhil olmakta olduğu gibi sonlandırmada da velâyeti birlikte kullanan ana ve baba beraber hareket etmelidirler. Ayırt etme gücüne sahip çocuk ise, kanunî temsilcisinin icazeti olmadan müzakereleri kural olarak sonlandıramaz. Ancak müzakerelere katılma hakkını kullanmayabilir. Ayrıca temsil olunan çocuğun müzakerelere katılmaya zorlanması mümkün değildir.¹²²

Mağdur çocuk, kanaatimizce, manevî tazminatın söz konusu olması hâlinde uzlaştırma sürecini sonlandırabilir. Zira çocuğun katılımı olmadan manevî tazminattan feragat edilemeyeceğinden bu hâlde uzlaşma sağlanamayacaktır. Suça sürüklenen çocuk ise süreci sonlandırma iradesini ortaya

¹²¹ Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 333.

¹²² Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 332. Katılım hakkını kullanmak istemeyen çocuğun zorlanamayacağı yönünde bkz. Yücel, *Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı*, 131.

koymuşsa, çocuğun katılımını gerektirmeyen bir edim, çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde, kanunî temsilcisinin katılımıyla hâlen kararlaştırılabileceğinden, müzakerelere devam edilebilir.

Kanunî temsilcinin süreci sonlandırma iradesini ortaya koymasına rağmen çocuğun sürece devam etmek istemesi ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. CMUY m. 31/1'de, "... Şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi, müdafî ya da vekilinin haklı bir mazereti olmaksızın müzakerelere katılmaktan imtina etmesi hâlinde, ilgili taraf uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır." hükmü yer almakta olup kişinin kendisi ve kanunî temsilcisi birbirlerine ikame olarak müzakerelere iştirak edebilecek kimseler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip çocuğun müzakerelere kanunî temsilcisi olmadan katılması hâlinde tarafların müzakerelere katılmaktan imtina ettiğinden de söz edilemez. Bu durumda kanunî temsilcinin onayı gelinceye kadar işlem askıdadır. Ancak kanunî temsilci, müzakereye mazeretsiz olarak katılmamanın ötesinde, süreci sonlandırma iradesini açıkça ortaya koymuşsa bu hâlde, teklifi kabul veya ret konusunda kanunî temsilcinin iradesine tanınan üstünlüğün yalnızca teklif aşamasıyla sınırlı olduğu da gözetilerek, ayırt etme gücüne sahip çocuk ancak kendi başına yapabileceği işlemler bakımından müzakereye devam edebilir. Çocuk, kanunî temsilcinin onayını gereken bir edimin kararlaştırıldığı bir uzlaşma anlaşmasını akdedemez. Zira kanunî temsilci, kendi rızasını gerektiren bir işleme onay vermediğini en başından göstermiştir.

Ayırt etme gücüne sahip, suça sürüklenen çocuk, kanunî temsilcisi müzakerelerden çekilme iradesini ortaya koysa dahi, dilerse müzakerelere devam edebilir. Müzakereler neticesinde suça sürüklenen çocuğun, kanunî temsilcisi olmaksızın, kendi başına imzalayabileceği bir uzlaşma sağlanması, örneğin edimsiz olarak uzlaşılması veya edim olarak özür dilenmesinin kararlaştırılması, mümkündür. Diğer taraftan, mağdur ve suçtan zarar görenin çocuk olması hâlinde uzlaşmanın sağlanması,

kanun gereğince feragat ile sonlanacağından suçtan zarar gören veya mağdur olan çocuk, sürece kanunî temsilcisinin açık rızası hilafına devam edemez. Burada da zararın ayırt etme gücüne sahip çocuk mağdurun tek başına tasarruf edebileceği manevî tazminat alacağı doğuran, manevî bir zarardan ibaret olması hâli istisnadır.

2. Çocuğun Katılım Hakkı Bağlamında Müzakerelere Dâhil Olması ve Çocuğun Korunması Bakımından Alınması Gereken Tedbirler

Doktrinde *Erdem ve diğerleri* tarafından, uzlaştırmacının, ayırt etme gücüne sahip olduğu anlaşılın temsil olunanın, müzakerelere katılmasında kanunî temsilcinin rızasının bulunduğunu rapora derç etmesi önerilmektedir.¹²³ Kanaatimizce, böyle bir uygulamaya gerek bulunmamaktadır. Zira belirtildiği üzere müzakerelere katılmak ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendi başına kullanabileceği bir haktır. Diğer taraftan ayırt etme gücüne sahip olduğu anlaşılınmayan çocuğun müzakerelere katılması ancak kanunî temsilcisinin rızasıyla mümkün olacağından ancak bu hâlde durumun raporda yer almasında yarar bulunmaktadır.

Kanunî temsilci, müzakerelerin çocuğun üstün yararına uygun olarak yürüdüğünü bizzat takip etmek için kendisinin bulunmadığı ortamlarda çocukla görüşülmesini yasaklamak gibi birtakım sınırlar getirebilir. Elbette ki bu sınırlar, çocuğun menfaati ve korunması amacını aşamaz.

Çocuğun ister tek başına ister kanunî temsilcisiyle beraber sürece katılımı söz konusu olduğunda uzlaştırmacının oldukça özenli davranması önemlidir. Uzlaştırmacının, tarafsızlığını zedelemekten, süreç içerisinde çocuğu koruyucu tedbirler alması, örneğin mağdur çocuğun, şüpheli veya sanıkla yüz yüze

¹²³ Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 333.

getirilmesinin yol açabileceği psikolojik problemleri öngörmesi ve buna uygun bir yönetim sergilemesi, gerekirse tarafları yüz yüze getirmemesi gerekir.

Doktrinde kimi yazarlar, uzlaştırma sürecinde çocuğu koruyucu birtakım tedbirlerin kanunî düzenlemelerle genişletilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹²⁴ Bu görüşteki yazarların bir kısmı, uzlaştırmacının pedagojik eğitim almasının gerekliliğini vurgulamakta, söz konusu yazarlardan *Işıka* ayrıca gerektiğinde bir pedagoğun sürece dâhil olması için gerekli kanunî düzenlemenin gerçekleştirilmesini savunmaktadır.¹²⁵ Esasen kanaatimizce ÇKK m. 33 ve 34, CMK m. 236/3 ve 4 ile Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği¹²⁶ m. 34 ve 35 hükümleri uzlaştırma sürecine katılan çocuğun pedagojik ve psikolojik bakımdan desteklenmesi için doğrudan veya kıyasen uygulanabilir niteliktedir. Ancak bu hususların açık bir kanunî düzenleme ile güvence altına alınması önem arz etmektedir.

Uygulamada, çocuklar bakımından gerektiğinde ÇKK m. 35/1 çerçevesinde mahkemeler, çocuk hâkimleri ve Cumhuriyet savcuları tarafından sosyal inceleme yaptırılmasının mümkün olduğu hususuna dikkat edilmelidir. Doktrinde sosyal inceleme raporunun alınmasının da bir zorunluluk olarak düzenlenmesi önerilmekte, uzlaştırmacının da bu raporun gereklerine uygun olarak hareket etmesinin öneminin altı çizilmektedir.¹²⁷ Doktrinde bazı yazarlar tarafından, kanaatimizce de isabetli olarak, çocukların uzlaştırılmasında ayrı bir prosedürün düzenlenmesi gerekli görülmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Bkz. Akçay, Onarıcı Adalet Modeli, 140; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 133; Işıka, *Uzlaştırma Sürecinde*, 80.

¹²⁵ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 133; Işıka, *Uzlaştırma Sürecinde*, 80.

¹²⁶ Resmî Gazete Tarihi: 30.04.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31470.

¹²⁷ Akbulut ve Aksan, *Ceza Muhakemesi*, 166ff.; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 40.

¹²⁸ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 40ff.

Çocuğun tarafı olduğu her konu hassas bir meseledir. Buna, bir suç ve bu suç fiilinin sonuçları üzerine müzakere süreci de eklendiğinde bu hassasiyet katlanarak artar. Kanaatimizce çocuğu uzlaştırma sürecinde korumak ve desteklemek üzere birtakım tedbirler, mevzuat ile güvence altına alınmalıdır. Mevcut uygulama ve mevzuat değerlendirildiğinde yapılacak bir düzenlemeyle şu hususlardaki ihtiyaçlar karşılanmalıdır:

Çocuğun sürece katılımı, ifade ettiğimiz üzere, elzem olmakla beraber suçun çocukta büyük bir travmaya yol açması hâlinde çocuğun tekrar tekrar bu olayı hatırlamak zorunda bırakılmasından kaçınmak gerekir. Hatta bu nedenle çocuğun uygun ortamda uzman tarafından alınmış ifadesinin video kaydı mahkemede yeterli görülmekte, çocuğun ayrıca duruşmaya getirilmesinden ve beyanının alınmasından kaçınılmaktadır.¹²⁹ Çocuğun katılım hakkı bunda kendi yararı olduğu sürece söz konusu olup çocuğun katılımı kendi menfaatine değilse, elbette ki çocuk sürece dâhil edilmemelidir.¹³⁰ Uzlaştırmada da çocuğun sürece katılımı, ancak kendi üstün yararı çerçevesinde söz konusu olmalı; oluşturulacak katalog suçlar bakımından zorunlu olarak uzman görüşü alınarak, müzakerelere katılımı uzmanın müsaadesine bağlanmalıdır.

Müzakereler sırasında çocuğun kendisini ifade edebilmesi için ayrılan sürenin, çocuğun kendini ifade edebilmesi için yeterli olması; çocuğun kendisini ifade ederken kullandığı

¹²⁹ Karşılaştırmalı hukukta Finlandiya, İskoçya, Belçika, Ürdün, Guatemala, Kosta Rika, Arjantin, Birleşik Krallık, Slovenya, İsveç ve Portekiz gibi devletlerin hukukunda benzer düzenlemeler yer almakta hatta İtalyan hukukunda bu tarz tedbirlere yaş kısıtlaması olmaksızın tüm çocuklar bakımından yer verilmektedir. Bkz. Daniel O'Donnell, *The Right of Children to Be Heard: Children's Rights to Have Their Views Taken into Account And to Participate in Legal And Administrative Proceedings* (Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2009), 45-49; Türk hukukunda, CMK m. 103'te benzer düzenlemeler öngörülmüştür.

¹³⁰ Elçin Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 823.

sözcükleri seçmekte veya bunları ifade ediş şekilde yetişkinlerden farklılıkların söz konusu olabileceği gözetilmelidir. Bu bağlamda uzlaştırmacıların, çocuğun sözlerini karşı tarafa iletirken yeniden çerçevelemek gibi hususlarda uzmanlaşacakları yoğunlaştırılmış bir uzman uzlaştırmacılık eğitimi tasarlanarak taraflardan en az birinin çocuk olduğu dosyalarda bu uzmanlığa sahip olan uzlaştırmacılar görevlendirilmelidir.

Çocukların katılacağı müzakereler için adliyeler dışında, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın nezaretindeki kamu binaları gibi gerektiğinde kolaylıkla uzman yardımına başvurulabilecek yerlerde uygun müzakere odaları sağlanmalıdır. Böylece çocuğun kendini güvende hissedebileceği tarafsız bir ortam da temin edilmiş olacaktır.

D. Uzlaştırma Raporunun Düzenlenmesi (Anlaşma)

Uzlaştırma müzakereleri neticesinde sonuç ister uzlaşma ister uzlaşmama yönünde olsun uzlaştırmacı bir rapor düzenlemektedir. Uzlaştırma raporu olarak adlandırılan bu rapor, CMUY ekinde şekil ve içerik yönünden ortaya konulmuş olup tarafların uzlaşmaları hâlinde edimin muhtevası ve ifa ediliş biçimine ilişkin ayrıntılı açıklamaları içermelidir. Uzlaştırma raporunda tarafların karşılıklı imzaları yer aldıktan sonra artık uzlaşmadan vazgeçilmesi mümkün değildir. Uzlaştırma raporu, uzlaştırmacının gerçekleştiği aşamaya göre Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından, tarafların özgür iradesine dayanıp dayanmadığı ve edimin hukuka ve ahlaka uygunluğu değerlendirildikten sonra uygun bulunursa geçerlilik kazanır. Aksi hâlde, eksiklikler tamamlanıp yeni bir rapor düzenlenmek üzere dosya uzlaştırmacıya eksikleri kalan süresi içerisinde tamamlamak kaydı ile tevdi edilir.

Uzlaştırma sonucunda uzlaşmanın sağlanması hâlinde mağdur veya suçtan zarar gören, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açamaz; açılmış olan davadan feragat

etmiş sayılır (CMK m. 253/19), ancak, kararlaştırılmış ise, edimi talep edebilir. Taraflar, uzlaşma neticesinde bir edim kararlaştırabilecekleri gibi tarafların edimsiz olarak uzlaşmasının da mümkün olduğu CMUY m. 33/2 ile açıkça düzenlenmiştir. Zira taraflar bir edim olmadan da uyuşmazlığı sonlandırmak isteyebilirler.¹³¹

Edimin ne olacağı veya edimsiz uzlaşılması durumu taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, kural olarak, serbestçe belirlenecektir¹³². Yukarıda da belirtildiği üzere edim vadesinde yerine getirilirse soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilir. Edim vadesinde yerine getirilmezse ceza hukuku yaptırımlarının yanında edime ilişkin alacak da devam eder. Bu alacağın tahsiline ilişkin olarak uzlaştırma raporu veya belgesi, CMK m. 253/19 gereği, İİK m. 38 hükmünde sayılan ilam niteliğindeki belge hükmündedir.

Anlaşma aşamasında edimin içeriği artık şekillenmiştir. Bu noktada olayda menfaat çatışmasının olup olmadığı hususu, uzlaştırmacı tarafından yeniden değerlendirilmelidir. Edimin çocuğun ana ve babası lehine kararlaştırıldığı uygulamada görülmektedir. Bu hâlde menfaat çatışması ihtimâli göz ardı edilmemelidir. Suça sürüklenen çocuğun, annesine her ay çiçek almasında olduğu gibi çocuğun, ana ve babası lehine borç altına girdiği anlaşmalarda menfaat çatışmasının bulunduğu açıktır. TMK m. 345 gereğince, ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve sulh hukuk hâkiminin onayına bağlıdır. Çocuğun mağdur veya suçtan zarar gören olması durumunda da borç altına girme hâli söz

¹³¹ Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 51-53; Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 234; Tan, *Uzlaştırma*, 97.

¹³² Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, 566; Ertemür, *Uzlaştırma*, 122; Değirmenci, *Onarıcı Adalet*, 279.

konusudur. Zira uzlaşmanın kanunî bir sonucu olarak soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açamaz; açılmış olan davadan feragat etmiş sayılır (CMK m. 253/19). Dolayısıyla çocuğın ana ve babası lehine yapılan anlaşmalarda kural olarak kayyım katılımı ve hâkim onayı aranacaktır.

Bu aşamada kanunî temsil incelenirken uzlaştırmanın tarafının suça sürüklenen çocuk ya da suçtan zarar gören veya mağdur çocuk bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Zira uzlaştırma raporuna derç edilen anlaşmanın onaylanmasıyla birlikte doğacak hukukî neticeler uyumsuzluğın tarafları bakımından farklı niteliktedir.

1. Suçtan Zarar Gören veya Mağdur Çocuğın Kanunî Temsili

Uzlaştırma raporunun onaylanmasıyla suçtan zarar gören veya mağdur, suçtan kaynaklanan tazminat alacağından ve varsa bu konuda açtığı davadan feragat etmiş sayılır. Bu aşamadan sonra ancak uzlaşmada kararlaştırılan edimi talep edebilir ve uzlaştırma raporu bu bağlamda ilam niteliğindeki belge hükmündedir (CMK m. 253/19).

Uzlaşma anlaşması ile ayırt etme gücüne sahip çocuk, suçtan kaynaklanan tazminat alacağından ve varsa bu konuda açtığı bir davadan feragat edeceği için öncelikle feragat edilecek hakkın niteliğı değerlendirilmelidir. Suçtan kaynaklanan tazminat maddî olabileceğı gibi manevî de olabilir, hatta somut olayda maddî ve manevî zarar bir arada gerçekteşmiş dahi olabilir.

Maddî tazminattan feragat için kanunî temsilcinin onayı gerekir. Bu bağlamda velâyet altındaki mağdur veya suçtan zarar gören, ayırt etme gücüne sahip ise anlaşmayı kendisi yapabilir, rapora imza koyabilir ancak kanunî temsilcinin icazetine kadar söz konusu anlaşma askıda hükümsüz kalır. Vesayet altındaki mağdur veya suçtan zarar gören çocuk da ayırt

etme gücüne sahip olmak ve vasisinin icazeti bulunmak kaydıyla rapora imza koyabilirse de anlaşma ister bu şekilde sağlansın isterse vasi doğrudan kendisi raporu imzalsın, TMK m. 462/8 hükmü gereğince vesayet makamının da izni gerekmektedir. Her ne kadar TMK m. 462/8 hükmünde davadan feragat açıkça ifade edilmemiş olsa da doktrinde ve uygulamada, sulh olmak için vesayet makamının iznine ihtiyaç duyan vasinin kıyasen davadan ancak vesayet makamının izni ile feragat edebileceği belirtilmektedir.¹³³ Bu hâlde Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin yapacağı incelemeden önce, bu iznin de tamamlanması gerekir.

Tartışılması gereken bir diğer konu, kanunî temsilcinin, temsil olunanın uğradığı maddî zararın daha azına uzlaşıp uzlaşamayacağıdır. Kanunî temsilcinin görülen zarardan daha azına uzlaşmayı, çocuğun menfaati bakımından geçerli bir gerekçe olmaksızın, kabul edememesi gerekir.¹³⁴ Zira aksi, ne kanunî temsilcinin temsil olunanın menfaatini gözetme yükümüyle ne de kanunî temsilcinin yetkisinin sınırlarıyla bağdaşır. Örneğin kanunî temsilcinin sanık veya şüpheliye acıyarak onun cezadan kurtulabilmesi için uzlaşma sırasında edim belirlenirken kolaylık gösterme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanunî temsilci, suça sürüklenen çocuğun cezadan kurtarılması amacıyla zarardan daha fazla fakat makul bir edimi kabul edebilir. Söz konusu husus, edimin hukuka uygunluğu denetlenirken de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bu hususun uygulamada Cumhuriyet savcısı ve

¹³³ Yılmaz, *Çocuğun Davada Temsili*, 830, Leyla Akyol Aslan, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 341.

¹³⁴ Osmanlı uygulamasına bakıldığında kısas isteme hakkı olan kimse çocuk veya akıl hastasıysa veli veya vasinin, kural olarak, diyetten az bir tutara uzlaşarak kısıstan vazgeçemeyeceği görülmektedir. Bkz. Mustafa Avcı, "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 1 (2017): 11-71, 38.

mahkemenin yaptığı incelemede dikkate alındığını söylemek mümkün değildir.

Manevî zarar bakımından ise manevî tazminat hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak¹³⁵ olduğundan kanunî temsilcinin ayırt etme gücüne sahip çocuğun yerine bu haktan feragat edebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle zararın tamamen veya kısmen manevî tazminatı gerektirir nitelikte olması hâlinde kanunî temsilci, uzlaşma anlaşmasını tek başına yapamaz. Bu durumda hem kanunî temsilcinin hem de ayırt etme gücüne sahip çocuğun uzlaşma anlaşmasına birlikte imzalamaları veya çocuğun yaptığı işleme kanunî temsilcinin onay vermesi gerekir. Buna karşılık, zararın tamamen manevî zarardan ibaret olması hâlinde ayırt etme gücüne sahip çocuk uzlaşma anlaşmasını, kanunî temsilcisinin katılımına ihtiyaç duymaksızın, gerçekleştirebilir.

2. Suça Sürüklenen Çocuğun Kanunî Temsili

Uzlaşma anlaşmasının sağlanması hâlinde suça sürüklenen çocuk, kararlaştırılmışsa bir edimi yerine getirme borcu altına girer ve bu edimin anlaşmaya uygun biçimde yerine getirilmesiyle ceza tehdidinden kurtulur. Suça sürüklenen çocuk, hükümlülüğün olumsuz sonuçlarından ve çocuklara özgü dahi olsa cezaevi koşullarının zararlarından korunmuş olur. Toplumla barışmak için ikinci bir şans yakalar.

Belirtildiği üzere sınırlı ehliyetsizlerde kural ehliyetsizlik olup sınırlı ehliyetsiz, ancak istisnai hâllerde tek başına işlem yapılabilir. Bu bağlamda uzlaşmada edimin içeriği her somut olayda dikkatle incelenmelidir. Uzlaşmanın bir edim karşılığı gerçekleşmesi esas olmakla beraber edimsiz veya özür gibi maddî karşılığı bulunmayan bir edimin de kararlaştırılması

¹³⁵ Aydos, *Manevî Tazminat*, 27; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 101; Kurt, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, 137-138; Ayırt etme gücüne sahip çocuğun manevî zararının tazminini talep edebileceği yönünde bkz. Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı*, 239.

mümkündür. Maddî bir edimi konu alan bir uzlaşma anlaşması, kanunî temsilcinin katılımını da zorunlu kılar. Bu hâlde kanunî temsilci ya anlaşmayı kendisi imzalamalı ya da suça sürüklenen çocuğun imzasına onay vermelidir. Edimsiz bir uzlaşma anlaşmasına ise suça sürüklenen çocuk, tek başına imza koyabilir.

Burada özellik arz eden husus, edimin özür dilemek gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimi içermesi hâlidir. Kanaatimizce böyle bir edim ancak suça sürüklenen çocuğun kendisi tarafından taahhüt edilebilir.¹³⁶ Edim hem özür dilenmesini hem de maddî değer ifade eden bir edimi beraber içeriyorsa çocuğun imzası ve kanunî temsilcinin katılımı gerekir.

Ele alınması gereken bir diğer husus ise edimin suça sürüklenen çocuğun bedenen katılımını gerektirmesidir. Örneğin, bir yapının duvarlarının suça sürüklenen çocuk tarafından boyanmasını konu alan bir edimin kanunî temsilcinin imzasıyla kararlaştırılması mümkündür. Bu hâlde uzlaşma geçerli olmakla beraber çocuk edimi ifa etmeye istekli değilse uzlaşma çocuğun yararına değil, zararına bir hâl alabilir. Bu nedenle kanunî temsilcinin, böyle bir edimi kararlaştırırken çocuğun görüşünü de alması çocuğun menfaatinin korunması açısından ayrıca önem arz etmektedir.

Edimin, yönetimi kanunî temsilcisi tarafından çocuğa bırakılmış bir malvarlığına veya çocuğun yapmasına müsaade edilmiş meslek veya zanaata ilişkin olması hâlinde uzlaşmanın

¹³⁶ Doktrinde çocuğun iradesinin ortaya konulmadığı bir süreç neticesinde özür gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimin kararlaştırılmasının tutarsız, suça sürüklenen çocuğun özür dilemek istememesi halinde nasıl çözüme ulaşılacağına ise belirsiz olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce ise tüm bu eleştirilerin ötesinde kanunî temsilcinin çocuğa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın edim konusu olduğu bir anlaşmaya imza koyması hukuka aykırıdır. Zira bu anlaşma ancak ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendisi tarafından yapılabilir. Doktrinde belirtilen görüş için bkz. Baytemir Kontacı, *Uzlaştırma*, 1734.

çocuk tarafından tek başına gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği incelenmesi gereken bir problemdir. Kanaatimizce bu hâlde çocuğun tek başına bu anlaşmayı yapmasına olanak bulunmamaktadır. Zira burada malvarlığının olağan bir yönetimi veya meslek veya zanaatın olağan bir biçimde icrası söz konusu değildir.

Kovuşturma aşamasında çocuğun karşı çıkmasına karşın kanunî temsilcinin uzlaşmayı kabul etmesi hâlinde temkinli davranılmalıdır. Belirtildiği üzere, neyin çocuğun üstün yararının gereği olduğunun önceden belirlenmesine ilişkin kesin bir formül söz konusu değildir. Ancak, denilebilir ki edimsiz veya maddî karşılığı bulunmayan bir edimin kararlaştırıldığı uzlaşma anlaşmaları, hemen hemen her durumda suça sürüklenen çocuğun menfaatinidir. Edimin, somut olay açısından makul ve ifasının gerçekçi olduğu durumlar için de aynı geçerlidir. Ancak, kimi durumda çocuğun yargılanarak aklanmasında daha üstün bir menfaat de bulunabilir. Somut olayın koşulları ve özellikle kovuşturma aşamasında yargılama aleni hâle geldiğinden küçüğün veya kısıtlının yargı önünde aklanma hakkı da hâsıl olur. Uzlaşmanın sağlanması, suçu kabul anlamına gelmez.¹³⁷ Zira isabetli olarak uzlaşmanın sağlanabilmesi için şüpheli veya sanığın suçu kabul etmesi zorunluluğu 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun¹³⁸ ile mevzuatımızdan çıkartılmıştır. Yine de olayın çocuğun aleyhine olacak biçimde duyulmuş olması gibi somut olayın özellikleri ve özellikle kovuşturma aşamasında uzlaştırma yoluna gidilmesi hâlinde kovuşturmanın aleniliği ilkesi gözetildiğinde çocuğun menfaatinin uzlaşmamakta olduğu istisnai hâller de söz konusu olabilir. Kanaatimizce suça sürüklenen çocuk, uzlaşmak yerine yargı makamları önünde aklanmak niyetindeyse bu hâlde

¹³⁷ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 194; Erdem, Eser ve Özşahinli, *100 Soruda Uzlaştırma*, 32; Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, 482.

¹³⁸ Resmî Gazete Tarihi: 19.12.2006 Resmî Gazete Sayısı: 26381.

çocuğun üstün yararının hangisinde olduğu dikkatle incelenmelidir.

E. Uzlaşma Belgesinin İmzalanması

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/16 hükmü çerçevesinde uzlaştırma sürecinin tarafları, süreç içerisinde uzlaşma sağlanamasa dahi, soruşturma aşamasında en geç iddianame düzenleninceye; kovuşturma aşamasında uzlaştırma yoluna gidilmiş ise hüküm verilinceye kadar haricen uzlaşmak suretiyle Cumhuriyet savcısına veya mahkemeye başvurabilirler. Bu hâlde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uzlaştırma raporuna ilişkin CMUY ekinde yer alan şablon doldurularak hazırlanan bir uzlaşma belgesi düzenlenir.

Uzlaşma belgesi uzlaştırmacının yönetiminde hazırlanmayacağı gibi bu anlaşmanın sağlanması, herhangi bir resmi süreç içerisinde de gerçekleşmez. Dolayısıyla kanunî temsilci, bir uzlaşma belgesine imza atabileceği gibi; ayırt etme gücüne sahip çocuk, kendi başına yapabileceği işlemler bakımından tek başına dahi uzlaşabilir. Örneğin, suça sürüklenen çocuk ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla edimsiz veya özür gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın söz konusu olduğu edimi içeren bir uzlaşmayı bu belgeyi imzalayarak sağlayabilir. Böylece çocuk, kanunî temsilcinin uzlaştırma teklifini reddetmesini boşa çıkarabilir. Dolayısıyla kanun bu yolu açmışken, yukarıda da belirttiğimiz üzere, uzlaştırma teklifini suça sürüklenen çocuk yönünden kanunî temsilcinin iradesine terk eden kanunî düzenleme, suça sürüklenen çocuğun tek başına yapabileceği işlemler yönünden, anlamsız hâle gelmektedir. Benzer durum, zararın manevî tazminattan ibaret olması hâlinde mağdur çocuk açısından da geçerlidir. Üstelik bu hâlde çocuk, sürecin tarafsız ve bağımsız konumdaki uzlaştırmacının yönetiminde olmasından ve mevzuatta öngörülen, çocuğu koruyucu birtakım tedbirlerden yoksun kalmış olacaktır.

F. Edimin İfası Ve Kanuni Temsilcinin Sorumluluğu

Cezai sorumluluk, şahsidir (TCK m. 20). Uzlaştırmada edimin özellikle belirtilen sürede yerine getirilmesi, cezai sorumluluk açısından belirleyici olup edim konusunun kanunî temsilcinin rızası veya icazetini gerektiren bir tasarruf olması hâli bu açıdan önem arz etmektedir.

Edim kanunî temsilci tarafından yerine getirilmesi gereken türden bir edimse örneğin bir miktar paranın ödenmesi söz konusuysa ve kanunî temsilci bu görevini yerine getirmese bunun cezai sonuçları, temsil olunan çocuğun aleyhine doğacaktır.¹³⁹ Kanaatimizce, suça sürüklenen çocuğun tarafı olduğu bir uzlaşma anlaşmasında velâyet ve vesayete ilişkin hükümler çerçevesinde edim olarak kanunî temsilci tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tasarruf varsa ve kanunî temsilci vadesinde bu tasarrufta bulunmayarak edimi gereği gibi yerine getirmemiş ise edimin yerine getirilmemesinin ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından yaptırımı uygulanmadan önce eğer edimin bu şekilde yerine getirilmesi mümkünse, çocuğa bir kayyım atanmalıdır. Kanaatimizce kanunda çocuğu bu yönde koruyan bir hükme yer verilmesi önemli bir ihtiyaçtır.

Kanunî temsilcinin kararlaştırılan edimi kendi malvarlığından ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira TMK m. 343 hükmüne göre çocuk, adı ve hesabına kanunî temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden kendi malvarlığı ile sorumludur. Ancak uygulamada çoğu zaman söz konusu edimi karşılamaya yeterli miktarda malvarlığı bulunmayan çocuğun yerine ana ve babası tarafından kendi malvarlıklarından ödeme yapılmaktadır. Bu yüzden doktrinde kimi yazarlarca, çocuğun sürecin dışına itilerek yalnızca kanunî temsilcinin iradesiyle gerçekleştirilen ve yalnızca maddî bir edimi konu alan

¹³⁹ Yerdelen, Özbek, Altuntaş, Boz, Erdem ve Yılmaz, *Uzlaştırma*, 260.

uzlaştırmanın edimin de kanunî temsilci tarafından yerine getirilecek olması sebebiyle onarıcı adâletin gereklerini sağlamadığı eleştirisi dile getirilmektedir.¹⁴⁰

SONUÇ

Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, tam ehliyetli olmamakla birlikte içerisinde buldukları hukukî durumu algılayabilecek bilinçte olduğundan irade kudretine sahiptir. Bu nedenle istisnai durumlarda da olsa ayırt etme gücüne sahip çocukların işlem ehliyeti bulunmaktadır. Kanunda sayılan söz konusu durumların dışında ise kanunî temsilci, ayırt etme gücüne sahip çocuğun katılım hakkı çerçevesinde onun iradesine, fikirlerine önem vermeli ve aynı zamanda çocuğun temsilcisi olarak verdiği tüm kararlarda öncelikle çocuğun menfaatini gözetmelidir.

Çocuğun katılım hakkı ve üstün yararı ilkesi, sadece hukukî işlemler bakımından değil, çocuğun temsil edildiği çocuğu ilgilendiren tüm kararlar bakımından geçerlidir. Dolayısıyla uzlaştırma sürecinde de taraflardan birinin çocuk olması hâlinde söz konusu ilkeler dikkate alınmalıdır. Öte yandan uzlaştırmanın temelinde yatan onarıcı adâlet anlayışı da tarafların sürece doğrudan ve etkin katılımını teşvik etmektedir. Ancak bunun da ötesinde, ayırt etme gücüne sahip çocuğun, sürece katılma hakkı önem arz etmektedir. Çocuğun katılımının kolaylaştırılması ve çocuğun korunması için gerekli tedbirler, kanun koyucu, idari ve adli makamlar, uzlaştırmacı ve kanunî temsilci tarafından çocuğun üstün yararına uygun olarak eksiksiz biçimde alınmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk bir uzlaştırma sürecine taraf olduğunda çocuğun temsili, hem uzlaştırmaya ilişkin CMK ve CMUY hükümleri hem de TMK hükümleri bağlamında sağlanacaktır. Fakat çalışmada ifade edilmeye çalışıldığı üzere

¹⁴⁰ Baytemir Kontacı, *Uzlaştırma*, 1735.

bu hükümler, özellikle de uzlaşma teklifinin kanunî temsilciye yöneltileceğine dair kanunî düzenleme, günümüz uzlaşırma uygulamasında olduğu gibi ayırt etme gücüne sahip çocuğın sürecin dışında bırakılmasını gerektirmemekte, aksine hem uzlaşırmanın temel fikri olan onarıcı adâlet anlayışı hem de çocuğın katılım hakkı, çocuğın sürece aktif katılımını, süreç hakkında bilgilendirilerek kendi iradesini oluşturmasını ve bu konudaki iradesinin çocuğın menfaati çerçevesinde kanunî temsilci tarafından dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek aldığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

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

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Affolter-Fringeli, Kurt ve Urs Vogel. "Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB- Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB- Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch" iç. *Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli Verlag AG 2016.
- Akbulut, Berrin ve Murat Aksan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Akçay, Püren. "Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması." *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, no. 9 (2011): 129 – 144.
- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Türk Medeni Hukuku: Şahsın Hukuku Cilt I-Cüz II*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.
- Akyol Aslan, Leyla. *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*. Ankara: Pegem Akdemi Yayıncılık, 2020.
- Aşık, Mustafa Aydın. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aşkın, Uğur, Veysel Topuz ve Burak Bilge. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Avcı, Mustafa. "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 1 (2017): 11-71.
- Aydos, Oğuz Sadık. "Basın Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (2012): 1-36.
- Batıgün, Elif Selen. *Milletlerarası Aile Hukukunda Velâyet ve Çocuğun Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Baygın, Cem ve Murat Doğan. “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1-2 (2005): 379-427.
- Baytemir Kontakçı, Burcu. “Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no. 4 (2021): 1705-1772.
- Bucher, Eugen ve Regina Elisabeth Aebi-Müller “Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit, Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, iç. *Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çetintürk, Ekrem. *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Değirmenci, Olgun. *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Ekici Şahin, Meral ve Kürşat Yemenici. “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2018): 445 – 507.
- Elçin Grassinger, Gülçin. “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar.” iç. *Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, Editörler Baki İlkay Engin, Başak Baysal, Tülay Aydın Ünver, Cüneyt Pekmez. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010. 823-846.
- Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.

- Eriş, Uğur. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.137 (2018): 241-271.
- Erkan, Vehbi Umut ve İpek Yücer. "Ayırt Etme Gücü." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 3 (2011): 485-522.
- European Union Agency for Fundamental Rights. *Children's Rights and Justice Minimum Age Requirements in The EU*. 2018.
- Güngör, Mümin. *Ceza Yargılamasında Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Helvacı, Serap. *Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993.
- Ingeborg, Schwenzer "Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen." *FamPra.ch*, no. 966, (2014): 966-1008.
- Işıka, Sertaç. "Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 151 (2020), 61-84.
- İmamoğlu, Hülya. "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 2 (2005): 183-218.
- Joseph, Katherine L. "Victim-Offender Mediation: What Social & Political Factors Will Affect Its Development." *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, no. 1 (1996): 207-226.
- Kaya, İslam Safa ve Huzeyfe Karabay. *Ceza Hukuku Sistemlerinde Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Kelly, Joan B. "The Best Interests of the Child: A Concept in Search of Meaning." *Family Court Review* 35, no. 4 (1997): 377-387.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Medeni Hukuk, Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018)

- Kurt, Ekrem. "Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2, (2016): 121-187.
- Lansdown, Gerison. *Can You Hear Me?: The Right of Young Children to Participate in Decisions Affecting Them*. The Hague: Bernard van Leer Foundation, 2005.
- Maslow Abraham, H. "A Theory of Human Motivation." *Psychological Review* 50, no 4 (1943): 370-396.
- O'Donnell, Daniel. *The Right of Children to Be Heard: Children's Rights to Have Their Views Taken into Account And to Participate in Legal And Administrative Proceedings*. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2009.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler*. İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Otacı, Cengiz. "Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması." *Terazi Hukuk Dergisi* 6, no. 53, (2011): 67-76.
- Öcal Apaydın, Bahar ve Selin Hışım. "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı," iç. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Editörler Aslı Makaracı Başak, Gülen Sinem Tek, Seda Öktem Çevik, 285-337. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Soruşturma Evresinde Uzlaştırma Usulü," iç. *Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Editörler Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cüni ve Merve Özcan, 63-129. Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayını, 2018.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Bacaksız Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G. *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması*. Ankara: Yeykin Yayınları, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa ve Ahmet Cemal Ruhi. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

- Özen, Mustafa. *Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Özer Taşkın, Özden. "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2020): 239-262.
- Özgenç, Nuri Berkay. "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma." *Legal Hukuk Dergisi* 13, no. 145 (2015): 39-84.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Parker, Stephen. "The Best Interests of the Child: Principles and Problems." *International Journal of Law, Policy and the Family* 8, no. 1 (1994): 26-41.
- Reyhani Yüksel, Sera. *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Rumo- Jungo, Alexandra ve Marc Spescha, "Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte." *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 1103 (2009):1103-115.
- Salter, Erica K. "Deciding for a Child: a Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard." *Theor Med Bioeth* 33, (2012): 179-198.
- Sandberg, Kirsten. "Children's Right to Protection Under the CRC." iç. *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, Editörler Asgeir Falch-Eriksen ve Elisabeth Backe-Hansen. 15, 38. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

- Sarı, Suat. "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması." *Legal Hukuk Dergisi* 5, no. 49 (2007): 83-94.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Steward, Rébecca. *Child Participation and Independent Human Rights Institutions for Children in Europe: Innocenti Working Paper No.2009-23*. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2009.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şahin, Sultan ve Neriman Aral. "Aile İçi İletişim". *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi* 1, no. 3 (2012): 55-66.
- Şakir Berki. "Türk Medeni Kanunu'nda Küçüklerin Ehliyeti." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no.1 (1967): 125-149.
- Tan, Hülya. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2020.
- Umar, Bilge. "Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29, no. 3 (1963): 591-619.
- UNICEF. "Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları." iç. UNICEF Türkiye. Erişim tarihi: Aralık 5, 2021. <https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7hds-ve-ihiyari-protokoller-usul-kurallar%C4%B1-ile-%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1-komitesi-genel-yorumlar%C4%B1>.
- UNICEF. "Çocuk Dostu Hukuki Yardıma İlişkin Rehber İlkeler." iç. UNICEF Türkiye. Erişim tarihi: Aralık 5, 2021. <https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7ocuk->

dostu-hukuki-yard%C4%B1ma-ili%C5%9Fkin-rehber-ilkeler-2018.

UNICEF. "Velilere Çocukların Evde Eğitime Devamı için 5 Öneri: Velilere Destek Broşürü." iç. UNICEF Türkiye. Erişim tarihi: Aralık 5, 2021.

<https://www.unicef.org/turkey/raporlar/velilere-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-evde-e%C4%9Fitime-devam%C4%B1-i%C3%A7in-5-%C3%B6neri>.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yerdelen, Erdal, Mustafa Serdar Özbek, Şeyda Altuntaş, Burak Boz, Dilek Özge Erdem, ve Berna Ayşen Yılmaz. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Yıldırım, Ebubekir. *Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Yılmaz, Ejder. "Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, Özel sayı (2009): 819-841.

Yücel, Özge. "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi." *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2, (2013): 117-137.

Yücel, Özge. *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2011.

Zeytin, Zafer ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.